

## על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

מאת

מיטל פינטו\*

מטרתו הראשונה של המאמר היא להציג את הטיעון המרכזי בספרו של גונטובניק, המבחין בין חומות משפטיות אסורות לגדרות חברתיות מותרות, ולהאיר את תרומתו המקורית לשיח המשפטי בנושא הפליה בדיור. מטרתו השנייה של המאמר היא להציג ביקורת חשובה על ספרו של גונטובניק. אטען כי משנתו של גונטובניק חורגת באופן משמעותי מהספרות הדומיננטית המצדיקה הגנה משפטית על קבוצות תרבותיות. בעוד שהספרות הדומיננטית מייחדת הגנה משפטית לקבוצות תרבותיות המהוות קבוצות מיעוט, גונטובניק מניח כי כל הקבוצות התרבותיות באשר הן זכאיות להגנתה של הזכות לתרבות. פרשנות כזו לדעתי משבשת את תוכנה של הזכות לתרבות, שמיועדת להגן על קבוצות מיעוט חלשות, ולאפשר לתרבותן להתחרות בתרבות הרוב הדומיננטית בתנאים הוגנים יותר. חולשה זו קשורה לחולשה אחרת בספרו של גונטובניק, הנוגעת להבחנה מושגית חשובה בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות. גונטובניק מתייחס אליהן לעיתים כזכויות זהות, למרות שקיימות הבחנות מושגיות חשובות בין שתיהן, הרואות בזכות להתאגדות זכות מקיפה יותר מהזכות לתרבות, אך עם זאת חלשה יותר מבחינת היכולת שלה לגבור על זכויות אחרות, כגון הזכות לשוויון.

א. מבוא. ב. עיקרי הטיעון בספר: גדרות חברתיות וחומות משפטיות ותפקידן במימוש הזכות לתרבות והזכות להתאגדות; 1. גדרות חברתיות אל מול חומות משפטיות; 2. הזכות לתרבות מגנה גם על תרבותה של קבוצת הרוב. ג. ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות וחשיבותו לעניין שאלת חוקתיותו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות; 1. אופייה הסלקטיבי של הזכות

\* מרצה בכירה בבית הספר למשפטים, המרכז האקדמי כרמל, שבחיפה. אני מבקשת להודות לגרשון גונטובניק על שיחות מעמיקות בנושאי הספר שלו לאורך השנים האחרונות, לחסן ג'בארין, יעקב ויינרוט, ברק מדינה, גידי ספיר ואמנון רייכמן על החלק הפעיל שהיה להם בפאנלים מרתקים בעניין הספר שעוררו את מחשבותיי ואת כתיבתי. אבקש להודות גם למערכת דין ודברים על הערות יסודיות, מאירות ומועילות במיוחד.

לתרבות לעומת אופייה האוניברסלי של הזכות להתאגדות; 2. הגנה על תרבות קיימת לעומת הגנה על פוטנציאל לתרבות; 3. חשיבות ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות לדיון על חוקתיותו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות. ד. סיכום.

## א. מבוא

ספרו של גונטובניק<sup>1</sup> הוא ספר מעמיק, רחב היקף ושאפתני, במובן הטוב של המילה. חשיבותו הרבה כפולה: ראשית, הוא עוסק בנושא שעולה שוב ושוב במסגרת השיח החברתי והפוליטי ובמערכת המשפט. למרות כותרתו הספר אינו עוסק רק בהפליה בדיור בין קבוצות תרבותיות שונות, אלא גם פורס יריעה רחבה על כל תופעות ההבחנה וההדרה בדיור, בהקצאות קרקע ובהתיישבות, המתרחשות בין אנשים פרטיים המזוהים עם קבוצות תרבותיות שונות או המזדהים כשייכים אליהן, וכן בתופעות כאלה המתרחשות כלפיהם מצד זרועות השלטון השונות. כפי שגונטובניק כותב בספר, לא כל התופעות האלה הן בהכרח הפליה.<sup>2</sup> שנית, שלא כבמחקרים אחרים בתחום שלעתים גוזרים, במהירות רבה מדי לטעמי, דין זהה למקרים שכביכול זהים זה לזה, גונטובניק אינו מניח אף לא למקרה אחד ואף לא לפסק דין אחד עד שהוא יורד לשורש הסכסוך בהם, עד שהוא מברר כל פרט ופרט לעומקו.

לרשימה זו שתי מטרות עיקריות: הראשונה היא הצגת הטיעון המרכזי בספרו של גונטובניק, המבקש להבחין בין חומות משפטיות אסורות לגדרות חברתיות מותרות; השנייה היא הצגת ביקורת חשובה על ספרו של גונטובניק. כפי שאסביר זאת בהמשך, משנתו של גונטובניק חורגת במידה ניכרת מהספרות הדומיננטית המצדיקה הגנה משפטית על קבוצות תרבותיות. לעומת הספרות הדומיננטית, המייחדת הגנה משפטית לקבוצות תרבותיות שהן קבוצות מיעוט, גונטובניק מניח כי כל הקבוצות התרבותיות באשר הן זכאיות להגנתה של הזכות לתרבות. פרשנות כזו לדעתי משבשת את מהותה של הזכות לתרבות, שמיועדת להגן על קבוצות מיעוט חלשות ולאפשר לתרבותן להתחרות בתרבות הרוב הדומיננטית בתנאים הוגנים יותר. חולשה זו קשורה לחולשה אחרת בספרו של גונטובניק, הנוגעת להבחנה מושגית חשובה בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות. גונטובניק מתייחס אליהן לעתים כזכויות זהות אף שקיימות הבחנות מושגיות חשובות בין שתיהן, הרואות בזכות להתאגדות זכות מקיפה מהזכות לתרבות ועם זאת חלשה יותר מבחינת היכולת שלה לגבור על זכויות אחרות, כגון הזכות לשוויון.

1 גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014).  
2 שם, בעמ' 125–126.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדירור וקבוצות חברתיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

חשיבות הביקורת על ספרו של גונטובניק בולטת לדעתי במיוחד בכל הנוגע לעמדתו של גונטובניק שלפיה התיקון לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: "התיקון לחוק")<sup>3</sup> חוקתי, הואיל והוא מבטא איזון סביר בין הזכות להתאגדות והזכות לתרבות לבין הזכות לשוויון.<sup>4</sup> אף ששאלת חוקתיותו של התיקון לחוק נדחתה לפי שעה,<sup>5</sup> חשוב לי להבהיר שלדעתי התיקון לחוק אינו מבטא איזון סביר בין הזכויות, בעיקר משום שהזכות לתרבות אינה רלוונטית לדיון על חוקתיותו של התיקון לחוק, ומשום שהזכות להתאגדות פורסת הגנה חלשה מאוד, אם בכלל, על האגודות השיתופיות המבקשות לסנן ולהדיר מועמדים המבקשים להצטרף אליהן.

בחלק ב אציג את עיקר הטיעון בספרו של גונטובניק הנוגע להבחנה החשובה שיוצר גונטובניק בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות, ולהגנה שהזכות לתרבות פורסת לדעתו על כל קבוצה חברתית באשר היא. בחלק ג אציג את הביקורת העיקרית שלי על ספרו של גונטובניק ואת חשיבותה בהקשר של הדיון הציבורי והמשפטי על חוקתיותו של התיקון לחוק.<sup>6</sup>

## **ב. עיקרי הטיעון בספר: גדרות חברתיות וחומות משפטיות ותפקידן במימוש הזכות לתרבות והזכות להתאגדות**

### **1. גדרות חברתיות אל מול חומות משפטיות**

ספרו של גונטובניק סובב סביב הבחנה חשובה מאוד: ההבחנה בין גדרות חברתיות לחומות משפטיות. גדרות חברתיות וחומות משפטיות משמשות לשם הדרה והפרדה בין קבוצות חברתיות. גונטובניק מגדיר קבוצות חברתיות כמוכן הרחב ביותר. תכונות כמו

3 הכוונה היא לתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, המאפשר לאגודות שיתופיות בנגב ובגליל המונות פחות מ-400 משפחות לסנן מועמדים על רקע של התאמה למרקם החיים ביישוב. ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), ה"ח תש"ע 222; חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683 (להלן: התיקון לחוק).

4 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 389-394.

5 בפסק הדין בעניין סבח (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014)) (להלן: עניין סבח) דנו השופטים בטענת העותרים שלפיה התיקון לחוק אינו חוקתי משום שהוא יוצר פגיעה בזכות לשוויון. דעת הרוב בעניין סבח קבעה שהעתירה אינה בשלה להכרעה, כיוון שטרם יושמה במקרים פרטניים, ולכן קשה לדעת בשלב זה כיצד יפעל המנגנון הקבוע בה, ואם אכן יוביל לתוצאה של הפליית מועמדים. דעת הרוב השאירה את האפשרות בידי עותרים לתקוף את חוקתיותו של התיקון לחוק בעתיד, כאשר יהיו בידיהם נתונים ברורים יותר בנוגע לאופן יישומו של התיקון לחוק. שופטי המיעוט סברו כי כבר כיום יש מספיק נתונים בנוגע לדרך שבה ועדות הקבלה מפלות מועמדים בפועל, ולכן אין לדחות את העתירה על בסיס עילת חוסר הבשלות.

6 ראו לעיל, הערה 3.

שייכות לאומית, דתית וגזעית הן בעלות פוטנציאל לכוון קבוצות תרבותיות הנבדלות זו מזו.<sup>7</sup> אולם בשונה מרוב המלומדות והמלומדים המתמקדים בהקשר של הפרדה בדיוור בקבוצות מיעוט תרבותיות פגיעות כגון ערבים, דתיים, חרדים, מזרחים וקהילת הלהט"ב,<sup>8</sup> גונטובניק כולל בהגדרה של קבוצות תרבותיות גם קבוצות שנחשבות בעיני אחרים לקבוצות רוב, כגון יהודים חילונים.<sup>9</sup> למעשה, כמעט כל תכונה של קבוצת אנשים שאדם אחר או קבוצה אחרת רואים בה שונה, זרה או מאיימת, היא תכונה שמכוננת אצל גונטובניק זהות של קבוצה תרבותית.<sup>10</sup>

גדרות חברתיות הן תופעות הדרה בדיוור ובקרקע בין קבוצות תרבותיות שונות<sup>11</sup> שאינן מכוונות על ידי זרוע שלטונית.<sup>12</sup> גדרות חברתיות קמות בעיקר בשל השקפות חברתיות המיתרגמות ללחץ חברתי על חבריה של קבוצה תרבותית מסוימת להדיר את חבריה של קבוצה אחרת.<sup>13</sup> חומות משפטיות מכוונות על ידי הזרוע השלטונית של המשפט. הכוונה היא לכל אותם מקרים שבהם המשפט, באמצעות כלים שונים, מסייע להדרה ולהפרדה בין קבוצות תרבותיות שונות ואף יוצר אותן.<sup>14</sup>

גדרות חברתיות באות לידי ביטוי בעיקר בניסיון להגביל את שיקול הדעת של בעלי קניין פרטי באמצעות נורמות חברתיות שמגנות מכירה או השכרה של קניין פרטי לפרטים שאינם משתייכים לקבוצה תרבותית המעוניינת בהפרדה.<sup>15</sup> גונטובניק מזכיר למשל את שכונת קריית יואל החרדית במדינת ניו יורק. רב הקהילה ביקש במפורש

7 שם, בעמ' 32, 35, 37, 42.

8 ראו למשל: דני רבינוביץ "האופציה שנשכחה: השיכון העירוני השיתופי" תיאוריה וביקורת 16 101 (2000); יוסי יונה ויצחק ספורטא "מדיניות קרקע ודיוור: מגבלותיו של שיח האזרחות" תיאוריה וביקורת 16 129 (2000); דניאל מונטרסקו ורועי פבין "כלוב הזהב": ג'נטריפיקציה וגלובליזציה בפרוייקט גבעת אנדרומדה, יפו" תיאוריה וביקורת 23 141 (2003); אלכסנדר (סנדי) קדר "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל" מדינה וחברה 4 845 (2004); ארו צפדיה "במסווה הפרטה וקהילתיות – עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל: תגובה על מאמרו של אמנון להבי: "קהילות מגורים חדשות בישראל בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב 141, 155–157 (תשס"ו); עדי ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" מעשי משפט ה 143, 153–154 (2013).

9 גונטובניק מציין במפורש כי "גם קבוצות הרוב מעוניינות בשימור תרבות. זוהי מטרה המשותפת לחברי הקבוצות התרבותיות באשר הן". ראו: גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 42.

10 שם, בעמ' 45.

11 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 147.

12 גונטובניק לא משתמש בטרמינולוגיה הזו (אלא בטרמינולוגיה של הפרדה המבוססת על הסכמות חברתיות). ראו: שם, שם.

13 שם, בעמ' 151.

14 שם, בעמ' 147.

15 שם, בעמ' 149.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

מתושבי השכונה שלא למכור או להשכיר דירות לפרטים שאינם יהודים חרדים מקהילת סאטמר.<sup>16</sup>

חומות משפטיות נוצרות באמצעות כלים משפטיים ברורים כגון תניות עבירות קנייניות, המטילות מגבלות על היכולת להשכיר או למכור קרקע לאלו המשתייכים לקבוצות תרבותיות "לא רצויות",<sup>17</sup> ותאגידי דיוור המגבילים את יכולת ההצטרפות אליהם.<sup>18</sup> מטרתן של החומות המשפטיות היא למנוע, או לכל הפחות להגביל במידה ניכרת, את שיקול דעתם של בעלי הקניין בכל הנוגע להתקשרות עם שוכרים או קונים פוטנציאליים של נכסים קנייניים.<sup>19</sup>

גונטובניק מדגים בבהירות את ההבדל בין גדרות חברתיות לחומות משפטיות בדוגמה של השכונה החרדית בקריית יואל בניו יורק. כל עוד הרב רק ביקש מתושבי השכונה שלא למכור או להשכיר דירותיהם לפרטים מחוץ לקהילה, מדובר בניסיון להגביל את שיקול הדעת של בעלי קניין פרטי באמצעות נורמות חברתיות, שהן גדרות חברתיות. אולם ברגע שתושבי השכונה חתמו על חוזה שלפיו הם מתחייבים שלא למכור או להשכיר דירותיהם לפרטים מחוץ לקהילה, הרי שמדובר כבר בשימוש בכלי משפטי ברור, המהווה חומה משפטית, המאיינת, כמעט לחלוטין, את שיקול דעתם של בעלי קניין פרטי. החוזה משמש כאן כלי משפטי החורג בבירור מנורמות חברתיות ומציב חומה בצורה סביב שיקול הדעת של בעלי קניין פרטי וסביב האפשרות לאינטגרציה בין פרטים המשתייכים לקהילות תרבותיות שונות.<sup>20</sup>

גונטובניק סולד מחומות משפטיות.<sup>21</sup> גונטובניק בוחר במילה "חומות", להבדיל מהמילה "גדרות", על מנת להדגיש שמדובר במכשול "קשה למעבר יותר מאשר גדר" המשקף "עוצמת הדרה גבוהה יותר".<sup>22</sup> חומות משפטיות גורמות לדעת גונטובניק נזקים כבדים מאלה הנגרמים מגדרות חברתיות.<sup>23</sup> ראשית, הן מגבילות, או שוללות, את אפשרות הגישה וההנאה מקרקע ומדיוור, שהם משאבים מוגבלים מאוד בישראל.<sup>24</sup> שנית, הן מגבילות מאוד את ערך האוטונומיה של פרטים להעריך ולבחון את מסלול חייהם בעצמם תוך בחירה חופשית גם בענייני מגורים, מבלי שיהיו כפופים לכפייה

שם, שם	16
שם, בעמ' 148.	17
שם, שם	18
שם, בעמ' 150.	19
שם, בעמ' 149.	20
שם, שם	21
שם, בעמ' 147.	22
שם, בעמ' 149.	23
שם, בעמ' 150, 316, 351.	24

חיצונית.<sup>25</sup> הן גם פוגעות במסלול ההתפתחות הטבעי של קבוצות תרבותיות שבדרך כלל מאפשר שינויים וגמישות בפרקטיקות ובהשקפות כלפי תרבויות אחרות. בנוסף, ברוח תאוריות אקספרסיביות של הפרדה והפליה,<sup>26</sup> גונטובניק סבור שאין לעודד חומות משפטיות כי הן שולחות מסר חברתי שלילי שהפרדה בין קבוצות תרבותיות היא לגיטימית. היינו, הן שולחות מסר שלפיו לגיטימי וראוי שקבוצות תרבותיות שונות ידחו וידירו זו את זו.<sup>27</sup> מסר שלילי כזה מתעצם בעיקר במקרים שבהם החומות המשפטיות נוצרות מסלידה ומעוינות בין קבוצות תרבותיות.<sup>28</sup> חומות משפטיות מעצימות את החשש להעכרת היחסים בין קבוצות תרבותיות ול"התפוררות חברתית" כוללת.<sup>29</sup> כשאין חומות משפטיות, יש מסרים שליליים פחות ומגע רב יותר בין קבוצות תרבותיות, וכך יש סיכוי רב יותר לדעת גונטובניק להגיע לחברה פלורליסטית, שוויונית ואינטגרטיבית.<sup>30</sup>

אני משייכת את טיעונו של גונטובניק לתאוריות אקספרסיביות של המשפט, בין השאר משום שגונטובניק מרבה להשתמש במילים "מסר הרסני", "מסר שלילי", "מסר מדיר" ו"מסר בלתי ראוי" כשהוא מתאר את נזקיהן של החומות המשפטיות, ומשום שהוא משתמש במילים "מסר הוקעה", "מסר חינוכי" ו"מסר סמלי" כאשר המשפט מכריז על חומות משפטיות כלא חוקיות או כלא חוקתיות.<sup>31</sup>

עניין זה דורש מעט הסבר: תאוריות אקספרסיביות מתרכזות במשמעות של אקטים מסוימים הנלמדת מהמסרים החברתיים הנלווים לאקטים אלה.<sup>32</sup> תאוריות אקספרסיביות של הפליה קובעות כי הבחנה מסוימת היא הפליה כאשר היא שולחת מסר חברתי שלילי, גם אם בפועל אין לה תוצאות שליליות קונקרטיות, היינו גם אם בפועל היא אינה מרעה

25 שם, בעמ' 151.

26 Elizabeth S. Anderson and Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000); Charles L. Black, *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, 69 YALE L.J. 421 (1960); Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1 (2000–2001); Samuel R. Bagenstos, "Rational Discrimination," *Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825 (2003); DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? 26–27 (2008); Tarunabh Khaitan, *Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous nor a Panacea*, 32 OXFORD J. L. STUD. 1 (2012); Patrick S. Shin, *Is There a Unitary Concept of Discrimination?*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW 163 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013).

27 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 150–151.

28 שם, בעמ' 150, 205.

29 שם, בעמ' 151.

30 שם, בעמ' 242–243.

31 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 150, 151, 181, 196, 197, 220, 223, 240, 255, 257, 258, 283, 314, 358, 477, 481, 483, 492, 503, 538, 541.

32 Khaitan, לעיל הערה 26, בעמ' 4.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

את המצב הפיזי או הכלכלי של הפרטים המובחנים. תוכנו של המסר המשתמע מהבחנות מסוימות נקבע אובייקטיבית באמצעות קריטריונים חברתיים והיסטוריים שאינם קשורים בהכרח בהרגשה הסובייקטיבית של המובחנים או תלויים בה.<sup>33</sup> במילים אחרות, על פי תאוריות אקספרסיביות של הפליה ייתכן בהחלט שהבחנה מסוימת תיקבע כמפלה רק משום שהיא שולחת מסר אובייקטיבי שלילי כלפי המובחנים, גם אם הם עצמם אינם מרגישים שמצבם הורע או שהם נחותים ביחס לאחרים.<sup>34</sup>

דבורה הלמן (Hellman) למשל מציעה תאוריה אקספרסיבית של הפליה שלפיה השאלה אילו הבחנות משפילות והן בבחינת הפליות ואילו אינן, תלויה בהכרח בהקשר תרבותי מסוים. הפרשנות וההבנה של המושג "השפלה" מושפעות מן ההיסטוריה, מהתרבות וממערכת ההבנות החברתיות הנהוגה בחברה מסוימת.<sup>35</sup> הבחנות על בסיס גזע ומין הן משפילות ומפלות כי הן מופנות כלפי קבוצות שהופלו בעבר ואשר מעמדן החברתי נמוך גם כיום.<sup>36</sup> ההשפלה וההפליה נוצרות בשל היותן משעתקות צורות מוכרות של הפליה נגד חברי קבוצות פגיעות בחברה אשר הציבו אותם בעבר במצב נחות. כך הן משרדות למעשה מסר חברתי שלילי כלפי קבוצות אלה.<sup>37</sup> לדעת גונטובניק, הדרך להילחם בחומות משפטיות המשדרות מסר שלילי היא להרוס אותן באמצעות חובות שונות שמטיל המשפט, כגון החובה לנהוג בשוויון כאשר מדובר במשפט ציבורי, או החובה לפעול לפי תקנת הציבור או לנהוג בתום לב כאשר מדובר במשפט פרטי.<sup>38</sup>

גם אינטגרציה לדעת גונטובניק אסור שתכפה על ידי המשפט בישראל,<sup>39</sup> שכן גם כפייה כזו נוגדת את האוטונומיה של הפרטים, שאמורה להגן על יכולת הבחירה החופשית שלהם באשר לסביבה החברתית שבה הם מעוניינים להשתקע.<sup>40</sup> החלה מוחלטת של ערך השוויון על גורמים פרטיים תפגע אנושות בערך האוטונומיה המגן על אפשרותנו לכתוב את סיפור חיינו: לנתב את חיינו על פי צרכינו ולא לבוא במגע עם מי שאינו רצוי בעינינו.<sup>41</sup> לדעת גונטובניק, מערכת היחסים בין קבוצות תרבותיות בישראל היא מורכבת וטעונה יותר מבמדינות אחרות כגון אנגליה או ארצות הברית. לכן יש

HELLMAN, לעיל הערה 26, בעמ' 27. 33

שם, שם. 34

שם, בעמ' 35. 35

שם, בעמ' 29, 35. 36

שם, בעמ' 27–28; ראו גם: מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 130–132 (2013). 37

גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 153. 38

שם, בעמ' 151, 569. 39

שם, בעמ' 151. 40

שם, בעמ' 67, 70–74, 81–82, 143–144, 269–270. 41

לאפשר לבעלי דירות פרטיות למשל לסרב להשכיר או למכור דירות מבלי להחיל עליהם את חובת השוויון.<sup>42</sup>

## 2. הזכות לתרבות מגנה גם על תרבותה של קבוצת הרוב

גונטובניק אינו מזניח את הזכות לתרבות, שחשיבותה וקרבתה ללבו באה לידי ביטוי גם בכתיבה אקדמית קודמת שלו בתחום.<sup>43</sup> לפי גונטובניק, הזכות לתרבות מגנה על מפעלן התרבותי של קבוצות תרבותיות ועל היכולת שלהן לממש ולעצב מפעל זה לפי השקפת עולמן.<sup>44</sup> אולם שלא כרוב הספרות האקדמית, השומרת את הגנתה של הזכות לתרבות באופן סלקטיבי ומודע למיעוטים מספריים או למיעוטים חלשים דה פקטו,<sup>45</sup> אצל

42 שם, בעמ' 152–153.

43 גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003); גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור" קהילות מגודרות 425 (אמנון להבי עורך, 2010); גרשון גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית בראי פסיקה של השופטת אילה פרוקצ'יה" משפט ועסקים יח 83 (2014).

44 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 78.

45 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 107–130 (1996); Margot E. Salomon, *Socio-Economic Rights as Minority Rights*, in UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 431 (Marc Weller ed., 2007); Denise G. Réaume, *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*, 38 U. TOR. L.J. 1, 8–27 (1988); Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J. L. & JURIS. 315 (1991); Michael McDonald, *Questions about Collective Rights*, in LANGUAGE AND THE STATE: THE LAW AND POLITICS OF IDENTITY 3 (David Schneiderman ed., 1991); Avishai Margalit and Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOCIAL RESEARCH 491 (1994); James W. Nickel, *Group Agency and Group Rights*, in ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 235 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997); YAEL TAMIR, LIBERAL NATIONALISM 42 (1993); AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 22–23 (2001); Dwight G. Newman, *Collective Interests and Collective Rights*, 49 AMERICAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE 127 (2004); Gidon Sapir, *Religion and State--A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 624–625 (1999); Gidon Sapir and Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does Not Include Freedom from Religion*, 24 LAW AND PHILOSOPHY 467, 478–484 (2005); Barak Medina, *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services: The Israeli Experience*, 39 ISR. L. REV. 127, 137 (2006); Avihay Dorfman, *Freedom of Religion*, 21 CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 279, 287–289 (2008); Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute and the Right to Exclude: A New Perspective on Minorities within the Right to Dispute and the Right to Exclude*, 28 RATIO JURIS 521 (2015); איל הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבור" עיוני משפט כז 241, 261–260 (2002); איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" עלי משפט ג 463 (2003); מיכאיל קרייני "על ה"שלנו": רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" עיוני משפט כז 71 (2003);



דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדירור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

גונטובניק הזכות לתרבות היא אוניברסלית במובן הלשוני של המילה, המגנה על מפעלה התרבותי של כל קבוצה. לפי גונטובניק, הזכות לתרבות אינה שונה במאפייניה מהזכות להתאגדות, שהיא "אחת הזכויות הראשונות במעלה למימוש מפעל קבוצתי-תרבותי בחברה דמוקרטית"<sup>46</sup> ומאפשרת "פעילות קבוצתית להשגת יעדים קבוצתיים משותפים" תוך "מימוש המפעל התרבותי באופן קבוצתי"<sup>47</sup>. לפי גונטובניק, הזכות לתרבות היא למעשה זכותו של כל אדם שתופס אובייקטיבית או סובייקטיבית את הזהות התרבותית שלו כשונה, מאיימת או מאוימת בידי אחרים, לשמור עליה. גונטובניק סבור כי ההבחנה בין רוב למיעוט קשה בישראל.<sup>48</sup> לכן, אצל גונטובניק, הזכות לתרבות מגנה על יהודים חילוניים כשם שהיא מגנה על יהודים דתיים, כשם שהיא מגנה על ערבים.<sup>49</sup>

לפי גונטובניק, כדי להגן על הזכות לתרבות מספיקות גדרות חברתיות.<sup>50</sup> היינו, לפי גונטובניק, על מנת להגן על הזכות לתרבות, יש להחיר שימוש בשיקול הדעת הפרטי של אנשים להדיר ולהפלות אחרים כחלק מנורמות חברתיות לא רשמיות, המקובלות בקבוצה תרבותית מסוימת או בעקבות לחץ חברתי בתוך אותה קבוצה. אולם התזה המרכזית של גונטובניק היא שברוב המקרים הגנה על הזכות לתרבות אינה מצדיקה הדרה והפליה באמצעות חומות משפטיות. בגלל הנזק העצום שגורמות חומות משפטיות לאוטונומיה ולקניין ובגלל המסר החברתי השלילי שהן שולחות, רק מקרים נדירים יצליחו להרים את הנטל של הצדקת קיומן של חומות משפטיות בשם הזכות לתרבות.<sup>51</sup> במקרים כאלה יהיה על הקבוצות התרבותיות הרוצות להדיר קבוצות אחרות להוכיח שהן שבריריות וש"הפרדה משפטית היא תנאי לשרידותן התרבותית".<sup>52</sup>

לכן גונטובניק מתנגד להלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בישראל שלפיה כאשר קבוצת מיעוט בעלת מאפיינים ייחודיים מבקשת להסתגר, יש לאפשר את הסתגרותה

---

דניאל סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 15–19 (2004); גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח 155, 178–179 (2005); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191 (2009); יואב המר "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" משפט וממשל יד 149 (2012).

46 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 329.

47 שם, בעמ' 81, 308, 311.

48 שם, בעמ' 258.

49 שם, בעמ' 96. במובן הזה עמדתו של גונטובניק עולה בקנה אחד עם עמדתה של יפה זילברשץ, הטוענת כי עקרונית, גם קבוצות מיעוט וגם קבוצות רוב זכאיות להיבדלות מטעמים לאומיים-תרבותיים. ראו: יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001).

50 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 153.

51 שם, שם.

52 שם, שם.

בתוך חומות משפטיות. כך, למשל, גונטובניק סבור שהפרדה המשפטית הכופה בין חברי הפזורה הבדואית לבין יהודים שנדונה בעניין אביטן<sup>53</sup> היא מוטעית.<sup>54</sup> גונטובניק מודה שלפזורה הבדואית יש מאפיינים ייחודיים שאין לקבוצות תרבותיות אחרות,<sup>55</sup> אבל גם המאפיינים האלה אינם מצדיקים לדעתו הפרדה כופה של המשפט.<sup>56</sup> ככלל, גונטובניק מתנגד להקמת יישובים ייחודיים לערבים בלבד. לדידו של גונטובניק, אין הצדקה לייחד למיעוט הערבי קרקע באמצעות הפרדה משפטית כופה מכיוון שהוא אינו מזהה סכנה אמיתית שתגרום לאבדן זהותם התרבותית של ערביי ישראל,<sup>57</sup> ומכיוון שממילא מתקיימת הפרדה בין יהודים לערבים באמצעות גדרות חברתיות.<sup>58</sup>

מאחר שכפי שצוין לעיל גונטובניק מתנגד גם לאינטגרציה כפויה, נראה שהוא מציג את הגדרות החברתיות כפתרון ביניים בין אינטגרציה כפויה לבין חומות משפטיות. פתרון הביניים של גדרות חברתיות מאפשר הגנה תרבותית מספיקה מבלי שיתלווה אליה הנזק הכבד של בידוד הרמטי בין קבוצות אוכלוסייה, שנראה לגיטימי וראוי לפי הפרקטיקה של חומות משפטיות.<sup>59</sup>

לדידו של גונטובניק, רק מקרים בודדים ומצומצמים מאוד מצדיקים חומות משפטיות. גונטובניק טוען שכדי לדעת מתי חומות משפטיות מוצדקות, עלינו לערוך בכל מקרה ומקרה איזון בין הזכות לקניין לזכות לשוויון לזכות לאוטונומיה ולתרבות.<sup>60</sup> כאשר מדובר בתאגידי דיוור המבקשים להדיר פרטים בעלי זהות תרבותית שונה, עלינו לשקלל במסגרת האיזון הזה גם את זכות ההתאגדות.<sup>61</sup>

בהסתמכו על הדוקטרינה האמריקאית בעניין הזכות להתאגדות קובע גונטובניק כי ככל שעצמת הצידוק להתאגדות במקרה ספציפי תגדל, כך יהיה בכוחה של הזכות להתאגדות להתגבר על אינטרסים וזכויות נגדיים.<sup>62</sup> הדוקטרינה האמריקאית רואה בחופש ההתאגדות חירות שבאמצעותה פרטים מגבשים את זהותם.<sup>63</sup> חופש ההתאגדות כולל את שיקול הדעת של פרטים להתחבר או לא להתחבר עם פרטים אחרים. כאשר מדובר בהתאגדות החולשת על יחסים אינטימיים ועל קשרים הדוקים בין פרטים, או בהתאגדות אקספרסיבית (רעיונית), המכוונת לקדם אידאולוגיה מסוימת שאינה מסחרית בעיקרה, מדובר בזכות התאגדות חזקה יותר, המאפשרת הדרה רבה יותר של פרטים

53 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

54 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 249.

55 שם, בעמ' 248.

56 שם, בעמ' 249.

57 שם, בעמ' 254–255.

58 שם, בעמ' 255.

59 שם, שם.

60 שם, בעמ' 152–153.

61 שם, בעמ' 314–316.

62 שם, בעמ' 312.

63 שם שם.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

שאינם חלק ממערכת היחסים ההדוקה של החברים המתאגדים, או שתכונה מסוימת בהם אינה מתאימה לאידאולוגיה המסוימת שהמתאגדים מבקשים לקדם.<sup>64</sup>

השאלה אם מדובר בהתאגדות אינטימית נבחנת במשפט האמריקאי לפי פרמטרים של גודל ההתאגדות, מטרותיה, מדיניותה ומידת הסלקטיביות שלה בבחירת חברים, ללא קשר לשאלה אם עומדת מאחורי ההתאגדות אידאולוגיה מסוימת.<sup>65</sup> מאחר שצידוק האינטימיות אינו מתמקד באידאולוגיה אלא בעיקר בגודל ההתאגדות ובמידת הקרבה בין הפרטים המרכיבים אותה, הוא מאפשר לחברי הקבוצה מידה רבה של שרירותיות בכל הקשור להחלטות על קבלת חברים חדשים לקבוצה.<sup>66</sup>

נראה שגונטובניק מסתייג ממידת השרירותיות שטיעון האינטימיות מאפשר ולכן מעדיף את הצידוק האקספרסיבי של הזכות להתאגדות.<sup>67</sup> צידוק האקספרסיביות מתמקד במטרת ההתאגדות – בקול הקבוצתי של חברי האגודה, המושפע מזהותם של חברי הקבוצה.<sup>68</sup> הצידוק האקספרסיבי מאפשר הדרה של פרטים מההתאגדות והימנעות של המדינה מהתערבות בהדרה זו רק אם המניע להדרה הוא קידום המטרות האקספרסיביות שלשמן הוקמה ההתאגדות.<sup>69</sup>

צידוק האקספרסיביות מגן על כל ההתאגדויות האקספרסיביות באשר הן. אין הוא מוגבל להגנה על התאגדויות אקספרסיביות של קבוצות מיעוט תרבותיות. כאשר מדובר בפרטים בעלי זהות תרבותית משותפת המבקשים להתאגד ולהדיר פרטים אחרים, בעלי זהות תרבותית שונה משלהם, הזכות להתאגדות של המבקשים להדיר מקבלת משנה חשיבות מכיוון שמדובר במקרה זה בזכות התאגדות ש"מחוזקת" על ידי הזכות לתרבות.<sup>70</sup>

מהנקודה הזו אני מבקשת לשטוח בחלק הבא את הביקורת שלי על הספר ולקשור אותה לשתי נקודות החולשה העיקריות שאני מזהה בספר: החלת הזכות לתרבות על כל הקבוצות התרבותיות באשר הן, שהיא החלה רחבה מדי של הזכות לתרבות על כל הקבוצות התרבותיות באשר הן, וחוסר הבחנה בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות.

64 שם, בעמ' 312–316. לתמציתה של הדוקטרינה האמריקאית בעניין התאגדויות אקספרסיביות והכוח שלהן להדיר (שאליה גונטובניק מתייחס בספרו) ראו: Amy Gutmann, *Freedom of Association: An Introductory Essay*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 3, 11–13 (Amy Gutmann ed., 1998).

65 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 312–313.

66 שם, בעמ' 313.

67 שם, שם.

68 להרחבה על הצידוק האקספרסיבי הקושר בין חופש ההתאגדות לחופש הביטוי של קבוצה ראו: Seana Shiffrin, *What is Really Wrong With Compelled Association?*, 99 Nw. U. L. REV. 839, 839–888 (2005).

69 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 313.

70 שם, בעמ' 316, 329, 336, 351.

### ג. ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות וחשיבותו לעניין שאלת חוקתיותו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות

#### 1. אופייה הסלקטיבי של הזכות לתרבות לעומת אופייה האוניברסלי של הזכות להתאגדות

פעמים רבות בספר משתמש גונטובניק במונח של הזכות להתאגדות כמונח נרדף לזכות לתרבות,<sup>71</sup> כאשר לא אלה הם פני הדברים. גונטובניק מניח שהזכות לתרבות מגנה על האינטרס של פרטים בזהות ובאוטונומיה. הגנה על התרבות שאתה פרטים מזהים נחוצה משום שהיא מרכיב חשוב בזהותם האישית, ומשום שהיא כוללת לפחות חלק מהערכים ומהנורמות שעל בסיסם הם מיישמים בחירות ומממשים את האוטונומיה שלהם.<sup>72</sup> עד לנקודה זו הטעון של גונטובניק עולה בקנה אחד עם הספרות הרב-תרבותית הדומיננטית, המניחה שכל הפרטים קשורים לתרבות כזו או אחרת. לכולם יש אינטרס בהגנה על תרבותם כי היא חלק מזהותם ומאפשרת להם אוטונומיה אישית וקבוצתית.<sup>73</sup>

הטעון של גונטובניק נבדל מהספרות הדומיננטית בכל הנוגע לאופי הקבוצות התרבותיות הדורשות בפועל את הגנתה של הזכות לתרבות. בשונה מגונטובניק, ההנחה של הספרות הדומיננטית היא שלא כל הפרטים זקוקים בפועל להגנתה של הזכות לתרבות, ולכן יש לייחד את הגנתה, באופן סלקטיבי, לקבוצות מיעוט או לקבוצות פגיעות שזקוקות לה. להבדיל מקבוצות רוב תרבותיות או מקבוצות תרבותיות שתרבויותיהן נהנות מדומיננטיות במרחב הציבורי, קבוצות מיעוט נתונות בלחץ מתמיד של שחיקה והיטמעות בתוך תרבות הרוב החזקה והדומיננטית. בשל הלחץ המתמיד הזה רק פרטים המזוהים עם קבוצות מיעוט תרבותיות זכאים להגנתה של הזכות לתרבות. קבוצות תרבותיות חזקות, המקבלות תמיכה אקטיבית מן המדינה, או שנהנות מדומיננטיות גם בלי תמיכה רשמית של המדינה, מלכתחילה אינן מצדיקות התערבות של המדינה בשם הזכות לתרבות. ייחודה של הזכות לתרבות להגנה על קבוצות מיעוט תרבותיות מיעוד אפוא לקדם שוויון והגינות רבים יותר בין קבוצות תרבותיות שונות.<sup>74</sup> ניתן לטעון, כפי שאכן טוען גונטובניק, שמעשית קשה להבדיל בין קבוצת רוב דומיננטית שאינה זקוקה להגנתה של הזכות לתרבות לבין קבוצות מיעוט שכן זקוקות

71 ראו, למשל: שם, בעמ' 81, 311, 357–356.

72 שם, בעמ' 78–80, 82–83, 88–89.

73 ראו: הספרות לעיל בהערה 45.

74 ראו: הספרות לעיל בהערה 45. לטעונו המדגישים במיוחד את נחיצותה של הזכות לתרבות לקידום שוויון והגינות בין קבוצות מיעוט תרבותיות לקבוצות רוב ראו: Kymlicka (לעיל, הערה 45) בעמ' 107–115; ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL FOUNDATIONS OF MINORITY RIGHTS 149–182 (2014).

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו גרשון גונטובניק "הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

לה. גונטובניק הולך בעקבותיו של בריאן ברי (Barry)<sup>75</sup> כשהוא טוען כי כל הקבוצות התרבותיות מצדיקות הגנה בהיקף זהה של הזכות לתרבות, מאחר שאי אפשר להבדיל בין קבוצות תרבותיות מקופחות לבין קבוצות תרבותיות שאינן מקופחות. משימה כזו תהיה לדידם בלתי אפשרית. בדומה לברי, שמזהה 90% מהחברה האמריקאית כמשתייכים לקבוצות מקופחות, גונטובניק מזהה 90% מהחברה הישראלית כמשתייכים לקבוצות כאלה. אינני משתכנעת כלל מהצגה זו של חלוקת הכוח בין קבוצות תרבותיות במדינות שונות בעולם, ודאי לא בישראל. במאמרים קודמים שלי טענתי כי בחברה הישראלית ניתן לזהות בבירור קבוצות פגיעות שהתרבותיות המזוהות אתן אינן נהנות, או נהנות במידה פחותה, מהכרה ומתמיכה של מוסדות המדינה או של כלל האנשים המרכיבים את החברה הישראלית. הצעתי לבחון את פגיעותן של קבוצות מיעוט תרבותיות כאשר לפרמטרים שונים של נוכחות וכוח בתחומים שונים כגון הישגים שונים בפוליטיקה, בחינוך, בתחום הפיננסי, מעורבות חברתית, ייצוג ודימויים של קבוצות תרבותיות בתקשורת וכיוצא בזה.<sup>76</sup>

שלא כזכות לתרבות, הפורסת את הגנתה רק על קבוצות מיעוט תרבותיות, הזכות להתאגדות נחשבת לזכות אוניברסלית, שהגנתה פרוסה על כל הפרטים המבקשים לקדם בקבוצה מטרה משותפת, עסקית או חברתית.

## 2. הגנה על תרבות קיימת לעומת הגנה על פוטנציאל לתרבות

גם אם אין מקבלים את הטענות שלפיו הזכות להתאגדות היא אוניברסלית, ואילו הזכות לתרבות היא זכות סלקטיבית המיועדת להגן רק על מיעוטים תרבותיים, הרי שברובד עמוק יותר של המישור המושגי טמון הבדל חשוב נוסף בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות. אם נצדד בתאוריית הזכויות של רז, המשקיפה על זכות כפונקצייה של הגנה על אינטרס או על טוב,<sup>77</sup> הזכות לתרבות מאופיינת כזכות קבוצתית מאחר שהיא מגנה על תרבות כטיוב השתתפותי (participatory good) – טוב שניתן לייצר אותו וליהנות ממנו רק באמצעות קבוצה של אנשים.<sup>78</sup> הזכות לתרבות מניחה אובייקט קיים שראוי להגנה: תרבות של קבוצה שקיומה אינו שנוי במחלוקת מבחינה סוציולוגית. הזכות להתאגדות, לעומתה, אינה מגנה על אובייקט של תרבות שקיומה אינו מוטל בספק. הזכות

75 BRIAN BARRY, CULTURE AND EQUALITY: AN EGALITARIAN CRITIQUE OF MULTICULTURALISM 306 (2002).

76 מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" המשפט טו 647 (2010); פינטו, לעיל הערה 37.

77 לפי יוסף רז, זכות עשויה לבסס הטלת חובה או כמה חובות על אנשים אחרים או על החברה כולה. מה שמצדיק את הטלת החובה הוא אינטרס או טוב שהזכות מגנה עליו ומקדמת אותו. ראו: JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 166 (1986).

78 Réaume, לעיל הערה 45, בעמ' 8–27; מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" משפט וממשל י 260, 223 (2006).

להתאגדות רק מאפשרת, באמצעות כלים משפטיים, את יצירתה של התאגדות כלשהי סביב רעיון כלשהו.<sup>79</sup> לכן אף שהזכות להתאגדות מכונה לעתים זכות קיבוצית (בעיקר בהקשר של דיני עבודה והתארגנות של עובדים לצורך שביתה או לצורך ניהול משא ומתן קבוצתי),<sup>80</sup> אין לה מאפיינים זהים לזכויות תרבותיות, המכונות גם הן זכויות קיבוציות או זכויות קבוצתיות.

הזכות להתאגדות היא זכות אוניברסלית אמיתית במובן שהיא חלה על כולם ואין היא מיוחדת לקבוצות מיעוט בעלות תרבות מזוהה שקיומה אינו שנוי במחלוקת. אולם בהיותה חולשת על כל ארגון פוטנציאלי, על כל תרבות שטרם התממשה, או טרם קיבלה הכרה סוציולוגית-חברתית, מידת ההגנה שהיא מעניקה מלכתחילה חלשה מזו שאמורה לתת הזכות לתרבות. גונטובניק בעצמו מציין כי "אפשרות ההתאגדות פתוחה לכל".<sup>81</sup> היינו, יש באפשרותה של כל קבוצה, בין שהיא בעלת מאפיינים תרבותיים ייחודיים ובין שלא, להתאגד ולהתמודד למשל על קבלת זכויות בקרקע. אולם כפי שגונטובניק בעצמו מדגיש, לאחר קבלת הזכויות בקרקע זכות ההתאגדות אינה מאפשרת לכל קבוצה, יהיו מאפייניה התרבותיים אשר יהיו, לבנות חומות משפטיות ולהדיר מהקרקע אנשים לא רצויים בעיני הקבוצה.<sup>82</sup>

גם ההלכה האמריקאית שנקבעה בעניין *Roberts*,<sup>83</sup> המפארת את חשיבותה של הזכות להתאגדות, מכירה בכך שכוחה מוגבל. השופט ברנן (Brennan) קבע כי רק התאגדויות אינטימיות המתאפיינות במטרות ברורות, בקשר הדוק בין החברים ובסקטיביות בולטת, יצדיקו אי-התערבות מצד המדינה במקרים של הפליה מצד התאגדויות.<sup>84</sup> במקרה של *Roberts* נדונה תנועת הג'ייסיס, שביקשה לחנך גברים צעירים ברחבי ארצות הברית ולהפוך אותם לאנשים בולטים ופעילים בקהילותיהם. החברות בתנועה הייתה פתוחה רק לגברים ונשללה מנשים. מסקנתו של השופט ברנן במקרה זה הייתה כי אף שלתנועה יש מטרה ברורה ומנגנון קבלה, מידת האינטימיות שלה אינה חזקה דייה כדי לפטור אותה מחוקי איסור הפליה.<sup>85</sup> השופטת אוקונור (O'Connor)

79 Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory* 123–127 (2012).  
 80 Katherine Van Wezel Stone, *The Legacy of Industrial Pluralism: The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System*, 59 U. Chi. L. Rev. 575, 575–644 (1992); Christian Brunelle, *The Emergence of Parallel Identity-Based Associations in Collective Bargaining Relations*, in *New Perspectives on the Public-Private Divide* 166, 166–186 (2003); גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 533, 547 (יורם רבין ויובל שני – עורכים, תשס"ה).

81 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 270.

82 שם, שם.

83 *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

84 שם, בעמ' 620.

85 שם, בעמ' 621.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

סברה שהזכות להתאגדות מעניקה הגנה חזקה לארגונים המבקשים להדיר קבוצות מסוימות ואף עלולה לגבור על חוקי איסור הפליה רק כאשר מדובר בהתאגדות שהמטרה העיקרית שלה אקספרסיבית.<sup>86</sup> אוקונור מדגישה כי על מנת ליהנות מהגנה חזקה זו לא מספיק שהארגון יוכיח שאחת ממטרותיו היא אקספרסיבית.<sup>87</sup> כפי שציינה איימי גוטמן (Gutmann), פרשנות אחרת של הזכות להתאגדות תוביל לדעתה למצב שבו ארגונים מכל סוג שהוא יציגו עצמם כארגונים אקספרסיביים שזכות ההתאגדות שלהם גוברת על חוקי איסור הפליה. כך, יהיה בלתי אפשרי להבטיח אפילו רמה מינימלית של שוויון הזדמנויות לקבוצות מיעוט ולקבוצות מוחלשות אחרות בחברה האמריקאית.<sup>88</sup> מלומדים אמריקאים, כגון אבנר גרין (Greene) ואחרים,<sup>89</sup> שהדגישו את חשיבותה של הזכות להתאגדות ושעל כתיבתם בעניין הזכות להתאגדות מסתמך גונטובניק,<sup>90</sup> ציינו במפורש שהזכות להתאגדות מקבלת חשיבות נורמטיבית מיוחדת רק כשהיא מאפשרת את מימוש מפעלה של קבוצה תרבותית או דתית ייחודית.<sup>91</sup> במילים אחרות, רק כאשר הזכות להתאגדות היא המשך ישיר של הזכות לתרבות ומאפשרת מימוש אפקטיבי יותר של תרבות ייחודית שקיומה אינו שנוי במחלוקת, ניתנת לה עדיפות על פני הזכות לשוויון.

86 שם, בעמ' 633–639.

87 שם, בעמ' 632–633.

88 Gutmann, לעיל הערה 64, בעמ' 12–31. ניתן לטעון כי בעניין *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) סטה בית המשפט העליון במידה ניכרת מהדוקטרינה בעניין התאגדויות אקספרסיביות שנקבעה בעניין *Roberts*. לפרשנות כזו ראו: גילה שטופלר "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה – מבט השוואתי" עבודה, חברה ומשפט יא 323, 328–329 (2005). עניין *Boy Scouts* עסק בפיתוריו של מדריך הומוסקסואל מתנועת הצופים של מדינת ניו ג'רסי בארצות הברית. בית המשפט העליון הפדרלי קבע בדעת רוב כי תנועת הצופים היא ארגון אקספרסיבי שמטרתו לחנך נוער לערכים מסוימים, ועל כן הזכות שלה להתאגדות גוברת על הזכות לשוויון של אותו מדריך. שלא כעניין *Roberts*, שבו בית המשפט בחן לעומק את העובדות בנוגע למאפיינים האינטימיים והאקספרסיביים של ארגון הג'ייסיס, בעניין *Boy Scouts*, דעת הרוב של בית המשפט הסתפקה בהכרזתה הרשמית של תנועת הצופים שלפיה אחת ממטרותיה המוצהרות היא לשלול אורח חיים הומוסקסואלי (שם, בעמ' 652). לענייננו, הלכת *Boy Scouts* אינה משנה הרבה את הלכת *Roberts*, שכן שתיהן דורשות הוכחה לאופי האקספרסיבי של ארגון מסוים על מנת לפטור אותו מהחובה לנהוג בשוויון.

89 Abner S. Greene, *Kiryas Joel and Two Mistakes about Equality*, 96 COLUM. L. REV. 1 (1996); Kent Greenawalt, *Freedom of Association and Religious Association*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 35 (Amy Gutmann ed., 1998).

90 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 311, 316–315, 330.

91 Greene, לעיל הערה 89, בעמ' 39; Greenawalt, לעיל הערה 89, בעמ' 118–119, 121–122.

### 3. חשיבות ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות לדיון על חוקתיותו של התיקון לפקודת האגודות השיתופיות

חולשתו של חוסר ההבחנה בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות באה לידי ביטוי באופן המובהק ביותר כאשר גונטובניק מתייחס לתיקון לחוק,<sup>92</sup> המכונה גם "חוק ועדות קבלה"<sup>93</sup> או "חוק עוקף קעדאן".<sup>94</sup> שלא כהלכה שנקבעה בעניין קעדאן, שלפיה אי-קבלת ערבים ליישובים קהילתיים היא הפליה אסורה,<sup>95</sup> מאפשר התיקון לחוק לוועדות קבלה ביישובים קהילתיים קטנים בגליל ובנגב, המונים לכל היותר 500 בתי אב, לסנן מועמדים ליישוב על רקע "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב".<sup>96</sup>

ציפיתי כי גונטובניק לא יצדיק את התיקון לחוק, הואיל והוא מהווה חומה משפטית, שכזכור מוצדקת, לפי התזה של גונטובניק, במקרים נדירים בלבד. אולם בניגוד לציפיתי, גונטובניק טוען שהתיקון לחוק חוקתי בעיקר מכיוון שלדעתו התיקון לחוק מפיח רוח חיים חדשה בזכות לחופש ההתאגדות.<sup>97</sup> לדעת גונטובניק, אם נתיר ליישובים אלה רק גדרות חברתיות ונכפיף את האגודות השיתופיות לשוויון מנהלי, שאינו מקבל חומות משפטיות ודורש מהן לנהוג בשוויון כלפי כל המועמדים, תיגרם פגיעה אנושה לזכות להתאגדות.<sup>98</sup>

לא בכדי נזהר גונטובניק בלשונו ומזכיר בחלק הזה רק את זכות ההתאגדות, מבלי להזכיר את הזכות לתרבות. נראה כי הטיעון של גונטובניק לא נועד להצדיק מדיניות מפלה מפורשת או ישירה, אלא היבטים מסוימים בלבד אשר יכולים ליצור מאפיינים תרבותיים ייחודיים ליישוב. אולם הזכות לתרבות כשמה כן היא – מגנה על תרבות מיעוט ברורה שקיומה אינו שנוי במחלוקת. היא מגנה על תרבות של קבוצות מיעוט תרבותיות או של קבוצות תרבותיות פגיעות מכיוון שההנחה היא שהקבוצות האלה הן הקבוצות היחידות שתורשתן דורשת הגנה אקטיבית מצד המדינה. אף אחת מהאגודות השיתופיות שעליהן מוחל התיקון לחוק אינה יכולה להתהדר בשם קבוצת מיעוט או

92 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 386–394. ראו: את התיקון לחוק בהערה 3 לעיל.  
93 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 386; ראו, למשל: עניין סבה, לעיל הערה 5, פסקה טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ניר-בנימיני וגנור, לעיל הערה 8, בעמ' 144; נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן" המשפט ברשת: זכויות אדם 35, 4 (2014).

94 שרון רופא-אופיר "עוקפים את בג"ץ קעדאן: עוד חומה לערבים" ynet (7.12.2009) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3816290,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3816290,00.html); אמנון בארי-סוליציאנו "הפרדה גזעית בחסות הכנסת" ynet (25.10.2010) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3973707,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3973707,00.html).

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

96 סעיף 6ג(א)(4) לפקודת האגודות השיתופיות, חא"א 336.

97 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 389–394.

98 שם, שם.



דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדירור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

קבוצה פגיעה. כל האגודות השיתופיות שעליהן חל התיקון לחוק מיושבות ברובן הגדול באנשים המשתייכים לקבוצת היהודים החילוניים, שבהקשרים של דיונים על הגנה תרבותית מסווגת כקבוצת רוב מובהקת בישראל.<sup>99</sup>

גם אם נניח שהזכות לתרבות אינה חלה במקרה של האגודות השיתופיות בנגב ובגליל הואיל ומדובר שם על פרטים המשתייכים לקבוצת הרוב, ונניח שרק הזכות להתאגדות מגנה כביכול על זכותם של חברי האגודות השיתופיות בנגב ובגליל להדיר אנשים, עדיין צריך להבין שהזכות להתאגדות אינה הזכות להומוגניות גרידא או לשרירותיות.

בין שנצדיק את הזכות להתאגדות במונחים של אינטימיות וסולידריות בין המבקשים להתאגד, ובין שנצדיק אותה במונחים אקספרסיביים של מתן ביטוי לאג'נדה מסוימת, נגלה שאף אחת משתי ההצדקות האלה אינה מאפשרת הגנה על רצונן של אותן אגודות שיתופיות בנגב ובגליל להדיר אנשים שאינם מוצאים חן בעיניהן. אין לאנשים האלה יחסים של אינטימיות וסולידריות, ואין ברצונם להביא לידי ביטוי אג'נדה כזאת או אחרת.<sup>100</sup>

לבסוף, אפילו אם נניח שהזכות להתאגדות כן מגנה על האגודות השיתופיות בנגב ובגליל ומאפשרת להן להדיר אחרים, ונניח עוד שהזכות להתאגדות חשובה ויקרה לכולנו, מדוע שנגן עליה רק בגליל ובנגב? מדוע שלא נאפשר גם לאגודות שיתופיות במרכז הארץ להדיר אנשים מכוח הזכות להתאגדות? גונטובניק מתנגד לחומות משפטיות בערים במרכז הארץ, כמו למשל זו שביקשה קבוצה של יהודים דתיים לאומיים ביפו להקים.<sup>101</sup> גונטובניק מסביר את עמדתו בכך שלעומת הנגב והגליל, משאבי הקרקע והדירור במרכז הארץ באמת מוגבלים, ולכן על אגודות שיתופיות במרכז הארץ להיות כפופות לשוויון המנהלי, ואילו על אגודות בגליל ובנגב להיות כפופות רק לשוויון החוקתי.<sup>102</sup> תשובה זו בעייתית מאוד בעיניי. לדעתי, עבור קבוצת המיעוט הערבי משאב הקרקעות בגליל ובנגב מוגבל מאוד. אם אנחנו באמת רוצים למנוע הפרדה בין קבוצות תרבותיות, עלינו לחשוב על משאב הקרקע והדירור בגליל ובנגב לא במונחים כלליים של קרקעות אבסטרקטיות אלא במונחים ספציפיים של האפשרות של ערבים שכבר מתגוררים בגליל ובנגב להתגורר ביישובים יוקרתיים ועתידי משאבים בחבלי ארץ אלה, שנכון להיום מאוכלסים ברובם המכריע ביהודים. מחשיבה במונחים המסוימים

99 אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחדרת" עיוני משפט לג 473, 499 (2010).

100 זיו, לעיל הערה 93, בעמ' 9.

101 ראו: עת"מ (מחוזי ת"א) 2002-09 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2010); עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010); גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 245-246, 270-271.

102 שם, בעמ' 392-393.

האלה ברור לדעתי שמשאב הקרקע והדיור בגליל ובנגב עבור ערביי ישראל מוגבל ממשאב הדיור והקרקע במרכז הארץ.

בהנחה שמגורים ביישובים יוקרתיים בגליל ובנגב הם משאב מוגבל מאוד, הרי שלילת מגורים כאלה ממועמדים היא שלילת גישה להזדמנות בסיסית מאוד לדיור, לחינוך ולשיפור איכות החיים ככלל. הבטחת גישה שוויונית להזדמנויות הטרידה גם את המלומדת האמריקאית הידועה ננסי רוזנבלום (Rosenblum), שמתנגדת עקרונית להלכת Roberts וסבורה שגם ארגונים לא אקספרסיביים ולא אינטימיים זכאים ליהנות מזכות התאגדות חזקה המאפשרת להם להדיר אחרים. רוזנבלום סייגה את עמדתה העקרונית והדגישה שהיא אינה חלה במקרים שבהם התאגדות מסוימת חולשת על משאבים המאפשרים גישה להזדמנויות בסיסיות בחברה שאינן קיימות בהתאגדויות אחרות.<sup>103</sup> רוזנבלום סבורה שהשאלה הרלוונטית שהייתה צריכה להישאל בעניין Roberts היא אם האפשרות לקבל חינוך למנהיגות פתוחה בפני נשים בארגונים אחרים שאינם הג'ייס. רוזנבלום סבורה שהתשובה היא חיובית, ולכן פסק הדין בעניין Roberts שהעדיף את הזכות לשוויון על פני הזכות להתאגדות שגוי.<sup>104</sup> בענייננו גם אם נבקש לחזק את הזכות להתאגדות ולתמוך בעמדה של רוזנבלום לא נוכל להתעלם מכך שהאגודות השיתופיות בנגב ובגליל חולשות על משאבים של תנאי מחיה יוקרתיים, שאינם מתקיימים, לפחות עבור האוכלוסייה הערבית, ביישובים הערביים הקיימים בנגב ובגליל.

התחושה שעולה מקריאת הספר היא שגונטובניק אינו מרגיש צורך להסביר מדוע לדעתו הזכות להתאגדות פורסת הגנה חזקה על האגודות השיתופיות בגליל ובנגב. הסבר כזה היה נדרש רק במקום שבו נגרמת פגיעה בזכות לשוויון של אלה המבקשים להתקבל לאותן אגודות. אולם גונטובניק אינו סבור שקיימת פגיעה כזו בזכות לשוויון. לדידו, הסעיף בתיקון לחוק הקובע כי הוועדה הבוחנת את המועמדים לא תסרב לקבל מועמד מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה, או השתייכות מפלגתית-פוליטית",<sup>105</sup> מספיק כדי להבטיח שהתיקון לחוק שומר על זכות ההתאגדות לצד הזכות לשוויון, כפי שהיא מוכרת במשפט החוקתי.<sup>106</sup>

לדעתי, גונטובניק תולה תקוות רבות מדי בלשון התיקון לחוק כאשר ממילא טענת הפליה שכוונה נגדו לא התמקדה בלשונו, שאוסרת בבירור על הפליה, אלא במנגנון שהוא יוצר.<sup>107</sup> חששם של העותרים, המבוסס על ניסיון מר של מועמדים שנדחו,<sup>108</sup> הוא

Nancy L. Rosenblum, *Compelled Association: Public Standing, Self-Respect, and the Dynamic of Exclusion*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 75, 85–87 (Amy Gutmann ed., 1998).

104 שם, שם.

105 ראו: סעיף 6ג(ג) לפקודת האגודות השיתופיות.

106 גונטובניק, לעיל הערה 1, בעמ' 390–391.

107 עניין סבח, לעיל הערה 5, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

דין ודברים ט תשע"ו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

שהמנגנון המאפשר לסנן מועמדים על רקע של מתאם למרקם חיים ו"לעקוף" את דרישת אי-ההפליה שבתיקון לחוק בהימנעות משימוש בביטויים מפלים,<sup>109</sup> בסופו של דבר מדיר בעיקר אנשים המשתייכים לקבוצות מוחלשות בחברה כגון ערבים, מזרחים, משפחות חד-הוריות, אנשים מבוגרים וכיוצא בזה.<sup>110</sup> היות שהפרוצדורה הקבועה בתיקון לחוק מאפשרת בפועל הפליה מוסווית של קבוצות מוחלשות, נראה כי ניתן להצדיקה רק במונחים של זכות התאגדות חזקה של האגודות השיתופיות כנגב ובגליל, שכאמור לדעתי אינה מתקיימת במקרה זה.

#### ד. סיכום

מטרתו הראשונה של מאמר זה הייתה להציג את הטיעון העיקרי בספרו של גונטובניק על אודות ההבחנה בין "גדרות חברתיות" ל"חומות משפטיות" ובדבר היקף ההגנה שמעניקה הזכות לתרבות. חלק זה גם מבקש להאיר את התרומה של הספר לדיון האקדמי והציבורי בתחום.

המטרה השנייה הייתה להציג דברי ביקורת על הספר. ביקורתי הורכבה משלושה חלקים: האחד נוגע להיקף ההגנה המשפטית על קבוצות תרבותיות. גונטובניק סבור כי כלל הקבוצות התרבותיות זכאיות להגנתה של הזכות לתרבות, לעומת הספרות המשפטית הדומיננטית, המייחדת את ההגנה המשפטית לקבוצות תרבותיות שהן קבוצות מיעוט. לדעתי, פרשנות זו של גונטובניק אינה תואמת את ההבנה המקובלת של הזכות לתרבות, המייצגת אותה להגנה על קבוצות מיעוט חלשות על מנת לאפשר לתרבותן להתחרות בתרבות הרוב בתנאים הוגנים יותר.

השני נוגע להבחנה מושגית בין זכות ההתאגדות לזכות לתרבות. גונטובניק מתייחס אליהן לעתים כזכויות זהות אף על פי שקיימות הבחנות מושגיות בין שתי הזכויות, הרואות בזכות להתאגדות זכות רחבה מהזכות לתרבות אך חלשה יותר מבחינת יכולתה לגבור על זכויות אחרות.

השלישי נוגע לעמדתו של גונטובניק שלפיה התיקון לחוק חוקתי היות שהוא מבטא איזון סביר בין הזכות לתרבות והזכות להתאגדות לבין הזכות לשוויון. לדעתי, התיקון

108 ניר-בנימיני וגנור, לעיל הערה 8; זיו, לעיל הערה 93.

109 שם, בעמ' 16.

110 ראו, למשל: כתבה שהתפרסמה לאחרונה ב"הארץ" על דחיית מועמדותם של עביר כר ועלא חליחל לקבלה ליישוב נס עמים. במהלך הריאיון בוועדת הקבלה נאמר להם כי קיים חשש שהם ייצרו עימותים ביישוב. לאחר הריאיון הם קיבלו תשובה שהתעקשה שהם לא הופלו מחמת דת או לאום. ראו: עמירה הס "ביקשו לחיות לצד יהודים אך נכשלו במבחן המנגל" הארץ (22.4.2015) [www.haaretz.co.il/news/local/premium-1.2619868](http://www.haaretz.co.il/news/local/premium-1.2619868)

לחוק אינו מבטא איזון סביר בין הזכויות, משני טעמים: ראשית, הזכות לתרבות איננה רלוונטית לדיון על חוקתיותו של התיקון לחוק; שנית, הזכות להתאגדות מגנה בצמצום רב (אם בכלל) על האגודות השיתופיות החפצות לסנן מועמדים המבקשים להצטרף אליהן. לכן הזכות להתאגדות אינה כוללת גם את זכותן של האגודות השיתופיות להדיר מועמדים שכביכול אינם מתאימים לאורח החיים בהן.