

## מרחב מוגן: הקהילה החרדית ותביעותיה לאוטונומיה בראי המשפט הישראלי

מאז קום המדינה מנהלת הקהילה החרדית מאבקים רבים לאוטונומיה תרבותית, חברתית ומשפטית. מאבקים אלו עברו במקרים מסוימים מהזירה הציבורית והפוליטית אל הזירה המשפטית, עת ביקשה הקהילה החרדית לקבל הכרה משפטית באוטונומיה זו. תביעות אלו נדחו, על פי רוב, על ידי המשפט הישראלי, למעט בכל הקשור לתביעות הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית, בדגש על הקצאת מקרקעין להתיישבות מתבדלת של הקהילה וכן הכרה בקיומם של מנגנוני סינון בכניסה ליישובים אלו.

מאמר זה מצביע על כך שבבסיס יחסו של המשפט הישראלי לקהילה החרדית עומדת תפיסה פלורליסטית מהותית, המכירה בזכותן של קהילות שאינן ליברליות להמשיך ולפעול בהתאם לנורמות הפנימיות של הקהילה. ואולם בעוד שאימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניות כלפי קהילות שאינן ליברליות מחייב הקפדה על שלושה תנאים – מניעת החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה; מניעת הרחבת הפגיעה באוטונומיה האישית של חברות הקהילה וחבריה; בחינת מידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכת המדינה במימושה של תפיסת הטוב המוחזקת בידי חברותיה וחבריה – הרי שהמשפט הישראלי הקפיד על התנאי הראשון ויותר על השניים האחרים. אימוץ חלקי זה של תפיסה פלורליסטית מהותית נובע מהתעקשותו של המשפט הישראלי למנוע החצנת נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה, אך באי-קיום שני התנאים האחרים כשל המשפט הישראלי ביישומה של תפיסה זו כבסיס למדיניותו ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה.

מאמר זה מצביע על המתחים הנובעים מאימוצה החלקי של תפיסה פלורליסטית מהותית ואשר עיקרם שניים: הראשון הינו התעלמותו של המשפט הישראלי מפגיעה אפשרית באוטונומיה של חברי הקהילה החרדית וחברותיה, ואילו השני נעוץ בכישלוננו להבחין בין קהילות חרדיות שונות בהתאם למאפייניהן. על רקע מתחים אלו יטען המאמר, כי ככל שהמשפט

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראיילן. אבקש להודות לחנוך דגן, צילי רגן, שחר ליפשיץ, אביטל מרגלית, לי כהנר, ארי איתן, משואה שגיב ולמשתתפי התוכנית ליהדות וזכויות אדם במכון הישראלי לדמוקרטיה על הערותיהם המועילות למאמר זה. כמו כן אבקש להודות לחברי מערכת משפט, חברה ותרבות ובעיקר ללימור מורד, ענבל לויצקי, לוראן קאדרי וגיל דיין על עבודתם המסורה שתרמה רבות למאמר בנוסחו הנוכחי.

הישראלית מבקש להניח מדיניות סדורה להתמודדות עם הקהילה החרדית במכלול תביעותיה לאוטונומיה, הרי שעליו לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית באופן מלא.

**מבוא. א. מדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. ב. על פלורליזם ואוטונומיה. ג. תפיסות של מרחב: ציבורי, קהילתי ומה שביניהם. ד. התבדלות מרחבית: קווים לדמותה של מדיניות משפטית. סיכום.**

## מבוא

מאז קום המדינה מנהלת הקהילה החרדית מאבקים רבים לאוטונומיה תרבותית, חברתית ומשפטית. מאבקים אלו עברו במקרים מסוימים מהזירה הציבורית והפוליטית אל זו המשפטית, עת ביקשה הקהילה החרדית לקבל הכרה משפטית באוטונומיה זו. תביעות אלו נדחו, על פי רוב, על ידי המשפט הישראלי, למעט בכל הקשור לתביעות הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית, בדגש על הקצאת מקרקעין להתיישבות מתבדלת של הקהילה וכן הכרה בקיומם של מנגנוני סינון בכניסה ליישובים אלו.

בניסיון לאתר את הבסיס הנורמטיבי המנחה את המשפט הישראלי בהבחנה בין תביעותיה השונות של הקהילה החרדית לאוטונומיה, מבחין המאמר בין שתי תפיסות פלורליסטיות – מבנית ומהותית. תפיסות אלו הקוראות לריבוי מוסדי וערכי במשפט, נחלקות ביניהן באשר לעומק תחולתו של ריבוי זה. בעוד שתפיסה פלורליסטית מבנית מכפיפה את כלל המוסדות המשפטיים לערך האוטונומיה האישית, הרי שתפיסה פלורליסטית מהותית תכיר בריבוי הערכי העומד בבסיסם של מוסדות אלו, גם שעה שהכרה זו תהא כרוכה בפגיעה באוטונומיה האישית של הפועלים במסגרתם. לאור החשש מפני פגיעה אפשרית באוטונומיה האישית, מדינה ליברלית המבקשת לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותה כלפי קהילות שאינן ליברליות, נדרשת להתנות אימוץ זה בשלושה תנאים: האחד, מניעת החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה; השני, מניעת הרחבת הפגיעה באוטונומיה האישית של חברות הקהילה וחבריה; והשלישי, בחינת מידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכת המדינה במימושה של תפיסת הטוב המוחזקת בידי חברותיה וחבריה. ההבחנה שעורך המשפט הישראלי בין תביעותיה השונות של הקהילה החרדית לאוטונומיה משקפת אימוץ חלקי בלבד של תפיסה פלורליסטית מהותית זו. אימוץ חלקי זה נובע מהתעקשותו של המשפט הישראלי למנוע החצנת נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה, ובכך אכן הצליח, אך הוא כשל בקיום שני התנאים האחרים. מאמר זה יצביע על המתחים הנובעים מאימוצה החלקי של תפיסה פלורליסטית מהותית ואשר עיקרם שניים: הראשון הוא התעלמותו של המשפט הישראלי מפגיעה אפשרית באוטונומיה של חברי הקהילה החרדית וחברותיה, ואילו השני נעוץ בכישלוננו להבחין בין קהילות חרדיות שונות בהתאם למאפייניהן. על רקע מתחים אלו יטען המאמר, כי ככל

שהמשפט הישראלי מבקש להניח מדיניות סדורה להתמודדות עם הקהילה החרדית במכלול תביעותיה לאוטונומיה, הרי שעליו לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית באופן מלא, קרי הן הקפדה על מניעת החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה; הן הקפדה על מניעת הרחבתה של פגיעה אפשרית באוטונומיה האישית במרחב הפנים-קהילתי; והן בחינת מידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכת המדינה לצורך מימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידה. אימוץ מלא של תפיסה פלורליסטית מהותית יאפשר גיבושה של מדיניות ראויה מבחינה נורמטיבית וישימה מבחינה מעשית.

המאמר ימשיך, אם כן, כדלקמן: בפרק א' אעמוד על מדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. פרק זה יבסס את ההבחנה שעורך המשפט הישראלי בין תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה במגוון תחומי חיים לבין תביעותיה להתברלות מרחבית. בפרק ב' אבחן את הבסיס הנורמטיבי ליחסו של המשפט הישראלי לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. בפרק זה אעמוד על ההבחנה בין תפיסות פלורליסטיות שונות ועל יכולתן לשמש כמסגרת נורמטיבית להתמודדות המשפט הישראלי עם תביעותיה של הקהילה החרדית. פרק ג' של המאמר יעתיק את הדיון הנורמטיבי אל המישור המעשי, ויבחן איזו מבין התפיסות הפלורליסטיות שימשה בסיס למדיניותו של המשפט הישראלי בכל הקשור לתביעות הקהילה החרדית לאוטונומיה. פרק זה ימחיש כיצד אימץ המשפט הישראלי באופן חלקי בלבד תפיסה פלורליסטית מהותית, כמו גם את השלכותיה של חלקיות זו. בפרק ד' אטען כי גיבושה של מדיניות סדורה להתמודדות המשפט הישראלי עם תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה במרחב, מחייב אימוץ מלא של תפיסה פלורליסטית מהותית, על כל תנאיה.

## א. מדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה

מאז קום המדינה מנהלת הקהילה החרדית מאבקים רבים לאוטונומיה קהילתית במישור התרבותי, החברתי והמשפטי.<sup>1</sup> תביעות אלו מושתתות על רצונה של הקהילה לשמר מרחב פנים-קהילתי הפועל בהתאם לערכים ולנורמות הקהילתיות וחשוב לא פחות, על רצונה להדוף ניסיונות להחיל נורמות ליברליות בתוככי המרחב הפנימי שלה. במסגרת מאבקים אלו נקלעה הקהילה החרדית לא פעם לעימותים משפטיים, שבהם תבעה לקבל הכרה משפטית באוטונומיה זו.<sup>2</sup> תביעות אלו נדחו, על פי רוב, על ידי המשפט הישראלי. כך בכל הקשור

1 לתיאור מפורט של המתחים התרבותיים, החברתיים והמשפטיים שהתגלו בין הקהילה החרדית ובין מדינת ישראל בתחומים שונים ראו שי שטרן "חרדים לקהילה" מחקרי משפט 509 (2016) (להלן: שטרן "חרדים לקהילה"); חיים זיכרמן ולי כהנר חרדיות מודרנית: מעמד ביניים חרדי בישראל 38-51 (2012) (להלן: זיכרמן וכהנר חרדיות מודרנית); חיים זיכרמן שחור כחול-לבן 40-41, 129 (2014).

2 העברת המאבקים השונים לזירה המשפטית נעשתה על פי רוב שלא על ידי הקהילה החרדית או מי מחבריה. עם זאת, באותם מקרים שבהם נקלעה הקהילה החרדית למאבק משפטי, ביססו הקהילה ונציגיה את תביעותיהם לאוטונומיה קהילתית בדרישה להכיר באורחות החיים הייחודיים של הקהילה כמערך נורמות הראוי להגנה. דוגמאות למאבקים כאלו ראו, בהקשר

למאפייני תוכניות הלימודים במוסדות החינוך שבהם לומדים בני הקהילה וכנותיה,<sup>3</sup> כך בעימות המתמשך בסוגיית גיוסם של בני הקהילה לשירות צבאי,<sup>4</sup> וכך בניסיונות הקהילה לבסס הפרדה מגדרית ועדתית במוסדות חינוך ובתחבורה ציבורית.<sup>5</sup> על רקע דחיית תביעותיה

החינוכי בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סכ(4) 571 (2008) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בכתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004) (להלן: עניין ארגון המורים). בהקשר לשירות הצבאי, ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין רסלר). בתביעות להפרדה מגדרית, ראו בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011) (להלן: עניין רגן); בג"ץ 6986/10 עזריה נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.9.2010) (להלן: עניין עזריה). ראו עניין המרכז לפלורליזם, שם; עניין ארגון המורים, שם. במוקד המאבקים המשפטיים הללו עמדו התביעות לשוויון בהקצאת משאבי המדינה למוסדות חינוך, כמו גם החשש מפני פגיעה עתידית באוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה. מנגד, נציגי הקהילה החרדית תבעו לשמר ולבצר את האוטונומיה החינוכית של הקהילה תוך שימור "נכסי הרוח של עולם הישיבות והראויים לכיבוד ולהוקרה על ידי המוסדות הממלכתיים". ראו עניין המרכז לפלורליזם, שם, בעמ' 16.

3 ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2 (בית המשפט קבע, כי ההסדר שלפיו ניתנת דחייה משירות צבאי לתלמידים הלומדים בישיבות, אשר התבסס על סמכותו של שר הביטחון לפי ס' 36 לחוק שירות ביטחון) ונסח משולב, התשמ"ו-1986, ס"ח 107, אינו כדיון. במסגרת הדיון הועמדה שאלת השוויון בין הפרטים בחברה, אל מול אורחות החיים הייחודיים של הקהילה החרדית); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (בית המשפט דחה עתירה לביטולו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521 (להלן: חוק טל) והקציב זמן ליישומו של החוק. בית המשפט קבע כי תכליתיו של החוק ראויות כיוון שהן מאזנות בין הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים, השוויון בין אזרחי ישראל, שיפור המצב הכלכלי של המדינה והפרטים והגעה לפשרה מוסכמת); עניין רסלר, לעיל ה"ש 2 (בית המשפט שלל את הארכת תוקפו של חוק טל וקבע כי "לצד ההכרה בזכות של קבוצה ייחודית לשמר את אורחות חייה, תרבותה ואמונתה הדתית, עומדת החתירה לנשיאה שווה בנטל לשם קידום המטרה המשותפת של קיומה של ישראל כחברה אחת". שם, בעמ' 48).

4 ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009) (להלן: עניין נוער כהלכה) (פסק הדין עוסק, כביכול, בעימות פנים-קהילתי בין חלקים שונים בקהילה החרדית. אולם, בחינה מעמיקה יותר מגלה כי המאבק דומה במאפייניו ליתר מאבקים של הקהילה החרדית לאוטונומיה קהילתית ולא נתפס על ידי מי מהצדדים כמאבק פנימי. במסגרת פסק הדין מאזן בית המשפט בין זכותם של מגזרים לחינוך התואם את תפיסת עולמם (הזכות לחינוך מגזרי) ובין החובה לשמר את השוויון בין פרטים ובהקצאת משאבי המדינה. בית המשפט מסכם איזון זה בקבעו כי "זכותן של קהילות לקיים מסגרות חינוכיות התואמות את תפיסת עולמן הוכרה בדיון, אולם, מוסדות אלו כפופים לדרישות מינימום שהמדינה קובעת, כפוף לכיבוד זכויות אדם וחירויות יסוד, [וזאת] כדי לממש אפשרות של כל פרט להשתתף בפועל בחיי החברה". שם, בעמ' 442). עוד ראו עניין רגן, לעיל ה"ש 2 (בית המשפט אינו מכריע בשאלת האוטונומיה הקהילתית במרחב הפנים-קהילתי אך דוחה את הניסיון להחצין

לאוטונומיה, נדרשה הקהילה לפנות למגרש הפוליטי ולעגן תביעות אלו בחקיקה.<sup>6</sup> ואולם דווקא נוכח דחייתו של המשפט הישראלי את תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה קהילתית במגוון רחב של תחומי חיים, כולט תחום אחד שבו הכיר המשפט הישראלי בתביעת הקהילה לאוטונומיה: המישור המרחבי.<sup>7</sup>

הכרתו של המשפט הישראלי בתביעותיהן של קהילות מיעוט בעלות אורחות חיים ייחודיים, ובכלל זאת הקהילה החרדית, להתבדלות מרחבית באה לידי ביטוי בכמה פסקי דין, והבולט מביניהם הינו פסק הדין בעניין עם חופשי.<sup>8</sup> בפסק דין זה נדונה עתירה בדבר תקינותו של מכרז לבניית דירות מגורים בעיר אלעד. העתירה עסקה בהגבלה שהופיעה במכרז ולפיה הדירות תימכרנה אך ורק לאוכלוסייה בעלת צביון חרדי. העותרים פנו לבית המשפט בבקשה להסיר את המגבלה, או לחלופין, לאפשר להם לרכוש דירות באותם התנאים המופיעים במכרז במקום אחר.<sup>9</sup> פסק הדין הכשיר, הלכה למעשה, את תביעתה של הקהילה החרדית לאוטונומיה מרחבית. כבר בפתח דבריה הבהירה השופטת, כתוארה דאז, ביניש, כי "הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול".<sup>10</sup> עם זאת, הכרה זו מצד בית המשפט התבססה על תפיסה שלפיה היחיד רשאי לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה הייחודית כחלק מהזכות לאוטונומיה אישית, ולא על זכותה של הקהילה לאוטונומיה קהילתית.<sup>11</sup> מתן ההכשר להתבדלות מרחבית על ידי המשפט הישראלי לא יוחד אך לקהילה החרדית. בפסק הדין בעניין אביטן הכשיר בית המשפט העליון את תביעתה של הקהילה הברואית

נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה); עניין עזריה, לעיל ה"ש 2 (גם כאן בית המשפט דוחה את החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה).

6 דוגמאות בולטות נוגעות לעניין האוטונומיה בחינוך. ראו לעניין זה חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, ס"ח 742; בעניין השירות הצבאי של בני הקהילה החרדית, ראו חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ס"ח 107 ודברי ההסבר להצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 186.

7 ראו לעניין זה בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 508, 503 (2000) (להלן: עניין עם חופשי); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 73 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: עניין סבח); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (בפסק הדין מבחין בית המשפט בין תביעות התבדלות מרחבית מטעם קהילות מיעוט בעלות אורחות חיים ייחודיים ובין תביעות דומות מצד קבוצות המשתייכות לקבוצת הרוב. בהבחנה זו פתח בית המשפט את הצוהר להכרה בתביעתה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית כפי שמצאה ביטוי בעניין עם חופשי); חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59, 65 (2008); איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 783 (1998).

8 עניין עם חופשי, שם; בעניין סבח, שם, שב בית המשפט ומאשר כי המדיניות שנקבעה בעניין עם חופשי שרירה ותקיפה, וכי בתי המשפט נכונים להכשיר התבדלות מרחבית של קהילות בעלות מאפיינים תרבותיים ייחודיים, ובכללן הקהילה החרדית.

9 עניין עם חופשי, שם.

10 שם, בעמ' 508.

11 שם, בעמ' 508-509.

להתבדלות מרחבית באותו הטעם.<sup>12</sup> גם כאן ביסס בית המשפט את הזכות להתבדלות מרחבית של הקהילות השונות על זכאותם של היחידים, חברי וחברות הקהילה, לאוטונומיה.<sup>13</sup> הנחת היסוד שעמדה בבסיסן של פסיקות אלו הייתה כי שלילת זכאותן של הקהילה החרדית, כמו גם הקהילה הברואית, להתבדלות מרחבית תפגע ביכולתם של היחידים לממש את תרבותם ואורחות חייהם.<sup>14</sup>

מדיניות זו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה מעלה שתי שאלות עיקריות. ראשית, ככל שהבסיס להכרת המשפט הישראלי נעוץ במימוש האוטונומיה האישית של כל אחד ואחת מחברי הקהילה וחברותיה, יש לתמוה על ההבחנה שערך המשפט הישראלי בין תביעות הקהילה החרדית לאוטונומיה במרחב לבין תביעות דומות בתחומים אחרים. התביעה להתבדלות מרחבית אינה שונה במהות מתביעות אחרות. נהפוך הוא. ההתבדלות המרחבית יוצרת מרחב מוגן להתנהלותה של הקהילה, לרבות החלת נורמות המוחזקות על ידיה כראויות – גם ככל שהן פוגעות בזכויות היחידים.<sup>15</sup> במובן זה, קשה להצדיק, מבחינה נורמטיבית, את ההכשר שניתן על ידי המשפט הישראלי לאוטונומיה חרדית במרחב ואת שלילתן של תביעות דומות, כאמור, במישורים אחרים.<sup>16</sup>

12 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן: עניין אביטן).

13 שם, בעמ' 300-301.

14 שם.

15 טענה זו מושתתת על ההבנה כי התבדלות מרחבית יוצרת מרחב שבו כפופים חברי הקהילה וחברותיה לשיקול דעת הקהילה או למנהיגיה באופן כוללני. לעניין הפגיעה באוטונומיה של יחידים ויחידות בקהילות שאינן ליברליות ראו לדוגמה, Jeff Spinner-Halev, *Autonomy, Association and Pluralism, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY* 157 (Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev eds., 2005) (להלן: Spinner-Halev, *Autonomy, Association and Pluralism*).

16 קושי זה נובע מהצבת האוטונומיה האישית בבסיס ההכשר שנתן בית המשפט להתבדלות מרחבית של הקהילה החרדית ומהעדיפות שהעניק בית המשפט לערך זה על פני ערכים אחרים רק בתביעות להתבדלות מרחבית. כך לדוגמה, בעניין נוער כהלכה, לעיל ה"ש 5, הכיר בית המשפט בפגיעה שנגרמת לאוטונומיה האישית של הורי הילדים בבית הספר לבחור את החינוך הראוי לילדיהם ואולם קבע, כי זכויות אלו "לדרישות מינימום שהמדינה קובעת, ככפוף לכיבוד זכויות אדם וחירויות יסוד, [ו]זאת כדי לממש אפשרות של כל פרט להשתתף בפועל בחיי החברה" (שם, בעמ' 432). דברים דומים קבע בית המשפט גם בעניין רגן, לעיל ה"ש 2, שם נטען כי "לצד זאת חשוב לומר בבירור כי גם לסובלנות יש גבולות. גם חברה המכבדת את התרבויות השונות של חבריה צריכה לשים גבולות, שכן לא ניתן להגשים כל פרקטיקה תרבותית כדי מלוא היקפה. יש לקבוע את גבולות הסובלנות תוך איזון בין השיקולים השונים – הכרה בחשיבות הגשמת התרבות כחלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, אל מול הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות, כגון שוויון וכבוד האדם, כתוצאה מאותה פרקטיקה תרבותית" (שם, בעמ' 574). טענה דומה לא עלתה, וודאי לא נבחנה לעומק על ידי בית המשפט בתביעות להתבדלות מרחבית של הקהילה החרדית. כפי שמעידים פסקי הדין בעניין עם חופשי ובעניין סבח, לעיל ה"ש 7, בית המשפט הכיר בזכותה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית, ביסס הכרה זו על הזכות לאוטונומיה אישית של חברי הקהילה וחברותיה ונמנע מעריכת איזון בין זכות זו ובין ערכים אחרים, ככל שעסקינן בכשרותה של התבדלות זו לגופה.

שנית, הכרתו של המשפט הישראלי בזכאותה של הקהילה החרדית (כמו גם של קהילות מיעוט בעלות "אורחות חיים ייחודיים" אחרות) להתבדלות מרחבית מגבשת קושי נוסף, הנובע מהיות הכרה זו נעדרת תשתית נורמטיבית ליצירת הבחנה בין קהילות שונות. קושי זה מושתת על ההבנה כי "הקהילה החרדית" מורכבת מעשרות, אם לא מאות, תתי-קהילות וזרמים, אשר הגם כי מתקיים ביניהם דמיון נורמטיבי רב (ומשום כך נכללים תחת "מטריית" הקהילה החרדית) הרי שתתי-הקהילות והזרמים הללו נוהגים שונות בכל הקשור לאורחות החיים הנהוגים בהם.<sup>17</sup> הגם כי העמידה על ההבחנות בין תתי-הקהילות החרדיות חורגת מגדריו של מאמר זה, הרי שדי יהיה לומר כי שונות זו מקיימת מתח, ולעיתים אף עימותים, בין תתי-הקהילות השונות.<sup>18</sup> במצב דברים זה, מתן הכשר גורף להתבדלות מרחבית הינו קשה מבחינה נורמטיבית. ההצדקה שניתנה על ידי המשפט הישראלי להתבדלותה המרחבית של הקהילה החרדית – קרי, הדאגה ליכולתם של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה, לממש את האוטונומיה האישית שלהם – תקפה רק ככל שהתבדלות זו אכן מממשת אוטונומיה זו. השונות הנוהגת בין תתי-הקהילות מצדיקה בחינה מעמיקה יותר של הצורך של כל קהילה וקהילה בהתבדלות כזו.<sup>19</sup> יתירה מזאת, היעדר ההבחנה בין קהילות שונות, בעלות מאפיינים שונים, מטילה על המדינה נטל כבד, שבמסגרתו נתבעת האחרונה להקצות מקרקעין להתיישבות בני הקהילה החרדית ובנותיה, כמו גם לאפשר קיומם של מנגנוני הדרה ביישובים האמורים.<sup>20</sup> נטל זה מחדר אף הוא את השאלה בדבר הכרתו של המשפט

17 לתיאור השונות הנוהגת בקהילה החרדית ראו זיכרמן וכהנר חרדיות מודרנית, לעיל ה"ש 1,

בעמ' 22-27; ראו עוד קימי קפלן "חקר החברה החרדית בישראל: מאפיינים, הישגים ואתגרים" חרדים ישראליים: השתלבות בלא טמיעה? 224 (עמנואל סיוון וקימי קפלן עורכים, 2003).

18 ראו זיכרמן וכהנר חרדיות מודרנית, שם, בעמ' 25. דוגמה בולטת למתחים בין הקהילות השונות

היא המתוחות שבין הזרם הירושלמי, הכפוף להנהגתו של הרב שמואל אוריבך ובין יתר הזרמים בקהילה החרדית סביב נושא גיוסם של בני הישיבות לצה"ל. ראו לעניין זה אביגדור רבינוביץ'

"הפלג הירושלמי: החרדים שמפוררים את החרדיות מבפנים" Ynet – יהדות // 20.3.2017 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4938110,00.html](https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4938110,00.html); יקי אדמקר "לא רק התנגדות לגיוס:

'הפלג הירושלמי' שמנסה להביך את ההנהגה החרדית" וואלה 8.2.2017 <https://news.walla.co.il/item/3038712>

19 ההבדלים הנוהגים בין תתי-הקהילות בקהילה החרדית יורדים לעיתים למהות ההצדקה למתן

הכשר להתבדלות מרחבית ככל שזו מושתתת על אוטונומיה אישית של חברי הקהילה וחברותיה.

כפי שניתן לראות בפרק ג' להלן, ככל שהקהילה וחבריה אכן נדרשים להתבדלות זו לצורך מימוש תפיסת טוב משותפת, אזי עולה ההצדקה להכשר התבדלות כזו. לעומת זאת, ככל

שהתבדלות מרחבית אינה נדרשת לצורך מימוש אותה תפיסת טוב, אזי ההצדקה להתבדלות זו פוחתת. להרחבה על אודות השונות הנוהגת בין קהילות שונות בכל הקשור להצדקת תביעותיהן

להתבדלות מרחבית ראו שי שטרן "כניסה, משטר ויציאה: קהילות מגוריים במשפט הישראלי" משפט וממשל יח 7 (2017) (להלן: שטרן "כניסה, משטר ויציאה").

20 הסמכות לקבוע מנגנוני הדרה ביישובים שונים קבועה בס' 6ב לפקודת האגודות השיטופיות,

1933, חא"י בכרך א' 336, הקובע כי "הקצאת מקרקעין לאדם לשם רכישת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי שבו פועלת ועדת קבלה, תיעשה לאחר קבלת אישורה של ועדת הקבלה".

קיומם של מנגנוני הדרה דוגמת ועדות קבלה עמד במשך שנים במוקד עימות משפטי וציבורי רחב היקף, שעיקרו בהפליה שגורמים מנגנונים אלו לרוכשים בכוח ביישובים שונים. בשנת

בתביעות ההתבדלות המרחבית של הקהילה החרדית, וחשוב לא פחות, ביכולתו ליצור מדיניות מובחנת ליישום ראוי ומידתי של הכרה זו. בפרק הבא אבקש להניח תשתית נורמטיבית לשיח המשפטי על אודות תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. על רקע יחסיה של מדינת ישראל עם הקהילה החרדית, ונוכח המתח הנורמטיבי הנוהג בין שני הצדדים, אטען כי המסגרת הנורמטיבית הראויה לבחינת תביעות אלו צריכה להיות מושתתת על תפיסה פלורליסטית, הרואה במגוון ערכי ונורמטיבי כסיס ראוי להתמודדות עם שונות ניהולית במדינה ליברלית. בהמשך אטען כי ההבחנה שיצר המשפט הישראלי בין תביעותיה השונות של הקהילה החרדית לאוטונומיה מבטאת אימוץ נורמטיבי של תפיסה עמוקה של פלורליזם על ידי המשפט הישראלי. אימוצה של תפיסה זו, כך אטען, הינו ראוי נורמטיבית ואף ישים פוזיטיבית כבסיס להתמודדות עם תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. ואולם בחירתו של המשפט הישראלי לאמץ תפיסה זו באופן חלקי בלבד מקשה על התמודדות זו.

## ב. על פלורליזם ואוטונומיה

משחר הקמתן מתמודדות מדינות ליברליות עם קהילות הפועלות בתחומן, אשר דוחות החלה של נורמות ליברליות.<sup>21</sup> התמודדות זו אינה פשוטה והיא מעמתת את מחויבותן של מדינות אלו לערכים ליברליים עם מחויבותן לפלורליזם ערכי.<sup>22</sup> החששות המלווים התמודדות זו נוגעים הן בכל הקשור ליכולתה של המדינה לבסס את הערכים הליברליים בקרב אזרחיה

- 
- 2011 התקבל חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683, אשר ביקש לצמצם את היקפם של מנגנוני ההדרה ביישובים השונים בישראל, ואולם תיקון זה, הגם כי צמצם את תחולתם של מנגנוני הדרה אלו, נמנע מלהניח פתרון מקיף לסוגיה זו. פסק הדין בעניין סבח עסק בכשרותו החוקתית של התיקון, ואולם דעת הרוב סברה כי טרם בשלה העת לפסוק בעניין והותירה את התיקון בעינו. ראו עניין סבח, לעיל ה"ש 7, פס' 24-28 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס. להרחבה ראו שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" עיוני משפט לז 95 (2002).
- 21 ראו מנחם מאוטנר *משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת* (2008) (להלן: מאוטנר *משפט ותרבות בישראל*). בספרות נדונות תפיסות שונות של ליברליזם. להבחנה בין ליברליזם פוליטי לבין פרפקציוניזם ליברלי, ראו Jonathan Quong, *Liberalism Without Perfection* (2011) 12-25 (להלן: Quong, *Liberalism Without Perfection*). עם זאת, לצרכיו של מאמר זה נראה כי שתי התפיסות העיקריות הנוהגות בספרות ביחס לליברליזם – זו הפוליטית וזו הפרפקציוניסטית – מצריכות את המדינה הליברלית לגבש מדיניות סדורה להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות הפועלות בתחומה.
- 22 המתח שבין ערכים ליברליים ובין פלורליזם מתחדד שעה שמדינות ליברליות נדרשות להתמודד עם קהילות הדוחות ערכים ליברליים דוגמת שוויון בין חברי הקהילה וחברותיה. במצבים כאלו מוצאת עצמה המדינה הליברלית נקרעת בין מחויבותה להחלת ערכים ליברליים בקרב החברה ובין הרצון להכיר בשונות הערכית המאפיינת קהילות שונות. ראו לדוגמה, George Crowder, *From Value Pluralism and Liberalism*, 42 POL. STUD. 293 (1994); George Crowder, *From Value Pluralism to Liberalism*, 1 CRIT. REV. INT'L. SOC. POL. PHIL. 2 (1998); Isaiah Berlin & Bernard Williams, *Pluralism and Liberalism: A Reply*, 42 POL. STUD. 306 (1994).



כולם, והן בשאלת מחויבותה של המדינה לוודא תחולתם של ערכים אלו בקרב חברי אותן קהילות וחברותיהן. מצב דברים זה מחדד את הצורך של מדינות ליברליות לגבש מדיניות לשם התמודדות עם קהילות שאינן ליברליות הפועלות בתחומיהן.<sup>23</sup>

כיצד, אם כן, ראוי כי המדינה הליברלית תתמודד עם קהילות שאינן ליברליות? אני סבור כי פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עם חופשי עשוי לשמש נקודת התחלה ראויה לבירור זה.<sup>24</sup> בפסק הדין בעניין עם חופשי קבע בית המשפט כי מתן ההכשר להתבדלות מרחבית לקהילה החרדית ראוי הוא בשל ההכרה ברצונם של חברי הקהילה וחברותיה לממש את אורחות חייהם הייחודיים.<sup>25</sup> הנה כי כן, בעניין עם חופשי הכיר בית המשפט בחובתה של המדינה לאפשר לקהילה החרדית להתבדל מבחינה מרחבית מתוך כבוד לאוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה.<sup>26</sup> נקודת מוצא זו – קרי, האוטונומיה של היחיד לממש את אורחות החיים הרצויים בעיניו – הינה אחד העקרונות העומדים בבסיסן של רוב התפיסות הליברליות.<sup>27</sup> עקרון זה קורא למדינה הליברלית להכיר בזכותו של כל אדם לכתוב, בכוחות עצמו, את סיפור חייו.<sup>28</sup> בהתאם לתפיסה הרזיאנית של המושג "זכות", ההכרה בזכותו של היחיד לממש את תפיסות הטוב שהוא מחזיק בהן מנביעה חובה מקבילה

23 ראו לדוגמה (Raz, The Morality of Freedom 400-430 (1986) (להלן: RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM); Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights 51, 82-84 (1995); Will Kymlicka, Liberalism, Community and Culture 162-181 (1989); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 21, בעמ' 270-237.

24 עניין עם חופשי, לעיל ה"ש 7.

25 שם, בעמ' 509-508.

26 בית המשפט קובע כי "ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת 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" (שם, שם). במונח זה בית המשפט משרטט את היקפה של חובה זו, החורגת מתפיסה שלילית (קרי, הימנעות המדינה מהתערבות בהליכים טבעיים של התבדלות מרחבית) אל הממד החיובי (קרי, חובתה של המדינה להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקהילות שונות).

27 הכרה זו ביכולתו של אדם לחיות בהתאם לערכים הראויים בעיניו, גם אם בעיני המדינה הליברלית וקברניטיה הם שגויים, צריכה להיות מקובלת לא רק על מצדדי הליברליזם הפוליטי, המניחים שונות בתפיסות הטוב הרווחות בחברה, אלא גם על אלו הדוגלים בפרפקציוניזם ליברלי. להבחנה בין ליברליזם פוליטי לבין פרפקציוניזם ליברלי ראו Quong, Liberalism Without Perfection, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12-25.

28 ראו, למשל, Raz, The Morality of Freedom, לעיל ה"ש 23, בעמ' 155; John Rawls, Political Liberalism: Expanded Edition 72 (2011).

של המדינה לאפשר זאת.<sup>29</sup> תרגומה של חובה זו למדיניות מעלה כי על המדינה הליברלית מוטלת החובה לאפשר חברה מגוונת, המקנה הכשר למימושן של תפיסות טוב שונות.<sup>30</sup> חובה פלורליסטית זו של המדינה נובעת מן ההבנה כי בני האדם תופסים את העולם כמושתת על ערכים שונים במהותם זה מזה.<sup>31</sup> אכן, ככל שאזרחי המדינה השונים מאמצים נורמות וערכים שונים לפעילותם, וככל שתפיסות הטוב הראויות בעיניהם נבדלות זו מזו, על המדינה לאפשר להם לממש תפיסות אלו או לכל הפחות עליה להימנע מלהפריע להם לעשות כן. חובתה הפלורליסטית של המדינה, עם זאת, עשויה להתפרש בשני אופנים עיקריים, הנבדלים זה מזה במשמעות שיש ליתן למגוון הערכי המוחזק על ידי בני אדם. תפיסה אחת קוראת להחלת פלורליזם מבני,<sup>32</sup> ואילו האחרת, להחלת פלורליזם עמוק ומהותי יותר.<sup>33</sup> שתי התפיסות גם יחד קוראות למדינה ליצור מסגרות ומוסדות בעלי מאפיינים שונים זה מזה, אשר יפרסו בפני אזרחי המדינה מגוון אפשרויות למימוש תפיסות הטוב הראויות בעיניהם.<sup>34</sup> ואולם ההבחנה בין שתי התפיסות הפלורליסטיות עוסקת במהותם של מוסדות שונים אלו, ובעיקר בערכים השונים העומדים בבסיסם.<sup>35</sup> תפיסת הפלורליזם המבני קוראת להצבת ערך האוטונומיה האישית בבסיסו של כל אחד מהמוסדות המוצעים על ידי המדינה.<sup>36</sup> במובן זה, הפלורליזם המוצע במסגרת תפיסה זו הינו מבני, כיוון שריבוי המוסדות המוצעים לכלל אזרחי המדינה הינו מוגבל, ונסוג כל אימת שהאוטונומיה האישית של הפועלים במסגרת מוסד מסוים נפגעת. מוסדות בעלי מאפיינים שיתופיים וקהילתיים, המושתתים על שיתוף פעולה עמוק בין חברי הקהילה וחברותיה, ובעיקר כאלו המאפשרים הכפפת שיקול דעתם

- 29 RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM, שם, בעמ' 166.
- 30 ANDERSON, ETHICS: (להלן: ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 1 (1995) (AND ECONOMICS) 30.
- 31 שם, בעמ' 3.
- 32 ראו בהקשר זה HANOCH DAGAN, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1412, 1424-1425 (2012). (להלן: Dagan, *Pluralism and Perfectionism*).
- 33 ANDERSON, ETHICS AND ECONOMICS, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1.
- 34 ראו שם, בעמ' 149; Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1425; במישור המשפטי, שתי התפיסות הפלורליסטיות גם יחד תחתורנה לריבוי מוסדות משפטיים שבהם יוכלו האזרחים לפעול בהתאם לבחירתם. המשפט מכונן מוסדות משפטיים וחברתיים רבים דוגמת תאגידים, חוזים, קניין, הסדרי זוגיות וכו'. תפיסות פלורליסטיות תפעלנה להקמת סוגים שונים של תאגידים (חברה ציבורית, חברה פרטית, אגודה שיתופית, עמותה וכו'), של מוסדות קנייניים (בית משותף, יישוב קהילתי, קיבוצים וכו'), הסדרים זוגיים (נישואין דתיים, נישואין אזרחיים, ידועים בציבור וכו'), אשר כל אחד מהם יושתת על איוון ערכי שונה, ובכך יאפשר לכלל אזרחי המדינה לממש את תפיסות הטוב הראויות בעיניהם. להרחבה על אודות המשמעות המשפטית של פלורליזם מוסדי, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 65-67 (2005). לשאלת ריבוי המוסדות המשפטיים בתחום הזוגיות ראו שחר ליפשיץ הידועים-בציבור: בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 97 (2005).
- 35 להבחנה בין תפיסות פלורליסטיות שונות והשפעת אימוצן של איזו מהן על המשפט והחברה, בדגש על ההקשר הקנייני, ראו GREGORY S. ALEXANDER, *Pluralism and Property*, 80 FORDHAM L. REV. 1017 (2011).
- 36 Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1424-1425.

של היחידים לזה של הקהילה, מאתגרים תפיסה מבנית זו של פלורליזם, כיוון שהם עשויים לתבוע הגבלה של אוטונומיית היחידים והכפפתם לשיקול דעתם של אחרים או של הקבוצה כולה.<sup>37</sup> ככל שתפיסה פלורליסטית מבנית דוחה כל ניסיון להכפיף את אוטונומיית היחידים לשיקול דעתם של אחרים, הרי שלשיתתה מוסדות בעלי מאפיינים אלו יודרו אל מחוץ לקשת המוסדות הלגיטימיים.

בשונה מתפיסה מבנית זו, אליזבת אנדרסון קוראת לאימוץ תפיסה פלורליסטית מהותית, המושתתת על ההכרה בשונות הטבועה באופן שבו בני אדם תופסים את העולם הסובב אותם.<sup>38</sup> היא אף מרחיבה חובה זו עד כדי יצירת מציאות כלכלית המאפשרת לחברה פלורליסטית להתקיים.<sup>39</sup> אכן, אנדרסון אינה מותירה את החובה הפלורליסטית של המדינה כדרישה מופשטת, אלא תובעת מהמדינה ליישמה הלכה למעשה, תוך הרחבה של מגוון האפשרויות הפתוחות לפני כלל האזרחים באמצעות תמיכה במוסדות המאפשרים להם לנהל את חייהם על פי הנורמות הפנימיות לתפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן.<sup>40</sup> בהתאם לתפיסה פלורליסטית עמוקה זו, חובתה הפלורליסטית של המדינה משמעה הכרה מדינתית בקיום מגוון של תפיסות טוב שונות, וחשוב לא פחות במתן אפשרות מעשית לאזרחים לממשן.<sup>41</sup> עם זאת, אין משמעותה הכשרה גורפת של כל תפיסת טוב באשר היא.<sup>42</sup> כמו כן אין לראות בה חובה המשתרעת ללא מגבלה.

37 תפיסה פלורליסטית מבנית אינה דוחה כל מציאות של שיתוף פעולה בין בני אדם, וכאמור אף קוראת לכינונם של מוסדות בעלי מאפיינים שונים, אשר חלקם נבדלים זה מזה ברמות השיתוף שהם מציעים לפועלים במסגרתם. עם זאת, תפיסה זו תתקשה להכשיר מוסדות משפטיים וחברתיים אשר יכפיפו את שיקול דעתו של האחד לזה של אחרים באופן שאינו הרדי או נתון לבחירה מתמשכת. לתפיסה ליברלית המקדמת את אוטונומיית היחיד, אך מאפשרת שיתוף ראו Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L. J. 549 (2001).

38 Anderson, Ethics and Economics, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1.

39 שם, בעמ' 149.

40 שם.

41 שם.

42 ישעיהו ברלין טען כי תפיסות הטוב הלגיטימיות על פי תפיסה פלורליסטית הן אלו המצויות בטווח האופק האנושי ("within the human horizon"). ראו Isaiah Berlin, *The Pursuit of the Ideal*, in *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas* 1, (Henry Hardy ed., 1991) 11. בשלב מאוחר יותר הסביר ברלין כי כוונתו במונח "האופק האנושי" הייתה לתאר מצבים אנושיים שיושמו בעבר או מיושמים בהווה על ידי חלקים ניכרים מהעולם האנושי. ראו Isaiah Berlin, *Reply to Ronald H. McKinney, "Towards a Postmodern Ethics: Sir Isaiah Berlin and John Caputo"*, 26 J. VALUE INQ. 557, 559 (1992) ("What I mean by 'the human horizon' is a horizon which for the most part, at a great many times in a great many places, has been what human beings have consciously or unconsciously lived under, against which values, conduct, life in all its aspects, have (appeared to them)").

תפיסה פלורליסטית מהותית, כזו המקנה חשיבות ומעמד לערכים שונים במהות, עשויה להיתפס כרחבה מדי, וממילא כמאיימת על יכולתה של החברה לתפקד באופן ראוי.<sup>43</sup> לפיכך, ועל מנת להגשים את הריבוי הערכי העומד בבסיסה של תפיסה זו, יש לקרוא אל תוכה שלוש מגבלות: האחת, מניעת החצנה של נורמות שאינן ליברליות אל המרחב החיצוני לקהילה;<sup>44</sup> השנייה, מניעת הרחבת הפגיעה באוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה;<sup>45</sup> והשלישית, יצירת הבחנה בין קהילות שונות ביחס למידת הזדקקותן לתמיכה לצורך מימוש תפיסות הטוב המוחזקות על ידי חבריהן.<sup>46</sup> במובן זה, חובתה הפלורליסטית של המדינה אינה מצדיקה מתן תמיכה לקהילות אשר יכולות לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריהן וחברותיהן באופן עצמאי. לעומת זאת, ככל שתמיכת המדינה היא תנאי הכרחי לקיומה של תפיסת טוב מסוימת, יש בחובה הפלורליסטית המוטלת על המדינה כדי להכשיר תמיכה זו.<sup>47</sup> שלוש מגבלות אלו אינן חיצוניות לתפיסה פלורליסטית מהותית, אלא נובעות מהעקרונות העומדים בבסיסה אשר קוראים למתן משמעות לתפיסות טוב שונות, כמו גם היתכנות למימושן המעשי. הבנה זו מחייבת הימנעות מהחצנה של תפיסת טוב אחת אל רעותה; שימור מרחב אוטונומי עבור הפרט המבקש לממש תפיסת טוב מסוימת; ויצירת הבחנה בין קהילות שונות בכל הקשור להידרשותן לתמיכה למימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריהן.

השונות בין שתי תפיסות פלורליסטיות אלו יורדת לשורשי מדיניותה של המדינה הליברלית ביחס לקהילות שאינן ליברליות הפועלות בתחומה. אימוצה של תפיסה פלורליסטית מבנית אינו צפוי להעניק הכשר להתנהלותן של קהילות שאינן ליברליות, בעיקר כל זמן שהנורמות שאותן הן מאמצות מקיימות פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה האישית של חבריהן וחברותיהן.<sup>48</sup> לעומת זאת, תפיסה פלורליסטית מהותית עשויה להכשיר פעילותן של קהילות שאינן ליברליות, גם כאשר הכרה כאמור משמעה הכשר להגבלת האוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה. עם זאת, הכרה זו תהא מותנית בחיוביותה לצורך מימוש תפיסת

43 ראו Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1423.

44 מגבלה זו נשענת על יישומו של עקרון הנזק המיליאני, הגורס כי אל למדינה להתערב ביכולות של האזרח לממש את תפיסת הטוב שבה הוא מחזיק, כל זמן שמימושה של זו אינו פוגע באחרים. לעקרון הנזק המיליאני, ראו JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 9 (Elizabeth Rapaport ed., Hackett Publishing Company 1978) (להלן: MILL, ON LIBERTY). מגבלה זו אומצה, כאמור, כבסיס להכרעתו של בית המשפט הישראלי בדונו בתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה.

45 מגבלה זו, כפי שיורחב להלן, נועדה על מנת לתווך על המתח בין תפיסות ליברליות לפלורליסטיות. לעניין מתח זה ראו QUONG, LIBERALISM WITHOUT PERFECTION, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12-25. נויה רימלט ממחישה את הצורך לבחון את הנורמות הקיימות במרחב הפנימי לקהילה, כמו גם את החשיבות שיש לתת לשינויים החלים בנורמות אלו. ראו נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" משפטים מב 773, 814 (2012) (להלן: רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות").

46 ראו שטרן "כניסה, משטר ויציאה", לעיל ה"ש 19, בעמ' 39-40.

47 שם.

48 ראו Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1424-1425.

הטוב המוחזקת על ידי חברי הקהילה וחברותיה, במניעת החצנת נורמות אלו אל המרחב החיצוני לקהילה ובשלילת הרחבת הפגיעה האפשרית באוטונומיה האישית של חבריה. בפרק ג' אראה כי ההבחנה שיצר המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה מבטאת אימוץ נורמטיבי חלקי של תפיסה מהותית של פלורליזם.

### ג. תפיסות של מרחב: ציבורי, קהילתי ומה שביניהם

הכרתו של המשפט הישראלי בתביעתה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית נובעת, כאמור, מניסיונו לאפשר לחבריה לממש את אורחות החיים שבהם הם מעוניינים.<sup>49</sup> הכרה זו נובעת, כפי שציין בית המשפט בעניין עם חופשי, מהזכות של כל אחת ואחד מהם לאוטונומיה אישית.<sup>50</sup> טענה זו קשה היא, בעיקר שעה שבירי כי הנורמות הנהוגות בקהילה החרדית, ובקהילות נוספות אשר אינן מאמצות נורמות ליברליות, טומנות בחובן פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה האישית של חברי הקהילה, ובעיקר של חברות הקהילה.<sup>51</sup> חשבו לדוגמה על הפרדה מגדרית בתחבורה הציבורית או לחלופין באירועים של הקהילה החרדית. הפרדה מגדרית זו נשללה על ידי המשפט הישראלי, בשל פגיעתה באוטונומיה של חברות הקהילה החרדית. כך, למשל, קבע בית המשפט בעניין עזריה כי גדרות שהוצבו לצורך יצירתה של הפרדה מגדרית באירועי חג הסוכות של הקהילה החרדית בשכונת מאה שערים תוסרנה,<sup>52</sup> וכן כי הפרדה המגדרית בתחבורה הציבורית ב"קווי המהדרין" תופסק.<sup>53</sup> ועם זאת, התמקדותו של המשפט הישראלי בהכרעות אלו נסובה סביב ההשלכות הנורמטיביות שיש למתן הכשר להתנהלות מפלה מגדרית זו על המרחב הציבורי, קרי, המרחב החיצוני לקהילה החרדית. כך לדוגמה, בפסק הדין בעניין רגן קובע השופט רובינשטיין מפורשות כי הכרעת הדין, שבמסגרתה נשללה ההפרדה המגדרית בקווי התחבורה הציבורית, אינה עוסקת ביחסה של המדינה הליברלית אל קהילות שאינן ליברליות, אלא בשאלת "כפייתה של פרקטיקה תרבותית מסוימת (אפילו תהא לגיטימית ורצונית בקהילת מוצאה) על קבוצות ופרטים שאינם מעוניינים בה כפרט, ועל המרחב הציבורי הישראלי בכלל".<sup>54</sup>

נראה, כי ההקפדה על מניעת ההחצנה של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה היא העומדת גם בבסיס יחסו של המשפט הישראלי לתביעתה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית. ואולם, בשונה מתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה בחינוך, בתחבורה ובמרחב הציבורי, תביעותיה להתבדלות מרחבית נבחנו והוכרעו על ידי המשפט

49 ראו עניין עם חופשי, לעיל ה"ש 7; עניין אביטן, לעיל ה"ש 12.

50 עניין עם חופשי, שם, בעמ' 508-509.

51 לעניין הגבלת האוטונומיה האישית של חברי הקהילה החרדית וחברותיה ראו, לדוגמה, קימי קפלן בסוד השיח החרדי 199-202 (2007); רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 823-824. אך השוו לאלון הראל ואהרון שניר "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71 (2003) (הטוענים כי לא כל פרקטיקה הנתפסת כמפלה או לא ליברלית היא אכן כזו).

52 ראו עניין עזריה, לעיל ה"ש 2.

53 ראו עניין רגן, לעיל ה"ש 2.

54 שם, פס' ל' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

הישראלית כתיבועות הנעדרות החצנה על המרחב החיצוני לקהילה, קרי החברה הליברלית בישראל.<sup>55</sup> מסגור זה של תביעות להתבדלות מרחבית סלל את הדרך להכרעתו של המשפט הישראלי בדבר ההכרה בזכותה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית, זאת בשונה מהכרעותיו בסוגיות ההפרדה המגדרית, כאמור. ואולם בהינתן כי אורחות החיים הצפויים להיות מונהגים באותם יישובים אינם מתיישבים בהכרח עם נורמות ליברליות<sup>56</sup> – האם ניתן להצדיק את הכרעתו של המשפט הישראלי למתן הכשר להתיישבות מתבדלת זו בביסוסה של האוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה?

הגם כי במבט ראשון עשוי מסגורן של תביעות השונות על ידי המשפט הישראלי להיראות מלאכותי, או כזה המבקש לסלול את הדרך להכרעה הרצויה, נדמה כי יש בהבחנה זו כדי לבטא אימוץ נורמטיבי – גם אם חלקי בלבד בשלב זה – של תפיסה פלורליסטית מהותית על ידי המשפט הישראלי. מסקנה זו מתבקשת בשל ההכרה שמעניק בית המשפט לזכותם של חברי הקהילה וחברותיה לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידם. כך לדוגמה, הגם כי בפסקי הדין בעניין רגן ובעניין עזריה שלל בית המשפט את תביעות הקהילה החרדית לממש את הנורמות המבנות את תפיסת הטוב של הקהילה – קרי, הפרדה מגדרית – הרי ששלילה זו לא נבעה בשל דחייתן של נורמות אלו לגופן, אלא אך בשל החשש כי הן תשפענה על מי שאינם משתייכים לקהילה.<sup>57</sup> תפיסה דומה ביטא בית המשפט גם כאשר דן בתביעת הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית. בעניין עם חופשי הכשיר בית המשפט את תביעת הקהילה החרדית, וזאת בשל היעדר החצנות נורמטיביות על מי שאינם חברי הקהילה וחברותיה.<sup>58</sup> השלמתו של בית המשפט עם החלתן של הנורמות הקהילתיות בתוככי המרחב הקהילתי והתמקדותו אך במניעת החצנתן אל מחוץ למרחב הקהילתי, מבטאים את נכונותו של המשפט להכיר בזכותם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב – ובכלל זאת, הנורמות הלא ליברליות שהקהילה מחילה – במרחב הפנימי של הקהילה כאמור. אולם נכונות זו להכשיר החלתן של נורמות שאינן ליברליות בתוככי המרחב הקהילתי אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה מבנית של פלורליזם, השוללת הכפפה של אוטונומיית הפרט לשיקול דעתו של אחר. לעומת זאת, הכרה עקרונית זו תואמת את עקרונותיה של התפיסה הפלורליסטית המהותית, הקוראת לגיוון ערכי מהותי גם כאשר זה עשוי להגביל את אוטונומיית הפרט.

ואולם אימוצה של התפיסה הפלורליסטית המהותית הינו חלקי, משום שהמשפט הישראלי אומנם מבחין בין תביעות שונות לאוטונומיה מצד הקהילה החרדית בהתאם להחצנות האפשריות של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה, אך הוא אינו בוחן את שני התנאים האחרים, קרי, מניעת הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה האישית של

55 לגישה שונה, הרואה בעצם הכשרת ההתבדלות המרחבית פגיעה במרחב החיצוני לקהילה ראו ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים 1 ו 85 (2011); גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור" משפט, חברה ותרבות – קהילות מגודרות 425, 435-437 (אמנון להבי עורך, 2010).

56 ראו את המקורות המפורטים לעיל בה"ש 51. ראו גם זיכרמן וכהנר חרדיות מודרנית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52.

57 עניין רגן, לעיל ה"ש 2.

58 עניין עם חופשי, לעיל ה"ש 7.

חברי הקהילה וחברותיה רב־חנינת מידת ההזדקקות של הקהילה לתמיכת המדינה במימושה של תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריה וחברותיה. התעלמותו של המשפט הישראלי מבחינת שני תנאים אלו מעמידה את מדיניותו ביחס לתביעת ההתבדלות המרחבית של הקהילה החרדית בחסר. בפרק הבא של המאמר אבקש להניח את קווי המתאר לתשתית נורמטיבית לצורך הכרעה בתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה במרחב. תשתית זו, כפי שאפרט להלן, מניחה תפיסה פלורליסטית מהותית בבסיס חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית – אך בשונה מהמצב הנוהג, תובעת את יישומה המלא.

#### ד. התבדלות מרחבית: קווים לדמותה של מדיניות משפטית

אימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניות משפטית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות, ובכללן הקהילה החרדית, הינו שנוי במחלוקת. מחלוקת זו נובעת ממאפייניה של התפיסה הפלורליסטית המהותית, ובעיקר מנכונותה של תפיסה זו להכשיר תפיסות טוב השונות במהות זו מזו.<sup>59</sup> הבנה זו מחדדת את החשיבות כי מדיניות המושתתת על תפיסה פלורליסטית מהותית תוודא את התקיימותם של התנאים האינהרנטיים לתפיסה זו. כפי שצוין לעיל, המשפט הישראלי כבואו להכריע בתביעתה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית נמנע מלעשות כן, והתמקד רק בשאלת קיומו של התנאי הראשון, קרי שאלת החצנתן של נורמות פנים־קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה.<sup>60</sup> בפרק זה אבקש לעמוד על חשיבות ההקפדה על שלושת התנאים האינהרנטיים למדיניות משפטית המבוססת על תפיסה פלורליסטית מהותית וכיצד הקפדה זו פותרת את הקשיים העיקריים המאפיינים את התמודדותו הנוכחית של המשפט הישראלי עם הקהילה החרדית.

כאמור, יישומה של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניות משפטית מצריכה הקפדה על שלושה תנאים עיקריים. התנאי הראשון הינו מניעת החצנתן של נורמות שאינן ליברליות אל המרחב שמחוץ לקהילה. תנאי זה, הנסמך על עקרון הנזק המיליאני,<sup>61</sup> הכרחי על מנת לאפשר למדינה הליברלית לקיים מרחב ציבורי המבסס נורמות ליברליות. תנאי זה נכון גם בהתאם לעקרונותיה הפנימיים של תפיסה פלורליסטית מהותית, התובעת מתן אפשרות לכל אדם לממש את תפיסת הטוב שבה הוא מחזיק. תביעה זו, ככל שהיא נלקחת ברצינות, מחייבת הימנעות מלפגוע ביכולתו של אדם אחר, או קהילה אחרת, לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידם. תנאי זה, כאמור, אומץ על ידי המשפט הישראלי בדונו בתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה.<sup>62</sup> לאורה של ההבחנה בדבר החצנתן של הנורמות הנהוגות במרחב הפנימי לקהילה החרדית אל המרחב החיצוני לה, דחה המשפט את תביעותיה של הקהילה החרדית להפרדה מגדרית, ומנגד הכשיר את תביעתה להתבדלות מרחבית. ואולם תנאי זה, כאמור, הגם כי הינו הכרחי לצורך ביסוסה של מדיניות ליברלית על תפיסה פלורליסטית מהותית, הרי שאינו מספיק.

59 לעניין המחלוקת על אודות תפיסה פלורליסטית מהותית והשלכותיה האפשריות ראו, Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1423.

60 ראו פרק ג' לעיל.

61 לעקרון הנזק המיליאני, ראו MILL, ON LIBERTY, לעיל ה"ש 44.

62 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2.

התנאי השני לביסוסה של מדיניות כאמור על תפיסה פלורליסטית מהותית הינו מניעת הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה. תנאי זה מהווה הכרה בפער שבין האוטופיה הליברלית לזו הנוהגת במציאות. במציאות אוטופית נכון היה לתבוע כי מדיניות כלשהי הננקטת על ידי מדינה ליברלית תוודא כי האוטונומיה של הפרט תהא מלאה ומהותית. כך, במסגרת אוטופיה ליברלית זו היו הפרטים כולם הסופרים בפועל של סיפור חייהם, ואילו תהליכי הכתיבה היו נעדרים כל מגבלה או תלות באחרים. במצב זה כל ניסיון להגביל את האוטונומיה של הפרט, בין במישור ובין בעקיפין, בין על ידי המדינה ובין על ידי פרט אחר, צריך היה להיהדרף באופן קטגורי. במציאות הנוהגת, מנגד, אוטונומיה מלאה ומהותית כמעט ואינה נבמצא גם באותם מרחבים המתנהלים לאורך של נורמות ליברליות.<sup>63</sup> במצב דברים זה, אני טוען כי מדיניות ליברלית מעשית, המבקשת לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית – קרי, לאפשר לכלל אזרחי המדינה את החירות לחיות את חייהם בהתאם לתפיסות הטוב שבהן הם מחזיקים – אינה צריכה לאמץ קריטריונים אוטופיים. נהפוך הוא. אימוצם של קריטריונים, כאמור, צפוי למנוע את יכולתה של מדיניות זו לצאת אל הפועל. ואולם דחיית האוטופיה הליברלית ביחס למידת האוטונומיה של הפרט נכונה היא על פי תפיסה פלורליסטית מהותית גם מבחינה נורמטיבית. תפיסה פלורליסטית מהותית – הגם כי אינה מקנה עדיפות לתפיסת טוב זו על פני אחרת – מכירה בלגיטימציה שטמונה בשונות המהותית שבין התפיסות האמורות.<sup>64</sup> אכן, ההבחנה בין תפיסה פלורליסטית מהותית לזו המבנית נעוצה בשונות הנוהגת ביניהן ביחס לכשרותן של תפיסות טוב המקיימות פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה של היחידים המחזיקים בהן. תפיסה מבנית, הגם כי מצדדת בקיומם של מוסדות ומסגרות המקיימים שונות ערכית, מכירה בשונות זו רק כל זמן שהיא כפופה לערך האוטונומיה האישית.<sup>65</sup> מנגד, תפיסה מהותית עשויה להכשיר מוסדות ומסגרות כאמור גם ככל שהאיוון הערכי שעליו הם מושתתים מתפשר במידת מה על האוטונומיה האישית לצורך השאתו של ערך אחר.<sup>66</sup> הבנה זו של תפיסה פלורליסטית מהותית מעלה חשש מפני הקרבת האוטונומיה של היחידים המחזיקים בתפיסת טוב מסוימת – מציאות המקשה על אימוצה של תפיסה זו כבסיס למדיניות ליברלית.<sup>67</sup> על מנת להימנע מהתממשותו של חשש זה, ראוי כי מדיניות ליברלית המבקשת לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית תתנה

63 ראו לעניין זה, Nomi Maya Stolzenberg, "He Drew a Circle that Shut Me Out": Assimilation, Indoctrination, and the Paradox of a Liberal Education, 106 HARV. L. REV. 581, 622 (1993).

64 זוהי למעשה אחת ההבחנות העיקריות בין התפיסה המבנית לזו המהותית, ראו לעניין זה דיון בפרק ב' לעיל.

65 ראו לעיל טקסט הסמוך להערות שוליים 48-49.

66 מטעם זה מדיניות המושתתת על תפיסה פלורליסטית מהותית תטה להכיר בכשרותם של מוסדות משפטיים וחברתיים המטילים מגבלות על היחיד לצורך מימושה של תפיסת טוב משותפת, או לחלופין במוסדות בעלי רמת שיתוף גבוהה. לעניין זה ראו לעיל הטקסט הסמוך להערות שוליים 33-37.

67 ראו Dagan, *Pluralism and Perfectionism*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1425-1424.



את הכרתה בלגיטימיות של תפיסת טוב בכך שהכרה זו תמנע הרחבת הפגיעה באוטונומיה האישית ולא באיונה המלא.<sup>68</sup>

כאמור לעיל, המשפט הישראלי באמצע מדיניות המושתתת על תפיסה פלורליסטית מהותית ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה, נמנע מליתן משקל משמעותי לתנאי זה. ההכרעה בדבר מתן הכשר להתבדלות המרחבית לקהילות שאינן ליברליות נמנעה מלעסוק במאפייני החיים ובנורמות שתוחלנה בין גדרי אותם יישובים מתבדלים.<sup>69</sup> פסקי הדין בעניין אביטן ובעניין עם חופשי, אינם דנים במשמעות שיש להכשר שניתן לקהילות להתבדל מבחינה מרחבית על האוטונומיה של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה.<sup>70</sup> התיאור הרומנטי משהו שמעניק בית המשפט לאורחות החיים של הקהילות השונות מקפל בתוכו עצימת עיניים ביחס למשמעותה של הכרעה זו על מידת האוטונומיה של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה. כאמור, פוטנציאל הפגיעה באוטונומיה של היחידים, הכרוך במתן הכשר להתבדלות מרחבית, גדול מזה הטמון בהכרעות ביחס להפרדה מגדרית בתחבורה הציבורית או באירועים קהילתיים. הטעם לכך נעוץ בכוללניות כפיפותם של חברי הקהילה וחברותיה לשיקול דעתה של הקהילה, או ראשיה, במקרה של התבדלות מרחבית. כוללניות זו מחילה את הנורמות הנהוגות בקהילה על חברי הקהילה וחברותיה במכלול היבטי החיים, וממילא מקימה פוטנציאל פגיעה נרחב באוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה. התעלמות של המשפט הישראלי משאלה זו מערערת על רציות אימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותה של המדינה ביחס לקהילות שאינן ליברליות, כיוון שהיא מעלה את החשש הכרוך ממילא באימוצה של תפיסה זו, בדבר הקרבת היחיד לטובת הקהילה, כמו גם הכפפת שיקול דעתם של היחידים לזה של הנהגת הקהילה. מצב דברים זה – גם אם יתואר כרצוי בהתאם לנורמות הפנימיות לקהילה – אינו יכול לשמש בסיס למדיניות ליברלית. משמעות הדברים הינה כי הרצון לאמץ מדיניות המושתתת על תפיסה פלורליסטית מהותית מחייב בחינה בדבר השלכותיה של התבדלות מרחבית (או כל תביעה אחרת לאוטונומיה מצד קהילות שאינן ליברליות) על היקף האוטונומיה האישית של חברי הקהילה וחברותיה. בחינה זו יכולה להיעשות באמצעות כפייה של נורמות ליברליות מסוימות, שייעודן למנוע הרחבת הפגיעה באוטונומיה האישית, כאמור.<sup>71</sup> עם זאת, ועמדתי על כך במקום אחר, ניסיון לכפות נורמות ליברליות אל תוככי המרחב הפנימי של קהילות שאינן ליברליות צפוי להיכשל בהשגת המטרות לשמן נועד, וחמור יותר, להביא לנסיגה

68 דוגמה למניעת הרחבתה של פגיעה ניתן למצוא במאמרה של רימלט המתאר את השינוי המתמשך בהפרדה המגדרית בקהילה החרדית. על פי תיאור זה, מדיניות המבקשת למנוע את הרחבת הפגיעה באוטונומיה לא תבקש לפסול לחלוטין כל פרקטיקה של הפרדה מגדרית אלא תשלול את הרחבתה של פרקטיקה זו וודאי תימנע מלעגן הרחבה זו באמצעות כוחו הכופה (או המכשיר) של המשפט. ראו רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 823. לעניין תהליכי הקצנה, המשפיעים אף הם על אוטונומיית הפרט של חברי הקהילה החרדית וחברותיה, ראו זיכרמן וכהנר חרדיות מודרנית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51-52.

69 עניין רגן, לעיל ה"ש 2.

70 עניין אביטן, לעיל ה"ש 12; עניין עם חופשי, לעיל ה"ש 7.

71 לדיון על אודות מדיניות החלת דרישות מינימום ליברליות במרחב הפנימי לקהילות שאינן ליברליות ראו שטרן "חרדים לקהילה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 523-531.

בנכונותם של הקהילה וראשיה לשמר את היקף האוטונומיה הקיים.<sup>72</sup> במצב דברים זה הצעתי כי על מנת לשמר את היקף האוטונומיה של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה, על המשפט להתנות את הכרתו בתביעות הקהילה לאוטונומיה בנכונותה לאפשר לחברי הקהילה וחברותיה להשתתף בו בזמן בקהילות נוספות, גם כאלו המאמצות נורמות שונות מאלו הנוהגות במרחב הפנימי לקהילה.<sup>73</sup> אם נפרוט הצעה זו לכדי מעשה הרי שמתן הכשר להתבדלות מרחבית של הקהילה החרדית צריך להיות מותנה בשימור יכולתם של חברי הקהילה וחברותיה להשתתף בו בזמן לקהילות נוספות, קרי, לעבוד, ללמוד או לבלות מחוץ לגבולותיה של הקהילה.<sup>74</sup> ההקפדה על שני התנאים האמורים לעיל – מניעת זליגתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה ומניעת הרחבתו של פוטנציאל הפגיעה באוטונומיה של יחידים, חברי הקהילה וחברותיה – מספקת מענה לחששות הכרוכים באימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית. חששות אלו, שעיקרם הכפפת שיקול דעתם של היחידים לזה של אחרים וכן צמצום, עד כדי הקרבה, של האוטונומיה האישית של היחידים, פוחתים – גם אם לא מתאינים לגמרי – ככל שהמשפט מוודא כי הכרעתו לא תפגע, או תצמצם, את האוטונומיה האישית הן של חברי הקהילה וחברותיה, והן של אלו הפועלים במרחב החיצוני לקהילה. כמובן זה, ההקפדה על שני התנאים האמורים מבטאת שימור של היקף האוטונומיה שהיה קיים עובר להכרעה.

ואולם אימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותה של המדינה הליברלית ביחס לקהילות שאינן ליברליות מצריכה התקיימותו של תנאי נוסף, שלישי: בחינת הזיקה שבין תביעתן של הקהילות לאוטונומיה מרחבית ליכולתם של חברי הקהילה וחברותיה לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידם.<sup>75</sup> בשונה משני התנאים הראשונים שהוצגו לעיל – ואשר מטרתם הינה מניעת פגיעה באוטונומיה של היחידים הן מחוץ למרחב הקהילתי והן בתוכו – הרי שהתנאי השלישי נועד על מנת לייצר הבחנה בכל הקשור למידת מחויבותה של המדינה לתמוך באוטונומיה של קהילות שונות. תנאי זה מניח כי מתן הכשר להתבדלות מרחבית, או הכרה בתביעה אחרת של קהילות שאינן ליברליות לאוטונומיה קהילתית, נושא עלויות עבור המדינה והחברה בכללותה. במישור המרחבי, ההכרה בתביעתה של הקהילה החרדית להתבדלות מרחבית טומנת בחובה עלויות של הקצאת מקרקעין, הקמת תשתיות

72 שם, בעמ' 527.

73 שם, בעמ' 538-547.

74 להרחבה באשר לשימור האוטונומיה האישית של חברי קהילות שונות באמצעות הבטחת השתייכותם לכמה קהילות בו בזמן ראו GEORG SIMMEL, *CONFLICT AND THE WEB OF GROUP AFFILIATIONS* (1955). זימל מחדר את תרומתה של ההשתייכות הרב-קהילתית לחירותם (או לאוטונומיה האישית) של היחידים החברים בקהילה. השתייכות לקהילות הפועלות בהתאם לנורמות שונות בו בזמן מאפשר קיומה של מודעות עצמית ביחס לנורמות בכל אחת מהקהילות וכן מקלה על יכולתו של הפרט לצאת מאחת הקהילות, וזאת בשל קיומם של קשרים חברתיים נוספים על אלו שמציעה הקהילה. להרחבה על אודות מודל ההשתייכות הרב-קהילתית ויכולתו לשמש כאמצעי ראוי להכשרת פעילותן של קהילות שאינן ליברליות ראו שטרן "חרדים לקהילה", שם, שם.

75 שטרן "כניסה, משטר ויציאה", לעיל ה"ש 19, בעמ' 39-40.

וכן עלויות מינהלתיות הדרושות לשם ניהול היישובים המתבדלים.<sup>76</sup> יתירה מזאת, בהנחה כי סך המשאבים העומד לרשותה של המדינה הינו מוגבל, מתן הכשר להתבדלות מרחבית של גורם אחד, ממילא שולל או דוחה אפשרות כזו מצד גורם אחר. במצב דברים זה, מדינה המבקשת לבסס את מדיניותה על תפיסה פלורליסטית מהותית ראוי כי תבחן את היענותה לתביעות שונות לאוטונומיה מצד קהילות שונות בהתאם לעיקרון העומד בבסיסה של תפיסה זו, קרי היקף הזיקה שבין ההכרה בתביעה, כאמור, ובין יכולתם של חברי הקהילה וחברותיה לממש את תפיסות הטוב המוחזקות על ידן. כך, ככל שההתבדלות המרחבית אכן נדרשת לשם יכולתם של הפרטים חברי הקהילה לממש את תפיסות הטוב המוחזקות על ידם, הרי שתביעה זו תועדף על פני תביעות אחרות שהיקף הזיקה, כאמור, הינו פחות.<sup>77</sup> כאמור, הקהילה החרדית מורכבת מעשרות, אם לא מאות, תתי-קהילות, אשר לצד הדמיון הנוהג ביניהן מקיימות לעיתים שונות משמעותית.<sup>78</sup> כך לדוגמה, קהילות מסוימות תובעות מידה רבה יותר של סגירות והתבדלות כחלק מתפיסת הטוב המאומצת על ידי הקהילה, בעוד שאחרות מקנות לכך משמעות נמוכה יותר.<sup>79</sup> בדומה, הקהילות החרדיות השונות מקיימות מידה שונה של עוינות כלפי המשטר הישראלי, והרעיון הציוני בפרט, עובדה המשפיעה אף היא על מידת הזדקקותן להתבדלות לצורך מימוש תפיסות הטוב המוחזקות על ידן.<sup>80</sup> בשנים האחרונות חלות תמורות גם ביחסן של חלק מהקהילות החרדיות לטכנולוגיה, למדע ולתעסוקה – תמורות אשר משליכות במישורן על האופן שבו מבקשות קהילות אלו לממש את תפיסת הטוב שבה הן מחזיקות.<sup>81</sup> לבסוף, הבדלים משמעותיים קיימים בין קהילות

76 שם, בעמ' 15. ראו גם Shai Stern, *Taking Community Seriously: Lessons from the Israeli Disengagement Plan*, 47 *ISR. L. REV.* 149, 167-169 (2014).

77 שטרן "כניסה, משטר ויציאה", שם, בעמ' 39-40.

78 ראו זיכרמן וכהנר *חרדיות מודרנית*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25-27.

79 להעמקה באשר לשונות הרעיונית הנוהגת בין קהילות שונות בחברה החרדית, ראו בנימין בראון *מדריך לחברה החרדית: אמונות וזרמים* (2017) (להלן: בראון *מדריך לחברה החרדית*). בראון מפרט את ההבחנה בין שלושת הזרמים העיקריים הפועלים כיום בחברה החרדית: החסידים, הליטאים והספרדים, וטוען כי חרף הבחנות אלו, ראוי לראות בקהילות כולן כחלק מהחברה החרדית בשל אימוצם של כמה עקרונות יסוד המשותפים להן. בראון מונה את עקרון ה"סתגרות" כלשונו, הגורס כי "שימורה של היהדות החרדית יושג רק בבניית חומות של הסתגרות בינה ובין העולם המחולן שבחוץ", כאחד העקרונות המשותפים לכלל הקהילות החרדיות. ועם זאת הוא מודה כי "בתוך היהדות החרדית נתגלעו גוונים שונים בנוגע לטיבן של אותן חומות ומידת נוקשותן" (שם, בעמ' 29). ראו לעניין זה גם זיכרמן וכהנר *חרדיות מודרנית*, שם, בעמ' 51-60.

80 ראו בראון *מדריך לחברה החרדית*, שם, בעמ' 28-29 ("יסוד נוסף של הזהות החרדית הוא שלילת הציונות והיחס החשדני עד מסויג כלפי מדינת ישראל"). עם זאת, בראון קובע, כי "החרדים נחלקו בינם לבין עצמם על פי חתך אידיאולוגי בסוגיית היחס למדינה [...] במילים אחרות: מבחינת החתך האידיאולוגי הפוליטי אפשר לחלק את החברה החרדית על פי החלוקה השחוקה אך היעילה שאנו נוקטים בנוגע לחברות דתיות: למתונים, מרכזיים וקיצוניים" (שם, בעמ' 184 וראו הרחבה באשר ליחס לציונות ולמדינת ישראל, שם, בעמ' 184-264).

81 ראו לעניין זה זיכרמן וכהנר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51-60.

חרדיות שונות גם בכל הקשור לחוסנן הכלכלי (והפוליטי).<sup>82</sup> התעלמות המשפט הישראלי מהבדלים אלו – כפי שנעשה בפסקי הדין בעניין אביטן ובעניין עם חופשי – לא רק פוגעת ביכולתה של המדינה לנהל באופן ראוי את משאביה, כאמור, אלא אף חותרת תחת היסודות של תפיסה פלורליסטית מהותית, שכן זו מצדיקה התייחסות עניינית ומוכחנת של המדינה לצורך התקיימותן של תפיסות טוב שונות. בחינת מאפייני הקהילה, ובעיקר ניסיון לאמוד את עוצמת הזיקה שבין תביעתה של הקהילה לאוטונומיה ובין יכולתם של חבריה וחברותיה לממש את תפיסות הטוב המוחזקות על ידם, תאפשר גיבושה של מדיניות מוכחנת וסדורה לצורך התמודדות עם תביעות לאוטונומיה מצד קהילות שונות.

האימוץ החלקי של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לקהילה החרדית אחראי להתגבשותם של שני כשלים עיקריים: הראשון הינו התעלמותו של המשפט הישראלי מפגיעה אפשרית באוטונומיה של חברי הקהילה החרדית וחברותיה, ואילו השני נעוץ בכישלוננו להבחין בין קהילות חרדיות שונות בהתאם למאפייניהן.

הכשל הראשון הנובע ממדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה נובע מהיות האוטונומיה האישית הבסיס לדחיית חלק מהתביעות מחד גיסא, ולהכשרתה של התביעה להתבדלות מרחבית, מאידך גיסא. קושי זה מתחדר שעה שהחשש מפני פגיעה באוטונומיה של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה, מתעצם לנוכח העובדה שהתבדלות מרחבית יוצרת מרחב מוגן להתנהלותה של הקהילה, לרבות החלת נורמות המוחזקות על ידיה כראויות – גם ככל שאלו פוגעות בזכויות היחידים.<sup>83</sup>

הכשל השני העולה מהכרעותיו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה, נובע מהתעלמותו של המשפט הישראלי מההבחנה הנוהגת בין תתי-קהילות שונות החוסות תחת מטריית "הקהילה החרדית", ולמצער, מהיעדר ניסיונו לבחון את מאפייניהן השונים עת שהכריע בתביעותיה של הקהילה לאוטונומיה. מדיניות זו, לטענתי, הגם כי עולה בקנה אחד עם תפיסה פלורליסטית מבנית, אינה ראויה ככל שהיא מבקשת לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית. הטעם להבחנה זו נעוץ בכך שתפיסה פלורליסטית מבנית, הגם כי היא מבכרת ריבוי מוסדי, מבססת את המוסדות החברתיים והמשפטיים כולם על ערך יחיד, קרי, אוטונומיה של הפרט. במצב דברים זה, יצירת הבחנה בין מוסדות חברתיים ומשפטיים שונים הינה מלאכותית. לעומת זאת, תפיסה פלורליסטית מהותית מבקשת ליצוק תוכן שונה לכל אחד מהמוסדות החברתיים והמשפטיים המוצעים על ידי המדינה, ובכך מעניקה משמעות מעשית להבדלים הנוהגים בין בני האדם.<sup>84</sup> שונות זו היא העומדת בבסיסה של ההבחנה הנדרשת בין מוסדות אלו. ההכרה בתביעות להתבדלות מרחבית של קהילות, ללא בחינת מאפייניהן, תואמת תפיסה פלורליסטית מבנית – אשר ממילא מרדדת את מכלול הערכים והנורמות לכדי אוטונומיה אישית.<sup>85</sup> מנגד, מדיניות

82 ראו לעניין זה בראון מרדך לחברה החרדית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 133-156 (מונה את תתי-קהילות השונות בשלושת הזרמים המרכזיים בחברה החרדית ומתייחס גם לשונות בחוסנן הכלכלי והפוליטי של כל אחת מתתי-קהילות).

83 ראו Spinner-Halev, *Autonomy, Association and Pluralism*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 163-164.

84 ראו את המקורות הנוכחים לעיל בה"ש 34.

85 ראו לעיל פרק א' למאמר זה.

המושגות על תפיסה פלורליסטית מהותית אינה יכולה להתעלם מהבחנות ומהבדלים אלו משני טעמים. האחד, כיוון שהיעדר הבחנה מהותית בין מוסדות שונים מרוששת את המשמעות של מוסדות אלו,<sup>86</sup> ואילו השני, מכיוון שאימוץ תפיסה זו עשוי לתבוע גם תמיכה מאת המדינה במוסדות שונים, וממילא, על תמיכה זו להיעשות באופן מובחן. מתוך הבנה זו, תפיסה פלורליסטית מהותית כוללת, לצד שני התנאים שנועדו לוודא את שימור היקפה של האוטונומיה האישית בתוככי הקהילה ומחוצה לה, גם תנאי שלישי, העוסק במידת ההזדקקות של קהילות לאוטונומיה לצורך מימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריהן וחברותיהן. במקום אחר עמדתי על ההבחנה שבין תפקידיו של שיתוף הפעולה במימושה של תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חברי הקהילה וחברותיה לצורך קביעת היקף התמיכה שלה צריכה הקהילה לזכות מהמדינה.<sup>87</sup> מכל מקום ברי, כי שעה שקהילה מבקשת הכשר להתבדלות מרחבית, ודאי ככל שהכשר זה מטיל על המדינה את הנטל לתמוך בהתבדלות כאמור, ראוי כי המשפט הישראלי יבחן, עובר למתן הכשר זה, את מידת ההזדקקות של הקהילה בהתבדלות מרחבית.

ההבחנה שערך בית המשפט בין התביעות השונות של הקהילה החרדית לאוטונומיה אינה מופרכת. נהפוך הוא. אימוצה של תפיסה פלורליסטית מהותית מחייב לערוך הבחנה בין תביעות המקימות חשש להחצנת נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה לבין כאלו שאינן מקימות חשש זה.<sup>88</sup> ואכן, בעוד שתביעותיה של הקהילה החרדית להפרדה מגדרית במרחב הציבורי מקימות חשש מפני החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה, תביעתה להתבדלות מרחבית אינה מקימה חשש זה. ואולם כפי שצוין לעיל, בהבחנה זו אין די. בית המשפט, בדונו בתביעותיה של הקהילה החרדית (וכן של הקהילה הברואית) להתבדלות מרחבית נמנע מלבחון את התקיימותו של התנאי השני, קרי התנאי השולל התבדלות כזו שעה שהיא מרחיבה את פוטנציאל הפגיעה באוטונומיה של היחידים במרחב הפנימי לקהילה. הימנעות זו חותרת, כאמור, תחת יסודותיה של תפיסה פלורליסטית מהותית, שכן היא מעמידה בספק את יכולתם של היחידים, חברי הקהילה וחברותיה, לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידם – המטרה העיקרית שאליה שואפת תפיסה זו. ואולם חשש זה אינו שולל מעיקרו מתן הכשר להתבדלות מרחבית של קהילות שאינן ליברליות. כפי שצוין לעיל, תפיסה פלורליסטית מהותית, בשונה מזו המבנית, עשויה להכיר בכשרותה של התבדלות, כאמור, הגם כי זו אכן כוללת מגבלות על ממד האוטונומיה של חברי הקהילה וחברותיה.<sup>89</sup> כשרות זו, אם כן, צריכה להיות מותנית בבחינה כי אין בה כדי לצמצם את היקף האוטונומיה המוקנה לחברי הקהילה וחברותיה מהיקפו הנוהג.

במקביל, וחשוב לא פחות, ראוי כי בית המשפט, המבקש לבסס מדיניות סדורה בכל הקשור לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה יבחן גם את התקיימותו של התנאי

86 הטעם לכך נעוץ באחדה הערכית המאפיינת את המוסדות האמורים. ממילא, ככל שאין כל הבחנה מהותית בין מוסדות אלו, הרי שהם אינם מציעים כל שונות ואינם מאפשרים את התקיימותן של תפיסות טוב שונות במהות.

87 שטרן "כניסה, משטר ויציאה", לעיל ה"ש 19, בעמ' 32-36.

88 ראו לעיל טקסט הסמוך להערות שוליים 44-45.

89 ראו לעיל טקסט הסמוך להערות שוליים 48.

השלישי, קרי מידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכה מאת המדינה לצורך מימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריה וחברותיה. הימנעות מבחינה זו תטיל נטל כבד על כתפי המדינה, אך חשוב לא פחות, תפגע ביישומה של תפיסה פלורליסטית מהותית, המושגת על ניסיון לאפשר התקיימותן של תפיסות טוב שונות במהות.

כיצד, אם כן, על המשפט הישראלי לפעול ככל שיאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותו בדבר תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה? ראשית, הכרעה בדבר מתן הכשר להתבדלות מרחבית של קהילה שאינה ליברלית אינו יכול להיות גורף. הכשר זה צריך להיות מותנה במניעת החצנתן של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה. שנית, הכשר כאמור צריך להיות מותנה בכך שהתבדלות זו תימנע מהרחבת פוטנציאל הפגיעה באוטונומיה של חברי הקהילה וחברותיה. הכרעה זו אמורה לכלול מנגנונים מעשיים לבחינת שימור היקף האוטונומיה של חברי הקהילה וחברותיה. במובן זה יכול המשפט הישראלי לאמץ מנגנוני התערבות ערכיים – דוגמת החלת דרישות מינימום ליברליות – אך יכול, ולדידו של כותב מאמר זה אף ראוי, כי יאמץ מנגנוני אכיפה מבניים, המוודאים את יכולתם של חברי הקהילה לשמר את האוטונומיה האישית שלהם באמצעות השתייכות בו בזמן לקהילות נוספות.<sup>90</sup> לבסוף, על המשפט הישראלי המבקש לאמץ תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס למדיניותו כלפי תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה, לבחון את מידת הזדקקותה של הקהילה, על מאפייניה היא, להתבדלות מרחבית זו לצורך מימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריה וחברותיה. הקפדה על שלושה תנאים אלו תאפשר גיבושה של מדיניות סדורה וראויה מבחינה נורמטיבית, אך חשוב לא פחות, ישימה מבחינה מעשית.

## סיכום

ההבחנה שעורך המשפט הישראלי בין תביעותיה השונות של הקהילה החרדית לאוטונומיה נובעת מאימוצה החלקי של תפיסה פלורליסטית מהותית בכל הקשור להכרעות אלו. אימוץ חלקי זה הוא העומד בבסיס שלילת תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה במרחב הציבורי מחד גיסא, ולמתן ההכשר לתביעותיה של הקהילה להתבדלות מרחבית מאידך גיסא. באופן זה אימץ המשפט הישראלי אך אחד מהתנאים האינהרנטיים לתפיסה פלורליסטית מהותית, קרי בחינת ההשלכות האפשריות של ההכרעה על החצנת הנורמות הפנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה.

כפי שטענתי במאמר, אימוץ חלקי זה, הנמנע מליתן משמעות למכלול הסייגים הפנימיים לתפיסה זו, מקים חשש מפני פגיעה באוטונומיה של חברי הקהילה וחברותיה, שכן ההשלכות שיש להכרעה בדבר היקפה של אוטונומיה זו אינן עומדות כלל למבחן. זאת ועוד, בהכרעותיו ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה, נמנע המשפט הישראלי מבחינה מעמיקה באשר למידת הזיקה שיש בין התביעה ובין יכולתם של חברי הקהילה וחברותיה לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על ידם. חלף זאת, נמנע המשפט הישראלי מלתת ביטוי לשונות הנוהגת בין תתי-קהילות שונות המשתייכות ל"קהילה החרדית".

90 ראו לעיל טקסט הסמוך להערת שוליים 73-74.

במאמר זה קראתי לאימוצה המלא של תפיסה פלורליסטית מהותית כבסיס לגיבושה של מדיניותו של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה. אימוץ מלא, כאמור, מחייב את המשפט לבחון את תביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה בהתאם לשלושת התנאים האינהרנטיים לתפיסה פלורליסטית מהותית: ראשית, בחינת קיומה של החצנה אפשרית של נורמות מהמרחב הפנים-קהילתי אל זה החיצוני לו; שנית, מניעת צמצום היקף האוטונומיה של חברי הקהילה וחברותיה; ולבסוף, בחינת מידת ההזדקקות של הקהילה לאוטונומיה לצורך מימוש תפיסת הטוב המוחזקת על ידי חבריה וחברותיה. בחינה מעמיקה זו תיישב את הקשיים הנובעים ממדיניותו הנוהגת של המשפט הישראלי ביחס לתביעותיה של הקהילה החרדית לאוטונומיה, ותאפשר יצירת מדיניות מובחנת ומידתית ביחס לתביעות אלו.

