

הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית

מאת
שי שטרן*

תקציר

סוגיית ההדרה הגיאוגרפית בישראל עומדת במרכז השיח הציבורי-המשפטי בישראל זה עשרות שנים. יכולתם של יישובים לסרב לקבל תושבים חדשים, כמו גם למנוע העברת זכויות של תושב היישוב לאחר, מחדדת את המתח בין זכויותיו של היחיד, חבר הקהילה, לבין האינטרסים של הקהילה. החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, אשר ביקש לתת מענה בחקיקה ראשית לסוגיה סבוכה זו, כשל מעשות כן, שכן הוא מעניק לקהילות גיאוגרפיות סמכות הדרה רחבה ולא-מידתית.

מאמר זה מניח הצעת פתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, תוך קריאה להעשרת הדיון המשפטי – אשר התמקד עד כה במשפט הציבורי – גם בכלים מהמשפט הפרטי, ובראשם הזכות לקניין. תוך אימוץ תפיסה פלורליסטית של זכות הקניין, אציע כי היתר להתבדלות גיאוגרפית ייוחד לאותן קהילות שיעודן הוא קידום תפיסות טוב אשר התקיימותן מצריכה התבדלות גיאוגרפית. קביעה זו הינה בת-משמעות הן בשלב הקצאתם של המקרקעין והן בשלב שבו חבר קהילה מבקש להעביר את זכויותיו במקרקעין לאחר. הקצאת מקרקעין לקהילה גיאוגרפית צריכה להיות מותנית בכך שהקהילה מחזיקה בתפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית לצורך מימושה. בקהילות אלה יש לראות את זכות הקניין של חברי הקהילה כמורכבת ממערך של חובות וזכויות יתר שמטרתן מימוש תפיסת הטוב המשותפת להם. ממילא, יש לראות את חבר הקהילה המבקש להעביר את זכויותיו לאחר כמי שזכותו כפופה לחובה לוודא שהעברה זו תיעשה תוך מזעור הפגיעה ביכולתה של הקהילה להמשיך לקדם את תפיסת הטוב. ביסוס הדיון בשאלת ההדרה הגיאוגרפית על הזכות לקניין יניב את האיזון הראוי בין זכויותיו של הפרט לבין האינטרס של הקהילה. אימוץ האיזון המוצע במאמר יאפשר מדיניות הדרה גיאוגרפית מובחנת ומידתית, ומשום כך ראויה.

* דוקטורנט למשפטים, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. תודותיי לחנוך דגן, לצילי דגן, לשחר ליפשיץ, לאביטל מרגלית, למשתתפי התוכנית לזכויות אדם ויהדות במכון הישראלי לדמוקרטיה, וכן לחברי מערכת עיוני משפט שני ששה, נטע-לי זליבנסקי, דורון פאר ונעמה עמרי על הערותיהם המועילות.

מבוא

א. היסטוריה של הדרה והתדיינות

ב. מהשיח הציבורי...

1. הזכות לתרבות

2. האינטרס הציבורי בקידומה של מדיניות התיישבות מתבדלת

3. הזכות לשוויון

ג. ...אל המשפט הפרטי

1. פלורליזם, ליברליזם וקהילה

2. שני מובנים של פלורליזם

(א) פלורליזם המקדם אוטונומיה

(ב) פלורליזם המקדם גיוון

3. תפיסה היברידית של פלורליזם

ד. סוגיית ההדרה הגיאוגרפית – הצעת פתרון

סיכום

מבוא

האם תושביו של יישוב קהילתי יכולים למנוע את הצטרפותו של אדם המבקש לרכוש נכס מקרקעין לצורך מגוריו ביישוב? היש ביכולתם למנוע מכירת נכס מקרקעין על-ידי אחד מהתושבים למי שאינו תושב, בטענה כי העסקה עלולה לפגוע ב"מרקם הקהילתי" של היישוב? האם התשובה לשאלות אלה צריכה להיות מושפעת מהעובדה שמקרקעי היישוב הוקצו על-ידי המדינה? שאלות אלה בדבר מעמדה של קהילה גיאוגרפית בקביעת זהותם של חבריה עומדות במוקדו של דיון ציבורי ומשפטי רחב-היקף זה עשרות שנים. באחרונה קיבלו שאלות אלה מענה כאשר נחקק החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011¹ (להלן: החוק), אשר נועד להסדיר את הרכבן וסמכויותיהן של ועדות הקבלה למגורים ביישובים הקהילתיים ובהרחבות הקהילתיות ביישובים החקלאיים, בנגב ובגליל, הנבנים על קרקע ציבורית. החוק מעניק שיקול-דעת רחב ומשמעותי לוועדות הקבלה ביישובים הקהילתיים בכל הקשור לדחיית מועמדים המבקשים להצטרף ליישוב בשלב ההקצאה הראשונית של המקרקעין,²

1 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683.

2 ס' 26(א)(1) לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: הפקודה) קובע כי "הקצאת מקרקעין לאדם לשם רכישת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי שבו פועלת ועדת קבלה, תיעשה לאחר קבלת אישורה של ועדת הקבלה". להרחבה באשר למסד החוקי ולהליכים הכרוכים בהקצאת הקרקע להתיישבות קהילתית בישראל ראו נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון תושבים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 327 (אמנון להבי עורך, 2010).

כמו־גם בכל הקשור למניעת העברה של זכות במקרקעין של אחד מחברי הקהילה למי שאינו חבר הקהילה.³

על פניו, החוק מציע הסדר מיטיב ביחס למדיניות ההדרה הגיאוגרפית שקדמה לו, מכיוון שהוא מוביל לצמצום היקף ההדרה האפשרי ביחס למצב ששרר עובר לחקיקתו. בבסיסה של קביעה נורמטיבית זו עומדת ההכרה בחשיבות של ריסון השימוש בהדרה גיאוגרפית וצמצומו למקרים שבהם התבדלות גיאוגרפית, הנעשית באמצעות מנגנוני הדרה, אכן נדרשת לצורך התקיימותה של תפיסת טוב לגיטימית.⁴ מבחינה זו צמצם החוק את מדיניות ההדרה הגיאוגרפית בשלושה מישורים שונים: הטריטוריאלי, הדמוגרפי והנורמטיבי.⁵ עם זאת, העובדה שכ־90% מהיישובים הקהילתיים בישראל חוסים תחת תחולתו של החוק,⁶ כמו־גם שיקולי־הדעת הרחב שניתן לוועדות הקבלה בקביעת זהותם של חברי הקהילה וכן העמימות המאפיינת חלק ניכר מהשיקולים שהותר לה לשקול, אינם מאפשרים לראות את החוק החדש כמספק מענה מקיף לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

החוק הציף מחדש את הדיון הציבורי והמשפטי סביב זכאותן של קהילות גיאוגרפיות להדיר אנשים המבקשים להצטרף אליהן.⁷ גם כיום, כבעבר, עיקר הדיון עוסק בשאלות

3 ס' 6ב(א)(2) לפקודה קובע כי "העברה של זכות במקרקעין שהוקצו לאדם או של זכות במקרקעין שהועברה לפי דין, ביישוב קהילתי כאמור בפסקה (1), תיעשה לאחר שהמעביר קיבל את אישורה של ועדת הקבלה בנוגע לנעבר; הוראות פסקה זו יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על נעבר המעוניין להעביר את זכותו במקרקעין לאחר".

4 ישי בלנק סוקר בהרחבה את הטעמים להימנעות מהתבדלות גיאוגרפית רחבת־היקף. במאמרו הוא מבקר את "חזון הקהילות והמרחבים הטהורים שאותו מקדם המשפט הישראלי", וקורא ליצירת מרחבים פלורליסטיים שבהם חרף דומיננטיות של קהילה אחת יתאפשרו גם חיים של קהילות אחרות. בפרט, בלנק מביא הצדקות אחדות לשלילת התבדלות גיאוגרפית במישור הדתי. ראו ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים ו 85, 90 (2011). אולם גם בלנק מודה כי אין כוונתו לשלול כל היפרדות קהילתית ולהתנגד לרציונלים התומכים בה. ראו לעניין זה שם, בעמ' 89.

5 מדיניות ההדרה הגיאוגרפית שקדמה לחוק התבססה בעיקרה על החלטות של מועצת מקרקעי ישראל, ובראשן החלטה 1195 של מועצת מקרקעי ישראל "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין ביישובים חקלאיים וביישובים קהילתיים" (15.3.2010) (להלן: החלטה 1195).

6 כפי שעולה מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 61 (2010). הנתונים אינם כוללים את היישובים ברמת־הגולן, ביהודה ובשומרון.

7 ראו, לדוגמה, אריק בנדר "אנשי רוח: חוק ועדות הקבלה – כתם גזעני על ישראל" מעריב 21.11.2010 www.nrg.co.il/online/1/ART2/180/157.html; תומר זרחין "למה הקיבוץ סירב לקבל מזרחי: 'הוא רק מחפש נדל"ן'" הארץ 2.3.2012 www.haaretz.co.il/news/education/1.1654810; מאמר מערכת "לא לוועדות קבלה" הארץ 13.2.2012 www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/1.1640167; תומר זרחין "פעיל חברתי נדהה מקיבוץ גבים: 'לא מתאים לקהילה'" הארץ 12.2.2012 www.haaretz.co.il/news/education/1.1639354; אביב לביא "וגר גיי עם חד הורית: הגיע הזמן לבטל את ועדות הקבלה" זמן תל אביב 22.5.2011 www.nrg.co.il/online/54/ART2/242/478.html; ענת סרגוסטי "אפליה אסורה, אפליה מותרת" הארץ 23.1.2012 <http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1623616>; גליה

השוואות את חיותן משיח משפטי-ציבורי, ובכלל זה הזכות לתרבות, יכולתה של המדינה לממש מדיניות התיישבות מתבדלת וכן הזכות לשוויון.⁸ כמאמר זה אטען כי הגם שמדיניות ההתיישבות בישראל אכן מנתבת באורח טבע את הדיון בשאלת ההדרה הגיאוגרפית לתחום המשפט הציבורי – וזאת בעיקר בשל העובדה שהמדינה היא המחזיקה במרבית הקרקעות במדינה, כמו-גם בשל מעורבותה בהקצאתן לגורמים השונים – הותרת הדיון בתחומי המשפט הציבורי אינה טבעית בהכרח, וצפויה להמשיך להוביל סוגיה זו בדרך ללא מוצא. היכולת לפרוץ מבוי סתום זה, המלווה את השיח המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית זה עשרות שנים, נעוצה, כך אטען, בשינוי נקודת-המבט ובהעשרת הדיון בשאלת ההדרה הגיאוגרפית בכלים שמקורם במשפט הפרטי, ובראשם הזכות לקניין. הרחבת הדיון בשאלת ההדרה הגיאוגרפית תוך הסתמכות על הזכות לקניין נכונה בעיקר בשל העובדה שעיקרו של המתח בסוגיה זו יונק משאלת יכולתו של הפרט לממש את זכותו לקניין במרחב הגיאוגרפי שבו מתנהלת קהילה. המענה לשאלה זו טמון, כך אציע, באימוצה של תפיסה פלורליסטית כנה ומהותית של זכות הקניין, אשר מאפשרת לקבוע את מאפייני הזכות בהתאם לערכים שהיא מקדמת.⁹ ביכולתו של המשפט לקבוע היקף שונה לזכות הקניין בהתאם לערכים שהיא מבקשת לקדם, ובפרט ערכי האוטונומיה והחירות, מחד גיסא, וערכי קהילה והשיתוף, מאידך גיסא. מערך הזכויות והחובות שנועד לממש את הערכים הללו הוא ההופך את זכות הקניין לאמצעי המשפטי הראוי לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

פתרונה של סוגיית ההדרה הגיאוגרפית מצריך התמקדות בשני המופעים המרכזיים בסוגיה זו: שלב הקצאת המקרקעין ושלב העברת הזכויות במקרקעין.¹⁰ להלן אטען כי הבסיס

-
- דאור "ועדות קבלה לישובים מפלות את הציבור הערבי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/288.aspx 27.10.2010
- 8 ראו, לדוגמה, את כתב העתירה שהוגש לבית-המשפט העליון בבג"ץ 2504/11 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' הכנסת (להלן: בג"ץ האגודה לזכויות האזרח), וזמן בכתובת www.adalah.org/admin/Downloads/SPics/8783916.pdf; ואת תשובת המדינה באותו עניין, בכתובת www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/461ECA1D-776D-4FEE-90B9-F3242AE89C2A/33256/1.pdf (להלן: תשובת המדינה לעתירתה של האגודה לזכויות האזרח).
- 9 בשנים האחרונות עלו כמה קולות בשיח הקנייני הקוראים לנטישת התפיסה של זכות הקניין כזכות המבוססת על מוניום ערכי, ולמעבר לתפיסה פלורליסטית המכירה בהתקיימותם של כמה ערכים שונים בבסיסה של הזכות לקניין. ראו לעניין זה: Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 FORDHAM L. REV. 1017 (2011). כפי שניתן ללמוד מהסקירה שאלכסנדר עורך במאמרו, רוב הקריאות נותרו חלקיות בלבד, ונמנעו מהצגת תפיסה קוהרנטית ומקיפה. היחיד שהציג משנה סדורה בדבר אימוצה של תפיסה פלורליסטית כבסיס לזכות הקניין היה חנוך דגן. ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005); HANOCH DAGAN, *PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS* (2011). עם זאת, כפי שאראה בהמשך מאמר זה, התפיסה הפלורליסטית שאני קורא לאימוצה שונה מזו של דגן, ונבדלת ממנה בעיקר במשמעות שיש ליתן לערכים השונים במסגרת המוסדות הקנייניים. ראו להלן ליד ה"ש 105 ואילך.
- 10 מופע נוסף של מתח המתקיים בין קהילה וחבריה עשוי להתגלות במצבים שבהם חבר

לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית טמון במתן היתר להתבדלות גיאוגרפית רק לאותן קהילות שייעודן הוא קידום תפיסות טוב המצריכות התבדלות גיאוגרפית לשם התקיימותן. משכך, בשלב הקצאת המקרקעין יש לבחון אם הקהילה הגיאוגרפית שהמקרקעין מוקצים לה אכן מקיימת תפיסת טוב אשר התקיימותה מותנית בהתבדלות גיאוגרפית. ממילא, בשלב העברת הזכות במקרקעין יש לראות את חבר הקהילה המבקש להעביר את זכויותיו לאחור כמי שזכותו כפופה לחובה לא לפגוע ביכולתה של הקהילה להמשיך לקדם את תפיסת הטוב. המבחן המוצע על-ידי יצמצם באופן משמעותי את שיעור הקהילות הזכאיות להגנה זו – שכן הדין הנוהג אינו מתנה הקצאת מקרקעין להתבדלות גיאוגרפית במאפייניה של הקהילה או בהידרשותה להתבדלות גיאוגרפית – וממילא יאפשר מדיניות הדרה גיאוגרפית מובחנת ומידתית, ומשום כך ראויה.¹¹

כבר בפתח הדברים ראוי לציין כי סוגיית ההדרה הגיאוגרפית הינה רחבה, וכוללת נדבכים וממשקים רבים לסוגיות ציבוריות שונות.¹² עיסוק מקיף בשאלות הרבות העולות בסוגיה סבוכה זו אכן מצריך דיון רחב ומעמיק, אולם הוא חורג מתחומו של מאמר זה, שבו אתמקד בזכותן של קהילות גיאוגרפיות להדיר אנשים המבקשים להצטרף אליהן, כמו גם בהשפעתה של זכות זו על יכולתם של חברי הקהילה להעביר את זכויותיהם לאחרים.

בפרק א אסקור בתמצית את עיקרי הדיון שהתנהל עד כה בשאלת ההדרה הגיאוגרפית בישראל. כפי שאראה, דיון זה התבסס בעיקרו על שלושה אדנים משפטיים מרכזיים: זכותן של קהילות לתרבות; האינטרס הציבורי בקידומה של מדיניות התיישבות מתבדלת; והזכות לשוויון. **בפרק ב** אבקש להראות כי השתתת הדיון הציבורי והמשפטי בשאלת ההדרה הגיאוגרפית על אדנים אלה לא הצליחה להניח מסד יציב דיו לפתרון סוגיה זו. על בסיס תובנה זו אציע **בפרק ג** להעשיר את הדיון המשפטי בשאלת ההדרה הגיאוגרפית באמצעות כלי המשפט הפרטי, ובראשם הזכות לקניין, תוך התבססות על תפיסה פלורליסטית-היברידית

הקהילה אינו מקבל עוד את תפיסת הטוב שמקודמת על-ידי הקהילה (ואשר אומצה על-ידי בעבר) ועם זאת מעוניין להמשיך להחזיק בקניינו הממוקם בתחומי הקהילה. הרחבת העיסוק בהשלכותיו של מופע זה על זכות הקניין של חברי הקהילה חורגת מתחומיו של מאמר זה, העוסק בהדרה גיאוגרפית המוסדרת בחוק. עם זאת, אציין כי מופע זה מצא ביטוי בקיבוצים ההיסטוריים, בשעה שאלה קיבלו החלטות על הוצאת חברים משורותיהם – החלטות אשר אושרו על-ידי בתי-המשפט, הגם שהיו כרוכות באובדן מקום מגוריו של החבר. ראו לעניין זה ע"א 933/04 בוטנר נ' קיבוץ חפציבה, תק-על 12005 (1) 3902. ביחס למושבים קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה 970 "זכותו של מי שהפסיק להיות חבר באגודה שיתופית להיות בעל זכות של נחלה" (9.6.2003), שלפיה "הפסקת חברות באגודה לא תחייב, בכל הנוגע למינהל, בטול זכות של המתיישב בנחלתו" (ס' 1 להחלטה). ביחס לקיבוצים המתחדשים, תקנות האגודות השיתופיות (שיוך דירות בקיבוץ המתחדש), התשס"ו-2005, ק"ת 6445, התייחסו לסחירותה של דירה ששויכה לחבר קיבוץ אשר החליט לעזוב את הקיבוץ. ראו לעניין זה ס' 6 ו-9 לתקנות, וכן אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב 63, 128 (2005) ("ברי שלא יהיה בסילוק חבר מהאגודה השיתופית של הקיבוץ כדי לאיין את זכויותיו הקנייניות בקרקע").

11 ראו לעיל ליד ה"ש 4.

12 ראו חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59 (2008).

של זכות הקניין – תפיסה המחויבת הן לקידומן של תפיסות טוב שונות והן ליכולתו של הפרט לבחון מחדש את תפיסת הטוב שלו. על בסיסה של מחויבות כפולה זו אניח כפרק ד מסד נורמטיבי לפתרון שאלת ההדרה הגיאוגרפית.

א. היסטוריה של הדרה והתדיינות

מנגנוני הסינון שנקבעו תחילה בהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל, ואשר עוגנו לאחר־מכן בפקודת האגודות השיתופיות, סייעו לקהילות גיאוגרפיות בישראל, במשך עשרות שנים, לקיים מציאות של התבדלות מרחבית והדרה גיאוגרפית.¹³ התוקף החוקי שניתן בפקודת האגודות השיתופיות לקיומן של ועדות קבלה – אשר נשלטו בעבר על־ידי חברי הקהילה הגיאוגרפית או על־ידי אלה ששימשו כזרועם הארוכה, קרי, תנועות ההתיישבות והסוכנות היהודית – היווה חסם בפני אלה אשר ביקשו לרכוש נכס למגורים או להצטרף לקהילה גיאוגרפית המאגרת כאגודה שיתופית.¹⁴ בכך שריינה פקודת האגודות השיתופיות, הלכה למעשה, את יכולתם של חברי הקהילה הקיימים לבחור את שכניהם. על מציאות זו נמתחה ביקורת רבה. יכולתם של חברי קהילות גיאוגרפיות לבחור את שכניהם – יכולת שנשללה מרוב בעלי הקניין במדינה¹⁵ – עוררה טענות קשות בדבר עיוותים כלכליים, דתיים, לאומיים וחברתיים.¹⁶ ביקורת ציבורית זו עמדה לנגד עיניו של בית־המשפט העליון בשעה שניגש לדון בעתירה שהגישו עאדל ואימאן קעדאן – זוג ערבי שביקש לרכוש בית למגוריו

13 ראו ס' 6ב(א)(1) ו-2 לפקודה. כן ראו, לדוגמה, זיו ותירוש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327-329; ארז צפדיה "במסווה הפרטה וקהילתיות: עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל" דין ודברים כ 141, 148-149, 153 (2005).

14 בהחלטות של מועצת מקרקעי ישראל נקבע כי בוועדת הקבלה יהיה רוב לנציגי הקהילה הגיאוגרפית ולנציגי תנועות ההתיישבות והסוכנות היהודית. ראו לעניין זה ס' 1.1.3 להחלטה 1015 של מועצת מקרקעי ישראל "הליכי המלצה על קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין בישובים חקלאיים ובישובים קהילתיים" (1.8.2004) (להלן: החלטה 1015); ס' 3 להחלטה 1195, לעיל ה"ש 5. לטענה כי תנועות ההתיישבות והסוכנות היהודית נתפסו כזרועות הארוכה של הקהילות הגיאוגרפיות, במובן זה שהן פעלו על־מנת לשמר מדיניות של הדרה גיאוגרפית לצורך קידום התיישבות קהילתית, ראו אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" עיוני משפט כא 637, 659-660 (1998); זיו ותירוש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327-328; צפדיה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 154-155.

15 לעניין זה ראו את הביקורת הציבורית הרחבה שעוררה לאחרונה פרשת הדרתם של בני העדה האתיופית בקריית־מלאכי: מאמר מערכת "קריית־מלאכי: אין כניסה לאתיופים; יש להם ריח של פצצה" גלובס 3.1.2012 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000712497; רמי שני "הפגנה נגד הדרת אתיופים בקריית מלאכי: 'שחור זה רק צבע' וואלה! חדשות 10.1.2012 www.news.walla.co.il/?w=90/1892926; סרגוסטי, לעיל ה"ש 7.

16 ראו, לדוגמה, אפרת ואש "מנגנוני כניסה ויציאה בהתיישבות במרחב הכפרי בישראל: תפקידיהם ומעמדם המשפטי־ציבורי" מקרקעין ו 22 (2007); אלון הראל "הפרדה גזעית כפויה" הארץ 24.7.2002 www.haaretz.co.il/misc/1.811929; שירי קרבס "השכנים אינם טובים בעיני" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 27.10.2010; שמעון שטרית "סוגיית השוויון

ביישוב הכפרי קציר.¹⁷ תוך שהוא מבקר את מדיניות הקצאת המקרקעין של מנהל מקרקעי ישראל, קבע בית המשפט העליון בעניין זה כי עקרון השוויון מחייב שמנהל מקרקעי ישראל יימנע מלהקצות מקרקעי מדינה ליישובים העורכים הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים כאמת-מידה לקבלה ליישוב.¹⁸ פסק-הדין בעניין קעדאן היווה נקודת מפנה בהתייחסות המשפטית לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית.¹⁹ הגם שמדיניות זו נמשכה עשרות שנים, הייתה זו הפעם הראשונה שבה פסל בית המשפט העליון מדיניות מדינה זו באופן מפורש, תוך שהוא מחייב את רשויות המדינה לקיים מדיניות שוויונית של הקצאת קרקעות, המבוססת על שיקולים "השייכים לעניין" בלבד.²⁰

בניסיון להתמודד עם תוצאותיה של הלכת קעדאן, קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה מס' 1015, אשר קבעה מנגנון מוסדר לקבלת מועמדים לרכישת זכויות ביישובים חקלאיים וקהילתיים.²¹ ההחלטה קבעה כי ביישוב קהילתי קטן וביישוב חקלאי יונהגו אמות-מידה שלפיהן תוכל ועדת הקבלה ביישוב להמליץ על קבלתו של מועמד. בין יתר אמות-המידה נקבע כי ביישוב קהילתי יידרש המועמד להימצא מתאים ל"חיי חברה בקהילה מצומצמת" בעוד שביישוב חקלאי הוא יידרש להימצא מתאים ל"חיי חברה בקהילה".²² אמת-מידה עמומה זו, של התאמה חברתית ל"חיי הקהילה", הותירה שיקול-דעת נרחב לחברי הקהילה בכל הקשור לקבלתם של מועמדים חדשים, ונמנעה מקביעת מסמרות נוקשים בדמות אמות-מידה ספציפיות שישמשו לשקילת מועמדות. עמימות זו, מטבע הדברים, אכזבה את אלה שראו בפסק-הדין בעניין קעדאן סוף-פסוק לסוגיה הסבוכה של הדרה גיאוגרפית בישראל, ובית המשפט העליון נדרש להתמודד שוב עם עתירות נגד החלטותיהן של ועדות קבלה בקהילות גיאוגרפיות.²³

בצעד נוסף למיתון המתח הציבורי והמשפטי, קיבלה מועצת מקרקעי ישראל, בשנת 2010, את החלטה 1195, אשר ביטלה את ההחלטות שקדמו לה.²⁴ החלטה 1195 פחתה את

והמגורים בנפרד בהתיישבות קהילתית וכפרית: האם הפסיקה בפרשת קעדאן הייתה בלתי נמנעת? קרקע 56, 27 (2003).

17 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד" (1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).
18 שם, בעמ' 286.

19 יש הסבורים כי בעניין קעדאן שינה בית המשפט את עמדתו הקודמת, אשר הצהירה על מחויבות לשוויון אך תוך נכונות לקבל את קיומם של מנגנוני הדרה ביישובים. ראו לעניין זה רות גביוון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25 (2001); אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" משפט וממשל ו 109 (2001).

20 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 286; גביוון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 30.

21 החלטה 1015, לעיל ה"ש 14.

22 שם, ס' 2.4 להחלטה.

23 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3552/08 קמפלר נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 19.6.2011); בג"ץ 8036/07 אבריק-זבירדאט נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2011) (להלן: עניין זבירדאט).

24 החלטה 1195, לעיל ה"ש 5. ההחלטה ביטלה, בין היתר, את החלטה 1015, לעיל ה"ש 14, ואת ההחלטה שתקינה אותה – החלטה 1064 של מועצת מקרקעי ישראל "הליכי המלצה על

מעמדם של חברי האגודה השיתופית בוועדת הקבלה,²⁵ ונוסף על כך צמצמה את תחולתה של אמת-המידה הנוגעת בהתאמה לחיי הקהילה.²⁶ החלטות אלה של מועצת מקרקעי ישראל ביקשו כאמור להסדיר את הליכי ההדרה בקהילות גיאוגרפיות, ובעיקר למתן את המתח בין רצונן של אלה להתברל מבחינה גיאוגרפית לבין הביקורת הציבורית והמשפטית שהוטחה בהתברלות זו. אולם ניסיון זה של מועצת מקרקעי ישראל התקבל באכזבה בשני צידי המתרס. הביקורת הציבורית והמשפטית לא שככה בעקבות קבלת החלטה זו. למעשה, כך טענו מתנגדי ההתברלות הגיאוגרפית, החלטה זו זהה, כמעט לחלוטין, להחלטות שקדמו לה, ולפיכך אין בה כדי לשנות את המציאות המשפטית והחברתית.²⁷ מאידך גיסא, נסיונות אלה העמיקו את החשש בקרב חברי הקהילות הגיאוגרפיות, אשר חשו כי אלה שומטים מידם את היכולת להשפיע על הרכבה של הקהילה שבה הם חיים, כמו-גם על התנהלותה.²⁸ תוך מודעות לחשש הדדי זה, חוקק בחודש מרס 2011 החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8). החוק נועד "להסדיר את פעולתן של ועדות קבלה ליישובים קהילתיים קטנים... [ה]מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי, המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית".²⁹ החוק משנה כאמור את מדיניות ההדרה שאומצה בהחלטות של מועצת מקרקעי ישראל שקדמו לחקיקתו בשלושה מישורים: הטריטוריאלי, הדמוגרפי והנורמטיבי. במישור

קבלת מועמדים לרכישת זכויות חכירה במקרקעין בישובים חקלאיים ובישובים קהילתיים" (27.7.2005).

25 החלטה זו משמעותית במיוחד ליישובים חקלאיים, שבהם הוענקה קודם לכן לאגודה השיתופית סמכות דעת מלאה בקביעת הרכבה של ועדת הקבלה ליישוב. ראו לעניין זה ס' 3.1.1 להחלטה 1015, לעיל ה"ש 14 ("בישוב חקלאי יהיה הרכב ועדת הקבלה כפי שיקבע על ידי מוסדות האגודה").

26 כך, ס' 2.3.2 להחלטה 1195, לעיל ה"ש 5, קובע כי "ביישוב הגדול מ-120 בתי אב ניתן יהיה לדחות מועמדים מחמת קריטריון זה רק מקום בו ימצא כי קבלת המועמד עלולה לפגוע בחיי הקהילה ביישוב", ובס' 2.3.3 לאותה החלטה נקבע כי "בעת בחינת מועמדות ליישוב, תביא ועדת הקבלה בגדר שיקוליה את שאלת השפעת קליטת המועמד על היישוב, בשים לב לגורל היישוב ואופי האוכלוסייה הקיימת, ואם בשים לב לאלה, קבלת המועמד תביא ליצירת קהילה נוספת בתוך הקהילה הנוכחית, בדרך שיש בה כדי לפגוע פגיעה של ממש באופי הקהילה אשר גרה באותו ישוב".

27 כך, לדוגמה, בעניין זבידאת, לעיל ה"ש 23, נידונה עתירתם של בני-הזוג זבידאת, אשר ביקשו לרכוש מגרש ביישוב רקפת. בקשתם של בני-הזוג נדחתה בתחילה על-ידי ועדת הקבלה של היישוב. לאחר שהוגשה העתירה התקבלה החלטה 1195, ומנהל מקרקעי ישראל טען כי בהחלטה זו יש כדי לייתר את העתירה. בני-הזוג זבידאת דחו טענה זו, וטענו כי החלטה 1195 אינה משנה דבר מההחלטות שקדמו לה, וכי השינויים שהיא מחילה אינם מסירים את העממות המובנית ביחס לאמות-המידה הקשורות להתאמה לקהילה.

28 אחד החששות שהועלה נבע מהעתקת מרכז-הכובד בוועדות הקבלה אל נציגיה של המועצה האזורית שבה היישוב ממוקם. ראו לעניין זה מיכל מרגלית "החלטת ממו" שומטת מהמושבים את היכולת לקבוע מי יהיו השכנים" גלובס 25.7.2010 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000576860>.

29 דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ה"ח 222.

הטריטוריאלי החוק מצמצם את ההכרה בקיומם של מנגנוני הדרה לתחומי הנגב והגליל בלבד,³⁰ בעוד שמדיניות ההדרה הגיאוגרפית שנהגה עובר לחקיקתו חלה בכלל אזורי הארץ. במישור הדמוגרפי החוק מאפשר קיום מנגנוני הדרה רק ביישובים שמספר בתי-האב בהם אינו עולה על 400,³¹ בעוד שהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל שקדמו לחוק אפשרו את קיומן של ועדות קבלה גם ביישובים המונים עד 500 בתי-אב.³² במישור הנורמטיבי החוק אומנם משמר את מרחב שיקול-הדעת של ועדת הקבלה באשר להתאמת המועמד ל"מאפיינים ייחודיים" של היישוב הקהילתי, אולם להבדיל מהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל, הוא שולל הפליה בשל השתייכות לאחת "הקבוצות המוגנות", תוך שהוא קובע כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".³³ השינויים בשלושת המישורים האמורים מעידים על היות החוק בבחינת הסדר מיטיב, לעומת ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל שקדמו לחקיקתו, ככל הקשור להיקפם ולתחולתם של מנגנוני ההדרה בקהילות גיאוגרפיות.³⁴ עם זאת, נראה כי בשימור העמימות המובנית באמות-המידה המאפשרות הדרה על-פי החוק (על-סמך "מאפיינים ייחודיים של היישוב"), כמו-גם בעובדה שכ-90% מהיישובים הקהילתיים בישראל חוסים תחת כנפי החוק,³⁵ יש כדי לשמוט את הקרקע מתחת לטענות בדבר שינוי משמעותי שחולל החוק במדיניות ההדרה הנוהגת בישראל, וממילא בדבר היותו פתרון ראוי לאחת הסוגיות הסבוכות והמתמשכות בשיח הציבורי במדינת-ישראל.

אכן, זמן לא רב לאחר שנכנס החוק לספר החוקים של מדינת-ישראל, נדרש בג"ץ לכמה עתירות המטילות ספק בחוקתיותו של החוק, כמו-גם ביכולתו לשמש בסיס למדיניות התיישבות ראויה.³⁶ בחינת העתירות מגלה כי אלה שבות ומשעינות את הטענות נגד החוק על שלושת האדנים המשפטיים שעמדו בבסיס הביקורת השיפוטית על החלטותיו של מנהל מקרקעי ישראל שקדמו לחוק: הזכות לתרבות; האינטרס הציבורי בקידום מדיניות התיישבות מתבדלת; והזכות לשוויון. כאמור, שלושה טיעונים משפטיים אלה מלווים את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית זה עשורים רבים. הזכות לתרבות הוכרה כשיקול משמעותי בסוגיית ההדרה

30 ס' 2 לפקודה קובע כי "יישוב קהילתי" הינו "יישוב בגליל או כנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (בהגדרה זו – יישוב), או הרחבה של קיבוץ, של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי (בהגדרה זו – יישוב מקורי), המאוגדת כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית..." (ההדגשה הוספה).

31 ס' 1(2) לפקודה קובע כי "יישוב קהילתי" חוסה תחת הגדרת החוק אם "מספר בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 400".

32 החלטה 1195, לעיל ה"ש 5, ס' 1.

33 ס' 6(ג) לפקודה.

34 ראו לעניין זה את תשובת המדינה לעתירתה של האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 8.

35 לעיל ה"ש 6.

36 ראו, לדוגמה, בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 8; בג"ץ 2311/11 סכח נ' הכנסת; בג"ץ 995/12 כלפה נ' הכנסת.

בפסק־הדין בעניין עמותת "עם חופשי"³⁷ ובעניין אביטן;³⁸ האינטרס הציבורי בקידומה של מדיניות התיישבות מתבדלת עמד בבסיסה של הכרעת־הדין בעניין אביטן; ואילו הזכות לשוויון היא שעמדה בבסיס החלטתו של בית־המשפט העליון בעניין קעדאן.³⁹

העובדה שעד היום – יותר משני עשורים מאז התקבל פסק־הדין בעניין אביטן ויותר מעשור מאז התקבלו פסקי־הדין בעניין קעדאן ובעניין עמותת "עם חופשי" – טרם נמצא פתרון ראוי לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מעידה כי אין בטיעונים אלה כדי לתת מענה קוהרנטי ומקיף לסוגיה זו. למעשה, כפי שאבקש להראות בפרק הבא, הניסיון לעגן פרקטיקה של הדרה גיאוגרפית באמצעות איזון בין שלושת הטיעונים האלה, השאובים בעיקרם מהמשפט הציבורי, אינו מאפשר מציאת פתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית משני טעמים עיקריים: ראשית, בשל היות טיעונים אלה עמומים בטבעם ובעלי נטייה להבסס עצמית; ושנית, ואולי חשוב יותר, מכיוון שהשיח המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מתעלם מאחד האדנים המשפטיים המרכזיים בסוגיה זו – הזכות לקניין.

המשך הדיון יתנהל אם כן כדלקמן: ראשית, אציג את מסגרת השיח המשפטי הרווח כיום בשאלת ההדרה הגיאוגרפית, ואטען כי ללא שינוי תפיסתי של מסגרת זו, שאלת ההדרה הגיאוגרפית צפויה להמשיך לעמוד במוקד השיח הציבורי והמשפטי בישראל עוד שנים ארוכות ללא פתרון. לנוכח מסקנה זו אקרא להעתקת עיקר הדיון בשאלת ההדרה הגיאוגרפית אל תחומי המשפט הפרטי, ולביסוסו על הזכות לקניין.

ב. מהשיח הציבורי...

השיח המשפטי בשאלת ההדרה הגיאוגרפית התנהל עד כה, כאמור, בין גדריו של המשפט הציבורי, תוך התעלמות מהיבטי המשפט הפרטי, ובראשם הזכות לקניין. לנוכח מיקומו של שיח משפטי זה בתחומי המשפט הציבורי, השאלות שנבחנו נגעו בעיקרן ביכולתה של המדינה לממש אינטרסים ציבוריים באמצעות קידום של מדיניות התיישבות מתבדלת, בזכותן של קהילות תרבותיות שונות להתבדל מבחינה גיאוגרפית, ובשאלת השוויון בין אזרחים המבקשים להתגורר באותו מרחב גיאוגרפי.

במאמר זה אטען כי הגם שבחירתו של בית־המשפט העליון להתמודד עם סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות פלגי המשפט הציבורי נראית מחויבת־המציאות במבט ראשון, צמצום הדיון לתחומי המשפט הציבורי בלבד הינו שגוי מבחינה נורמטיבית ופוזיטיבית כאחד. טענה זו מתבססת על חמישה טעמים: ראשית, מרבית ההתיישבות הקהילתית בישראל מיושמת באמצעות אחד מחמשת התאגידים המוכרים במשפט הפרטי, קרי, האגודה השיתופית.⁴⁰ הגם שאין במציאות זו כדי להקים חומה בצורה מפני החלה של נורמות מהמשפט הציבורי על פעילותן של אגודות שיתופיות, בוודאי בשעה שהמקרקעין הנידונים הינם בבעלות

- 37 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: עניין עמותת "עם חופשי").
- 38 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן: עניין אביטן).
- 39 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17.
- 40 ע"א 7094/10 צורן נ' שפירא, פס' 20 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 18.4.2012) (להלן: עניין צורן).

המדינה או בניהולה, יש בה כדי להשליך על נקודת המוצא לדיון המשפטי החל ביחס לפעילותן. לפיכך, הגם שהמשפט הישראלי הכיר באפשרות להחיל על גופים הפועלים כמשפט הפרטי נורמות מהמשפט הציבורי – בין באמצעות החלה ישירה⁴¹ ובין באמצעות החלה עקיפה⁴² – החלה זו מתאפיינת בשניים: (1) היא מכירה בהיות המשפט הפרטי נקודת המוצא לדיון;⁴³ (2) היא זהירה ומרוסנת.⁴⁴ העובדה שבית המשפט העליון נמנע מלראות באגודות השיתופיות גופים בעלי שניות נורמטיבית אינה שוללת, אם כן, את החלתן של נורמות מהמשפט הציבורי על פעילותן,⁴⁵ אולם נראה כי יש בה כדי לחדד את ההבנה שהמשפט הפרטי הוא הוא מקור הנורמה המשפטית לגבי גופים אלה.⁴⁶ אכן, ריכוכה של ההפרדה הנוקשה בין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי אינה קריאה להיטמעות מלאה של שני תחומי המשפט זה בזה, אלא לדיאלוג מתמשך ביניהם.⁴⁷ נקודת המוצא לדיון המשפטי

41 זאת, באמצעות הגדרת גופים פרטיים כגופים "דומהותיים". ראו ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196, 204-205 (1995) (להלן: עניין און) ("לאחרונה עשתה הרואליות הנורמטיבית צעד נוסף, גדול וחשוב. היא פרצה מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי. בית המשפט פסק שהיא עשויה לחול גם על גוף פרטי, שלא הוקם על-ידי חוק, אין לו סמכויות מכוח חוק ואין הוא משתייך, להלכה או למעשה, למינהל הציבורי. כזאת היא, לדוגמה, עמותה העוסקת בקבורה. מצד אחד, עמותה כזאת היא גוף של המשפט הפרטי, כמו אגודת ספורט או ארגון צדקה. אך מן הצד השני, כפי שבית המשפט פסק, יש לה גם מהות של גוף ציבורי").

42 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992) ("דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם").

43 אסף הראל גופים דומהותיים: גופים פרטיים כמשפט המינהלי 443, 449-450 (2008).

44 ראו עניין און, לעיל ה"ש 41, בעמ' 208 ("בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דר-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו ולהשגת מטרתיו. התוויית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דומהותיים היא מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט. מן הראוי להתקדם בדרך זאת בזהירות, ממקרה למקרה, וכך להגיע בהדרגה מן הפרט אל הכלל").

45 ראו בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בריאילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פס' 27 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 31.1.2011) אך השוו עניין צורן, לעיל ה"ש 40, פס' ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ("אוסף, כי לטעמי האגודות השיתופיות הן ביסודן גוף דומהותי, שכן מתפקדות הן, בנוסף למרחב הפרטי של חבריהן, גם במרחב הציבורי, בין השאר – אך לא רק – כיון שהקרקעות שעליהן הן יושבות הן קרקעות הציבור").

46 הראל, לעיל ה"ש 43, בעמ' 423-428.

47 דפנה ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל 95, 105-106 (2000).

ביחס לפעילותן של אגודות שיתופיות צריכה אם כן להיות המשפט הפרטי, ולאחר־מכן ככל שהנסיבות הספציפיות מצריכות זאת, אפשר לבחון את אימוצן של נורמות ציבוריות מתאימות.⁴⁸ הבחירה להתמודד עם סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות פלי המשפט הציבורי בלבד היא אם כן בבחינת חטא כפול, שכן בחירה זו לא הסתפקה כאמור בהיפוך סדר הדיון – קרי, בראיית המשפט הציבורי כנקודת המוצא – אלא הותירה את הדיון כולו בגרדי המשפט הציבורי, תוך התעלמות מהמשפט הפרטי וכליו. ההצעה להעתקת השיח המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית אל תחומי המשפט הפרטי אינה קריאה אם כן לשינוי סדרי בראשית, אלא קריאה להשבת סדרים אלה אל כנם.

שנית, הטעם העיקרי להחלתן של נורמות המשפט הציבורי על סוגיית ההדרה הגיאוגרפית הוא מהות המשאב, קרי, המקרקעין.⁴⁹ עצם העובדה שהמקרקעין מצויים בבעלות המדינה או כפופים לניהולה מקימה הצדקה – נבדלת מזו הקשורה למהותה של האגודה השיתופית – לבחינת סוגיה זו במשפטי המשפט הציבורי.⁵⁰ אולם אף שמהות המשאב מצדיקה במקרים המתאימים בחינה של נורמות ציבוריות המתעוררות בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, אין בכך כדי לרחות בחינה מקבילה של נורמות המשפט הפרטי, ובראשן הזכות לקניין. הדרת נורמות אלה מהשיח המשפטי העוסק בהדרה גיאוגרפית מותירה אם כן את השיח הזה חסר ולקוי. שלישית, הוראות החוק מקיימות סתירה פנימית: מחד גיסא, הן מאפשרות הדרה על בסיס "התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי";⁵¹ ומאידך גיסא, הן שוללות הפליה של מועמד מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".⁵² סתירה פנימית זו מקשה את השימוש בכלי המשפט הציבורי, ובמיוחד בזכות לתרבות ובזכות לשוויון, כאמצעים להסדרתה של סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

רביעית, וחשוב לא פחות, תפיסת הזכות לקניין כמושתתת על ריבוי ערכי הינה רגישה מלכתחילה, כפי שאטען בהמשכו של מאמר זה, לערכים העומדים בבסיסו של המשפט הציבורי. אין מדובר בהחלת נורמות ציבוריות מהדלת האחורית; נהפוך הוא – העובדה שזכות הקניין הפרטית מקיימת בתוכה מתח בין ערכים של פרטים (אוטונומיה, חירות, אישיות) לבין ערכים חברתיים (קהילה, צדק חלוקתי) מאפשרת יצירת איזון פנימי בין הערכים השונים העומדים בבסיסה של הזכות לקניין, וממילא מייתרת ניסיון להחלה של נורמות "חיצוניות".⁵³ אכן, ההכרה בריבוי הערכי העומד בבסיסה של הזכות לקניין, ההכרה בכך שחלק מאותם

48 בית המשפט העליון נמנע מלקבוע מסמרות באשר לאופן שבו יחלו נורמות ציבוריות על סוגיה שמקורה במשפט הפרטי, והותיר שאלות מרכזיות בנושא – כגון אילו ערכים ציבוריים יאומצו, כיצד הם יאומצו (באמצעות החלה ישירה או עקיפה) וכיצד יערוך האיזון בין הערכים השונים – לבידור בנסיבותיו של כל מקרה. ראו ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר, פ"ד ס (2) 277, 290 (2006); הראל, לעיל ה"ש 43, בעמ' 443, 449-450.

49 עניין צורן, לעיל ה"ש 40, פס' 20 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

50 שם, פס' 22 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

51 ס' 16(א)(4) ו-16(א)(5) לפקודה.

52 ס' 16(ג) לפקודה.

53 סינגר סבור כי עריכת איזון פנימי לזכות הקניין לא רק מייתרת החלת נורמות חיצוניות, אלא אף רצויה מבחינה נורמטיבית, מכיוון שהיא חושפת לפני עורכי האיזון את המתחים

ערכים משקפים אינטרסים ונורמות חברתיים-ציבוריים, וההבנה כי משמעותה הראויה של זכות הקניין יכולה להתקבל רק כתוצאה מאיזון פנימי בין ערכים אלה – הופכות את הזכות לקניין לזירה משפטית מקיפה דייה לבירור סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.⁵⁴

לבסוף, קיימת משמעות גם לעובדה שההתמודדות עם סוגיית ההדרה הגיאוגרפית בכלי המשפט הציבורי בלבד כשלה. הגם שאין בכישלון זה כשלעצמו כדי להצדיק – ובוודאי לא לחייב – את העתקת הדיון אל המשפט הפרטי, יש בו כדי לשמש מצפן המחייב לכל-הפחות את בחינתם של כלים נוספים שעשויים לסייע בפתרון הסוגיה. כפי שמעידות העתירות שהוגשו לבג"ץ בעקבות חקיקת החוק,⁵⁵ נסיונות העבר לפתור את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות כלים משפטיים אלה לא צלחו. בפרק זה אבקש להציע סיבה לכישלון מתמשך זה, ולצורך כך אציג להלן את שלושת האדנים המרכזיים שעליהם התבסס הדיון המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית: הזכות לתרבות; האינטרס הציבורי בקידום מדיניות התיישבות מתבדלת; והזכות לשוויון. כפי שאטען, צמצום הדיון המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית לשאלות אלה עתיד להותיר סוגיה זו במוקד הדיון הציבורי והמשפטי. זאת, הן בשל עמימותן הפנימית והן בשל התעלמותן מהדיון בזכות הקניין, שהינו הנתיב המשפטי הראוי ביותר לדיון בסוגיה זו, כפי שאטען.

1. הזכות לתרבות

הזכות לתרבות הינה אחד האדנים המרכזיים בשיח המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. רצונן של קהילות גיאוגרפיות להתבדל הוצדק פעמים רבות על-ידי הטענה כי התבדלות זו הינה הכרחית על-מנת לשמר את התרבות הייחודית שחברי הקהילה אוהזים בה.⁵⁶ אכן, יישומן של תיאוריות רבות-תרבותיות במישור המרחבי צידד בזכותן של קהילות מיעוט תרבותיות המעוניינות לשמר את ייחודן התרבותי לתבוע מקום מגורים נפרד שבו יוכלו לנהל את חייהן באין מפריע.⁵⁷ טענה זו עמדה בבסיסו של פסק-הדין בעניין אביטן, שבו

והסתירות הפנימיות בין ערכי הקניין, וחשיפה זו תעורר פיתוח נורמטיבי ראוי ומאוזן של דיני

הקניין. ראו: JOSEPH W. SINGER, ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY 17 (2000).

קריאה רומה להחלת נורמות חיצוניות לדיני הקניין עלתה בהקשר של זכויות בעל מניה. ראו לעניין זה ידידיה צ' שטרן "עיצובן המודרני של הזכויות והחובות הנלוות למניה: מהנמקה קניינית להנמקה עניינית" מחקרי משפט ט 91 (1991). אולם קריאה זו מתבססת על תפיסת הזכות לקניין כזכות מוניסטית, המקדשת באופן מוחלט את הערך של חירות הבעלים לעשות בנכסיו כרצונו. לנוכח תפיסה זו אכן מוצדק – ולעיתים אף חובה – להחיל נורמות חיצוניות לזכות הקניין, שבאמצעותן ייערך איזון בין זכותו של הפרט לבין אינטרסים של אחרים / או החברה. אולם אימוצה של תפיסה פלורליסטית של זכות הקניין מיתר החלת נורמות חיצוניות, מכיוון שתפיסה זו מפנימה אל זכות הקניין את מערך החובות וזכויות-היתר הנובעות מהערכים השונים שבבסיסה של הזכות.

לעיל ה"ש 36.

ראו עניין אביטן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 301; עניין עמותת "עם חופשי", לעיל ה"ש 37, בעמ' 508-509; עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 278-279.

ראו לעניין זה: WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE (1978);

Chandran Kukathas, *Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference*,

נידונה תביעתו של עותר יהודי שביקש לחייב את מנהל מקרקעי ישראל להחכיר לו קרקע ביישוב שגב שלום. מדיניותו של המנהל באותה עת הייתה להחכיר מגרשים ביישוב רק לאוכלוסייה הברווית, כחלק מהמדיניות של העתקת אוכלוסייה זו להתיישבות קבע.⁵⁸ הכרעתו של בית-המשפט התבססה בעיקר על הלגיטימיות של קידום מדיניות התיישבות מתבדלת,⁵⁹ אולם התשתית שהניח בית-המשפט העליון לדיון בעתירה התייחסה למושג "תרבות" ולהשלכותיו על הצורך בהתבדלות גיאוגרפית. בפסק-הדין בעניין אביטן הכיר בית-המשפט העליון בצורך שיש לקהילה הברווית בנגב בהתיישבות מתבדלת, וזאת בשל "אופיה המיוחד ומנהגיה הייחודיים של החברה הברוויתית".⁶⁰ על רקע זה קבע בית-המשפט כי התיישבות נפרדת לבני הקהילה הברווית מחייבת "תכנון ייחודי של הישוב לצרכיהם, נהגיהם ומסורתם של הברוואים".⁶¹ הנה כי כן, בפסק-הדין בעניין אביטן הניח בית-המשפט את היסודות להכרה משפטית בקשר בין תרבות ומרחב.

עשור מאוחר יותר שב בית-המשפט ואישר את הקשר בין שימור התרבות לבין התבדלות גיאוגרפית. בפסק-הדין בעניין קעדאן קבע בית-המשפט כי "לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או למצער, שהפרדה 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'".⁶² על רקע זה טען הנשיא ברק כי "מוכן אני להניח – בלי לפסוק בדבר – כי קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי".⁶³ אולם את הביטוי המפורש ביותר להכרתו בקשר בין תרבות ומרחב נתן בית-המשפט העליון חודשיים מאוחר יותר, כאשר פרסם את פסק-דינו בעניין עמותת "עם חופשי".⁶⁴ בפרשה זו הוגשה עתירה לבג"ץ לנוכח הקצאת יחידות דיור בעיר אלעד למשפחות חרדיות בלבד. העותרים טענו כי ההטבות שניתנו לרוכשי הדירות באלעד הן חריגות, ולא ניתנו לרוכשי דירות במקומות אחרים, ובכלל זה במקומות הסמוכים לעיר אלעד.⁶⁵ בית-המשפט שב בפסק-הדין ועמד על מקומה של הזכות לתרבות ועל הקשר בין יישומה לבין היתכנותה של התבדלות גיאוגרפית. כך ניסח זאת בית-המשפט:

26 Pol. Theory 686 (1998); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות"

רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93 (מנחם

מאוטר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

58 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38. בעניין זה ראוי לציין כי ביום 24.1.2013 עברה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013, ה"ח 316. במבוא להצעת החוק מובהר כי עניינו של החוק המוצע הוא קידומה של התיישבות מתבדלת בעבור האוכלוסייה הברווית, בניסיון לחלצה מהמצב הכלכלי הקשה שבו היא מצויה, ולאפשר לה להתמודד עם אתגרי העתיד.

59 ראו לעניין זה תת-פרק 2ב להלן.

60 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 301.

61 שם.

62 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 279.

63 שם.

64 עניין עמותת "עם חופשי", לעיל ה"ש 37.

65 שם, בעמ' 505.

"ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסיה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה אישית שלו..."⁶⁶

הגם שקביעה זו בדבר הקשר בין מימושה של הזכות לתרבות לבין התבדלות גיאוגרפית לא עמדה בבסיס הכרעת-הדין בעניין עמותת "עם חופשי"⁶⁷, אין ספק שהיא ביטאה בצורה ברורה ומפורשת את התפיסה שאימץ בית-המשפט העליון, שלפיה ניתן להצדיק תביעה להפרדה במגורים על בסיס תרבותי.⁶⁸ בניסיון להסביר את הרציונל העומד בבסיסה של תפיסה זו כתב איל בנבנישתי כי "אם מקובלת המסקנה שבני קהילות מיעוט מסוימות זכאים ליחס ייחודי מן המדינה כדי לסייע בידם לקיים ולשמר את תרבות הקהילה ואורחות חייה, הרי שהדרך סלולה להכרה בתביעתם להקצאה ייחודית של מקרקעין, ובלבד שיוכלו להצביע על כך ששימור תרבותם ואורחות חייהם מצריך התיישבות מופרדת והמוגנת".⁶⁹ אכן, הזכות לתרבות עמדה ברקע הדיון בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית ככל מקרה שבו נדרש בית-המשפט לדיון בסוגיה זו. אולם הניסיון לפתור את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות הזכות לתרבות לכדה דינו להיכשל, כאמור, כפי שמוכיחה גם המציאות פעם אחר פעם. הטעם לכישלון זה נעוץ ברציונל העומד בבסיסה של הזכות לתרבות, כפי שאומץ על-ידי בית-המשפט העליון בעניין עמותת "עם חופשי". כאמור, בית-המשפט העליון ראה את הזכות לתרבות – וממילא, את הנכונות לקיים התבדלות גיאוגרפית לצורך מימושה של זכות זו – כחלק ממימוש האוטונומיה האישית של היחיד.⁷⁰ במצב דברים זה, בשעה שההכרה בזכות לתרבות מושתתת על אוטונומיה אישית של חבר הקבוצה, ולא על

66 שם, בעמ' 508-509.

67 עיקר הדיון שהתנהל לפני בית-המשפט עסק בשאלת זכותם של העותרים לשוויון בכל הקשור להטבות הייחודיות שניתנו לרוכשי הדירות בעיר אלעד.

68 איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 783 (1998).

69 שם, בעמ' 785.

70 עניין עמותת "עם חופשי", לעיל ה"ש 37, בעמ' 508-509. ראו לעניין זה גם KYMLICKA, לעיל ה"ש 57, בעמ' 207-210; מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 57. ראוי לציין כי ביסוס הזכות לתרבות על רציונל אינדיוידואליסטי, המבקש לממש את זכותו של הפרט לאוטונומיה (קמליקה) או לזהות (מרגלית והלברטל), הינו המהלך הרווח בספרות המשפטית והפילוסופית בתחום זה, אולם אין הוא נעדר ביקורת. ראו, לדוגמה, ז'וזה ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות דמוקרטיות: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 107 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998). לצד זאת יש הקוראים לביסוסה של זכות זו על תפיסה קולקטיביסטית של זכויות, המשנה את האונטולוגיה מפרטנית לקבוצתית. ראו, לדוגמה: Vernon Van Dyke, *Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought*, 44 J. POLIT. 21 (1982); Douglas Sanders, *Collective Rights*, 13 Hum. Rts. Q. 368 (1991).

רציונל קולקטיביסטי, הקונפליקט המתגלה בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מציב בשני צידי המשוואה ערכים זהים במהותם ובמשקלם. אכן, אם הזכות לתרבות מושתתת על מימוש האוטונומיה האישית של כל אחד מחברי הקבוצה, אזי יש לתהות כמה מימושה של אוטונומיה זו (המצדיק הדרה גיאוגרפית) שונה ממימוש האוטונומיה האישית של אלה המבקשים להצטרף לקבוצה (אשר שולל הדרה זו). נראה שזה הבסיס לטענתה של יפה זילברשץ כי אין בהכרח הצדקה להבחנה בין קבוצת מיעוט לבין קבוצת הרוב ככל הקשור ליכולתן של קבוצות אלה לקיים התבדלות גיאוגרפית.⁷¹ אם הזכות לתרבות מוקנית לאדם "כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו",⁷² אזי חבר קבוצת הרוב – בדומה לחבר קבוצת המיעוט – עשוי לתבוע התבדלות גיאוגרפית על-מנת לחיות את חייו בהתאם לתרבותו. חבר קבוצת הרוב זכאי למימוש האוטונומיה כשם שחבר קבוצת מיעוט זכאי לה.⁷³ אכן, "אם מאמצים את הגישה שהלאומיות איננה רק מסגרת מולדת הדומה באופיה לגזענות, אלא מסגרת שבה יש ביטוי גם לאוטונומיה של הפרט ולכן היא דומה יותר למסגרת דתית; ואם בוחרים לאמץ גישה רב-תרבותית לאזרחות המכירה בייחודן של קבוצות לאומיות במסגרת המדינה – הרי שרצונן של קבוצות לאומיות ליצור התיישבויות נפרדות איננה צריכה להתפרש כמפלה".⁷⁴ במצב דברים זה, שימוש בזכות לתרבות המושתתת על אוטונומיה אישית של חברי הקבוצה אינו מסייע בפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית. הגדרה השווה בין חברי הקבוצות השונות – רוב ומיעוט – אינה מצדיקה את הטיית כפות המאזניים לצד המתיר הדרה גיאוגרפית או לצד השולל אותה. אפשר שזו הסיבה שהטיעון בדבר הזכות לתרבות ניצב תמיד ברקען של ההכרעות המשפטיות בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. מכל מקום, ברי כי אין ביכולתו של טיעון זה לשמש בסיס לפתרון קוהרנטי של סוגיה סבוכה זו. לנוכח האמור אפנה כעת לבחון שיקול נוסף שעמד בבסיס השיח בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, המבקש לבחון אם המדינה זכאית לקיים מדיניות התיישבות מתבדלת.

71 יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל 1, 87, 106-107 (2001).

72 עניין עמותת "עם חופשי", לעיל ה"ש 37, בעמ' 509.

73 ההבחנה בין קבוצת ה"רוב" לבין קבוצות "מיעוט" הינה בעייתית במיוחד במדינות כישראל, שבהן פועלות זו לצד זו קבוצות תרבותיות, חברתיות, לאומיות ודתיות שונות. ראו לעניין זה מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 26, 274-277 (2008). לפיכך ניתן לחשוב על קהילה המשתייכת בריזמנית לקבוצת רוב (לאומית) ולקבוצת מיעוט (דתית). מכל מקום, התבדלות גיאוגרפית של אלה המשתייכים לקבוצת הרוב יכולה להיעשות על בסיס תפיסת טוב המשותפת לאותם חברים – לדוגמה, יישוב המתנהל על-פי עקרונות כלכליים שיתופיים. עוד לעניין הצדקת התבדלותן של קהילות המשתייכות לקבוצת הרוב ראו זילברשץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 105 ("הבדלנות המתבקשת על-ידי הרוב מוצדקת כל עוד היא נועדה לאפשר קיום של אינטרס לגיטימי של הרוב וכל עוד היא מכבדת במקביל דרישות לבדלנות של המיעוט") וכן בעמ' 106 ("אוכלוסיית הרוב יכולה בצדק לטעון שיש בכך כדי לפגוע בזכותה לעצב קהילה על-פי אורחות-חיה").

74 שם, בעמ' 103. זאת, כמובן, "בהנחה שזכות זו מוענקת בשוויון לכל קבוצות האוכלוסייה" (שם). ראו גם שוחטמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 123; שטרית, לעיל ה"ש 16.

2. האינטרס הציבורי בקידומה של מדיניות התיישבות מתבדלת

טעם נוסף ששימש את בית־המשפט העליון לצורך הצדקתה של התבדלות גיאוגרפית נעוץ בהכרה בסמכותו של השלטון לקדם מדיניות התיישבות מתבדלת לצורך הגשמת אינטרסים ציבוריים. טענה זו עמדה בבסיסו של פסק־הדין בעניין אביטן, שם ביקש כאמור העותר לחייב את מנהל מקרקעי ישראל להחכיר לו מגרש ביישוב שגב שלום, אשר יועד, בהחלטת ממשלה, לאוכלוסייה הברווית בלבד.⁷⁵ בית־המשפט קבע באותו עניין כי קידום מדיניות מסוג זה אפשרית. תוך שהוא סוקר את הצעדים שנקטה הממשלה על־מנת להעתיק את האוכלוסייה הברווית ליישוב־קבע, קבע בית־המשפט כי יש ביישובה מחדש של האוכלוסייה הברווית, אשר הוגדר על־ידי ממשלת ישראל כאינטרס ציבורי, כדי להצדיק קיומה של הפרדה מרחבית והתבדלות גיאוגרפית.⁷⁶ בית־המשפט ראה בחיוב את נסיון של "רשויות ציבוריות לעודד מיגזר מסוים באוכלוסיה על־ידי מתן הקלות, הנחות, פטורים או סובסידיה, כשקיימים שיקולים ציבוריים ראויים למתן טובות הנאה אלה".⁷⁷ אולם חרף הכרעתו של בית־המשפט בעניין אביטן, נראה כי סמכותה של המדינה לקדם מדיניות התיישבות מתבדלת עודה טעונה ברור, בעיקר כאשר מדובר ביישובים שאינם מיועדים לאוכלוסיות מיעוט.

אכן, סמכותה של המדינה לקדם מדיניות התיישבות נפרדת לאוכלוסיות מסוימות עמדה בבסיסה של המחלוקת בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. מחלוקת זו נסבה בעיקרה סביב הטענה כי התנועה הציבורית – קודם להקמת המדינה – כמו־גם ממשלות ישראל לדורותיהן קידמו מדיניות התיישבות מתבדלת בעבור האוכלוסייה היהודית, תוך ניסיון "לייחד" שטחים נרחבים שבהם התקיימה התיישבות ערבית. מדיניות זו יושמה בעיקר באמצעות פקודת האגודות השיתופיות, אשר אפשרה את הקמתם של יישובים שפעלו במבנה קואופרטיבי. הגם שיישובים אלה תוארו פעמים רבות כמיועדים לקדם ערכים סוציאליסטיים ושיתופיים, יש הסבורים כי בבסיס הקמתם עמדו שיקולים מעשיים, ובעיקר כאלה שנועדו לקדם אינטרסים לאומיים.⁷⁸

קידומה של מדיניות זו לא פסק עם קום המדינה. לאחר דעיכה מסוימת בקידומה של מדיניות זו בשנות השישים של המאה העשרים, בישרו שנות השבעים והשמונים על התעוררות בשימוש בכלי המשפטי של אגודה שיתופית לצורך הקמתם של יישובים חדשים.⁷⁹ היישובים הקהילתיים החלו להתפתח בסוף שנות השבעים כדגם חדש של יישוב כפרי. המטרה הייתה לשמור על המאפיינים החברתיים של הכפר ללא תשתית כלכלית או חקלאית שיתופית. מודל זה של התיישבות מתבדלת מבחינה גיאוגרפית שימש את שני הצדדים

75 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 299.

76 לסקירה מקיפה על־אודות יחסו של המשפט הישראלי לסוגיית ההתיישבות הברווית ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בדואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (דני גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

77 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 302.

78 דני רבינוביץ "האופציה שנשכחה: השיכון העירוני השיתופי" מרחב, אדמה, בית 113, 133 (יהודה שנהב עורך, 2003).

79 לתיאור היסטורי של גלי ההתיישבות ראו יפתחאל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 649–650.

– חברי הקהילה מזה והמדינה מזה. חברי הקהילות ראו בהתבדלות הגיאוגרפית אמצעי לשיפור איכות חייהם, ואילו המדינה ראתה בו אמצעי לפרישה קלה של התיישבות יהודית בפריפריה. בתחילה נעשה עיקר השימוש בכלי ההתאגדות באזורי יהודה ושומרון, ולאחר מכן הוקמו המצפים בגליל מתוך מטרה לאומית לשמר קרקעות מדינה מפני התרחבותה של ההתיישבות הערבית.⁸⁰ אורן יפתחאל מתאר את מדיניות ההתיישבות הישראלית כ"פרויקט משלים ליצירת תשתית טריטוריאלית ומוסדית לאומה המתחדשת".⁸¹ מדיניות ההתיישבות בישראל, הוא טוען, "היוותה את אחד מעמודי-התווך בפרויקט של ייחוד המרחב ובעיצובה של זהות לאומית יהודית (כלומר, עברית) קולקטיבית חדשה. היא מילאה את הפונקציה הקלסית של התיישבות באזורי ספר: לספק לקולקטיב יסודות טריטוריאליים ורוחניים ליצירת הזהות החדשה. כמו-כן, היא סיפקה מטרה מאחדת ליהודים בעלי רקע שונה, וחיזקה ערכים אלטרואיסטיים, כגון חלוציות, הקרבה עצמית והסתכנות למען הכלל".⁸² לתפיסה זו, שלפיה אינטרסים מדינתיים הם שעמדו בבסיסה של מדיניות ההתיישבות הישראלית, שותף גם ארז צפדיה, אשר דוחה את הניסיון לראות את ההתפתחות ההתיישבותית בישראל כביטוי של העדפות שוקיות.⁸³ התפתחותן של תצורות חיים חדשות בישראל אינה מעשה ידי השוק, טוען צפדיה, ה"רואה דווקא את זרועות השלטון מניעות את התהליך וסוחפות אחריהן את הדיירים".⁸⁴ לדבריו, "המקורות מצביעים על כך שמקורם של הישובים הקהילתיים בראשית שנות ה-70 נעוץ בחיפוש של הסוכנות אחר דרכים לחידוש ייחוד הגליל באמצעות מודל הפרבר האמריקני והתאמתו לצרכי ההתיישבות היהודית. ישובים אלו מכונים 'מצפים'.⁸⁵ מדיניות זו של התיישבות מתבדלת נהפכה אם כן למציאות שאינה מוכחשת.⁸⁶

- 80 לביאה אפלבוס ורוד ניומן "בין כפר לפרבר: תמורות בהתיישבות הכפרית בישראל" ארץ ישראל: מחקרים ביריעת הארץ ועתיקותיה 180, 181-183 (1990); יפתחאל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 637-646.
- 81 יפתחאל, שם, בעמ' 646.
- 82 שם, בעמ' 647.
- 83 לעמדה הקושרת בין התפתחותן של קהילות מגורים בישראל לבין העדפות השוק ראו להבי, לעיל ה"ש 10.
- 84 צפדיה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 148.
- 85 שם.
- 86 GERSHON SHAFIR, LAND, LABOR AND THE ORIGINS OF THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT, (1996) 18-19, 1882-1914. כן ראו קובי נחשוני "נחנכה ישיבת ההסדר בעכו: 'העיר תשאב יהודים'" ynet 4.7.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4090763,00.html (דבריו של סגן ראש הממשלה סילבן שלום בטקס חנוכתה של ישיבת-ההסדר בעכו, שלפיהם "מדובר במשימה לאומית ראשונה במעלה שאין להתבייש בה, משום ש'הציונות חרתה על דגלה מאז היווסדה את ערכי יישוב הארץ וייחוד הגליל והנגב"). כן ראו את דבריה של חברת-הכנסת ציפי חוטובלי בפרוטוקול ישיבה מס' 125 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (22.12.2009): "כל אחד כאן מנסה לצאת מהארון הציוני ולומר שהוא ציוני והוא לא מתבייש לומר זאת. אני רוצה ללכת עוד צעד אחד קדימה ולומר שכן, אנחנו מדינה יהודית וחלק מהיותנו מדינה יהודית צריך גם לתת תעודות של הקמת ישובים באזורים שכרגע לצערנו הרב הם לא ידועים בנוכחות היהודית המסיבית שלהם כמו בנגב וכמו בגליל. לכן בעיניי הצעת

חרף זאת נמנעה המדינה, על-דרך הכלל, מלטעון לגיטימיות של קידום מדיניות התיישבות מתבדלת, ובתי-המשפט בישראל נטו להתעלם מקיומה של מדיניות זו. גם במקרים שבהם נטענו טענות שערערו על הלגיטימיות של מדיניות התיישבות המתבדלת שהמשלה נוקטת, בחרו בתי-המשפט לעקוף שאלה זו.⁸⁷ בחינת הפסיקה הישראלית בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מגלה כי טיעון זה בדבר הלגיטימיות של קידום מדיניות התיישבות מתבדלת הועלה ונידון לגופו רק ככל שההתבדלות הגיאוגרפית נתבעה על-ידי קבוצות מיעוט בחברה הישראלית.⁸⁸ זניחתה של טענה זו על-ידי המדינה ברוב המקרים שהונחו לפתחו של בית-המשפט מעידה על אחד משניים: על סירובה של מדינת-ישראל להצדיק את מדיניות התיישבות המתבדלת בטעם זה כאשר מדובר בקהילות שחבריהן משתייכים לקבוצת הרוב בחברה הישראלית, לכל-הפחות מבחינה אתנית; או על חשש מפני עריכת ביקורת שיפוטית על הצדקה זו. מבחינה נורמטיבית, הלגיטימיות של נקיטת מדיניות מפלה על רקע לאומי שנויה במחלוקת.⁸⁹ אולם זניחת הטענה על-ידי המדינה הקלה על בתי-המשפט הישראלי לבחור נתיבים אחרים, עקיפים מבחינה מהותית, על-מנת לדון בשאלות של הדרה בחברה הישראלית.⁹⁰ מכל מקום, בהינתן שמקומו של הטיעון בדבר הלגיטימיות של קידום אינטרסים ציבוריים באמצעות מדיניות התיישבות מתבדלת נפקד מהדיון המשפטי במקרים שבהם ההדרה הגיאוגרפית עוסקת באנשים המשתייכים לקבוצת הרוב, קשה לעשות שימוש בטיעון זה לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית, לא כל שכן לגיבושו של פתרון קוהרנטי ומקיף.

3. הזכות לשוויון

הצדקת קיומן של קהילות מתבדלות מבחינה גיאוגרפית נעשה כאמור על בסיס הזכות לתרבות ועל בסיס אינטרס ציבורי בקידומה של מדיניות התיישבות מתבדלת. מצידו האחר של המתרס עמדה, על-דרך הכלל, הטענה כי התבדלות גיאוגרפית – כזו המדירה מתוכה חלק מהמבקשים להצטרף לקהילה גיאוגרפית – פוגעת בזכות לשוויון של אותם מבקשים אשר נדחים. הטענה לפגיעה בשוויון נראית על פניה כמתבקשת מאליה: מנגנוני סינון המקנים שיקול-דעת רחב לחברי הקהילה מאפשרים להם לבחור את שכניהם בהתאם למאפיינים הרצויים בעיניהם, ולפסול את אלה שאינם עונים על דרישותיהם. כך, לדוגמה, נטען כי מנגנוני הסינון השונים לקבלה ליישוב מאפשרים ליצור הפרדה אתנית, עדתית, חברתית-

החוק הזאת, היא התחלה יפה אבל היא רק התחלה והיא עדיין מכבסת מלים. לא להתבייש לומר שאנחנו רוצים לתת תעודף ליהודים שיגורו בגליל ובנגב כי אנחנו מדינה יהודית. כן, זה העיקרון."

87 ראו בג"ץ 10013/03 ראש עיריית סכנין נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, תק-על 2004(3) 357; ת"א (שלום נצ') 3433/00 מינהל מקרקעי ישראל נ' הר'זהב (פורסם בנבו, 11.11.2008).

88 ראו, לדוגמה, עניין אביטן, לעיל ה"ש 38.

89 ראו חיים גנז "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט 683, 685-691 (1995).

90 על האופן שבו בית-המשפט העליון הישראלי פועל במסגרת המתח האתני-לאומי ראו אילן סבן "השפעת בית-המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל ג 541, 550-551 (1996).

כלכלית ותרבותית. צפדיה טוען כי "מציאות מרחבית זו, שמטיבה מבחינה חומרית וערכית עם קבוצות דומיננטיות באוכלוסיה, בישראל – יהודים, ובעיקר אשכנזים", אינה מציאות יציבה, וכי היא עוררה מתח ציבורי רב בשל היותה בלתי-שוויונית.⁹¹ אכן, מתח זה הוא שעמד בבסיס עניין קעדאן. בית-המשפט העליון קבע כי מדיניות הקצאת המקרקעין שהונהגה על-ידי מנהל מקרקעי ישראל מפרה את עקרון השוויון, משום שהיא מפלה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים. תוך שהוא מתייחס לאישור שנתן להתברלות גיאוגרפית בעניין אביטן, קבע בית-המשפט כי בנסיבותיו של עניין קעדאן לא באו לידי ביטוי מאפיינים ייחודיים – תרבותיים או אחרים – המצדיקים את שלילת מגוריהם של מי שאינם יהודים ביישוב.⁹² משכך, קבע בית-המשפט, לא הייתה המדינה רשאית להקצות מקרקעין לצורך הקמת היישוב על בסיס הפליה אתנית.

על פני הדברים נראה כי יש בהכרעת-הדין בעניין קעדאן כדי ליתן פתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. אכן, ככל שהחשש מפני התברלות גיאוגרפית נובע מרצון למנוע הפליה, יש בעקרון השוויון כדי לשמש אמצעי ראוי לצורך פתרונה של סוגיה סבוכה זו. אולם התמשכותו של הדיון הציבורי והמשפטי גם כיום, יותר מעשור לאחר פרסומו של פסק-הדין בעניין קעדאן, מעידה כי אמצעי משפטי זה – הזכות לשוויון – לא צלח במציאת אותה נוסחה גואלת לשאלה רווית מתחים זו.

כשלוש השימוש בזכות לשוויון כפתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית נובע משני טעמים – נורמטיבי ופוזיטיבי. הטעם הפוזיטיבי נעוץ בקושי ליישם את עקרון השוויון בנסיבותיו של כל מקרה. אכן, הניסיון להחיל שוויון הינו משימה לא-פשוטה, אשר בתי-המשפט נדרשים להתמודד עימה בנסיבותיו של כל מקרה:

"השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו. השוויון הינו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר ובהגינות, על-מנת להגיע לתוצאה צודקת... באמרנו, כי חובה על הרשות לפעול תוך שוויון, טרם אמרנו מאומה. עקרון השוויון פירושו מתן יחס שווה לשווים. אך מי הם שווים ומי אינם שווים? בין בני אדם אין לעולם שוויון מוחלט."⁹³

ההכרה כי המושג "שוויון" עשוי להתפרש במובנים שונים – מכני, פורמלי או מהותי – וכי החלתו של כל אחד ממובנים אלה עשויה להנביע תוצאה שונה מבחינה מהותית הייתה רק צעד ראשון בתפיסה שהלכה והתגבשה בבית-המשפט העליון, שלפיה "חייבים תחילה להיקבע קריטריונים בדבר הנתונים הרלוואנטיים לשוויון, וקריטריונים אלה צריכים להיקבע באופן סביר, תוך זיקה ותוך התחשבות במטרה של השוויון, שאותו מבקשים להשיג."⁹⁴ הנה כי כן, ברי כי הצבתו של עקרון השוויון כאמצעי בלתי-אין לצורך פתרונה של סוגיית ההדרה הגיאוגרפית אינה בבחינת סוף-פסוק, אלא נקודת פתיחה לפרשנות ערכית ומהותית של

91 צפדיה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 156. ראו גם: Gershon Shafir & Yoav Peled, *Being Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship* (2002).

92 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 280.

93 בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 17 (1983).

94 שם, בעמ' 21.

נסיבותיו של כל עניין ועניין. השוויון, על־פי תפיסתו של בית־המשפט העליון, אינו אלא כלי להשגת תוצאה צודקת.⁹⁵ הוא מתבסס על הערכים שהחברה מושתתת עליהם, ועל־כן עשוי לקבל פנים שונים בחברות שונות ובנסיבות שונות. עמימות זו של עקרון השוויון מקשה אם כן את ראייתו כאמצעי – לא כל שכן כאמצעי יחיד – לפתרון שאלת ההדרה הגיאוגרפית. הדברים מתחדדים עוד יותר אם שמים אל לב כי יש מצבים שבהם דווקא ראוי לנהוג באי־שוויון. כך, לדוגמה, אם נקורת הפתיחה של שני הצדדים אינה שוויונית מלכתחילה, וכך גם אם קיימים אינטרסים החורגים מהאינטרסים הצרים של הצדדים לסכסוך.⁹⁶

אולם חמקמותו של עקרון השוויון אינה הטעם היחיד המקשה את ראייתו כפתרון מקיף לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. אחת הביקורות החשובות שהועלו נגד הכרעתו של בית־המשפט בעניין קעדאן מציבה מכשול נורמטיבי מהותי בפני הכרה בעקרון השוויון כאמצעי המשפטי לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית. ביקורת זו, אשר הועלתה על־ידי יוסף ג'בארין, קובלת על כך שבית־המשפט בעניין קעדאן בחר להחיל תפיסה פרטנית של שוויון, ונמנע מהחלה של תפיסה רחבה יותר, קולקטיביסטית, של עיקרון זה.⁹⁷ ג'בארין מעלה טענות מספר ביחס לפסק־הדין בעניין קעדאן. בין היתר הוא טוען כי תפיסת השוויון הפרטנית שאימץ בית־המשפט העליון הביאה לידי הכשרת ההפליה הקרקעית שנקטה מדינת־ישראל עד למתן פסק־הדין, וכי התוצאה האופרטיבית הרפה של פסק־הדין הובילה לכשל במימושו. אולם לענייננו חשובה יותר טענתו של ג'בארין שלפיה בשם עקרון השוויון היה על בית־המשפט להכשיר, הלכה למעשה, התיישבות גיאוגרפית מתבדלת של המיעוט האתני במדינת־ישראל. ג'בארין טוען, אם כן, כי "התפיסה הטרנספורמטיבית־קבוצתית היא תפיסת השוויון הראויה".⁹⁸ לרדו של ג'בארין, אם כן, לא זו בלבד שעקרון השוויון אינו שולל הדרה גיאוגרפית על בסיס אתני, עדתי או תרבותי, יש בו אף כדי להצדיקה. במצב דברים זה, לנוכח מורכבותו של עקרון השוויון, קשה לראות כיצד ניתן להכריע על־פיו את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית. חמקמותו של עקרון השוויון, כמו־גם התוכן השונה הנוצק בו בחברות שונות ובנסיבות שונות, מקשים את תפיסתו כעיקרון שיש בכוחו להכריע את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

* * *

על רקע האמור נראה כי אין בכלים המשפטיים ששימשו – ואשר עודם משמשים – לצורך הדיון המשפטי בסבך ההדרה הגיאוגרפית כדי לסייע בהגעה להכרעה סדורה בסוגיה זו. הגם שניתן להצדיק לגופה את התוצאה שאליה הגיע בית־המשפט העליון בכל אחת מהכרעות־הדין בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, ריבוי הכלים, כמו־גם מערכת האיזונים השונה המונהגת בכל מקרה לגופו, מחדדים את הצורך בקביעת עקרונות מנחים ברורים להכרעה בסוגיה זו. העובדה שסוגיה זו מוצאת את דרכה אל בית־המשפט פעם אחר פעם, במשך

95 שם, פס' 4 לפסק־דינה של השופטת נתניהו.

96 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38.

97 יוסף ג'בארין "עשור לפסק־דין קעדאן: הרפורמים ביקורתיים על השוויון" מעשי משפט ג 173 (2010).

98 שם, בעמ' 180.

עשורים רבים, מעידה אף היא על הקושי הכרוך בשימוש בכלים משפטיים אלה. קושי זה, כשלעצמו, מצדיק חיפוש נתיב חדש לניהול הדיון המשפטי בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית. כפי שאטען בפרק הבא, לא זו בלבד שנתים משפטי חלופי זה כבר ניצב סלול ומוכן, ההליכה בו עשויה להשביח את הדיון בשאלה סבוכה זו מבחינה נורמטיבית ומבחינה פוזיטיבית כאחד.

ג. ...אל המשפט הפרטי

חנך דגן היה הראשון שהציע להעתיק את הדיון בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מהספרה המשפטית הציבורית אל הספרה הפרטית. במאמרו "זכות הכניסה" הצביע דגן על מערכת כללי הקניין כמאפשרת יציאה מהמבוי הסתום שהדיון המשפטי בשאלת ההדרה הגיאוגרפית מגיע אליו פעם אחר פעם.⁹⁹ תפיסתו, הקוראת לפלורליזם קנייני, מבוססת על מגוון ערכים, המייצרים מאזן שונה בנסיבותיו של כל מוסד קנייני.¹⁰⁰ להבדיל מתפיסות מוניסטיות של הזכות, המבקשות לבסס את זכות הקניין על ערך יחיד, תפיסה זו רואה בקניין מטרייה נורמטיבית למערכת שלמה של מוסדות המשרתים שלל של ערכים ליברליים, כגון אוטונומיה, יעילות, עבודה, אישיות, קהילה וצדק חלוקתי.¹⁰¹ משמעותו של מוסד קנייני ספציפי נגזרת אם כן מהמתח בין הערכים השונים המתעוררים בנסיבותיו של כל מוסד.¹⁰² התפיסה הפלורליסטית של הזכות לקניין מציעה מערכת כלים להתמודדות עם שאלת ההדרה הגיאוגרפית. הקהילה הגיאוגרפית הינה מוסד קנייני בעל מאפיינים של שיתוף ואחריות הדדית. בחירתם של חברי הקהילה במוסד קנייני בעל מאפיינים שיתופיים אלה הינה לגיטימית על-פי התפיסה הפלורליסטית, בשל רצוננו להניח לאדם לנהל את חייו בהתאם לתפיסת הטוב הראויה בעיניו. אולם, כך טוען דגן, ההכרה בקהילה הגיאוגרפית כמוסד קנייני לגיטימי אינה מסיימת את הדיון, אלא משמשת נקודת פתיחה שלו. הכרה זו עומדת למבחן בשעה שאדם חיצוני לקהילה מבקש להצטרף אליה ולרכוש נכס במקרקעין המשמשים לפעילותה. או-יז מתעורר המתח בין ערכי הקניין השונים: ערכי החירות והרווחה המצרפית מושכים לצד השולל את זכות ההדרה של האחר, בעוד ערכי הקהילה, ובמקרים מסוימים גם ערך האישיות, מושכים לצד המכיר בזכות ההדרה.¹⁰³ על-מנת להתיר את הסבך מציע דגן לבחון את זכותה של הקהילה הגיאוגרפית להדיר בהתאם למאפייני הקהילה. ככל שהקהילה הינה קהילת מיעוט והבידול הקנייני נדרש לצורך שמירה על המשך פעילותה ("קהילה עבה"), ניטה להתיר את קיומה של פרקטיקה מדירה. מאידך גיסא, ככל שהשיתוף הקנייני נדרש לצורך כינונם של ערכים קבוצתיים משותפים ("קהילה רזה"), ניטה להתיר הדרה רק של אלה שכניסתם עלולה להוביל לכשלון השיתוף.

99 דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 12.

100 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 37-65.

101 DAGAN, לעיל ה"ש 9, בעמ' xi.

102 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 67-74; דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 70.

103 שם, בעמ' 70-73. למעשה, טוען דגן, ערך הקהילה כשלעצמו עשוי לצדד, במקרים מסוימים, בשלילת יכולת ההדרה. זאת, אם מסתכלים על היות הקהילה חלק מקהילת-ייחוס רחבה יותר, הכוללת את כלל אזרחי המדינה. ראו שם, בעמ' 64-65.

בהתאם לטיפולוגיה זו, הדוגמות הקלסיות לקהילה "עבה" הינן הקהילה החרדית או זו הקיבוצית, בעוד יישובים קהילתיים או הרחבות קהילתיות של קיבוצים ומושבים מהווים דוגמה לקהילות "רזות".¹⁰⁴

אני מסכים עם דגן לגבי ההכרה העקרונית בזכות הקניין כזכות המתבססת על פלורליזם ערכי, אולם דרכינו נפרדות בכל הקשור למהותו של אותו ריבוי ערכי, כמו גם בנוגע להשלכותיו על הגדרתה של הזכות. בעוד התפיסה הפלורליסטית של זכות הקניין שדגן מאמץ עושה שימוש בריבוי המוסדי לצורך השאתו של ערך יחיד, האוטונומיה האישית,¹⁰⁵ אני סבור כי יש להכיר בפלורליזם עמוק יותר – כזה המקנה חשיבות לערכים השונים ולהיותם מגוונים ואף סותרים. טענתי היא כי דגן קורא אומנם לקיומו של פלורליזם מבני בזכות הקניין, אך העובדה שתפיסה זו מתמקדת באפשרות הבחירה בין המוסדות השונים – ולא בתוכן הערכי שהמוסדות מקדמים – מעידה על מטרתם של המוסדות, קרי, קידומה של האוטונומיה האישית.¹⁰⁶ לעומת זאת, התפיסה הפלורליסטית שאני מציע רואה חשיבות בקיומן של תפיסות טוב מגוונות, והיכולת לממשן היא-היא העומדת בבסיס ההכרה בצורך לכונן מוסדות קנייניים שונים. כפי שאראה להלן, כאשר כל מוסדות הקניין מיועדים לקדם (רק) את ערך האוטונומיה האישית, קשה לבסס הבחנה מהותית בין מאפייני הקניין במוסדות הקניין השונים, ובפרט אי-אפשר להצדיק הכרה במאזן שונה של חובות וזכויות-יתר באותם מוסדות. ממילא, אין זכותו של חבר הקהילה לקניין על-פי הפלורליזם שדגן מציע דומה לזכותו על-פי התפיסה הפלורליסטית שאותה אציג בהמשך. משמעותה של הבחנה זו לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית נובעת כמעט מאליה. ככל שתפיסה פלורליסטית מעניקה משמעות מהותית לערכי הקהילה (קרי, משמעות שאינה נגזרת מהאוטונומיה של הפרט), וככל שמשמעות זו משפיעה על האופן שבו אנו מגדירים את זכות הקניין, את גבולותיה ואת החובות וזכויות-היתר הטמונות בה, היקף פעולתה של זכות הקניין בשיח ההדרה הגיאוגרפית יהא שונה.

לטענתי, אם כן, זכותו לקניין של מי שהינו חבר קהילה שונה מבחינה נורמטיבית ופוזיטיבית מזו של מי שאינו חבר קהילה. מרקם החובות וזכויות-היתר המתקיים במושג "קניין" שונה בכל אחד מהמקרים. שונות זו נובעת, כאמור, מתפיסה פלורליסטית הרואה חשיבות בקיומן של תפיסות טוב שונות, וחשוב לא פחות – בכינונם של מוסדות קנייניים

104 שם, בעמ' 65-66.

105 דאגן: Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1424 (2012) ("At the foundational, meta-ethical level, subscribing to a form of value pluralism based on a (monist) commitment to autonomy is clearly different from advocating value pluralism as a freestanding persuasion") כן ראו Dagan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 162-164, 202-204. מחויבותו של דגן לערך האוטונומיה האישית הלכה והתחדדה: אם בספרו קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 9, נראָה כי ערך האוטונומיה האישית הינו אך ערך אחד מני רבים, במקורות המצוינים ברישא של הערת-שוליים זו נהפך ערך האוטונומיה האישית לכזה החולש על כל יתר ערכי הקניין. לפיכך במאמר זה אתיחס לעמדתו של דגן כאל פלורליזם אשר מושתת בראש ובראשונה על מימוש האוטונומיה האישית ומחויב לערך זה יותר מכל.

106 Dagan, לעיל ה"ש 9 בעמ' xxv-xxv, 42.

שונים לצורך מימושן של תפיסות טוב אלה. הערכים השונים שבני-אדם מבקשים לקדם באמצעות זכות הקניין שלהם צריכים למצוא ביטוי באופן שבו תוגדר הזכות לקניין. אכן, המושג "קניין" הינו מטרייה נורמטיבית של איזונים ותרכובות ערכיות.¹⁰⁷ אולם על-מנת לתת משמעות לקביעה זו, יש לעמוד על כך שהערכים השונים העומדים בבסיסה של הזכות לקניין – כגון חירות, אישיות, צדק חלוקתי, עבודה, ולענייננו, הקהילה – אכן יבטאו שוני ערכי. בשיח הקנייני ערך החירות משקף את אדנותו המלאה של הבעלים בנכסיו,¹⁰⁸ ערך האישינות בוחן את המידה שבה אישיותו של בעל הקניין טבועה בנכסיו,¹⁰⁹ ואילו קהילה, לענייננו, מבטאת ערכים של שיתוף ואחריות הדדית בין בעל הקניין לבין יתר חבריו לקהילה.¹¹⁰ תפיסה פלורליסטית מהותית וכנה תחתור לתת לערכים אלה, על משמעויותיהם השונות, את ביטויים המרבי. כינונם של מוסדות קנייניים בני תוכן יחייב מתן משמעות לערכים העומדים בבסיסו של כל מוסד. לפיכך מתן משמעות שונה לזכות קניין במוסדות השונים היא ראוייה רק כל זמן שמוסדות אלה אכן מיועדים לקיים ערכים שונים.

נמצאנו אם כן למדים כי על-מנת להכיר בשוני בין זכות הקניין של חבר קהילה גיאוגרפית לבין זו של מי שאינו חבר קהילה, עלינו לברר תחילה אם אותה קהילה שבעל הקניין משתייך אליה מקיימת או מקדמת תפיסת טוב המתבססת על ערכים של קהילה, קרי, על ערכים של שיתוף ואחריות הדדית בין חבריה. ככל שהקהילה תוכר כמקדמת ערכים אלה, יהיה אפשר לראות בה קהילה המצדיקה את ההכרה בה כמוסד קנייני עצמאי, הכולל הגדרה שונה של היקף החובות וזכויות-היתר המגולם בזכותם של חברי הקהילה לקניין. נוסף על כך, הכרה בקהילה כמוסד קנייני תצדיק הקצאת מקרקעין על-מנת לאפשר את פעילותה של הקהילה. זכות הקניין של חבר קהילה צריכה להיות מושפעת מחברות בקהילה גיאוגרפית רק כל זמן שמוסד קנייני זה אכן מקיים את הערכים הגלומים במושג "קהילה". לטענתי, רק כאשר ערכים אלה של שיתוף ואחריות הדדית מתקיימים, מוצדק להכפיף את זכות הקניין של חבר הקהילה לחובות כלפי הקהילה, שכן חובות אלה מיועדות בעיקרן לקידום תפיסת הטוב המבוססת על ערכים אלה.

לקביעה נורמטיבית זו יש השלכות פוזיטיביות. הכפפת זכות הקניין של חבר הקהילה לחובות כלפי הקהילה עשויה למצוא ביטוי בכמה מופעים, הנבדלים זה מזה על ציר הזמן. בהקשר זה ניתן להצביע על שתי תקופות-התייחסות עקרוניות: התקופה שבה חבר הקהילה

107 שם, בעמ' xi.

108 בספרות המשפטית נהוג לראות בויליאם בלקסטון את אבי תפיסת הזכות לקניין כחירות. זאת, בעיקר לנוכח אמרתו המפורסמת הבאה: "There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe". ראו: 2 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND: ch. 1 (Univ. Chicago 1979) (1765–1769) להיקורת על תפיסה זו ראו: David B. Schorr, *How Blackstone Became a Blackstonian*, 10 THEORETICAL INQ. L. 103 (2009).

109 Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982)

110 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 51–55.

משתייך לקהילה והתקופה שבה חברותו בקהילה פוסקת. במשך תקופת החברות בקהילה זכותו של חבר הקהילה צריכה להיות כפופה לצורכי הקהילה, במובן זה שהוא עשוי להידרש לוותר על חלק ממה שהיה נתפס כחלק אינהרנטי מזכות הקניין שלו אילולא היה חבר קהילה. כך, למשל, חבר הקהילה עשוי להידרש לוותר על חלק מקניינו לצורך קידום של צרכים קהילתיים, מבלי שיקבל על כך פיצוי מלא.¹¹¹ חשוב להבהיר כי חובה זו של היחיד כלפי הקהילה צריכה להיות מסויגת, ולא גורפת מדי, שכן הקרבה מוחלטת של זכויותיו של חבר הקהילה נוגדת במהותה את עקרון השיתוף והפעולה המשותפת.¹¹² עם זאת, אין צורך להקפיד על קיומה של הדדיות דווקנית, שכן הקפדה כזו עלולה אף היא לרוקן את השיתוף מתוכן.¹¹³ אולם מאפייניה הייחודיים של זכות הקניין של חבר הקהילה אינם מוגבלים כאמור רק לתקופת חברותו בקהילה. לטענתי, יש להם השפעה גם במועד שבו חבר הקהילה מסיים את חברותו בקהילה. כך כאשר החבר עצמו מבקש לסיים את חברותו בקהילה, וכך כאשר חברות זו מופקעת ממנו על-ידי גורמים חיצוניים. כאשר חברותו של בעל הקניין בקהילה מסתיימת בשל רצונו הוא, מאפייניה הייחודיים של זכות הקניין מצדיקים הטלת מגבלות על יכולתו של אותו בעל קניין להעביר את זכותו לאחר. מגבלות אלה יבקשו למזער את הפגיעה שעזיבתו של חבר הקהילה עלולה להסב להמשך פעילותה של הקהילה ולהתקיימותה של תפיסת הטוב שאותה היא מקדמת.¹¹⁴ מאידך גיסא, במצב שבו זכות הקניין של חבר הקהילה מופקעת במסגרת נטילה שלטונית, באופן המסיים את חברותו בקהילה, ראוי לחייב את הרשות המפקיעה לנקוט אמות-מידה שונות בבואה לאמוד את הפיצוי הראוי להשתלם בגין הפגיעה כאמור.¹¹⁵

שני העקרונות המתוארים לעיל הם המאפשרים את הסדרתה של סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות הזכות לקניין. הקצאת מקרקעין לצורך התיישבות מתבדלת של קהילה תהא מוצדקת רק אם קהילה זו אכן מקיימת או מקדמת תפיסת טוב המצריכה

111 שם. ראו גם חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491 (1998). לתפיסה קהילתנית מהותית יותר ראו: Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQ. L. 127 (2009).

112 Dagan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 66-69.

113 Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* 55-56 (1991); Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* 145 (1993).

114 כפי שאראה להלן, המגבלות המוצעות במאמר זה לגבי זכותו של חבר הקהילה ליציאה שונות במהותן מהמגבלות שעליהן נסב השיח בעניין זה עד כה. כך, בעוד הזכות ליציאה מוכרת כיסוד ליברלי מוצק המשמש להגנה על חבר הקהילה מפני עריצות הקהילה, מאמר זה מניח את זכותו של חבר הקהילה ליציאה, ומבקש להגבילה אך לצורך הגנה על תפיסת הטוב שהקהילה מקיימת. השתתת המגבלות על זהות הנעבר - חלף הטלת סנקציות כלכליות, פסיכולוגיות או חברתיות על חבר הקהילה עצמו - עשויה להתמודד בקלות רבה יותר עם טענות ליברליות בדבר חשיבותה של האוטונומיה האישית.

115 להצעה דומה ראו: Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics*, 92 CAL. L. REV. 75, 139-142 (2004).

התבדלות גיאוגרפית. באותו אופן, הטלת מגבלות על יכולתו של חבר קהילה להעביר את זכותו לאחר – במטרה להבטיח כי רכישת המקרקעין על-ידי הנעבר לא תפגע ביכולתה של הקהילה להמשיך לקיים את תפיסת הטוב שאותה היא מקדמת – תהא מוצדקת רק אם זכותו לקניין של חבר הקהילה תוכר מלכתחילה כנושאת חובות ביחס לקהילה. קיומה של הבחנה זו במשמעות המוענקת לזכות הקניין של חברי הקהילה מחייבת, אם כן, התבססות על תפיסה פלורליסטית של זכות הקניין. אכן, ללא מתן משמעות לערכים שונים העומדים בבסיסה של הזכות, כל ניסיון לערוך הבחנה במאפייני הזכות דינו להיכשל. כפי שטענתי, על-מנת לבסס הבחנה זו, עלינו לאמץ תפיסה פלורליסטית ערכית, מהותית, כבסיס לזכות הקניין. פלורליזם מבני בלבד אינו מספק, שכן הריבוי הערכי הינו הבסיס לריבוי המוסרי. אולם אימוצה של תפיסה פלורליסטית זו עשוי להתקל בקשיים נורמטיביים הנובעים ממחויבות לתפיסה ליברלית. אכן, המתח הקיים בין ערכים של קהילה לבין תפיסות ליברליות מזין ויכוחים רבים בין מלומדים.¹¹⁶ קידום ערכים של שיתוף ואחריות הדדית מקיים מתח מול תפיסות אינדיווידואליסטיות, הרואות ביחיד את מושא הזכויות האולטימטיבי. לנוכח מתח מובנה זה בין המחויבות לתפיסה ליברלית, מחד גיסא, לבין השאיפה לתת ביטוי לערכים של שיתוף וקהילה, מאידך גיסא, יש מקום לבחון כיצד תפיסה פלורליסטית עשויה להתמודד עימו. בחינה זו תעמוד במוקד החלק הבא.

1. פלורליזם, ליברליזם וקהילה

לא יהא זה מופרך לומר כי תפיסות ליברליות עומדות ככלל במתח אינהרנטי מול ערכים של שיתוף, סולידריות ומחויבות הדדית. הגם שתפיסות ליברליות רבות מכירות בחשיבותם של ערכים אלה לבני-האדם,¹¹⁷ הן מתקשות להתמודד עם המגבלות שמיוש ערכים אלה מטיל על חירותו של היחיד, הנתפסת לעיתים כמושא הזכויות כולן.¹¹⁸ תפיסות פלורליסטיות, לעומת זאת, מקנות לגיטימציה לערכים אלה, תוך שהן מכירות בהן כבסיס לתפיסות טוב

116 המתח בין תפיסות ליברליות לבין תפיסות קהילתניות הזין דיונים רבים במהלך העשורים האחרונים. עם הַקְּתָבִים הבולטים בהגות הקהילתנית נמנים: Charles Taylor, *Atomism, in* 2 PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES: PHILOSOPHICAL PAPERS 187 (1985); MICHAEL J. SANDEL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* (1982); Michael J. Sandel, *Introduction, in LIBERALISM AND ITS CRITICS* 5 (Michael J. Sandel ed., 1984); ALASDAIR MACINTYRE, *AFTER VIRTUE* (1981); MICHAEL WALZER, *SPHERES OF JUSTICE* (1983) גישותיהם של ההוגים המשוּיכִים להגות הקהילתנית נבדלות זו מזו בעניינים רבים, וממילא מקיימות עוצמות שונות של מתח ביחס לתפיסות ליברליות. ראו, לדוגמה: Amy Gutmann, *Communitarian Critics of Liberalism*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 308 (1985); Stephen A. Gardbaum, *Law, Politics and the Claims of Community*, 90 MICH. L. REV. 685 (1992); Simon Caney, *Liberalism and Communitarianism: A Misconceived Debate*, 40 POL. STUD. 273 (1992). כן ראו יובל לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון" **משפטים** לא 219 (2000).

117 ראו, לדוגמה: JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 520–529 (1971); T.H. GREEN, *LECTURES ON THE PRINCIPLES OF POLITICAL OBLIGATION, AND OTHER WRITINGS* § 123 (1986).

118 ראו ברונר ופלד, לעיל ה"ש 70, בעמ' 108.

לגיטימיות בחברה. הניסיון להבחין בין זכויות קניין בהתאם לערכים שהן מקדמות נקלע אם כן למתח שבין תפיסות ליברליות לבין ערכים של קהילה: מחד גיסא, הרצון לשמר את השיח בגרדיה של תפיסה ליברלית, המתבססת על אונטולוגיה פרטנית; ומאידך גיסא, הרצון לאפשר לאדם לחיות את חייו בהתאם לערכים שונים, הנתפסים בעיניו כראויים.¹¹⁹ כיצד ניתן אם כן לפתור את המתח הטבוע בין שתי תפיסות אלה? הגם שמתן פתרון מקיף למתח הקהילתני-ליברלי חורג מתחומיו של מאמר זה,¹²⁰ אטען בהמשך פרק זה כי מתח זה הינו בר-פתרון ככל שהדבר קשור לזכות הקניין. לצורך זה אבקש להציג שלושה מובנים של פלורליזם: פלורליזם המקדם אוטונומיה; פלורליזם המקדם גיוון; ותפיסה היברידית של פלורליזם. לטענתי, בעוד שאימוץ אחת משתי התפיסות הראשונות כבסיס לזכות הקניין יקשה עד-מאוד להניח פתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, אימוצה של התפיסה ההיברידית יאפשר ליצוק תוכן ערכי ייחודי לזכות הקניין בהתאם למוסדות השונים שבהם היא מיושמת, ובאמצעותו להניח הצעת פתרון לסוגיה סבוכה זו.

2. שני מובנים של פלורליזם

פלורליזם הינו דוקטרינה של ריבוי ומגוון, אשר בבסיסה עומדת ההכנה כי אנשים שונים מעריכים דברים שונים בדרכים שונות. ישעיהו ברלין, שנחשב לאחד ממקדמי התפיסה הפלורליסטית של המוסר, טען כי קיימת טעות בסיסית במחשבה שניתן לתת תשובה אחת נכונה לכל השאלות המהותיות, שחייבת להיות דרך אחת לצורך חשיפתה של אותה תשובה נכונה, ושהתשובות הנכונות לשאלות השונות צריכות לחפוף זו את זו.¹²¹ העדרה של תשובה נכונה אחת המתאימה לכל מסבירה את המציאות שבה אנשים חווים את העולם כמוכנה ממספר רב של ערכים שונים.¹²² אולם תפיסה פלורליסטית אינה מסתפקת בהכרה פורמלית בדבר קיומם של ערכים שונים, אלא מבקשת לתת לכך אחיזה במציאות תוך מתן אפשרות למימושם של ערכים נבדלים אלה. על בסיס זה ניתן לראות בפלורליזם גישה המחייבת הכרה בקיומן של תצורות חיים שונות, המקדשות ערכים ומידות שונים, אשר אינם בני-תחרות בהכרח.¹²³ ככל שההכרה בלגיטימיות של ריבוי תפיסות טוב נועדה לאפשר לאדם לכתוב

119 מתח זה מצא ביטוי בכתובה על-אודות יכולתן של קהילות שמשטרן הפנימי אינו מתאפיין באימוץ ערכים ליברליים לנהל את ענייניהן ללא התערבותה של המדינה. ראו לעניין זה: Chandran Kukathas, *Are There Any Cultural Rights?*, 20 POL. THEORY 105 (1992); Chandran Kukathas, *Cultural Toleration, in ETHNICITY AND GROUP RIGHTS* 69 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997); Yael Tamir, *LIBERAL NATIONALISM* 87–88 (1993).

120 George Crowder, *Pluralism and Liberalism*, 42 POL. STUD. 293 (1994); ראו לעניין זה: Isaiah Berlin & Bernard Williams, *Pluralism and Liberalism: A Reply*, 42 POL. STUD. 306 (1994).

121 Isaiah Berlin, *The Pursuit of the Ideal, in THE CROOKED TIMBER OF HUMANITY: CHAPTERS IN THE HISTORY OF IDEAS* 1, 5–6 (1991).

122 ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 13–14, 164.

123 JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 395 (1986).

בעצמו את סיפור חייו, ולו באופן חלקי,¹²⁴ עלינו להבטיח את היתכנותה המעשית של מלאכה זו. לשם כך, על המאמץ תפיסה פלורליסטית להבטיח כי העולם המוסרי, הפוליטי והמשפטי יאפשרו את קיומם של מוסדות שונים דיים, אשר יאפשרו לכל אחד לחיות את חייו בהתאם לערכיו-הוא. כפי שאראה להלן, המחשבה הפלורליסטית נחלקת לשני נתיבים מרכזיים הנבדלים זה מזה. תפיסה פלורליסטית אחת, שאותה אכנה "פלורליזם המקדם אוטונומיה", מבוססת על אונטולוגיה מוסרית אינדיווידואליסטית. תפיסה זו רואה בפלורליזם הערכי אמצעי להשאת האוטונומיה של היחיד. כנגד תפיסה זו עומדת תפיסה פלורליסטית הרואה בריבוי הערכי מטרה בפני עצמה – "פלורליזם המקדם גיוון". האוטונומיה של הפרט, על-פי תפיסה זו, אינה אלא ערך אחד מני רבים. הבחנה זו, הגם שהיא נראית תיאורית בעיקרה, טומנת בחובה משמעויות מעשיות בשעה שהיא נפרטת לכללים משפטיים. בחלק זה אעמוד על משמעויות אלה, ואטען כי אף לא אחת מתפיסות אלה של פלורליזם עשויה לשמש בסיס לעיגון ההבחנה בין מאפיינים שונים של זכות הקניין, וממילא אין בשתי תפיסות אלה כדי לסייע בפתרון שאלת ההדרה הגיאוגרפית.

(א) פלורליזם המקדם אוטונומיה

פלורליזם המקדם אוטונומיה מכיר, על פניו, בקיומם של ערכים שונים, כמו-גם בכך שאנשים שונים מאמצים ערכים שונים.¹²⁵ הרצון להבטיח כי הפרט יהיה זה שיכתוב בעצמו, ובהתאם להשקפתו ולערכיו, את סיפור חייו (לכל-הפחות באופן חלקי) מניע תפיסה פלורליסטית זו להתור לביסוסו של מוסד הבחירה. אכן, הבחירה בין חלופות שונות הינה אינהרנטית לאוטונומיה האישית.¹²⁶ האוטונומיה האישית יכולה להתממש רק אם עומדות לרשות הפרט חלופות שונות זו מזו במהותן.¹²⁷ היות דרך החיים פרי בחירתו של האדם הופכת אותה לפרק בסיפור חייו, סיפור שנכתב על-ידי-הוא. אימוצה של תפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה אישית כתיאוריה פוליטית משמעו קריאה למדינה להציג לאזרחיה כמה חלופות שונות ומעשיות לניהול חייהם. אולם בעוד הבחירה בין חלופות אלה נותרת – וצריכה להיות – בידי הפרט, המדינה יכולה להגביל, מלכתחילה, את קשת החלופות הניצבות לבחירה.¹²⁸

בספרה המשפטית תפיסה פלורליסטית המבוססת על אוטונומיה תקרא לקיומם של מוסדות משפטיים שונים, אשר יאפשרו בחירה אפקטיבית בין חלופות שונות. אימוצה של תפיסה זו לתחום הקניין (ולתחום המשפט הפרטי בכלל) מחייב את המדינה לאפשר את קיומם של כמה מוסדות קנייניים השונים זה מזה בערכים שהם מקדמים.¹²⁹ על-מנת

124 שם, בעמ' 369.

125 שם.

126 שם, בעמ' 371.

127 שם, בעמ' 398.

128 על המתח בין גישות פרפקציוניסטיות לבין גישות ניטרליות בחשיבה הליברלית ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 110-133, 161-162; KYMLICKA; לעיל ה"ש 57, בעמ' 76-85; ROBERT

.NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 48-51 (1974)

129 Dagan, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1424.

לאפשר לפרטים לממש את האוטונומיה שלהם, על המדינה להציע מוסדות המקדמים ערכים קנייניים דוגמת חירות ויעילות לצד מוסדות המקדמים ערכים של קהילה ואישיות. מוסדות אלה עשויים למצוא ביטוי בספרות שונות. כך, למשל, בספרה השוקית ניתנת לאדם הבחירה לפעול באופן עצמאי, במסגרת חברה פרטית, חברה ציבורית או שותפות, בעוד בספרה הפרטית ניתנת לו האפשרות לפעול במוסדות קנייניים אינדיווידואליסטיים באופיים (מגורים בעיר, לדוגמה) או בכאלה המתבססים על שותפות (קהילות גיאוגרפיות, לדוגמה).¹³⁰ קיומן של חלופות אלה, המקדמות כאמור ערכים שונים בספרות שונות, מאפשר לאדם להיות אוטונומי במובן זה שהוא זה המנתב את ספינת חייו בהתאם לערכיו־הוא.

תפיסה זו של פלורליזם מצליחה לחמוק מהחשש האינהרנטי לדיון פלורליסטי בדבר חריגה מגדרי השיח הליברלי.¹³¹ העובדה שבכל עת עומדות לרשות האדם אפשרויות של בחירה ובחירה מחודשת מקיימת את העיקרון ההומניסטי, אשר אינהרנטי לתפיסה ליברלית.¹³² חופש הבחירה – כך על־פי העיקרון ההומניסטי – הוא מרכיב חיוני ליכולתו של אדם להעריך את שחשוב לו בחיים. זוהי יכולתו להרכיב, לפרק ולהרכיב מחדש את מסגרות חייו, אשר מאפשרות לו להיות את החיים הרצויים לו.¹³³

אולם העובדה שתפיסה פלורליסטית זו אינה חורגת מגדרי השיח הליברלי מעמידה למבחן את מחויבותה לריבוי ערכי מהותי. הצבתו של ערך יחיד – אוטונומיה אישית – כחולש על כל יתר הערכים מעלה ספק באשר ליכולתה התיאורטית והמעשית של תפיסה זו לאפשר לאדם להיות בהתאם לערכים שבהם הוא מאמין.¹³⁴ מתח זה צפוי להתעורר בעיקר בשעה שאדם מבקש להיות את חייו בהתאם לערכי קהילה – ערכים אשר החיים לאורם מטילים על האדם, מעצם טיבם וטבעם, חובות ביחס לפרטים אחרים או למסגרות חברתיות. מחויבותה של תפיסה פלורליסטית זו לאוטונומיה אישית מקשה את ההכרה בלגיטימיות של תפיסות חיים המתאפיינות בערכים אלה במישור הפוזיטיבי ובמישור הנורמטיבי כאחד.

מבחינה פוזיטיבית, תפיסות חיים המטילות על הפרט מחויבות כלפי אחרים יתקשו להתקיים בשעה שכל פרט מצווה ליתן קדימות לאוטונומיה האישית שלו.¹³⁵ אכן, כפי שאנדרסון טוענת, אם חיינו מושתתים על ערך יחיד, אך הגיוני הוא שאנשים יראו את

130 באותו אופן על המדינה לאפשר לאדם להיות את חייו במוסדות קנייניים שונים בספרה הפרטית, תוך הצגת חלופות של נישואים, "ידועים בציבור" וכולי. ראו: Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will? Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009).

131 ראו, לדוגמה: John Gray, *Where Pluralists and Liberals Part Company*, 6 INT. J. PHIL. & PUB. AFF. 223 (1998).

132 Rawls, לעיל ה"ש 117, בעמ' 204.

133 John Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 223 (1985).

134 Michael Walzer, *Are There Limits to Liberalism?*, N.Y. REV. BOOKS, Oct. 19, 1995, at 28, 29.

135 ראו, למשל: Bernard Williams, *Formal Structures and Social Reality*, in TRUST: MAKING AND BREAKING COOPERATIVE RELATIONS 3, 9–12 (Diego Gambetta ed., 1988).

השאתו של ערך זה כמטרתם העיקרית.¹³⁶ ככל שהערך החולש על חיינו הוא אוטונומיה אישית, הרצון להשיאו צפוי לפגוע ביכולת האנושית לפעול בקהילה. מסקנה זו נובעת מן ההבנה כי פעולה למען ערכים משותפים עשויה להצריך מחויבות הדדית, אשר יש בה כדי להגביל, לעיתים באופן משמעותי, את האוטונומיה האישית של הפועלים במסגרתה. כך, למשל, זוג המחליט להינשא מודע למחויבות האישית של כל אחד מבני-הזוג ביחס לרעהו. מחויבות זו עשויה לתבוע כאמור ויתור מסוים על האוטונומיה האישית של כל אחד מבני-הזוג.¹³⁷ עקירת המחויבות האישית של כל אחד מבני-הזוג תהפוך את מוסד הנישואים למוסד תחרותי, שבו כל אחד מבני-הזוג חי בחשש ובחשד כאשר לפעולותיו של בן-זוגו, וחשוב לא פחות – כאשר למניעי פעולותיו.¹³⁸ אכן, הגם שהדבר אינו כורח-המציאות, דומה כי קידושה של האוטונומיה האישית עשוי להתפרש כקריאה למימוש האינטרסים האישיים של הפרט. שימת האינטרסים האישיים במרכז עשויה להתפרש, גם על-ידי הפרטים עצמם, כמתכון להשאת התועלות האישיות שלהם. החיים תוך התחשבות על אינטרסים אישיים שומטים את היכולת לחיות בשיתוף מהותי.¹³⁹

דברים אלה נכונים גם מבחינה נורמטיבית. תפיסה פלורליסטית מכירה בכך שאנשים שונים מאמצים ערכים שונים ומבקשים לחיות לאורם. אנשים המאמינים בשיתוף, בסולידריות ובמחויבות הדדית מבקשים לחיות את חייהם במוסדות המקדמים ערכים אלה.¹⁴⁰ אולם, הגם שתפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה מאפשרת זאת מבחינה מוסדית, באותו זמן היא מרוקנת מוסדות אלה מתוכן של ממש. אדם הדוגל בשיתוף יתקשה לממש את ערכיו במוסדות שנועדו לקדם אוטונומיה אישית. נתבונן, לדוגמה, על אדם מאמין המבקש לחיות את חייו בהתאם למסורת הדתית שהוא משתייך אליה. בהינתן שמסורת זו מקדשת ויתור על אינטרסים אישיים ודוגלת במחויבות לזולת, תפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה תעמיד אדם זה בקונפליקט פנימי כאשר לחיים שהוא חי. קונפליקט זה חורג מהמובן הפוזיטיבי. למעשה, הוא מציב את האדם בפני קונפליקט נורמטיבי, המעמת אותו עם ערכים הסותרים את אלה שלפיהם הוא מבקש לחיות את חייו. מרתה נוסכאום רואה במציאות כזו פגיעה בכבוד האדם. לטענתה, כאשר המוסדות שבהם אדם מנהל את חייו מבוססים על ערכים שאינם מקובלים על האדם עצמו, כבודו של האדם נפגע. פגיעה זו נובעת מהעובדה

136 ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 46.

137 Lynn D. Wardle, *No-Fault Divorce and the Divorce Conundrum*, 1991 BYU L. REV. 79, 121–124 (1991)
 Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 84–89 (2004).

138 על חשיבותם של המניעים לפעולה ראו RAZ, לעיל ה"ש 123, בעמ' 349; ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 70.

139 להצגה מקיפה של הקונפליקט בין אינדיווידואליות לבין היכולת ליצור שיתוף במישור הכלכלי ראו: Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549, 574–577 (2001). העובדה שהדיון שם נערך בעיקרו במישור הכלכלי עשויה, כשלעצמה, להעיד על חדרת התפיסה השוקית לספרות שאינן שוקיות, כפי שאטען מיד במסגרת הדיון בהיבט הנורמטיבי. ראו גם ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 157.

140 שם, בעמ' 75, 151.

שבקידום מדיניות כזו המדינה מבהירה ליחיד, הלכה למעשה, כי הערכים העומדים בבסיס תפיסת הטוב שלו אינם נכונים.¹⁴¹

מימד אחר של פגיעה נורמטיבית הוא ההשחתה העלולה להיגרם למסד הערכי של בני-האדם כתוצאה מאימוצו של ערך יחיד כחולש על כלל המוסדות בחברה. על-פי חשש זה, אימוצה של תפיסה פלורליסטית שנועדה לקדם אוטונומיה אישית עלול להעתיק אל בין כתליה של תפיסת-עולם המבוססת על ערכים של שיתוף ואחריות הדדית תפיסות ומונחים אשר זרים לה, תוך פיהות המשמעות שיש לבחירה האנושית בדרך חיים זו.¹⁴² הנסיגות להגדר כללי-רקע שייסיעו בשימורן של תפיסות טוב בעלות מאפיינים לא-אינדיווידואליסטיים מעידים על הקונפליקט הנורמטיבי שאדם המבקש לחיות חיים שאינם אינדיווידואליסטיים בטבעם עשוי להיות שרוי בו, אולם לא זו בלבד שהניסיון להשתמש בהם אינו מיישב את הקונפליקט, הוא אף מעצים אותו. כללי-רקע המיועדים להבטיח את קיומו של שיתוף מבקשים לבטח את הפרט מפני ניצול לא-ראוי של השיתוף על-ידי אחד מהצדדים.¹⁴³ אולם עצם קיומו של ביטוח מסוג זה מעיד על חזרתן של נורמות שוקיות גם לספרות שאינן שוקיות, כמו-גם על חשש מתמיד מפני ניצול הדדי.¹⁴⁴ בעוד בספרות שוקיות כללים אלה אכן עשויים להבטיח פעולה משותפת, בספרות פרטיות (כגון נישואים, חברות בקהילה גיאוגרפית וכו') עצם קיומם פוגע ביכולתם של הצדדים לחיות את חייהם בהתאם לתוכן שהם מבקשים ליצוק להם. תוכן זה מוכתב להם במצב זה על-ידי נורמות שוקיות המרוששות את המשמעות האינטריונית של חיים המאופיינים במידות שונות של שיתוף בספרות הפרטיות.¹⁴⁵ במובן זה ניתן לראות את התפיסה המקדמת אוטונומיה, במופעה המזוקק, כחורגת מניטרליות ביחס לתפיסות הטוב השונות, שכן היא צובעת את דרך החיים ה"נכונה" – קרי, אינדיווידואליזם – ומציבה אותה כזקוק בפני אלה המאמינים בדרכים אחרות.¹⁴⁶ במילים אחרות, תפיסה זו מקיימת בחירה בין חלופות מרוששות מבחינה נורמטיבית.¹⁴⁷

141 ראו: Martha C. Nussbaum, *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, 39 PHIL. & PUB. AFF. 3, 35 (2011).

142 שם, בעמ' 5. כן ראו: Elizabeth Anderson, *The Ethical Limitations of the Market*, 6 ECON. & PHIL. 179 (1990).

143 Dagan & Heller, לעיל ה"ש 139, בעמ' 586-587.

144 טענה זו עומדת במתח מסוים עם תפיסתה של מרגרט רדין, שלפיה השימוש בביטוח הינו אחד האמצעים המפחיתים את המימד השוקי בפעילות ספציפית. ראו לעניין זה: Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1919 (1987); Margaret J. Radin, *Compensation and Commensurability*, 43 DUKE L.J. 56, 61-62 (1993).

145 אליזבת אנדרסון מאפיינת את הנורמות השוקיות כלא-אישיות, כאגואיסטיות, כאקסקלוסיביות וכמוטות על-ידי רצונות ועל-ידי מכוונות של התנתקות. החלה של נורמות בעלות מאפיינים אלה על יחסים שאינם שוקיים מפשיטה אותם ממאפייניהם האלטרואיסטיים, המבוססים על קרבה ודאגה לאחר. ראו לעניין זה ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 145.

146 Nussbaum, לעיל ה"ש 141, בעמ' 37.

147 ANDERSON, לעיל ה"ש 113, בעמ' 46.

אימוצה של תפיסה זו כבסיס לזכות הקניין מעמיד זכות זו כאמצעי לביצור האוטונומיה האישית. קשה, לעומת זאת, לראות בה תפיסה פלורליסטית המקנה משמעות לערכים שונים. למעשה, מדובר בתפיסה מוניסטית הבוחנת כל מוסד קנייני ביחס למידת מחויבותו לאוטונומיה האישית. על בסיס זה לא מובן כיצד ניתן להצדיק פלורליזם מבני – כזה הקורא לקיומם של מוסדות קנייניים בעלי מאפיינים שונים. אם כל אותם מוסדות נועדו לקדם אוטונומיה אישית, אזי לא ברור מה טעם יש לראות כל אחד מהם כנושא חובות וזכויות בהיקף שונה. זאת הסיבה שאימוץ תפיסה זו אינו יכול לספק מוצא מסבך ההדרה הגיאוגרפית. למעשה, אימוצה של תפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה מציב אותנו בפני אותו קונפליקט המאפיין את הניסיון לפתור את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות הזכות לתרבות.¹⁴⁸ הכא והתם מימושה של האוטונומיה האישית ניצב בבסיס זכותו של המבקש להתבדל מבחינה גיאוגרפית. ריקון תוכנם של מוסדות הקניין השונים והאחדתם סביב האוטונומיה האישית מאיינים את ההצדקה לראיית זכותם של חברי קהילה גיאוגרפית כנושאת מערך שונה של זכויות וחובות מזה המאפיין כל זכות קניין באשר היא. זכותו של חבר הקהילה זהה אם כן לזכותו של המבקש להצטרף לקהילה. העדר מאפיינים ייחודיים אלה שולל את האפשרות לראות את זכות הקניין של חבר הקהילה כנושאת חובות שונות ביחס לקהילה, וממילא ככזו שניתן להסדיר באמצעותה את סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

(ב) פלורליזם המקדם גיוון

להבדיל מתפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה, תפיסה פלורליסטית חזקה, כזו המבקשת לקדם גיוון, אינה מכירה באוטונומיה אישית כערך החולש על יתר הערכים.¹⁴⁹ אומנם, גם תפיסה זו מכירה בחשיבותה של האוטונומיה האישית ובערך שיש ליתן לה, בוודאי בעולם המודרני שבו אנו חיים. עם זאת, היא נמנעת מלהעניק לערך זה בכורה על שאר הערכים שבנייה האדם מחזיקים בהם.¹⁵⁰ הטעם לכך, נדמה, נעוץ במהותו של הרעיון הפלורליסטי. אם אמרנו כי פלורליזם מכיר במגוון של תשובות נכונות לשאלה מהי דרך החיים הטובה, אזי קשה להסביר כיצד ניתן לקבוע מלכתחילה כי כל דרכי החיים באשר הן חייבות להיות מבוססות על קידומה של אוטונומיה אישית.¹⁵¹ לצורך העניין, תפיסה פלורליסטית המקדמת גיוון אינה מקבלת את הניסיון ליצור פלורליזם בסדר משני בלבד. הריבוי הערכי המאפיין את עולמנו משפיע על האופן שבו אנו יוצאים למסע חיינו, על האופן שבו אנו פוסעים בשבילים לאורכו, ועל היעדים שאנחנו שואפים להגיע אליהם. אם בפלורליזם המקדם אוטונומיה נקודת היציאה למסע, וכמוה גם נקודת הסיום, מבקשות לבסס את האוטונומיה האישית, אזי בפלורליזם המקדם גיוון שתי נקודות ציון אלה וכל מה שביניהן צריכים להיקבע בהתאם לערכים שאומצו על-ידי הצועד עצמו. במובן זה, פלורליזם חזק מבקש לאפשר לסופר לכתוב אוטוביוגרפיה כנה, ולא סיפור שהוכתב לו על-ידי "יד

148 ראו את הדיון בחלק ב' לעיל.

149 JOHN GRAY, ISAIAH BERLIN 33–34 (1995).

150 שם.

151 WILLIAM A. GALSTON, LIBERAL PLURALISM: THE IMPLICATIONS OF VALUE PLURALISM FOR POLITICAL THEORY AND PRACTICE 15–27 (2002).

נעלמה". בכך הפלורליזם החזק מתגבר על המכשולים שהפלורליזם המקדם אוטונומיה ניצב בפניהם. כפי שראינו, פלורליזם המקדם אוטונומיה מתקשה להסביר את הסתירה הפנימית בין קריאתו לריבוי ערכי לבין מתן הקדימות לערך האוטונומיה האישית. תפיסה פלורליסטית המקדמת גיוון, לעומת זאת, חומקת מסתירה זו בשל היותה נאמנה לריבוי הערכי. האמונה כי גיוון אינו רק סיסמה, אלא מחויבות הנלמדת מהמצב האנושי, מאפשרת לפלורליזם המקדם גיוון להימנע מהסתירות הפנימיות של השיח הפלורליסטי. על רקע זה מובן כיצד פלורליזם המקדם גיוון יכול לתת משמעות אותנטית לסיפור החיים של אנשים. כפי שראינו לעיל, פלורליזם המקדם אוטונומיה מתקשה ליצוק תוכן לחלופות השונות שהוא מייצר, בעיקר ככל שמוסדות אלה נועדו לאפשר שותפות, מחויבות ותמיכה הדדית. התפיסה הפרטנית העומדת בבסיסו של פלורליזם המקדם אוטונומיה מאפשרת את קיומם של מוסדות אלה, אולם בריבוי מרוקנת אותם מתוכן משמעותי. פלורליזם המקדם גיוון, לעומת זאת, מאפשר לראות במוסדות אלה מוסדות המקיימים משמעות. ההכרה בערכים של שיתוף, קהילה והקרבה כבעלי תוקף – זהה לזה של האוטונומיה האישית – מאפשרת למוסדות המקדמים ערכים אלה לפעול בהתאם לקווי המתאר הפנימיים שלהם. "שיתוף", אם כן, יכול לשוב ולהיות מובן כרצון אנושי לפעול יחד, ולא לצורך השאת רווחים אישיים בהכרח; "קהילה" יכולה לשוב ולהיתפס כרצון של אנשים להשתייך לקולקטיב שבו הם יכולים לכוון את זהותם הדתית, התרבותית, הפוליטית או הכלכלית; ו"מחויבות" יכולה להשיל מעליה את המשמעויות הקשות שהוטלו על כתפיה, ולשמש שוב כדבק המאחד פרטים לכלל חבורה אחת.¹⁵² תפיסה פלורליסטית המקדמת גיוון אומנם אינה מקדמת בהכרח ערכים אלה באופן ישיר, אולם היא מאפשרת להם לקבל משמעות בחברה האנושית, תוך שהיא מקיימת מוסדות הפועלים ומקדמים ערכים שונים.

אין תמה, אם כן, כי הקשיים שתפיסה פלורליסטית זו ניצבת בפניהם משקפים את צידו האחר של המטבע. תפיסה פלורליסטית המקדמת גיוון נאלצת להתמודד עם החשש הטבוע בה מפני חריגה משיח ליברלי. הטענה המרכזית נגד תפיסה פלורליסטית מהותית היא שקיים חשש שהיא תיהפך למלכודת לפרט. אדם המקיים אורח חיים מסוים עשוי לרצות לצאת מהמסגרות שבהן הוא מנהל את חייו – בין בשל שינוי הנסיבות, בין בשל שינוי המאזן הערכי הפנימי ובין בשל הבנתו כי המסגרת שבה הוא פועל אינה מקדמת את הערכים החשובים לו באופן הרצוי לו. שלילת האוטונומיה האישית כערך החולש על יתר הערכים עלולה אם כן להגביל אפשרות זו של בחינה מחדש של תפיסת החיים, לא כל שכן את האפשרות של נטישתה ובחירה בדרך חלופית. מצבים אלה עלולים להיות חמורים במיוחד בשעה שהאונטולוגיה של תפיסות טוב מסוימות מעמידה במרכז את הקהילה או החברה, כך שיכולתו של היחיד לנווט את חייו נשללת ממנו, ומוענקת, חלף זאת, לקולקטיב העומד במרכז של תפיסת הטוב.

טענה זו מעמידה את התפיסה הפלורליסטית המקדמת גיוון בקונפליקט פנימי לשיח הפלורליסטי. תפיסה פלורליסטית במהותה אינה עומדת בסתירה לשינוי; נהפוך הוא –

152 לסקירה מקיפה על-אודות טעמים המניעים בני-אדם להגביל את האוטונומיה שלהם ראו: Jon Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (2000).

ההבנה הבסיסית העומדת בבסיס הפלורליזם, שלפיה חיים בדרך מסוימת מהווים ויתור על ערכים אחרים, טומנת בחובה זרעים של שינוי פוטנציאלי. עם זאת, ניתן לראות כיצד תפיסה פלורליסטית עשויה למנוע שינוי כזה. אימוצה של תפיסה פלורליסטית חזקה צפוי לשלול התערבות של המדינה בניהול ענייניהן של הקהילות השונות.¹⁵³ ההכרה בערכן האינטרינזי של הקהילות, ושל תפיסות הטוב שהן מקיימות, תקשה על המדינה לקבוע מנגנונים חוץ-קהילתיים שיאפשרו ליחידים לצאת מאותן קהילות בשעה שהם מפסיקים להזדהות עימן. במצב זה זכות היציאה של יחידים מן הקהילה עלולה להישלל מהם בטענה כי מתן היתר לזכות כזו יפגע ביכולתה של הקהילה לתפקד ולקיים את תרבותה.¹⁵⁴ הקהילות, מצידן, צפויות להגביל את יכולתו של הפרט לצאת, בטענה כי הכרה גורפת ביכולת כזו עלולה להוביל לאובדן הקהילה, בין משום שהוא ישמש איום פוטנציאלי במשך חיי הקהילה ובין משום שהוא ישמש מכשיר לגיטימי, ובעיקר זמין, שבאמצעותו יוותרו חברי הקהילה על נסיונם לשנות או להוביל את הקהילה בחזרה למסלול הערכים הרצוי.¹⁵⁵ זכות היציאה של הפרט צריכה להיות מוגבלת, לפי תפיסה זו, ובמקרים מסוימים אף להישלל לחלוטין. שלילה כזו עלולה לעמוד בסתירה לקריאתו של ברלין לשמר מרחב מסוים של חירות שלילית, כדי לשמר את טבענו האנושי.¹⁵⁶ היא בוודאי עומדת בניגוד לתפיסה ליברלית הרואה חשיבות ביכולתו של האדם לבחון, ולשוב לבחון, את חייו וערכיו ככל שיחפוץ.¹⁵⁷ איסור קיומה של בחינה מחודשת עומד בסתירה, כאמור, גם לגופה של התפיסה הפלורליסטית המקדמת גיוון. כאמור, תפיסה זו מבקשת לאפשר לאדם להיות הסופר האמיתי של חייו ולבחור את דרך החיים הראויה בעיניו – זו אשר באמצעותה יוגשמו אותם ערכים שבהם הוא מאמין. הישארות כפויה של אדם במסגרת שהוא כבר חדל להזדהות איתה אינה מקיימת, אם כן, את לשד ההבנה הפלורליסטית.¹⁵⁸ זו הסיבה שגלסטון, אשר דוחה את הפלורליזם המבוסס על אוטונומיה וקורא לאימוצו של פלורליזם חזק המקדם גיוון, מודה כי המדינה הליברלית חייבת לקיים "זכויות אכיפות ליציאה",¹⁵⁹ ולוודא שזכויות אלה לא יהיו פורמליות בלבד.¹⁶⁰

3. תפיסה היברידית של פלורליזם

היכולת להתמודד עם שאלת ההדרה הגיאוגרפית באמצעות הזכות לקניין נעוצה באפשרות למצוא פתרון, ולו חלקי, למתח הקהילתני-ליברלי שעליו עמדתי לעיל. שתי התפיסות הפלורליסטיות שתיארתי עד כה אינן מניחות בסיס למציאת פתרון כזה, שכן כל אחת מהן מאמצת צד שונה בעימות. תפיסה המקדמת אוטונומיה אינה מעניקה משמעות

-
- 153 Galston, לעיל ה"ש 151, בעמ' 93-110.
- 154 Gray, לעיל ה"ש 131, בעמ' 33.
- 155 Anderson, לעיל ה"ש 113, בעמ' 162.
- 156 ישעיהו ברלין ארבע מסות על חרות 210 (יעקב שלם מתרגם, 1969).
- 157 ראו: Dagan & Heller; John Rawls, Political Liberalism: Expanded Edition 72 (2011).
- לעיל ה"ש 139, בעמ' 568.
- 158 Galston, לעיל ה"ש 151, בעמ' 55.
- 159 שם, בעמ' 104.
- 160 שם.

למוסדות שיתופיים, בוודאי לא במובן העבה של המילה, ואילו תפיסה המקדמת גיוון עלולה להביא לידי נטישתו של השיח הליברלי.

על־מנת להמחיש את כשלונן של שתי התפיסות המתוארות לעיל בהנחת פתרון לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית, ניתן לשוב להבחנה שערך דגן בין קהילות "עבות" ו"רוזות". כזכור, דגן טוען כי קהילות "עבות" (דוגמת קהילה חרדית או קיבוצית) זכאיות להשתמש במנגנון של הדרת מועמדים ככל שהמשך פעילותן מותנה בבידול גיאוגרפי, וכי קהילות "רוזות" יכולות להשתמש במנגנון כזה רק אם קבלתו של מועמד תפגע בהמשך קיומו של השיתוף.¹⁶¹ תפיסה המקדמת אוטונומיה אינה יכולה להצדיק הבחנה זו. בהתאם לתפיסה זו, אין כל הצדקה להבחין בין זכותם הקניינית של חברי קהילה לבין זכות דומה של מי שאינו חבר קהילה. בפרט, ככל שאיננו מאפשרים לכל אחד לבחור את שכניו, אין כל הצדקה ליתן זכות כזו לחברי קהילה גיאוגרפית. באותו אופן אי־אפשר להצדיק, על־פי תפיסה פלורליסטית זו, את ההבחנה בין קהילות "רוזות" ו"עבות", שכן אם מטרתה של תפיסה זו היא מימוש האוטונומיה האישית, מה טעם יש להבחין בין סוגי הקהילות השונים? יתר על כן, ככל שניתן להצדיק הבחנה בין זכותם של חברי קהילה לבין זכותו של מי שאינו חבר קהילה, תפיסה פלורליסטית המקדמת אוטונומיה תנחה אותנו להעניק הגנה דווקא לקהילות ליברליות, המקדמות את האוטונומיה האישית (אלה המכוננות על־ידי דגן "קהילות רוזות"), ולא לקהילות הנוטות מטבען להתנהל לא בהתאם לערכים ליברליים ("קהילות עבות"). באשר לתפיסה פלורליסטית המקדמת גיוון, זו עשויה להכיר במתן זכות הדרה לקהילות המקיימות תפיסות טוב לגיטימיות, כמו־גם לערוך הבחנה בין סוגי קהילות שונים, אולם הכרה זו עלולה להיות כרוכה בהנחת כבלים חזקים מדי על־ידיהם של חברי הקהילה, ומשום כך בחריגה משיח ליברלי.

בחלק זה אבקש להציע פתרון לסבך זה באמצעות הנחת מובן שלישי של פלורליזם. תפיסה פלורליסטית זו, שאכנה "פלורליזם היברידי", מבקשת למצוא פתרון שימתן את הקונפליקט הקהילתני-ליברלי, בעיקר ככל שהדבר קשור לאופן שבו יש לאפשר לזכות הקניין לבטא ערכים שונים העומדים בבסיסה של הזכות.

תפיסה פלורליסטית זו, כשתי קודמותיה, נועדה מטבעה להכיר בשונות הנוהגת בין בני־אדם. מתוך נאמנות לריבוי הערכי, המכתיבה הכרה בריבוי של תפיסות טוב, עלינו להיות מעוניינים לאפשר לכל אדם לכתוב את סיפור חייו. להבדיל מתפיסה המקדמת אוטונומיה, מטרתה של תפיסה היברידית זו אינה העמדת ערך אחד מעל האחרים. עם זאת, ואולי דווקא בשל כך, היא מחויבת לאפשרות של בחינה אנושית מחודשת של תפיסת הטוב. כמובן מסוים מדובר בחזרה לפלורליזם מבית־מדרשו של ישעיהו ברלין.¹⁶² הכרה בקיומן של תפיסות טוב שונות, הנבדלות זו מזו במהותן, נכונה כל זמן שתפיסות טוב אלה אינן חורגות מהאופק האנושי.¹⁶³ הכרה כזו צריכה להיות מלווה מתחם מצומצם של חירות

161 ראו דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 12.

162 ראו דיון לעיל ליד ה"ש 121-123.

163 ההגדרה כי תפיסות הטוב הלגיטימיות על־פי תפיסה פלורליסטית הן אלה המצויות בטווח האופק האנושי ("within the human horizon") שייכת לישעיהו ברלין. ראו Berlin, לעיל ה"ש 121, בעמ' 11. בשלב מאוחר יותר הסביר ברלין כי כוונתו במונח "האופק האנושי" הייתה

שלילית, אשר ביטויה הוא האפשרות של אדם לבחון מחדש את חייו בהתאם לתפיסת טוב מסוימת, מבלי שזו תיהפך לו לכלא. תפיסה זו מכירה אם כן בחשיבותה של האוטונומיה האישית, ועם זאת אינה מבקשת בהכרח להעדיף אותה על ערכים אחרים. לפיכך תפיסה זו עשויה להתפרש כפלורליזם המבוסס על אוטונומיה, ולא כזה שנועד לקדם אוטונומיה. הנכונות להכיר בקיומן של תפיסות טוב שונות וכיכולתו של אדם לחיות את חייו בהתאם לזו שהוא מעדיף ומעריך היא העומדת בבסיסו של הרעיון הפלורליסטי. כליאתו של אדם בתפיסת טוב מסוימת, גם אם זו הוערכה על-ידיו בעבר, עומדת אם כן בסתירה למהות הפלורליזם. עם זאת, יש בתפיסה זו כדי להגן על קיומן של תפיסות טוב שונות ונבדלות, שכן מתן אפשרות לאדם לבחון מחדש את תפיסותיו וערכיו צריכה לענות על הדרישה למזעור הפגיעה בהמשך התקיימותה של תפיסת הטוב שאליה השתייך עד להחלטתו זו.¹⁶⁴ אכן, זכותו של היחיד לפרוש מתפיסת הטוב שבה בחר בשלב מסוים בחייו אינה יכולה להיות בלתי-מוגבלת. החלטותינו ומעשינו נושאים השלכות. החלטתו של אדם לבחון מחדש את חייו אינה מצדיקה את השמטת הקרקע מתחת קיומה של תפיסת הטוב שאותה אימץ עד כה, ואשר ממשיכה להיות מאומצת על-ידי אחרים. ממילא, לצד הרצון לשמר את יכולתו של הפרט לאמץ תפיסת טוב חדשה, עלינו להגביל יכולת זו באופן שימזער את הפגיעה בהמשך התקיימותה של תפיסת הטוב אשר לה היה שותף עד כה. אכן, החלטתו של אדם להתגרש אינה שומטת את הקרקע מתחת מוסד הנישואים, והחלטתו של חבר קהילה גיאוגרפית להעתיק את מגוריו לעיר אינה צריכה לשלול את יכולתה של אותה קהילה להמשיך להתקיים.

ניתן אם כן לראות תפיסה זו כדורשת מחויבות כפולה: לצד מחויבות לאוטונומיה של הפרט וליכולתו לבחור לעצמו את הנתיב שבו יתנהלו חייו, קמה חבות לאותו פרט להימנע מלפגוע ביכולתה של תפיסת הטוב שאותה הוא נוטש כעת להמשיך להתקיים. מחויבות כפולה זו מקיימת את תמצית הפלורליזם: השאיפה לקיומן של תפיסות טוב שונות במהותן זו מזו, לצד הקניית יכולת לפרט לחיות בהתאם לערכיו-הוא, מבלי לכבול אותו לתפיסת טוב מסוימת. תפיסה פלורליסטית זו משנה אם כן את נקודת-המבט בשיח על הקונפליקט הקהילתני-ליברלי, כפי שאבקש להציג להלן באמצעות בחינת אחת הסוגיות המצויות במוקד העימות בין תפיסות קהילתניות וליברליות: זכותו של חבר קהילה ליציאה מהקהילה.¹⁶⁵

לתאר מצבים אנושיים שישומו בעבר או מיושמים בהווה על-ידי חלקים ניכרים מהעולם האנושי. ראו: Isaiah Berlin, *Reply to Ronald H. McKinney, "Towards a Postmodern Ethics: Sir Isaiah Berlin and John Caputo"*, 26 J. VALUE INQ. 557, 559 (1992) ("What I mean by 'the human horizon' is a horizon which for the most part, at a great many times in a great many places, has been what human beings have consciously or unconsciously lived under, against which values, conduct, life in all its aspects, have appeared to them").

164 זאת, בעיקר ככל שיש כאלה הממשיכים להחזיק בתפיסת טוב זו.

165 ההבחנה בין יציאה (exit) לבין השתתפות (voice), אשר נהפכה לאחד ממוקדי העימות הקהילתני-ליברלי, נעשתה לראשונה על-ידי אלברט הירשמן. ראו: ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (1970).

החשש מפני הגבלת זכותו של הפרט ליציאה מהקהילה שהוא משתייך אליה עומד, כאמור, במוקד המתח הקהילתני-ליברלי. ליברלים רואים בזכותו של הפרט ליציאה מהקהילה שהוא משתייך אליה משום אמצעי משמעותי להגנה על הפרט מפני עריצות הקהילה.¹⁶⁶ אכן, "מהותה של זכות היציאה היא הזכות שאחרים לא ימנעו מאדם את האפשרות לצאת מגבולות השיפוט של הקהילה".¹⁶⁷ במובן זה, הזכות ליציאה הינה האמצעי לשימור האוטונומיה הפרטנית, ומשום כך קיים חשש ליברלי מתמיד מפני הגבלתה של זכות זו.¹⁶⁸ דגן והלר, לדוגמה, טוענים כי המגבלה הליברלית היחידה שראוי להטיל על זכות היציאה צריכה לוודא כי החלטתו של חבר הקהילה לעזוב את הקהילה הינה מושכלת, ולא אופורטוניסטית.¹⁶⁹ אכן, ליברלים נכונים לשלם מחירים כבדים בעבור שימור זכות היציאה, מתוך הנחה שהקהילה תשקיע מאמצים על-מנת למנוע את חבריה מלעזוב את הקהילה.¹⁷⁰ הוגים בורם הקהילתני, מאידך גיסא, רואים בהקניית זכות יציאה בלתי-מרוסנת לחברי הקהילה משום איום על יכולתן של קהילות להתפתח ולשגשג.¹⁷¹ ההתמקדות בזכות הפרט ליציאה עלולה להכפיף את הקהילה לנורמות שוקיות, אשר זרות לה במהותן.¹⁷² על-פי גישה זו, ככל שאפשרות היציאה מהקהילה תהא קלה יותר וזולה יותר לחבריה, גובר החשש שהקהילה תאבד ממשמעותה ומיכולתה לקדם את תפיסת הטוב שלאורה היא פועלת.¹⁷³

כפי שניתן ללמוד מהטעמים העומדים בבסיס הדיון בשאלת הזכות ליציאה, הן הוגים ליברלים והן הוגים קהילתנים מניחים קיומו של עימות בין הפרט והקהילה במקרה שבו יחפון חבר הקהילה לעזוב את הקהילה. אולם הנחה זו נכונה רק כל זמן שהקהילה חוששת כי עזיבתו של חבר הקהילה תפגע ביכולתה להמשיך להתקיים בהתאם לתפיסת הטוב שאימצה. אם המשכייתה של תפיסת הטוב שהקהילה אוזנת בה לא תהיה מותנית בעזיבתו של חבר קהילה זה או אחר, יהא זה אך סביר להניח כי סירובה של הקהילה לעזיבת הפרט יפחת באופן משמעותי, ואולי אף לא יתעורר כלל מלכתחילה. מציאות שבה יוכל הפרט לממש את תפיסת הטוב שבה הוא חפץ, מחד גיסא, והקהילה תוכל להבטיח את המשך

Andrew Mason, Community, Solidarity, & 568 'בעמ' 139, Dagan & Heller 166 AND BELONGING: LEVELS OF COMMUNITY AND THEIR NORMATIVE SIGNIFICANCE 74-77 (2000).

Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165, 171 (1998) 167

זאת, גם לנוכח ההכרה כי אי-אפשר להגביל את קיומן של קהילות שלא נבחרו על-ידי חבריהן מלכתחילה, כגון קהילות דתיות, תרבותיות ומשפחתיות. ראו לעניין זה שם, בעמ' 168.

Dagan & Heller, לעיל ה"ש 139, בעמ' 597-599. 169

Green, לעיל ה"ש 167, בעמ' 184-185. 170

Gregory S. Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, 75 CORNELL L. REV. 1, 54 (1989) 171

Anderson, לעיל ה"ש 113, בעמ' 143-147. 172

Eduardo M. Peñalver, *Property as Entrance*, ראו: לביקורת קהילתנית על הזכות ליציאה ראו: 91 VA. L. REV. 1889 (2005) 173

התקיימותה של תפיסת הטוב שלפיה היא פועלת, מאידך גיסא, תניח אם כן פתרון ראוי למתח טבוע זה.¹⁷⁴

בהתאם לתפיסה זו, הפרט רשאי לבחור את תפיסת הטוב שלפיה הוא מעוניין לחיות. יתר על כן, הוא אינו כבול להחלטותיו בעבר, אלא רשאי, בכל עת, לשוב ולבחון את נתיב חייו. אין לאפשר לקהילה שאליה השתייך עד כה לכפות אותו להישאר נאמן לתפיסת טוב שאינה רלוונטית עוד לגביו. המגבלה היחידה שתפיסה פלורליסטית היברידית זו מטילה על יכולתו של אדם לנטוש את תפיסת הטוב שאותה אימץ עד כה היא שיהא עליו לוודא, ככל שהדבר תלוי בו, כי נטישתו לא תביא לידי הפסקת התקיימותה של תפיסת הטוב אשר לה היה שותף עד כה.¹⁷⁵ מגבלה זו תפחית את תמריצי הקהילה לפתוח בעימות עם הפרט שהחליט לפרוש ממנה, והיא עשויה אף למתן עלויות נוספות הכרוכות במימוש זכות היציאה, ובכלל זה סנקציות – פורמליות ולא-פורמליות – שהקהילה עשויה להטיל על הפרט בשל החלטתו לעזובה.¹⁷⁶

תפיסה זו מקיימת אם כן איוון ראוי בין אונטולוגיה הומניסטית לבין הכרה בחשיבות קיומן של תפיסות טוב שונות זו מזו במהותן. משום כך, כפי שאראה בפרק הבא, יש בה כדי לספק כלים לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית.

ד. סוגיית ההדרה הגיאוגרפית – הצעת פתרון

לעיל עמדתי על כך שהתפיסה הראויה לעמוד בבסיסה של הזכות לקניין היא תפיסה פלורליסטית אשר מקדמת גיוון מהותי אך מחויבת למרחב של חירות שלילית. עוד טענתי כי יש בתפיסה זו כדי לתת מענה לשאלת ההדרה הגיאוגרפית. בחלק זה אבקש לקשור את הקצוות ולהניח את המתווה לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית באמצעות הזכות לקניין. שאלת ההדרה הגיאוגרפית באה כאמור לידי ביטוי בשני מופעים עיקריים: בשלב הקצאת המקרקעין ליישוב ובשלב של העברת זכויות על-ידי אחד החברים המבקש לצאת מהקהילה. הצבתה של תפיסה אשר מקדמת גיוון אך מותירה מרחב של חירות שלילית בבסיסה של זכות הקניין מספקת כלים נורמטיביים ופוזיטיביים להתמודדות עם שני מופעים עיקריים אלה.

174 גורם נוסף המסייע בהפחתת המתח הקהילתני-ליברלי האמור הוא העובדה שבעידן המודרני בני-אדם משתייכים לכמה קהילות בו-זמנית. ראו לעניין זה: GEORG SIMMEL, CONFLICT AND THE WEB OF GROUP AFFILIATIONS (Kurt H. Wolff & Reinhard Bendix trans., 1955). הגם שהרחבה באשר להשלכותיה של ההשתייכות המקבילה לכמה קהילות על המתח הקהילתני-ליברלי חורגת מתחומי של מאמר זה, אוסיף ואומר כי למציאות חברתית זו יש השלכות הן באשר ליכולת להכיר בקהילות לא-נבחרות כלגיטימיות והן ביחס להגבלות שניתן – אף לפי תפיסה ליברלית – להטיל על זכות החברים ליציאה מהקהילה.

175 מגבלה זו לגבי זכות היציאה של חבר הקהילה לא תהא תקפה בכל מצב. כפי שאראה בפרק ד להלן, חובתו זו של חבר הקהילה תהא תקפה רק כל זמן שעומדות לרשותו אפשרויות שונות. במציאות כזו הוא יהיה חייב לבחור באפשרות שתפגע במידה הפחותה ביכולתה של הקהילה להמשיך לקיים את תפיסת הטוב שלה.

176 ראו Peñalver, לעיל ה"ש 173, בעמ' 1919-1929.

בשלב הקצאת המקרקעין יש לבחון את מהותן של הקהילות ואת תפיסות הטוב שהן מבקשות לקדם. בהתאם לעיקרון הפלורליסטי, אין הכוונה לבחינה תוכנית של הערכים שהקהילה מייצגת. המדינה אינה צריכה להתערב בתפיסות הטוב השונות שאזרחיה מקדמים, אלא לאפשר את קיומן של תפיסות אלה, יהיו אשר יהיו, כל זמן שאלה ניצבות על קשת האפשרויות הלגיטימיות שהוכרו מלכתחילה על-ידי המדינה.¹⁷⁷ כוונתי היא, אם כן, לבחינה אם הקהילה אכן מקדמת תפיסת טוב, ובעיקר לשאלה אם לשימוש שקהילה זו עושה במוסד הקנייני של קהילה גיאוגרפית יש אכן קשר לקידומה של תפיסת טוב זו. כאמור, אין הצדקה להבחין לצורך זה בין תפיסות טוב שעניינן תרבותי, דתי או כלכלי. רצונה של קהילה לחיות חיים של שיתוף קנייני – במתכונת הקיבוץ הישן, לדוגמה – אינה שונה מרצונם של אנשים המשתייכים לקבוצה דתית המקדמת פרקטיקה של שותפות ואחריות הדדית. זיהויה של תפיסת טוב לגיטימית המקודמת באמצעותו של מוסד הקהילה הגיאוגרפית יש בה כדי להצדיק הקצאה של מקרקעין לצורך זה. הקצאתם של המקרקעין על בסיסו של עיקרון זה מגדירה, מלכתחילה, את היקפה של זכות הקניין של חברי הקהילה. משעה שהוכרה הלגיטימיות של המוסד הקנייני של קהילה גיאוגרפית, זכותם של החברים בה צריכה להיות כפופה להכרה זו.

כאמור, ההכרה בלגיטימיות של המוסד הקנייני הקהילתי מגדירה את היקפה של הזכות לקניין של חברי הקהילה. השונות בין זכות הקניין של חברי הקהילה לבין זכותם של מי שאינם חברי הקהילה נובעת, אם כן, מההכרה בערכים השונים המבנים את הזכות במוסדות השונים. לענייננו, שונות זו מוצאת ביטוי בעיקר במופע השני של ההתברלות הקניינית, קרי, בעת רצונו של אחד החברים בקהילה להעביר את זכותו למי שאינו חבר הקהילה. כאמור, כל אחד מחברי הקהילה זכאי לבחון מחדש את תפיסת הטוב שבה הוא מבקש לחיות. אין כל הצדקה למנוע אדם מלשוב ולבחון את האופן שבו הוא מנהל את חייו. עם זאת, בהתאם לתפיסה זו, זכות זו צריכה להיות מוגבלת, כך שזכותו של היחיד ליציאה מהקהילה לא תגרוור אחריה פגיעה ביכולתה של אותה תפיסת טוב להמשיך להתקיים. ההכרה בלגיטימיות של תפיסות טוב אינה מותנית בבחירתו של אחד או בסלידתו של אחר. תפיסה פלורליסטית זו מעניקה הכרה לתפיסות טוב מעצם היותן תפיסות שבני-אדם שונים מאמצים ומאמינים בהן. להבדיל מתפיסה המקדמת אוטונומיה, שעשויה לדרוש זכות יציאה בלתי-מוגבלת של היחיד מהקבוצה (או במגבלות קלות, שאינן קשורות בהכרח לאינטרסים של הקהילה), תפיסה פלורליסטית היברידית מבקשת לאפשר לכולם – לפרט כמו-גם לקהילה – להמשיך לחיות את חייהם כרצונם, במובן הפשוט של "חיה ותן לחיות". משום כך, חבר קהילה המבקש לצאת מהקהילה חייב לעשות זאת באופן שיאפשר את המשך התקיימותה של תפיסת הטוב. יישומה של דרישה זו לסוגיית ההדרה הגיאוגרפית יעלה כי זכותו של חבר קהילה לנטוש את הקהילה ולהעביר את זכותו לאחר צריכה להיות כפופה לדרישה שאותו נעבר יהיה בעל פוטנציאל השתייכות לקהילה. פוטנציאל זה צריך להיבחן הן בהזדהותו של הנעבר עם תפיסת הטוב שהקהילה מקדמת והן ביכולתו לנהל את חייו במוסד הקנייני הקהילתי. חובה זו מצדיקה אם כן את קיומה של ועדת קבלה לקהילה גיאוגרפית. אם רוצים לאפשר לתפיסת הטוב שהקהילה מקדמת להמשיך להתקיים, יש לתת לקהילה את היכולת לבחון

177 ראו לעיל ליד ה"ש 125-128.

אם הצטרפותו של חבר חדש אכן מקיימת דרישה זו. אולם היקפה של מגבלה זו אינו בלתי-מוגבל. החובה להעביר את הזכויות במקרקעין למי שאינו מהווה איום על תפיסת הטוב של הקהילה צריכה להיות מתוחמת למציאות שבה חבר הקהילה המבקש להעביר את זכותו יכול למצוא, במאמץ סביר, רוכש המקיים דרישה זו.¹⁷⁸ במציאות שבה אי-אפשר למצוא רוכש העונה על דרישה זו, וככל שהקהילה עצמה לא תרכוש את הנכס בתנאי שוק, יש לפטור את חבר הקהילה מחובתו זו, ולהתיר לו להעביר את זכויותיו בנכס לאחר.¹⁷⁹ באופן זה יישמר האיזון העדין שהתפיסה הפלורליסטית ההיברידית מבקשת לקיים בין הפרט והקהילה.

כאמור, הקצאת מקרקעין לקהילות גיאוגרפיות צריכה להיעשות רק כל זמן שאלה מקדמות תפיסות טוב המצריכות, מטיבן ומטבען, קיומה של התבדלות גיאוגרפית. קהילות שאינן אלא אוסף של פרטים המבקשים לשפר את איכות החיים האישית שלהם אינן פסולות מעיקרן, אולם אין הן מצדיקות הקצאת מקרקעין ייחודית, בוודאי כל זמן שזו עלולה למנוע הקצאת מקרקעין לקהילות אחרות. ההקפדה על מחויבות כפולה זו מסייעת גם בהתמודדות עם רצונו של חבר הקהילה לעזוב את הקהילה ולהעביר את זכויותיו לאחר. כאמור, זכותו של היחיד לעזוב את הקהילה הינה הכרחית על-מנת לאפשר לפרט לחיות בהתאם לתפיסת הטוב שבה הוא מאמין. עם זאת, נטישה של תפיסת טוב ספציפית אינה מצדיקה פגיעה באותה תפיסת טוב. זכותו של היחיד להעביר את זכויותיו הקנייניות לאחר צריכה להיבחן לאור השאלה עד כמה העברת הזכויות עלולה לפגוע בקיומה של תפיסת הטוב. לגבי קהילות המקדמות תפיסת טוב באמצעות מוסד הקהילה הגיאוגרפית שאלה זו הינה משמעותית. רכישת זכויות במקרקעין של מי שאינו מקיים את ערכי הקהילה – יהיו אלה ערכים דתיים, תרבותיים או כלכליים – עלולה לפגוע בצורה משמעותית ביכולתה של הקהילה לקדם את תפיסת הטוב שבה היא מחזיקה.

הבנה זו מבהירה מדוע אין צורך להתנות הקצאת מקרקעין לפעילותן של קהילות בהבחנה בין קהילות "עבות" ו"רזות", כפי שהציע דגן.¹⁸⁰ קהילות המקדמות תפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית אינן מחויבות להיות קהילות שחבריהן משתייכים לקבוצת מיעוט אתנית, דתית או תרבותית. אפשר בהחלט שחברים בקבוצת הרוב יבקשו לקדם תפיסת טוב המתבססת על ערכים של קהילה, ויידרשו לשם כך להתבדלות גיאוגרפית.¹⁸¹ הבחינה צריכה להיות אם כן מהותית, ולא פורמלית.

178 מנגנון דומה אומץ בתקנות האגודות השיטופיות (שיוך דירות בקיבוץ המתחדש), בתק' 6 ו-9, הקובעות זכות קדימה קצובה בזמן לרכש הדירה על-ידי הקיבוץ או מי מטעמו.

179 הגבלת היקף סמכותה של ועדת הקבלה (תוך הכפפת משכו של הליך המיון לעיקרון של סבירות, כמורגם הענקת זכות קדימה לקהילה בנוגע לרכישת הנכס) ממתנת את החשש הטבוע מפני זודהותם של רוב הנציגים בוועדת הקבלה, בהרכבה על-פי החוק, עם הקהילה הגיאוגרפית. ראו לעניין זה ה"ש 14 לעיל והטקסט שלה. במצב דברים זה, שבו סמכותה של ועדת הקבלה מוגבלת מלכתחילה, נדמה כי דווקא הגברת השתתפותם של נציגי הקהילה עצמם בוועדת הקבלה (אפשר על-חשבון נציגות של גורמים אזוריים אחרים) היא ראויה – הן בשל יכולתם לבחון את התאמת המועמדים לחיי הקהילה, והן בשל ההתחייבויות הכלכליות שהקהילה עשויה ליטול על עצמה אם הליכי המיון יחרגו מהזמן הסביר שהוקצה להם.

180 דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 12.

181 ראו את האמור בה"ש 73 לעיל.

בחינת הפסיקה הישראלית בסוגיית ההדרה הגיאוגרפית מעלה כי האיזון הטמון באימוץ התפיסה הפלורליסטית ההיברידית לזכות הקניין הוא זה שאליו ביקש בית-המשפט להגיע באמצעות הכלים המשפטיים השונים שבהם עשה שימוש.¹⁸² כך ניתן להבין את נכונותו של בית-המשפט לאפשר את הקצאתם של מקרקעין לצורך התיישבותן של קהילות דוגמת הקהילה הברווית¹⁸³ והקהילה החרדית¹⁸⁴ – קהילות שמקיימות תפיסות טוב תרבותיות או דתיות, ואשר נדרשות להתבדלות גיאוגרפית על-מנת לקיים תפיסות טוב אלה. סירובו של בית-המשפט העליון להכיר בלגיטימיות של פרקטיקת ההדרה הגיאוגרפית באותם יישובים שאינם מקיימים תפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית לצורך התקיימותה הינו אך צידו האחר של המטבע.¹⁸⁵ באותו אופן ניתן להבין מדוע בעניין אביטן – שם כשל העותר בהוכחת התאמתו לחיים בהתאם לתפיסת הטוב המקודמת בקהילה – דחה בית-המשפט את העתירה,¹⁸⁶ בעוד שבעניין קעדאן – שם היו אלה דווקא חברי הקהילה שכשלו בהוכחת קידומה של תפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית לצורך התקיימותה – היא התקבלה.¹⁸⁷ אולם מדיניות זו, אשר חתרה לאיזון באמצעות שימוש בכלי המשפט הציבורי תוך התעלמות מבידור הזכות הקניינית, כשלה כאמור בנסיגה להניח פתרון סדור ומקיף לסוגיה זו.

האם החוק מצליח לאמץ איזון עדין זה בין הפרט והקהילה? אי-אפשר להשיב על שאלה זו אלא בשלילה. החוק אינו דורש התקיימותה של תפיסת טוב בקהילה הגיאוגרפית לצורך הקצאתם של מקרקעין, וממילא אינו מקנה חשיבות לקיומה של תפיסת טוב זו בשלב שבו אחד מחברי הקהילה מבקש להעביר את זכויותיו לאחר. בהתאם לאמור לעיל, הענקת הכוח להדיר מבחינה גיאוגרפית צריכה להיעשות רק ככל שהקהילה מקדמת תפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית לשם התקיימותה. בהקשר זה אין בהכרח רלוונטיות לשאלת מיקומה של הקהילה או למספר החברים בה.¹⁸⁸ הקצאה ברירנית של מקרקעין על-ידי המדינה יכולה להיות מוצדקת, כאמור, רק ככל שיש בה כדי לאפשר את התקיימותה של תפיסת טוב המבוססת על ערכים קהילתיים. ככל שהמקרקעין הינם משאב מוגבל, וככל שהקצאה בלתי-מוגבלת של מקרקעין לקהילות גיאוגרפיות אינה בבחינת האפשר, הקצאה כזו צריכה להיבחן, קודם לכל, לפי השירות שהיא עושה למען קידומו של הרעיון הפלורליסטי. הקצאת מקרקעין לקהילות שאינן מקדמות תפיסת טוב המתבססת על ערכים של קהילה, דוגמת

182 ראו פרק ב לעיל.

183 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38.

184 עניין עמותת "עם חופשי", לעיל ה"ש 37.

185 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17; עניין זבידאת, לעיל ה"ש 23.

186 עניין אביטן, לעיל ה"ש 38.

187 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17.

188 אפשר שההגבלות הקבועות בחוק בנוגע למיקום היישוב ולמספר החברים בו נועדו לשמש כללי-אצבע לזיהוי קהילות המקדמות תפיסות טוב המבוססות על ערכים של שיתוף. כך, ניתן לכאורה לראות קהילות שמספר חבריהן מצומצם או קהילות הפועלות באזורים פריפריאליים כקהילות שמקדמות תפיסות טוב הנשענות על ערכים של שותפות ואחריות הדדית. עם זאת, נראה כי כללים אלה רחבים מדי, ואינם יוצרים רשת עדינה מספיק לסינון אותן קהילות אשר להן אנו מעוניינים להעניק זכות הדרה. ראו זיו ותירוש, לעיל ה"ש 2.

יישובים קהילתיים שאינם מקדמים כל תפיסת טוב של שיתוף ומחויבות הדדית, הינה ראויה רק כל זמן שהיא אינה פוגעת ביכולתה של המדינה להקצות מקרקעין לקהילות המקדמות תפיסות טוב אלה. הקצאה רחבה שאינה מבחינה בין הערכים שהקהילות השונות מקדמות שומטת את ההצדקה העיקרית להדרה גיאוגרפית.

הדברים נכונים גם בשלב שבו אחד מחברי הקהילה מבקש להעביר את זכותו לאחור. כאמור, החוק מגביל את יכולתו של חבר קהילה להעביר את זכותו לאחור, ומתנה העברה זו באישורה של ועדת הקבלה.¹⁸⁹ הגבלה זו ראויה, כאמור, לנוכח מאפייניה של זכות הפרט לקניין, המטילים עליו חובות ביחס לקהילה. אחת מאותן חובות היא מחויבותו של חבר קהילה לא לפגוע בקהילה ובתפיסת הטוב שהיא מקדמת גם כאשר הוא מחליט לנטוש אותה. אולם הטלת חובה זו ראויה רק בהתקיים שני תנאים מצטרפים: האחד, שהקהילה מקדמת, מלכתחילה, ערכים של שיתוף ואחריות הדדית; והאחר, שהתקיימותה של תפיסת הטוב הקהילתית מצריכה התבדלות גיאוגרפית. התקיימותם של שני התנאים המצטרפים הללו מצדיקה הכרה בהיות קהילה מוסד קנייני, שבמסגרתו יקבלו זכויות הקניין של חברי קהילה משמעות הנגזרות מערכים אלה. בשעה שהחוק אינו מבחין בין קהילות בהתאם לשני התנאים האמורים, ברי כי הטלת מגבלות גורפות על יכולתו של חבר קהילה להעביר את זכויותיו במקרקעין לאחור אינה מוצדקת.

סיכום

במאמר זה ביקשתי להציע פתרון לאחת הסוגיות הסבוכות העומדות במוקד השיח הציבורי והמשפטי בישראל זה עשרות שנים – סוגיית ההדרה הגיאוגרפית. פתרון זה טמון בהעתקת עיקר הדיון בסוגיה זו מהשיח העוסק במשפט הציבורי אל זה העוסק במשפט הפרטי.¹⁹⁰ באופן ספציפי טענתי כי פתרון ראוי לקונפליקט משפטי וחברתי זה עשוי להימצא בין גדריה של הזכות לקניין. אכן, זכות הקניין, אשר נעלמה כמעט לחלוטין מהשיח בשאלת ההדרה הגיאוגרפית, מספקת כלים מעשיים למציאת האיזון הראוי בין רצונו של הפרט לקיים את חייו בהתאם לתפיסת הטוב שבה הוא מעוניין לבין רצונה של הקהילה להמשיך לקיים את תפיסת הטוב שאימצה.

הפנייה, הטבעית כל-כך, לזכות הקניין מצריכה את אימוצה של תפיסה פלורליסטית כזו העומדת בבסיסה של הזכות. ההכרה בקיומו של ריבוי ערכי, וביכולתו של המושג "קניין"

189 בהקשר זה מעניין לשים לב לעובדה שהמגבלות המוטלות בחוק על העברת הזכויות אינן חלות בשעה שמדובר בהורשת זכויות. כך, ס' 6ב(א)(3) לפקודה קובע כי "העברת זכות במקרקעין בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ביישוב קהילתי כאמור בפסקה (1), אינה טעונה את אישורה של ועדת הקבלה; ואולם הוראות פסקה (2) יחולו על יורש, בין על פי דין ובין על פי צוואה, המעוניין להעביר את זכותו לאחור". יש בהימנעות מהכפפתה של הורשת הזכויות במקרקעין לביקורתה של ועדת הקבלה כדי להבהיר את השוני בין התפיסה שאומצה בחוק לבין זו שהמאמר קורא לה, שכן על-פי התפיסה המקודמת במאמר זה, בהינתן שהקהילה מקיימת תפיסת טוב המצריכה התבדלות גיאוגרפית, אין כל סיבה לא להכפיף את העברת הזכויות בהורשה לחבות כלפי המשך התקיימותה של תפיסת הטוב.

190 ראו לעיל ליד ה"ש 40-55.

לבטא אותו באמצעות קיומם של מוסדות קנייניים בעלי מאפיינים שונים, הינה חיונית כשלב מקדמי לצורך העתקת הדיון בסוגיה זו אל השיח הקנייני. תפיסה פלורליסטית זו צריכה להכיר, תחילה, באפשרות קידומן של תפיסות טוב שונות במהותן באמצעות מוסדות קנייניים שונים, וחשוב לא פחות – ביכולתו של הפרט לבחון מחדש את תפיסת הטוב שברצונו לאמץ. על-אף קיומם של מתחים אינהרנטיים בין תביעות אלה, נראה כי פתרונם טמון במחויבות הכפולה של תפיסה פלורליסטית לריבוי ערכי מהותי, מחד גיסא, ולזכותו של היחיד ליציאה, המוגבלת רק ככל שמדובר בשימור יכולתה של הקהילה להמשיך להתקיים בהתאם לתפיסת הטוב שלה, מאידך גיסא.

מנגנוני ההדרה הקבועים בחוק, אשר צומצמו על בסיס מיקום גיאוגרפי ומספר החברים ביישוב, אינם עונים על תביעות אלה. למעשה, החוק החדש אינו משכיל לענות על שתי הדרישות כאחת: הוראותיו של החוק אינן מבחינות בין קהילות המקדמות תפיסות טוב המצריכות התבדלות גיאוגרפית לבין אלה שאינן נדרשות לכך; וממילא, ההגבלות המוטלות מכוחו על זכות הקניין של חבר הקהילה אינן מוצדקות.

אשר על-כך נראה כי פתרון סוגיית ההדרה נעוץ בניסיון לזהות, כבר בשלב הקצאת המקרקעין, אילו קהילות מקדמות תפיסת טוב שהתקיימותה מצריכה התבדלות גיאוגרפית. קהילות אלה מצדיקות את קיומו של מוסד קנייני נבדל – כזה המעניק משמעות שונה לזכות הקניין של הפועלים במסגרתו. ההכרה בקהילה כמקיימת תפיסת טוב לגיטימית המצריכה התבדלות גיאוגרפית תשפיע על מערך החובות וזכויות-היתר העומד בבסיס הזכות לקניין של חברי הקהילה, כך שזו תוכפף, בענייננו, לחובה להימנע מפגיעה בהמשך התקיימותה של הקהילה.

