

שער שלישי

**קהילות מגודרות – בין תרבות,**

**דת ולאום**



## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור

פתח-דבר: הדילמה ואפשרויות הפתרון ◀ א. מהלך הדיון ◀ ב. מימוש תרבותי, הפליה והפרדה בדיור ◀ 1. מה בין קבוצות תרבותיות לבין הפליה על רקע השתייכות קבוצתית תרבותית? ◀ 2. הפרדה במגורים ◀ (א) נקודת המוצא: הפרדה במגורים בחברה טעונה ◀ (ב) השלכות שליליות של ההפרדה ◀ (ג) לא כל הפרדה הינה שלילית ◀ ג. התמודדות של המדינה עם דרישות של קבוצות מיעוט תרבותי להפרדה ◀ 1. רוב שסוגר מיעוט, ומיעוט שמבקש להסתגר ◀ 2. על עוורון-צבעים ועל מודעות-צבעים ◀ 3. הצידוק התרבותי העומד בבסיס דרישת הסגירה של קבוצת המיעוט ◀ 4. הוספת ההבחנה שבין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות לדיון (א) על ההבחנה (ב) פגיעתן של חומות משפטיות קשה מזו של גדרות חברתיות ◀ 5. מבט נוסף על דרישתם של מיעוטים מהמדינה לסגור אותם לנוכח קיומה של ההבחנה בין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות ◀ 6. שקלול השיקולים ◀ ד. הניסיון הישראלי – אישור עקרוני של בניית חומות משפטיות ומחירו המתגבש ◀ 1. בניית חומות משפטיות על-ידי המדינה שזכתה בלגיטימיות שיפוטית ◀ (א) חומות משפטיות הנבנות הלכה למעשה על-ידי המדינה סביב ריכוזי אוכלוסייה חרדיים ◀ (ב) חומות משפטיות הנבנות הלכה למעשה על-ידי המדינה סביב ריכוזי אוכלוסייה בדויים ◀ 2. דיון ביקורתי ◀ ה. סיכום.

\* דוקטור למשפטים. מרצה מן החוץ, המרכז האקדמי כרמל. מאמר זה מבוסס על חלקים מעבודת הדוקטורט שלי. ראו גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות (עבודת-גמר לתואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2004). ברצוני להודות לחברי מערכת משפט, חברה ותרבות על הערותיהם.

## פתח-דבר: הדילמה ואפשרויות הפתרון

ישראל היא מדינה רבת-תרבותית, אשר קיימות בה קבוצות תרבותיות ייחודיות מגוונות. היחסים ביניהן הינן מקור למתיחויות ולמורכבויות רבות, המטיחות בנו שאלות מאתגרות – שאלות אשר עלינו, כחברה, מוטלת החובה לגשת אליהן ואל פתרונן במלוא הרגישות והזהירות.<sup>1</sup> אחת מאותן שאלות מורכבות נוגעת ברצונן של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית להסתגר ולהתבדל מסביבתן החיצונית. רצון זה מיתרגם לעיתים לדרישה שהמדינה תסייע בסגירתן של קבוצות אלה, בין באמצעות חקיקה ובין באמצעות מעשי מנהל. על רקע זה מתעוררת הדילמה אם על המדינה להיענות לדרישות האמורות. מדובר בשאלה קשה במיוחד לנוכח הטענה כי סגירה כזו תוכל לשרת צרכים תרבותיים של הקבוצה המבקשת להסתגר. שאלה זו מעוררת דילמה סבוכה, אשר ברשימה הנוכחית אנסה לתת קריאת כיוון להתמודדות עימה.

הפתרון לדילמה זו יכול שישתנה מחברה לחברה, בהתאם למאפיינים הרלוונטיים המיוחדים לה. יש חברות שייחסו חשיבות רבה לתפקידה של המדינה לעודד דווקא אינטגרציה בין הקבוצות השונות המרכיבות אותה. חברות אחרות לא יראו באינטגרציה קבוצתית תרבותית משום יעד נחשק, ואולי נהפוך הוא. כך או כך, שאלה זו, על כל הקושי הטמון בה, אינה חדשה לחברה הישראלית. הלכה למעשה מדינת-ישראל מעורבת בהקצאת קרקעות ייחודיות – למשל, לקבוצה התרבותית החרדית ולקבוצה התרבותית הברווית – והקצאה זו אף נבחנה בעיניים שיפוטיות<sup>2</sup> ואושרה עקרונית. גם בכתיבה האקדמית נשמעים אקורדים רבים וברורים התומכים בהקצאת קרקעות נפרדות על-ידי

1 ראו אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרבת-תרבותיות" הפרקליט מט(1) 47 (2006); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619 (יורם רבין ויובל שני עורכים, התשס"ה).

2 פסקי-הדין הבולטים בעניין זה הם, כידוע, בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989), שבחן בקשה של יהודי להתגורר ביישוב שיועד לאוכלוסייה הברווית (להלן: עניין אביטן); ובג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: עניין אלעד), שבחן את תנאי ההקצאה של קרקע על-ידי משרד הבינוי והשיכון ומנהל מקרקעי ישראל לקבוצה החרדית.

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור**

המדינה לקבוצות מיעוט תרבותי בישראל,<sup>3</sup> וקולות אחרים מזהירים אותנו מאימוץ המודל האינטגרטיבי, ומבססים את הטענה כי אין חפיפה הכרחית בין אינטגרציה לבין שוויון.<sup>4</sup> עד כה נעשתה בכתיבה העיונית בנושא חלוקה גסה בין שתי אפשרויות העומדות לפני החברה הישראלית. האפשרות האחת היא אפשרות הפרדה, שלפיה יש לדאוג לדיור נפרד לחרדים, לבדווים ולקבוצות תרבותיות נוספות. יש הדוגלים גם ביישובים יהודיים נפרדים בשם עקרון יהדותה של המדינה.<sup>5</sup> האפשרות האחרת, המנוגדת, היא אפשרות השילוב – האינטגרציה – שלפיה יש לשבור את הפרדה הקשה הקיימת בחברה הישראלית, שאם לא כן תימצא לכידותה החברתית בסכנה קשה, ואולי אף בסכנה קיומית. טענתי המרכזית היא כי הצגה זו, המציבה לפנינו שתי אפשרויות – אינטגרציה או הפרדה, אינה משקפת את הדילמה לאשורה. לפני החברה הישראלית, כמו לפני כל חברה רבת-תרבותית אחרת, עומדת אפשרות נוספת, שנעלמת מעין הדיון המשפטי והציבורי. המודעות לה היא שתאפשר הגעה למענה ראוי יותר באשר להתמודדות הנאותה של המדינה עם דרישות של מיעוט להפרדה.

היות שהדילמה היא קבוצתית, ולנוכח העובדה שבבסיסה עומדת מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה הישראלית, ההתמודדות עימה חייבת להביא בחשבון דינמיקה קבוצתית תרבותית. במקום שבו מדובר בדינמיקה טעונה, כמו בישראל, נקודת המוצא היא שאם אנו כמדינה לא נגלה כל מעורבות בשוק הדיור, תתקבל הפרדה במגורים בפועל, תתקבל הפרדה בין הקבוצות השונות המרכיבות את החברה הישראלית. את הפרדה הזו אכנה "גדרות חברתיות". תהליכים חברתיים מורכבים יולייכו לכך שיהודים יתגוררו בנפרד מערבים, שחילונים יתגוררו בנפרד מחרדים, שעולים יתגוררו בנפרד מוותיקים וכן הלאה והלאה.<sup>6</sup> אל לאיש להתפלא על כך שהשבטיות והקוטביות ישתקפו בשוק הדיור בישראל גם ללא מעורבות שלטונית. אלא שההפרדה הנגרמת על-ידי הגדרות החברתיות אינה מוחלטת, שכן היא תוצר של מוסכמות חברתיות היכולות להשתנות עם העיתים. זוהי הפרדה חברתית. לצד הפרדה

3 אייל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998).

4 Ruth Gavison, *Does Equality Require Integration? A Case Study*, 3 DEMOCRATIC CULTURE 37 (2000).

5 בדרישות מסוג זה לא אעסוק כאן, שכן במסגרת הנוכחית אתרכז במקרים שבהם המיעוט מעוניין להסתגר, ולא במקרים שבהם הרוב מעוניין לסגור את המיעוט או להסתגר מפניו. על-כן לא נעסוק ברשימה זו, למשל, בניסיון של הרוב היהודי – באמצעות המדינה או באמצעות כלים מהמשפט הפרטי – למנוע כניסת תושבים ערבים לאזורי מגורים נתונים.

6 מובן שאין הכוונה בהכרח להפרדה מוחלטת, כפי שיפורט להלן בס' ג(2)(ב). גם להפרדה יש מידה, יש שיעור ויש עוצמה.

החברתית קיימת אפשרות נוספת – ההפרדה המשפטית. קבוצות תרבותיות המעוניינות בהפרדה הדוקה ואפקטיבית יותר יבקשו להקים את מה שאכנה להלן "חומות משפטיות". כלומר, קבוצות אלה יגייסו את המשפט כדי לבצר ולשמר הפרדה. אחת הבנאיות האפשריות הגדולות של חומות משפטיות היא המדינה עצמה. הקבוצות יכולות לנסות לקדם הפרדה משפטית על-ידי פנייה למדינה בבקשה שזו תקים יישובים שיאוכלסו על-ידיהן בלבד, וזאת באמצעות כלים משפטיים של המשפט הציבורי (חקיקה או מעשי מנהל). בנגזרת זו אתמקד ברשימה הנוכחית.<sup>7</sup>

על רקע זה ניתן לשוב ולבחון את הדילמה העומדת על הפרק. לפני המדינה מתייצב מיעוט תרבותי, המבקש כי המדינה תסגור אותו ותיצור הפרדה משפטית בינו לבין סביבתו. תשובה אחת שהמדינה יכולה לתת היא שמחויבותה לאינטגרציה מחייבת את שלילת הבקשה. התומכים באינטגרציה יעצרו ככל הנראה כאן. אולם גם אם נחזיק בדעה, לנוכח המאפיינים המיוחדים של החברה הישראלית, כי יש להשלים עם מידה כזו או אחרת של הפרדה בקרבנו, עלינו להבדיל עדיין בין הפרדה משפטית לבין הפרדה חברתית קיימת. יהא עלינו לבחור בין הותרת הגדרות החברתיות על כנן לבין עידוד וקידום של הפרדה משפטית.

על-מנת להמחיש נקודה זו, ניטול את הקבוצה החרדית כמשל. גם אם המדינה לא תשריין באופן משפטי קרקע שתיועד לאוכלוסייה חרדית בלבד, ייווצרו עדיין שכונות חרדיות ביישובים שחרדים מתגוררים בהם. אם אנו כחברה סבורים שראוי לאפשר הפרדה בין חרדים לבין מי שאינם חרדים, לנוכח המאפיינים התרבותיים של הקבוצה החרדית, עומדות לפנינו עדיין שתי אפשרויות. האחת היא לא להילחם משפטית בקיומן של שכונות חרדיות וברצונן של קהילות החרדיות להסתגר. נוכל לאפשר לחרדים לסרב למכור או להשכיר את דירותיהם למי שאינו חרדי. בכך נוכל להותיר את הגדרות החברתיות, הקיימות ממילא, על כנן. האפשרות האחרת היא לקדם את ההפרדה, לעודדה ולבצרה, וזאת על-ידי בניית חומות משפטיות אשר יסגרו קהילות אלה באופן הרמטי.

הטענה שאבקש לקדם במאמר זה היא שכאשר אנו, כחברה, בוחרים באפשרות ההפרדה, אנו מגיעים מהר מדי להכשרה של הפרדה משפטית, מבלי שאנו חושבים מספיק על האפשרות להסתפק בהפרדה חברתית. מדוע המשפט בישראל צריך לקדם הפרדה משפטית? מדוע אי-אפשר להסתפק בהפרדה החברתית הקיימת ממילא? הצידוק התרבותי יכול להצדיק הסתפקות באי-מלחמה משפטית בהפרדה החברתית, ונראה לי כי במקרים

7 לא אדון כאן בשאלה, המעניינת כשלעצמה, מהו דין בניית חומות משפטיות באופן עצמאי על-ידי הקבוצות עצמן, תוך שימוש בכלים משפטיים שהמשפט הפרטי מעמיד לרשותן (תאגידי דיור, תניות עבירות, חוזים וכיוצא בהם).

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

רבים אפשרות זו אינה מובאת בחשבון כראוי. חשוב לזכור – וקל מאוד לשכוח – שהפרדה משפטית מזיקה יותר מהפרדה חברתית בכל קנה-מידה. היא טומנת בחובה נזקים קשים לפרטים ולחברה. היא מכרסמת בערכי הסובלנות והפלורליזם, שהם בבחינת לחם-חוק. לנוכח זאת, נקיטתה חייבת להיות בבחינת מוצא אחרון, רק כאשר אין עוד מנוס מפניה. לעומת זאת, במציאות הנוהגת כיום בישראל נראה לי כי הפרדה זו זוכה בלגיטימציה משפטית ואקדמית באופן מהיר מדי ונחרץ מדי. על נחרצות זו אבקש לתהות להלן.

### א. מהלך הדיון

המאמר יעסוק אם כן במצב שבו קבוצת מיעוט מבקשת מהמדינה כי זו תסגור אותה,<sup>8</sup> כלומר, תפעיל את כוח החקיקה שלה או את כוחה של הרשות המבצעת על-מנת ליצור ספֵרה ייחודית לה ולחבריה, לשם מימוש קבוצתי תרבותי. לפני שנפנה לבחון דרישה כזו, חייב לעמוד לרשותנו בסיס שלאורו יהיה אפשר להעריך דרישות מסוג זה. נראה לי חשוב לעמוד תחילה על משמעות ההשתייכות לקבוצה תרבותית, ועל הקלות הרבה שבה מימוש תרבותי עלול ליהפך לזרז לתהליכי ניכור והפליה. עוד חשוב לעמוד על תופעת ההפרדה במגורים על רקע השתייכות קבוצתית תרבותית, על חסרונותיה ויתרונותיה. על רקע זה יהיה אפשר לשוב ולבחון את דרישתה של קבוצת המיעוט, המופנית כלפי המדינה, לבנות בעבורה חומות משפטיות. לאחר גיבוש הבסיס העיוני והעקרוני, יהיה אפשר לבחון באופן

8 כאשר אשתמש במונח "קבוצת מיעוט" לאורכה של רשימה זו, אתיחס לקבוצת מיעוט במובן המספרי, בהינתן חברת-הגג שבקרבה היא חיה. במובן זה אין הכרח שקבוצת מיעוט תהיה חלשה מבחינה חברתית או חברתית-כלכלית. אכן, ייתכנו גם קבוצות מיעוט חזקות מבחינה כלכלית או מבחינה פוליטית. לכן בחברה רבת-מיעוטים, דוגמת החברה הישראלית, הדרישה להסתגרות יכולה להיות רלוונטית למספר רב של קבוצות, ביניהן הקבוצות האתניות השונות העולות לארץ ממגוון רחב של מדינות, כגון עולים ממדינות חבר-העמים, מאתיופיה, מצרפת או מארגנטינה, קבוצת המיעוט הערבי, קבוצת המיעוט החרדי ועוד ועוד. מובן שלא רק קבוצת מיעוט יכולה לבקש הסתגרות. הניסיון ההיסטורי מוכיח היטב כי במקרים רבים היו אלה קבוצות הרוב שביקשו לסגור קבוצות מיעוטים, אלא שמקרים אלה מעוררים בדרך-כלל פחות דילמות בהשוואה למקרים שבהם קבוצת מיעוט היא המבקשת להסתגר. לדיון הגדרתי באשר לקבוצות מיעוט ראו: Hurst Hannum, *The Concept and Definition of Minorities*, in *UNIVERSAL MINORITY RIGHTS* 49 (Marc Weller ed., OUP 2007).

ביקורתי את תהליכי הסגירה המשפטית של שני מיעוטים תרבותיים מיוחדים וייחודיים בישראל – המיעוט החרדי והמיעוט הברדוי.

## ב. מימוש תרבותי, הפליה והפרדה בדיוור

### 1. מה בין קבוצתיות תרבותית לבין הפליה על רקע השתייכות קבוצתית תרבותית?

בחברות רב-תרבותיות קבוצות תרבותיות צועדות להן במסע חברתי משותף. תוצאותיו של המסע אינן ידועות מראש. כפי שנוכל להתרשם מייד, מימוש תרבותי עלול להתדרדר בקלות רבה לכלל מנוע רב-עוצמה המייצר גילויי הפליה ותיוג שלילי. אומנם, המפעל התרבותי הקבוצתי משמש בסיס שורשי ביותר להכוונת התנהגות, ליצירת מערכות יחסים אישיות וחברתיות ולהסדרת אורחות חיים – כל קבוצה ומאפייניה המיוחדים.<sup>9</sup> אולם שורש הסכנה טמון בכך שהמפעל התרבותי, מעצם הגדרתו, מייצר ייחודיות. כך, למשל, קבע ובר (Weber) ביחס ללאום כי מושג זה, אם ניתן בכלל להגדירו, צריך להיות מוסבר בבסיסו על-ידי תחושתם של חברי הלאום כי הם שונים מקבוצות אחרות. המושג "לאום" מורכב אפוא מערכים משותפים של בני הקבוצה הלאומית אשר מבדילים אותה מקבוצות אחרות.<sup>10</sup> יש חשיבות לשפה המשותפת (המבדילה) לא במובנה הצר, אלא במובנה הרחב – במובן של ערכים משותפים, שבני הקבוצה מודעים להם, המייחדים אותם מאחרים. הנאמר כאן ביחס ללאום יפה, בשינויים המחויבים, גם לקבוצות תרבותיות אחרות, כגון קבוצות דת, קבוצות אתניות וקבוצות גזע. רבות נכתב, למשל, על הצורך בשימור התרבות השחורה לנוכח החשש מפני תהליכי התבוללות.<sup>11</sup> מדובר ברצון לשמר את ייחודיותה של

9 Joseph Raz & Avishai Margalit, *National Self-Determination*, in JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS 125, 129–130 (1994).

10 Max Weber, *The Nation*, in NATIONALISM 21, 21–22 (John Hutchinson & Anthony Smith eds., 1994).

11 ראו, למשל: ROY L. BROOKS, INTEGRATION OR SEPARATION? A STRATEGY FOR RACIAL EQUALITY (1996). כן ראו: Roy L. Brooks & Mary Jo Newborn, *Critical Race Theory and Classical-Liberal Civil Rights Scholarship: A Distinction Without a Difference?* Douglas E. Litowitz, *Some Critical Thoughts on* 82 CAL. L. REV. 787 (1994) *Critical Race Theory*, 72 NORTE DAME L. REV. 503 (1997).



**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור**

תרבות זו, אשר שונה ומיוחדת יחסית לסביבתה הכללית. רצון זה ישים הן ביחס לקבוצות המיעוט התרבותיות בחברה והן ביחס לקבוצות הרוב שבה.

ניתן לומר כי ההשתייכות הקבוצתית לדת, לגזע, ללאום או לאתניות משרתת שני צרכים חשובים של חברי הקבוצה. הצורך האחד הוא הצורך האנושי להשתייך למפעל קבוצתי תרבותי. ההשתייכות הקבוצתית היא הנותנת לפרטים את תחושת ההשתייכות. היא חלק בלתי-נפרד מהזהות העצמית.<sup>12</sup> השפה התרבותית, ההיסטוריה הקבוצתית, המנהגים וההשקפות – כל אלה מקנים לפרט תחושת השתייכות מכוונת. עם זאת, ההשתייכות לקבוצה התרבותית משרתת צורך נוסף שחשוב לחברי הקבוצה – הצורך בייחודיות. הקבוצה התרבותית, בין שהיא קבוצה לאומית, אתנית או דתית, היא קבוצה ייחודית. קבוצות אחרות אינן נכללות בה.<sup>13</sup>

הקבוצות התרבותיות צועדות לפיכך כולן, הן וחבריהן בתוכן, במסע חברתי – מסע של שותפות-גורל המבחין בין חברי הקבוצה לבין מי שאינם כאלה. מאפייניו של המסע יכולים להשתנות משום שהמטען התרבותי של הקבוצות יכול להשתנות, הן ברמת חברי הקבוצה עצמם הן ברמת הקבוצה ככזו. כפי שציינה תמיר, פרטים יכולים לערוך חשבון-נפש לגבי המטען הקבוצתי-התרבותי שלהם.<sup>14</sup> חשבון-נפש זה יכול שיוליך לשינויים תרבותיים. אומנם, שינוי בזהות העצמית הינו תהליך עמוק שאינו מתרחש לעיתים תכופות, אולם מדובר בשינוי אפשרי, שגם מתרחש הלכה למעשה. קיים מימד של בחירה בחיים התרבותיים.<sup>15</sup>

אם אלה פני הדברים, אזי אפשר לראות עד כמה קל לעבור ממימוש תרבותי, הראוי להערכה, להפליה, הראויה לגנאי. הוסיפו לשוני שבין הקבוצות את הטענה כי קבוצות

12 Kenneth Karst, *Paths to Belonging: The Constitution and Cultural Identity*, 64 N.C. L. Rev. 303, 307–308 (1986).

13 דוגמה משפטית המדגישה יפה את התחולה הבר-זמנית של מרכיב ההשתייכות לקבוצה ושל מרכיב הייחודיות שלה ניתן למצוא בהגדרה שנתן בית-הלורדים בבריטניה למונח "אתניות". לעניין זה ראו: (U.K.) 1 All ER 1062 [H.L. 1983] *Mandla v. Dowell*. הלורד פרייזר (Fraser) קבע בפסק-דינו כי שני התנאים הכרחיים לקיומה של קבוצה אתנית הם: (1) "a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive" (2) "a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners" (שם, בעמ' 1067). לצד תנאים הכרחיים אלה מנה בית-הלורדים תנאים שאינם הכרחיים אך אופייניים לקבוצות אתניות רבות, כגון מוצא גיאוגרפי משותף, שפה משותפת (לאו דווקא ייחודית), עשייה ספרותית מיוחדת, אמונה דתית משותפת, השתייכות לקבוצת מיעוט וכיוצא בהם.

14 Yael Tamir, *Liberal Nationalism* 29 (1993).

15 ראו עוד לעניין זה אצל: John Rawls, *Political Liberalism* 20 (1996).

מסוימות עדיפות וטובות בהשוואה לאחרות, וקבלו את המתכון המהיר להפליה שורשית ומסוכנת. כך, למשל, גזענות משקפת יצירת מדרג של גזעים על-פי טיבם, תוך ייחוס מאפיינים כוללניים לגזעים אלה.<sup>16</sup> הפליה בין קבוצות נעוצה בשורשים קבוצתיים. יש המסווגים אותה כמחלה – מחלה חברתית.<sup>17</sup> את המחלה החברתית הזו אי-אפשר להסביר רק על-ידי התמקדות במקרים שבהם אנשים מתכוונים באופן מודע להפלות אחרים. יש להתחשב במה שלורנס (Lawrence) כינה "הפליה בלתי-מודעת".<sup>18</sup> היא ניזונה מסטריאוטיפים שהופנמו בהכרתנו ואשר אין לנו מהרהרים עוד אחריהם. הפליה, שמקורה בתיוגים חברתיים שליליים, הינה מושרשת במיוחד בחברות שקיימות בהן תרבויות שונות הנבדלות מאוד זו מזו. הסטריאוטיפים המזינים את ההפליה נוצרים כתוצאה מהצורה שבה אנו תופסים קבוצות אחרות. מקורם, לפיכך, ביחסים בין קבוצות תרבותיות שונות. ביחס לשונה מאיתנו קל לנו לפתח תחושות של ניכור וסלידה, המשמשות כר פורה ליצירת תיוגים חברתיים שליליים, המזינים בתורם את ההפליה היומיומית, בין שמדובר בהפליה בוטה או בגילויי הפליה מעודנים יותר.

פרשמן (Freshman) העמיד את ההסבר להפליה על בסיס עמוק יותר.<sup>19</sup> הוא התמקד בנטייתנו להעדיף את בני הקבוצה שלנו על האחרים (ingroup sympathy) ובנטייתנו לפתח תחושות ניכור כלפי כל מי שאינו משתייך לקבוצתנו (outgroup hostility).<sup>20</sup> תחושת הניכור כלפי מי ש"אינו אנחנו" גורמת לפיתוח בר-זמני של נטיות מפלות בכמה מישורים. כך, מחקרים מצביעים כי הסולדים מיהודים בארצות-הברית סולדים לרוב גם מאפרו-אמריקאים, ממי שאינם אמריקאים וכיוצא בהם.<sup>21</sup> שורשיה של ההפליה נעוצים, לפיכך, ביחס שלנו כלפי כל מי ש"אינו אנחנו".<sup>22</sup> קל לראות את הקשר של הדברים למהות

16 אחת ההגדרות המקובלות לגזענות היא שימוש בהשתייכות גזעית כבסיס לאיתור יכולות ומאפיינים פיזיים ונפשיים, המשמשים בסיס לדירוג גזעים כטובים או כרעים, כעליונים או כנחותים. להגדרת המונח ראו: Racism, in ENCYCLOPEDIA OF THE HOLOCAUST 1206 (Israel Gutman ed., 1990).

17 Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 321 (1987).

18 שם, בעמ' 323.

19 Clark Freshman, *Whatever Happened to Anti-Semitism? How Social Science Theories Identify Discrimination and Promote Coalitions Between "Different" Minorities*, 85 CORNELL L. REV. 313, 320–321 (2000).

20 שם, בעמ' 322–323.

21 שם, בעמ' 368.

22 שם, בעמ' 370.

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור**

המימוש התרבותי, הכרוכה בטבורה בהדגשת המשותף לנו, לבני הקבוצה, תוך הדגשת ייחודיותנו בהשוואה לאחרים. קל מאוד – קל מדי – להפוך את האחר לנחות. על רקע זה מוטלת עלינו, כחברה, החובה לעשות כל מאמץ שהמסע החברתי הבר-זמני של הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה לא יתדרדר לצלילה לנתיבים המוליכים להעצמתם של יחסי ניכור, תיוג שלילי והפליה. העובדה שהמטען התרבותי אינו סטטי יכולה לבוא לידי ביטוי בכך שתהליכים חברתיים יכולים לקרב תרבויות זו לזו אך גם להרחיקן זו מזו. ה"אנחנו" שלנו יכול לכלול קבוצות שלא נכללו בו בעבר, אך הוא יכול גם לדחוק קבוצות. היחסים הפנים-חברתיים יכולים להשתפר אך גם להתדרדר. התודעה הקבוצתית התרבותית יכול שתלבש פסים מפלים, אך אין זה הכרחי שכך יהיה. מה מקומה של הפרדה בדיור לנוכח כל האמור עד כה? נראה לי ברור שבחברה רב-תרבותית שקיימת בה הפרדה במגורים בין הקבוצות השונות קיים גם בסיס ניכר ורחב יותר ליצירת הפליה. קל מאוד לפתח ולשמר תיוגים שליליים כלפי "אחר" אשר אינו גר בסביבת המגורים שלך ואינו שותף לחוויית היומיום שלך. על רקע זה, על החברה הרב-תרבותית להתבונן על ההפרדה במגורים בחשש. עליה להיות מודעת לסכנות הטמונות בה. עם זאת, הפרדה במגורים יכולה, לעיתים, לשרת מטרות חשובות של קבוצות המעוניינות בהסתגרות. היא יכולה לקדם מימוש תרבותי חיוני של קבוצות שרואות בה תנאי חשוב למימוש תרבותן. יש לזכור כי לא כל הפרדה במגורים היא הפליה במגורים.

**2. הפרדה במגורים**

**(א) נקודת המוצא: הפרדה במגורים בחברה טעונה**

מציאות החיים מראה כי בהינתן מערכת יחסים טעונה בין קבוצות תרבותיות שונות המרכיבות את החברה, ובהינתן אי-מעורבות מדינתית בשוק הדיור, תיווצר הפרדה (סגרגציה) בדיור. הפרדה על רקע תרבותי היא תופעה שקיימת בכל החברות הרב-תרבותיות המערביות, אך עוצמתה משתנה מחברה לחברה. קיים טווח של עוצמות הפרדה. כך, במדינות אירופה, גם כאשר קיימת הפרדה בולטת, רמתה נמוכה מזו שבארצות-הברית<sup>23</sup> ואף מזו שבישראל. מובן שהפרדה בדיור קשורה באופן הדוק

Elizabeth D. Huttman, *Housing Segregation in Western Europe: An Introduction*, in 23  
URBAN HOUSING SEGREGATION OF MINORITIES IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED  
STATES 21, 21 (Elizabeth D. Huttman ed., 1991).

להפרדה בתחומי חיים אחרים, כגון שוק העבודה ומערכת החינוך, שהרי המגורים מהווים בסיס לכל.<sup>24</sup>

גם אם רשויות השלטון לא יהיו מעורבות כלל בשוק הדיור, נוכל עדיין לראות את תופעת ההפרדה בדיור בכל חברה רבת-תרבותית שבה היחסים הבין-תרבותיים טעונים.<sup>25</sup> הסיבות לכך רבות ומגוונות – ציבוריות ופרטיות.<sup>26</sup> יש המסבירים את ההפרדה תוך שימת דגש בגורמים כלכליים.<sup>27</sup> אם העושר בחברה מתחלק בצורה לא-שוויונית בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות אותה, הדבר יכול לדידי ביטוי בהבדלים ביכולת הגישה לאזורי מגורים איכותיים. אלא שההסבר הכלכלי צר מדי, ונגזר בחלקו מהסברים אחרים, ביניהם הסברים הנוגעים ביחסים שבין קבוצות תרבותיות.<sup>28</sup> מחקרים גיאוגרפיים וסוציולוגיים רבים תולים את ההסבר להפרדה בדיור בדינמיקת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות השונות הקיימות בחברה.<sup>29</sup> רבים סבורים כי אין להסביר את תופעת ההפרדה אלא כתוצר של הפליה חברתית כוללת ונמשכת.<sup>30</sup> במקרים שבהם היחסים שבין הקבוצות התרבותיות טעונים, הדבר יכול לבוא לידי ביטוי בכך שבני קבוצות תרבותיות ינסו למנוע אחרים

- SUSAN J. SMITH, THE POLITICS OF "RACE" AND RESIDENCE: CITIZENSHIP, SEGREGATION AND WHITE SUPREMACY IN BRITAIN 44–45 (1989) 24
- דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בניסיון הבריטי לאחר מלחמת-העולם השנייה. הממשלה הבריטית נמנעה באופן מובהק מנקיטת צעדים אפרמטיביים לצורך התמודדות עם גלי ההגירה ששטפו את המדינה, ועובדה זו תרמה במידה רבה לחיזוק תהליכי ההפרדה בין קבוצות המהגרים לבין קבוצת התושבים הוותיקים בבריטניה. ראו סקירה של תהליכים אלה אצל SMITH, שם, בעמ' 11. המחשבה הייתה שכוחות השוק יוליכו מעצמם לאינטגרציה חברתית ודמוגרפית של זרם המהגרים למדינה, אולם התוצאה הייתה יצירתה של הפרדה חברתית משמעותית. המהגרים נדחקו לשוק הדיור הפרטי וליחידות דיור מאיכות נמוכה ביותר במרכזי הערים. כוחות השוק הוכיחו כי הם מוליכים להפרדה, ולא לאינטגרציה. שם, בעמ' 131.
- Richard Thompson Ford, *The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis*, 107 HARV. L. REV. 1843, 1848 (1994) 26
- Juliet Saltman, *Theoretical Orientation: Residential Segregation*, in URBAN HOUSING SEGREGATION OF MINORITIES IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 1, 5 (Elizabeth D. Huttman ed., 1991) 27
- SMITH, לעיל ה"ש 24, בעמ' 106. 28
- Saltman, לעיל ה"ש 27, בעמ' 5–6. 29
- CHARLES M. HAAR, SUBURBS UNDER SIEGE: RACE, SPACE, AND AUDACIOUS JUDGES 6 (1996). 30

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

מלהתיישב באזורי המגורים שלהם. לעומת זאת, הפרדה יכולה לנבוע גם מהעדפה תרבותית של קבוצת האוכלוסייה עצמה להסתגר.<sup>31</sup> ראינו כי אנו נוטים על-נקלה להעדיף את חברתם של אלה שאנו תופסים כדומים לנו, ולגבי אלה שאנו רואים כשונים מאיתנו קצרה הדרך ליחסים המבוססים על תיוגים שליליים וניכור. תובנה זו יכולה להסביר כיצד, במסגרת מדינות אירופיות החוות הגירה, אנו עדים לתהליכי אינטגרציה של מיעוט איטלקי ולתהליך הפרדה של מיעוטים ממדינות אפריקה הצפונית המתרחשים באותה מדינה ממש, אף שאלה גם אלה מהגרים.<sup>32</sup> במדינות רבות תהליכי ההפרדה הם ביטוי להיפכותן להומוגניות פחות ולהיווצרות מתח תרבותי בין הקבוצות השונות החיות בהן. כך, למשל, המהומות שפרצו ברוטרדם שבהולנד בשנת 1972 בישרו כי הולנד אינה עוד מדינה הומוגנית, לנוכח ההתעצמות של זרם הקבוצות האתניות שהיגרו אליה – בעיקר קבוצת הפועלים התורכים.<sup>33</sup> הפרדה אינה נחלתם של מהגרים בלבד. היא אופיינית גם למיעוטים לאומיים, כמובן. מתחים בין קבוצות לאומיות לבין חברת-הגג שבה הן חיות יכולים לשמר ולהעצים תהליכי הפרדה. גם כאן אין צורך להרחיק נדוד, למרבה הצער. דוגמה בולטת לכך היא ההפרדה בדיוור הקיימת בין יהודים לערבים בישראל.<sup>34</sup>

מובן שניתן להרחיב עוד הרבה בכל הנידון כאן, אך לצורך רשימה זו אוכל להניח כנתון כי יחסים טעונים בין קבוצות תרבותיות שונות בחברה רבת-תרבותית, בין שמדובר בקבוצות מהגרים ובין שמדובר בקבוצות לאומיות, יוליכו למידה כזו או אחרת של הפרדה בדיוור.

### (ב) השלכות שליליות של ההפרדה

הנה כי כן, נקודת המוצא הינה הפרדתית. ומה רע יש בהפרדה? הפרדה עלולה להוליך לעיוותים קשים בחלוקה החברתית של המשאבים. ריכוז גבוה של בני קבוצות תרבותיות חלשות מבחינה פוליטית עלול להוליך להזנחת האינטרסים שלהם ולהקצאת-חסר של

31 Saltman, לעיל ה"ש 27, בעמ' 4.

32 Huttman, לעיל ה"ש 23, בעמ' 22.

33 Wim Blauw, *Housing Segregation for Different Population Groups in the Netherlands*, in *URBAN HOUSING SEGREGATION OF MINORITIES IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES* 43, 43 (Elizabeth D. Huttman ed., 1991).

34 Eliezer Ben-Rafael, *The Israeli Experience in Multiculturalism*, in *BLURRED BOUNDARIES: MIGRATION, ETHNICITY, CITIZENSHIP* 111, 117 (Rainer Baubock & John Rundell eds., 1998). מובן שהפרדה זו לא נוצרה רק כתוצאה מכוחות השוק, אלא היו מעורבים בה במשך השנים גם גורמים ממלכתיים רבים ומגוונים.

משאבים בעבורם. אכן, דוח שחיבר קרנר (Krener) בארצות-הברית השפיע רבות על הקונגרס לצאת במלחמה משפטית, באמצעות חקיקה, נגד הפליה בדיוור במשפט הפרטי. הדוח ציין כי החברה האמריקאית כוללת למעשה שתי חברות נפרדות ולא-שוות: האחת שחורה והאחרת לבנה.<sup>35</sup> הניסיון האמריקאי עם הפרדה בדיוור משקף דחיקה של מיעוטים אל מחוץ למוקדי החלוקה וההשפעה החברתיים.<sup>36</sup> הפרדה תורמת לשימור אי-שוויון בחברה במישורים הכלכלי, החברתי והפוליטי, שכן היא חוסמת את הגישה למימוש זכויות בסיסיות וזכויות חשובות אחרות.<sup>37</sup> מובן שריכוז של קבוצות תרבותיות חזקות מבחינה פוליטית במקום מסוים יכול להוליך להקצאת-יתר של משאבים לקבוצות אלה. אי-שוויון זה בהקצאת משאבים עלול להוות, בתורו, חומר-נפץ בחברה רב-תרבותית בעלת רגישויות, דוגמת החברה האמריקאית או החברה הישראלית.

חשוב לציין כי השלכותיה של ההפרדה נוגעות לא רק במשאבים כספיים. הפרדה היא דרך חיים. יש לה משמעות חברתית.<sup>38</sup> אכן, במקרים רבים ההפרדה משקפת ומעצבת את טיבן של מערכות היחסים בין הקבוצות התרבותיות השונות בחברה. היא כוללת מטענים חברתיים ואידיאולוגיים. כך, למשל, מחקרים בבריטניה הראו כי קרוב ל-40% מביין אלה הסבורים כי חלה ירידה באיכות המגורים בשכונתם ייחסו זאת לכניסתם של לא-לבנים ומהגרים לאזור מגוריהם.<sup>39</sup> זוהי דוגמה לחשיבה סטיגמטית שהפרדה יכולה להזין. הפרדה יכולה לנבוע גם ממאבקי כוחות בין קבוצות תרבותיות שונות המרכיבות את החברה. היא עלולה לקדם פגיעה בקבוצות תרבותיות חלשות, ולמנוע כניסה של בני קבוצות תרבותיות "לא-רצויות" לאזור מגורים נתון. קבוצות תרבותיות נוטות להאדיר את עצמן ולהתייחס באופן שלילי לקבוצות אחרות.<sup>40</sup> נטייה זו מתחזקת כאשר קיימת מציאות הפרדתית.

אלא שכאמור, רעתה הגדולה ביותר של הפרדה במגורים היא העובדה שהיא מעודדת ומזינה ניכור חברתי והפליה. במקרה קיצוני היא עלולה להוליך גם להתפוררות חברתית. הפרדה, מעצם הגדרתה, מצמצמת את המגע בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה. איליי (Ely) עמד על חשיבות המגע בין הקבוצות התרבותיות השונות בחברה

35 לקוח מתוך Ford, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1919.

36 שם, בעמ' 1844.

37 SMITH, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14.

38 שם, בעמ' 15, 147.

39 שם, בעמ' 149.

40 J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 STAN. L. REV. 993, 1007 (1995)

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור**

רבת-תרבותית.<sup>41</sup> ברור כי לצמצום המגע הבין-תרבותי יש השלכות חברתיות שליליות. צמצום זה מפרה את הכר לצמיחתן של השקפות סטריאוטיפיות בין הקבוצות התרבותיות השונות. כאשר אין מגע בינך לביני, קל לך מאוד לפתח דעות קדומות כלפיי וכלפי חבריי, ולהפך, וקשה מאוד לעוקרן מהשורש בהעדר קשר מוחשי שיוכל לסתור אותן. זהו מתכון מסוכן להתרחקות ולעיצוב תודעה קבוצתית של עוינות וניכור. הפרדה בדיוור עלולה להוליך גם למהומות חברתיות קשות ולגילויי אלימות, דוגמת אלה שחוותה ארצות-הברית במהלך שנות השישים של המאה העשרים וכן מהומות אוקטובר 2000 שחוותה החברה הישראלית. קבוצות תרבותיות מופרדות עלולות להרגיש אי-השתייכות לחברה.<sup>42</sup> קיים חשש עמוק שאומה אשר חלקיה מופרדים זה מזה תאבד, בסופו של חשבון, את יכולתה לגייס את כל מרכיביה למפעל חברתי משותף.

**(ג) לא כל הפרדה הינה שלילית**

ההפרדה מהווה אם כן תופעה חברתית שיש לה השלכות שליליות, העלולות להיות מסוכנות ביותר ליחיד ולחברה. עם זאת, אין לומר כי ההפרדה כוללת אך ורק מרכיבים שליליים. אין "הפליה" ו"הפרדה" בגדר מונחים נרדפים.<sup>43</sup> אין לשלול את האפשרות שההפרדה תשקף מציאות המועדפת על בני קבוצות תרבותיות מסוימות מסיבות חיוביות, כגון רצון לקדם אורח חיים תרבותי ייחודי.<sup>44</sup> ההשתייכות התרבותית מדגישה אומנם את השונה בין המשתייכים לקבוצה לבין אלה שאינם משתייכים אליה,<sup>45</sup> אך עובדה זו נכונה לגבי כל קהילה תרבותית באשר היא. קהילה שאינה מפרידה בין המשתייכים אליה לבין אלה שאינם משתייכים אליה אינה קהילה של ממש. התבדלות, על כל השלכותיה השליליות, הינה חיונית לשם יצירת זהות ייחודית. אין אנו מוגדרים רק על-ידי מה שאנו, אלא גם על בסיס מה שאין אנו.<sup>46</sup> הפרדה יכולה לשרת צורך של בני קבוצות תרבותיות

.JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 161 (1980) 41  
Sylvia R. Lazos Vargaz, *Democracy and Inclusion: Reconceptualizing the Role of the* 42  
*Judge in Pluralist Polity*, 58 MD. L. REV. 150, 208 (1999)  
Nathan Kantrowitz, *Ethnic Segregation: Social Reality and Academic Myth*, : 43  
*in ETHNIC SEGREGATION IN CITIES* 43, 54 (Ceri Peach, Vaughan Robinson & Susan  
.Smith eds., 1981)  
.SMITH, לעיל ה"ש 24, בעמ' 36. 44  
ראו לעיל בתת-פרק ב.1. 45  
Georgette C. Poindexter, *Collective Individualism: Deconstructing the Legal City*, 145 46  
.U. PA. L. REV. 607, 637 (1997)

מסוימות להנגיד את עצמם לקבוצות אחרות, על-ידי יצירת אזורים שבהם יהיה להם ייצוג בולט.

אך לא רק שיקולים של מימוש תרבותי יכולים להוליך להפרדה בעלת השלכות תרבותיות חיוביות. כך, למשל, קבוצות תרבותיות הנתקלות בקשיים בנסיוןן להשתלב בחברת-הגג יכולות למצוא חוזק, נחמה ושותפות-גורל אם סביבת מגוריהן תהיה מורכבת מהדומים להן. הדבר בולט במיוחד בקבוצות תרבותיות של מהגרים, השואבות כוח ממגורים בסביבת מהגרים בהתמודדותן עם קשיי ההתאקלמות. כך ניתן להסביר את היווצרותן של שכונות יהודיות, איטלקיות ומזרח-אסייתיות בניו-יורק, כאשר זו חוותה את גלי ההגירה האדירים אליה.<sup>47</sup> כך ניתן להסביר את העובדה שמהגרים אלג'ירים שהגיעו לפריז חיפשו במובהק את שכונות המגורים שאליהן הגיעו קודמיהם.<sup>48</sup> על רקע זה אין זה הכרחי שכל הפרדה תהיה שלילית. אין לומר כי כל הפרדה היא הפליה. הפרדה יכולה לקדם מטרות תרבותיות ענייניות וחשובות של קבוצות תרבותיות מסוימות בחברה אשר מודעת להיותה חברה רב-תרבותית.

ניתן אם כן להתרשם כי ההפרדה הינה תופעה מורכבת. יש בה סכנות גדולות, אך אין היא כולה שלילית בהכרח. על רקע זה אפשר לבחון כעת פניות של קבוצות מיעוט תרבותי אל המדינה בדרישה שזו תפריד אותן מסביבתן.

### ג. התמודדותה של המדינה עם דרישות של קבוצות מיעוט תרבותי להפרדה

#### 1. רוב שסוגר מיעוט, ומיעוט שמבקש להסתגר

הניסיון ההיסטורי המוכר מראה כי בחברות ששררו בהן יחסים עכורים מאוד בין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט, גויס כוחה של המדינה על-מנת לקדם הפרדה כפויה, אשר דחקה את המיעוט לשוליים החברתיים. את אחת הדוגמות המובהקות לכך ניתן למצוא בניסיון שהצטבר בחברה האמריקאית. סבלו של המיעוט השחור בארצות-הברית ידוע לכל, אך מהלכי ההפליה כווננו לא רק כלפיו. כך, בכמה מדינות בארצות-הברית נאסר על יהודים להצביע עד לאמצע המאה התשע-עשרה.<sup>49</sup> הפרדה בחינוך כללה גם תלמידים ממוצא אסייתי וממוצא מקסיקאי, והיו מקומות שבהם נשלחו גם ילדים איטלקים לבתי-

47 ראו Brooks, לעיל ה"ש 11, בעמ' 244.

48 Huttman, לעיל ה"ש 23, בעמ' 31.

49 Karst, לעיל ה"ש 12, בעמ' 321.



**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור**

ספר של אפרו-אמריקאים.<sup>50</sup> מעשי ליניץ נעשו גם ביהודים,<sup>51</sup> ויש לזכור גם את הקשיים הנוראים שפקדו את האוכלוסייה היפנית.<sup>52</sup> עם זאת, גילויי ההפליה וההפרדה השיטתיים ביותר כווננו נגד המיעוט השחור. חוקי Jim Crow, הזכורים לשמחה, הפרידו בין שחורים לבנים בתחומי חיים שונים ומגוונים, אשר היקפם מסמר שיער ממש. ההפרדה נתנה את אותותיה במוניות, ברכבות ובאוטובוסים, בחדרי-המתנה, בברזיות, בבתי-ספר ובאוניברסיטות, בבתי-חולים, בבתי-סוהר, בבתי-קברות, במתקני ספורט, בחופים, בבתי-מרחץ, בכרכות-שחייה, בפארקים, בקפיטריות בבתי-משפט, בספריות, בתיאטראות, בבתי-מלון, במסעדות ועוד ועוד.<sup>53</sup> בתחום הדיוור מצב הדברים היה מורכב יותר,<sup>54</sup> אך גם שם היה אפשר למצוא מעורבות מדינתית בקידום הפרדה. כך, בשנות השלושים של המאה העשרים, כאשר רשויות דיוור מטעם הממשל הפדרלי החלו לספק דירות לבעלי הכנסות נמוכות, הן עצמן הפרידו בין אפרו-אמריקאים לבנים.<sup>55</sup> הניסיון הקנדי בעניין זה ידוע פחות, אך גם שם ניתן למצוא מעורבות משמעותית של המדינה בקידום הפרדה, בעיקר באמצעות חקיקה. רוב הצעדים כווננו בעיקר נגד המהגרים ממזרח אסיה.<sup>56</sup> על סינים נאסר באמצעות חקיקה לעבוד במכרות פחם.<sup>57</sup> על סינים, יפנים

- 50 שם, בעמ' 321–322.
- 51 ראו: Frank v. Mangum, 237 U.S. 309 (1915).
- 52 Karst, לעיל ה"ש 12, בעמ' 322.
- 53 ראו: HENRY J. ABRAHAM & BARBARA A. PERRY, FREEDOM AND THE COURT: CIVIL RIGHTS AND LIBERTIES IN THE UNITED STATES 328 (6th ed. 1994). חוקי ההפרדה האמורים זכו, עקרונית, בהכרה שיפוטית בפסק-הדין הידוע בעניין Plessy v. Ferguson, 16 S.Ct. 1138 (1896) (להלן: עניין Plessy), שהכיר בחוקתיותו של עקרון ה"נפרד אך שווה".
- 54 ההפרדה הושגה בעיקרה על-ידי שימוש בתניות עבירות, כלומר, באמצעות כלים מהמשפט הפרטי, וזאת עד לפסק-הדין בעניין Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948). ראו: CLEMENT E. VOSE, CAUCASIANS ONLY: THE SUPREME COURT, THE NAACP, AND THE RESTRICTIVE COVENANT CASES (1959). עם זאת, ניסיון להפריד בין מגורי שחורים למגורי לבנים באמצעות הרשויות המקומיות ודיני התכנון והבנייה הוכרו כבלתי-חוקתיים. ראו: Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917). הטעם לכך לא היה מצוי בדיני השוויון, אלא בהתערבות הפסולה בחופש החוזים ובקניין הפרטי.
- 55 Michelle Adams, *Separate and [Un]equal: Housing Choice, Mobility, and Equalization in the Federally Subsidized Housing Program*, 71 TUL. L. REV. 413, 436 (1996).
- 56 לסקירה בעניין זה ראו: JAMES W. ST. G. WALKER, "RACE," RIGHTS AND THE LAW IN THE SUPREME COURT OF CANADA: HISTORICAL CASE STUDIES 57 (1997); Bruce Ryder, *Racism and the Constitution: The Constitutional Fate of British Columbia Anti-Asian Immigration Legislation, 1884–1909*, 29 OSGOODE HALL L.J. 619 (1991).

והודים נאסר להשתתף בבחירות.<sup>58</sup> בחוק אחר בפרובינציה ססקצ'וון (Saskatchewan) נאסר על סינים להעסיק נשים לבנות.<sup>59</sup> בסופו של דבר החלו הפרובינציות הקנדיות עצמן לבטל דברי חקיקה אלה, ורובם ככולם בוטלו עד לאמצע המאה העשרים. במקביל, בארצות-הברית, הכריז בית-המשפט העליון כי חוקי ה"נפרד אך שווה" הינם בלתי-חוקתיים.<sup>60</sup>

אלא שהחברה הרב-תרבותית ניצבת כיום בפני דרישות מסוג שונה. הפעם מדובר בקבוצות המיעוט התרבותי אשר פונות אל המדינה ומבקשות כי זו תפריד בינן לבין סביבתן. בדרך-כלל הן מצביעות על הרצון בשימור המפעל התרבותי כמצדיק את הבקשה להסתגרות. לכאורה, המיעוט אינו מובל להסתגרות בניגוד לרצונו, אלא מעוניין להסתגר. דרישות מסוג זה מעוררות דילמה קשה יותר מאשר הסגירה הכפויה מהסוג שראינו לעיל. לפני שניגש לדון בהן, חשוב לציין כי דרישות אלה אינן חדשות, ואין הן תוצר של עשרות השנים האחרונות. כבר במאה התשע-עשרה חיו בארצות-הברית קהילות רבות שניהלו אורח חיים נפרד ונבדל. כך, רוזן (Rosen) מצביע על קבוצות כגון Oneida, Shakers, Harmonists, Icaria, Hutterites, Amana ו-Zoar כמבקשות לשמר אורח חיים מתבדל.<sup>61</sup> בני קהילה דתית אדוקה וסגורה – ביקשו במאה התשע-עשרה מהקונגרס האמריקאי להקצות להם שטח שבו יוכלו להסתגר, ובקשתם זו נדחתה.<sup>62</sup> דוגמה בולטת נוספת ניתן למצוא ברצונה של הקהילה המורמונית להסתגר על-מנת לא להיות חשופה לדרכי חיים אחרות העלולות לפגוע במאמינים.<sup>63</sup>

57 ראו את הדיון המשפטי לגבי החוק: Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden, [1899] A.C. 580 (P.C.) (appeal taken from B.C.) (U.K.) זהו ניתוח מאלף שבו נפסל החוק אף שבאותה תקופה לא התאפשרה ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בגין תוכנם.

58 Cunningham v. Homma, [1903] A.C. 151 (P.C. 1902) (appeal taken from B.C.) (U.K.)

59 Quong Wing v. The King, [1914] 18 D.L.R. 121 (Can.)

60 פסק-הדין הידוע בעניין Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) שביטל את ההפרדה בחינוך, היה בבחינת סנונית ראשונה לפסיקה ענפה שביטלה את ההפרדה גם בתחומי חיים אחרים ומגוונים. ראו, למשל: Holmes v. City of Atlanta, 350 U.S. 879 (1955); Johnson v. Virginia, 373 U.S. 61, 62 (1963)

61 Mark D. Rosen, *The Outer Limits of Community Self-Governance in Residential Associations, Municipalities, and Indian Country: A Liberal Theory*, 84 VA. L. REV. 1053, 1056 (1998)

62 שם, בעמ' 1055.

63 שם, בעמ' 1071.

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור**

גם דמויות-מפתח בקהילה השחורה קראו, כבר לאחר מלחמת-האזרחים האמריקאית, ליצור מסגרות נפרדות לבני הקהילה כדי להגדיל את כוחם הפוליטי והחברתי, וזאת על-מנת לאפשר השתלבות בחברה האמריקאית מעמדת כוח. עם מנהיגים אלה ניתן למנות את Booker T. Washington<sup>64</sup> ואת Marcus Garvey<sup>65</sup>. הניסיון העגום של יחסי שחורים-לבנים בחברה האמריקאית וכשלונו החזון האינטגרטיבי הניעו מנהיגים בולטים, כגון Malcolm X<sup>66</sup>, להפנות עורף לרעיון האינטגרציה, ולנסות לכוון את הקהילה השחורה לנתיב של הסתגרות, תוך הדגשת "העליונות השחורה". קולם של אלה הקוראים לקהילה האפרו-אמריקאית לזנוח את חזון האינטגרציה רק הולך וגובר עם השנים.<sup>67</sup> קולות ההסתגרות הללו נשמעים גם בתחום הדיוור.<sup>68</sup>

**2. על עוורון-צבעים ועל מודעות-צבעים**

כיצד על המדינה להגיב על דרישות של קבוצות מיעוט להסתגר? נראה כי התשובה שתיתן כיום במשטר החוקתי האמריקאי היא שאסור למדינה להיענות לדרישות אלה, וזאת על-פי דוקטרינת "עוורון-הצבעים".<sup>69</sup> ביטוי בהיר במיוחד לדוקטרינה זו ניתן למצוא בדבריו של השופט סקליה (Scalia) מבית-המשפט העליון האמריקאי, שקבע כי "בעיני הממשל כולנו כאן מהווים גזע אחד – שהוא אמריקאי".<sup>70</sup> על-פי הדוקטרינה, אסור לה לאומה האמריקאית להיות מעורבת בקידום תרבותי ספציפי של קבוצה כזו או אחרת. עיקרון זה אינו מבדיל בין מצב שבו רוב מבקש לסגור מיעוט לבין מצב שבו מיעוט מבקש להסתגר מפני הרוב תוך בקשת סיוע מהמדינה. כך, למשל, צעד ממלכתי שפורש כמיועד להעדיף צורכי חינוך של הקהילה החרדית בקריית-יואל שבניו-יורק נפסל כבלתי-

64 BROOKS, לעיל ה"ש 11, בעמ' 125.

65 שם, בעמ' 132.

66 שם, בעמ' 145.

67 ראו, למשל, אצל: Drew S. Days III, *Brown Blues: Rethinking the Integrative Ideal*, 34 WM. & MARY L. REV. 53 (1992); Alex M. Johnson Jr., *Bid Whist, Tonk, and United States v. Fordice: Why Integrationism Fails African-Americans Again*, 81 CAL. L. REV. 1401 (1993).

68 Ankur J. Goel et al., *Black Neighborhoods Becoming Black Cities: Group Empowerment, Local Control and the Implications of Being Darker than Brown*, 23 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 415 (1988).

69 מקובל לייחס את שמה של דוקטרינה זו לאמירתו הידועה של השופט הרלן (Harlan) בדעת המיעוט שלו בעניין *Plessy*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1146.

70 *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 115 S.Ct. 2097, 2119 (1995).

חוקתי.<sup>71</sup> העובדה שמדובר בהליכה לקראת מיעוט תרבותי לא הועילה, ולא הושיעה מפני תוצאות יישומה הדווקני של דוקטרינת עוורון-הצבעים.<sup>72</sup> מה שעומד מאחורי דוקטרינת עוורון-הצבעים הוא החשש מפני היכולת לנצל ולגייס את כוחה של המדינה לשם מעורבות בפעילות התרבותית. החשש הוא שיכולת זו תשמש בסיס לדיכוי תרבותי ואף למלחמת-תרבות. חשש זה אינו מופרך, כמוכן, ומשקלו כבד במיוחד בחברות רבות-תרבותיות שהיחסים בין הקבוצות השונות המרכיבות אותן הינם טעונים. עם זאת, נראה שמחויבות של המדינה לשוויון מחייבת "מודעות-צבעים", ולא עוורון-צבעים. על המדינה להיות מודעת למצבן התרבותי של הקהילות המרכיבות אותה, וליתן מענה לעיוותים החברתיים והמשפטיים המקשים מימוש תרבותי נאות. הזכות לתרבות, והחובה שהיא מטילה על המדינה, מחייבות מודעות לצרכים התרבותיים של הקבוצות התרבותיות השונות, ונקיטת פעולות ליצירת סביבה שבה יוכלו צרכים אלה להגיע לידי מימוש הולם.<sup>73</sup> את חשיבותה של מודעות-הצבעים ניתן לבסס לא רק על הזכות לתרבות, אלא גם על הזכות לשוויון – לשוויון מהותי. אם נמנע מהמדינה את האפשרות לנקוט מהלכים שמטרתם, למשל, הפליה מתקנת של קבוצות תרבותיות מקופחות – בטיעון כי במהלכים אלה מעורבות הבחנות על בסיס גזע, דת או לאום – ירחק מאוד היום שבו נוכל להגשים את השוויון המהותי בחברה הלכה למעשה. ללא מעורבות של המדינה לא יהיה אפשר להגיע ברוב המדינות למציאות חברתית-תרבותית שוויונית יותר.<sup>74</sup>

מכל מקום, תהא דעתנו על עוורון-הצבעים אשר תהא, בוודאי אין הוא ישים, ככזה, לחברה הישראלית. זאת, משום שישראל ממילא אינה מדינה עיוורת-צבעים, ודי במחויבותה החוקתית לאופייה היהודי לבסס זאת.<sup>75</sup> בישראל עלינו להיות לפיכך מודעי-צבעים, ולא עוורי-צבעים. משמאנו כי מדינת-ישראל מעורבת ממילא בהתנהלות התרבותית של אזרחיה ותושביה, יש להבטיח כי מעורבות זו תשתדל לקדם ככל האפשר גם את ערכי חופש הדת, הסובלנות והפלורליזם, וליצור מסגרת חברתית שתאפשר מימוש תרבותי גם לקבוצות תרבותיות לא-יהודיות ולקבוצות מיעוט בחברה הישראלית.

71 Board of Educ. of Kiryas Joel v. Grumet, 129 L.Ed.2d 546 (1994) (להלן: עניין קריית-יואל).

72 בעניין קריית-יואל, שם, נידונה ההפרדה בין דת למדינה, אשר יישומה הקיצוני בארצות-הברית הופך אותה לנגזרת של עקרון עוורון-הצבעים.

73 לדיון בעניין זה ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003).

74 Ford, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1856.

75 גונטובניק, לעיל ה"ש 73.

### קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

ברור כי יכולתה של מדינה מודעת-צבעים להיענות לדרישות של מיעוט לסגור את עצמו גדולה בהרבה מזו של מדינה עיוורת-צבעים. אלא שמודעות-צבעים אינה בכחנית הרשאה גורפת למדינה לסגור קבוצות מיעוט המבקשות להסתגר. גם מדינה מודעת-צבעים חייבת להיות מודעת להשלכות השליליות של הפרדה בדיוור. גיוס המדינה לטובת קבוצות תרבותיות מסוימות מדגיש את השונה ואת המפריד.<sup>76</sup> המחויבות לטובת החברה הכוללת עלולה להיות מוחלפת בקידום מטרותיהן של קבוצות תרבותיות מסוימות. נזקי השימוש באמות-מידה קבוצתיות עלולים לעלות על התועלת שבשימוש בהן.<sup>77</sup> אמות-מידה אלה עלולות לעודד תהליכי ניכור ותיוג שלילי. גם לכך יש להיות מודעים במסגרת מודעות-הצבעים. השאלה היא אם מודעות-הצבעים יכולה וצריכה לאפשר למדינה להיות מעורבת בסגירת קבוצות מיעוט תרבותי המבקשות להסתגר.

### 3. הצידוק התרבותי העומד בבסיס דרישת הסגירה של קבוצת המיעוט

כאשר קבוצת מיעוט מבקשת ממדינה מודעת-צבעים לסגור אותה, ההצדקה החזקה ביותר שהיא יכולה לבסס היא ההצדקה התרבותית. גם כאן, כמובן, קיים הבדל בין הקבוצות התרבותיות השונות. יש קבוצות שלגביהן הצדקה זו צריכה לזכות ביתר משקל. גרין (Green) ייחס חשיבות לקבוצות נומיות (nomic), שעולמן התרבותי משתרע על טווח רחב של תחומי חיים ומנחה את חברי הקבוצה באופן עמוק במיוחד. בעבור קבוצות אלה חוויית החיים התרבותיים במרחב נפרד שונה לחלוטין מזו שבמרחב מעורב. המרחב הנפרד מהווה קירוב מדויק למדי של האידיליה של ההווייה הנומית. לנוכח זאת, היכולת התרבותית של הקהילה לחיות את חייה על-פי תפיסתה תגדל לאין שיעור במרחב נפרד.<sup>78</sup> קבוצות דתיות אדוקות הן הדוגמות הטיפוסיות לקבוצות שגרין מתכוון אליהן, אך לטעמי אין שיקול זה צריך להתמצות בקבוצות דתיות בלבד. בעניין זה אין מקום לנקוט גישה חד-ממדית. קבוצות תרבותיות – הן קבוצות רוב הן קבוצות מיעוט – מכילות גוונים וגוני-גוונים, וקולות שונים ומובחנים משתקפים בהן. ייתכן בהחלט שדרישה להסתגרות תבוא מצד תת-קבוצה תרבותית, שתשקף תת-קול מתוך מגוון הקולות שהקבוצה מכילה. בכל מקרה ומקרה יש להתייחס לצידוק התרבותי שעל בסיסו מתבקשת ההסתגרות בהתאם לנסיבות המיוחדות. גם אם מדובר בתת-קבוצה שמשקפת קול מיוחד, אין מקום לדחות את דרישתה על הסף רק משום שאין היא משקפת את "הקול האוטנטי" של קבוצת

76. *Wright v. Rockefeller*, 376 U.S. 52, 67 (1964).

77. *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 520–521 (1989).

78. Abner S. Greene, *Kiryas Joel and Two Mistakes About Equality*, 96 COLUM. L. REV. 1, 50 (1996).

המיעוט. כל התייחסות אחרת תחטיא את מהותה של הזהות התרבותית ושל הצידוק התרבותי.

הצידוק התרבותי אינו מתייחס תמיד להסתגרות מלאה. גישה אחרת, הרואה בהסתגרות כלי לשילוב חברתי, ניתן למצוא אצל ברוקס (Brooks), המתייחס למיעוט השחור בארצות-הברית.<sup>79</sup> אומנם, לשיטתו, אין עוד צורך להילחם להשגת אינטגרציה במגורים בין שחורים ללבנים, אולם אין לעודד הסתגרות שחורה קיצונית הדוחקת את המטען התרבותי של בני הרוב הלבן. ברוקס מקדם אסטרטגיה של הפרדה חלקית (limited separation): מחד גיסא, על השחורים לפעול לחיזוק מפעלם התרבותי בתוך קהילותיהם השחורות; מאידך גיסא, לבנים ואחרים יוכלו לפעול באזור שגרים בו בעיקר שחורים, כל עוד לא יאיימו על מרקם החיים התרבותי השחור במקום.<sup>80</sup> המטרה אינה הסתגרות בפני עצמה,<sup>81</sup> אלא מתן אפשרות ליצירת תנאים לפריחת התרבות השחורה. לשם כך די בקיומו של מתחם המאוכלס בעיקרו על-ידי שחורים (להבדיל ממתחם שמאוכלס כולו על-ידיהם). ניתן להתרשם, לפיכך, כי הקולות לסגירה בשם המפעל התרבותי הם מגוונים: חלקם דורשים סגירה מוחלטת, חלקם מסתפקים בסגירה חלקית; חלקם מכוונים בעיקר למיעוטים קטנים, חלקם למיעוטים גדולים; חלקם מבקשים סגירה בשם דת, חלקם בשם גזע.

לצד כל זאת, חברה מודעת-צבעים צריכה לבחון לעומק את דרישת הסגירה שבאה מצד קבוצת המיעוט. במקרים רבים הרצון להסתגר נובע מהחשש מפני הסביבה ומפני עוינותו של הרוב.<sup>82</sup> במצב דברים כזה מתרחשת מעין השלמת מעגל. במקום סגירה חדה ובוטה של המיעוט על-ידי הרוב יש כאן תהליך מדורג יותר. הרוב מדרבן את המיעוט לחפש את מפלט הנוחות כמתחם שבו בני קבוצת המיעוט מהווים את רוב האוכלוסייה. מכאן הרצון של המיעוט להסתגר תוך בקשת סיוע מהמדינה. הרוב "מרוצה" והמיעוט "מרוצה". היש בכך בעיה? בוודאי. סגירה זו מחזקת את ההליכים החברתיים שמייצרים את העוינות והתיוג השלילי שבין הקבוצות התרבותיות השונות. יש המצדיקים אפשרות שהמדינה תפריד במגורים בין קבוצות תרבותיות על-מנת לשמור על הסדר הציבורי, כאשר מערכת היחסים ביניהן מוליכה לגילויי אלימות קשים.<sup>83</sup> לדעתי, אין לכך מקום. אין ליתן

79 BROOKS, לעיל ה"ש 11, בעמ' 189.

80 שם, בעמ' 191–192.

81 שם, בעמ' 200.

82 Ira C. Lupu, *Uncovering the Village of Kiryas Joel*, 96 COLUM. L. REV. 104, 117 (1996).

83 יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו' 87, 91 (2001).

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור

יד לסגירה של קבוצה תרבותית על-ידי המדינה, שהיא בבחינת פרס לשוחרי אלימות ולמקדמי הפליה. אם פועלים גורמים אלימים הן בקרב הרוב והן בקרב המיעוט, אזי יש להילחם בהם מלחמת-חורמה. אין מקום לסגור קבוצות מיעוט כתחליף לעקירה מהשורש של התנאים המובילים לרצון להסתגר מפני אימת הרוב.

### 4. הוספת ההבחנה שבין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות לדיור

מדינה שהינה מודעת-צבעים ניצבת לפיכך בפני דילמה אמיתית. קבוצת מיעוט מבקשת ממנה לסייע לה ולמפעלה התרבותי, ולסגור אותה. מה עליה לעשות? מצד אחד, ההפרדה יכולה לקדם אינטרס לגיטימי של הקבוצה ושל חבריה במציאות חיים מתבדלת; מצד אחר, לעידוד ולקידום של הפרדה על רקע תרבותי עלול להיות מחיר כבד. לדעתנו, ההבחנה שבין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות יכולה להוות כלי-עזר רב-חשיבות בהתמודדות עם הלבטים האמורים. להבהרתה של ההבחנה האמורה נפנה כעת.

#### (א) על ההבחנה

מאחורי ההבחנה שבין "גדרות חברתיות" לבין "חומות משפטיות" עומדת נקודת המוצא של הדיור, שלפיה בחברה רב-תרבותית טעונה ומורכבת תתקיים מידה משמעותית של הפרדה בדיור גם בהעדר מעורבות מדינתית ישירה בשוק הדיור. זוהי הפרדה שקיימת הלכה למעשה. מניעה הם מניעים חברתיים. בישראל יהודים רבים אינם רוצים למכור דירות או להשכירן לערבים. חרדים אינם רוצים למכור דירות או להשכירן לחילונים. כאשר מוסכמות חברתיות הן העומדות בבסיס ההפרדה, אזי לפנינו גדרות חברתיות, המפרידות בין הקבוצות התרבותיות השונות בחברה.

גדרות אומנם מפרידות, אך הפרדתן אינה נוקשה כשל חומה. נניח כי באזור מגורים מסוים מתגוררים בעיקר חילונים, ולא גרים בו כמעט חרדים. כאשר חילונים מסרבת להשכיר דירה לחרדי במקום מגוריה, היא תורמת לקיומה ולשימורה של גדר חברתית בין חילונים לחרדים. עוצמת הגדר תלויה בשאלה אם רוב החילונים הגרים במקום יעשו כמותה. עם זאת, מדובר בגדר שמעצם הגדרתה אינה אטומה. גם אם חילונים רבים אינם מעוניינים למכור את דירותיהם או להשכירן לחרדים, קיומם של כמה שמוכנים לכך די בו לפרוץ את הגדר. שינויים בהרכב האוכלוסייה של שכונות שלמות מראים כי גם בהינתן גדרות חברתיות תיתכן עדיין תזוזה של קבוצות בין אזורי מגורים נתונים.

חומה משפטית, לעומת זאת, נוצרת כאשר הקבוצות התרבותיות מנסות לקדם הפרדה בדיור על-ידי שימוש בכלים משפטיים. חומה הינה קשה יותר למעבר מאשר גדר, והיא משקפת נתק גדול יותר בין הקבוצות התרבותיות. קבוצות תרבותיות עשויות לא להסתפק בקיומה של גדר חברתית. הישענות על מוסכמות חברתיות בלבד מאפשרת, כאמור, לחברי

הקבוצה המתגוררים במקום מסוים לשבור את המוסכמה ולהעביר זכויות קניין לבני קבוצה תרבותית "לא־רצויה". מטרת החומה המשפטית היא לבצר את הרכב האוכלוסייה במקום ולהקשות את שינויו. ההפרדה המשפטית יכולה להיעשות באמצעות כלים מהמשפט הפרטי כמו־גם באמצעות כלים מהמשפט הציבורי. כך, קבוצות תרבותיות יכולות לפנות למדינה בבקשה כי זו תקצה להן שטחי קרקע שייוחדו להן או תמנע את חדירתם של בני קבוצות תרבותיות מסוימות לאזורים נתונים.

כדי להדגים את ההבדל שבין גדר חברתית לבין חומה משפטית, נתבונן על דיווח עיתונאי על־אודות קריית־יואל שבמדינת ניו־יורק, המאוכלסת בצפיפות על־ידי יהודים חרדים מקהילת סאטמר. בעיתון הקהילה *Der Yid* פורסמה כתבה האוסרת על כל בעל דירה למכור אותה או להשכירה לגורם מחוץ לקהילה ללא אישור מראש בכתב מהרב. הרב צוטט כמי שאמר כי מי שישכיר את דירתו לגורם חיצוני ללא אישורו יזכה ביחס של רוצח, ויהיה מקום לעוקרו מן השורש.<sup>84</sup> עוד מסתבר כי התושבים שהצטרפו לשכונה משנת 1993 התחייבו לחתום על חוזה שלפיו מוטל עליהם "to be guided by the laws and ways of the Grand Rabbi", ולא להשכיר את דירותיהם ללא אישורו. הוראותיו של הרב משקפות גדר חברתית. עוצמתה היא כעוצמת השפעתו של הרב עצמו. היחלשות במעמדו תחליש את נכונותם של המתגוררים במקום לציית להוראותיו. שונים הם פני הדברים ביחס לחוזה שעליו חתמו המצטרפים לשכונה החל בשנת 1993. אם נניח כי החוזה תקף, כ־אז כל המפר אותו יהיה חשוף לסנקציות משפטיות של אכיפה או של פיצויים. המוסכמה החברתית בדבר הצורך לקבל את אישורו של הרב נהפכה אם כן לחומה משפטית. במסגרת ההסכמה החברתית, למרות קיומו של הלחץ החברתי המשמעותי, שיקול־הדעת הסופי היה נתון עדיין לדיירי השכונה. לעומת זאת, תחת משטר של הסכמה משפטית ניטל מהם שיקול־דעת זה. לפנינו אם כן דוגמה לגדר חברתית שנהפכה לחומה משפטית קשיחה, שכל תפקידה לשלוט באופן הדוק יותר בעיצוב סביבת המגורים של הקבוצה התרבותית.

#### (ב) פגיעתן של חומות משפטיות קשה מזו של גדרות חברתיות

לטעמי, כחברה מודעת־צבעים הנאמנה לערכי סובלנות, פלורליזם ואוטונומיה, עלינו לחשוש מאוד מפני חומות משפטיות. הפגיעה הטמונה בהן באינטרסים ציבוריים חשובים ביותר עולה על זו של גדרות חברתיות.

84 מדווח אצל Lupu, לעיל ה"ש 82, בעמ' 112.



## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

אפתח בשיקול של יכולת הגישה למקרקעין. אחד האינטרסים החברתיים החשובים הוא הבטחת יכולת גישה של בני החברה למשאב המקרקעין, שהינו מוגבל מטבעו.<sup>85</sup> הבטחת יכולת גישה זו הינה חשובה שכן המגורים הם הבסיס לכל. כפי שנאמר בתלמוד הבבלי מפי רבי אלעזר, "כל אדם שאין לו קרקע אינו אדם, שנאמר: 'השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם'".<sup>86</sup> על רקע זה ברור ההבדל בין גדר חברתית לבין חומה משפטית. גדרות חברתיות, עם כל מימד ההפרדה הטמון בהן, מאפשרות עדיין חדירה שחומה משפטית אינה מאפשרת. כל מטרתן של החומות המשפטיות היא למנוע בעל הקניין מלהפעיל את שיקול-דעתו במכירת דירה או בהשכרתה על-מנת לשמור על רצון הקבוצה בהפרדה. חומות משפטיות יכולות להפוך אזורים שלמים לבלתי-נגישים לבני קבוצות חברתיות נתונות. על-כן הפגיעה ביכולת הגישה למקרקעין גדולה יותר כאשר מדובר בחומות משפטיות בהשוואה לגדרות חברתיות.

גדרות משפטיות נבדלות מחומות משפטיות גם מזווית-הראייה של השוויון והיחסים שבין הקבוצות החברתיות בחברה. אם הפרדה יכולה לשמש בסיס חזק יותר להזנת תיוגים שליליים ודעות קדומות, אזי ככל שההפרדה הדוקה יותר כן פגיעתה קשה יותר. מכאן הפגיעה היתרה הטמונה בחומות המשפטיות. מסר ההפרדה שבחומות המשפטיות הינו לרוב מסר פומבי. כאשר קבוצה חברתית מצהירה בגלוי כי בני קבוצה חברתית אחרת אינם רצויים באזור נתון, יש בכך כדי להקצין את יחסי הניכור בין קבוצות אלה. פומביותו של מסר ההפרדה משרתת סימן חד וברור בדבר חוסר נכונותם של בני קבוצות חברתיות שונות להתגורר יחדיו. נזקי ההפרדה, שההליכים החברתיים מוליכים אליה ממילא, נעשים משמעותיים הרבה יותר כאשר הפרדה חברתית נהפכת להפרדה משפטית.

85 אינטרס זה זוכה בניתוח ברור בשיטת המשפט הגרמנית. ראו ס' 14 ל- Grundgesetz [GG] "Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws". בהמשך נקבע, מאידך גיסא, כי "Property entails obligations. Its use shall also serve the public good". לדיון כללי בזכות החוקתית לקניין בגרמניה ראו: DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 250 (2nd ed. 1997). בית-המשפט החוקתי הגרמני קבע באחת הפרשות הידועות כי "לנוכח העובדה שאי-אפשר להגדיל מקרקעין ושאיין להם תחליף, אסור להשאיר לחלוטין את שאלת השימוש בהם למשחק כוחות השוק הבלתי-צפוי ולשיקול-דעתו של הפרט". ראו לעניין זה: BVerfGE 21, 73 (82-83) (F.R.G). בכל אלה ניתן למצוא ביטוי לחשיבות הרבה ששיטת המשפט הגרמנית מייחסת להסדרה נאותה של זכות הקניין, במיוחד במקרקעין, על-מנת להבטיח את מימושם של אינטרסים ציבוריים חשובים.

86 בבלי, יבמות סג, ע"א.

ההבחנה בין גדרות חברתיות לבין חומות משפטיות רלוונטית גם מזווית-הראייה של האוטונומיה והזכות לתרבות. חומות משפטיות אינן תנאי בלעדיו אין לקיום תרבותי, ואף לא לקיום תרבותי נבדל. גם ללא חומות משפטיות קיימות עדיין גדרות חברתיות, ואלה מאפשרות מימוש תרבותי קבוצתי במסגרתן. למשל, גם אם נאסור על אזרחים חרדים להתחייב משפטית לא למכור דירות לחילונים, ולא נאכוף התחייבויות כאלה, ייוותרו עדיין שכונות חרדיות, ואלה יאפשרו מימוש קבוצתי תרבותי משותף. אומנם, לעיתים עוצמת הניכור והעוינות שבין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה תוכל להצדיק מהלך של שבירת גדרות חברתיות, ואף ניסיון לאכוף מהלכים אינטגרטיביים. זאת, משום שגם גדרות חברתיות עלולות להוליך לפגיעה קשה ביכולת הגישה למקרקעין ובשאר האינטרסים שעליהם עמדתי כאן. אלא שבמקרה כזה צריך לזכור כי שבירת גדרות חברתיות פירושה כפיית מגע, ולא תמיד הדבר מוצדק. לעיתים כפייה כזו תגרום פגיעה קשה בקבוצות תרבותיות, ובמיוחד בקבוצות מיעוט המעוניינות בהסתגרות. עם זאת, אף אם אנו סבורים כי הסתגרותה של הקבוצה לגיטימית וכי אין מקום לכפות עליה מגע עם קבוצות אחרות, אין הכרח לעודד את הסתגרותה באמצעות חומות דווקא. אי-מלחמה בגדרות יכול שתספק.

נוסף על כך יש לזכור כי אכיפת חומות משפטיות עלולה לפגוע באוטונומיה של חברי קבוצת המיעוט התרבותית. טלו התחייבות משפטית שלפיה המגורים במקום יתאפשרו רק לבני דת נתונה. נניח כי אדם פלוני שינה את דתו לאחר שנים שגר במקום. היש לאכוף את גירושו ממקום מגוריו? על רקע זה מתעוררת שאלת היחס לקבוצות מיעוט בתוך קבוצת המיעוט. צריך להיזהר ממצב שבו בניית החומות תוליך לחניקתן של תת-קבוצות, ויש לשמר את חירות היציאה האפקטיבית של אלה שיבקשו לעזוב את הקבוצה. שאלות מסוג זה ואחרות הן שאלות קשות.<sup>87</sup> עם זאת, קיים הבדל בין מצב שבו לחץ חברתי כופה עזיבה (שזה המצב בהינתן גדר חברתית) לבין כפייה מצד בית-המשפט תוך שימוש בכוח המדינה. מכאן הבעייתיות היתרה הטמונה בחומות המשפטיות גם מזווית-ראייה זו. מה צריכה להיות משמעותה של ההבחנה ומה צריכות להיות השלכותיה? מורכבותה של הסוגיה שעל הפרק שוללת את הפרופוזיציה שלפיה חומות משפטיות לעולם פסולות. ניתן לתאר נסיבות שבהן שיקולים מסוימים, ובראשם הזכות לתרבות, יוכלו להצדיק בנייה של חומה משפטית, אפילו על-ידי המדינה. עם זאת, יש לייחס חשיבות להבחנה בין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות. להבחנה זו צריכה להיות, לדעתי, נפקות מעשית.

87 ראו את פסק-הדין הקנדי בעניין Hofer v. Hofer, [1970] S.C.R. 958. לדיון בפסק-הדין Brian Barry, Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism 164 (Harvard University Press 2001). יש לציין כי פסק-הדין עצמו אינו מאוזכר בעמוד זה.

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור

ההשלכות החברתיות השליליות הטמונות בחומות משפטיות הינן גדולות יותר באופן משמעותי מאלה הטמונות בגדרות חברתיות. הסכנה שהן טומנות בחובן לחברה ניכרת הרבה יותר. על-כן, לדעתי, כאשר גורמים בחברה – יהיו אלה גורמים ציבוריים או גורמים פרטיים – מבקשים לעשות שימוש בחומות משפטיות, יש להטיל עליהם נטל כבד במיוחד לשכנע כי שימוש זה מוצדק. העובדה שגם ללא חומות משפטיות קיימות עדיין גדרות חברתיות צריכה להקשות את העמידה בנטל האמור, שכן רבים מהיתרונות התרבותיים הטמונים בחומות משפטיות יתקיימו ממילא הודות לגדרות החברתיות, אשר פוגעות פחות בחברה ובחבריה.

להבחנה שבין גדרות חברתיות לבין חומות משפטיות יכולות להיות השלכות במישורים מהותיים ומוסדיים, אך ניתוחם של אלה חורג מגדריה של רשימה זו.<sup>88</sup> כאן, כאמור, נתמקד בניתוח של דרישה המגיעה מצד קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה כי זו תסגור אותן בחומה משפטית.

### 5. מבט נוסף על דרישתם של מיעוטים מהמדינה לסגור אותם לנוכח קיומה של ההבחנה בין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות

על רקע ההבחנה ששורטטה לעיל ניתן לבחון במבט נוסף את דרישתן של קבוצות המיעוט מהמדינה. קבוצות המיעוט מבקשות ממנה להקיף אותן בחומות משפטיות על-

88 כך, מהבחינה המוסדית, לנוכח המחיר הגבוה יותר הטמון בחומות המשפטיות, ולנוכח העובדה שמחיר זה משולם על-ידי החברה בכללותה, מתחדדת חשיבות תפקידו של בית-המשפט בהתמודדות עימן. מבחינת המשפט המשווה ניתן לראות נכונות של בתי-משפט לבטל חומות כאלה גם כאשר טרם נחקקו חוקים האוסרים הפליה בדיור במשפט הפרטי. בתי-משפט כפופים פחות ללחצים הפוליטיים ולדינמיקה הקבוצתית המזינה את תהליכי הקמתן של חומות אלה, ועל-כן כאשר אין חומות אלה מוקמות על בסיס מוצדק, גְּדֵלָה הציפייה שבתי-המשפט יהיו מעורבים בהריסתן. עם זאת, גם אם בית-המשפט יהרוס את החומות המשפטיות, ייוותרו על כנן הגְּדֵרוֹת החברתיות. השאלה אם בתי-המשפט צריכים להרוס גם אותן הינה מורכבת יותר. כאן השאלה המשפטית העומדת על הפרק הינה שונה. אין אנו שואלים אם ההפרדה המשפטית לגיטימית, אלא עד כמה עמוק צריך לחדור משפטית כדי להילחם בגדרות החברתיות. האם צריך להחיל את החובה לנהוג בשוויון על כל יחיד שברשותו יחידת דיור? על מי שברשותו שלוש יחידות דיור? מה בין בעלי יחידות דיור לבין העוסקים בשוק הדיור – האם צריך להיות הבדל משפטי ביחס לגבולות שיקול-הדעת שלהם? שאלות אלה מורכבות הרבה יותר, וחשוב להבין כי מדובר בסוג אחר של ניתוח מזה העומד על הפרק בדיון הנוכחי. מבחינה מוסדית אין ספק שהגורם הכשיר יותר לערוך ניתוח זה הוא בית-המחוקקים, אך במציאות שבה האחרון אינו נדרש לסוגיה, נטל ההתמודדות עימה עובר לבית-המשפט. מובן שההשלכות של הפלת חומה משפטית על-ידי בית-המשפט שונות מאלה של אי-התערבות בגדר חברתית קיימת.

מנת להפריד בינן לבין שכניהן. אולם במקרים רבים, גם אם המדינה לא תגלה כל מעורבות שהיא ביצירת מתחם מגורים נפרד, קרוב לוודאי שהפרדה בדיוור תיווצר ממילא עקב קיומן של הגדרות חברתיות. ניתן להתרשם כי מיעוט אשר נהנה מלכידות פנימית משמעותית יוכל לממש את רצונו בהתבדלות גם ללא סיוע מן המדינה. אם זו נקודת המוצא, אזי הטיעון התרבותי כבר ממומש הלכה למעשה בנקודת הפתיחה במידה משמעותית ביותר. המציאות החברתית כבר מקימה גדר סביב ריכוזי אוכלוסייה. מנקודה זו מתעלמים רבים מבין אלה הדורשים לאפשר למיעוט התרבותי להסתגר בסיוע המדינה. הטיעון התרבותי העומד בבסיסה של דרישת ההסתגרות מצדיק את הימנעות המדינה מלהתערב ומלשבור גדרות חברתיות. המדינה, כאשר תשקול אם להחיל את החובה לנהוג בשוויון במכירת יחידות דיור ובהשכרתן במשפט הפרטי, תימנע מלעשות כן לגבי קבוצות תרבותיות מסוימות. כלומר, בשם הטיעון התרבותי נאפשר לבעל דירה להעדיף את בני קבוצתו בבואו למכור את דירתו או להשכירה, ולא נטיל עליו את החובה לנהוג בשוויון כלפי הפונים אליו. בכך נאפשר את הקיום הקבוצתי המופרד ואת הגדר החברתית. אך לא זו הדרישה העומדת על הפרק. הדרישה אינה להימנע מלהילחם בהפרדה קיימת, אלא לעודד את ההפרדה ולקדמה באופן משמעותי. הדרישה היא להקים חומות משפטיות שיחליפו גדרות חברתיות קיימות. בהקשר זה יפים דבריו של שופט בית-המשפט העליון האמריקאי קנדי (Kennedy) בעניין קריית-יואל:

“There is more than a fine line, however, between the voluntary association that leads to a political community comprised of people who share a common religious faith, and the forced separation that occurs when the government draws explicit political boundaries on the basis of people's faith.”<sup>89</sup>

בעניין זה אין להתעלם גם מהמשמעות המיוחדת הטמונה בעובדה שהמדינה היא שבונה את החומה המשפטית. לנוכח העובדה שהמדינה היא נאמן של הציבור, ברור שביכולתה לבנות חומות משפטיות רק אם בנייה זו לגיטימית וראויה מבחינה נורמטיבית. העובדה שהמדינה היא שבונה את החומות משדרת לחברה כולה מסר רב-עוצמה שלפיו סגירה והסתגרות, הפרדה והיפרדות, הינן אמצעים לגיטימיים וראויים בחברה רבת-תרבותית. כאן בולט ההבדל בין גדרות משפטיות לבין חומות משפטיות. כאשר המדינה אינה מתערבת בגדרות חברתיות הקיימות ממילא – למשל, בגין הרצון להתחשב בצרכים התרבותיים של קבוצות מסוימות – אין היא משדרת אותו מסר של לגיטימיות שמשודר

89 עניין קריית-יואל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 578.

## **קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור**

כאשר היא זו שבונה בעצמה את החומות המשפטיות סביב קבוצות אלה. בבניית החומות המדינה נמצאת מעודדת, גם אם היא פועלת ממניעים נאותים, אותם תהליכים חברתיים שהינם הרסניים לה עצמה.

חשיבותה של נקודה זו מתחדדת לנוכח מאפייני ההשתייכות הקבוצתית התרבותית שעליהם עמדנו בראשית הרשימה. כאשר המדינה משדרת מסר של לגיטימיות ביחס להפרדה, אין ספק שהמסר יחלחל ויעצב את היחסים שבין הקבוצות התרבותיות המופרדות דורות רבים קדימה. עוצמתו של המסר מחייבת אותנו לחשוב היטב אם אנו מעוניינים לשדרו. אם בעתיד נתחרט עליו ונבקש להילחם בתוצאותיו, תידרש עבודה מפרכת של דורות על-מנת לשנותו. זאת, משום ששינוי של יחסים בין קבוצות מחייב שינוי תפיסתי עמוק ושורשי. הניסיון האמריקאי מראה כי גם לאחר עשרות שנים שבהן הכריזו בתי-המשפט על ההפרדה כבלתי-חוקתית, החברה האמריקאית רחוקה עדיין מלהפנים את המסר האמור. ההפרדה החברתית בארצות-הברית חיה וקיימת, ועוד ארוכה הדרך לבער את תוצאותיה לאחר מאות שנים שבהן חלחלו לחברה מסרים בדבר הלגיטימיות של ההפרדה המשפטית.

### 6. שקלול השיקולים

על רקע המחיר הגבוה הכרוך בהפרדה בדיור, צריך להיות ברור כי היענות לדרישה לסגירה משפטית על-ידי המדינה, גם כאשר היא באה מצד מיעוט, אינה צריכה להיעשות בקלות רבה. נטל ההצדקה של מהלך כזה צריך שיהא כבד, והדברים יפים במיוחד כאשר המדינה היא שעתידיה לבצע את הסגירה ולבנות את החומה המשפטית. לדעתי, היענות לדרישה כזו צריכה להיעשות רק בלית ברירה, וגם אם המדינה מחליטה לבצע סגירה משפטית, עליה לבחון את השאלה אם הסגירה צריכה להיות מלאה או שמא ניתן להסתפק בסגירה חלקית. בניית החומה המשפטית צריכה להיות בבחינת מוצא אחרון, ולהיעשות תוך ניסיון תמידי למזער את נזקיה ככל האפשר. כלומר, על הסגירה להיות מידתית. הצידוק הבולט לבנייתה של חומה מלכתחילה הוא הצידוק התרבותי. הטענה היא כי סגירה כזו תקדם את המימוש התרבותי של הקבוצה המבקשת אותה. לכן יש לבחון את עוצמת השיקול התרבותי בנסיבות העניין. ככל שעוצמת הטיעון התרבותי תהיה גדולה יותר כן תתחזק ההצדקה לבניית החומה המשפטית. לפיכך יש לבחון בכל מקרה את הקבוצה התרבותית הרלוונטית ואת הטיעון שהיא משמיעה. אולם גם אם הגענו למסקנה כי השיקול התרבותי הוא אכן כבד-משקל, אין בכך עדיין סוף-פסוק. יש לתחום את עוצמתו של השיקול התרבותי ולאזנו עם השיקולים החברתיים האחרים העומדים על הפרק. בהקשר זה השאלה שיש לשאול היא אם השימוש בכלי של חומה משפטית על-ידי המדינה הינו חיוני, כלומר, אם אין אפשרות שהקבוצה התרבותית המסוימת תוכל לממש את מפעלה ללא צורך בסגירה כזו, העלולה להסב נזקים למכביר. אם במציאות קיימת

ממילא גדר חברתית, השאלה היא אם על המדינה להפוך אותה לחומה משפטית. לטעמי, במציאות שבה קיימות גדרות חברתיות לא יהיה נכון להפוך אותן לחומות משפטיות, אלא אם כן נשקפת סכנה למפעלה התרבותי של הקהילה שבה אנו עוסקים. על-כן, בדרך-כלל, בקשות סגירה צריכות להיענות בשלילה. רוב הקבוצות, ובכלל זה גם קבוצות מיעוט, אינן זקוקות לצעד כזה על-מנת שתרבותן תשגשג. המבחן הוא אם כן מידת חיוניותה של החומה, ומדובר במשוכה שצריכה להיות גבוהה במיוחד.

את המשוכה האמורה יצליחו בדרך-כלל לעבור קבוצות מיעוט תרבותי שהן גם חלשות מבחינה פוליטית. קבוצות אלה יתקשו לממש את תרבותן ללא סיוע מדינתי בבניית חומות משפטיות בעבורן. רק במקרים נדירים מאוד תצליח קבוצת הרוב לעבור משוכה זו. מבחינה זו קיים הבדל בין קבוצות הרוב התרבותיות לבין קבוצות המיעוט התרבותיות. קבוצות הרוב התרבותיות יתקשו יותר להשתמש בצידוק התרבותי מאשר קבוצות המיעוט, משום שיכולתן לקיים את תרבותן ולממשה ללא שימוש במכשיר הסגירה המשפטית רבה יותר מטבע הדברים.<sup>90</sup>

אולם אף אם הגענו למסקנה כי מוצדק לסגור אזור גיאוגרפי ולייעדו לקבוצה תרבותית מסוימת (בדרך-כלל קבוצת מיעוט חלשה), אין זה ברור כי מוצדק לשלול לחלוטין מגורים של בני קבוצות תרבותיות אחרות בתוכו. אין זה ברור כי ההפרדה צריכה להיות מוחלטת, ודי בעניין זה אם נזכיר את גישתו של ברוקס ואת תמיכתו במודל של "הפרדה חלקית",<sup>91</sup> כמודל שיש לשקול את יישומו בכל מקרה ומקרה. לנוכח פגיעתה הרעה של ההפרדה, פתרון של הפרדה חלקית, מקום שדי בו להבטיח שמירה על אופיו התרבותי של האזור שנסגר, הוא פתרון מידתי יותר וראוי יותר. שלילה מוחלטת של מגורי אחרים באזור נתון הינה אמצעי קיצוני, וברוב המקרים ניתן לנקוט אמצעים מתונים יותר שפגיעתם באינטרסים החברתיים האחרים קטנה יותר. ההנחה היא כי רוב הקבוצות התרבותיות בחברה, בין קבוצות רוב ובין קבוצות מיעוט, יוכלו לממש את מפעלן התרבותי ללא צורך

90 עם זאת, יהיו מקרים נדירים שבהם יוכל גם הרוב להצדיק סגירה של עצמו מפני המיעוט. מקרה בולט שכזה הוא פסק-הדין בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978). בעניין בורקאן נידונה האפשרות לייחד את המגורים ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ליהודים. עם זאת, נראה כי הסגירה באותה פרשה ניתנת להצדקה לנוכח מאפייניו המיוחדים וחשיבותו התרבותית הייחודית של הרובע, ואין להסיק מפסק-הדין לגבי מדיניות אכלוס כללית. עמד על כך השופט שמגר, באותה פרשה ממש (שם, בעמ' 808). אך השווה לגישתו של אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל 109, 120–121 (2001).

91 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 79.

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

בסגירה משפטית.<sup>92</sup> כאמור, לפני גיבוש כל החלטה בדבר הנורמטיביות של החומות המשפטיות יש לבחון תמיד גם את שאלת השלכתן לא רק על החברה בכללותה, אלא גם על יחסי הכוחות בתוך הקבוצות התרבותיות המבקשות להסתגר. כל אלה, מהבחינה המשפטית, מיתרגמים לדיני השוויון. השאלה היא אם הבחנה זו שהמדינה עורכת בין קבוצות תרבותיות היא מפלה. האם כאשר היא מונעת קבוצות מסוימות מלהתגורר במקום מגורים נתון, היא פועלת בהתאם לחובתה לנהוג בשוויון? דבריו של הנשיא ברק, שלפיהם "השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת",<sup>93</sup> זוכים בביטוי מלא בסוגיה שלפנינו. ידועה הגדרתו של אריסטו, שלפיה הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים – יחס לא-שווה אל מי שראויים לאותו יחס.<sup>94</sup> האם ניתן להסתפק בקביעה זו בניתוח הנוכחי? התשובה היא שלילית. עמדתי על כך שבחברה מודעת-צבעים קיימת אפשרות לסייע למפעלה של קבוצה תרבותית, וסיוע כזה יכול להיחשב לגיטימי. אולם אין די בעובדה שלפנינו קבוצה תרבותית להצדיק בניית חומה, שאם לא כן כיצד יובאו בחשבון שאר הזכויות, האינטרסים והערכים העומדים על הפרק? בסופו של חשבון, השאלה אם בנייתה של חומה משפטית הינה כדין תקבל מענה לאחר שההצדקות להקמתה יאוזנו עם שיקולים רלוונטיים אחרים. בהקשר זה נראה לי כי ניתן ללמוד רבות מהמבחן שאימצה השופטת דורנר בדבריה הבאים:

"...בענייננו (כלומר, בנסיבות שבהן ההחלטה מבוססת על שיקול המין או על שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, כגון גזע) ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה האריסטוטלית – ולמצער על חלקם – על ידי המרתה של הגדרה זו במבחן כפול: ראשית, האם שיקול

92 כאמור, גם אם נאסור את קיומן של חומות משפטיות, ייוותרו עדיין על כנן הגדרות החברתיות. השאלה שיש לשאול אז היא אם יש להילחם בהן מלחמה משפטית ולאסור גם אותן. מדובר, כאמור, בשאלה מורכבת, שרשימה זו לא תעסוק בה, ואשר התשובה לה תשתנה מחברה לחברה בהתאם למאפיינים הקבוצתיים השוררים בה. מכל מקום, הצידוק התרבותי עשוי להיות כבד-משקל דיו להצדיק הימנעות ממלחמה משפטית בגדרות חברתיות באופן מובהק יותר מאשר ביחס לחומות משפטיות.

93 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 230 (1998).

94 בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507–508 (1989); ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 35, 7 (1971).

המין הוא רלוואנטי; שנית, בהנחה שהשיקול הוא רלוואנטי, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.<sup>95</sup>

גישה זו, אשר בודקת אם ההבחנה מוצדקת בנסיבות העניין, מרחיקה אותנו ממצב שבו קיימות רק שתי אפשרויות נוגדות, שהן התקיימות שוויון או התקיימות הפליה פסולה. היא מחדירה את מימד האיזון לניתוח. השופט זמיר ציין כי "השוויון הוא ערך מן המדרגה הראשונה, אך אין הוא ערך מוחלט, אלא ערך יחסי, כמוהו ככל ערך אחר. כאשר השוויון מתנגש בערך אחר, או אף בכלל אחר או באינטרס ציבורי, יש לאזן ביניהם".<sup>96</sup> איזון הינו אכן צו-השעה בסוגיה שעל הפרק. רק אם מכלול השיקולים יוליך למסקנה כי בניית החומה המשפטית ראויה בנסיבות העניין, תוכל המדינה להצדיק משפטית את בניית החומות המשפטיות על-ידיה. על רקע ניתוח כללי זה נפנה לבחון כעת את הניסיון המשפטי שהצטבר בישראל בסוגיה שעל הפרק.

#### ד. הניסיון הישראלי – אישור עקרוני של בניית חומות משפטיות ומחירו המתגבש

##### 1. בניית חומות משפטיות על-ידי המדינה שזכתה בלגיטימיות שיפוטית

שורשיה של ההפרדה בדיוור בישראל הינם היסטוריים, ונעוצים בראשית הימים ממש. בימי המקרא ביססו בני ישראל את מקום מושבם בהר, ואילו עממי כנען ישבו במישור החוף ובעמקים.<sup>97</sup> בתקופה מאוחרת יותר בתולדות עם ישראל הקים המלך הורדוס ערים שיועדו להלניסטים בלבד,<sup>98</sup> ובאופן כללי נפרדו ההלניסטים והיהודים במקומות מושבם. גם בערים מעורבות התגוררו היהודים וההלניסטים בנפרד. למציאות חיים זו התלוו מתחים חברתיים עמוקים ביותר, שהגיעו עד כדי גילויי אלימות עזים.<sup>99</sup> במשך מאות רבות

95 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 135 (1995). דבריה של השופטת דורנר נאמרו על רקע הפליה מחמת מגדר. עם זאת, כפי שציינה השופטת, הם יפים לכל הפליה על רקע קבוצתי.

96 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 367 (1999).  
97 יהושע יג 6-1; יהושע יז 11-13; וראו עוד תולדות ארץ ישראל: מהתקופה הפרהיסטורית ועד עליית הביל"ויים כרך א 150 (יואל רפל עורך, 1984) (להלן: תולדות ארץ ישראל).

98 ראו לעניין זה אצל ישראל בן-שלום בית שמאי ומאבק הקנאים נגד רומי 45-46 (1993).  
99 תולדות ארץ ישראל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 244.



## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

של שנים התגוררו מוסלמים, נוצרים ויהודים בשטחי ארץ-ישראל בריכוזי אוכלוסין נפרדים. מציאות הפרדתית זו היא גם נחלתה של מדינת-ישראל המודרנית. במציאות בת-זמננו למדינת-ישראל יש השפעה ישירה אדירה על הדיוור ועל דפוסי האכלוס של תושביה ושל אזרחיה. זאת, לנוכח אחוז האדמות המצויות בבעלות הנחשבת לבעלות ציבורית. המקרקעין המצויים בבעלות ישירה של המדינה מהווים 72% מכלל מקרקעי ישראל.<sup>100</sup> מקרקעי המדינה, רשות הפיתוח וקרן קיימת לישראל חולשים על יותר מ-90% משטח היבשה של המדינה,<sup>101</sup> וכל אלה מנוהלים על-ידי מנהל מקרקעי ישראל. על רקע זה, החלטת המדינה לבנות חומות משפטיות יכולה לזכות ביישום בקנה-מידה נרחב ביותר.

מה צריכה להיות עמדתה של המדינה ביחס לסגירת מיעוטים בחומות משפטיות? שאלה זו אינה תיאורטית במציאות החיים הישראלית. שתי דוגמות מובהקות לחומות משפטיות שנבנו על-ידיה, ואשר זכו בלגיטימיות שיפוטית, נוגעות בקבוצת המיעוט החרדית ובקבוצת המיעוט הברדית. כפי שאנסה להראות להלן, סגירתן המשפטית של קבוצות אלה לא הביאה בחשבון כראוי את מורכבות העניין. סגירתה המשפטית של האוכלוסייה הברדית ניתנת להצדקה ביתר קלות, על בסיס הניתוח עד כה, בהשוואה לסגירתה של האוכלוסייה החרדית. עם זאת, ספק אם יש הצדקה לסגירה מוחלטת שלה. לאורכה של הרשימה חזרתית וטענת כי הזהירות מפני חומות משפטיות צריכה להנחות אותנו, וזאת לנוכח השלכותיהן המסוכנות, במיוחד בחברה רבת-תרבותית. על רקע זה אטען כי הפירות הבאשים של סגירה לא-זהירה בחומות משפטיות ניתנים לאיתור בישראל כבר כיום, ומחייבים משנה זהירות בנוגע לסגירות משפטיות עתידיות נוספות.

### (א) חומות משפטיות הנבנות הלכה למעשה על-ידי המדינה סביב ריכוזי אוכלוסייה חרדיים

הקבוצה החרדית בישראל אוחזת במאפיינים תרבותיים השמים דגש בקהילה מתוחמת ומוגדרת. קבוצה תרבותית זו מדגישה מאוד את השונה בין האוכלוסייה החרדית לבין מי שאינם חרדים. נטייתה של קבוצה זו היא להסתגר מפני הסביבה הכוללת, תוך הנגדה אליה. אכן, במקרים רבים ניתן למצוא בסביבת מגורים כללית ריכוזים נבדלים של תושבים חרדים. זוהי מציאות מובהקת ביותר של גדרות חברתיות, אשר קיימות בירושלים, בבני-ברק ובאזורים אחרים. האינטרס של הקהילה החרדית בהסתגרות בא לידי ביטוי גם בחיים

100 יהושע ויסמן דיני קניין: חלק כללי 198 (1993).

101 גרעון ויתקון הזכויות בקרקע חקלאית: מקרקעי ישראל, נחלות וחוות, שכונות מגורים, תעשייה וקייט, בטוחות למימון, תנאי חכירה, העברת זכויות 34 (1996).

הפוליטיים בישראל. כאשר הקונסטלציה הפוליטית אפשרה זו, דרשו מנהיגי הקהילה מהמדינה לסייע להם בהקמת מרכזי מגורים נפרדים ונבדלים. הם ביקשו מהמדינה שתקיף אותם בחומות משפטיות אשר ימנעו מגורים של אחרים במקומות מושבם. ההיענות לדרישות הייתה במידה רבה תוצר של שיקולים פוליטיים של מקבלי ההחלטות בישראל, ולא נבעה בהכרח משיקולים תרבותיים ערכיים של הגנה על הזכות לתרבות.<sup>102</sup>

מעורבותה של המדינה בכניית חומות משפטיות בעבור המיעוט החרדי הגיעה בכמה מקרים לפתחו של בית-המשפט העליון. על הפרק לא עמדה עצם בניית החומה המשפטית, אלא התנאים המועדפים שנטען כי הוענקו לציבור החרדי. כדוגמה בולטת ניתן לציין את פסק-הדין בעניין כבל.<sup>103</sup> מפסק-הדין עולה כי ביום 15.7.1997 כתב סגן שר הבינוי והשיכון מאיר פורוש מכתב לשר האוצר דאז יעקב נאמן, שבו הלין על כך שבציבור החרדי קיימת בעיית דיור קשה. עוד נאמר שם כי מועצת גדולי התורה קיבלה החלטה על הצטרפות לקואליציה רק בתנאי מפורש של קיום פרויקט דיור להשכרה לציבור החרדי. בעקבות המכתב החליטה המדינה לפעול בנושא בניגוד לחוות-דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מני מזוז. הוחלט לאפשר לציבור תלמידי הישיבות ליהנות מזכאות לשכירת דירות הנמצאות בבעלות המדינה בתנאי סבסוד. היחידות החדשות שנבנו לצורך זה מוקמו ליד ריכוזי אוכלוסייה חרדיים.<sup>104</sup> בכך ניתן לראות היענות של המדינה לצרכים ההפרדתיים של הקהילה החרדית.

משהגיע הנושא להכרעה שיפוטית, קיבל בית-המשפט העליון (ברוב דעות) את טענות העותרים, וקבע כי מתקיימת כאן העדפה פסולה של הציבור החרדי. עם זאת, גם דעת הרוב הכירה בצורך להקצות מקומות דיור נפרדים ומיוחדים לחרדים. לענייננו חשוב להצביע על אמרת-האגב של השופט חשין (כתוארו אז) בפסק-הדין:

”משפחות חרדיות – כולנו נסכים – יש מהן הזקוקות לשכירות בדיור הציבורי. ועוד נסכים, כי החרדים ראויים וזכאים, אם אך יחפצו בכך, כי

102 אפשר לראות את המציאות מאחורי הקלעים בכל הנוגע בהקצאות קרקע למגזר החרדי בדוחות מבקר המדינה. ראו, למשל, מבקר המדינה דו"ח שנתי 40 128 (1990), שם מתוארות הפעולות סביב הקמת העיר ביתר. הקמת היישוב זכתה בתשומת-לב גם אצל מבקר המדינה דו"ח שנתי 41 (1991). אצל מבקר המדינה דוח שנתי 48 (1998) ניתן למצוא את השתלשלות האירועים שהוליכו לעלייה בשיעור הבנייה הכוללת בעבור האוכלוסייה החרדית.

103 בג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נגד (2) 241 (1999) (להלן: עניין כבל).

104 שם, בעמ' 253.

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור**

נעשה כמיטבנו להקצאת מקומות דיוור יחודיים להם, כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים את אורחות-חייהם...<sup>105</sup>

לפנינו אם כן הסכמה – שעל פניה נראית ברורה מאליה, כלשונו של השופט חשין – למדיניות הפרדתית ישירה של המדינה בבואה להתמודד עם צרכיה המיוחדים של האוכלוסייה החרדית. על כך "כולנו נסכים".

אמירה מקיפה יותר, אשר יכולה גם היא להיחשב אמרת-אגב, ניתן למצוא בעניין אלעד.<sup>106</sup> במוקד הדיון עמדה העיר החרדית אלעד. עיר זו הוקמה בין ראש-העין לאזור בן-שמן.<sup>107</sup> גם כאן חשף פסק-הדין את שהתנהל מאחורי הקלעים של החיים הפוליטיים בישראל. בפברואר 1996 התקיים דיון אצל ראש הממשלה שעניינו "בנייה לחרדים". מסיכום הדיון עולה כי אושרה בו הקמת עיר שתוכרז כמיועדת לאוכלוסייה בעלת צביון דתי.<sup>108</sup> הקבלנים שזכו במכרזים לניהול הבנייה במקום התחייבו למכור את כל הדירות במתחם למשתכנים זכאים ולאחרים בעלי צביון דתי בלבד. גם הפעם קיבל בית-המשפט העליון את העתירה שהוגשה נגד התוכנית, וזאת לנוכח ההטבות הלא-שוויוניות שניתנו בפרויקט. מכל מקום, גם כאן, ובניגוד לתוצאה המתערבת, הביע בית-המשפט העליון הסכמה עקרונית לבנייה נפרדת לקבוצה החרדית על-ידי המדינה. וכך כתבה השופטת ביניש (כתוארה אז):

"ייתאמר בפתח הדיון בסוגיה שלפנינו, כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול... האפשרות להקצות משאבי קרקע לבנייה עבור קבוצת אוכלוסים אחת, אשר על-פי צרכיה יש הצדקה לאפשר לה בנייה נפרדת הוכרה כבר בבית משפט זה גם ביחס לאוכלוסייה אחרת – האוכלוסייה הבודהאית... ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיוור 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

105 שם, בעמ' 256.

106 לעיל ה"ש 2.

107 כיום הרכב האוכלוסייה במקום הוא שני שלישים חרדים ושליש דתיים שאינם חרדים. עוד כ-8,800 יחידות דיוור אמורות להיבנות באזור בשנים הקרובות. שלומי שפר "בני ברק

החדשה" הארץ נדל"ן 4.8.2002, 10.

108 עניין אלעד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 507.

גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו...

בעניין שלפנינו, איננו צריכים להכריע בשאלות הנכבדות הנוגעות לטיבה של זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה. נוטה אני להשקפה כי במגבלות ובהיקף ההולמים את עקרונות שיטתנו המשפטית ואת המציאות החברתית שאנו נתונים בה, מדובר בזכות הראויה להכרה לעצמה...<sup>109</sup>

כאמור, הלכה למעשה נפסלה מדיניות הקצאת הקרקע בגין תנאי החכירה המועדפים שקיבלו המבקשים להתגורר במקום, ועל-כן ניתן להתייחס לאמור לעיל כאל אמרת-אגב של בית-המשפט. עם זאת, המגמה ברורה, והמסר ברור. הקצאת קרקעות ייחודיות לאוכלוסייה החרדית זוכה כאן בחיזוק ובמשענת נכבדים ביותר. כיצד פסיקה זו של בית-המשפט העליון מתיישבת עם הגישה העקרונית שהוצגה לעיל ברשימה זו? לפני שנבחן הכשרה זו במבט נוסף, ראוי להתמקד בדוגמה המובהקת השנייה שאוזכרה בעניין אלעד, הלוא היא הדוגמה הבדוית, ולראות את החומות המשפטיות שנבנו סביב מיעוט תרבותי זה.

(ב) חומות משפטיות הנבנות הלכה למעשה על-ידי המדינה  
סביב ריכוזי אוכלוסייה בדויים

הבעיה שבמוקד מאמר זה לא הצריכה ניתוח מעמיק מצידו של בית-המשפט העליון בעניין אלעד ובעניין ככל. לנוכח התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט, שממילא פסלה את מדיניותה של המדינה לנוכח תנאיה המעדיפים, נדחקה שאלת עצם הלגיטימיות של בניית החומות המשפטיות על-ידי המדינה לקרן זוית. אלא שבכל הנוגע בקבוצת מיעוט ייחודית אחרת – המיעוט הבדוי – ההתמודדות עם החומה המשפטית הייתה במוקד הניתוח המשפטי של בית-המשפט. פסק-הדין המנחה בעניין זה ניתן בעניין אביטן.<sup>110</sup> באותה פרשה נבחנה הקצאת הקרקע של מנהל מקרקעי ישראל לבדוים ביישוב הבדוי שגב-שלום. לבדוים הוחכרה הקרקע בתנאים מועדפים, וכל מי שאינו בדוי לא הורשה לחכור שם קרקע. אביטן, קצין משטרה שאינו בדוי, ביקש לחכור מגרש ונענה בשלילה. במהלך הדיון בעתירתו עלו על הפרק שני סעדים אפשריים: האחד, חכירת המגרש בתנאים זהים

109 שם, בעמ' 508–509.

110 לעיל ה"ש 2.

**קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן:  
חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדוור**

לאלה של הבדווים; והאחר, חכירת המגרש בתנאי השוק הרגילים. בית-המשפט העליון, מפי השופט אור (כתוארו אז), דחה את העתירה.

נפתח בעצם ההחכרה של הקרקע לבדווים בתנאים מועדפים. דובר בחומה משפטית שהמדינה ביקשה להקים. כוונתה הייתה לבנות יישוב המיועד לאכלוס על-ידי בדווים בלבד. מחומר הראיות שהוגש במהלך הדיון לבית-המשפט עלה כי דובר במדיניות מקיפה של המדינה, שבמסגרתה היא הקימה יותר מעשרים יישובים שיועדו למגורי בדווים, מהם שבעה בנגב.<sup>111</sup> המדינה הסבירה כי מדיניותה באה לשרת את מטרת יישובם של הבדווים ביישובי-קבע. בדרך זו, טענה המדינה, יהיה אפשר להשיג שתי מטרות עיקריות: האחת, מניעת התופעה של בנייה בלתי-חוקית על אדמות מדינה; והאחרת, מתן אפשרות לספק לבדווים באופן ראוי שירותי בריאות, שירותי חינוך ושאר שירותים ציבוריים חשובים. הנה כי כן, בבסיס עמדתה של המדינה עמדה הטענה כי יישוב הבדווים ישיג מטרות חברתיות חשובות וישרת גם את טובתם שלהם. כידוע, בסוגיה זו מעורבים שורה של אינטרסים מתנגשים, וקיימת מחלוקת עמוקה סביב השאלה אם המהלך כולו אכן משרת את צורכי האוכלוסייה הבדווית.<sup>112</sup> לא ניכנס ברשימה זו לבקעת-המריבה, ונאמץ לצורך המשך הניתוח את הצידוקים שהביאה המדינה למדיניותה, מבלי לבחון אם הם מסווים צידוקים נסתרים אחרים. בהינתן צידוקים אלה, ובהינתן הגישה שהוצגה כאן ברשימה הנוכחית, השאלה היא אם בניית החומה המשפטית על-ידי המדינה הייתה מוצדקת.

בנקודה זו ראוי להביא את ביקורתו של יוחאי בנקלר. בנקלר רואה את המדיניות הקרקעית של המדינה ככזו שנועדה לרכז את הבדווים באזור נתון (racial steering). נקודת המוצא, אליבא דבנקלר, צריך שתהיה עוינת:

“...מתעורר חשש, שהרטוריקה של פעילות מקדמת תשמש מסך להגן על פעילות המפלה למעשה את המיעוט על-פי תוצאותיה. סוגיה זו מתעוררת

111 שם, בעמ' 301. הקמת יישובים לבדווים היא עניין שבשגרה. כך, גם בשנת 2002 נידונה תוכנית להקים יישוב בדווי לבני השבט אל-עזומה, אשר ישתרע על שטח של שש מאות דונם ויחיו בו כשמונת אלפים תושבים. עליזה ארבלי “היום יידון מעבר בדווים מאל עזומה ליישוב קבע” הארץ חדשות 19.8.2002, 7.

112 סוגיית יישוב הבדווים ביישובי-קבע על-ידי המדינה הינה טעונה במיוחד, ונשמעים קולות רבים המציגים את מניעי המדינה ביישוב זה מזווית אחרת עניינית פחות. דיון במורכבות זו חורג מגדרי הרשימה. לבחינת הנושא ראו אבינעם מאיר המתח בין בדווי הנגב למדינה – מדיניות ומציאות (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1999); יוסף בן דוד הבדווים בישראל: היבטים חברתיים וקרקעיים (המכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, 2004). עוד ראו לעניין זה: Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins Under the Law of Israel*, 30 L. & Soc. Rev. 231 (1996).

במלוא חריפותה כאשר ממשל המורכב מבני הרוב האתני מפעיל תוכנית המכוונת לטיפול במיעוט אתני. ניכור, חוסר הבנה או גזענות נסתרת עלולים להוביל את חברי קבוצת הרוב להפעיל תוכניות שינציחו או יחמירו את מצבו של המיעוט, אף שברטוריקה ובפורמט הן מופעלות כתוכניות של פעילות מקדמת.<sup>113</sup>

לשיטתו, אילו אכן רצתה המדינה ביישוב הבדווים, כי-אז הייתה יכולה לעודדם להתיישב בכל מקום בארץ, ולא היה צריך לכוונם דווקא ליישובים בדויים מתחמים.<sup>114</sup> על-פי מודל הניתוח שהצעתי, בנקלר צודק בכך שנקודת המוצא צריך שתהיה עוינת למדיניות זו של המדינה. זאת, משום שהמדינה בונה חומה משפטית המפרידה בין בדויים לבין מי שאינם כאלה. על המדינה מוטל לפיכך הנטל להסביר את מדיניותה. עליה להצדיק את בנייתה של החומה לבדויים, כשם שעליה להצדיק את בנייתה של כל חומה משפטית המפרידה בין קבוצות תרבותיות. נטל זה צריך שיהיה כבד. עם זאת, בנסיבות העניין, נראה כי המדינה אכן עמדה בהצדקת בניית החומה. על-מנת ליישב את הבדויים, שהיא מטרה חשובה בזכות עצמה, יש לתכנן יישובים שבהם האוכלוסייה, לכל-הפחות בעיקרה, תהיה אוכלוסייה בדוית. מדובר בקהילה שחיה חיי נוודות. חיים אלה נבנים על מסגרות שבטיות ומשפחתיות. המעבר לחיי-קבע מהווה משבר תרבותי של ממש. מדובר במהלך מהפכני אדיר. על-מנת לאפשר את מימושו, צריך לעמעם את עוצמת המהפכה באורחות החיים, וזו אכן מתעמעמת מעט כאשר הבדויים העוברים לסביבת המגורים החדשה מוצאים שם בדויים כמותם.<sup>115</sup> מכל מקום, מדיניות יישוב זו נתמכה בחוות-דעת של מומחים לדבר, ונראה כי הייתה מבוססת כהלכה.

עם זאת, נראה כי בית-המשפט העליון לא דרש מהמדינה מענה של ממש לשאלה מדוע הפרדה חייבת להיות מוחלטת, מדוע אין לאפשר לאביטן לחכור קרקע במקום, אף לא בתנאים רגילים. במילים אחרות, בית-המשפט לא בחן את מידתיות הפרדה. השופט אור דחה את טענתו של אביטן כי לפנינו הפליה על רקע לאום,<sup>116</sup> שכן הבדויים אינם מהווים קבוצה לאומית. אולם האין למצוא במהלך משום הפליה על רקע השתייכות אתנית? שאלה זו נותרה ללא מענה של ממש בפסק-הדין. בית-המשפט שם את הדגש

113 יוחאי בנקלר "אי-הפליה בדיוור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז 131, 150 (1991).

114 שם, בעמ' 154–156.

115 חלון למתרחש בהליכי העברת הבדויים ליישובי-קבע, על כל המורכבות שבכך, ניתן למצוא אצל בנבנשתי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 784–785.

116 עניין אביטן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 304.

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

בהעדפת הבדווים, וראה בה העדפה לגיטימית. לכן לא נבחנה השאלה אם מדיניות זו מצדיקה שלילה מוחלטת של האפשרות שאדם שאינו בדווי יתגורר במקום. לא נבחנה השאלה מדוע אין אפשרות לנקוט צעדים חריפים פחות ממניעה מוחלטת של מי שאינם בדווים מלהתגורר ביישוב החדש.

מהנתונים המצויים בפסק-הדין נראה כי למדינה היה קשה מאוד להצדיק את הסגירה המוחלטת של יישוב שגב-שלום מפני כל מי שאינם בדווים. ספק אם דרישת המידתיות (אשר במועד כתיבת פסק-הדין טרם פותחה בשיטת המשפט הישראלית) הייתה מתגשמת. אביטן היה מוכן להתגורר במקום. הוא היה מוכן אף לשלם דמי חכירה גבוהים, ללא ההנחה הניכרת שניתנה לבדווים. הבדווים, מצידם, היו מוכנים אף הם כי אביטן יתגורר בשכנות אליהם, ואביטן סיפק תצהירים אחדים של בדווים שהצהירו על כך. המדינה לא סיפקה נתונים משכנעים שלפיהם יש רבים כאביטן המתדפקים על שערי המקום בבקשה לחכור קרקעות, באופן שיסכן את אופיו הבדווי של היישוב.<sup>117</sup> נוסף על כך, נראה כי מתן אפשרות לאביטן ולשכמותו להתגורר לצד הבדווים הייתה משרתת דווקא מטרות חברתיות חשובות של עידוד פלורליזם וסובלנות. אפשרות זו הייתה יכולה לתרום להפחתת החיכוך בין האוכלוסייה הבדווית לבין אוכלוסיות אחרות בחברה הישראלית. דעתי היא כי בית-המשפט הקל מדי עם המדינה בהכשירו את המדיניות האמורה, אשר מקדמת הפרדה באופן קיצוני ללא ביסוס נאות. למעשה, בית-המשפט יישם כאן את המודל האריסטוטלי לבחינת טענת ההפליה, ולא את מודל האיזון שעליו עמדתי לעיל.<sup>118</sup> מדובר, לדעתי, בדוגמה מובהקת הממחישה את הקושי של המודל האריסטוטלי של ההפליה להתמודד עם דילמות מורכבות מן הסוג העומד כאן על הפרק. אימוץ מודל האיזון היה מאפשר לבית-המשפט העליון להטיל על המדינה את הנטל הכבד שהיה ראוי להטיל עליה על-מנת להצדיק את הסגירה המוחלטת. נטל כזה לא הוטל הלכה למעשה.

## 2. דיון ביקורתי

נקודת המוצא לדיון חייבת להימצא בעובדה שמציאות החיים בישראל היא הפרדתית. ההפרדה בדיוור בישראל קיימת ומוחשית. שזורות בה היסטוריה ואידיאולוגיה, ואלה מסבירות את עומקה ואת השלכותיה הניכרות על החברה הישראלית כולה. ההפרדה בדיוור בישראל אינה תוצאה של גדרות חברתיות בלבד. כפי שציין בנבשתי, "ההתייחסות הנפרדת אינה עוד תוצאה של התפתחות היסטורית טבעית המתרחשת כמעט מאליה..."

117 לדיון בנטל שהיה צריך להיות מוטל על המדינה בהקשר זה ראו בנקלר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 156–158.

118 ראו לעיל בתת-פרק 6ג.

כיום מדובר בהקצאה של קרקעות המדינה שהיא פרי תכנון על-ידי השלטון.<sup>119</sup> מדינת-ישראל נהפכה לבנאית דגולה של חומות משפטיות המפרידות בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות אותה. כך במציאות, אולם מה להלכה? האם בנייה זו ראויה ורצויה? הנשיא ברק, באחת הפסקות החשובות בפסק-דינו בפרשת קעדאן,<sup>120</sup> ציין כי "לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שההפרדה מוצדקת על-אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע התבוללות כפויה".<sup>121</sup> הגישה שהוצגה ברשימה זו אינה מוליכה למסקנה כי כל חומה משפטית באשר היא הנבנית על-ידי המדינה הינה פסולה. אכן, בחברה מודעת-צבעים כחברה הישראלית ייתכנו מהלכי בנייה של חומה משפטית לגיטימית. אלא שבטרם מתירים בנייה כזו יש להשתכנע כי ההפרדה נחוצה עד כדי כך שנהיה מוכנים לשלם בגינה את המחיר החברתי הטמון בה.

אולם האם באמת טמון מחיר חברתי כה כבד בבניית חומות משפטיות על-ידי המדינה? האם יש בסיס, הנשען על נתונים ממשיים, שיכול להצדיק את הגישה העוינת כלפיהן? המחיר שעליו הצבעתי אינו נגלה לעין בקלות, אך נראה לי כי כבר כיום ניתן למצוא סימנים הממחישים את התממשותו בישראל. ניתן להדגים את הדברים בעזרת עניין פינץ',<sup>122</sup> המהווה דוגמה מטרידה למחיר החברתי של בניית החומות המשפטיות על-ידי המדינה. פסק-הדין עוסק אומנם בדיני מכרזים ובדיני חוזים שלטוניים, אך עובדותיו הן שמגוללות את המציאות שצריכה להטריד את כולנו.

משרד הבינוי והשיכון, בשיתוף עם מנהל מקרקעי ישראל, בנה בשנים האחרונות שכונות מגורים לציבור החרדי ברמת בית-שמש – אזור המרכז את עתודות הבנייה הרבות ביותר במחוז ירושלים. שכונה ברמת בית-שמש תוכננה לציבור החרדי, בעיר בית-שמש עצמה קיימות שכונות אחדות המיועדות לאוכלוסייה החרדית, ובאזור (ביישובים זנוח ומחסיה) מיועדות יחידות דיור נוספות לאוכלוסייה זו.<sup>123</sup> משרד הבינוי והשיכון ומנהל מקרקעי ישראל החליטו לבנות שכונה חדשה באזור – שכונת השחר – ותכננו להקים בה

119 בנבנשתי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 770.

120 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

121 שם, בעמ' 279.

122 ע"מ 7561/01 פינץ' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נז(3) 611 (2003). אני מעוניין כאן בעובדותיו של פסק-הדין יותר מאשר בהנמקתו, העוסקת בדיני המכרזים והחוזים השלטוניים. התיק הוחזר להמשך התדיינות בבית-המשפט לעניינים מנהליים.

123 הפרטים לקוחים מתוך מכתבו של מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון לחברי ועדת המכרזים המשותפת למשרד ולמנהל מקרקעי ישראל (14.11.2000).



## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

כאלפיים ושלוש מאות יחידות דיוור. הפעם תוכננה השכונה כך שתתגורר בה אוכלוסייה כללית, והמכרז נפתח לציבור הרחב, אולם נראה כי הוא יועד לציבור שאינו חרדי. המכרז הראשוני היה בהיקף של כמאה יחידות דיוור. כשבעים הצעות הוגשו במסגרת מכרז זה. בסמיכות למועד פרסומן של תוצאות המכרז פורסמה הודעה מטעם לשכת הדובר של משרד הבינוי והשיכון (ביום 27.9.2000) שלפיה "נכשל ניסיון של חרדים להשתלט על שכונת 'שחר' ברמת בית שמש, אותה ייעד המשרד לציבור החילוני והדתי לאומי". כך! אולם לאחר-מכן התברר כי רוב הזוכים במכרז הראשוני היו חרדים ושומרי מסורת. כתוצאה מכך ביטל משרד הבינוי והשיכון את המכרז ואת התוכנית להקים במקום שכונה. מדוע? בבית-המשפט לעניינים מנהליים ובבית-המשפט העליון הוצגה עמדת המדינה שלפיה השכונה נידונה לכישלון שיווקי. זאת, משום שלשכונה ייווצר רושם של שכונה חרדית, והדבר יניא חילונים מלרכוש בה יחידות דיוור. ומה באשר לאוכלוסייה החרדית? מדוע זו לא תאכלס את השכונה כולה? כאן הסבירה המדינה כי הביקוש לדירות בקרב הציבור החרדי אינו גדול דיו לרכוש את כל היחידות המתוכננות להיבנות במקום. על כך היא למדה מהיקף הדירות הפנויות בשכונות החרדיות באזור. לנוכח חששה כי תיוותר עם "פיל לבן", כי כספים רבים שיושקעו ירדו לטמיון וכי היעדים התכנוניים לא יושגו, החליטה המדינה לסגת בה מהמכרז.

ומי נפגע מפרשה עגומה זו? בראש ובראשונה הזוכים החרדים ושומרי המסורת, אשר השקיעו כספים רבים במכרז וכבר שילמו מאות אלפי שקלים במסגרת הליך המימוש של הצעותיהם.<sup>124</sup> מובן שלא רק פגיעה כספית עומדת על הפרק. למעשה, המדינה שידרה מסר חזק וברור לזוכים החרדים ושומרי המסורת, שלפיו המכרז בוטל בגלל זהותם התרבותית. במדינת-ישראל של היום זהות זו עלולה להוליך לתוצאות כלכליות ותכנוניות שהמדינה מבקשת להימנע מהן. על הפגיעה הטמונה במסר כזה אין צורך להכביר מילים. גם הציבור הרחב נפגע, כמובן. המדינה, לנוכח הקלות שבה שכונות מסויגות כחרדיות או כחילוניות (בגין החומות המשפטיות שכבר נבנו במקום), אינה יכולה לממש מדיניות יישוב בהתאם לתוכניתיה. המציאות האמורה מקשה עליה לספק פתרונות מגורים נאותים לצרכים הגואים של האוכלוסיות השונות המתגוררות במרחב ירושלים, ובכך טמונה פגיעה ציבורית קשה.

124 בית-המשפט העליון החזיר את הפרשה לבחינתו המחודשת של בית-המשפט לעניינים מנהליים בירושלים, וזה פסק כי יש להקים את השכונה, שכן המדינה לא ביססה את טעמיה כדבעי על בסיס נתונים מוצקים דיים, ולנוכח הפגיעה הקשה בזוכים שזכו במכרז. ראו עת"מ (י-209/01 פינץ' נ' שר הבינוי והשיכון, פורסם בנבו (14.11.2004)). על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-המשפט העליון (עע"מ 11470/04), אך הצדדים הגיעו להסכמה והערעור נדחה.

השאלה המתבקשת היא מה היה מצב הדברים במקום אילולא נבנו בו חומות משפטיות כה רבות בעבור האוכלוסייה החרדית? בל נשלה את עצמנו – אין ספק שהייתה מתקיימת בו הפרדה חברתית. מערכת היחסים שבין דתיים לבין חילונים באזור בית-שמש הינה מערכת טעונה<sup>125</sup> והפרדתית ממילא. עם זאת, נראה לי שאילו העמידה המדינה לציבור הרחב יחידות דיוור באזור בית-שמש בהיקף גדול מלכתחילה, ולא הייתה מייעדת אותן לציבורים ייחודיים, היינו עדים לאכלוס אזורים מסוימים על-ידי אוכלוסייה חרדית, לצד אכלוס של אזורים אחרים על-ידי אוכלוסייה שאינה שומרת מצוות. הסיכוי להתקיימותו של תסריט זה גדול יותר, לדעתי, במציאות שבה אין מקימים חומות משפטיות מלכתחילה. מציאות חלופית זו, על כל מורכבותה, הינה עדיפה על זו שאנו עדים לה בעניין פינץ'. האומנם, על-מנת ליישב במקום אוכלוסייה חילונית, עלינו להתדרדר לצעד הבלתי-חוקתי של ייחוד שכונות מסוימות לציבור זה באזור על-מנת שיתקבלו דפוסי אכלוס אינטגרטיביים יותר?

בשלב זה אפשר להקשות ולטעון כי כאשר מדובר בהקמת יישוב חדש, לא יעברו להתגורר בו תושבים חרדים מבלי שיובטחו תנאי-יסוד – כגון קיומם של מוסדות תרבות ותנאים תומכים נוספים – אשר חיוניים לשם מימוש תרבותי נאות של הקהילה. לכן, כך על-פי הטענה, אין מנוס מהקצאה נפרדת של קרקעות לציבור זה על-ידי המדינה. אלא שהשאלה המתבקשת היא מדוע. האם מעורבותה של המדינה הכרחית? כאשר מתבוננים אל מחוץ לישראל, מתבקשת תשובה שלילית. טלו את ארצות-הברית, למשל, שבה מעורבות כזו אסורה חוקתית. בארצות-הברית קיימים ריכוזי אוכלוסייה חרדיים מובהקים, אך ברור כי לאורך השנים תושבי הקהילה עוברים להתגורר ביישובים ובאזורים שהם לא התגוררו בהם בעבר, שהרי הקהילה והצרכים של חבריה אינם קופאים על השמרים. עובדת-יסוד זו מהווה את ההוכחה החותכת לכך שמעורבותה של המדינה בתחום זה אינה בגדר מעורבות הכרחית.

עניין פינץ' צריך לשמש לכולנו תמרור אזהרה. עתודות הקרקע למגורים בישראל אינן משתרעות על מרחבים נרחבים. כאשר אזור גיאוגרפי מצומצם צריך לשמש למגוריהן של כמה אוכלוסיות, קיומן של חומות משפטיות עלול לגרום נזק משמעותי. חומות אלה מעצבות את מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות בישראל באופן שרק מוסף לעכירות ולחוסר הסובלנות. נראה שבבית-שמש הסיכויים שחרדים ולא-חרדים יתגוררו באותו מרחב גיאוגרפי הולכים וקטנים.

125 לתיאור כללי של התנהלות הדברים במקום, וליחסים העכורים שבין חילונים לחרדים באזור בית-שמש, ראו מזל מועלם "משרד השיכון ניסה למנוע מחרדים לרכוש דירות בבית שמש" הארץ 24.9.2000 א8.

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

ומה באשר למיעוט הבדווי? כאן בא לידי ביטוי מובהק ומצער החשש שהפרדה בדיוור תוכל להוות בסיס להקצאה לא-שוויונית בעליל של משאבים חברתיים. מצבה של הקהילה הבדווית בישראל מחפיר. ביישובים רבים שהוקמו במסגרת תוכניות היישוב של המדינה אין תנאים בסיסיים, כגון רחובות סלולים, מערכות ביוב וניקוז וכיוצא בהם.<sup>126</sup> מציאות של יישובים בדויים המוקפים חומות משפטיות מקילה מאוד על המדינה להתעלם מצורכייהם של המתגוררים בהם. לציבור זה אין כוח פוליטי, והחומות המשפטיות מבטיחות כי העזובה ותנאי החיים הקשים לא יעברו ליישובים שאינם בדויים. קל לזנוח את צרכיו של המיעוט הבדווי כאשר הזנחה זו אינה משליכה באופן ממשי על הציבור היהודי במדינה. האם הייתה השלמה ציבורית עם התנאים הקשים של מערכת החינוך הבדווית, למשל, אילו דובר בבתי-ספר שגם תלמידים יהודים רבים היו אמורים לפקוד אותם? ניתן לשער שלא. מכל מקום, די בהשלכות קשות אלה לעורר מחשבה אם ההפרדה המלאה שהוכשרה בעניין אביטן הייתה אכן הכרחית.

אל מול החששות והמחירים הכרוכים בבנייתן של חומות משפטיות עומד הצידוק התרבותי. צידוק זה הוא כבד-משקל במיוחד כאשר על הפרק עומדות דרישות של קבוצות מיעוט להסתגר. במאמר מרכזי בנושא עמד בנבנשתי על תביעה זו הבאה מקבוצות מיעוט:

“התביעה להפרדה במגורים יכולה להיות מוצדקת כתביעה לקיום תרבות הקהילה, לשימורה ולפיתוחה. ישנן קהילות שחיי הקהילה בהן מחייבים התבדלות מקהילות אחרות. זה המצב אצל החרדים בישראל, המעוניינים בהסתגרות כדי להגן על בני קבוצתם מפני פיתויי ‘הכופרים’ מסביב. זה גם המצב בקהילות של ילידים (indigenous people), כגון האמריקאים הילידים (Native Americans) בצפון אמריקה, האבוריגינים באוסטרליה והסאמי בסקנדינביה, המבקשים לשמר תרבות עתיקה מפני הקדמה... לתביעה להפרדה יש צליל שונה לגמרי כאשר משמיעים אותה בני קבוצה (כמו קהילות האמריקאים-הילידים) המבקשים לשמר את תרבותם ולהגן

126 ביישוב כסייפה, שהוקם בשנת 1983, מתגוררים 6,600 תושבים, אך אין בו רחוב ראשי תקני או רחוב סלול לחלוטין מראשיתו ועד קצהו. ביישוב ערעה (1983), שמתגוררים בו 8,400 תושבים, 90% מהכבישים טרם הושלמו, רק ב-10% משטח היישוב יש מדרכות, ואין תשתית פועלת של מערכת ביוב. ביישוב חורה (1990), שמתגוררים בו כ-4,000 תושבים, אין כביש סלול על-פי התקן, אין מערכות ביוב וניקוז, ואין גם מבנה קבוע לבניין המועצה המקומית. ביישוב תל-שבע (1998), שמתגוררים בו 9,500 תושבים, כמחצית מכבישי היישוב אינם עומדים בתקן, ב-90% משטח היישוב אין מערכות ניקוז, ובשלוש שכונות אין תשתית חשמל. הנתונים לקוחים ממחקר של ד"ר יצחק ביילי שפורסמו בעיתון הארץ. ראו עליזה ארבלי “הניסיון לעייר את הבדווים התגלה ככישלון” הארץ 6.12.2000. א7.

עליה מפני זרים שמעוניינים ליהנות ממשאבי תרבותם מבלי להתערות בה. תביעה כזו להפרדה אינה יוצרת בקרב הלבנים תחושת נחיתות; היא נועדה למנוע פגיעה אנושה במורשת ובתרבות של קהילת מיעוט.<sup>127</sup>

מובן שקיים הבדל בין מצב שבו הרוב מבקש לסגור את המיעוט לבין מצב שבו המיעוט מבקש להסתגר. אולם השאלה היא אם בכל מקרה שבו המיעוט מבקש להסתגר, ומבסס את בקשתו על בסיס תרבותי ממשי, המדינה אכן צריכה לסגור אותו בחומה משפטית. לדעתי, התשובה חייבת להיות שלילית. עלינו להבין שאין לפנינו בחירה דיכוטומית בין הפרדה לבין אינטגרציה. כפי שראינו, במציאות החברתית הקיימת, גם בהעדר הפרדה משפטית על-ידי המדינה תיווצר הפרדה חברתית. גם אם אין חומות משפטיות יהיו גדרות חברתיות. הנה כי כן, הבחירה אינה בין הפרדה לבין אינטגרציה. הבחירה היא בין הפרדה חברתית, הפרדה משפטית ואינטגרציה. כפי שצינתי, הצידוק התרבותי יכול לשמש בסיס כבד-משקל להימנעות ממלחמה משפטית בגדרות החברתיות הקיימות – מלחמה אשר מתנהלת במלוא עוזה בארצות-הברית, למשל.<sup>128</sup> הצידוק התרבותי צריך למנוע אותנו מלהילחם במציאות שבה קיימות שכונות המאוכלסות בעיקר על-ידי תושבים חרדים. זאת, מתוך כבוד והערכה לצרכים התרבותיים של המתגוררים בשכונות אלה. אך מכאן ועד בנייה מסיבית של חומות משפטיות על-ידי המדינה הדרך ארוכה.

קשה לחלוק על כך שגם ללא התערבות של המדינה יכול שייווצר אותו "מרחב של קדושה" שבו מתגוררים בעיקר חרדים, ואשר כה חשוב לתרבותם.<sup>129</sup> שכונות חרדיות נוצרו בישראל עוד הרבה לפני שמנהל מקרקעי ישראל בא לעולם. מדוע המדינה צריכה להפוך את הגדר החברתית (הפרדה חברתית) לחומה משפטית (הפרדה משפטית)? האם אי-בנייה של חומות משפטיות על-ידי המדינה תביא את הקץ על התרבות החרדית בישראל? נראה לי כי דורות של פעילות תרבותית חרדית מרשימה ועמוקה ללא בנייה של חומות משפטיות על-ידי המדינה מוכיחים כי לא כך פני הדברים. באשר לטיעון שלפיו לחרדים יש צרכים תכנוניים מיוחדים, אין בכך כדי לחייב ייעוד מראש של שכונות מגורים לחרדים, תוך קידום הפרדה משפטית. בהינתן אזורי מגורים שכבר מאוכלסים בצפיפות על-ידי אוכלוסייה חרדית, ניתן להשתמש במנגנונים הכלליים שחקיקת התכנון והבנייה מעמידה, כדי לספק מענה לצרכים תרבותיים אלה. כך, יהיה אפשר להשתמש בכלי

127 בנבנשתי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 783.

128 ראו: Fair Housing Act, 42 U.S.C §§ 3601, 3603–3604, 3607 (1968).

129 בנבנשתי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 786.

## קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור

ההפקעה כדי לקדם מטרות תרבותיות של המתגוררים במקום.<sup>130</sup> המדינה יכולה לסייע למפעל התרבותי החרדי על-ידי סגירת כבישים בשבת, למשל, או על-ידי הקצאת שטחים רבים יותר לפעילות ציבורית בשכונות חרדיות.<sup>131</sup> אך מכאן ועד בנייה שיטתית של חומות משפטיות הדרך ארוכה.

ראינו כי בית-המשפט העליון כרך את עניינה של הקבוצה החרדית בקבוצה הבדווית, אך לדעתי מדובר בכריכה שניתן להרהר אחריה. אין מקום לדון בנשימה אחת בצורכי הקהילה החרדית ובצורכיהם של מיעוטים דוגמת בדווים. הקבוצה החרדית יכולה לדאוג לצרכיה ההפרדתיים, ודואגת להם הלכה למעשה, גם ללא מעורבות של המדינה. בנבנשתי עצמו עומד על נקודה זו.<sup>132</sup> לעומת זאת, הבדווים ומיעוטים אחרים דוגמתם אכן זקוקים למעורבות מדינתית, ויש בהליכים ההפרדתיים שהם עוברים משום שירות חשוב של מטרות חברתיות כוללות, המועילות גם לבדווים עצמם. עם זאת, כפי שצינתי, ספק אם שיקולים אלה מצדיקים סגירה מוחלטת, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין אביטן. לנוכח כל אלה קשה לי לראות כיצד, באופן עקרוני, ניתן להצדיק ברוב המקרים את החומות המשפטיות שנבנות כאן על-ידי המדינה הלכה למעשה.

### ה. סיכום

רבים סופקים כפיים לנוכח ההתדרדרות במערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה הישראלית, ולנוכח גילויי ההפליה, התיוג השלילי והניכור ההולכים ומתרחבים. כאשר אלה הנסיבות, מוטלת עלינו, כחברה, החובה לערוך חשבון-נפש ביקורתי בדבר היסודות התורמים להתפתחותה של מגמה שלילית זו. עלינו לפעול לצמצום אותם גורמים המשמשים כר פורה לגילויים אלה. עלינו לנסות לשוות אופי אחר למסע החברתי המשותף של הקבוצות התרבותיות השונות שחיות כאן. לטעמי, אחד הזרזים הברורים המעודדים בורות, שנאת-חנינם והפליה הוא זרז הפרדה. הפרדה מאפשרת לדעות קדומות להשתרש, ומעצבת בקלות את התחושה שה"אנחנו", שאליו אנו מרגישים השתייכות, הינו נעלה ועדיף על ההוויה של מי שאינם משתייכים למעגלים החברתיים הקרובים אלינו. על רקע זה יש להיזהר מכל מהלך יזום אשר מעודד ומקדם הפרדה, במיוחד כאשר הדברים נעשים על-ידי המדינה. קידום הפרדה על-ידי המדינה משדר מסר רב-עוצמה

130 ראו אצל חמן פ' שלח "הפקעת קרקעות לצרכי ציבור – להרחבת הביקורת השיפוטית" עיוני משפט ז' 618, 626–628 (1979).

131 גונטובניק, לעיל ה"ש 1.

132 בנבנשתי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 786.

בדבר הלגיטימיות הנורמטיבית שלה – מסר שתוצאותיו עלולות להיות הרסניות אם הוא חורג מן המידה הראויה. מאידך גיסא, חשוב לזכור כי הפרדה יכולה לשרת גם צרכים לגיטימיים ואף חיוניים, ומימושה יכול לתרום למימושן התרבותי של קבוצות, במיוחד קבוצות מיעוט, המבקשות להסתגר מפני סביבתן החיצונית. בשל מורכבותה של תופעת ההפרדה, דרישת המיעוט מהמדינה לסגור אותו מעלה דילמה של ממש.

ברשימה זו טענתי כי ההבחנה בין חומות משפטיות לבין גדרות חברתיות יכולה לסייע בהתמודדות עם הדילמה האמורה. לטעמי יש לבחון תמיד אם אין די בהפרדה הקיימת בפועל (גדרות חברתיות), ואם שימוש בכלי ההפרדה המשפטית (החומות המשפטיות) הכרחי. נראה לי כי הניסיון הישראלי מראה שחומות משפטיות נבנות לא לצורך הן מבחינת המידה והן מבחינת ההיקף. לדעתי, לבית-המשפט יש תפקיד חשוב בגיבושה של מדיניות ראויה בתחום זה. האינטרסים הקבוצתיים-התרבותיים בחברה הישראלית הולכים לגיוס מסיבי של המדינה לשם בניית חומות משפטיות. כאמור, הפרדה זו נוחה במקרים רבים לצדדים המעורבים – הסוגרים והנסגרים כאחד. לכן קידום הצרכים הקבוצתיים מהווה תמריץ למנגנונים הפוליטיים להיענות לדרישות ההפרדה ולבנות חומות משפטיות. השוקלים הפוליטיים עלולים להתעלם ממכלול השיקולים הנדרשים או לא לייחס להם משקל נאות. מכאן חשיבותו של בית-המשפט, המסוגל לקדם את הטובה החברתית הכוללת תוך הצבת קווים אדומים חוקתיים להתנהלותם של הגורמים הממלכתיים. בית-המשפט יכול להבטיח כי חומות כאלה ייבנו רק בהינתן צידוקים מספקים לבנייתן. הניסיון האמריקאי מראה כי ככל שהחומות המשפטיות נעשות מושרשות יותר כן יהיה קשה יותר לתקן את נזקייהן אם יוחלט להסירן בעתיד. לבניית החומות המשפטיות בישראל לא קדמה הערכה נורמטיבית מקיפה. ספק אם בנייה זו תצלח הערכה כזו.