

איים של פלורליזם:

היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל

מאת

ישי בלנק*

במאמר זה אני טוען שמדינת ישראל מעודדת היפרדות בין חרדים לחילונים הן באמצעות הקצאת קרקעות לחרדים שמהן מודרים באופן רשמי חילונים, והן באמצעות כללים משפטיים אחרים המעודדים ומתמרצים אותה. כתי המשפט בישראל עוסקים באופן שגרתי בסוגיות אלה, בין היתר בדונם במכרזים לפיתוח פרויקטי מגורים, בהחלטות מנהליות שונות שנוגעות לאופיו ה"דתי" של המרחב הציבורי (כגון רגולציה של ממכר חזיר, פתיחת בתי עסק בשבת ועוד) ובהקצאת קרקעות ומשאבים אחרים על ידי הרשויות המקומיות לפעילות דתית. כללים אלה מתייחסים לחרדים כאילו היו מיעוט קטנטן בעל אורחות חיים ייחודיים המצויים בסכנת היכחדות, ועל כן ראויים להגנה מיוחדת וליצירה של "מרחבים טהורים" שמהם יודרו חילונים.

גישה זו אינה משקפת נכונה את המציאות החברתית המשתנה בישראל של ימינו, והיא בעייתית מבחינה נורמטיבית. חרדים כבר אינם מיעוט קטן ושולי אלא נתח נכבד מהחברה הישראלית. נוסף על כך ה"חרדים" אינם קהילה הומוגנית וקוהרנטית מבחינת העדפותיה, מאפייניה ואורח חייה. למרות היתרונות הטמונים ביצירת מסגרות מגורים נפרדות לחרדים ולחילונים, למדיניות זו תוצאות שליליות רבות, לרבות פגיעה בחירות, "סימון" והפליית קבוצות חברתיות, חיזוק סטגנאטיפים ודעות קדומות, אי-צדק חלוקתי, קיפוח קבוצות חלשות שבתוך קבוצות המיעוט והאצת מגמות ההיפרדות הקיימות ממילא בחברה הישראלית.

מאמר זה מנסה לערער על עמדה מקובלת זו, שלפיה הדרך להתמודד עם שוני דתי ותרבותי היא היפרדות ויצירה של "מרחבים טהורים" שבהם יתגוררו קהילות דתיות במנותק מקבוצות חברתיות אחרות. במקום גישה זו יש לאמץ כמה עקרונות משפטיים מנחים שיקדמו את הופעתו של מרחב דה-סגרגטיבי, שבו ייווצרו "איים של פלורליזם": מרחבים שבהם יוכלו בני הקהילות השונות להתגורר אלה בסמוך לאלה, להתחכך, להשפיע ולהיות מושפעים, להתפשר על אורחות חייהם המנוגדים וללמוד לחיות יחד.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות לאמנון רייכמן על ארגון הכינוס "שנת המשפט תש"ע" ועל הערות מצוינות שקיבלתי מעפרה בלוק, דפנה ברק-ארוז, גיל גן-מור, חנוך דגן, דורי ספיבק, איסי רוזן-צבי, מנאל תותר-ג'ובראן וחברי מערכת "דין ודברים" (כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ביולי 2011).

א. הקדמה. ב. גלגולה של דוקטרינה א-סימטרית: זכותה של קהילת מיעוט בעלת מאפיינים ייחודיים לאזור מגורים נפרד; 1. קהילות מיעוט בעלות אורחות חיים ייחודיים: הלכת אביטן וגלגולה בפרשת עם חופשי; א) בידודה של קבוצת אתנית ייחודית: פרשת אביטן; ב) הפשטתה והכללתה של הלכת אביטן: פרשת עם חופשי והאתניזציה של מיעוטים דתיים; 2. בריחת חילונים מעיר מתחרדת ו"התנחלות" דתית בעיר ערבית: בית שמש ויפו; א) בקשה להקים שכונה חילונית בעיר מתחרדת: פרשת אדרי; ב) התנחלות דתית-לאומית בעיר ערבית: פרשת סבא. ג. תמריצים להיפרדות ולאיינטגרציה: אכיפת נורמות דתיות ועיצוב המרחב הציבורי על ידי השלטון המקומי; 1. השלטון המקומי מוסמך לעצב את המרחב הציבורי בתחומו לפי נורמות דתיות; 2. לעבר דה-סרגציה מרחבית / "איים של פלורליזם": פרשות סולודוך והבית הפתוח; א) הקצאת קרקע עירונית להקמת בית מדרש בשכונה חילונית: פרשת סולודוך; ב) הקצאת כספים על ידי עירייה דתית לפעילות הומו-לסבית: פרשת הבית הפתוח והגנה על מיעוטים "חשודים". ד. "איים של פלורליזם": בחינה ביקורתית של הדוקטרינה הקיימת והצעה לפיתוח דוקטרינה המקדמת יצירת מרחבים אינטגרטיביים; 1. בחינה ביקורתית של היפרדות מרחבית של קהילות: מה טוב ומה רע בהיפרדות? מה טוב ומה רע בהפרדה מדינית?; 2. "איים של פלורליזם": לקראת שינוי כללי הרקע המשפטיים. ה. האלטרנטיבה היא ייאוש: סיכום ומסקנות.

א. הקדמה

בשנים האחרונות עסקו בתי המשפט ביתר שאת בהסדרה המשפטית של דפוסי המגורים של קהילות דתיות בארץ. הם עשו זאת ישירות כאשר דנו בחוקיות של הקצאות קרקע על ידי המדינה שהביאו ליצירת אזורי מגורים נפרדים לחילונים ולדתיים,¹ ובעקיפין, בדונם בתוצאות השונות של חיכוכים שנגרמו באזורי מגורים מעורבים. באזורים אלה היו קונפליקטים בנוגע לאופיו של המרחב הציבורי, ורשויות ציבוריות – פעמים רבות היו אלה דווקא רשויות מקומיות – נדרשו להגיב אליהם, או שהן עצמן חוללו בכך שחילקו מגוון של משאבים לקבוצות השונות.² בהגיע סכסוכים אלה לפתחם של בתי המשפט הכרעתם עודדה, לעתים במודע ולעתים מבלי משים, היפרדות של בני הקהילות השונות.

1 עת"מ (י-ם) 1888/09 חבר מועצת העיר בית שמש נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו) (להלן – עניין אדרי 1); עע"מ 68/10 אדרי – חבר מועצת העיר בית שמש נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו) (להלן – עניין אדרי 2); עת"מ (ת"א) 2002/09 סבא נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו) (להלן – עניין סבא 1); עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו) (להלן – עניין סבא 2).

2 בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו) (להלן – עניין סולודוך); עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו) (להלן – עניין הבית הפתוח).

במאמר זה בכוונתי להצביע על הקשר ההדוק בין העיסוק הישיר והמפורש בהיפרדות במגורים בין דתיים לחילונים ובין העיסוק העקיף בה, שנעשה כאמור אגב דיונים בתמיכות כספיות, בהקצאת קרקעות לפעילות דתית, ברישוי לבתי עסק הפועלים בשבת, ברישוי לאטלזים לממכר חזיר ועוד. אף על פי שאפשר לבודד את סוגיית ההדרה הפורמלית של בני קהילה מסוימת מאזורי מגורים של קהילה אחרת (סוגיות "זכות הכניסה" או "זכות ההדרה") משאלת היקף הסמכויות הניתנות לקהילות שונות לעצב את מרחבי מחייתן, במאמר זה ברצוני להצביע דווקא על הקשר בין סוגיות אלה: ליכולתה של קהילה להסדיר את מרחבה (אילו בתי עסק יפעלו בו, אילו פעילויות יותרו בו, אילו מבני ציבור יוקמו בו וכיוצא בזה) השפעה דרמטית על התמריצים שיהיו לבני קהילה אחת להדיר מקרבה את בני קהילה האחרת, ועל התמריצים של בני קהילה האחרת להדיר עצמם מאותם אזורים. כלומר, גם אם החומות המשפטיות הפורמליות ייעלמו וכל מנגנוני הסינון הפורמליים הקיימים ייאסרו, כל עוד קהילות יכולות לעצב את מרחבן המשותף באמצעים משפטיים שונים – כגון דיני השלטון המקומי – יתרחשו סינונים והדרות אחרים, אף הם בחסות משפט המדינה. כדי להשיג באופן טוב יותר מטרות חברתיות כגון אינטגרציה, פלורליזם בסביבות מגורים, גישה שווה למשאבים שונים ועוד, יש להביא בחשבון את מערך הכללים שנותן משמעות לגבולות הקהילה.

הקשר הנוסף בין זכות ההדרה/כניסה לבין היקף שליטת קהילות במרחביהן הוא התפיסה האידאולוגית המצויה בבסיס שתיהן. במאמר זה אני טוען כי גישתם של בתי המשפט בשני הדיונים נטועה בתפיסה רבת-רבנותית, שלפיה קהילות דתיות (בעיקר חרדים, אולם גם דתיים-ציוניים) הן קהילות מיעוט הראויות להגנה מיוחדת, ועל כן יש לייצר בשבילן "מרחבים מוגנים טהורים": אזורי מגורים שבהם אסורים חילונים להתגורר באופן רשמי וחוקי, שכונות שבהן המרחב הציבורי מעוצב על פי האמונה הדתית, מתחמים שמודרות מהם פעילויות "פוגעניות" שונות (כגון מצעדי גאווה, חנויות לממכר חזיר, הצגת חמץ בפסח ועוד) ובהן מסופקים שירותים ציבוריים שחלות עליהם נורמות דתיות (כגון אוטובוסים שמתקיימת בהם הפרדה בין גברים לנשים).³ מנגד קהילות חילונים מומשגות ומובנות כקהילות רוב שאינן זכאיות להדיר באופן רשמי

3 הסכסוך שפרץ בשנים האחרונות סביב "קווי אוטובוס למהדרין" הוא עוד דוגמה לתוצאותיה של ההיפרדות המרחבית בין חרדים לשאר קבוצות האוכלוסייה. בשנות האלפיים החלו לפעול בערים ובשכונות חרדיות קווי אוטובוס של חברות "אגד" ו"דן" שהתבצעה בהם הפרדה בין נשים לגברים: הנשים נדרשות לשבת בחלקן האחרון של האוטובוס ואילו הגברים יושבים בקדמתו. הסדר כופה זה נפסל לאחרונה בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו) (להלן – עניין רגן), שבו אדון בקצרה בהמשך. חרף פסילת ההסדר חשוב להבין לענייננו כי קווים אלה למעשה לא היו יכולים להופיע אלא בהינתן ההיפרדות המרחבית העמוקה בין חרדים לאחרים. נוסף על כך, קווים אלה, כמו תופעות של הפרדה בין נשים לגברים אפילו במרחב הבית החרדי, הם דוגמה להקצנה ולחדירת הלוגיקה של ההיפרדות לעוד ועוד אתרים, הקצנה שלדעתי יש להבינה כקשורה בהיפרדות המרחבית המעמיקה של הקבוצה החרדית.

דתיים ואחרים. אדרבה, במקרים שונים מצופה מהן לגלות סובלנות ולהתאים את אורח חייהן כדי לאפשר חיים משותפים. יתר על כן, בתי המשפט מאמצים קריטריונים דמוגרפיים וגאוגרפיים בבחנם את שאלת "אופיו" של מרחב מגורים, ובכך מעודדים את דפוסי ההיפרדות של בני הקהילות הדתיות השונות.

אֶסִימטרייה מושגית-רעיונית ומשפטית זו מעניינת וראויה לעיון ביקורתי, מכמה סיבות, שעליהן אני עומד במאמר: ראשית, דומה שהיא מושחתת על תפיסת מציאות חברתית של יחסי רוב-מיעוט/חילונים-דתיים, המאותגרת בימים אלה. השינויים החברתיים המתרחשים ברחבי המדינה, ובמיוחד עליית שיעורם היחסי של החרדים ושל הדתיים האחרים מתוך כלל האוכלוסייה,⁴ עליית כוחו הפוליטי של המגזר החרדי והדתי-לאומי, מגמת ההתחרדות של ערים ושכונות ברחבי המדינה⁵ ו"חזרתה" של הדת לתחום הציבורי ברחבי העולם⁶ – כל אלה מאתגרים את התפיסה המסורתית שלפיה חרדים ודתיים-לאומיים הם מיעוט זניח למדי לעומת הרוב החילוני היציב והקבוע. שנית, האֶסִימטרייה האמורה היא פורמלית בלבד, שכן הדרתם של חרדים ודתיים מתרחשת דה פקטו – אף אם אינה נכפית ישירות על ידי המדינה – באזורי מגורים רבים ברחבי הארץ, בעיקר במגזר הכפרי. הדרה זו מושגת הן באמצעות מחירי הנדל"ן שמונעים משכבות

4 בימים אלה מתקיים דיון ער בשאלה החשובה "מיהו חרדי?" בעבר ההגדרה הייתה פשוטה יותר, אולם שינויים פוליטיים וחברתיים שהתרחשו בעשורים האחרונים טרפו את הקלפים. שאלת "סיווגם" של מצביעי ש"ס ואנשים אשר שולחים את ילדיהם לרשתות החינוך של מעיין החינוך התורני של ש"ס היא מרכזית, שכן מדובר בקבוצה חברתית חשובה אשר שיוכה למחנה החרדי הוותיק מוטל בספק. במאמר זה אני מנסה לנקוט עמדה בשאלת הסיווג הנכון. אדרבה, אני נוטה להסכים עם גלעד מלאך, המבהיר כי אין בנמצא סיווג "נכון" לשאלה מיהו חרדי, וכי אי אפשר לדבר עוד על חרדי אחד אלא על מגוון של חרדים ועל ספקטרום של שיוכים דתיים שונים. מכל מקום, לעניין המאמר הזה די בקיומו של גידול ניכר בקבוצות שאינן מזדהות כחילוניות אלא כדתיות/חרדיות. ראו: יאיר אטינגר, "כמה חרדים חיים בישראל? תלוי איזה סטטיסטיקאי שואלים", הארץ (21.4.2011). 1.

5 מצוקת הדיור של החרדים מאלצת רבים מהם לרכוש דירות בשכונות בערים שבהן לא התגוררו חרדים בעבר. שכונות אלה הופכות ליעד התחרדות. מלבד זאת חרדים הופכים למיעוט גדול או אפילו לרוב בערים אחרות שבהן הם היו מיעוט קטן או זניח. אפשר למשל לזהות מגמות התחרדות בערים כגון בית שמש, טבריה, אופקים, נתיבות, צפת וירושלים. שכונות חרדיות הופיעו בשנים האחרונות בערד, אשדוד, שדרות, כרמיאל ועוד. ראו: תני גולדשטיין, "התחרדות שכונות: כוח השוק או כוח ההתארגנות?", ynet נדל"ן (9.6.2011). ניתן לצפייה באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4073197,00.html>. דיון אקדמי על סוגיות משפטיות מפתיעות המתעוררות בערים מתחרדות ראו למשל: אילן סבן, "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחרדת", עיוני משפט לג (תשע"א) 473.

6 את תחייתה של הדת וחזרתה למרחב הציבורי במדינות מערביות תיארו חוקרים למן שנות השמונים של המאה העשרים. רעיון זה של "תחייה דתית" (religious revival) עורר דיון סוער במערב. ראו למשל: José Casanova, *Public Religion in the Modern World* (1994); Thomas Luckmann, "Shrinking Transcendence, Expanding Religion?", 51(2) *Sociological Analysis* (1990) 127, pp. 127-128.

חלשות להתגורר באזורים רבים והן באמצעים כגון ועדות קבלה ביישובים שיתופיים אשר מסננות תושבים שאינם מתאימים לאופי היישוב, שהוא על פי רוב חילוני. הדרה לא פורמלית זו מייצרת מחסור בדיור לחרדים ומגבירה את הלחץ להקים יישובים לחרדים. שלישית, בשל שליטתן של רשויות מקומיות באופיו של המרחב הציבורי בתחום השיפוט שלהן, יכולות קהילות שהן רוב דומיננטי ברשות מקומית מסוימת לעצב את המרחב הציבורי באופן שיקשה את חיי בני קהילת המיעוט, ובאופן זה לתמרצם לעזוב גם בהיעדר מנגנוני הדרה וגידור פורמליים. רביעית, כמו במדינות אחרות בעולם המערבי (צרפת ובריטניה למשל) דומה שגם בישראל גוברים הקולות המעלים ספקות באשר לרצינותה של מדיניות משפטית המקדמת רב-תרבותיות במובנה כמתן שליטה עצמית לקהילות מיעוט תרבותיות (דתיות, לאומיות, אתניות, לשוניות או אחרות), מאחר שהיא מחלישה את תחושת האזרחות השווה אצל כלל האזרחים, מחריפה את ההיפרדות בין קהילות שונות בחברה ומאיצה את התפרקותה של החברה לגורמיה השונים.⁷

במאמר זה אין בכוונתי לשלול כל היפרדות קהילתית ולהתנגד לכלל הרציונלים התומכים בה. עם זאת ברצוני להעלות כמה נימוקים מרכזיים להתנגדות למרחבים קהילתיים טהורים, ובייחוד להתנגד לצורה האגרסיבית ביותר של היפרדות מרחבית: זו המונעת לגמרי כניסת בני קהילות אחרות לאזורי מגורים מסוימים, וזו שמעודדת היפרדות חריפה באמצעות כללים משפטיים מהסוג של "הזוכה מקבל הכול". היפרדות מרחבית חריפה והרמטית כזו אינה רצויה מסיבות שונות: סיבה ראשונה היא החשיבות שיש לייחס לחירותם של פרטים לבחור לעצמם את מקום מגוריהם, את קהילתם ואת אפשרויות חייהם. נימוק זה תומך, לפחות חלקית, באי-מניעת המדינה מפרטים להתגורר בכל מקום שבו יחפצו. סיבה שנייה נגזרת מהרווחה המצרפית. זו עלולה להיפגע אם רק לקבוצה מסוימת תינתן שליטה בלי מצרים בכניסה למרחב. שלישית, היפרדות מרחבית היא במקרים רבים אמצעי המשמש להפליה בין קבוצות לאומיות, דתיות ותרבותיות. מרחובן (spatialization) של קבוצות חברתיות מאפשר להפלות בתקציבים מבלי שהפליה זו תושגת מפורשות על קריטריונים אסורים כגון לאום, אתניות או דת ובכך לחמוק מביקורת חוקית. רביעית, לפחות במקרים מסוימים עלולה הפרדה כופה לחזק ולבסס דעות שליליות וסטראוטיפים של חברי הקבוצות העוינות. חמישית, מדינה המעודדת היפרדות עלולה, מבלי משים, לשדר מסר של העדפה, של נחיתות ושל העמקת העוינות בין הפלגים השונים. שלישית, במצב הדברים הנוכחי של מדינת ישראל, שבו חילונים איבדו את הרוב הברור שהיה להם במדינה, מייצרת ההיפרדות הקהילתית את התחושה

7 לדיון המקיף ביותר על יחסו של המשפט הישראלי לאופייה הרב-תרבותי של החברה הישראלית ראו: מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (תשס"ח). אין להתעלם מכך שפעמים רבות הביקורת האנטי-רב-תרבותית משמשת מסווה לדעות קדומות נגד מהגרים ובני מיעוטים שונים. למשל, הוויכוח על הבורקה בצרפת ועל בתי ספר מוסלמיים בבריטניה הוא כר פורה לביטוי של עמדות אסלאמופוביות או גזעניות נגד מהגרים מוסלמים ממדינות שונות.

שאינן עוד "כלל", שהאזרחות השווה והמשותפת אינה קיימת עוד, וכל שנותר הן קהילות, שמפרידות ביניהן חומות ותהומות של הבדלים. אכן, ואולי כפועל יוצא, גם חילונים מתחילים לראות עצמם כקבוצת "מיעוט" התובעת לעצמה זכויות מיעוט. אפיק זה, דומני, מוביל להתפרקות מואצת ולאבדן של תפיסת אזרחות משותפת ולדעיכתה של תחושת סולידריות לאומית. סיבה שביעית היא חשש שפרטים שאינם שייכים לאותן קהילות מיעוט "טהורות" (או מיעוטים שהם בבחינת "מיעוט בתוך מיעוט", כגון נשים או הומואים ולסביות) ימצאו עצמם במצב קשה וזכויותיהם יקופחו על ידי המיעוט (שהוא כאמור רוב מקומי). ברשויות מקומיות כאלה עמדות קיצוניות – דתיות, אידאולוגיות, פוליטיות – עלולות להפוך לדעת רוב ולעמדת השלטון המקומי. במילים אחרות, המדיניות המקדמת "קהילות טהורות" היא פעמים רבות רדיקלית וקיצונית יותר, ובכך עלולה לקפח קיפוח ניכר את זכויות הפרטים שאינם שייכים לרוב המקומי או אלה שהם מיעוט בתוכו, כאמור.

במקום חזון הקהילות והמרחבים הטהורים שאותו מקדם המשפט הישראלי, ברצוני להציע כללים שיעודדו פשרות ויצירת מרחבים פלורליסטיים, שיתקיימו בהם לפחות "איים של פלורליזם והטרוגניות": מרחבים שבהם חרף הדומיננטיות של קהילה מסוימת יתאפשרו גם אורחות חיים של בני קהילות אחרות, שיוגנו מדיכוי ומהדרה של הרוב. איים אלה של הטרוגניות ושל פלורליזם יהיו משקל נגד להומוגניות הקהילתית הרווחת בישראל של ימינו ויאפשרו מגע, היכרות ודו-שיח בין הקבוצות השונות בחברה. כפועל יוצא של תפיסתי מאמר זה גם מתנגד לא-סימטריה המשפטית בין חילונים לדתיים, זו הרואה בקהילה הדתית חריג הראוי להגנה מיוחדת הנשללת מקהילות חילוניות, במיוחד כאשר הן ממוקמות במרחבים עירוניים.

תחילה אציג את הדוקטרינה הבסיסית באשר להיפרדות כפויה במגורים של קהילות דתיות בישראל. לאחר מכן אנתח את האופן שבו המשפט הישראלי מתמרץ את הקהילות השונות לבודד את עצמן ולהדיר את חברי הקהילות האחרות מקרבן. לבסוף אבחן את הדוקטרינות הללו בחינה ביקורתית ואציע דרכים אפשריות שבהן רצוי שהמשפט הישראלי יפסע כדי להיפרד ממדיניות ההפרדה וההתכנסות המאפיינת.

ב. גלגולה של דוקטרינה א-סימטרית: זכותה של קהילת מיעוט בעלת מאפיינים ייחודיים לאזור מגורים נפרד

דפוסי המגורים של פרטים ושל קהילות במדינת ישראל הם תוצאה של הסדרה ממשלתית, כוחות שוק ובחירות חופשיות של פרטים. עם זאת לעתים תכופות בכתיבה האקדמית ובדיון הציבורי בנושא ניתן משקל רב מדי לכוחות השוק ולבחירות הוולונטריות של פרטים, ואילו ההסדרה המדינית מובנת כפועלת רק בשוליים למרות

תפקידה המרכזי בארגון המרחבי של החברה בישראל. ההסדרה המדינתית של דפוסי המגורים הושגה באמצעים רבים ומגוונים: הבעלות הממשלתית במקרקעין היא כפי הנראה האמצעי המרכזי והראשון שבהם,⁸ ואליו מצטרפים המעורבות הממשלתית ההיסטורית בהיצע הדיור,⁹ תכניות פיזור האוכלוסין של שנות החמישים במאה הקודמת,¹⁰ מדיניות התכנון הארצית והמקומית,¹¹ מערך חוקי וחוזי המתיר ליישובים שונים לסנן את תושביהם באמצעות ועדות קבלה¹² ועוד. לא מעט נכתב על היבטים שונים אלה של שוק הדיור ושל הפריסה הגאוגרפית של האוכלוסייה בישראל, אולם עיקר תשומת הלב הופנתה להיפרדות בין ערבים ליהודים וכן להיפרדות שנכפתה ותומצתה בין מזרחים לאשכנזים.¹³ מעט מדי נכתב על כך שגם דפוסי המגורים של דתיים (בייחוד חרדים) וחילוניים בישראל אינם רק תוצאה של בחירות חופשיות של פרטים, אלא נקבעים על ידי מדיניות ציבורית, הן כזו אשר כופה היפרדות והן כזו אשר מעודדת אותה באמצעים שונים.

בהקשר הספציפי של חרדים וחילונים הושגה ההיפרדות בין הקהילות בעקבות הפריסה ההיסטורית שביטאה העדפות קהילתיות למגורים נפרדים בקרבת בני הקהילה הדתית הזוהה, אולם לטענתי היפרדות זו שומרה ושועתקה באמצעות כללים משפטיים שכפוח או עודדו אותה. בפרק זה אתמקד בהסדרה הכופה של היפרדות זו. איני מבקש

- 8 רחל אלתרמן, "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות המדינתית על המקרקעין", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 535.
- 9 על מעורבות זו ראו: גילת בן שטרית, מדיניות דיור בישראל (תשס"ג); ישי בלנק, "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי", עיוני משפט כח (תשס"ו-תשס"ז) 347.
- 10 ישי בלנק, "מקומו של 'המקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל", משפטים לד (תשס"ד-תשס"ה) 197; יששכר (איסי) רוזן-צבי, "מקום הצדק: משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי", עיוני משפט כח (תשס"ו-תשס"ז) 417.
- 11 דפנה ברק-ארז, "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 613; בלנק (לעיל, הערה 9).
- 12 נטע זיו וחן תירוש, "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת", קהילות מגודרות (אמנון להבי עורך, תש"ע) 311 (להלן – קהילות מגודרות).
- 13 ראו לדוגמה: אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 637; אורן יפתחאל ואלכסנדר קדר, "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי", תיאוריה וביקורת 16 (תש"ס) 67; בלנק (לעיל, הערה 10); איל בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769; אליאב שוחטמן, "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל", משפט וממשל ו (תשס"א-תשס"ב) 109; יפה זילברשן, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האמנם רק זכותו של המיעוט?", משפט וממשל ו (תשס"א-תשס"ב) 87.

להטיל ספק בכך שחרדים רבים מבקשים להתגורר ביישובים נפרדים מחילונים;¹⁴ גם איני חולק שקיימות סיבות שונות מדוע חרדים מבקשים להתגורר במרחב פיזי המספק להם צרכים שונים הקשורים קשר הדוק באמונתם: בתי כנסת, מקוואות, בתי דין חרדיים, בתי ספר, חנויות כשרות במחירים מוזלים, עיתונות חרדית ועוד.¹⁵ מובן גם שקיימת עוינות של חילונים רבים לחרדים ולאורח החיים הדתי ועל כן רבים מהם מבקשים ליצור לעצמם אזורי מגורים נפרדים. ובכלל, כפי שעוד אבהיר, קיימות סיבות התומכות ברצונן של קהילות דתיות ליצור לעצמן מרחבי מגורים נפרדים שאיני מעוניין לסתורן במאמר זה. אני מבקש, במקום זאת, להצביע על מנגנונים משפטיים-מדינתיים שלכאורה היו מיותרים לו רצונם של חרדים וחילונים בהיפרדות מוחלטת היה כה מובהק וברור, שכן הם בעצמם היו שומרים על "טוהר" קהילותיהם ואזורי מגוריהם ולא היו זקוקים למדינה שתסייע להם בכך. מנגנונים מדינתיים ומשפטיים אלה כופים היפרדות או מעודדים אותה באופן מובהק: הם אינם מסתפקים ב"חומות חברתיות".¹⁶ על החומות החברתיות שקיימות ממילא נוספו עם השנים כללים משפטיים שאינם מאפשרים לבני קהילות שונות להתגורר באותם יישובים (או שכונות), או המעודדים אותם להתגורר בנפרד (במקום לעודד אותם להתגורר בצוותא). לפיכך הבידוד הרב שאפשר לזהות במציאות אינו יכול ללמד בוודאות על ההעדפות החופשיות של פרטים ושל קבוצות.

מאחר שההיפרדות במגורים היא ביטוי למדיניות ציבורית ולא (רק) להעדפות פרטיות ולבחירות חופשיות, הרי שהמאבק בה חייב להיעשות על ידי אימוץ מדיניות ציבורית הפוכה, ולא להסתמך על כוחות שוק או על פעולות פרטיות בלבד. לנוכח כפייה זו יש לשאול אם לא הגיעה השעה לאפשר, ואף לעודד באופן אקטיבי, ערכוב של קבוצות אוכלוסייה כדי לבטא את העדפותיהם של אותם המעוניינים בו, העדפות אשר קופחו לאורך השנים. נוסף על כך, ואולי אף חשוב מכך, יש לפתח כללים משפטיים שלא רק יעודדו דה-סגרגציה בין הקבוצות אלא גם יאפשרו לחרדים, חילונים ודתיים (שאינם חרדים) לחיות יחדיו במרחבי מגורים משותפים מבלי שאחת הקבוצות תחוש מאוימת,

14 לפי סקר שנערך על ידי מכון גיאוקרטוגרפיה, 61 אחוזים מכלל החרדים מעדיפים להתגורר ביישובים נפרדים לחרדים בלבד. מכלל האוכלוסייה רק 48 אחוזים מסכימים לעמדה זו. מעניינת עוד יותר היא העובדה כי כשליש מהחרדים מעוניינים דווקא במגורים מעורבים, וכי הציבור הציוני-דתי מתנגד ליישובים נפרדים לדתיים ברוב גדול של 53 אחוזים. ראו: אבי דגני, "61% מהחרדים: מעדיפים לגור ביישובים נפרדים" (15.2.2011) ניתן לצפייה באתר: http://www.relevanti.com/globus/עמוד-הבית/פרופ-אבי-דגני/m7329_61-מהחרדים-מעדיפים-לגור-ביישובים-נפרדים.

15 ראו: לי כהנר, "תהליכי התפרסותה של האוכלוסייה החרדית בחיפה", אופקים בגיאוגרפיה 64-65 (2005) 238, בעמ' 239; יצחק שנל, "התבדלות מרחבית של החרדים בישראל: היבט פנומנוגרפי", בארי: 1 (1988) 151.

16 כך מכנה אותן גונטובניק. ראו: גרשון גונטובניק, "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור", קהילות מגודרות (לעיל, הערה 12) 425, בעמ' 462-464.

מקופחת או שהיא מצויה במלחמת הישרדות בלתי פוסקת. שכן כאמור, בד בבד עם ההיפרדות המואצת בין חרדים לחילונים והופעתן של ערים חרדיות נפרדות לחלוטין מופיע סוג חדש של ערבוב בין הקבוצות: הופעת שכונות חרדיות (או מתחרדות) בתוככי ערים חילוניות או מסורתיות.¹⁷ אמנם שכונות אלה הן נפרדות ומשמשות על פי רוב חרדים בלבד (ועל כן גם הן כפופות, לפחות במידת מה, להיגיון של ההיפרדות המרחבית), אולם הן מייצרות חיכוכים ברמת השלטון המקומי ואף ברמת השכונה, אם זו אינה נפרדת לחלוטין. מגורים מעורבים אלה מאתגרים אפוא את מערך הכללים המשפטי הקיים כיום ומחייבים חשיבה מחדשת על אפשרות של חיים בצוותא.

בטרם אעבור לנתח את הדוקטרינה של היפרדות קהילות דתיות אעיר שחלק מהדברים האמורים נכונים גם להיפרדות של יהודים וערבים בישראל. כפי שכתבתי בעבר, גם כשמדובר בקבוצות אוכלוסייה אלה הנטייה להסביר את ההיפרדות ביניהן בשל העדפות אישיות ובחירות וולונטריות היא מופרזת לאור מדיניות ההפרדה הברורה שהופעלה בעניינן לאורך ההיסטוריה ולאור כללי רקע משפטיים שונים המעודדים, ואף כופים, היפרדות בין ערבים ליהודים בהקשרים רבים (כגון חינוך).¹⁸ ועם זאת אשר לערבים (למעט הבדואים) בוטלה מדיניות ההפרדה הכפויה במגורים ונאסרה כבלתי חוקתית בעשור האחרון.¹⁹ להבדיל, אשר למגורי חרדים וחילונים, היפרדות זו מותרת ואף מתומצת על ידי מנגנונים משפטיים שונים ומגוונים. בהיפרדות זו ובדוקטרינות המשפטיות המתירות והמעודדות אותה עוסק מאמר זה.

1. קהילות מיעוט בעלות אורחות חיים ייחודיים: הלכת אביטן וגלגולה בפרשת עם חופשי

א) בידודה של קבוצת אתנית ייחודית: פרשת אביטן

את בסיס הדוקטרינה בנוגע לכפייה מדינתית של היפרדות בין קהילות דתיות קבע בית המשפט העליון דווקא בפרשת אביטן,²⁰ בהקשר של קהילה אתנית (בדואית). באותו עניין נדונה עתירתו של מר אביטן, שביקש לחזור מגרש ביישוב הבדואי שגב שלום. מינהל מקרקעי ישראל, הבעלים של הקרקע ששווקה באותו פרויקט, סירב להחזיר

17 גולדשטיין (לעיל, הערה 5).

18 בלנק (לעיל, הערה 9).

19 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן – עניין קעדאן). בעניין קעדאן דן בית המשפט העליון בחוקיותה ובחוקתיותה של מדיניות מנהל מקרקעי ישראל להיקשר בחוזים עם אגודות שיתופיות, שלפיהם אין ערבים מורשים לרכוש או לחזור קרקעות ביישוב השיתופי. בית המשפט פסל מדיניות זו וקבע כי היא אינה חוקתית. בהמשך המאמר אדון עוד בפסק הדין.

20 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (להלן – עניין אביטן).

לאביטן מגרש ביישוב זה, שהוקם כדי ליישב את בני הפזורה הבדואית בנגב, לאור מדיניותו המוצהרת לאפשר אך ורק לבדואים לחכור שם מגרשים. מדיניות החכרה זו נתמכה בהחלטת ממשלה.

בדחתו את העתירה קובע בית המשפט כמה עקרונות: ראשית, קובע השופט אור, השוויון שעליו יש להגן הוא השוויון המהותי ולא זה הפורמלי: "...ולעיתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק לעודדו ולקדמו".²¹ בית המשפט קובע אפוא כי גם בהקשר של מדיניות דיור ומגורים יכולה המדינה להגשים את עקרון השוויון המהותי על ידי אימוץ של מדיניות העדפה מתקנת למרות היותה סותרת תפיסות פורמליות של שוויון. זאת, אם אכן קיים הבדל רלוונטי שמצדיק את מתן היחס המועדף לבני הקבוצה המקופחת, הלא הם הבדואים. כדי לקבוע שקיים הבדל רלוונטי בין הבדואים לבין מי שאינם בדואי, לצורך החכרת מגרשים, בוחן בית המשפט את בסיס המדיניות בדבר הקמתם של יישובים לבדואים. מדיניות זו מוצדקת, אומר השופט אור, לנוכח השיקולים שפירטה המדינה, ובראשם היותם של הבדואים "...מיעוט אתני בעל צביון ויחוד" [הדגשה שלי – י"ב] וחשיבות יישובם של הבדואים ביישובי קבע.²² לפיכך קיימת הצדקה להעדפת בדואים בתנאי החכרת המגרשים.

שנית, אומר בית המשפט, יש לבחון אם המדיניות של הדרה מוחלטת של יהודים מהיישוב – ולא רק מתן תנאים מועדפים לבדואים בחכירת מגרשים – מוצדקת אף היא. השופט אור שולל את הטענה שמדובר בהפליה על רקע לאום וקובע שמדיניות זו היא תוצאה של התייחסות ספציפית למצבם הייחודי וההיסטורי, אשר הקימה "...אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות".²³ מטרות אלה, כפי שהובהר קודם לכן, הן בעיקרן יישובם של הבדואים ביישובי קבע לשם צמצום נוודותם, מניעת "...בניה בלתי חוקית בריכוזים בדואים בלתי מתוכננים ותפיסת אדמות מדינה..." והענקת שירותים מוניציפליים בנוחות וביעילות (דבר שקשה לעשותו, טוענת המדינה, ביישובים בלתי קבועים).²⁴ ייחודם של הבדואים, קובע בית המשפט, הוא תוצאה בין היתר של "האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך..."²⁵ מכל מקום, השופט אור סומך ידיו על המומחים מטעם המדינה, אשר קבעו שכדי שהעיירות של הבדואים ישמשו באופן אופטימלי לשם יישובם, עליהן להיות "מיעודות כל אחת מהם לשבטים ופלגים בדואים מסוימים, בשל הרגישות המיוחדת של הבדואים להשתייכותם השבטית, הפלגית או המשפחתית..."²⁶ לפיכך אין לאפשר למי שאינו בן השבט להתיישב ביישוב, קל וחומר למי שאינו בדואי.

21 שם, בעמ' 299.

22 שם, בעמ' 300-302.

23 שם, בעמ' 304.

24 שם, בעמ' 301.

25 שם, בעמ' 304.

26 שם, בעמ' 305.

בית המשפט מעיר עוד כי המדינה עצמה הבהירה שמדיניות ההחכרה לבדואים בלבד היא מדיניות לתקופת מעבר בלבד, "...עד להתערותם של הבדואים בחברה הישראלית, כפי שאלה ימצאו לנכון".²⁷ נוסף על כך, אומר השופט אור, העובדה שיש בדואים אשר מתנגדים למדיניות המדינה, וכי הוצגו בפני בית המשפט חצהירים המעידים שבדואים המתגוררים ביישוב אינם מתנגדים שאביטן ויהודים אחרים יעבור להתגורר ביישוב אינה יכולה לשנות את העובדה שזוהי מדיניות סבירה המושתתת על אינטרסים מוצדקים ועל עמדות מומחה שבית המשפט מקבלן.

הלכת אביטן מחד נתמכה רבות מאז ניתנה ומאידך בוקרה מאוד. היא נחגגה כמבטאת הכרה בזכותן של קהילות אתניות ותרבותיות לאוטונומיה, להיפרדות ולהעצמה והכרה בזכותן של מיעוטים ילידי למרחב משלו וכמבטאת הכרה בזכויות קולקטיביות.²⁸ אולם היא גם בוקרה כמבטאת עמדה קיצונית של התערבות מדינית בעיצוב המרחב ובחירויות של פרטים, כמבטאת פטרנליזם כלפי המיעוט הבדואי וכמאפשרת את המשך הדיכוי והשליטה בבדואים.²⁹ עם זאת במאמר זה אני רוצה לבחון אותה כמקור לדוקטרינה שהתפתחה ברבות השנים בעקבותיה, אשר מאפשרת עד היום את ההיפרדות הכפויה של קבוצות דתיות אלה מאלה, ודווקא של קבוצות יהודיות. ואכן, אם נדמה היה שפרשת אביטן עוסקת במקרה חריג ביותר – הקבוצה האתנית הבדואית שמאפייניה ייחודיים, ההיסטוריה שלה סינגולרית, צרכיה ספציפיים – וכי מכל מקום מדובר במדיניות זמנית לתקופת מעבר בלבד, באה פרשת עם חופשי³⁰ והבהירה שלא כך הם הדברים.

ב) הפשטתה והכללתה של הלכת אביטן: פרשת עם חופשי והאתניזציה של מיעוטים דתיים

כעשור לאחר פסק הדין בפרשת אביטן, וכחודשיים לאחר פרסום פסק הדין בעניין קעדאן,³¹ נתן בית המשפט העליון פסק דין בעתירה שהגישו עמותת "עם חופשי" וכמה

27 שם, בעמ' 306.

28 Ronen Shamir, "Suspended in Space: Bedouins Under the Law of Israel", 30 *L. & Soc. Rev.* (1996) 231; בנבנישתי, לעיל הערה 13.

29 יוחאי בנקלר, "איי-הפליה בדיר: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים", עיוני משפט טז (תשנ"א-תשנ"ב) 131, בעמ' 150; Issachar Rosen-Zvi, *Taking Space*; Seriously: Law, Space and Society in Contemporary Israel (2004).

30 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (להלן – עניין עם חופשי).

31 בעניין קעדאן פסל בית המשפט העליון את חווי החכירה של המינהל עם אגודות שיתופיות שאינן מקבלות ערבים למגורים ביישובים שהן מאכלסות בשל פגיעתם בעקרון השוויון. חשובה לענייננו הייתה הטענה כי לאור הלכת אביטן יש לאשר את מדיניות "נפרד אבל שווה" גם במקרה הנדון, באשר ליישוב קציר. בית המשפט דחה טענה זו ומצביע על שני הבדלים חשובים לעומת עניין אביטן: ראשית, השוויון בין הקבוצות אינו מתקיים כיוון

משפחות שביקשו לרכוש יחידות דיור באלעד, שיועדה להיות עיר חרדית. במכרו לקבלנים שפרסם משרד הבינוי והשיכון (שאף יזם את הקמתה של אלעד) נקבע כי הזוכה מתחייב "למכור את כל הדירות במתחם למשתכנים זכאים ולאחרים בעלי צביון דתי בלבד..."³² מחצית מן הדירות אכן שווקו לזכאי משרד הבינוי והשיכון על פי תנאי זכאות שפרסם המשרד, והללו זכו להטבות מפליגות במחירים ובתנאים אחרים.

אף על פי שהישוב הוגדר על ידי המשרד כמיועד לאוכלוסייה שהיא "בעלת צביון דתי", בית המשפט קובע בפסק הדין שמדובר ביישוב לחרדים בלבד ולא לכל הזרמים הדתיים, וכי המונח "צביון דתי" אינו אלא "מסווה"³³. השימוש במונח זה נועד כפי הנראה, אומרת השופטת ביניש, להתאים את התכנית להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולהלכות שנקבעו בפסקי דין קודמים שעסקו בהקצאת קרקעות מדינה לפרויקטי מגורים לקבוצות דתיות שונות. בעקבות עתירות שהוגשו בשנות התשעים נגד הקצאות קרקעות לעמותות מפלגתיות דתיות, נאסר על הקצאת יחידות דיור לפי מפתח מפלגתי,³⁴ ואף נאסר על שימוש בקריטריונים שונים כדי להעניק הטבות ייחודיות לחרדים בלבד – כגון השימוש במונח "שתורתם אמנותם"³⁵. עם זאת, קובעת השופטת ביניש, מה שנאסר בהקשר זה היו ההטבות הייחודיות לחרדים, אולם הקצאה נפרדת לחרדים לא נאסרה. להפך. בית המשפט פוסק כי הקצאת קרקעות לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית "...כדי לאפשר לה לקיים את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול"³⁶.

כתימוכין למסקנתה מביאה השופטת ביניש את פרשת אביטן ואומרת שבאותו עניין כבר הוכרה האפשרות להקצות משאבי קרקע לבנייה בשביל קבוצת אוכלוסייה אחת שצרכיה קובעים שתתאפשר לה בנייה נפרדת. הכרה כאמור, מוסיפה השופטת, "...משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן"³⁷. יש לשים לב כי באמירה זו השופטת ביניש מוסיפה ומשנה עניינים חשובים לעומת אביטן: ראשית, כי מדובר דווקא בקבוצת מיעוט; שנית, שמדובר בקהילה שרוצה לשמר את ייחודיותה; שלישית, כי אין הכרח שיהיה מדובר בקבוצה

שהמינהל הקצה קרקעות רבות ליישובים יהודיים רבים במשך השנים, אך הוא לא הקצה כלל קרקעות ליישובים ערביים. שנית, בית המשפט מדגיש שכדי שמדיניות "נפרד אך שווה" במגורים תוצדק נדרש שהישוב יגן על אורח חיים ייחודי של קבוצה, וכי בעניין שלפניו "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד". עניין קעדאן (לעיל, הערה 19) בעמ' 279-280.

32 עניין עם חופשי (לעיל, הערה 30) בעמ' 507.

33 שם, בעמ' 508.

34 בג"ץ 5023/91 פרוז נ' שר השינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793.

35 בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241.

36 עניין עם חופשי (לעיל, הערה 30) בעמ' 508.

37 שם, בעמ' 508.

אתנית וכי אפשר שיהיה מדובר בכל קבוצה תרבותית למעשה. ואמנם, אף על פי שהבדואים הם אכן מיעוט ברמה הלאומית (גם אם לא בהכרח ברמה המקומית, סוגיה שעוד נדון בה בהמשך), בעניין אביטן עצמו אין ברור עד כמה היה עניין זה בעל חשיבות, ועוד פחות ברור עד כמה רצו הבדואים עצמם בבידוד זה או עד כמה רצו לשמר את תרבותם הייחודית. כזכור, באותו עניין בית המשפט אף קבע כי העובדה שיש בדואים שהגישו תצהיר שאינם מתנגדים שיהודים יגורו בקרבם אינה משנה את מסקנתו בדבר סבירותה של מדיניות ההפרדה, מאחר שזוהי הדרך האופטימלית להשיג את המטרה, שהיא יישובם של הבדואים ביישובי קבע.

בהוספת נדבכים אלה להלכת אביטן הטתה השופטת ביניש את הדיון לעבר השיח הרב-תרבותי והקהילתני והכלילה אותו נוסף על הספציפיות של הבדואים והמדיניות הציבורית הייחודית כלפיהם: הכרה בזכותן של קהילות מיעוט לשמר את ייחודיותן מייצגת גישה הרווחת כיום "...בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו".³⁸ אף על פי שקביעות אלה הן לכאורה אמרות אגב, שכן העתירה התקבלה משום שמשרד הבינוי והשיכון לא הקצה קרקעות באותם תנאים גם לחילונים, פתח פסק הדין בפרשת עם חופשי לרווחה את הדלת למדיניות גלויה של הקצאות נפרדות לחרדים ולקבוצות מיעוט אחרות אשר מעוניינות לשמר את אורחות חייהן הייחודיים.

לפיכך אף על פי שבית המשפט לכאורה רק מיישם את הלכת אביטן, בחרתי להדגיש דווקא את האופן שבו הוא מרחיב ומשנה אותה בפרשת עם חופשי: ראשית, אם פרשת אביטן עוסקת דווקא במיעוט אתני קטן ביותר ובעל היסטוריה ייחודית, הלכת עם חופשי מעניקה את ההדרה המדינתית לכל קבוצה תרבותית "ייחודית" (ובייחוד לקבוצה דתית); שנית, באביטן עסקינן בקבוצה המרוכזת ממילא באזורים גאוגרפיים מצומצמים (בעיקר

38 שם, בעמ' 508-509. אף שהיא מותירה את העניין כאמרת אגב, מוסיפה השופטת ביניש כי "נוטה אני להשקפה כי במגבלות ובהיקף ההולמים את עקרונות שיטתנו המשפטית ואת המציאות החברתית שאנו נתונים בה, מדובר בזכות הראויה להכרה לעצמה". בסופו של עניין פוסל בית המשפט את מדיניות ההקצאות לא בשל מדיניות ההפרדה אלא מכיוון שהביור העובדתי העלה שהחרדים לא רק הופרדו אלא אף הופלו לטובה, ללא צידוק. כלומר, העיקרון של "נפרד אך שווה" לא נשמר: אין ברור מדוע יזמו הרשויות פרויקט בסדר גודל כזה דווקא בשביל חרדים ולא בשביל חילונים (או דתיים אחרים), ההטבות שניתנו לחרדים היו מפליגות גם לעומת פרויקטים דומים ללא-חרדים, ולא חרדי שרוצה להשיג דיר דומה בסבסוד מדינתי דומה אינו יכול לעשות כן. זאת, בשל "הלוואת המקום" שניתנה לזכאי משרד השיכון ובשל היקפי הבנייה באלעד, שגורמים להיצע בלתי פרופורציונלי של דירות מוזלות לחרדים לעומת כלל האוכלוסייה. ראו: שם, בעמ' 510-518. זאת, בשונה מעניין אביטן (לעיל, הערה 20), שם שוכנע בית המשפט כי הנסיבות הצדיקו לא רק הקצאה נפרדת לבדואים אלא גם תנאים משופרים לעומת האוכלוסייה הכללית.

בדרום הארץ ומעט בצפונה) ושמגוריה נפרדים ממילא, ואילו בעם חופשי מדובר בקבוצה הפזורה בכל רחבי הארץ ואשר הייתה מצויה, לפחות באותה עת ובמקומות רבים, דווקא באינטגרציה עם קבוצת הרוב; שלישית, באביטן מדובר במיעוט שהיפרדותו נדרשת, לדברי המדינה, כתנאי הכרחי להצלחת מדיניות המיטיבה עם הכלל, כלומר האינטרס הכללי ביישוב הבדואים ביישובי קבע, ואילו בעם חופשי מרחיב בית המשפט את האפשרות ליצור היפרדות כפויה גם למצבים שבהם אין כל מדיניות ציבורית כללית מוצהרת שאי אפשר להשיגה ללא ההיפרדות (מעבר להיפרדות עצמה).³⁹

הבדלים אלה הם קריטיים. בגינם הפכה הלכת עם חופשי את הזהות האתנית למודל לרב-תרבותיות ואת הזהות של הפרט כחלק מקולקטיב – להבדיל מהפרקטיקה הדתית או התרבותית הייחודית שלו – כמצדיקה את היפרדותו הכפויה. הלכה זו גם הופכת את ההיפרדות הגאוגרפית-מרחבית לפתרון מקובל ואף רצוי לאתגר הרב-תרבותי. ואכן, הלכת עם חופשי הפכה את החריג המצומצם ביותר של אביטן למודל הכללי של האופן שבו ראוי להסדיר את מגוריהן של קבוצות תרבות נבדלות, או לפחות למודל ההסדרה של מגוריהם של חרדים ואולי גם דתיים אחרים. פסק הדין שותק בעניין רוחב ההגדרה של קבוצות מיעוט בעלות "אורחות חיים ייחודיים", ובכך הוא גם פותח את הפתח לדיונים עתידיים ואף מתעלם מהשאלה החשובה בדבר הגבולות המדויקים של מעורבותה של המדינה בכפיית ההיפרדות של קבוצות אלה.⁴⁰

למן שנות התשעים של המאה העשרים, הייתה הקבוצה החרדית הקבוצה העיקרית שלמענה הקימו פרויקטים ייחודיים רחבי היקף, שמהם הודר במפורש ובגלוי כל מי שאינו חרדי. דוגמאות לערים חרדיות אלה הן אלעד, בית-ר עילית, מודיעין עילית, עמנואל, קריית ספר ועוד. ערים חרדיות אחרות, כגון כסיף וחריש, מצויות בשלבי תכנון ואישור שונים.⁴¹ אין משמעות הדבר כמובן שקבוצות חברתיות אחרות לא יצרו לעצמן

39 אפשר אולי לטעון כי אם לא יובטח לציבור החרדי כי היישוב כולו יהיה חרדי, לא יסכימו להתגורר בו חרדים ועל כן המדיניות החשובה של מציאת פתרונות דיור לבני הציבור החרדי – מדיניות ציבורית כללית ללא ספק – תסוכל. אלא שאין ברור על מה נסמכת טענה זו. ביישובים לא מעטים מתגוררים חרדים וחילונים זה לצד זה, חרדים עוברים להתגורר לעתים תכופות בשכונות שגרים בהן חילונים ועוד. לפיכך גם בהיעדר אכיפה מדינתית של "טוהר" היישוב, יעברו להתגורר בו חרדים.

40 שהרי בפרשות אביטן ועם חופשי המדינה לא רק "התירה" לקבוצות אלה להקים לעצמן יישובים נפרדים; המדינה כפתה את היפרדותן של הקבוצות ביצרה מנגנוני הדרה מחייבים באמצעות קריטריונים בררניים (אביטן) או מכרזים עם קבלנים (עם חופשי).

41 העיר חריש אמורה לקום במקום שבו מצוי היום היישוב הקטן חריש. לפי תכנית משרד הבינוי והשיכון הייתה העיר המתוכננת אמורה לאכלס עד 150,000 איש, אולם לפי שעה התחייב המשרד ליישב במקום רק כ-50,000 תושבים בשל התנגדויות רבות שהוגשו על ידי יישובים סמוכים (יהודים וערבים) וארגוני סביבה וחברה. ראו: צפריר רינת, "חרף המחאה, אושרה הקמת העיר החרדית בחריש", הארץ (10.6.2011) ניתן לצפייה באתר: <http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1230776.html>. העיר כסיף אמורה לקום, על פי

מרחבי מגורים הומוגניים למדי, שמהם הודרו בפועל בני קבוצות חברתיות שונות. אדרבה, כבר בעברה של ארץ-ישראל-פלסטינה הוקמו בה יישובים הומוגניים: כפרים ערביים, מושבים וקיבוצים יישובים יהודיים-אשכנזיים, עיירות פיתוח מזרחיות ועוד.⁴² היפרדות במגורים זו ממשיכה להיות ההיגיון המארגן של המרחב הישראלי. כפי שצינתי לעיל, מחקרים רבים מעידים שהארגון המרחבי העכשווי של קהילות בישראל מושתת אף הוא על מנגנוני הדרה וגידור מתוחכמים, שבעקבותיהם רבים ממרחבי המגורים – לעתים ערים שלמות, לעתים שכונות, לעתים מתחמי מגורים קטנים יותר – שנוצרו למן שנות התשעים הם הומוגניים למדי מבחינת הרכבם האתני, הלאומי, העדתי והמעמדי. נוצרו קהילות מגודרות חדשות מסוגים שונים: קיבוצים מתחדשים, יישובים קהילתיים, קהילות עירוניות פרטיות, התנחלויות.⁴³ בקהילות אלה הושגו ההומוגניות וההדרה באמצעות שילובם של אלה: מנגנונים חוקיים מהמשפט הציבורי והמשפט הפרטי (חוזים וקניין), כוחות שוק, תמריצים שונים ועוד. עם זאת לעומת ההדרה על בסיס לאום, שנתפסה כנוצרת באופן טבעי וספונטני (ועל כן אין מה לעשות נגדה) או נכפית על ידי המדינה ולפיכך יש לאסור אותה (פרשת קעדאן היא דוגמה טובה לכך), באה פרשת עם חופשי ואישרה דפוס של סגרגציה מדינתית שהיא לגיטימית ומותרת. כפי שאבהיר בהמשך, אחד ההיבטים המעניינים בהיפרדות על פי דת הוא שהבחנות לפי לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית ועוד הופכות להיות אסורות בתחומים רבים במשפט, ולעומתה היפרדות במגורים של קהילות דתיות ממשיכה להיות מותרת. לעובדה זו השלכות דרמטיות הן בשל השינויים שעוברים על החברה הישראלית (בראש ובראשונה הגידול של קבוצת החרדים והדתיים) והן משום שפעמים רבות דת יכולה להיות מסווה להפלות אחרות כגון מגדר, נטייה מינית, לאום ומוצא עדתי.

שתי פרשות שהגיעו לפתחם של בתי המשפט בשנה האחרונה הבהירו את מורכבותה של הלכת עם חופשי, את האופן שבו היא מיושמת כיום ואת האופנים שבהם נעשים ניסיונות להרחיבה וליישמה בעניינין של קהילות שונות. פסקי דין אלה אף חושפים את מוגבלותו של המודל ההיפרדותי, שבמסגרתו קהילות דורשות שהמדינה תיצור בשבילן מסגרות מגורים נפרדות, על פי השונות הדתית שביניהן.

החלטת ממשלה מאפריל 2007, בסביבות ערך ולקלוט כ-50,000 תושבים בשלב הראשון.

ראו: רנית נחום-הלוי, "אושרה התוכנית להקמת העיר כסיף", הארץ (20.1.2010) 26.

42 ראו: בלנק (לעיל, הערה 10); בלנק (לעיל, הערה 9); רוזן-צבי (לעיל, הערה 10).

43 בשנה שחלפה פורסם קובץ מאמרים שבו נסקרות ומנותחות רבות מהתפתחויות אלו. ראו: קהילות מגודרות (לעיל, הערה 12). באופן ספציפי ראו: אמנון להבי, "מבוא: קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר", בעמ' 13-15.

2. בריחת חילונים מעיר מתחרדת ו"התנחלות" דתית בעיר ערבית: בית שמש ויפו

הפרשה הראשונה שבה אדון, פרשת אדרי, עסקה במכרזים שפרסם משרד הבינוי והשיכון ומינהל מקרקעי ישראל לבניית למעלה מאלפיים יחידות דיור בעיר בית שמש, ובדרישה שחלקם יוקצה באופן מפורש לחילונים. בפרשת השנייה, עניין סבא, נדונו מכרז של מינהל מקרקעי ישראל להקצאת מגרש בשכונת עג'מי שביפו והחלטה לזכות את חברת "באמונה" בהצהירה מפורשות כי תקים בו פרויקט ליהודים-דתיים בלבד. פרשיות אלה חושפות את המגבלות הקשות של המדיניות המשפטית באשר להקצאת קרקעות מדינה לשם הקמת שכונות נפרדות לדתיים ולחילונים, את המציאות החברתית המשתנה בישראל ואת האתגרים החדשים שהיא מציבה, ואת הרקע האידאולוגי המשתנה של סוגיה זו שבתוכו פועלים הגורמים הרלוונטיים. באמצעות ניתוח שתי פרשיות עכשוויות אלה אני מבקש להעמיד לבחינה ביקורתית את הלכת עם חופשי ואת העקרונות שהיא קובעת להקצאות נפרדות למגורים לקבוצות דתיות בהקשרים עירוניים שונים, וכן להצביע על המגבלות שיש בבחינה של הלכה זו במנותק מההקשר הנורמטיבי והחברתי הרחב יותר שבו היא פועלת: הקשר של שינויים דמוגרפיים, תנאי רקע חברתיים מגוונים ומערך נורמטיבי שבו רשויות מקומיות מתחשבות בהרכב האוכלוסייה שלהן בהפעילן סמכויות שונות המשפיעות על עיצוב המרחב הציבורי בתחומן.

א) בקשה להקים שכונה חילונית בעיר מתחרדת: פרשת אדרי

בעניין אדרי עסקו לראשונה בתי המשפט בבקשה כי המדינה תקצה קרקע להקמתה של שכונה שתוגדר רשמית "חילונית". הפרשה החלה בהחלטה של מועצת עיריית בית שמש על הקמתה של שכונה חדשה, ובה אלפי יחידות דיור, לכלל קבוצות האוכלוסייה בעיר, כלומר חרדים, חילונים ודתיים-לאומיים. אלא שעל פי החלטת מועצת העיר, אף על פי שהשכונה החדשה הייתה אמורה להיות מיועדת לשלוש קבוצות האוכלוסייה גם יחד, היא הייתה אמורה להיות מורכבת משלושה מתחמים נפרדים, כל אחד מהם לאחד המגזרים בלבד. אף על פי שלפי האמור בהחלטת מועצת העיר החלטתה התקבלה לאחר משא ומתן עם משרד הבינוי והשיכון, פרסמו המשרד האמור ומינהל מקרקעי ישראל מכרזים שהתעלמו מההוראה על הקצאות נפרדות למגזרים השונים. מכרזים אלה הופנו אפוא לציבור הכללי בעניין השטח כולו בלי להפרידו לשלושה מתחמים על פי קבוצת היעד, ואף על פי שהמכרזים חולקו לשלוש קבוצות, החלוקה הייתה גאוגרפית ולא מגזרית, כלומר בכל אחד משלושת המתחמים יכלו לרכוש דירות בני כל המגזרים. ההשתתפות במכרזים נפתחה לקבלנים, יזמים ועמותות בלא שצוינה העדפה או הגבלה בגין השתייכות דתית כלשהי. בתגובה לכך עתרו כמה חברי מועצה המייצגים את הציבור הלא-חרדי בבקשה לבטל את המכרזים ולפרסם במקומם מכרזים חדשים על פי החלטת

המועצה. כלומר, כאלה שיפרידו בין השכונות לפי המגזר הדתי שאליו משתייכים תושביהן: חרדים, דתיים-לאומיים וחילונים.

ייחודיותה של העתירה הוא בעיסוקה במצב ההפוך לזה הרגיל. ברגיל מוקצות קרקעות לחרדים לשם יצירת שכונות ואף ערים נפרדות. לעומת זאת בפרשת אדרי ההחלטה הייתה דווקא להקצות לכלל הקהילות יחדיו, ללא ייעוד או הגבלה, ומקור העתירה היה לא הגבלה חוקית על רכישת דירות על ידי חילונים (או דתיים-לאומיים) אלא החשש שהיחס המספרי בין הקבוצות השונות בבית שמש וכוחות השוק יגרמו שכל המתחמים יהפכו להיות בעלי אופי חרדי ויגרמו לבריחת משתכנים חילונים. לדברי העותרים, בשל הגידול הדרמטי במספר החרדים בעיר – הללו הגדילו את נתחם מ-15% ל-35% מכלל התושבים בתוך חמש-עשרה שנים בלבד – מרבית השכונות החדשות בעיר אוכלסו על ידי הציבור החרדי, והציבור החילוני והמסורתי נאלץ לנטוש את העיר. לדברי העותרים, על המדינה להגן על המרקם הפלורליסטי של בית שמש על ידי הקמת שכונה חילונית במוצהר, "....בדומה לעיקרון בדבר העדפה מתקנת הדורש התערבות שלטונית לטובת ציבור חלש ומקופח..."⁴⁴

המייחד עתירה זו הוא שלראשונה נעשה ניסיון להמשיג את קבוצת החילונים כקהילת מיעוט הראויה להגנה מדינתית על פי הלכת עם חופשי, וכי על כן יש להקצות בשבילה קרקע מדינתית שממנה יודרו חרדים באופן חוקי. יש להבין ניסיון זה כנובע משתי סיבות עיקריות: ראשית, מהכללים המשפטיים שנקבעו בפרשת עם חופשי (ואביטן לפניו) שעיצבו בתי המשפט בעשורים האחרונים בסוגיה של יצירת מתחמי מגורים נבדלים לקהילות מיעוט שמהם מודרים בני קהילות אחרות; שנית, משינויים דמוגרפיים המתרחשים ברחבי המדינה ובמיוחד בערים העוברות תהליכי התחרדות. שני גורמים אלה הובילו לכך שחילונים באזורים שונים, ובייחוד במקומות שקיימת בהם מתיחות בינם לבין חרדים, החלו תובעים זכויות על פי המודל המשפטי שהומצא בשביל קבוצות מיעוט תרבותיות, כחרדים ובדואים. באזורים אחרים ברחבי המדינה, יש לציין, אף אם אין ניסיון לבקש הדרה מדינתית-פורמלית של חרדים קיימות התארגנויות אזרחיות שביסודן רצון למנוע מחרדים לעבור לשכונות חילוניות, באמצעים אחרים. התארגנויות מסוג זה החלו להופיע ביתר שאת בשנים האחרונות, ככל שניסיונות המעבר של קבוצות דתיות שונות לשכונות חילוניות הולכים וגוברים.⁴⁵ לפעמים התארגנויות אלה כוללות אך ורק פעולות פרטיות, אולם במקרים רבים נדרש סיוע של מוסדות מדינה להתארגנויות אלה. במקרים אלה מתבקשות רשויות המדינה המוסמכות לאמץ מדיניות אשר תמנע את "התחרדות" השכונה: שלא לפתוח בה גנים ובתי ספר דתיים, שלא להקים בה מוסדות דת (כמקוואות ובתי מדרש), שלא למנוע מבתי עסק בה לפעול בשבת, שלא

44 עניין אדרי 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה 5.

45 ניר חסון, "כך הפכה קרית יובל לבירת הקיבוצים העירוניים", הארץ (8.9.2010) 17; גילי כהן, "מחיפה עד רחובות: מתנגדי ההתחרדות מתאחדים", הארץ (22.4.2011) 5.

לסגור כבישים בשבת ועוד. בחלק ג של המאמר אדון בהקשרים אלה, המדגימים את טענתי העיקרית שקיים קשר הדוק בין הדרה פורמלית לבין הכללים המשפטיים האחרים המסדירים את אופיין של שכונות המגורים.

השופט סובל בבית המשפט המחוזי דוחה את העתירה. אף על פי שהסיבה העיקרית לדחייה היא שיהוי, בוחן אותה השופט לגופה כדי לקבוע שאין היא יורדת לשורש הסמכות המנהלית (ועל כן אין לקבלה למרות השיהוי שיש בה). משכך, חוזר השופט סובל על הכלל הא-סימטרי שנקבע בפרשות אביטן ועם חופשי ומאשר אותו: אין למנוע מאדם השתתפות במכרז או רכישת דירה רק בשל שיוכו הדתי וסיווגו כחרדי אף על פי שאפשר לעשות זאת אם הוא חילוני והקרקע משווקת לחרדים בלבד. השופט סובל חוזר על הכלל המוכר וקובע כי האפשרות להקצאה נפרדת של קרקעות למגזר מסוים אפשרית רק כשמדובר ב"קבוצת מיעוט בעלת צרכים ייחודיים ואורח חיים נבדל".⁴⁶ חילונים, או כפי שהוא מכנה אותם "ציבור המשייך עצמו לזרם הכללי", אינם כאלה ועל כן אינם זכאים לטיפול מיוחד של הרשויות. אדרבה, יצירת אזור מגורים ייעודי להם תהיה הפליה ותיחשב ל"התערבות מינהלית בתהליך חברתי לגיטימי..."⁴⁷ התהליך החברתי הלגיטימי שאליו מתייחס השופט הוא מה שמכונה לעתים בתקשורת "השתלטות חרדית" על אזורי מגורים או שכונות. במונח זה מקופלים הן חששות רציונליים מהעובדה שלמגורי חרדים במקום תהינה השלכות על אופי אזור המגורים ועל מחירי הנדל"ן בו, וכי תיווצר דינמיקה שבמהלכה שיווי המשקל של היחסים המספריים בין דתיים לחילונים יופר (ובסופו של דבר ייוותר באזור רוב חרדי מוחלט), והן דעות קדומות וחששות לא רציונליים כלפי ציבור החרדים.

קביעתו של השופט שדינמיקה כזו היא "טבעית ולגיטימית" דורשת עיון ביקורתית. אין ספק שמעבר של חרדים לשכונות קיימות וכן רכישת מגרשים על ידיהם בשכונות חדשות הם תהליך הנקבע לא מעט על ידי ביקוש והיצע, כוח קנייה, מחירי נדל"ן, יחסים

46 עניין אדרי 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה 18.

47 עניין אדרי 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה 18. את הכלל שואב השופט סובל מהלכות בית המשפט העליון בפרשות אביטן ועם חופשי, ואילו את המונח האחרון – "התערבות מינהלית בתהליך חברתי לגיטימי" – הוא שואב מפסק הדין של השופטת צור בעניין פינץ, שבו נדונה, כמה שנים קודם לכן, סוגיה דומה, אף היא בעיר בית שמש, אם כי בה פעל המנהל הפוך מבעניין אדרי. בעניין פינץ החליטו מינהל מקרקעי ישראל ומשרד הבינוי והשיכון לבנות שכונה חדשה ("השחר"), ואף כי רשמית היא יועדה לציבור הכללי, דומה שכוונת הרשויות הייתה כי היא תיושב דווקא על ידי חילונים. משהתברר כי מרבית ההצעות במכרז הראשוני היו של חרדים ושומרי מסורת, בוטלו התכנית והמכרז, ומגישי ההצעות עתרו לבית המשפט. בית המשפט המחוזי, שדן בעניין לאחר שבית המשפט העליון החזיר את התיק לעיונו, קבע כי לא היה צידוק לביטול המכרז מעבר לניסיון להתערב בתהליכים חברתיים טבעיים וספונטניים, שבמסגרתם בוחרים חברי קבוצה מסוימת שלא להתגורר ליד חברי קבוצה אחרת ועל כן נמנעים מלהתמודד על מכרז אם הם יודעים שחברי קבוצה מסוימת מתמודדים אף הם. ראו: עת"מ (י-ם) 209/01 פינץ נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו). לדין מפורט בפסק הדין ראו: גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 462-464.

מספריים בין חברי הקבוצות ויכולת הארגון של חברי הקבוצות השונות. במונח זה אפשר לומר שהתהליך אכן משקף החלטות וולונטריות של פרטים, וכי לפיכך הוא "טבעי ולגיטימי". משכך, אין סיבה שהמדינה תקבע אותו או תתערב בו, והתערבות מנהלית בו תהיה חדירה לא מוצדקת לתחום פעולה פרטי. אולם במאמר זה אני מבקש להבהיר: ככל שמדובר בשוק הדיור לחרדים, אי אפשר לדבר על הליכים "חברתיים טבעיים" שהם שיקוף של בחירות חופשיות וקדם-משפטיות של פרטים; ראשית, הכלל הבסיסי המשפטי הוא כי המדינה יוצרת שכונות נפרדות לחרדים ומהן מודרים חילונים בכפיית המדינה. לפיכך בית המשפט איננו רואה בכניסת חילונים ליישובים חרדיים דינמיקה "חברתית טבעית ולגיטימית", או שהוא מכל מקום מצדיק את התערבות המדינה בה (בשל היות החרדים מיעוט בעל אורח חיים ייחודי); שנית, מחירי הנדל"ן נקבעים על ידי המדינה, שהיא במרבית המקרים בעלת המגרשים; האזורים שבהם מוקמות שכונות חדשות נקבעים על ידי המדינה וגופי התכנון שלה, ועל כן מידת האטרקטיביות שלהן לחברי הקבוצות השונות מושפעת אף היא ממדיניות ציבורית; לבסוף, ליחסים המספריים בין חרדים וחילונים יש השפעה מכרעת על אופי השכונה והיישוב לא רק בגלל פעילות חברתית לגיטימית (כגון אורח חיים דתי וכיוצא בזה) אלא במיוחד לאור החקיקה ופסיקת בתי המשפט, המעניקה כוח מדינתי כופה לקבוצות רוב חברתיות באזור מגורים מסוים.⁴⁸ כוח מדינתי זה משמעו שליטה והשפעה על אופי היישוב או השכונה, לרבות הקצאת משאבי ציבור כגון קרקעות, מבנים וכספים, כפי שאבהיר בפרק ג של המאמר.

לאור כל אלה, גם אם חילונים הם קבוצה שבשל שיקולים ערכיים שונים לא מוצדק לאפשר לה מגורים נפרדים בכפיית המדינה, אמירתו של השופט סובל אינה נכונה: התמודדות חרדים על מכרזים פתוחים והדרת חילונים רגליהם ממכרזים אלה הן אכן לגיטימיות, אולם אין הן רק "חברתיות וטבעיות" אלא הן קשורות בטבורן לכללים משפטיים ולמדיניות ציבורית רחבה ומקיפה. משכך הם פני הדברים, על בית המשפט לברר טוב יותר את הסיבות לדינמיקה זו ולהחליט אם אמנם די בכך שחילונים הם רוב כדי לשלול מהם את זכות ההדרה שניתנה לחרדים. לחלופין על בית המשפט להפוך, או לצמצם צמצום דרמטי, את הלכת עם חופשי (או להזכיר שהיא למעשה לא הלכה אלא אמרת אגב) בדבר כפייה מדינתית של הדרת מי שאינם חרדים מאזורי מגורים חרדיים, וכן לבחון לעומק את הכללים המשפטיים האחרים שבגינם יש לחרדים ולחילונים

48 מדובר במכלול של חוקים ופסיקה המעניקים לרשויות מקומיות סמכות ושיקול דעת לעצב את המרחב הציבורי ולהקצות משאבים על פי הרכב האוכלוסייה המתגוררת בה ועל פי אמונתה הדתית. אני עומד בהרחבה על כללים אלה בחלק ג של המאמר. כמו כן ראו: Yishai Blank, "Localizing Religion in the Jewish State: The Local Battle over Public Spaces in Israel" (on file with author).

תמריצים כלכליים ואחרים להדיר אלה את אלה מאזורי מגוריהם. אחזור לנקודה זו בהמשך המאמר.

מעניינת במיוחד היא התייחסותו של השופט סובל למצב הדמוגרפי המורכב של בית שמש ולהשלכות שיש למצב זה על יישום הלכת עם חופשי במקרה זה. לדבריו, אין הצדקה להעניק לציבור שהוא רוב במדינה – ואף רוב מקומי (שיעורם של לא-חרדים בבית שמש הוא 67 אחוזים מכלל התושבים) – "...הגנה בדרך של טיפול 'נפרד אך שווה' או של טיפול מאבחן ומעדיף..."⁴⁹ השופט אף מפנה לפסק הדין בעניין קעדאן ומצטט את סירובו של השופט ברק לקבוע כי יהודים הם קבוצת מיעוט הראויה להגנה בדמות מרחבי מגורים נפרדים מערבים, ועל כן את הימנעותו מלהחיל את הלכת עם חופשי על יהודים בקציר. מסירוב זה לומד השופט סובל כי קבוצת האוכלוסייה של חילונים ודתיים-לאומיים אינה מתאפיינת "בייחוד כזה או אחר" פרט לשיוכה הדתי ועל כן אין להעניק לה הקצאות נפרדות.

מתוך דבריו של השופט סובל מתחווה החשש כי בהיעדר קריטריונים ברורים או טובים יותר לזיהוין של קהילות תרבות בעלות ייחוד הראוי לשימור ולהגנה, פונים בתי המשפט לקריטריון טכני-דמוגרפי: האם מדובר ברוב או במיעוט? אמנם השופט סובל מדבר גם על ה"ייחוד" של הקבוצה ולא רק על גודלה, אך דומה שהדגש עובר לגודל הקבוצה ותו לא. קריטריון טכני זה, כפי שנראה בהמשך, מתעלם מהיסטוריה, עצמה יחסית, "עובי" תרבותי-נורמטיבי, עבר של דיכוי וקיפוח וקריטריונים אחרים שדומה שראוי יותר שישמשו בסיס להענקת הכרה בזכויות הדרה וניהול עצמי. נוסף על כך מעניינת ההבחנה שהוא עושה בין רוב לאומי לרוב מקומי. הבחנה זו לא הייתה קיימת בפסיקת בתי המשפט בעבר (אולי מפני שהיה מדובר ביישובים חדשים); ייתכן שהחלטתו לאזכר את העובדה שחילונים הם "...לעת הזאת אף הרוב (67%) בבית שמש..."⁵⁰ משמעה שאם קבוצה מסוימת תהפוך למיעוט מקומי, היא תהיה זכאית להגנה גם אם היא עדיין רוב לאומי. בהמשך אעסוק בסוגיה זו של רוב לאומי/מיעוט מקומי (ולהפך) ובהשלכות שעשויות להיות לה על הכלל המשפטי הראוי.

פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור הוא קצר ותמציתי וכמעט שאינו דן בגופם של דברים בשל השיהוי שהיה בהגשת העתירה. עם זאת, וחשוב לענייננו, השופט עמית מאיץ בעותרים "...להפנות את מרצם כדי לארגן ולאגד רוכשי דירות פוטנציאליים מכל שכבות הציבור הרחב במקום להפנות את מעייניהם להגשת העתירה".⁵¹ עצתו של השופט עמית שלא להשחית את הזמן בעתירה ובמקום זאת לפעול באופן חברתי-כלכלי, אף שבמבט ראשון היא אטרקטיבית ושובת לב, ראויה לבחינה ביקורתית. היא מחדדת את הפער בין שני אופנים שבהם אפשר להבין את הלכת אביטן: לפי הראשון, למדינה

49 עניין אדרי 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה 18.

50 עניין אדרי 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה 18 [הדגשה שלי – י"ב].

51 עניין אדרי 2 (לעיל, הערה 1) בפסקה 12.

מותר ליצור "מרחבים טהורים" בשביל מיעוטים תרבותיים (כלומר כל מיעוט תרבותי) שבהם יוכלו הללו לשמר את תרבותם, על ידי כפיית היפרדות באזורי מגוריהם. לפי ההבנה השנייה, למדינה מותר לסייע דווקא למיעוטים מוחלשים ומדוכאים (ולא לכל מיעוט), המתקשים להשיג תיאום פנימי (בשל חולשתם הפוליטית, הכלכלית וההיסטורית), וליצור למענם מרחבים מוגנים שמהם יודרו דווקא המדכאים שלהם (ולאו דווקא כל קבוצה אחרת).

ואמנם אף על פי שהלכת אביטן נוסחה בפרשת עם חופשי כאילו עסקה בהגנה על קבוצות מיעוט תרבותיות דווקא (המובן הראשון שתיארת), אפשר להבין אותה גם באופן השני. כלומר, אפשר לומר שההגנה שבית המשפט העניק לבדואים נובעת לא מסטטוס המיעוט שלהם אלא מקושי אחר שניצב בפניהם (ולעתים, אך לא תמיד, גם בפני קבוצות תרבותיות אחרות): קשיי קואורדינציה פנימיים וחולשה חברתית, כלכלית ופוליטית, שבגינה הם זקוקים לכפייה מדינתית שתסייע בהשגתו של תיאום בין חברי הקבוצה ובהעצמתם דווקא אל מול קבוצות חברתיות בעלות עצמה כלכלית, חברתית ופוליטית.⁵² אכן, ראוי לומר שהדרה מדינתית – להבדיל מהדרה חברתית ולחץ חברתי פנימי על חברי קבוצה – מוצדקת אך ורק כאשר הקבוצה אינה מסוגלת לדאוג לעצמה וליצור סביבת מגורים משלה, בשל קשיים שונים. אלה יכולים להיות קשיים בהשגת תיאום בשל חוסר משאבים, הפליה היסטורית, חוסר כוח פוליטי ועוד. וזאת דווקא אל מול קבוצות חזקות ולא אל מול כל קבוצה חברתית אחרת. כאשר השופט בניש הפשיטה והכלילה את ההלכה הספציפית והקונקרטי בעניין אביטן לנוסחה המופשטת והכללית של עם חופשי בדבר "מיעוט המקיים אורחות חיים ייחודיים", היא ניסחה מחדש את הסיבה להדרה מדינתית והעמידה אותה בעיקר על הרציונל הרב-תרבותי של קהילות מיעוט (במובן הנומינלי של המילה) במקומו של הרציונל של קהילות מוחלשות הזקוקות לחומות המדינה כדי להתגבר על קשיי קואורדינציה פנימיים שלהן.

חרף האמור לעיל אין לשלול את הפרשנות של הלכת עם חופשי שלפיה הדרה מדינתית יכולה להיות מוצדקת גם כשדווקא בני קהילת רוב מסוימת מתקשים להתארגן ולהתאגד בעצמם ועל כן זקוקים לכפייה מדינתית של היפרדות במגורים. באופן פרדוקסלי ומנוגד לאמירתו של השופט עמית, לפעמים דווקא לקהילות מיעוט שונות קל יותר להתגבר על בעיות של שיתוף פעולה ולהתארגן לפעולה קולקטיבית.⁵³ קהילות

52 תובנות אלה נסמכות על מחקרו פורץ הדרך של מנקור אולסן, שהצביע על פערים ביכולתן של קבוצות שונות להתארגן לפעילות קולקטיבית. ראו: Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (1971). ייתכן שבאביטן כוונת המינהל לא הייתה להעצים את הבדואים אלא דווקא להחלישם ולפנותם מאזורי המחיה שלהם לטובת יישובם ביישובי קבע, אך אין זה צריך לגרוע מכך שזהו האופן שבו ראוי לפרש את ההלכה הכללית שנקבעה באותו עניין.

53 שם.

חרדים (מסוימות) הן הדוגמה המובהקת לכך: מספר החברים בהן אינו רב מאוד, הן מאורגנות כרשתות חברתיות ונורמטיביות הדוקות, הן מקיימות מוסדות המאגדים את חבריהן ורשתות מידע אפקטיביות, ובראשן מצויה הנהגה הנהנית מציות רב של החברים.⁵⁴ מנגד במקומות רבים (ודוק: לא בכל מקום) הרוב החילוני הוא מפוזר, חסר הנהגה אפקטיבית (למעט זו של המדינה בכללותה), נטול משאבים חומריים ורשתות חברתיות או אחרות להפצת מידע, אין לו מוסדות, ויכולתו להגיע להסכמות ולקואורדינציה קלושה. לפיכך אמירתו של השופט עמית כאילו החילונים יכולים להפנות מרצם כדי להתארגן באופן וולונטרי ועצמאי, מבטאת שאיפה ראויה, אולם סבירות התממשותה אינה גבוהה אלא במקרים יוצאים מן הכלל. וככל שמדובר בקבוצות חילונים מהמעמד הבינוני והבינוני-נמוך בפריפריה – שהם קהל היעד של הפרויקטים בבית שמש – יכולת הארגון והתיאום שלהם והשקעת המשאבים והזמן נמוכות עוד יותר. לפיכך אם יוכלו להוכיח כי אורחות חייהם הם אכן נבדלים ומיוחדים ומצויים אולי בסכנה, יש מקום דווקא להעניק להם זכות לאזורי מגורים נבדלים בחסות המדינה. אין ספק שלא תמיד כך הם פני הדברים ומקצת ההתארגנויות העכשוויות של חילונים המבקשים למנוע "השתלטות חרדית" על שכונות מגוריהם מצביעות דווקא על יכולת התארגנות טובה של קבוצה זו.⁵⁵ עם זאת נראה שבעיקר במקומות שבהם מדובר בחילונים ממעמד כלכלי בינוני ונמוך המצויים בפריפריה, יכולת ההתארגנות שלהם מצומצמת והכוח הפוליטי שלהם אינו רב, ועל כן בית המשפט הוא מוסד מתאים להגנה על אורחות חייהם.

פרשת אדרי מעוררת את סוג הקשיים המיוחד לעיר מתחרדת. נחזור לקשיים אלה גם כשנעסוק בפרק הבא בפרשות החזיר והלכת סולודקין,⁵⁶ שהם לטענתי חלק אינטגרלי מבעיות ההיפרדות במגורים של דתיים וחילונים מפני שבמובנם הנוכחי הם מעודדים אותה ומתמרצים את בני הקהילות להדיר אלה את אלה. אולם לפני שאחזור לדיון זה ולדיון התאורטי בהצדקה להדרה סימטרית (או ליתר דיוק, לאי-הדרה סימטרית לפי המודל של "איים של פלורליזם" שאותו אני מבקש להציע בהמשך), אעבור לסוג אחר של ערים, ערים מעורבות של יהודים וערבים, שאף בהן באות לידי ביטוי הסוגיות החברתיות והמשפטיות המורכבות של ארגון המרחבי של קהילות דתיות.

54 כהנר (לעיל, הערה 15); יוסף שלהב, מנהל וממשל בעיר החרדית (התשנ"ז); מיכאל קרן, גד ברזילי, חרדים בישראל (1988); חרדים ישראלים – השתלבות בלא טמיעה? (עמנואל סיון וקימי קפלן, תשס"ד).

55 כהן (לעיל, הערה 45) שם; גילי כהן, "בית המשפט ביטל הקמת מקווה בשכונה חילונית ברחובות", הארץ (21.2.2011) 7.

56 בג"ץ 953/01 סולודקין נ' בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (להלן – עניין סולודקין).

(ב) התנחלות דתית-לאומית בעיר ערבית: פרשת סבא

בעניין סבא נדונה סוגיה מעט שונה, בהקשר שונה מאוד. לעומת בית שמש המתחרדת תל-אביב-יפו בכללה אינה מגלה סימנים כאלה. עם זאת גם בה מתרחשים שינויים דמוגרפיים, ואף היא זירה למאבקים חברתיים ואידאולוגיים. ובעוד בצפון העיר מתנהלים עימותים בין חילונים ובין דתיים באשר לכניסת קבוצות חרדים (בעיקר מחסידות חב"ד) לשכונות חילוניות (כגון רמת אביב ג'), ביפו הדרומית פרץ סכסוך בנוגע למכרז עירוני להקמת מתחם מגורים בשכונת עג'מי. מדובר במכרז שפרסם מינהל מקרקעי ישראל לשיווק זכויות חכירה במגרש המיועד לבניית עשרים דירות בלבד, שבו זכתה "באמונה" – דיור לציבור הדתי לאומי חברה בע"מ". זהותה של החברה הזוכה היא גם הסיבה שסוגיה זו מופיעה במאמר זה: "באמונה" לא סתם עוסקת בדיור לציבור הדתי; היא גם מצהירה בריש גלי כי היא משווקת את הדירות שהיא בונה לחברי ציבור זה בלבד.⁵⁷ ואין היא עושה זאת רק על קרקע פרטית שאותה רכשה מפרטים, אלא בענייננו, על גבי קרקע מדינתית המשווקת על ידי מינהל מקרקעי ישראל. משכך, מתברר כי הפרשה מעלה את הסוגיה שבה עסקנו לעיל, גם אם בווריאציה מסוימת על הנושא: אמנם לא המדינה היא שמחליטה להקים את אזור המגורים הנפרד ולהדיר ממנו את מי שאינו דתי אלא גוף פרטי עושה זאת, אולם המדינה משתפת פעולה עם היזם באופן אקטיבי, שכן היא מזכה אותו במכרז. משכך, גם אם המדינה איננה קובעת את ההדרה בעצמה מראש במכרז שיווק הקרקע (כפי שעשתה בפרשת עם חופשי, למשל), היא נותנת את תווית ההכשר שלה לפעולה זו בהחכירה לגורם זה את הקרקע הציבורית.

בפסק דין קצרצר וחרף דוחה השופט זפט את העתירה שהגישו נגד הזכייה תושבים מיפו והאגודה לזכויות האזרח. לקביעתו, אין כל חובה כללית המוטלת על המדינה לשווק קרקעות אך ורק לגופים המקיימים את עקרון השוויון. חובת השוויון מסתכמת בכך שהמדינה מציעה את המגרש למכירה "למרבה במחיר, בלי לבדוק בציציותיו ובלי להפלות בין המציעים".⁵⁸ ממילא אין המנהל צריך לבדוק אם החברה הזוכה מפלה בין דתיים לחילונים. השופט מוסיף ומעיר כי "...אני לא מוצא פגם בהתארגנות של קבוצת אנשים המבקשים לגור בשכונות, כדי לאפשר להם לקיים אורח חיים הרצוי להם לרכישת מגרש כדי לבנות עליו את דירותיהם, ולכן גם אני לא רואה פגם כלשהו בהתמודדות של

57 כך עולה מהערעור שהגישו העותרים לבית המשפט העליון. לדבריהם, שלא נסתרו, החברה משווקת דירות רק למי שנמנה עם הציבור הדתי-לאומי. ראו: עע"מ 1789/10 סבא נ' מנהל מקרקעי ישראל (הודעת ערעור, הוגשה ביום: 4 במרס 2010) (להלן: עניין סבא). בריאיון שנתן בעל חברה "באמונה" ישראל זעירא לעיתון גלובס כמה ימים לאחר פסק דינו של השופט זפט הודה הלה כי נמכרו גם שתי דירות לחילונים (או לפחות ליהודים מסורתיים), בתנאי שלא יחנו את רכבם בחניון הפרויקט בשבת. לדבריו, לא היה מוכר את הדירות לערבים גם אילו היו הללו מסכימים לאותם תנאים. ראו: חן שליטא, "עג'מי מאז ולתמיד", גלובס (4.3.2010) 14. ראו גם את אתר החברה: <http://www.bemuna.co.il/show.asp?id=5861>.

58 עניין סבא 1 (לעיל, הערה 1) בפסקה ד.

קבוצה כזו במכרז לרכישת זכויות במקרקעין המפורסם על ידי המנהל... השופט זפט אינו מתייחס כלל להלכת עם חופשי ולכאורה אינו זקוק לה, שהרי אין מדובר בהחלטת מנהל להדיר מהמתחם את מי שאינו דתי-לאומי אלא בהחלטה פרטית. עם זאת הקצאה של קרקע מדינתית כפופה אף היא לכללי המשפט המנהלי, ועל כן היה עליו להתייחס בכובד ראש לאפשרות שגם הגופים שלהם הקרקע המדינתית מוקצית כפופים לחובה לפעול בשוויון ושלא להפלות בין רוכשי הקרקע. הקיצור הנמרץ של ההנמקה אינו מאפשר לדעת אם השופט זפט דוחה קונסטרוקציה משפטית זו וסבור שגופים פרטיים שלהם מוחכרת קרקע מדינה אינם כפופים כלל לעקרון השוויון (בלשונו של השופט, בסך הכול מדובר בקבוצת אנשים שרוצים לחיות בשכונת ולקיים אורח חיים הרצוי להם), או שהוא סבור שבפעולה הפרטית של "באמונה" אין פגיעה מהותית בעקרון השוויון לפי שהיא מגשימה את העיקרון שנוסח בהלכת עם חופשי.

נקודה זו דורשת הבהרה. מעמדו המשפטי של איסור הפליה במגורים בישראל הוא מורכב: איסור הפליה במגורים ובדיור חל באופן מובן מאליו על רשויות המדינה, אולם השאלה בדבר תחולת האיסור האמור על גופים פרטיים נותרה, נכון לעתה, פתוחה. החיקוק העיקרי שבו הוחל איסור ההפליה על גופים פרטיים הוא חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (להלן – חוק איסור הפליה).⁵⁹ בחוק האמור נקבעה רשימה של תחומים שבהם גם לפרטים (בודדים ותאגידים) אסור להפלות, אם זהו תחום עיסוקם.⁶⁰ האיסור להפלות הוא רחב: "מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, או הורות".⁶¹ נוסף על כך, רשימת עיסוקים אלה היא רחבה למדי וכוללת "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי".⁶² דיור אינו מופיע בתחומים המפורשים בחוק (להבדיל מהמצב בארצות הברית למשל, שבה דיור הוא תחום מרכזי שבו חל איסור הפליה גם על גופים פרטיים⁶³), ועל כן עולה השאלה אם תכלית החקיקה כוללת גם

59 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58.

60 איסור ההפליה חל על כל "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי" (סעיף 3 לחוק איסור הפליה).

61 סעיף 3 לחוק איסור הפליה.

62 סעיף 2 לחוק איסור הפליה.

63 לדיון מפורט באיסור הפליה בדיור בארצות הברית ראו: רות גביוון ואורי שוורץ, "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי", עיוני משפט כה (תשס"א-תשס"ב) 73. האיסור המשפטי על הפליה, לרבות איסור מפורש על הפרדה, נעשה בארצות הברית בכמה אמצעים: סירוב של בתי המשפט לאכוף תניות חוזיות פרטיות מגבילות על העברת מקרקעין (restrictive covenants), חיוב רשויות המדינה לנהוג בשוויון בכל הנוגע לדיור (לרבות הענקת משכנתאות) וחקיקת חוק הדיור ההוגן (Fair Housing Act), הלא הוא פרק 8 לחוק זכויות האזרח של 1964).

איסור זה שמא הוא הוצא מכלל איסורי ההפליה החלים גם בתחום הפרטי. שאלה חשובה זו חורגת מגדרו של המאמר והיא דורשת עיון מעמיק יותר. עם זאת אין ספק שעל השופט זפט היה לתת עליה את הדעת, שכן אם איסור זה חל גם על גופים פרטיים, ברי שעל המדינה מוטלת חובה "לבדוק בציציותיו" של גוף שהיא מחכירה לו קרקע ולוודא שזה אינו מפר את החוק בריש גלי. מלבד זאת אם גופים פרטיים כפופים לאיסור כאמור, היו העותרים יכולים לקבל סעד אל מול "באמונה".

אולם מלבד זאת אפשר לטעון – וכך עשו העותרים – כי המדינה אינה יכולה להתנער מחובתה לנהוג בשוויון במגורים ודיוור בהחכרת מקרקעיה לצד שלישי. כלומר, בין שאיסור ההפליה חל על הצד השלישי ישירות ובין שלא, יש לומר שהמדינה אינה רשאית להתנער מאיסור ההפליה אך ורק בהעברת המקרקעין לאותו צד. "תחולה עקיפה" כזו של עקרון השוויון אומצה על ידי בית המשפט בפרשת קעדאן⁶⁴ והיא אף מתבקשת בהקשר זה, והשופט זפט היה צריך לנמק מדוע הוא דוחה אותה באשר ל"באמונה". כלל משפטי שיאפשר למדינה להתנער מחובות השוויון שלה בניהול משאבים ובאספקת שירותים על ידי פעולה פשוטה של העברת אותם משאבים או שירותים לצד שלישי עלול לרוקן את חובת השוויון של המדינה מתוכן. זוהי גם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שבעקבות פרשה זו הנחה את מינהל מקרקעי ישראל להוסיף סעיף במכרזים לשיווק קרקעות שבו מובהר שהזוכים כפופים לחובת השוויון וכי הם מתחייבים לשווק קרקעות לכלל הציבור, בלא הפליה.

בערעור על החלטתו של השופט זפט בעניין סבא 1, שנדחה על ידי בית המשפט העליון בפסק דין קצר וטכני (בשל שיהוי ומעשה עשוי),⁶⁵ טענו המבקשים שהמדינה חייבת להקצות את מקרקעיה רק למי שמקיים את עקרון השוויון, וכי "...אין הצדקה להקצאה נפרדת של מקרקעין לציבור הדתי לאומי, שהוא חלק מהרוב הדומיננטי במדינה ושאוורח החיים שלו אינו מחייב יחס מיוחד מהמדינה".⁶⁶ כמו כן טענו כי מכל מקום לא היה סביר להקצות לקבוצה זו מגרש דווקא בלב שכונה ערבית ביפו (שבה מצוקת דיוור קשה), מה גם שהעומד בראש מי שזכה במכרז הוא בעל "אידאולוגיה גזענית", כלשונם. חרף דחיית הערעור מעירה השופטת כיניש כי השאלות העקרוניות הן אכן חשובות:

64 כך קובע השופט ברק: "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה". עניין קעדאן (לעיל, הערה 19) בעמ' 283. כמו כן ראו את הדיון שעורכת ברק-ארז בסוגיה זו. דפנה ברק-ארז, **משפט מנהלי (התש"ע) בעמ' 721**.

65 בית המשפט העליון דוחה את הערעור בפסק דין קצרצר לאור העובדה שהמעשה כבר עשוי: עסקת החכירה הושלמה, בוצעו תשלומים והזכויות במגרשים כבר ניתנו לאמונה ולפרטים שרכשו ממנה זכויות בדירות. ומאחר שאין מדובר במקרה חריג שמצדיק דיון תאורטי, נמנע בית המשפט מדיון בסוגיות העקרוניות.

66 עניין סבא 2 (לעיל, הערה 1) בפסקה 3.

"...השאלה האם הקצאת מקרקעין לקבוצה בעלת מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים היא בגדר אפליה פסולה היא שאלה מורכבת, המחייבת איזון בין הזכות החוקתית לשוויון לבין זכויות אחרות כגון הזכות לחיים בקהילה תרבותית... [שאלת אופן עריכת האיזון בין זכויות אלה והמשקל היחסי שיש לכל אחת מהן, כמו גם המבחנים שיש לקבוע לבירור הטענה בדבר מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים, תתעורר בוודאי בפסיקת בתי המשפט לעתיד לבוא]."⁶⁷ למרות הימנעותה מקביעה חד-משמעית אפשר שעצם ההימנעות והעלאת השאלות – מהו האיזון הראוי בין תרבות לבין שוויון ומהם המבחנים לבירור אותה ייחודיות דתית/תרבותית – מלמדות שבית המשפט מסרב לראות במקרה יישום פשוט של הלכת עם חופשי. שאלות אלה מעלות לדעתי את האפשרות שבית המשפט אינו משוכנע עוד בהלכה הפשוטה לכאורה של עם חופשי, וודאי שאינו משוכנע שהציבור הדתי-לאומי הוא אכן ציבור בעל "מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים", שמצדיקים תמיכה מדינתית בהיפרדותו המרחבית.

לאור הערותיי הקודמות באשר לבעייתיות הקיימת ממילא בהלכת עם חופשי ובקלות היחסית שבה היא מאפשרת למדינה להדיר מאזורי מגורים בני קבוצות שונות, דומה שרצוי לקרוא לתוך הערותיה של השופטת בניש את התחלתה של נסיגה, ולו מסוימת, מהלכת עם חופשי. לפיכך יש להצטער שבית המשפט אינו אומר זאת במפורש ומבהיר לכל הפחות, אם הוא אכן סבור כך, שהציבור הדתי-לאומי אינו נכנס בגדר מבחני עם חופשי ואינו זכאי למתחמי מגורים שמהם תדיר המדינה – או תתיר הדרה של – בני קבוצות אחרות (חרדים, חילונים או ערבים). הצורך לחדד נקודה זו עולה בייחוד מכיוון שאין מדובר בעיר חדשה או אפילו בשכונה חדשה אלא במתחם בלבו של יישוב קיים בעל מאפיינים ייחודיים משלו: יפו היא האזור היחיד בסביבות תל-אביב שבו מתגוררת קהילה ערבית זה מאות רבות של שנים. כניסתם של תושבים מהזרם הציוני-דתי לסביבה כזו אמנם יכולה להיות גשר לדיאלוג, לשיתוף פעולה ולהידברות בין קבוצות עוינות-לעתיים, אולם היא יכולה להיות גם "ראש חץ" של תנועה פלגנית ולאומנית שמטרתה "לייהד" את יפו.⁶⁸

67 שם, בפסקה 9.

68 כך למשל נטען בכתב העתירה ובהודעת הערעור בעניין סבא (לעיל, הערה 57). הגם שמנכ"ל "באמונה" מכחיש את כוונתו "לייהד" את יפו, הוא אינו מסתיר את הכוונה לייצר "קבוצת כוח" יהודית-דתית אשר "תכתיב את סדר היום" באזור. עניין זה, הוא אומר, למדו הציונים-דתיים מההתנחלויות: "זה נכון שגם הדתיים הלאומיים לא משתוקקים לגור ליד ערבים, אבל הם פחות מפחדים מהם בהשוואה לחילונים, כי הם כבר למדו בהתנחלויות שאם אתה בא כקבוצת כוח, אתה מכתוב סדר יום". מר זעירא אף אינו חושש מכך שבעקבות המעבר ישתנה אופייה של יפו: "אז ישתנה הצביון. כל עשר שנים משתנה הצביון במדינת ישראל, אז מה. אותי לא מעניינים הערבים. אותי מעניין לחזק את היהודים שלא נשאר להם מספיק כסף כדי לעבור מיפו לחולון ולבת ים או מלוד למודיעין ולראשון. והיהודים האלה [...] חשובים לי לא פחות מזה שארץ ישראל תהיה לעם ישראל". ראו שליטא (לעיל, הערה 57).

בשל הקשיים המתעוררים בפרשה זו, וכפי שאפרט בהמשך, בית המשפט צריך להתחיל ולפתח כללים משפטיים עדינים יותר ורגישים יותר להקשר. אין די בחזרה על הלכת עם חופשי בדבר זכאותו של "מיעוט בעל אורחות חיים ייחודיים" להיפרדות שאותה כופה המדינה בכל מקום ובכל עניין. יש הכרח להתחשב גם בהקשר הרחב של המגורים ובקבוצות השונות שבהן מדובר: האם מדובר ביישוב חדש שנמנעת בו כניסה של קבוצה שטרם הייתה במקום או במתחם בתוך שכונה קיימת שהכוונה להדיר את הקבוצה שמתגוררת במקום היא ממנו? האם הקבוצה החדשה מתיישבת באזור מתוך צורכי מגורים חיוניים, מתוך מטרה להשתלב או מתוך מטרה להדיר את האוכלוסייה המקומית? האם מדובר במיעוטים מוחלשים או במיעוטים בעלי עצמה כלכלית, חברתית ופוליטית? האם לקהילה המבקשת בידול יש אפשרויות מגורים חליפיות או שמדובר בקבוצה בעלת אפשרויות מצומצמות? ולבסוף, על בית המשפט לברר באיזו קהילה מדובר: האם דינה של קהילת מיעוט לאומית כדינה של קהילת מיעוט אתנית, דתית או אידאולוגית אחרת? התחלת מענה לשאלות אלה היא הכרחית בישראל של ימינו, שבה מתחים בין קבוצות דתיות וחברתיות הולכים וגואים, ולמגורים משותפים יש השפעה כה רבה על יכולת הקבוצות השונות בישראל להמשיך ולחלוק אותה טריטוריה ואותה קהילה פוליטית.

ג. תמריצים להיפרדות ולאינטגרציה: אכיפת נורמות דתיות ועיצוב המרחב הציבורי על ידי השלטון המקומי

מלבד כפיית ההיפרדות במגורים שבה עסקתי לעיל קיימת עוד דרך שבה המדינה מעורבת באופן אגרסיבי למדי בדפוסי המגורים של חילונים ודתיים – מתן תמריצים לחברי הקהילות השונות להתגורר במרחבי מגורים נפרדים. כוונתי היא בראש ובראשונה לכללים השונים של משפט השלטון המקומי, שבמסגרתם ניתנת לרשויות המקומיות הסמכות לעצב את המרחב המקומי לפי נורמות דתיות ולחלק משאבים שונים לפי העדפות ואמונות דתיות. גם בסוגיות אלה עסקו בתי משפט בשנה האחרונה, וכפי שאמרת, מאמר זה מדגים את הקשר הבלתיינתק בין שתי הדרכים הללו שבאמצעותן המדינה משפיעה על דפוסי המגורים של חברי קהילות דתיות בישראל.

בחלקו הראשון של פרק זה אסקור את האופן שבו השלטון המקומי מסוגל לעצב את המרחב הציבורי לפי נורמות דתיות. יכולת זו, אטען, מתמרצת קהילות שונות להשיג רוב – ובאמצעו שליטה – בשלטון המקומי או באזור מגוריו ולהדיר מתחומיו את בני הקהילה שלה נורמות דתיות (או תרבותיות) מתחרות. לא זו אף זו: יכולת זו מגדירה גם מהו למעשה אותו משאב שעליו מתחרות הקהילות ושבגינו הן שואפות ליצור לעצמן מרחבים נפרדים. בחלקו השני של הפרק אדון בשני פסקי דין שניתנו בשנה האחרונה

בהקשר זה: פרשת הבית הפתוח בירושלים ועניין סולודוך.⁶⁹ פרשיות אלה מדגימות את הקונפליקטים הרבים המתעוררים בסביבות מגורים מעורבות ואת מוגבלותה של הדוקטרינה המשפטית הקיימת, המעניקה מידה ניכרת של שליטה במרחב הציבורי לרוב המקומי. דרך ניתוחן של פרשות אלה אצביע על מה שאני רואה כתחילתה של נסיגה מהדוקטרינה הקיימת התומכת ביצירתם של מרחבים טהורים אל עבר תפיסה מרחבית אינטגרטיבית, המבקשת ליצור סביבות מגורים שבהן מתגוררים בני קהילות שונות יחדיו.

1. השלטון המקומי מוסמך לעצב את המרחב הציבורי בתחומו לפי נורמות דתיות

אולי דווקא לאור הכלל העקרוני שקבעו בתי המשפט עוד בשנות החמישים, ולפיו רשויות מקומיות אינן מוסמכות לעסוק בנושאי דת ומדינה אלא אם הוסמכו לכך מפורשות,⁷⁰ הקפיד המחוקק במשך השנים להסמיך לא אחת את השלטון המקומי לפעול מתוך מוטיבציה דתית ולמען קידום של ערכים דתיים. הוא עשה זאת בסוגיות של רישוי עסקים ופתיחת עסקים בשבת,⁷¹ רגולציה על מקומות ממכר לבשר חזיר,⁷² סגירת עסקים בתשעה באב⁷³ ואכיפת איסור הצגת חמץ בפסח.⁷⁴ נוסף על חוקים אלה קיימות עוד דרכים שבהן יכול השלטון המקומי להשפיע על דמותו של המרחב הציבורי בתחום השיפוט שלו, ובייחוד לשקף נורמות וערכים דתיים. כפי שנראה, מה שמייחד את הכללים הללו הוא שהם מעודדים קבוצות דתיות להתרכז ברשויות מקומיות מסוימות כדי להשיג רוב אשר יתורגם לשליטה בגופים הנבחרים של הרשות, שיוכלו להחליט החלטות לפי העדפותיהם של התושבים.

69 עניין הבית הפתוח (לעיל, הערה 2); עניין סולודוך (לעיל, הערה 2).
 70 בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש הרשות, חברי המועצה ותושבי העיר נתניה, פ"ד ח 1524; בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב, פ"ד י 734. ראו: ברק-ארז (לעיל, הערה 64) בעמ' 646-644.
 71 סעיף 249(21) לפקודת העיריות.
 72 חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956. לדין מפורט בגלגולו של חוק זה ראו: Daphne Barak-Erez, *Outlawed Pigs – Law, Religion, and Culture in Israel* (2007).
 73 איסור פתיחת מקומות עינוג (הסמכה מיוחדת), תשנ"ז-1997; סעיף 249(21) לפקודת העיריות.
 74 סוגיית החמץ מוסדרת באופן מעט שונה מחזיר ופתיחת בתי עסק בשבת וחג. חוק חג המצות (איסורי חמץ), תשמ"ו-1986 (להלן – חוק החמץ) קובע כי שר הפנים הוא שימנה וישלח פקחים שיאכפו את איסור הצגת חמץ בפומבי בחג הפסח. אלא שהשר ימנה פקחים אלה מתוך רשימה שיעביר אליו ראש הרשות המקומית הרלוונטית. מלבד זאת האיסור על הצגת חמץ מסויג אך ורק ליישובים שבהם קיים רוב יהודי או לאזורים בתוך יישוב שבהם קיים רוב כאמור. ראו: סעיף 2 ו-4 לחוק החמץ.

אחת ההתפתחויות הדרמטיות ביותר בעשור האחרון הנוגעת לחוקי ההסמכה המיוחדים שאפשרו לרשויות מקומיות לשקול שיקולים דתיים בהפעילם את סמכות רישוי העסקים שלהם באשר לאטליזים לממכר חזיר אירעה בפרשת סולודקין.⁷⁵ באותו עניין כמה ערים ברחבי המדינה – בית שמש המוכרת מפרשות אדרי ופינץ (בהן דנתי) הייתה אחת מהן – חוקקו חוקי עזר עירוניים, ובהם נקבעו האזורים שבשטחם מותרת או אסורה מכירת בשר חזיר. בפסק הדין שדן בחוקיותם ובחוקתיותם של חוקי העזר הללו קבע בית המשפט העליון את העקרונות החדשים החלים על הפעלת סמכות מסוג זה. קביעתו הדרמטית והרת הגורל של בית המשפט באותו עניין היא כי לא לחינם נמסרה הסמכות האמורה לרשות המקומית: הסמכה זו מבטאת עוד תכלית חקיקתית מלבד הצורך לאזן בין חופש המצפון והעיסוק של מוכרי החזיר וצרכניו מחד גיסא לבין חופש הדת של "שונאי החזיר" מאידך גיסא. תכלית זו היא שהאיזון ייעשה דווקא על ידי הרשות המקומית וישקף את רצון תושבי המקום, המחליטים על האיזון באמצעות נבחרים הציבור שלהם (שמחוקקים את חוקי העזר האמורים). משכך, על חוקי העזר לשקף ככל האפשר את הדמוגרפיה העירונית. לפיכך אם בעיר מצוי רוב מוחלט של "אוהבי חזיר", מותר לקבוע כי יימכר חזיר בכל רחבי העיר; אם שולט בה רוב מוחלט של "שונאי חזיר", אפשר לאסור כליל על מכירת חזיר בכל שטחי העיר כל עוד יכול "אוהב החזיר" לצאת את תחומי העיר ולרכוש חזיר בעיר הסמוכה. ואם העיר מעורבת ואין בה רוב מובהק כזה או אחר, על רישוי האטליזים לשקף את ההרכב הדמוגרפי של השכונות בתוך העיר. כלומר, בשכונה שבה רוב מוחלט ל"שונאי חזיר" תיאסר מכירת חזיר; בשכונה שבה רוב מוחלט ל"אוהבי חזיר" – היא תותר, וכן הלאה.

פרשנות זו להסמכה החוקית הספציפית להסדיר רישוי לאטלזי חזיר משקפת תפיסה של "ספרטיזם גאוגרפי" (כפי שמכנה אותה איסי רוזן-צבי), שבמסגרתה יש ליצור הפרדה גאוגרפית בין קהילות בעלות תפיסות נורמטיביות וערכיות מתנגשות (במקרה הזה, דתיים וחילוניים).⁷⁶ תפיסה זו מעודדת היפרדות ברמת היישוב וברמת השכונה. היא משרדת מסר ברור שלפיו שלקהילה מסוימת כדאי להשיג רוב ביישוב, או לפחות בשכונה, שכן זוהי הדרך הטובה ביותר להבטיח שאופיו של המרחב הציבורי באזור המגורים יהיה על פי אמונתה וערכיה.⁷⁷ פסק הדין מבטא תפיסה של "המנצח לוקח הכול" (winner takes it all), שכן קבוצה המשיגה רוב גדול מאוד (אך לא מוחלט) באזור מסוים מקבלת את הזכות לעצב את המרחב הציבורי שלה תוך התחשבות מינימלית למדי במיעוט (כל עוד הוא "זניח").

75 עניין סולודקין (לעיל, הערה 56).

76 Issi Rosen-Zvi, "Pigs in Space – Geographic Separatism in Multicultural Societies", *current legal issues: law and sociology* (2006) 225.

77 לדיון מעמיק יותר בעניין סולודקין ראו: Blank (לעיל, הערה 48).

פסק הדין נותר עמום באשר לכמה שאלות קריטיות: מהו הרוב ביישוב או בשכונה שמאפשר גיבוש מדיניות המתעלמת למעשה מצורכי המיעוט? האם מדובר רק על יחסי רוב / מיעוט מקומי או שיש להתחשב גם במספרם היחסי באוכלוסייה הכללית-לאומית? כיצד ייקבעו גבולות השכונות ועד כמה אפשר לפצל את העיר לתת-שכונות? כמה סמוכים צריכים להיות השירותים שלהם זקוק המיעוט (במקרה סולודקין, אטליזים לממכר בשר חזיר) ברשויות הקרובות כדי שיהיו תחליף לאטליזים באותה רשות מקומית? וכיצד אפשר למדוד את יכולת היציאה של המיעוטים כדי שיהיה אפשר לקבל זאת כ"אפשרות יציאה" שבגינה אפשר להתעלם מצורכיהם?

שאלות אלה, פרטניות ככל שיהיו, הן קריטיות להבנה המדויקת של השלכותיה של הלכת סולודקין וליחסים שהיא מנסחת בין קהילות דתיות לחילוניות באזורי מגורים מעורבים. העובדה שמעתה גופי המדינה ובתי משפט צריכים להיכנס לשלל השאלות העובדתיות בדבר אופיין המדויק של השכונות, מידת הדתיות של תושביהן, המרחקים לשירותים שונים כגון בתי כנסת, אטליזים, בתי קולנוע ועוד, וכל זאת כדי לבחון את היכולת של רשות מקומית למנוע מפרטים ומקבוצות שונות להקים בתי עסק מסוימים או לערוך פעילויות שונות באזורים שונים בעיר, מדגישה את העיקרון המונח בבסיס פסק הדין ואת המסר שהוא מעביר: מסר של הפרדות והפרדה, שלפיו הדרך של בעלי אמונות נוגדות לחיות ביחד היא – לא לחיות ביחד.

כלל משפטי נוסף אשר מתמרץ קבוצות להשיג רוב עירוני הוא השליטה החוקית של המועצה וראש הרשות המקומית בתקציב העירוני. תקציב זה אמנם כולל רכיבים שרשות מקומית חייבת לבצע ולספק, אולם יש בו רכיבים רבים שבעניינם שיקול הדעת של הרשות הוא רחב. רשות מקומית רשאית להחליט אם היא מקצה כספים לפארקים עירוניים, לבתי מדרש, למתנ"סים לקהילת הלהט"ב (לסביות, הומוסקסואלים, טרנסג'נדרים, ביסקסואלים) או לפעילות לקשישים. ואף על פי שכל הקצאה כאמור חייבת להיעשות בשוויון ותוך ניסוח קריטריונים ברורים, שקופים, מידתיים וסבירים, אין ספק שרשות מקומית רשאית לבטא את העדפות תושביה באמצעות הענקת תמיכות, מענקים והקצאות לפעולות שהן חשובות בעיניה תוך קיפוח פעולות אחרות. אכן, תקציב הרשות הוא ביטוי לדמוקרטיה המקומית, שבמסגרתו יכולים נבחרי הציבור ברשות המקומית להגשים את רצון הקהילה המקומית.⁷⁸ במסגרת זו, ככל שהציבור ברשות הומוגני יותר וחולק אותן אמונות ועמדות, יבטא התקציב בצורה ברורה יותר ערכים אלה וישקף פחות את ערכיהם והעדפותיהם של בני קבוצות אחרות, גם אם הללו מצויים בתחומי הרשות אולם הם מיעוט זניח בה.

78 ישי בלנק ואיסי רוזן-צבי, "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד", חוקים א (2009) 49.

2. לעבר דה־סרגציה מרחבית / "איים של פלורליזם": פרשות סולודוך והבית הפתוח

בשנה שחלפה שתי פרשיות שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון עירבו את הכללים הללו, שעם הלכת עם חופשי ופרשנותה העכשווית משקפים יחדיו גישה של "ספרטיזם גאוגרפי" כדרך לניהול מתחים ועימותים בין קבוצות תרבותיות-דתיות. עם זאת בשתי הפרשיות שבהן אדון אפשר לראות הן את הסיכונים שבגישה הספרטיסטית והן נסיגה מסוימת מעמדה זו וניסיון למתן, כך אטען, את הקיצוניות שבגישה ההיפרדותית לעבר דפוסים שיעודדו חיים במשותף של דתיים וחילונים ברחבי הארץ.

א) הקצאת קרקע עירונית להקמת בית מדרש בשכונה חילונית: פרשת סולודוך

בעניין סולודוך נדונה החלטת עיריית רחובות להקצות (בתמורה נמוכה ביותר) מגרש לשם הקמת בית מדרש תורני בשכונה שאופייה חילוני בעיקרו (אף על פי שנטען בפני בית המשפט שהשכונה מעורבת יותר וכוללת גם מסורתיים ואף דתיים).⁷⁹ בית המשפט העליון דוחה את עתירתם של תושבי השכונה החילונים וקובע שאין להתיר מדיניות של הפרדה הרמטית בין חילונים לדתיים. לכאורה היה אפשר לומר שאין כל בסיס לעתירה ושאין כל מניעה להקים בית מדרש בכל מקום, שהרי אין בו כל הפרעה של ממש לציבור. בית מדרש בוודאי אינו מהווה מטרד באופן אובייקטיבי. עם זאת בית המשפט עוסק בשאלה זו בהרחבה. ואף שבסופו של דבר הוא דוחה את העתירה, הרי שלבה של העתירה מטריד את בית המשפט, והוא רואה עצמו מחויב למצוא נימוק מדוע מוצדק שהעירייה תקיים פעילות בעייתית: הקמת בית מדרש בשכונה חילונית. פעולה זו בעייתית לכאורה משום שבית מדרש בליבה של שכונה חילונית עלול לפגוע בחופש מדת של הציבורי החילוני.

את עיקר הדיון מקדישה אפוא השופטת פרוקצ'יה לשאלה אם החלטת הרשות המקומית עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, מאחר שנוצרת התנגשות בין החופש לדת של הציבור הדתי (החפץ בבית המדרש) ובין החופש מדת של הציבור החילוני (הטוען שבית המדרש יפגע בו בכל מיני דרכים). המשגת פעולותיה במסגרת פסקת ההגבלה היא מעניינת, בעיקר מפני שבסופו של דבר לדעתה אין פגיעה ממשית בזכויות של החילונים,

79 עניין סולודוך הוא גלגולו האחרון של סכסוך שהחל את דרכו עוד בסוף שנות התשעים ואשר נדון בפסק הדין בעניין בג"ץ 3638/89 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220. בית המשפט קבע כי על הקצאת מקרקעין על ידי רשות מקומית להיעשות במסגרת קריטריונים כלליים של הגינות, שוויון, שקיפות, סבירות ומידתיות. בית המשפט נמנע מלהיכנס לעובי הקורה המהותית ופסל את ההחלטה לנוכח כישלון עיריית רחובות לגבש קריטריונים כאמור ומשום שזו לא התחשבה בשיקולים רלוונטיים כגון טובת התושבים, צורכי השכונה וצורכי העיר כולה. בעקבות פסק הדין גיבש משרד הפנים את "נוהל הקצאת קרקעות ומבנים ללא תמורה או בתמורה סמלית".

ולכן למעשה לא צריך כלל לבדוק את פסקת ההגבלה (אלא לכל היותר את סבירות ההחלטה המנהלית של הרשות המקומית). ובכל זאת בית המשפט סבור שקיימת התנגשות פוטנציאלית (ואולי ממשית) בין זכותם של הדתיים לדת ובין זכותם של החילונים לחופש מדת. על כן הוא בוחן את מידתיות הפגיעה ומגיע למסקנה שגם לו הייתה פגיעה בחילונים, הרי שזוהי פגיעה מידתית. זאת, בשל חשיבותו של הדו־קיום בין חילונים לדתיים והצורך להימנע ממדיניות של הפרדה מרחבית בין אותם אלא אשר "...הגורל הועיד אותם להשתייך לאותו עם, ולחיות יחדיו באותה פיסת קרקע ותחת אותם שמיים".⁸⁰ בית המשפט איננו מסתפק בכך בהצהרה חגיגית זו ואף מזהיר מפני "רעתה הגדולה של ההפרדה וההתבדלות במגורים, ויצירת קהילות סגורות המבודדות עצמן בחומות חברתיות..."⁸¹

עניין זה דורש תשומת לב מיוחדת מאחר שזהו אחד מפסקי הדין היחידים שבהם בית המשפט העליון מתייחס באופן כה ישיר לאחד מנתוני הרקע של הארגון המרחבי של החברה הישראלית: הפרדות מרחבית קשה, שבמסגרתה קבוצות לאום, דת ואתניות מתגוררות באזורים נפרדים ופעמים רבות ברשויות מקומיות נפרדות. אין להמעיט בחשיבותה של הצהרה זו ובכך שלראשונה מבהיר בית המשפט כי לא רק שיש הפרדות מרחבית קשה בישראל, אלא שזוהי תופעה מגונה שיש להתנגד לה. ברם התייחסותו של בית המשפט להפרדות זו היא כאילו הייתה מכת גורל או תוצאה של נטיות רעות של אנשים ותו לא. השופטת אינה מתייחסת להיותו של הכלל המשפטי באשר לקהילות חרדיות הדרה א־סימטרית של חילונים מיישובים חרדיים (באזורים עירוניים לכל הפחות) ומניעה של אותו יחס מחילונים המבקשים להדיר דתיים מקרבם (פרשת אדרי לעיל). חשוב מכך, בפסק הדין אין אזכור לחשש העמוק שמניע את העותרים – וקבוצות של חילונים (ושל דתיים־לאומיים) ברחבי הארץ – להתנגד לבתי מדרש ומקוואות בשכונתם: ששימושי קרקע אלה הם מעין "הכשרת קרקע" למעבר של עוד חרדים לשכונתם, שיוביל במהרה לשינוי רדיקלי לא רק באוכלוסייתה אלא גם באופייה של השכונה. כלומר, אין מדובר אך ורק בשנאת חרדים או בפגיעה מופשטת בחופש מדת של העותרים, אלא בחשש סביר למדי שכל נוכחות חרדית שהיא מעבר למזערית תגייס את עזרתו של משפט המדינה, המתרגם דמוגרפיה לשינוי נורמטיבי עמוק. חילונים חוששים, ובצדק, שנוכחות חרדית באזור מגוריהם תזעיק, תוך זמן קצר למדי, את מוסדות המדינה להגן על רגשותיהם ועל אורחות חייהם של החרדים על ידי סגירת אטלזים לממכר חזיר, סגירת בתי עסק בשבת, סגירת כבישים בשבת, יצירת מוסדות חינוך נפרדים לדתיים ועוד. במילים אחרות, השופטת אינה מתייחסת לכך שציווי האינטגרציה שלה מגיע על רקע של כללים משפטיים – שאותם מעצבות רשויות המדינה (לרבות בתי המשפט) במשך שנים – המאיצים דווקא סגרגציה, פחד הדדי, חשש ואיבה.

80 עניין סולודוך (לעיל, הערה 2) בפסקה 87.

81 שם, בפסקאות 87-90.

למרות עיוורון זה אני סבור שהעקרונות שנקבעים בפסק הדין הם חשובים, ואפשר לחלץ מהם ניצנים של תורת משפט חדשה ונכונה יותר באשר לארגון המרחבי של קהילות דתיות בישראל. עקרונות אלה, כפי שאבהיר, יכולים לסייע ליצור מרחב אינטגרטיבי ובו "איים של פלורליזם", להבדיל ממרחב סגרגטיבי וטהור, שאותו עודד המשפט הישראלי עד עתה. ראשית, בית המשפט מדגיש את העובדה שבית המדרש מתיימר להיות "גשר" בין הקבוצות ולהושיט יד לקבוצות חלשות בחברה, ועל כן מדובר במקרה ייחודי שמצדיק פשרה מיוחדת מצד החילונים. במילים אחרות, לו היה מדובר בפעילות מיסיון דתית, בניסיון "להשתלט" או לשנות שינוי מהותי את אופי השכונה, ליצור מרחב דתי "טהור" וכיוצא באלה, אולי לא היה מורה בית המשפט על אותה סובלנות; שנית, בית המשפט אינו מתעלם מהאינטרס החילוני בשימור מרחב שנעדרים ממנו שימושי קרקע "דתיים". אדרבה, כאמור, במסגרת פסקת ההגבלה מאזן בית המשפט בין החופש לדת של הדתיים לחופש מדת של החילונים, ובכך מייצר סימטרייה בין שתי הקבוצות ובין השאיפות המרחביות שלהן. אפשר אפוא שבית המשפט דוחה בעקיפין את הא-סימטריה – המונחת בבסיס עם חופשי – שלפיה דתיים ראויים להגנה שחילונים אינם זכאים לה, הן ביצירת מרחבי מגורים נפרדים והן ביצירת מרחבי מגורים המוגנים מפני פעילויות "פוגעניות" (כלומר, פעילויות המזוהות עם חברי הקבוצה השנייה). במילים אחרות, ייתכן שהשופטת פרוקציה זורעת את הזרעים של פסיקה עתידית שתסטה גם מהלכת עם חופשי. יצירת סימטרייה משפטית בין חילונים לבין חרדים, כזו הסוטה מעקרונות עם חופשי, יכולה להיעשות הן במתן היתר לשתי קבוצות אלה ליצור מרחבים טהורים לעצמן או בשלילת ההיתר שניתן לקהילות חרדים להדיר מקרבן את מי שאינו חרדי. העמדה הפרו-אינטגרטיבית בסולדודן עשויה להעיד שבית המשפט נסוג, אולי, גם מההיתר לחרדים ולא יאפשר יצירה של ערים או שכונות לחרדים בלבד. שלישית, מאחר שבית המשפט עוסק באופיו של המרחב הציבורי ומדגיש את הרוע שבסגרגציה בין קבוצות חברתיות ואת חשיבות האינטגרציה ביניהן, אפשר שבית המשפט מתחיל לשרטט חלופה לגישה הספרטיסטית של סולדודין ולסגת מהכלל אשר נתן לקבוצת רוב באזור מסוים כוח רב (מדי) לשלוט באותו מרחב.⁸²

במילים אחרות, ייתכן שבית המשפט ישתמש בעתיד בהלכת סולדודין כדי לבסס תורת משפט שתסטה מהמדיניות הסגרגטיבית המאפיינת את המרחב הישראלי ואת

82 אופציה פרשנית טובה פחות בעיניי היא שבית המשפט סבור שאין כל מניעה לצוות על "הרוב החילוני" להתפשר ולגלות סובלנות כלפי המיעוט הדתי ולא להסתגר, אולם במקרה הפוך היה מתיר למיעוט החרדי להסתגר מאחר שאין סימטרייה בין מצב הרוב ומצב המיעוט. כלומר, בדומה לא-סימטרייה בהדרה, ייתכן שציווי הסובלנות אף הוא א-סימטרי ויש להחילו רק על חילונים שהם רוב בעל אמונות "רוות" וחלשות, אך לא על חילונים שיבקשו לקיים פעילות "חילונית" בשכונה דתית, למשל. כפי שאני מבהיר, לא רק שפרשנות זו של דברי בית המשפט רצויה פחות מבחינה נורמטיבית, היא גם מתאימה פחות מבחינת השיפוטית המדגישה את חשיבות האינטגרציה החברתית ואת רעות ההיפרדות.

המשפט הישראלי. עמדה כזו תתעקש על ניסיונות להתפשר, לחיות יחד, להתאים הן מרחבים "דתיים" לצרכים חילוניים והן מרחבים חילוניים לצרכים דתיים, למרות המחיר שתגבה סובלנות כזו מהתושבים. כבר עתה אקדים ואומר כי אין הכרח להבין גישה זו ככופה אינטגרציה בצורתה הקיצונית על קבוצות אוכלוסייה יריבות. ראשית, איסור על כפייה מדינתית של היפרדות אין משמעותו כפייה אינטגרציה: כפייה של היפרדות מונעת כל חיכוך או מגע בין קבוצות אוכלוסייה, ואילו איסור על כפייה כאמור עדיין מאפשר לקבוצות אלה להקים בינן לבין עצמן "חומות חברתיות" אם הן מעוניינות בכך (אלא שלמדינה אסור לסייע להן בכך). שנית, הגישה בסולודוך יכולה להתפרש כמנסה ליצור "איים" של הטרוגניות – של אחרות – בתוך סביבה שהיא בעיקרה הומוגנית. בית מדרש בשכונה חילונית יכול להיות מקור להידברות, למגע, לחשיפה הדדית ולהיכרות של בני קבוצות שברגיל אינם נחשפים זה לזה כלל. באותו אופן מתנ"ס הומו-לסבי באזור דתי יכול להיות כר פורה להיכרות במינון נמוך עם הזולת.

הדגש שבית המשפט שם בסכנות שבהיפרדות המרחבית ללכידות הלאומית וחזרתו על הצורך בחיים יחד יכולים להעיד שמדובר, כך בכוונתי לטעון, במפנה חשוב בתורת המשפט של בית המשפט בסוגיות אלה. מפנה כזה הוא קריטי במיוחד בשל העובדה, שאותה מדגישה השופטת פרוקצ'יה, שהחברה הישראלית הולכת ומתפוררת לקבוצות שכל אחת מהן היא מיעוט בפני עצמה ובעיני עצמה, ולא עוד ברור מיהו הרוב ומיהו המיעוט, במיוחד בהקשר של חילונים ודתיים. אכן, ציווי הסובלנות והאינטגרציה בסולודוך עשוי לחולל מפנה גם בהלכת סולודקין: כדי לקדם בעקיבות את ערך האינטגרציה בדפוסי מגורים חשוב מאוד שבית המשפט יעמוד על סובלנות הדדית הן של חילונים כלפי דתיים והן של דתיים כלפי חילונים במקום לעודד אותם להתעקש על הצורך במרחבי מגורים שישקפו לחלוטין את אמונותיהם.

אכן, אחד המופעים הנוספים של היחס המשפטי הא-סימטרי כלפי חרדים וחילונים, מלבד הלכת עם חופשי, הוא שאל מול ההגנה המשפטית שמעניקים בתי משפט ל"רגשות הדת" של דתיים לא נוסחה, לפחות עד עתה, ההגנה המקבילה על "רגשות החילוניות" של חילונים. כלומר, לעומת קהילות דתיות שאמונתן וערכיהן קיבלו הגנה באמצעות הערך של "פגיעה ברגשות דת", חילונים לא קיבלו אותה הגנה. לפיכך תמונות עירום, חמץ בפסח, חילול שבת, אטליזי חזיר וכיוצא באלה דברים נתפסים כפוגעים ברגשות דת ונכנסים לנוסחאות איזון כדי לבחון עד כמה אפשר לפגוע בהן, ואילו פעולות דתיות עשויות להיתפס כפוגעות בזכויות פרטים, אולם אין הכרה בכך שגם בהיעדר פגיעה בזכות הן פוגעות אולי ב"רגשות החילוניות". לדוגמה, הצגת חנוכייה בפארק ציבורי בחג החנוכה, הצבתו של דוכן להנחת תפילין ברחוב, פתיחתו של בית כנסת או עצם ההקמה של בית מדרש אינם מומשגים כפוגעים ברגשות של חילונים. כל עוד לא נפגעה זכות – כגון חופש הקניין או ביטוי או המצפון – של מישהו, אין המשפט מכיר בפגיעה כאמור, אפילו אם קיימים אנשים שעצם הופעתם של סמלים דתיים אלה

פוגעת ברגשותיהם או באמונתם החילונית/אתאיסטית/דתית. דיון מעמיק בסוגיה זו ובהצדקות השונות לא-סימטרייה זו חורג מגבולותיו של מאמר זה. בין היתר דומה שיש להבין

א-סימטרייה זו כנובעת מהניטרליות הערכית של ליברלים כלפי הדת (להבדיל מעוינות אתאיסטית שהיא מנת חלקו של מיעוט קטן), ואולי יותר מכך, כתוצר של היות החילונים רוב מובהק ומבוסס שאין להגן על רגשותיו אלא באמצעות הגנה על זכויות שונות (כגון חופש ביטוי, חופש עיסוק וכיוצא בזה). ברם עם השינויים הדמוגרפיים והפוליטיים שתיארתי לעיל, ייתכן שמתעורר הצורך להגן באותה מידה גם על רצונם של מיעוטים קטנים של חילונים אידאולוגיים, שלא להיות חשופים לסמלי דת ולפעילות דתית. לחלופין, אם אין להתחשב בפגיעה שאותם חילונים אידאולוגיים חשים למראה סמלים דתיים ואתרים דתיים כגון בתי מדרש, אולי גם אין לקבל עוד את הפגיעה שחשים דתיים למראה סמלי טומאה כגון אטליזי חזיר.

העובדה שהשופטת פרוקצ'יה ממשיגה את עצם פתיחת בית המדרש כפגיעה פוטנציאלית בחופש מדת של חילונים בשכונה יש בה כדי לסטות, ולו במעט, מהמבנה הא-סימטרי של היעדר פגיעה ברגשות של חילונים, לפי שלכאורה עצם הקמתו של מוסד דתי – ולא פגיעה בזכויות של פרטים – מפריע לאינטרס לגיטימי של חילונים (או אפילו לזכות שלהם, הלא היא "החופש מדת") ומשפיע על נוסחת האיזון בבחינת המעשה המנהלי. במבנה חברתי מורכב ועדין כמו יחסי דתיים וחילונים בישראל, המשתנים ללא הרף, יכולה פרשה זו לשמש נקודת מפנה מהמבנה הא-סימטרי שיצרו בתי המשפט, שלפיו הסובלנות וההכלה מוטלות על "הרוב החילוני", ואילו ה"מיעוט הדתי" יכול להדיר סמלים ופעילות חילוניים ולתבוע סילוקם. אחזור לכך בהמשך.

(ב) הקצאת כספים על ידי עירייה דתית לפעילות הומו-לסבית: פרשת הבית הפתוח והגנה על מיעוטים "חשודים"

גם בפרשת הבית הפתוח אפשר לראות נסיגה מסוימת מהכללים שאפשרו לרוב מקומי לשקף את אמונותיו הדתיות באופן שאינו מתחשב במיעוט, על ידי תקצוב פעילויות מסוימות וסירוב מוחלט לתקצוב פעולות אחרות. באותו עניין נדון סירובה של עיריית ירושלים לממן את פעילויותיו השונות של המרכז ההומו-לסבי בירושלים. בערעור על פסק דינו של בית המשפט המנהלי בירושלים, שעבר גלגולים שונים, קבע בית המשפט העליון כי בכך הפרה העירייה את עקרון השוויון ופסל את סירובה. השופט עמית כמעט שאינו עוסק בשאלת סמכותה של רשות מקומית להחליט בעצמה על סדרי העדיפות שלה במימון פעולות תרבות וחינוך; אדרבה, הוא מניח את קיומה באופן עקרוני. עם זאת, מוסיף השופט, חובה על השלטון המקומי לנהוג על פי אמות מידה שוויוניות והוגנות בחלוקת התקציבים העירוניים (כפי שנקבע בנוהלי התמיכה במוסדות). בהגנה המיוחדת שהשופט עמית פורס על המיעוט ההומו-לסבי מגלה בית

המשפט, כך אטען, סימנים של הכרה בחשיבות של אינטגרציה במגורים בין חילונים ודתיים והתרחקות ממנגנונים של "המנצח לוקח הכול", מבלי לשלול את סמכות הרשות המקומית לעצב את המרחב שלה באופן שישקף במידה רבה – אך לא מוחלטת – את רצון הרוב המקומי.

עיקר פסק הדין, וחשיבותו העצומה למשפט הישראלי, הוא בחידוש שהוא מוסיף לדוקטרינת השוויון הקיימת ומכאן גם חשיבותו לענייננו: השופט עמית סוקר את בעייתם של מיעוטים "חשודים" שעליהם יש לפרוס הגנה מיוחדת מפני פעולות המנהל וקובע שעל הגנה זו להתפרס גם, ואולי דווקא, על הפליות הנעשות במסגרת תקציב עירוני. מיעוטים חשודים הם מי שבית המשפט צריך להיות חשדני במיוחד כלפי פעולת המנהל הציבורי בעניינם כאשר דומה שהם מופלים לרעה. קבוצות אוכלוסייה אלה הן קבוצות מיעוט שלהן היסטוריה של הפליה וקיפוח בשל היותן מבודדות ונבדלות ("discrete and insular minorities") ונטולות כוח במוסדות הפוליטיים. זוהי קטגוריה שמקורה במשפט האמריקאי, שנועדה לקבוע סטנדרט מחמיר במיוחד של ביקורת שיפוטית על פעולות המנהל. לעומת סיווגים רגילים של המנהל, הנבחנים לפי אמת מידה רגילה של "רציונליות", בסיווג אחת הקבוצות ה"חשודות", נדרש המנהל לעמוד במבחן המחמיר של strict scrutiny (שאותו למעשה אי אפשר לצלוח אלא במקרים חריגים ביותר).⁸³ המיעוט הלהט"בי, קובע השופט עמית, הוא מיעוט כזה בהיותו סובל מתת-ייצוג בגופים הפוליטיים, מקיפוח והפליה ארוכת שנים ומקושי בפעילות משותפת עקב פיזורו הגאוגרפי.⁸⁴

ואמנם ככל שמדובר בקבוצה מוחלשת ו"חשודה" (מבחינת חולשה פוליטית, חוסר יכולת להתארגן ועוד), קיימת סכנה ממשית שרשויות מקומיות ידכאו את חבריה עוד יותר מהדיכוי הרגיל שהללו חשופים לו בקרב כלל האוכלוסייה. ברשויות מקומיות

83 מבחן זה נקבע כפרשנות לסעיפי "ההגנה השווה" (equal protection clause) הקבועים בתיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקנית, בהערת שוליים מספר 4 בפסק הדין בעניין *United States v. Carolene Products Company* 304 U.S. 133 (1938). באותה פרשה קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי "Prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition... to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry". בכך ניסח מחדש בית המשפט העליון בארצות הברית את עילות התערבותו בחקיקה (פדרלית ושל המדינות) על פי פסקאות "ההגנה השווה" האמורות. כלומר, הרציונל המסביר את המבחן המחמיר של strict scrutiny בהקשרים של סיווגים חשודים (classifications suspect), הוא שמיעוטים אלה סובלים מתת-ייצוג כרוני ושיטתי במוסדות הפוליטיים האחרים, ועל כן בית המשפט הוא שצריך להגן עליהם באמצעות ביקורת שיפוטית מחמירה על פעולות הגופים הפוליטיים האחרים. ראו: Bruce A. Ackerman, "Beyond Carolene Products", 98 *Harv. L. Rev.* (1984) 713.

ראו גם: ברק-ארו (לעיל, הערה 64) בעמ' 679.
84 עניין הבית הפתוח (לעיל, הערה 2) בפסקאות 53, 56-57. כמו כן ראו: מיכל טמיר (יצחקי), "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות", הפרקליט מה (תש"ס-תשס"א) 94.

יכולות עמדות קיצוניות – דתיות, אידאולוגיות, פוליטיות וכיוצא באלה – לבוא לידי ביטוי ביתר קלות בשל היכולת להשפיע על המערכת השלטונית בקלות רבה יותר ובשל הקלות הרבה יותר שבה מושגת הומוגניות של עמדות, גם כאלה קיצוניות. יתר על כן, ברשויות מקומיות, בעיקר הקטנות שבהן, האפקט הממתן של המספרים הגדולים חלש יותר: ככל שמספר התושבים גדול יותר, ההסתברות שאל מול דעה קיצונית תתקיים הדעה הקיצונית הנגדית גדלה, ואילו במספר תושבים קטן יש הסתברות גדולה יותר להופעת דעות קיצוניות שאל מולן לא יופיעו הדעות הממתנות. על כך יש להוסיף את הפריסה הלא-הומוגנית של קהילות ברחבי המדינה, דבר אשר יכול להוביל לכך שברשות מקומית מסוימת יהיה מיעוט מסוים קטן עוד יותר ולכן חשוף עוד יותר לדיכוי ולהדרה. לפיכך פוליטיקה מקומית נוטה יותר להיות רדיקלית וקיצונית יותר (כפי שהתריע מדיסון (Madison) עוד בראשית ימיה של הרפובליקה האמריקנית).⁸⁵ מכאן עולה גם הצורך להקפיד ביתר שאת על הגנת מיעוטים מפני פעולתן של הרשויות המקומיות. חשש זה מסביר מדוע יש להתעקש על תחולתן של הגנות חוקתיות דווקא כאשר מעניקים סמכויות וכוח לשלטון המקומי. ביזור סמכויות לשלטון המקומי מאפשר לרוב מקומי לעצב – לפחות במידת מה – את המרחב הציבורי בהתאם לשאיפותיו ולערכיו, אולם יש להגביל כוח זה כך שלא יוביל לקיפוח ולנישול של המיעוט המקומי.

למרות שהשופט עמית אינו עוסק בכך באופן מפורש, דומה שהכלל אותו הוא מעצב ביחס להקצאות כספיות של רשויות מקומיות למימון פעולות של מיעוטים "חשודים" מערער יסוד נוסף במכלול הכללים המשפטיים שאפשרו לרשויות מקומיות להיטיב עם קבוצות רוב (דתיות או חילוניות) ולקפח את המיעוטים שבקרבתן. השופט קובע שהמיעוט זכאי לנתח מהתקציב המקומי, גם אם פעולותיו מגוונות בעיני הרוב. כלל זה מתנגש חזיתית ברעיון של "המנצח לוקח הכול" – לפיו הרוב יכול לממן רק את פעולותיו שלו או את הקבוצות שהוא חפץ ביקרן – והוא מבסס הגנה עמוקה וטובה יותר למיעוטים מקומיים.⁸⁶ הגם שהשופט עמית אינו מתמודד עם השאלה האם להט"בים זכאים להגנה

⁸⁵ "השפעתם של מנהיגים תככנים עלולה להצית אש בתוך מדינותיהם, אך ייבצר ממנה להצית תבערה כללית ברחבי יתר המדינות. כת דתית עלולה להידרדר לדרגת סיעה פוליטית בחלק מן הקונפדרציה, אך שלל הכיתות הנפוצות על-פני הקונפדרציה כולה יבטיח ללא ספק את המועצות הלאומיות מפני כל סכנה ממקור זה. בולמוס של כסף נייר, של שמיטת חובות, של חלוקה שווה של רכוש, או של כל תוכנית פסולה או מרושעת כיוצא באלה יהיה מועד לחדור לתוך כלל האיחוד פחות מאשר למדינה מסוימת מחברותיו, ממש כשם שמחלה מעין זו עלולה יותר לפגוע בנפה מסוימת או במחוז מסוים מאשר במדינה שלמה". ראו: אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון, ג'ון ג'יי, הפדרליסט (אהרן אמיר – תרגום, 2001) 44-50, 50.

⁸⁶ לטענתי, אין לראות בפסק הדין שולל את יכולתה של עירייה לקבוע סדרי עדיפויות משלה באמצעות תמיכות ותקציבים. אכן, אחת הסכנות היא שפסק דין יפורש כשולל מהרשות המקומית את אחת מסמכויותיה החשובות ביותר ואשר מבטאות באופן העמוק ביותר את היותה של רשות מקומית ביטוי לרצונה החופשי של קהילה דמוקרטית מקומית. חלוקת תמיכות ותקציבים היא דרך לגיטימית במשטר דמוקרטי לבטא את רצון הבוחרים. במילים

האמורה דווקא בגלל שהם מיעוט לאומי או אולי גם לו היו רק מיעוט מקומי (אולם רוב לאומי), יתכן וראוי לאמץ פרשנות שתגן גם על מיעוטים מקומיים, שהם אולי אפילו רוב במישור הלאומי, מאחר והיא תקדם את הערך של אינטגרציה ותמהיל בין קבוצות חברתיות בכל מקום ומקום. כנגד טענה זו אפשר לטעון את הטענה המקובלת: מדוע להגן על מיעוט מקומי שהוא רוב לאומי? אם מדובר בקבוצה שהיא רוב לאומי, או רוב במקום אחר, ילכו חברי הקבוצה האמורה לרשות מקומית אחרת ויזכו שם בתקציבים ובהגנה טובה יותר. אלא, שהגיון זה, ככל שהוא מושך, מתעלם מכמה קשיים: ראשית, יציאה מרשות אחת ומעבר לרשות אחרת היא פעמים רבות מורכבת, יקרה, ובלתי ריאליסטית עקב סיבות שונות ומגוונות; שנית, אם אינטגרציה בין קבוצתית היא ערך אותו אנו מעוניינים לקדם, יש לאפשר ואף לעודד את התקיימותם של מיעוטים, בין היתר על ידי הבטחה כי גם פעולותיהם ימומנו בתקציב המקומי. על ערך האינטגרציה ועל הבעיות המיוחדות שיש בתמריצים מדינתיים להיפרדות ארחיב בפרק הבא.

ד. "איים של פלורליזם": בחינה ביקורתית של הדוקטרינה הקיימת והצעה לפיתוח דוקטרינה המקדמת יצירת מרחבים אינטגרטיביים

כפי שראינו, בישראל מתקיים קשר הדוק בין היפרדות מרחבית של קהילות ובין יכולתן לעצב את המרחב הציבורי שלהן, או ליכולתן לתבוע התאמה (accommodation) של המרחב הציבורי לאמונתן והקצאה של טובין על פי העדפותיהן. קשר זה, אני טוען, אינו הכרחי או טבעי. הוא תוצר של כללים משפטיים ושל מדיניות ציבורית, והוא משדר מסר של הפרדה רדיקלית בין דתיים לחילונים. אל מול מדיניות משפטית שהקימה במשך שנים "חומות משפטיות" בין קהילות ואשר שמה דגש בהדרה ובהיפרדות, יש לפתח תורת משפט חדשה שתמוטט לפחות חלק מהחומות המשפטיות הללו⁸⁷ ותדגיש דווקא את "זכות הכניסה" למתחמי קהילה שונים⁸⁸ ואת הקהה השסעים בין הקהילות היריבות

אחרות: כשם שלכנסת מותר לחוקק בחוק התקציב העדפות לסוגי פעילות מסוימים, כך גם לרשות המקומית. ואכן, מה שבית המשפט אוסר הוא הפליה לא של פעילות אלא של קבוצה וקובע כי משניתנו תקציבים לפעילות לקידום ולהעצמת נשים לדוגמה, הרי שמניעת תקציבים מהעצמת נשים דווקא בבית הפתוח היא הפליה אסורה. באופן זה מקדם בית המשפט את השוויון של קבוצות מיעוט מוחלשות ואיננו מנסה לפגוע בזכותה של קהילה מקומית לקבוע לעצמה, באופן עקרוני, את סדרי העדיפות התקציביים שלה.

87 במונח זה משתמש גונטובניק, לעומת "חומות חברתיות" אשר ממילא מתקיימות, הוא טוען, ואף ימשיכו להתקיים. ראו: גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 462-464.

88 חנוך דגן דן בזכות זו בהרחבה במאמרו. ראו: חנוך דגן, "זכות הכניסה", מחקרי משפט כד (תשס"ח-תשס"ט) 59.

במדינה.⁸⁹ מאמר זה מבקש להצטרף לגוף כתיבה שהחל להופיע בשנתיים האחרונות ובו אפשר לאתר נסיגה מהגישה הרב־תרבותית היפרדותית שדומה לשלטה בכתיבה האקדמית בסוגיות אלה בשני העשורים שחלפו לעבר גישה המבקשת להדגיש דווקא את הצורך בחיכוך פורה בין חברי הקבוצות השונות בחברה ולא את הפרדתן, את הצורך ביצירת גשרים בין הקבוצות, בפיתוח סובלנות הדדית ויכולות של חיים ביחד תוך מתן כבוד להבדלים תרבותיים ודתיים. מאמר זה מבקש להוסיף על הכתיבה הקיימת ביצור את הקשר בין הכללים המשפטיים המקימים חומות סביב הקהילה לבין הכללים המשפטיים אשר נותנים משמעות לחומות אלה, כלומר לסמכויות הנמסרות לקהילות אלה באמצעות דיני השלטון המקומי ולמשמעות שניתנת במסגרתם לגאוגרפיה ולדמוגרפיה.

אין עוררין שאפשר לבודד את סוגיית ההדרה וזכות הכניסה משאלת היקף הסמכויות הניתנות לקהילות שונות לעצב את מרחב מחייתן; אין ספק שההדרה מוחלטת קשה בהרבה מבחינת השלכותיה ממצב שבו כניסת מיעוטים מותרת, אולם המרחב מעוצב ומשאבים מחולקים על פי תפיסות ואמונות הרוב.⁹⁰ עם זאת אי אפשר להפריד באופן מוחלט את שתי הסוגיות ואף לא רצוי לעשות זאת. כפי שהבהרתי, להיקף הסמכויות שקהילה מקבלת בתחום מגוריה השפעה גדולה על התמריצים שיהיו לבני קהילת הרוב להדיר מקרבם מיעוטים ועל המוטיבציה של בני המיעוט להתגורר באזורים אחרים. אשר על כן גם אם ימוססו חומות משפטיות פורמליות ותינתנה זכויות כניסה כדי להשיג באופן טוב יותר את המטרה החברתית של אינטגרציה, פלורליזם בסביבות מגורים, גישה שווה למשאבים שונים ועוד, יש לראות גם את מערך הכללים אשר נותן משמעות לגבולות הקהילה ולערוך בו רפורמה יסודית.

1. בחינה ביקורתית של היפרדות מרחבית של קהילות: מה טוב ומה רע בהיפרדות? מה טוב ומה רע בהפרדה מדינתית?

כאן המקום לנסות ולהבין מה בעצם רע בהיפרדות מרחבית של קהילות. התאוריה הקהילתית והרב־תרבותית מעודדת פעמים רבות היפרדות כזו ומוצאת נימוקים שונים מדוע יש לאפשר אותה ואף לאפשר למדינה לסייע לה. ואכן, בטרם אדון בבעיות השונות הנובעות מהיפרדות מרחבית (כפויה ומתמרצת), אסקור בקצרה כמה מן הנימוקים התומכים בהיפרדות מרחבית של קהילות (בייחוד קהילות חרדיות, אם כי חלק מן הנימוקים יכולים להיות תקפים גם באשר לקהילות דתיות אחרות).

89 סבן מדגיש היבט זה במאמרו. ראו: סבן (לעיל, הערה 5).

90 במצב שבו כניסת מיעוטים מותרת, בני קהילת המיעוט וקהילת הרוב מתחככים זה בזה, לומדים זה מזה, לומדים להכיר זה את זה ומושפעים, לטוב ולרע, זה מפעולותיו של זה (כלומר, מתאפשרות החצנות חיוביות ושליליות הפותחות פתח לדיאלוג ולמשא ולמתן).

הנימוק הראשון, ואולי המרכזי שבהם, הוא שזוהי פשוט ההעדפה של מרבית (אם לא כל) הפרטים המעורבים בעניין. כפי שמציינים גביון ושוורץ, "הערכים והחרדים בישראל הם קהילות מיעוט שאינן חפצות להיטמע. החרדים מתבדלים בדיור, ובעיקר בחינוך, מתוך בחירה"⁹¹. הוולונטריות של ההיפרדות היא טיעון בעל משיכה נורמטיבית חזקה, שכן היא הופכת את ההיפרדות למגשימת ערכים ליברליים חשובים כגון חירות, אוטונומיה והעדפות של פרטים. נימוק שני וחשוב הוא שבמדינה ליברלית-חילונית המרחב הציבורי הוא בעל אופי הנחווה על ידי חרדים כ"טמא". פרסומות, דימויים, מוצרים המוצגים לראווה, חנויות, מוסיקה, אנשים ונשים הלבושים לבוש לא צנוע – כל אלה הופכים את המרחב הציבורי בעיר הטיפוסית של ימינו למרחב של "טומאה". מרחב זה לא רק מייצר פיתויים שחרדים רבים מעוניינים להימנע מהם מכול וכול אלא גם מחולל חוויות של ניכור, פגיעה ברגשות, חוסר שייכות ושליה עמוקה ויסודית של אורח החיים והאמונות של חרדים. הימנעות ממרחב ציבורי אינה אפשרית, שכן חיים אך ורק בספֶרה הפרטית של דירת המגורים אינם אפשריים. שלישית, דחיקת החיים החרדיים אך ורק לספֶרה הפרטית (כפי שמובן מסוים של "חופש הדת" היה מכתוב) אינה אפשרית גם משום שחלק נכבד מהחיים החרדיים מחייב את קיומו של מרחב ציבורי: תפילות במניין, לימוד תורה משותף וטקסים דתיים שונים מחייבים את קיומם של מרחבים ציבוריים משותפים. כלומר, החיים החרדיים מצריכים את יצירתו של מרחב ציבורי "קדוש" שבו יהיו חברי הקהילה מוגנים מהמרחב החילוני הטמא ויוכלו לבטא את אמונתם במלואה. רק מרחב ציבורי אקסקלוסיבי יכול לשקף את האידאל החרדי ולקרב את בני הקהילה לחיים על פי האידאל שלהם.⁹² רביעית, חרדים רבים חשים שנדרש להם מרחב קהילתי נפרד כדי לשמר את תרבותם ואת אורחות חייהם העומדים בסכנה אל מול תרבות הרוב שלא רק עוברת השכם והערב על האיסורים הדתיים, אלא גם מפתה ומציבה אלטרנטיבה בפני הדורות הצעירים. חמישית, ככל שקהילות חרדים חיות במרחבים שגם השטחים המשותפים בהם מצויים בבעלותם הקניינית, אפשר לומר כי זכות הקניין שלהם כוללת

91 גביון ושוורץ (לעיל, הערה 63) בעמ' 137.

92 בהקשר זה אפשר לומר כי חרדים הם קהילה "נומית" (nomic): קבוצה חברתית שעולמה התרבותי אינו מצטמצם לתחום פעילות ספציפי וממודר אלא הוא "...משתרע על טווח רחב של תחומי חיים ומנחה את חברי הקבוצה באופן עמוק במיוחד". עבור קבוצות כאלה "המרחב הנפרד מהווה קירוב מדויק למדי של האידיליה של ההווייה הנומית". ראו: גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 443. הדיון בקבוצות נומיות מקורו בארצות הברית, והוא התפתח א־פרופו פרקטיקות בלתי ליברליות של קבוצות דתיות קטנות וקיצוניות, הדוחות דחייה עזה את ההווייה המודרנית. ראו: Robert M. Cover, "Foreword: Nomos and Narrative", 97 *Harv. L. Rev.* (1983-1984) 4; Abner S. Greene, "Kiryas Joel and Two Mistakes About Equality", 96 *Colum. L. Rev.* (1996) 1. כמו כן ראו: רות גביון, "דת ומדינה: הפרדה והפרטה", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 55.

גם את הזכות להדיר חברי קבוצות מסוימות ממרחביהם הקהילתיים.⁹³ נימוק שישי הוא שלמדינה אינטרס מובהק להפריד בין קהילות העוינות זו את זו אם הניסיון מוכיח שחיים משותפים מובילים לחיכוכים אלימים ולהפרות סדר.⁹⁴ במאמר זה כאמור אין בכוונתי לשלול כל היפרדות קהילתית ולהתנגד לכל הרציונלים השונים התומכים בה. עם זאת ברצוני למנות לפחות כמה מהנימוקים הדומיננטיים המתנגדים ליצירתם של מרחבים קהילתיים טהורים או לשימורם, ובייחוד לצורה האגרסיבית ביותר של היפרדות מרחבית: זו שמונעת לחלוטין כניסת בני קהילות אחרים לאותם אזורי מגורים, וזו המעודדת היפרדות זו באמצעות כללים משפטיים מהסוג של "הזוכה מקבל הכול".

הנימוק הראשון נגד הדירה מדינתית כפויה של פרטים מסוימים מאזורים שונים, כלומר נגד תמיכה מדינתית ביצירה ובשימור של מרחבים טהורים לקהילות מיעוט, הוא חירותם של פרטים לבחור לעצמם את מקום מגוריהם. החירות לבחור מקום מגורים חשובה במיוחד לפי שלמקום המגורים השפעה דרמטית על אפשרויות חיים, הזדמנויות כלכליות, רשתות חברתיות ועוד, ועל כן זוהי חירות שיש להגן עליה באופן מיוחד. התערבות המדינה בבחירותיהם החופשיות של אנשים בהקשר זה היא פוגענית במיוחד בערך החירות. טענה זו בדבר חירות הבחירה במקום מגורים מתנגשת חזיתית בטיעון התומך בהיפרדות (שהזכרתי לעיל), שלפיו חרדים וחילונים "מעדיפים" להתגורר בנפרד אלה מאלה. אפשר לומר בפשטות רבה כי אם חילונים וחרדים אמנם מעדיפים להתגורר בנפרד, המדינה לא תמנע מהם את בחירתם, אך אל לה לכפות היפרדות זו. במילים אחרות, אם היפרדות היא אכן ההעדפה הוולונטרית שלהם – אין כל צורך בכפייה מדינתית של ההיפרדות; לעומת זאת אם יש צורך בכפייה מדינתית, אין סימן טוב מזה שהיפרדות אינה העדפת כל הפרטים, ואסור שהמדינה תפגע בחירותם של אותם פרטים שאינם מעוניינים בהיפרדות. יתר על כן, יש לברר מניין מגיעה ההנחה בדבר ההעדפות הקהילתיות של חילונים וחרדים להתגורר בנפרד. אין ספק שמקור מרכזי לכך היא העובדה שהם מתגוררים בנפרד. אולם לאור הניתוח שקיימת מערכת של כפייה ושל תמריצים חזקים להיפרדות, אין להסיק מהמציאות את ההעדפות, שכן דומה שהמציאות משקפת כורח (או לפחות אילוץ משמעותי) ולא בחירה חופשית. אדרבה, כפי שכבר טענתי, מחקרים שונים מגלים שחלק נכבד מבני הקהילות הללו דווקא מעוניינים

93 דגן עוסק בזכותן של קהילות שונות ליצור לעצמן מרחבים קהילתיים שמהם יודרו מי שאינם משתייכים לאותה קהילה. קהילות החולקות קניין משותף, שאותן מכנה דגן "קהילות קנייניות", עשויות להעלות טעמים טובים שלפיהם זכות הקניין שלהן (במובנה הרחב) כוללת גם את הזכות להדיר אחרים ואף לפנות למדינה כדי שתאפשר להן להגן על זכותן הקניינית האמורה. ראו: דגן (לעיל, הערה 88) בעמ' 64-66, 68-73.

94 ראו: גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 444-445; זילברשץ (לעיל, הערה 13) בעמ' 91.

במגורים משותפים,⁹⁵ ועל כן כפיית היפרדות מהווה פגיעה בהעדפות של נתח נכבד מחברי הקהילות הרלוונטיות.

הנימוק בדבר חשיבותה של חירות בחירת מקום המגורים אינו משתרע רק על הקצאת אדמות מדינה ואינו קובע רק את חובתה של המדינה להימנע מהגבלת חירותם של פרטים להתגורר במקום שבו ירצו. הוא מתפרס לטענתי גם על קניין פרטי ועשוי להצדיק – לפחות בחלק מן המקרים – את תחולת איסורי ההפליה גם על פרטים המבקשים להדיר בני קבוצות מסוימות מקניינם הפרטי. כפי שמבהיר דגן, ראוי להבין את ערך החירות כנועד להגשים אוטונומיה במובנה החיובי (ולא השלילי בלבד), ועל כן הדרה לשם הדרה, שאל מולה עומד פרט המעוניין להגשים את האוטונומיה שלו באופן חיובי, לא תעמוד כמצדיקה יצירת מרחב טהור שאין אליו כל כניסה של "זרים".⁹⁶ יישומה של תובנה זו ישתנה כמובן מעניין לעניין ומהקשר להקשר מאחר שהוא מחייב התייחסות למוטיבציות להדרה ולשאלה אם בבסיסה אך ורק דעה קדומה ורצון להימנע מנוכחותו של האחר (חירות שלילית) או שהיא נועדת להגשים ולממש פוטנציאל ואידאל של אורחות חיים מסוימים (חירות חיובית). נימוק זה יכול אפוא לסייע להבחין בין מקרים שבהם ההדרה נעשית מנימוקים של שנאת חרדים למשל לבין הדרה הנעשית לשם שימור על אורחות החיים של הקהילה החרדית. לכאורה אפוא נימוק זה עשוי להוביל לגיבושו של כלל א-סימטרי דוגמת זה שנקבע בעם חופשי, שלפיו יש לאפשר מרחבים חרדיים אך אין להתיר מרחבים חילוניים שמהם מודרים חרדים. אלא שבעיה מרכזית בהבחנה זו היא שפעמים רבות ההיבט השלילי והחיובי של החירות מתלכדים: הרצון להדיר את הזולת הוא חלק מהגשמת האידאל ואורח החיים, שכן הוא חלק מהכינון העצמי וההתבחנות העצמית של הקהילה. נוסף על כך אין לומר שרק לחילונים דעות קדומות ושליליות על חרדים. אדרבה, גם השאיפה החרדית להיפרדות נובעת לעתים מדעות קדומות בלתי מבוססות על חילונים.

אני סבור אפוא שאי אפשר לומר שהעדפות הקהילות – הן החרדית והן החילונית – הן ברורות דיין ומעידות באופן מובהק שחיוב חבריהן לחיות בנפרד הוא הגשמת חירות. יתר על כן, אי אפשר לומר בוודאות שהדרת חילונים משכונות חרדיות היא בעיקר הגשמה של חירות חיובית, ואילו הדרת חרדים מאזורים חילוניים מגשימה דווקא חירות שלילית (של הדרה לשם הדרה). לפיכך כלל א-סימטרי מהסוג שנקבע בעם חופשי אינו מוצדק משיקולים של הגנה על החירות. דומה שבקרב שתי הקהילות קיים עירוב של מניעים פוגעניים מחד גיסא ושל רצון לקיים אורח חיים ייחודי ונבדל מאידך גיסא, של העדפות היפרדות אותנטיות ושל היפרדות מחוסר בררה. על כן רצוי להפוך את העיקרון הא-סימטרי של עם חופשי, המאפשר יצירת מרחבים טהורים דווקא בשביל חרדים. חלף זאת, כפי שעוד אבהיר, ראוי לאמץ כלל סימטרי, המתייחס לנסיבות הקונקרטיים של

95 ראו: דגני (לעיל, הערה 14).

96 דגן (לעיל, הערה 88) בעמ' 67-68.

המקרה. על כלל זה להתחשב הן בחירות של פרטים להדיר מקרבם את מי שאין הם חפצים בו, והן בחירותם של פרטים "להיכנס" לקהילות שאינן שלהם. שנית, היפרדות מרחבית היא במקרים רבים אמצעי המשמש להפלות בין קבוצות לאומיות, דתיות ותרבותיות. מרחובן (spatialization) של קבוצות חברתיות, "ניווט גזעני" מכנה אותו בנקלר,⁹⁷ מאפשר להפלות בין קבוצות שונות בתקציבים, בתשתיות, בסובסידיות ובהטבות שונות מבלי שהפליה זו תובן שמושחתת על לאום, אתניות או דת ועל כן תהא אסורה, אלא כמושתתת על הבחנה מרחבית ניטרלית (או על הבחנה דתית המוצדקת מסיבות תרבותיות או דתיות-פנימיות) ועל כן תהא מותרת.⁹⁸ אין ספק שבישראל הבחנות על רקע דתי חופפות במקרים לא מעטים הבחנות לאומיות או אתניות. ראשית, כאשר חרדים מדירים כל מי "שאינו חרדי" הם ממילא מדירים את הערבים. גם אם אין כוונתם העיקרית להדיר ערבים, הרי שזהו פועל יוצא מידי וישיר של ההיפרדות הכפויה של החרדים, המבטיחה שבני קבוצות אלה לעולם לא יתערבבו אלה באלה. אדרבה, לאור "מכתב הרבנים" שזכה לתשומת לב רבה בשנת 2010, אי אפשר עוד לומר שמניעים אנטי-ערביים מפורשים אין להם חלק גדול ברצון להדיר את מי שאינו חרדי.⁹⁹ הרחבה של הזכאות להיפרדות כפויה (או מותרת) גם לציבור הדתי-לאומי (כפי שהיה בעניין סבא) מעוררת עוד יותר את החשש שהדרת ערבים אינה רק תוצאת לוואי (של הכלל המתיר רק לדתיים-לאומיים להתגורר באותו מרחב) אלא נעשית ככוונה מפורשת. בהקשר של חלקים מהציבור הדתי-לאומי דומה שיהא נאיבי להתעלם ממגמות לאומיות, אנטי-ערביות, שהן מניע לרצון לסגור את המרחב. ודאי שפרויקט מגורים ביפו אשר פותח שעריו לדתיים-לאומיים בלבד משמש – במתכוון או כעניין של תוצאה מיידית, ישירה וצפויה – להדרת ערבים.¹⁰⁰ יתרה מזאת, הדרה על רקע דתי יכולה לשמש גם מסווה להדרה אתנית בתוך המגזר היהודי, כפי שהוכיח המקרה של בית הספר החרדי

97 בנקלר מכנה תופעה זו racial steering. ראו: בנקלר (לעיל, הערה 29) בעמ' 150. וראו:

הדיון שעורך בתופעה זו גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 458-461.

98 בלנק ורוזן-צבי מביאים לדוגמה את עניין ועדת המעקב, שבו קבעה ממשלת ישראל "מפת אזורי עדיפות לאומית". גם כאשר הסתבר כי המפה שורטטה באופן שמדיר את רוב הרשויות המקומיות הערביות – מתוך כ-500 יישובים מוטבים, 4 בלבד היו ערביים – המשיכה המדינה לטעון כי "משעה שהקריטריון הוא גיאוגרפי בלבד, אין מקום לטענת ההפליה, שכן ההבחנה היא על בסיס מיקום גיאוגרפי בלבד". בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו). ראו: בלנק ורוזן-צבי (לעיל, הערה 78) בעמ' 38.

99 מכתב הרבנים הוא מכתב שיזם בשלהי 2010 רבה של העיר צפת, הרב שמואל אליהו, ובו קוראים עשרות רבנים שונים ליהודים שלא להשכיר או למכור דירותיהם לערבים או למבקשי מקלט. ראו: ג'קי חורי, תומר זרחין, ברק רביד, חיים לוינסון, יאיר אטינגר, "39 רבני ערים חתמו על פסק הלכה שאוסר להשכיר דירות לערבים ולפליטים", הארץ (8.12.2010) 1.

100 ראו את הדיון לעיל, הערות 57 ו-68.

בעמנואל בפרשת נוער כהלכה.¹⁰¹ אף שבאותו עניין לא דובר על הדרה מרחבית כוללת אלא על הדרה של תלמידות מזרחיות "רק" מבית הספר האשכנזי שביישוב, אפשר לראות שלעתיים הבחנה דתית לכאורה (רמה רוחנית שונה של תלמידות) יכולה לשמש אמתלה להיפרדות אתנית.

נימוק שלישי הוא הרווחה המצרפית. כפי שמציין דגן, הרווחה המצרפית עלולה להיפגע אם רק לקבוצה מסוימת – בין שהיא הבעלים של הקניין ובין שלאו – תינתן האפשרות לשלוט בלי מצרים בכניסה למרחב מסוים.¹⁰² במקרים שונים מתן שליטה מוחלטת לבעלים יוביל לסיכול עסקאות יעילות (למשל, בשל עלויות עסקה גבוהות הנגרמות במקרים שונים כגון מונופול), ודווקא תחרות בין קבוצות ופרטים על ניצול אותם משאבים יכולה להשיא את הרווחה המצרפית. הגם שנכון לעתה אין נראה שקיים מונופול מובהק של אחת הקבוצות על משאב קרקעי מסוג מסוים, דומה שאימוץ של מדיניות שתתיר גם לחילונים להדיר מקרבם חרדים ושתעודד את ריכוזם של חרדים בערים משלהם תגרום להדרה נוספת של חרדים ממוקדי עבודה, תעשייה ומסחר רבים, דבר שיוביל למצב מונופוליסטי לא יעיל. אכן, דומה שכבר עתה התרכזותם הגוברת והולכת של חרדים באזורי מגורים נפרדים ומרוחקים – ולא סתם בשכונות או אזורים "חרדיים" בערים חילוניות כפי שהיה בעבר – יוצרת מצב של ריחוק מופרז שלהם מאזורים שבהם הם יכולים לסחור ולעסוק במשלחי יד מסוימים ובכך להוביל לבזבוז של כוח עבודה ומשאבים. המדיניות הממשלתית של יצירת ערי "חרדים" מעודדת מגמה זו ומובילה לחוסר יעילות מובהק. כאשר חרדים מתגוררים בערים חילוניות, לפחות אלה מהם שמעוניינים לעבוד בעבודות מסוימות ובתחומי מסחר מסוימים המצויים באותן ערים, יכולים לעשות כן. לעומת זאת היפרדות הרמטית מונעת אינטגרציה תעסוקתית (ולו חלקית) זו ובכך פוגעת ברווחה המצרפית.

רביעית, לפחות במקרים מסוימים עלולה הפרדה הנכפית או נתמכת באופן אפקטיבי ומוחצן על ידי המדינה לחזק ולבסס דעות שליליות וסטראוטיפים של חברי הקבוצות העוינות. העובדה שבני הקבוצות אינם מתראים אלה עם אלה, אינם פוגשים אלה את אלה אפילו לא במקרה, מאפשרת להם להחזיק בתפיסות שטחיות ודוגמטיות אשר עלולות אך להחריף את המתחים ואת העוינות.¹⁰³ החשש שמשודר מסר של העדפה, של נחיתות ושל העמקת העוינות בין הפלגים השונים מתעורר במיוחד כאשר המדינה מעורבת בעידוד ההיפרדות.

חמישית, במצב הדברים הנוכחי של מדינת ישראל, שבו חילונים איבדו את הרוב החברתי המוצק שהיה להם, מייצרת ההיפרדות הקהילתית את התחושה שאין עוד "כלל" אלא רק קהילות. ככל שקהילות דתיות – שאף אם אינן רוב, הרי שהן אינן עוד מיעוט

101 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו).

102 דגן (לעיל, הערה 88) בעמ' 63-64.

103 גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 447, 451.

קטן ושולי – מקבלות את ההיתר להדיר ולהיפרד, גם החילונים, כפי שראינו, מתחילים לתפוס עצמם בסך הכול כעוד קבוצה חברתית, אולי אפילו כעוד "מיעוט" התובע לעצמו זכויות מיעוט. עם הזמן, יש לחשוש, הרצון להיפרד ולהתגדר ולדרוש כי המדינה תכפה היפרדות זו או לפחות תתמוך בה גולש גם אל עבר קהילות אחרות: חילונים המבקשים אף הם להסתגר ולהתבודד, דתיים-לאומיים המעוניינים להקים אזורי מגורים משלהם, עשירים המקימים קהילות מגודרות ברחבי המדינה. בהיעדר עמדה ברורה המבקשת לסייג היפרדות זו לתחומים נדירים וצרים ביותר והמתעקשת, מכל מקום, על שילוב מסוים בין קבוצות חברתיות, לא יהיה אפשר עוד לעמוד בתזוית ההיפרדותית האוחזת בכול, שתוביל להתפרקות מרחבית וחברתית מואצת ולשחיקה דרמטית בתפיסת ה"כלל", כלומר אפילו באפשרות התאורטית ליצור מכנה משותף ושוויוני בין כלל האזרחים.

לא פחות חשוב הוא הנימוק השישי, העוסק בצדק חלוקתי. במקומות אחרים כתבתי על הפערים הכלכליים העצומים הקיימים בין רשויות מקומיות בישראל. אחד המאפיינים המובהקים של הרשויות המקומיות בישראל הוא פערים כלכליים עצומים בין רשויות מקומיות.¹⁰⁴ רשויות מקומיות שבהן ריכוז חרדים גבוה מצויות, למרבה הצער, באשכולות הנמוכים ביותר מבחינת מעמדן הכלכלי. הדבר נובע מריבוי ילדים, דפוסי חיים, חוסר השתלבות בכלכלה הרגילה של המדינה ועוד. דחיקתם ההולכת וגוברת של חרדים ליישובים משלהם לא רק שאינה עוזרת לשילובם אלא שהיא מחריפה את הדלות הכלכלית של קבוצה זו. היפרדות זו מונעת מחרדים את היכולת ליהנות משירותים מוניציפליים טובים הקיימים ברשויות מקומיות אמידות יותר.

נימוק שביעי הוא החשש כי מיעוטים בקרב המיעוט ימצאו עצמם מקופחים עוד יותר, הן בשל היותה של הפוליטיקה המקומית קיצונית מזו הלאומית¹⁰⁵ והן משום שביזור סמכויות לקהילות (באמצעות השלטון המקומי) מעניק יתרון לבעלי הכוח בקרב הקהילות. לדוגמה, חוקרות פמיניסטיות טענו שהעברת סמכויות שונות ל"קהילות" משמעה העצמה של גברים ושל גורמים שמרניים בתוך אותן קהילות והפקרתן של נשים לידי אותם גורמים.¹⁰⁶ בדומה, אפשר לומר שמיעוטים אחרים, כגון מזרחים ובני קבוצות חלשות אחרות (למשל להט"בים חרדיים), יהיו מקופחים עוד יותר וחשופים עוד יותר לעריצות הרוב המקומי אם תסיג עצמה המדינה מאותם אזורים ותאפשר לקהילות ליישם נורמות דתיות בתחום שיפוטן. הפוליטיקה המקומית הקיצונית עשויה לסייע בכך, שכן דווקא העמדות הקיצוניות והחרדיות ביותר יזכו לתהודה ולהעצמה. דוגמאות מטרידות לדינמיקה של הקצנה כזו אפשר למצוא בהתפתחויות עכשוויות שונות באזורים חרדיים,

104 בלנק (לעיל, הערה 10) בעמ' 210-214, 238-243; בלנק (לעיל, הערה 9) בעמ' 400-408.

105 ראו הערה 85 לעיל וטקסט נלווה לה.

106 Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* (1999).

כגון הופעתם של "קווי מהדרין" שבהם נשים מופרדות מגברים באוטובוסים ציבוריים,¹⁰⁷ ותופעות של הפרדה בין נשים לגברים אפילו במרחב הפרטי ביותר.¹⁰⁸

אכן, דומה שבעת האחרונה מסתמן שלתפיסת "המרחבים הטהורים" שהונחה בבסיס הדוקטרינה המשפטית של היחס לקהילות דתיות (ותרבותיות) יש חלק בפיצול הגוף הלאומי והחברתי. פיצול זה אינו רק "הכרה" של המשפט בהתבחנות קהילתית ספונטנית וטבעית הקיימת ממילא. הכרת המדינה בהיפרדות זו מקבעת אותה, מחריפה אותה ומקצינה אותה. משהופכת המדינה את ההיפרדות הקהילתית החברתית לחומות משפטיות בלתי עבירות, ומשמוספה היא לסנקציות החברתיות כוחות ותמריצים משפטיים (בדמות כפיית נורמות דתיות באמצעות חוקי רישוי עסקים, הקצאות כספים וכולי), היא עושה פעולה אגרסיבית ופולשנית בהרבה מ"הכרה" תמימה בקהילה שכבר קיימת. מלומדים שונים עמדו על היחס המורכב בין "הכרה" (recognition) לבין "כינון" (construction) והראו שכל פעולה של הכרה בשוני קהילתי גם מייצרת ומשתקת אותו שוני ואף מחריפה ומקצינה אותו.¹⁰⁹ גם בתחום של מגורים נפרדים של חרדים אפשר לראות שמעורבותה של המדינה בהקצאת קרקעות לחרדים בעשורים האחרונים מבודדת חרדים מחילונים יותר ויותר ומקצינה את מגמות ההיפרדות הקיימות ממילא בין הקבוצות. עם זמן הריחוק המתגבר מחזק את הניכור ואת אי-השוויון בין קבוצות חברתיות שונות המרכיבות את הקהילה הפוליטית הלאומית. כלומר, אף אם תפיסה זו תרמה אולי לחיזוק הלכידות הפנים-קהילתית, היא תורמת להחלשת הסולידריות החברתית הכללית ועלולה להוביל לנסיגה הולכת וגוברת למרחבים קהילתיים "פרטיים". אבדן זה של לכידות יכול להוביל, בתורו, לאדישות של חברי הקהילות לגורלם של אנשים שאינם בני קהילתם, לנכונות פוחתת והולכת שלהם להשתתף במערכת הפוליטית הלאומית (באמצעות תשלום מסים, שירות צבאי או לאומי או

107 אף שביט המשפט העליון אסר את הנוהג של חברות האוטובוס לכפות הפרדה בין נשים לגברים, לא נאסר הנוהג לחלוטין, אלא שחברות האוטובוס נדרשו להציב שלטים באוטובוסים ולציין בהם שנשים אינן חייבות לשבת בחלקו האחורי של כלי הרכב וכי אסור להטריד את מי שחפצה לשבת גם בחלקו הקדמי. ראו: פרשת רגן, לעיל הערה 3.

108 ראו למשל את הדיווח בדבר הפרדה בין נשים לגברים בשולחנות אוכל בבתים. על פי הדיווח בכתבה, הפרדה זו היא תוצאה של פוליטיקה מקצינה והולכת בשל הפרדה הגוברת של חרדים משאר האוכלוסייה. תמר רותם, "אבירי השולחן הכפול", הארץ (10.6.2011) ניתן לצפייה באתר: <http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1230686.html>.

109 Richard Thompson Ford, "Geography and Sovereignty: Jurisdictional Formation and Racial Segregation", 49 *Stan. L. Rev.* (1996-1997) 1365; ראו גם: בלנק ורוון-צבי (לעיל, הערה 78) בעמ' 92-94.

בהצבעה ופעילות פוליטית אחרת), ואף לעוינות גלויה כלפי חברי קהילות אחרות. אכן, כפי שכתבתי עם איסי רוזן-צבי יחד במקום אחר:

"בהקשר הישראלי, קשה שלא לקשור בין ההיפרדות הקהילתית העמוקה המתבטאת במגורים ביישובים נפרדים ובין האיבה המתעצמת בין ערבים ליהודים, חילונים לחרדים, וותיקים ומהגרים. מיזוג בין קהילות נדמה כהכרחי ליצירת גוף אזרחי בעל תכונות ליברליות שיאפשרו לפרטים מקבוצות חברתיות שונות (ולעיתים אפילו עוינות) להמשיך ולקיים יחדיו קהילה פוליטית... במקרים רבים ילדים גדלים עד גיל מאוחר מבלי שפגשו בחברי קבוצות חברתיות אחרות ו[[הם ממשיכים את חייהם מבלי שהם נתקלים זה בזה. יהודים וערבים אינם פוגשים זה את זה; חרדים וחילונים אינם נפגשים; ותיקים רבים אינם פוגשים את יוצאי אתיופיה. זאת, לאור המגורים הנפרדים אשר מיתרגמים באמצעות משפט השלטון המקומי למערכות חינוך נפרדות, למתנ"סים נפרדים, ולתמריצים אחרים המעודדים את דפוסי המגורים הנפרדים." 110

2. "איים של פלורליזם": לקראת שינוי כללי הרקע המשפטיים

חלף התפיסה והדוקטרינה המשפטית המעודדות "מרחבים טהורים" ברצוני לקרוא לשינוי בכללים המשפטיים כדי לעודד יצירה של מרחבים דה-סרגטיביים ופלורליסטיים, שבהם מתקיימים לפחות "איים של הטרוגניות": מרחבים שבהם אין נשללת הדומיננטיות של קהילה מסוימת, אולם חרף הדומיננטיות האמורה מתקיימים בהם גם אורחות חיים של בני קהילות אחרות, המוגנים מדיכוי ומהדרה של הרוב. איים אלה של הטרוגניות ושל פלורליזם יהיו משקל נגד להומוגניות הקהילתית ויאפשרו לפחות מגע, היכרות ודו-שיח בין הקבוצות השונות בחברה. אין כוונתי אפוא להציע מודל של אינטגרציה הומוגנית שתהפוך את כל הרשויות המקומיות בישראל לזהות מבחינת הרכבן הדתי, האתני והלאומי. להפך, המודל שאני מציע מבקש לשמר ואף לחזק את יכולתו של השלטון המקומי לשקף ולבטא נורמות – דתיות, מוסריות, אתיות, פוליטיות ואחרות – שבהן מחזיקה קבוצת הרוב. אלא שבצד החיזוק האמור של השליטה העצמית הקהילתית יש לוודא שתשמר הטרוגניות חברתית באמצעות הסרת החסמים הקיימים כיום על פרטים המעוניינים דווקא להתגורר בקהילות מגוונות ופלורליסטיות.

במאמר זה לא אוכל אלא להציע קווי מחשבה ראשוניים לשינוי מערך הכללים, שאליו כבר רמזתי במהלך הדיון המפורט שערכתי בחלק ג למאמר. להלן אפרט חמישה

110 בלנק ורוזן-צבי (לעיל, הערה 78) בעמ' 96.

עקרונות שאני סבור שעל המשפט הישראלי לאמצם כדי לצמצם את ההפרדות המרחבית והחברתית הקשה המפלגת כיום את החברה הישראלית. כפי שאמרתי בדיון, אני סבור שפרשיות סולודוך והבית הפתוח פסעו צעד ראשון וחשוב בכיוונים אלה. ראשית, כאמור, ברצוני להבהיר שנקודת המוצא צריכה להיות שראוי להעצים ולהסמך רשויות מקומיות לבטא נורמות דתיות של תושביהן, לפחות במידה מסוימת. מלבד הסיבות הכלליות התומכות בעצמת הרשויות המקומיות, שבהן עסקתי במקומות אחרים,¹¹¹ קיימות סיבות מיוחדות מדוע להעצימן דווקא בתחום הדתי. הסיבה העיקרית היא חופש הדת עצמו. במיוחד בישראל, שבה דווקא זרם אחד של דת אחת, היהדות האורתודוקסית, הוא בעל עצמה פוליטית רבה וחולש על תקציבים ומינויים, ביזור סמכויות דתיות לרשויות המקומיות יכול לסייע לא רק לחופש מדת של מי שאינו דתי אלא גם לחופש הדת של דתיים שאינם יהודים-אורתודוקסים. במילים אחרות, ביזור סמכויות בנושאי דת יתרום להחלשת המונופול של היהדות האורתודוקסית על נושאי דת ואמונה בישראל.¹¹²

כיום ניהול חופש הדת והדיון בו סובל מריכוז ניכר: משרד הדתות שולט באופן מרכזי בשירותי הדת¹¹³ ומשרד הפנים מפקח על נושאי רישוי עסקים ועל אכיפת איסורים דתיים שונים (כגון איסור הצגת חמץ בפסח ופתיחת עסקים בשבת). משרדים אלה נשלטים באופן כמעט קבוע ומוחלט על ידי הזרמים החרדיים ביהדות האורתודוקסית, ועל כן מיישמים את תפיסתה של זו בכל הנושאים הקשורים בה. ממילא הזרמים האחרים ביהדות וכן הדתות האחרות מקופחים לא רק מבחינה מימונית אלא גם מבחינה ערכית. כדוגמה יכולות לשמש סוגיות מינוי נשים למועצות הדתיות,¹¹⁴ מינוי רבני ערים ועוד. שליטה של רשויות מקומיות בסוגיות אלה טומנת בחובה את הפוטנציאל שקהילות מקומיות יוכלו לבטא את חופש הדת שלהן באופן פעיל יותר. הן יוכלו להקצות כספי ציבור – שממילא מוקצים לפעילות דתית אולם ההחלטה על השימוש בהם נעשית ברמת השלטון המרכזי – לפעילות הדתית המועדפת עליהן; הן יוכלו להחליט בעצמן שהן מעוניינות למנות נשים למועצות הדתיות; הן יוכלו להחליט אם הן זקוקות לרב עיר אם לאו; הן יוכלו להחליט אם הן מעוניינות להקדיש דווקא

111 סיבות אלה כוללות בין היתר הגברת התחרות באספקת שירותים וטובין ציבוריים, השאת היעילות הכלכלית, הגברת החירות השלילית של הפרטים לבחור לעצמם את סביבתם הנורמטיבית, העצמה דמוקרטית ופולורליזם תרבותי בלנק (לעיל, הערה 9) בעמ' 361-364; בלנק ורוזן-צבי (לעיל, הערה 78) בעמ' 59-65, 75-81, 113-117.

112 זהו אחד הטיועונים המרכזיים שבגינם תומך ריצ'רד שרגר (Schrager) בביזור הכוח הדתי לרשויות המקומיות בארצות הברית. ראו: Richard C. Schrager, "The Role of the Local in the Doctrine and Discourse of Religious Liberty", 117 *Harv. L. Rev.* (2004) 1810.

113 לדיון מקיף ומעמיק בנושא שירותי הדת היהודיים בישראל ראו: הדר ליפשיץ וגדעון ספיר, "שירותי הדת היהודיים בישראל – דיון נורמטיבי וניהולי לקראת רפורמה", *מחקרי משפט כג (תשס"ז-תשס"ח) 117*.

114 בג"ץ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח(1) 678.

כספים לפעילות של דיאלוג בין-דתי או למקוואות וכיוצא בזה. במילים אחרות, ביזור סוגיות הכרוכות בחופש הדת לרשויות המקומיות יכול לפעול לטובתן של קהילות דתיות לא-חרדיות ולא-אורתודוקסיות, של קהילות לא-יהודיות ושל קהילות חילוניים ולא רק – אולי אפילו לא בעיקר – לטובתן של קהילות חרדיות.

נוסף על כך, העברת נושאים הקשורים בחופש הדת לרשויות המקומיות תאפשר לקהילות מקומיות להחליט, בתוך טווח מסוים אשר ישמר גם את חופש הדת של מיעוטים לא דתיים, עד כמה ייאכפו בתחומן איסורים דתיים שונים ועד כמה המרחב הציבורי שלהן ישקף נורמות וערכים דתיים. כפי שהבהרתי קודם לכן, הדין היום כבר מסמיק, במידה לא מבוטלת, את הרשויות המקומיות לעצב את מרחבן הציבורי לפי נורמות דתיות. הדבר נעשה במשורה ובנושאים ספציפיים ולא באופן כללי, אולם לפחות בנושאי חנויות לממכר חזיר, פעילות בתי עסק בשבת, סגירת כבישים בשבת, הקצאות קרקע וכספים ועוד, לרשויות מקומיות שיקול דעת ניכר, אשר "צובע" את הרשות בצבעי האמונות הדתיות של תושבי המקום. עם זאת הבעיה שעליה הצבעתי היא שכללים אלה מעוצבים בצורה בינארית יותר מדי ומתמרצים את תושבי הרשות להשיג רוב ניכר כדי להשליט את רצונם. להלן אפרט אפוא את העקרונות הנוספים שיש לאמץ כדי למתן את ה"מירוץ להדרה" ואת חזון "המרחבים הטהורים" השולט כיום.

עיקרון מנחה שני הוא שיש לאפשר למדינה לכפות היפרדות (או לתמוך בהיפרדות באמצעות בתי המשפט) אך ורק במקרים חריגים וקיצוניים ביותר. כלומר, יש לצמצם את הלכת עם חופשי צמצום דרסטי. ודאי שאין להרחיבה ולהחילה על עוד קבוצות, כגון דתיים-לאומיים (כפי שרומז, אולי, השופט זפט בפרשת סבא). גם אם מוצדק במקרים מסוימים שהמדינה תכפה היפרדות בין חרדים לחילוניים, אין הדבר יכול להיעשות כלפי הקהילה החרדית כולה. אם בעבר מנתה קבוצה זו לא יותר מאחוז (ואפילו פחות) מכלל אזרחי המדינה, הרי שהיום היא מונה כתשעה אחוזים מכלל האזרחים (ולפי הערכות אחרות, אף יותר מכך). יתר על כן, החרדים אינם עוד קבוצה אחידה והומוגנית כפי שהיו בעבר. קיימים חרדים אשכנזים אנטי-ציוניים המסתגרים בעצמם ונמנעים מכל קשר עם העולם החילוני-מודרני, קיימים חרדים מזרחיים המקיימים קשרי עבודה, משפחה וחברות אינטנסיביים עם חילוניים, וקיימים חרדים-לאומיים המצויים ביחסים מורכבים עם אורח החיים המודרני. אני סבור שבמצב הדברים הנוכחי אי אפשר עוד לטעון באופן משכנע כי ל"חרדים" אינטרס מובהק וברור בקיום "אורח חיים ייחודי", וכי אורח חיים ייחודי זה מאוים על ידי תרבות הרוב באופן שמצריך בידוד הרמטי מפניה. ככל שיש הצדקה להלכה זו, חובה לצמצם אותה לאותן קבוצות חרדים שאורחות חייהן אכן עומדים בסיכון ממשי מפני העולם החילוני-מודרני ואשר בחרו באופן מובהק לקיים

חיים המנותקים מההווי המודרני-חילוני. ייתכן שיש חצרות חסידות מסוימות כאלה, ואז אפשר לזכות אותן במעמד מיוחד זה.¹¹⁵

לפי העיקרון השלישי, יש להתייחס בבירור להקשר החברתי והמרחבי של הקבוצה המבקשת להיפרד. כפי שציינתי לעיל באשר לפרשות אדרי וסבא, קיים הבדל רב בין קהילה המבקשת להקים שכונה חדשה, לבין קהילה המבקשת להקים עיר חדשה, לבין קהילה המבקשת להתיישב בעיר קיימת, בעלת הרכב חברתי מסוים. קיים הבדל בין קהילת מיעוט מוחלטת לבין קהילה בעלת עצמה כלכלית ופוליטית. על הכלל המשפטי להתחשב במאפיינים ובהקשרים אלה בבואו לזכות קבוצה בזכות להדיר את השונים ממנה. כלומר, המוטיבציה, הסיבות והערכים העומדים בבסיס התביעה להיפרדות חשובים מאוד ויש לבחון אותם לעומקם. אין להסתפק בהיות הקבוצה "מיעוט" נומינלי. אין ראוי לסייע לקבוצה המבקשת "להשתלט" על מרחב מסוים, לשנות אותו מן היסוד וליצור עימותים חזיתיים עם קהילות תושבים קיימות על ידי גידורה והדרת אלה שתוכם מבקשים בני הקהילה החדשה לחדור. לעומת זאת אם מדובר בקהילה המעוניינת להשתלב במרקם קיים, ולטובת שילוב זה מבקשת הקהילה שליטה מסוימת במרחב הציבורי באזור מגוריה, יש לאפשר לה לעשות כן.

העיקרון הרביעי הוא שיש לרכך את הקשר בין רוב דמוגרפי-גאוגרפי לתוצאות משפטיות חד-משמעיות מהסוג של איסור (או היתר) מוחלט על אטליזים, חנויות לממכר מוצרי מין וכיוצא בזה. גם באזורים שבהם רוב גדול מאוד של בני קבוצה אחת, יש להתחשב התחשבות רבה יותר בקבוצות המיעוט כדי שלא לתמרץ את חברי הקבוצות לנסות ולהשיג רוב באמצעות מנגנוני הדרה שונים (חברתיים או משפטיים). רק מסר ברור של המדינה שלפיו גם כשקיים רוב ניכר (אפילו כמעט מוחלט) המדינה מגנה על המיעוטים ומחויבת להגן גם על חירותם ועל יכולתם לנהל את אורחות חייהם באותם אזורים, ימנע את הדינמיקה שאפשר לזהותה כיום באזורים שונים בארץ. פרשות סולודוך והבית הפתוח מעבירות מסר זה: גם באזורים חילוניים אפשר להקים בתי מדרש וגם בערים שבהן רוב דתי יש לממן פעילות של המיעוט הלהט"בי. במילים אחרות, יש לדחות את הכללים המשפטיים מהסוג של "המנצח מקבל הכול" ובמקום זאת לעודד פתרונות של "גם וגם", של פשרות ושל ויתורים הדדיים. בהקשר זה חשוב במיוחד לוודא שלא רק רגשות דתיים יוגנו מפני פגיעות, ושגם אורח החיים החילוני יוכר כעשוי להיות מאוים בנוכחות של סמלים דתיים ושל פעילות דתית.

העיקרון החמישי, והקשור לעיקרון הקודם: על המדינה לעודד ואף ליצור באופן אקטיבי את הופעתם של "איי הטרוגניות ופלורליזם", אותם מרחבים שבהם יתגוררו בני

115 אעיר כי דווקא קבוצות אלה מצליחות לשמר עצמן היטב בלא תמיכת המדינה, באמצעות החומות החברתיות החזקות שלהן. ראו את: הדיון שעורך בסוגיה גונטובניק סביב פרשיית קריית ג'ואל בארצות הברית וקהילת הסאטמרים. גונטובניק (לעיל, הערה 16) בעמ' 438-443.

קבוצות מיעוט – המבקשים לעשות זאת, כמובן – בתוך אזורים הומוגניים. מרחבים אלה ינכחו גם בשביל קהילות מבודדות באופן יחסי את ריבוי הצורות של הקיום האנושי ואת ריבוי התרבויות הקיים במדינה. יש להגן על איים אלה בנתינת הגנות מספקות למיעוטים, כאמור לעיל. ויש ליצור איים אלה באופן אקטיבי אם מנגנונים שונים, שוקיים וחברתיים, מונעים אותם. לדוגמה, יש ליצור דיור מדינתי פלורליסטי שיהיה בהישג יד דווקא באזורים הומוגניים, שיהיה פתוח בשביל אותם בני קבוצות המודרים מהם. מלבד זאת על מוסדות המדינה לפעול באופן אקטיבי כדי לתפור את שנפרם במשך עשרות שנים ולסייע לקבוצות החברתיות היריבות לחיות יחד. אין ספק שערכוב של קבוצות שהתרגלו לחיות בנפרד יכול להיות עסק מסוכן ומורכב. לשם שיקום המרקם החברתי שנפרם נדרשים השקעת משאבים, רצון פוליטי, התמדה ואורך רוח.

עקרונות אלה הם כמובן ראשוניים ומופשטים למדי. יש לפרוט אותם לפרוטות ולכללים משפטיים קונקרטיים יותר. במאמר זה ביקשתי רק להתוות קווים מנחים למדיניות ציבורית ומשפטית אשר תסטה מהמדיניות הקיימת, שבה קודם חזון הקהילות הטהורות והמרחבים הסגרגטיביים. לא למותר לציין שאין די בשינוים של בתי משפט את ההלכות הקיימות ובאימוצם את העקרונות שמניתי. כדי לקדם חזון חברתי של דה-סגרגציה ושל מרחבים הטרוגניים יש לערב גם את המחוקק ואת רשויות המדינה. נדרשת הקצאת קרקעות שוויונית יותר, מדיניות דיור שתהא קשובה לצרכים ספציפיים, הגנה בלתי מתפשרת על מיעוטים שתיעשה הן על ידי בתי משפט והן על ידי סוכנויות מדינה, ומשא ומתן פוליטי ומשפטי מתמשך.

ה. האלטרנטיבה היא ייאוש: ¹¹⁶ סיכום ומסקנות

את המאמר פתחתי בטון פסימי: מדינת ישראל מעודדת היפרדות בין דתיים לחילוניים לא רק באמצעות הקצאת קרקעות לחרדים שמהן חילונים מודרים באופן רשמי, אלא גם באמצעות כללים משפטיים המעודדים ומתמרצים היפרדות זו. גם בשנה החולפת עסקו בתי המשפט בישראל באופנים השונים שבהם נוצרת, מתגבשת, מתעצבת ומשועתקת ההיפרדות במגורים בין דתיים לחילוניים בישראל. הם עשו זאת כאשר דנו במכרזים לפיתוח פרויקטי מגורים ברחבי הארץ, בהחלטות מנהליות שונות שנוגעות לאופיו ה"דתי" של המרחב הציבורי (כגון תחילת אזורי הפעולה של בתי עסק המוכרים בשר חזיר, אכיפת איסור הצגת חמץ בפסח, היחס ליצירת אזורים שונים לגברים ונשים ברחובות והגבלתם של מצעדי גאוה הומו-לסביים) ובהקצאת קרקעות ומשאבים אחרים

¹¹⁶ ביטוי זה שאול מכותרת מאמרו הסמינלי של נתניאל ברמן. ראו: Nathaniel Berman, "But the Alternative is Despair": European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law", 106 *Harv. L. Rev.* (1992-1993) 1792

על ידי הרשויות המקומיות לפעילות דתית (או כזו הנתפסת כפוגעת בערכים דתיים) ועוד. רבים רואים בהפרדות זו ביטוי להעדפות קהילתיות, או למצער את הרע במיעוטו לנוכח האיבה, העוינות והאלימות המתפרצות כאשר קהילות אלה מתגוררות בשכונות. במאמר תיארתי את גלגוליה של הדוקטרינה המשפטית המאפשרת הדרה לא-סימטרית מאזורי מגורים באזורים עירוניים בישראל: לחרדים מקימה המדינה שכונות וערים שמהן מודרים חילונים (למעשה כי מי שאינו חרדי), ואילו לחילונים אין המדינה מעניקה אותו היתר. קשרתי את הדוקטרינה האמורה לכללים משפטיים נוספים, המאפשרים לרשויות מקומיות לבטא נורמות דתיות בשטח שיפוטן ובכך מתמרצים אותן להדיר מיעוטים מקרבן. יחדיו מבטאות דוקטרינות אלה את היחס לקהילות דתיות, ובייחוד לחרדים, כאילו היו מיעוט קטנטן בעל אורחות חיים ייחודיים המצויים בסכנת היכחדות ועל כן ראויים להגנה מיוחדת וליצירת "מרחבים טהורים" שמהם יודרו חילונים.

גישה זו אינה משקפת נכונה את המציאות החברתית המשתנה בישראל של ימינו, והיא בעייתית מבחינה נורמטיבית. חרדים אינם עוד מיעוט קטן ושולי, אלא נתח ניכר מהחברה הישראלית. נוסף על כך ה"חרדים" אינם קהילה הומוגנית וקוהרנטית מבחינת העדפותיה, מאפייניה ואורח חייה. למרות היתרונות הטמונים ביצירת מסגרות מגורים נפרדות לחרדים ולחילונים, למדיניות זו תוצאות שליליות רבות: היא פוגעת בחירותם של פרטים לבחור כרצונם את מקום מגוריהם ולממש את הפוטנציאל שלהם; היא מאפשרת "לסמן" (to target) קבוצות חברתיות שונות ולהפלות אותן (לרעה או לטובה) בלי שהדבר ייתפס כהפליה אסורה, לפי שההעדפה נעשית לכאורה על בסיס גאוגרפי; היא מחזקת סטראוטיפים ודעות קדומות שיש לבני הקבוצות השונות זה על זה; מדיניות זו גם מייצרת אי-צדק חלוקתי לפי שמבני קבוצות מסוימות נמנעים שירותים, מקומות תעסוקה, הזדמנויות וטובין המסופקים לפי מקום מגורים או שפשוט מצויים דווקא באזור מסוים; היא עלולה לקפח דווקא את הקבוצות החלשות שבתוך קבוצות המיעוט; ואולי חמור מכול, מדיניות הפרדה זו מאיצה ומקצינה את מגמות ההיפרדות הקיימות ממילא בחברה הישראלית. היא מעמיקה הבדלים תרבותיים ודתיים והופכת נורמות, גבולות ומנהגים חברתיים מצויים פעמים רבות בזרימה ובשינוי למקובעים ומאובנים. מאמר זה ניסה לערער אפוא על העמדה המקובלת בקרב מלומדים וקובעי מדיניות שלפיה הדרך להתמודד עם שוני דתי ותרבותי עמוק היא היפרדות והפרדה ויצירה של "מרחבים טהורים" שבהם יתגוררו קהילות דתיות (של חרדים בעיקר, אולם גם של דתיים-לאומיים) במנותק מקבוצות חברתיות אחרות. עמדה זו מיואשת מהיכולת לקיים דיאלוג ולנהל קונפליקט שלא על דרך ההימנעות והריחוק המרחבי והחברתי. במסווה של כבוד לזולת ושל הגשמת העדפות (היפותטיות) למגורים נפרדים מותרת העמדה של המרחבים הטהורים על קונפליקט ועל דיאלוג בין-תרבותי. במקום לראות את העושר הטמון במתחים, בסכסוכים ובחיכוכים בין-דתיים ובין-תרבותיים גישה זו מבוהלת

מאלה ומבקשת למנוע אותם מראש על ידי ריחוק, הימנעות והיפרדות. במקום גישה זו ביקשתי להציע כמה עקרונות משפטיים מנחים חדשים, שאפשר למצוא להם עדות גם בפסיקה עדכנית, אשר יקדמו את הופעתו של מרחב דה-סגרגטיבי, שייווצרו בו "איים של פלורליזם": מבלי לוותר על יכולתן של קהילות דתיות ליצור מרחבים מוגדרים בשביל עצמן, יש לקדם את יצירתם של מרחבים שבהם יוכלו בני הקהילות השונות להתגורר אלה בסמוך לאלה, להתחכך, להשפיע ולהיות מושפעים, להתפשר על אורחות חייהם המנוגדים וללמוד לחיות יחד.

חלק מהעקרונות שהצעתי קשים ליישום, דורשים רצון והשקעה ניכרים ולא ברור אם הם יניבו את התוצאות המיוחלות. אולם כדי לשנות את המצב וללחום ברוח הרעה הנושבת לאחרונה בארצנו, המבקשת להפריד עוד בין הקהילות השונות החיות בישראל, אין ספק שיש לשנות שינוי מהותי את האופן שבו מסדיר המשפט את הארגון המרחבי של הקהילות החיות בה ולהתחיל לפעול לדה-סגרגציה של החברה בישראל. מבלי ללקות באופטימיות יתרה באשר ליתרונות המגורים באותם אזורים או ב"רומנטיקה של הקונפליקט", יש לקוות כי נסיגה מחזון המרחבים הטהורים אל עבר דה-סגרגציה, לפחות ראשונית וחלקית, תתחיל לחולל את המפנה הנדרש בהבנה של פוליטיקה בחברה פלורליסטית והטרוגנית כשלנו. האלטרנטיבה עלולה להיות ייאוש.