

## כניסה, משטר ויציאה: קהילות מגורים במשפט הישראלי

### שי שטרן\*

פסק־הדין שהתקבל באחרונה בבית־המשפט העליון בעניין **סבח**, העוסק בתוקפו המשפטי של החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), ממחיש את הכשל המתמשך המאפיין את התמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים. במובן זה פסק־הדין אינו אלא חוליה נוספת בשרשרת ארוכה של פסיקה הנמנעת מלהניח תשתית נורמטיבית סדורה להתמודדות עם קהילות מגורים בישראל.

מאמר זה מציע תשתית נורמטיבית כזו, אשר מבוססת על חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות במהותן, ומשמיעה קיומה של הבחנה בין קהילות מגורים שונות בהתאם למאפייניהן. המאמר מציע שלושה אדנים מרכזיים ליצירת הבחנה כאמור. ראשית, על המדינה לקיים בחינה מקדמית בדבר כשרותן החברתית של הקהילות השונות. בחינה זו מהווה תנאי הכרחי, אם כי לא מספיק, לתחולת חובתה הפלורליסטית של המדינה ביחס לקהילות. כיום דרישה זו מיושמת על־ידי מדינות ליברליות שונות, ובכלל זה ישראל, באמצעות מדיניות הבוחנת את הנורמות העומדות בבסיס תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה, ואת מידת התאמתן של נורמות אלה לערכים ליברליים. המאמר מבקש לאתגר מדיניות נהגת זו, תוך הנחת אפשרות אחרת לבחינת כשרותן החברתית של קהילות מגורים – כזו המשמיעה העתקה של מרכז־הכובד מהמישור הערכי־האתי אל המישור המבני. בהתאם לאפשרות זו, כשרותן החברתית של קהילות תוכר כל זמן שהן יאפשרו לחבריהן להשתייך בו־בזמן לקהילות נוספות הפועלות בהתאם לנורמות שונות, וכן יימנעו מלהחצין את הנורמות הנהגות בקהילה אל מחוץ לגבולותיה. תנאי זה הינו הכרחי, כאמור, אך אינו מספיק. לצורך הכרעה באשר לתחולת חובתה הפלורליסטית של המדינה ביחס לקהילות, על המדינה לשקול שני

---

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן. אבקש להודות לאורי אהרונסון, לחנוך דגן, לצילי דגן, לשחר ליפשיץ, לאביטל מרגלית, לג'וזף סינגר, לאיילת שחר, לידידה שטרן ולמנאל תותרי־ג'ובראן על הערותיהם המועילות למאמר זה. כמו־כן ברצוני להודות לאילן סבן ולחברי מערכת משפט וממשל – רננה מיסקין, יוחאי אדרי, אדוארד דיזנגוף ועידו שפירא – על הערותיהם המועילות ועבודתם המאומצת, אשר תרמו רבות למאמר.

שיקולים נוספים. האחד עוסק בתפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה וכן בתפקידו של שיתוף-הפעולה ביניהם במימושה. לצורך זה המאמר מציג טיפולוגיה של תפקידי שיתוף-פעולה במימושן של תפיסות טוב, שלפיה שיתוף-פעולה עשוי להיות בעל תפקיד מכונן, מוסיף ערך או מסייע. השיקול האחר שעל המשפט לשקול הוא חוסן הפוליטי והכלכלי של הקהילות. החוסן הפוליטי והכלכלי עשוי להשליך על היקף חובתה הפלורליסטית של המדינה – הן בשל היותו סמן לקהילות המשתייכות לקבוצות המיעוט בחברה והן בשל התייחסותו לעצם הצורך בתמיכת המדינה במימושה של תפיסת טוב מסוימת.

המאמר ממחיש כיצד תשתית נורמטיבית זו עשויה לצאת מן הכוח אל הפועל, תוך עמידה על שלושה שלבי פעילות עיקריים שבהם קהילות מגורים מאתגרות את המשפט הישראלי: שלב הכניסה, שבו נבחנות שאלות הנוגעות בהקצאת מקרקעין ליישובים ובמנגנוני ההדרה המשמשים בתהליך הקבלה אליהם; משטרן הפנימי של הקהילות והיקף הביקורת השיפוטית הראוי על פרטיו של משטר זה; ושלב היציאה, שבו נדונים היקפה של זכות היחידים לצאת מהקהילה, היקף זכותה של קהילה להחליט על יציאה כפויה של אחד מחבריה, וכן הרחבת מנעד הסעדים שעל המדינה להציע לקהילות מגורים שנקשרו בשל נטילה שלטונית.

**מבוא. א. המשפט הישראלי הנוהג והקהילה. ב. מדוע אי-אפשר להימנע עוד מהנחת תשתית נורמטיבית: 1. פרימתה של הזיקה בין תצורה לתוכן; 2. אם נתעלם, הבעיה לא תיעלם: הפגיעה ביחיד, בקהילה ובמדינה. ג. חובתה הפלורליסטית של המדינה. ד. מדיניות מובחנת להתמודדות משפטית עם קהילות מגורים: 1. כשרותה החברתית של הקהילה; 2. תפקיד שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת; 3. חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה. ה. מהלכה למעשה: 1. ארבעה דגמים, ארבע קהילות מגורים; 2. שלב הכניסה: על הקצאת מקרקעין וועדות קבלה; 3. התערבות המשפט במשטרן הפנימי של קהילות מגורים; 4. שלב היציאה: על יציאה רצונית ויציאה כפויה. ו. סיכום.**

## מבוא

המרחב הישראלי משופע בתצורות מגורים – חלקן בעלות מאפיינים מוגדרים מבחינה משפטית, וחלקן הינן תולדה של מציאות מרחבית מתפתחת.<sup>1</sup> כך, לדוגמה, תקנות האגודות

1 הכוונה בהקשר זה היא לקהילות מגורים שאינן מאוגדות באמצעות כלים משפטיים המוכרים בדין הישראלי. עם קהילות אלה ניתן למנות, בין היתר, שכונות סגורות, דוגמת "שכונת אנדרומדה" ביפו או "סביוני רמת-אביב" ברמת-אביב; כפרים בדוויים בנגב (ובכלל יישובים שאינם מוכרים); ושכונות מתוחמות, דוגמת מאה שערים בירושלים. לעניין זה ראו גלעד רוזן וערן רזין "מתחמי מגורים מגודרים בישראל: אוטופיות קהילתיות או מועדוני חברים אקסקלוסיביים בעידן ניאור-ליברלי?" קהילות מגודרות 41 (אמנון להבי עורך, 2010); אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד

השיתופיות מגלות כי בישראל יש סוגים שונים של אגודות שיתופיות המיועדות למגורים, דוגמת קיבוצים, מושבים ויישובים קהילתיים.<sup>2</sup> באופן דומה, חוק המקרקעין מכיר בהבחנה בין מגורים פרטיים לבין מגורים בבית משותף.<sup>3</sup> ההבחנה בין תצורות מגורים אלה זוכה בביטוי משפטי, המקנה לכל אחת מהן מאפיינים ייחודיים.<sup>4</sup> על-דרך הכלל ניתן לומר כי המשפט הישראלי הכיר בחשיבות קיומן של קהילות מגורים, והיה נכון להעניק להן יחס התואם את מאפייניהן השיתופיים.<sup>5</sup> עם זאת, בתי-המשפט נקלעו פעם אחר פעם לקשיים בשעה שנדרשו לנמק פסיקה העוסקת בקהילות מגורים. מאמר זה טוען כי קשיים אלה הם תולדה של העדר תשתית נורמטיבית המסדירה את פעילותן של קהילות מגורים בישראל, כמו-גם של רצונם של בתי-המשפט להימנע מקביעת מסמרות במציאות פוליטית ומשפטית מורכבת. על-מנת לאפשר מדיניות זו, אשר ניתן לכנותה "ניהול זהיר של הקיים במרחב", הצדיקו בתי-המשפט את הכרעותיהם בסוגיות הקשורות לקהילות מגורים ברציונלים שונים. כך, לדוגמה, הזכות לשוויון, הזכות לתרבות והאינטרס הציבורי בקיומה של התיישבות מתבדלת מבחינה גיאוגרפית שימשו – יחד או לחוד – עוגנים משפטיים להצדקת הכרעות בעניינין של קהילות מגורים.<sup>6</sup> ברשימה אחרת עסקתי בבעייתיות הכרוכה בהישענות על כל אחד מהאדנים המשפטיים האמורים.<sup>7</sup> בין היתר טענתי כי כל אחד מהאדנים המשפטיים האמורים עמום דיו לאפשר הכרעה אד-הוקית, וכי הדרתה של הזכות לקניין מההכרעה המשפטית מקשה עד-מאוד קבלת הכרעה מאוזנת וראויה.<sup>8</sup>

מציאות משפטית זו מגלה כי אף שהדין הישראלי מכיר בחשיבותן של קהילות מגורים גיאוגרפיות, הוא נמנע עד כה מלהניח תשתית נורמטיבית סדורה לצורך הבחנה בין קהילות מגורים שונות. במחדלו זה הדין הישראלי פוגע ביכולתן של קהילות מגורים לתפקד כראוי.

אמרה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדווי" משפט וממשל יד 7, 32 (2012).

- 2 תקנות האגודות השיתופיות (סוגי אגודות), התשנ"ו-1995.
- 3 ראו פרק 1 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.
- 4 ראו, לדוגמה, רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 562-563 (1994) ("נלמד מכאן, כי הרוכש דירה בבית משותף – הוא הדין במי שדירה בבית משותף נפלה לבעלותו בדרך אחרת – מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו, וכמו הקנה חלק מזכויותיו למסגרת השיתופית המתמשכת והקבועה. דיברנו בלשון של ויתור, אך לאמתם של דברים הוויתור מובנה הוא אל תוך מסגרתו הנורמטיבית של הבית המשותף, כהגבלה קניינית מעיקרו של דין").
- 5 ראו, לדוגמה, בג"ץ 6627/98 נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נד(5) 299 (2000); ע"א 4245/00 חן נ' קיבוץ תל קציר אגודה שיתופית, פ"ד נז(6) 10 (2003); ע"א 613/77 אדלר נ' שומרי אמונים בע"מ, פ"ד לב(1) 788 (1978); ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277 (2005); ע"א 11533/05 קיבוץ קלי"ה נ' הרטי (פורסם בנבו, 10.3.2009).
- 6 ראו, לדוגמה, בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
- 7 שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" עיוני משפט לו 95 (2014).
- 8 שם, בעמ' 104-120.

פגיעה זו מוצאת ביטוי בכל אחד מהשלבים המאפיינים את פעילותן של קהילות: בשלב הכניסה לקהילה, במשטר הקהילתי המתקיים בה ובשלב היציאה ממנה. בעטייה של הימנעות זו נפגעים הן יחידים המבקשים להשתלב בקהילה, הן חברי הקהילה עצמם והן הקהילה כמוסד חברתי.

מאמר זה מבקש להיות בבחינת מורה נבוכים בעניין התמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים. לצורך כך המאמר מציע תשתית נורמטיבית להתמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים, המושתתת על חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר לאזרחיה לדבוק בתפיסות הטוב שלהם ולממשן. חובה פלורליסטית זו מצדיקה במקרים מסוימים מתן הכשר להתבדלות גיאוגרפית של חברי קהילה המחזיקים בתפיסת טוב משותפת, היא משפיעה על האופן שבו המשפט רשאי להתמודד עם שאלות הקשורות למשטר הפנימי של הקהילה, והיא משמיעה שינוי באופן שבו על המשפט להתמודד עם יציאה מקהילה.

כאמור, חובה פלורליסטית זו מחייבת את המדינה הליברלית לאפשר לאזרחיה לממש את תפיסות הטוב המוחזקות על-ידיהם. לפיכך, ככל שמימושן של תפיסות הטוב מותנה או נעזר בשיתוף-פעולה בין חברי הקהילה, יש בחובתה הפלורליסטית של המדינה כדי להצדיק מתן יחס משפטי ייחודי לקהילה. אולם חובה פלורליסטית זו של המדינה אינה בלתי-מוגבלת, ואין לראות בה הכשר אפריורי לפעולתן של קהילות במרחב הישראלי; נהפוך הוא – חובתה הפלורליסטית של המדינה מצדיקה גיבוש תשתית נורמטיבית סדורה לבחינת פעילותן של קהילות במרחב הישראלי, תוך התמקדות במאפייני הקהילות ובתרומתן למימושן של תפיסות טוב שונות.

המאמר יימשך כדלקמן: בפרק א אטען כי המשפט הישראלי הנוהג נמנע מלהניח תשתית נורמטיבית לצורך התמודדות עם קהילות מגורים, וממילא כי המדיניות הנוהגת ביחס לקהילות אלה מתקשה להתמודד עם האתגרים שהיא ניצבת בפניהם. בפרק ב אטען כי הסתמכות זו של המשפט הישראלי על הצורה המשפטית כעל עדות למאפייניה של קהילת מגורים אינה ראויה, שכן אין בצורה המשפטית שקהילת המגורים מאוגדת בה כדי להעיד על תוכנה. מסקנתו של פרק זה תקרא להנחת תשתית נורמטיבית סדורה לצורך התמודדות של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים. בפרק ג של המאמר אציע להשתית את יחסו של המשפט הישראלי לקהילות מגורים על חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר לאזרחיה לממש את תפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן. חובה זו משמיעה יצירת הבחנה באופן שבו המשפט פועל כלפי חצרות מגורים שונות, בכפוף לתפקידן במימוש תפיסות טוב שונות בחברה. בפרק ד של המאמר אבקש לפרוט חובה זו לשיקולים שלפיהם יהיה אפשר להכריע בסוגיה מורכבת זו. פרק זה יציג שלושה שיקולים מרכזיים שצריכים להשפיע על היחס שבו תזכה קהילת מגורים במשפט הישראלי: (1) כשרותה החברתית של הקהילה; (2) תפקידו של שיתוף-הפעולה במימושה של תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה; (3) מידת ההזדקקות של הקהילה לתמיכה מצד המדינה. האיזון בין שיקולים אלה עשוי להניח לפני המשפט הישראלי תשתית ראויה להתמודדות עם קהילות מגורים. בפרק ה של המאמר אבקש לפרוט שיקולים נורמטיביים אלה לכלל מעשה, תוך המחשה כיצד הם צריכים לבוא לידי ביטוי בהכרעות משפטיות הקשורות לפעילותן של קהילות מגורים.

## א. המשפט הישראלי הנוהג והקהילה

המשפט הישראלי הנוהג מעניק משמעות נורמטיבית ותיאורית לקהילות מגורים. עם זאת, עד כה נמנע המשפט מקיום דיון מעמיק בשאלות מהותיות הקשורות להגדרת הקהילה, להיקף פעילותה ולכשרותה, וכן בנוגע להשלכותיה של הכרה זו על כלל הגורמים המעורבים בפעילותה או מושפעים ממנה. תחת זאת, המשפט הישראלי מבכר להסתמך על הצורה המשפטית שקהילת המגורים פועלת במסגרתה כסמן למאפייניה של הקהילה הנדונה, וזאת חרף מודעותו לפער ההולך ומתרחב בין הצורה המשפטית לבין מאפייניה של הקהילה.<sup>9</sup> כך, לדוגמה, כאשר עמד למבחן הקיבוץ, קבע בית-המשפט כי מערכת היחסים המאפיינת קהילת מגורים זו היא "שיתופיות עמוקה",<sup>10</sup> המקנה לקהילה סמכות רחבה לממש את מטרותיה ואת אורחות חייה, אף תוך הטלת סנקציות על חברי הקהילה.<sup>11</sup> גם ביחס למושבים קבע בית-המשפט כי "המושג מושב עובדים משמיע – אמור הוא להשמיע – אורח חיים, קשר אישי, שיתוף ועזרת-גומלין בין אדם לאדם. מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית אינו אך מסגרת פורמאלית והתאגדות להתיישבות; חברות במושב מצביעה על בחירה בדרך חיים משותפת".<sup>12</sup> גישתם של בתי-המשפט ליישובים קהילתיים מסויגת יותר. אולם חרף התמיהה שהביעו בתי-המשפט בישראל בדבר משמעותה של הקהילתיות ביישובים אלה, הם נמנעו עד כה מלהעניק משמעות מעשית לתמיהה זו.<sup>13</sup> הסתמכותו של המשפט הישראלי על זיקה מדומיינת בין צורה לתוכן הובילה אותו להנחה כי יישובים קהילתיים מקיימים רכיב קהילתי, הגם שהוא מתקשה להגדיר – ולעיתים אף נמנע מלברר – את מהותו.<sup>14</sup>

להכרה נורמטיבית זו בחשיבותן של קהילות מגורים מתלווה משמעות מעשית. המשפט הישראלי מכיר בייחודיותן של קהילות המגורים – וביחס המשפטי השונה שיש להעניק להן – בשלבי פעילותן השונים: שלב הכניסה אליהן, משטרן הפנימי ושלב היציאה מהן.<sup>15</sup> בשלב הכניסה המשפט הישראלי מאפשר לקהילות מגורים מסוימות להתנות את הצטרפותם של רוכשי זכויות קניין פוטנציאליים באישורה של ועדת קבלה, והטעם לכך הוא החשש מפני פגיעה במרקם הקהילתי.<sup>16</sup> בעשותו כן, המשפט הישראלי מבחין בין קהילות מגורים לבין

9 עניין נוימן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 317–318.

10 עניין חן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.

11 ש.ס.

12 עניין נוימן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 317.

13 בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת, פס' 24–34 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנוב, 17.9.2014).

14 ש.ס. פס' 27 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. כאן המקום לציין כי בעניין קעדאן אומנם השיג בית-המשפט על מידת היותם של תושבי היישוב הקהילתי "קציר" בבחינת "קבוצה ייחודית", אולם נמנע מלהטיל ספק בקיום רכיב של קהילתיות ביישוב. ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 279–280.

15 שטרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100–104.

16 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011, ס"ח 683 (להלן: תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות). להשתלשלות ההיסטורית של החלטות מועצת מקרקעי ישראל

תצורות מגורים אחרות, תוך מתן העדפה והקניית חשיבות לאורח החיים הקהילתי.<sup>17</sup> באשר למשטרן הפנימי של קהילות מגורים, נקודת המוצא של המשפט הישראלי היא שיש לנהוג בריסון ובאיפוק בכל הנוגע בביקורת שיפוטית על החלטותיהם של הגורמים המוסמכים בקהילה.<sup>18</sup> בתי-המשפט מושכים את ידיהם מהתערבות בהחלטות פנימיות הקשורות לניהול הקהילות, בטענה כי התערבות חיצונית של מערכת המשפט עלולה לפגוע בכוחה ובסמכותה של הקהילה ביחס לחבריה, ומתוך הבנה כי כוח וסמכות מעין אלה דרושים לקהילה לצורך שימור מערכת העקרונות הייחודיים הפנימיים לה.<sup>19</sup> הנה כי כן, המשפט הישראלי – הגם שאין הוא נמנע לחלוטין מהתערבות בנעשה בתוככי הקהילה – גוזר על עצמו ריסון, מתוך הכרה בייחודיותה ובחשיבותה של ההתארגנות הקהילתית. יחס ייחודי זה מוענק לקהילות מגורים על-ידי המשפט הישראלי גם בשלב היציאה מהקהילה. האירוע האחרון שבו באה התייחסות זו לידי ביטוי הוא הפיזיו שנקבע למפונים מרצועת עזה ומצפון השומרון בתוכנית ההתנתקות בקיץ 2005. במסגרת הפיזיו שהוצע למפונים כלל המחוקק הישראלי סעד ייחודי שנועד לאפשר את העתקתה של קהילת המגורים למקום חלופי.<sup>20</sup> הקצאתו של סעד ייחודי זה ביטאה את הכרתו של המשפט הישראלי במשמעות שקהילות אלה מקיימות בעבור חבריהן ובאובדן שהם עלולים לחוות בשל עקירת קהילתם.<sup>21</sup>

מדיניות דומה נוקט המשפט הישראלי גם ביחס לקהילת מגורים שונה הרווחת במרחב הישראלי – הבית המשותף. בעוד הספרות נחלקת בשאלת השיתופיות והקהילתיות המאפיינים מוסד זה,<sup>22</sup> המשפט הישראלי נוטה להכיר בחובות המוטלות על בעלי הקניין בבית המשותף

בשאלת ההדרה הגיאוגרפית ראו שטרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100–116; חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59 (2008).

17 ראו עניין סבח, לעיל ה"ש 13, פס' 27–32 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן, וכן עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6 (לעניין דחיית הגישה של "נפרד אך שווה" בדין הישראלי).

18 עניין דור, לעיל ה"ש 5, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל ("האגודה יכולה לנהל את ענייניה על פי רצונה ועל פי רצון החברים ובהתאם למטרות המשותפות שהותוו בתקנון. האגודה היא אשר מעצבת את התנהלותה ואת תפקודה על פי האינטרסים שלה, על פי שיקוליה ועל פי טעמה"). ראו אביטל מרגלית "קהילה ו/או תאגיד? הליך המעבר לקיבוץ המשתנה ומשפט המדינה" מחקרי משפט ל 291 (2016); מנחם מאוטנר "חווה, חווה אחיד, תקנון אגודה שיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי" הפרקליט מד 293 (1999).

19 עניין קיבוץ קלי"ה, לעיל ה"ש 5, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ("הנימוק לגישה מצמצמת זו נעוץ באופיו המיוחד של הקיבוץ. יד קלה של בית המשפט בהתערבות בהחלטות ממין זה עלולה לערער את כוחו וסמכותו של הגוף הקולקטיבי אשר מהווה הקיבוץ כלפי פרטיו. כוח זה חיוני, במיוחד בגוף המושתת על מערכת עקרונות פנימית-ייחודית, על מנת לאפשר את קיום המסגרת השיתופית בהתאם לדין ולתקנון הקיבוץ. יתרה מכך, היכולת והכלים להעריך האם מעשיו של חבר קיבוץ עולים בקנה אחד עם עקרונותיו או מאיימים על אורחות חייו, מצויה, מטבע הדברים, בעיקר בידי חברי אותו קיבוץ").

20 ס' 85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005.

21 ראו קרן טמיר ויעקב בר-סימן-טוב ההתנתקות מחבל עזה ומצפון השומרון: פינוי, פיזיו ולגיטימציה 39–40 (2007).

22 ראו, לדוגמה, יהושע ויסמן "יחד ולחוד בבית משותף" משפטים טז 197 (1986); חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ 45 (1996).

כלפי יתר בעלי הדירות, ומתיר – שוב, תוך היצמדות לשאלות צורניות – קיומם של מנגנוני הדרה הקשורים למאפייני הדיירים בבית המשותף.<sup>23</sup> המשפט הישראלי מכיר בהיות הבית המשותף מוסד קנייני המכשיר הגבלה של האוטונומיה של כל אחד מבעלי הקניין – זאת, לאור תפיסת בעלי הקניין בבית המשותף כמי שוויתרו על חלק מזכויותיהם לטובת מסגרת שיתופית מתמשכת וקבועה.<sup>24</sup> תפיסה זו הובילה את המשפט הישראלי לשלילת זכות הווטו המוקנית לבעל דירה בבית המשותף בהחלטות מסוימות – ובכך להכפפתו לשיקול-דעתם של אחרים – גם כאשר אלה נוגעות בהמשך בעלותו בזכויות או לחלופין בשינוי משמעותי של מרקם החיים המשותף.<sup>25</sup>

הסתמכותו של המשפט הישראלי על הצורה המשפטית שבה התאגדה קהילת המגורים כעדות למאפייניה ולעוצמת הקהילתיות השוררת בה מאפשרת לבתי-המשפט לחמוק, פעם אחר פעם, מהנחת תשתית נורמטיבית לבחינת מאפייניה של הקהילה. הפנייה לתצורת ההתאגדות או למוסד הקנייני שבעלי הזכויות הקנייניות פועלים באמצעותו כאל מצפן בהכרעה המשפטית ביחס למהות הזכות ולהיקף תחולתה מאיינים לכאורה, מבחינת בתי-המשפט, את הצורך לחקור את מהותה של מערכת היחסים השוררת בין בעלי הקניין בקהילה נתונה, כמו-גם את תכליתה של הקהילה ומטרותיה. לדידו של המשפט הישראלי, הגדרת הקיבוץ, המושב והיישוב הקהילתי, ולצד זאת ההכרה בתצורות מגורים יחידניות או במסגרת הבית המשותף, מאפשרות ליחידים את הבחירה בין אפשרויות שונות המצויות על הרצף הקנייני שבין היפר-קולקטיביזם לבין אולטרה-אינדיווידואליזם. לפיכך הזיקה בין הצורה לתוכן יוצרת מאליה הבחנה בין קהילות מגורים שונות בהתאם לצורה המשפטית שבאמצעותה בחרו אותן קהילות לפעול, וממילא אין כביכול טעם ליצירת מסגרת נורמטיבית חיצונית לבחינת ההגדרות הצורניות הקבועות עלי חוק.

בחלק הבא אעמוד על כך שההסתמכות על הזיקה בין הצורה לתוכן בכל הקשור לקביעת היקף זכויותיהם של חברי קהילות מגורים במרחב הישראלי אינה עוד בגדר האפשרי. עוד אטען כי דבקות של המשפט הישראלי בזיקה בין צורה לתוכן תותיר את בעלי הקניין החברים בקהילות מגורים שונות – וכן בעלי קניין פוטנציאליים המבקשים להצטרף לקהילות אלה – חשופים לפגיעה בזכויותיהם הקנייניות. פגיעה זו הינה תולדה של החלת מסגרת משפטית שאינה תואמת את מאפייני הקהילה, את מידת השיתוף הנוהגת בה, וממילא את היקף הכפפת שיקול-דעתו של היחיד לזה של הכלל.

השוו אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב 63 (2005).

23 ראו עניין אדלר, לעיל ה"ש 5 (בית-המשפט נמנע מלדון בשאלת ההדרה לגופה, אך בעשותו כן הכשיר את התנאים המגבילים שנקבעו בתקנון הבית המשותף ביחס לזהות דייריו). ראו דיון נורמטיבי לעניין זה אצל דגן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 78–79, ה"ש 102.

24 עניין צודלר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 562–563.

25 שם.

## ב. מדוע אי-אפשר להימנע עוד מהנחת תשתית נורמטיבית

בחלק זה אטען כי הסתמכותו של המשפט הישראלי על הזיקה הצורנית-תוכנית אינה עוד בגדר האפשר, וכי במציאות הנוהגת על בית-המשפט להניח תשתית נורמטיבית סדורה לצורך קבלת הכרעות ביחס לקהילות מגורים שונות. גיבושה של תשתית נורמטיבית סדורה כאמור תאפשר למשפט הישראלי להימנע מפגיעה בזכויותיהם של בעלי הקניין החברים בקהילות מגורים, וחשוב לא פחות – בזכויותיהם של אלה המבקשים ליהפך לבעלי קניין בקהילות אלה.

### 1. פרימתה של הזיקה בין תצורה לתוכן

האם תצורות המגורים הרווחות במרחב הישראלי מקיימות זיקה בין הצורה המשפטית שבה הן מאוגדות לבין מאפייניהן? במילים אחרות, האם המוסדות הקנייניים השונים המוכרים כיום בדין הישראלי אכן מקיימים איזונים מובחנים זה מזה של ערכים שונים, באופן המאפשר הסתמכות על הבחירה במוסד מסוים כעדות למערכת היחסים הנוהגת בין כתליו? בחלק זה אטען כי בעוד שבעבר אכן הייתה תצורת המשפט של קהילות מגורים עשויה לבטא את ערכי הקהילה וחבריה (ועל-כן היה אפשר להסתמך עליה כראיה למאפייניה של קהילה נתונה), כיום אין עוד אפשרות לעשות כן, שכן זיקה זו הלכה ונפרמה עם השנים בעטיים של כמה תהליכים שהתרחשו במרחב הישראלי.

חשוב, לדוגמה, על הקיבוץ. הקיבוץ ההיסטורי הוא קהילת מגורים המבוססת על ערכים של בעלות משותפת בקניין, העסקה עצמית, שוויון ושיתוף-פעולה בכל תחומי הייצור, הצריכה והחינוך.<sup>26</sup> התקנונים של רוב הקיבוצים ההיסטוריים דורשים מכל חברי הקיבוץ להעביר לאגודה את נכסיהם ורווחיהם, ובתמורה הקיבוץ מחויב לספק את כל צורכיהם.<sup>27</sup> באמצע שנות השמונים של המאה הקודמת נקלעו רוב הקיבוצים למשבר מתמשך, שנבע מקשיים כלכליים משמעותיים ומאובדן כוחם הפוליטי.<sup>28</sup> משבר זה הוביל את התנועה הקיבוצית להבנת הצורך בשינוי.<sup>29</sup> לאחר תקופה ממושכת של בחינה עצמית ודיון פנימי בין הגורמים השונים בתנועות הקיבוציות, ובמסגרת דיוניה של הוועדה שמינתה ממשלת ישראל לעניין הקיבוצים, התגבש הרעיון של "הקיבוץ המתחדש", אשר כולל כמה שינויים משמעותיים במבנה הכלכלי מזה המקובל במסגרת הקיבוצית.<sup>30</sup> השינוי הבולט ביותר היה החלטתם של חלק מהקיבוצים

26 ראו תק' (5)2 (א) לתקנות האגודות השיתופיות (המגדירה את הקיבוץ ההיסטורי כ"קיבוץ שיתופי").

27 צילי דגן ואביטל מרגלית "מיסים וקהילה: על מיסוי הקיבוץ המסורתי והקיבוץ המתחדש" עיוני משפט לו 461, 480–481 (2013).

28 לתיאור ההשתלשלות של התמודדות הקיבוצים עם המשבר הכלכלי ראו אליעזר בן-רפאל **הקיבוץ: סיכון ההישרדות** 3–5, 16 (2011); אליעזר בן-רפאל ומנחם טופל **הקיבוץ על דרכים מתפצלות** 1–2, 5–7 (2009).

29 בן-רפאל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 3–5; בן-רפאל וטופל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 22–43.

30 ראו שם, בעמ' 22–43. ראו גם הוועדה הציבורית לעניין הקיבוצים **דין וחשבון בעניין הקיבוצים** (2003) [www.kibbutz.org.il/tnua/sivug/040401\\_doch\\_sivug.doc](http://www.kibbutz.org.il/tnua/sivug/040401_doch_sivug.doc). המלצות הוועדה בקשר להכרה בסיווג ייעודי לקיבוץ המתחדש אושרו על-ידי ממשלת ישראל ביום 28.3.2004 (החלטה)



להפריט חלקים מהקניין המשותף, כולל חלק מבתי המגורים של החברים, וכן להפריט את אמצעי הייצור.<sup>31</sup> שינויים מהותיים אלה בפעילותם של הקיבוצים הובילו לשחיקה משמעותית בתפיסה הכלכלית ההיסטורית שאומצה על-ידי קהילות אלה, אשר התבססה על שיתוף-פעולה אינטנסיבי ושוויון מלא.<sup>32</sup> מעתה לא הוגדר עוד "קיבוץ" באמצעות מערכת הבעלות המשותפת בקניין ושיתוף-הפעולה בכל תחומי החיים. קיבוצים שביקשו לשמר תפיסת-עולם זו החלו להיקרא "הקיבוץ השיתופי" (או "ההיסטורי"), ואילו יתר הקיבוצים, אשר אימצו מידה זו או אחרת של הפרטת נכסים ומשאבים, נכללו בקטגוריה שזכתה בכותרת "הקיבוץ המתחדש". השימוש בתואר "קיבוץ" – אשר נתפס על-ידי בתי-המשפט כמעיד על תפיסה "שיתופית עמוקה" בין חברי הקהילה – אינו מאפשר עוד לדעת את מידת השיתופיות הנוהגת בקהילה. פרימת הזיקה בין הצורה לתוכן מחדדת את השאלה אם בתי-המשפט יכולים להמשיך להסתמך על הצורה המשפטית שקהילת המגורים מאוגדת בה כעדות למאפייניה. בהנחה שהתואר "קיבוץ" אינו מחייב עוד קיומה של שיתופיות עמוקה בין חברי הקהילה, האם ראוי שבית-המשפט ימשיך לדבוק בתפיסה כי יש להקנות לקהילה כזו סמכות רחבה לממש את מטרותיה ואת אורחות חייה, אף תוך הטלת סנקציות על חברי הקהילה?<sup>33</sup>

מרכיב נוסף שהאיץ את התרחבות הפער בין הצורה המשפטית שקהילות המגורים מאוגדות בה בישראל לבין מאפייניהן של קהילות השונות נעוץ בהתפשטותם המהירה של היישובים הקהילתיים. מודל היישוב הקהילתי נועד מלידתו לשרת מטרות פרטיות של בעלי הקניין לצד מטרות ציבוריות מצד המדינה.<sup>34</sup> רוב היישובים הקהילתיים נעדרים מאפיינים של שיתוף-פעולה משמעותי בין חבריהם.<sup>35</sup> יתר על כן, ברוב היישובים הקהילתיים יהיה קשה לאתר תפיסת טוב המשותפת לכלל חברי היישוב, בוודאי כזו המצדיקה התבדלות גיאוגרפית.<sup>36</sup> אכן, קהילות מגורים אלה הן לעיתים קרובות זירה של אינדיווידואליזם המיועדת לאפשר לחבריה למתוח את גבולות הבעלות הפרטית אל מעבר למתאפשר במסגרות עירוניות. במובן זה, הגם

1736 של הממשלה ה-30 "השינויים המבניים בקיבוצים – דו"ח הועדה הציבורית לענין הקיבוצים" (28.3.2004) ([www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2004/Pages/des1736.aspx](http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2004/Pages/des1736.aspx)) והוטמעו בתקנות האגודות השיתופיות ביום 20.12.2005 (ק"ת התשס"ו 188–197).

31 ראו בן-רפאל וטופל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 22–43.

32 שם, בעמ' 44–58.

33 עניין קיבוץ קלי"ה, לעיל ה"ש 5.

34 אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב"אתנוקרטיה הישראלית": התיישובות, קרקעות ופערים עדתיים" עיוני משפט כא 637, 649–650 (1998).

35 AHARON KELLERMAN, SOCIETY AND SETTLEMENT: JEWISH LAND OF ISRAEL IN THE TWENTIETH CENTURY 95 (1993) ("[T]he community settlement is based on urban values, even though the settlement usually functions as an organization for the purposes of its establishment, management, and at times the acceptance of new residents") "במסווה הפרטה וקהילתיות – עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל" דין ודברים ב 141, 154–155 (2005).

36 ראו KELLERMAN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 95 ("[T]he community settlement may be homogenously structured, along one or more political, religious or professional lines, or it may be heterogeneous").

שהקהילה נוכחת בצורה המשפטית, היא נפקדת הלכה למעשה מחייהם של בעלי זכויות הקניין.

לבסוף, חשבו על הבית המשותף. המשפט הישראלי מאפשר את הכפפת היחיד וזכויותיו לשיקול-הדעת של הרוב גם בסוגיות העוסקות בהמשך החזקת הזכויות על-ידי היחיד ובשינוי מרקם החיים שנהג בבית המשותף. בעניין צודלר הבהיר בית-המשפט כי הבית המשותף הינו מסגרת שיתופית – קהילת מגורים – אשר מצדיקה את הגבלת האוטונומיה של היחיד ומבטאת ויתור מלכתחילה על חלק מזכויותיו.<sup>37</sup> על תפיסה זו נמתחה ביקורת רבה, אשר התמקדה הן בראיית הבית המשותף כזירה שיתופית והן בהיקף הכפפתם של היחיד וזכויותיו לשיקול-הדעת של הרוב.<sup>38</sup> הטענה העיקרית שהועלתה נגד תפיסת הבית המשותף כקהילת מגורים היא שהבית המשותף אינו מסגרת שיתופית – קרי, קהילת מגורים – אלא מסגרת ארגונית שנועדה לאפשר ליחידים לחיות זה לצד זה.<sup>39</sup> במובן זה, הגם שבעלי הזכויות בבית המשותף מתגוררים בסמיכות גיאוגרפית הדוקה זה לזה, הם מבקשים דווקא לשמר את האוטונומיה הייחודית שלהם בדירותיהם.<sup>40</sup> טענה זו מבטאת למעשה את דחיית הזיקה בין צורה לתוכן ואת העדפת הבחינה המהותית של זכויות בעלי הקניין במסגרת נתונה. הענקת הקדימות ל"בית" על ה"משותף" מחדדת את המתח השורר בין הצורה המשפטית שבה בחרו בעלי הקניין לבין התוכן המאפיין את זכויותיהם.

אולם האם פרימתה המתמשכת של הזיקה בין צורה לתוכן ביחס לקהילות מגורים צריכה להשפיע על היחס שקהילות אלה זוכות בו במשפט הישראלי? מהו החשש העומד בבסיסה של התביעה המובעת במאמר זה להנחת תשתית נורמטיבית סדורה להתמודדות עם קהילות מגורים במשפט הישראלי? שאלות אלה יעמדו במוקד החלק הבא.

## 2. אם נתעלם, הבעיה לא תיעלם: הפגיעה ביחיד, בקהילה ובמדינה

בפסק-הדין שהתקבל לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין סבח נדונה חוקתיותו של תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: החוק), אשר קבע את היקף סמכותם של יישובים קהילתיים קטנים בנגב או בגליל להדיר חברים פוטנציאליים באמצעות מנגנוני סינון דוגמת ועדת קבלה.<sup>41</sup> עיקרה של המחלוקת שהתגלעה בין שופטי בית-המשפט העליון נגעה בשאלה מתחום סדרי הדין, ועסקה בהחלטה של דוקטרינת "הבעיה הבלתי-בשלה".<sup>42</sup> דעת הרוב סברה כי אין עדיין אפשרות – נכון למועד מתן פסק-הדין – לגבש תשתית עובדתית מספקת לגבי אופן החלת החוק הלכה למעשה, וממילא אי-אפשר לקבוע מסמרות לגבי טיבו.<sup>43</sup> דעת המיעוט, לעומת זאת, סברה כי אי-בירור העתירות לגופן ינציח הפליה והדרה ביישובים

37 עניין צודלר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 562–563.  
 38 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 22; דגן, לעיל ה"ש 22.  
 39 שם, בעמ' 64–68.  
 40 שם.  
 41 עניין סבח, לעיל ה"ש 13.  
 42 שם, פס' 11–28 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.  
 43 שם, פס' 28 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

קהילתיים. בסיכומו של דבר נמנע פסק-הדין בעניין סבח מלפסול את החוק, בטענה של העדר בשלות.<sup>44</sup>

אולם נראה כי חשיבותו של פסק-הדין אינה נעוצה בהכרעה המשפטית שניתנה בו, אלא דווקא בשאלות שהועלו בו, הגם שאלה נותרו ללא מענה. פסק-דינו של השופט ג'ובראן מסיר את מסכת העמימות הנהוגה במשפט הישראלי ביחס לקהילות מגורים, תוך שהוא תובע הנחת משנה סדורה ביחס להכרעות משפטיות בעניינן של קהילות מגורים במרחב הישראלי. השאלות המהדהדות לפיכך בפסק-הדין הן: מהו אותו עקרון קהילתי שבו נאמרו ניאות המשפט הישראלי לכופף את היחיד וזכויותיו לשיקול-הדעת של הרוב? כיצד על המשפט הישראלי לפרוט את הכותרת "קהילה" לכלל הכרעה משפטית בזכויות? האם השימוש התכוף הנעשה במרחב הישראלי במושג "קהילה", על נגזרותיו השונות, די בו להצדיק מתן יחס משפטי שונה לקהילות מגורים, הגם שאלה שונות זו מזו – לעיתים לחלוטין – במערך היחסים הפנימי שהן מקיימות?

שאלות אלה ממחישות את הפגיעה בזכויות קניין בישראל בשל ההימנעות מהנחת תשתית נורמטיבית סדורה להתמודדות עם קהילות מגורים במרחב הישראלי. העדפת הצורה על המהות – וליתר דיוק השימוש בצורה כעדות למהות – מונעת יישומם של כללים משפטיים ראויים להתמודדות עם השונות הקיימת בין קהילות מגורים במרחב הישראלי. יתר על כן, ההימנעות מהנחת תשתית נורמטיבית ליחס המשפטי הראוי לקהילות מגורים במרחב הישראלי חושפת את חברי קהילת המגורים – כמו גם את החברה בכללותה – לשימוש לרעה בזכות ולמניפולציה בשימוש בזכות. לא זו אף זו, ההתעלמות המתמשכת מהשונות הקיימת בין קהילות שונות – שחלקן מאוגדות תחת אותה מטרייה צורנית – פוגעת בחשיבות המשפט הישראלי מבקש להעניק לקהילות ולערכים השיתופיים שהן מייצגות. כמובן זה, קידושה המתמשך של הקהילתיות החלולה על-ידי המשפט הישראלי סופו לגרום נזק של ממש למוסד זה.

על-מנת להמחיש טענות אלה, חשבו על המופעים המשפטיים השונים שבהם המשפט הישראלי נדרש להתמודד עם קהילות במרחב הישראלי. בשלב הכניסה המשפט הישראלי מאפשר לקהילות מגורים להחיל מנגנוני סינון, המאפשרים את בחירת המועמדים הראויים בעיני הקהילה. מתן הכשר למנגנוני הדרה אלה – חרף המודעות לריק הקהילתי המאפיין חלק מהיישובים – פוגע בזכות הקניין של חברי היישוב וכן בזכותם של אלה המבקשים ליהפך לחלק ממנו.<sup>45</sup> אולם השלכותיה של ההכרה בקהילות חורגות מגבולותיו של המשפט הפרטי ושולחות את פארוטיהן גם אל המשפט הציבורי, שבמסגרתו המדינה נתבעת להקצות מקרקעין לפעילותן של קהילות מגורים.<sup>46</sup> התעלמות מהשונות הקיימת בין קהילות מגורים שונות אינה מאפשרת גיבוש מדיניות מובחנת דייה להקצאת מקרקעין, ובתוך כך גם מונעת את גיבושם של כללים ברורים להקצאה שוויונית וראויה.

44 שם, פס' 6–12 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

45 שטרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 116–120.

46 שם, בעמ' 104–107.

הדברים נכונים גם בכל הקשור למשטרן הפנימי של קהילות. העדרה של תשתית נורמטיבית להבחנה בין קהילות מגורים שונות אינה מאפשרת למשפט הישראלי לגבש מדיניות מובחנת באשר להיקף ההתערבות הראוי של המשפט בענייניה הפנימיים של קהילת המגורים. כאמור, המשפט הישראלי גזר על עצמו ריסון ואיפוק בהחלת ביקורת שיפוטית בכל הקשור למשטרן הפנימי של קהילות מגורים.<sup>47</sup> מדיניות דומה נקט המשפט הישראלי גם ביחס לבית המשותף.<sup>48</sup> אולם נראה כי ריסון זה שכפה על עצמו המשפט הישראלי באשר לעריכת ביקורת שיפוטית על משטרן של קהילות מגורים אינו יכול להתעלם מהשונות הקיימת בין קהילות מגורים שונות, גם כאלה הפועלות תחת אותה תבנית משפטית. קָשְבו על הטעמים שבשםם כפה על עצמו בית- המשפט הישראלי ריסון שיפוטי. הטעם האחד הוא כיבוד האוטונומיה של הפרט. על-פי טעם זה, המשפט הישראלי נמנע מלהחיל ביקורת שיפוטית רחבה על משטרה הפנימי של הקהילה מתוך הנחה שהיחידים, חברי הקהילה, ויתרו מרצונם על חלק מהיקף זכויותיהם.<sup>49</sup> הטעם האחר הוא שימור סמכותה של הקהילה. הריסון השיפוטי, על-פי טעם זה, נובע מרצונו של המשפט לא לערער את יכולתה של הקהילה לממש את מטרותיה.<sup>50</sup> שני טעמים אלה מצדיקים אומנם צמצום מסוים של היקף הביקורת השיפוטית על משטרן של קהילות מגורים, אולם הם מותנים בקיומה של שיתופיות בין חברי הקהילה, וחשוב לא פחות – בעוצמתה. ברי כי בקהילות מסוימות, שבהן נוהגת שיתופיות עמוקה, ייאותו חברי הקהילה לוותר על חלקים מזכויותיהם למען התממשותה. גם ההכרה בחשיבות סמכותה של הקהילה עולה בשעה שזו מבקשת לממש ערכים משותפים לחבריה. אולם בקהילות מגורים שלא נוהגת בהן שיתופיות עמוקה, דוגמת רוב הבתים המשותפים וחלק מהיישובים הקהילתיים, חשיבותו של הריסון השיפוטי פוחתת. במקרים מעין אלה ספק אם בעלי הקניין ייאותו לוותר על חלקים מזכויותיהם לטובת אחרים או להכפיף את שיקול-דעתם לזה של הכלל. בקהילות אלה קשה גם להצדיק ריסון שיפוטי ביחס למשטרה הפנימי של הקהילה מהטעם של ביסוס סמכות הקהילה, שכן בקהילות הנעדרות שיתופיות עמוקה לא ברור כלל אם סמכות זו ראויה בעיני המשפט. הגזרה

47 ראו מרגלית, לעיל ה"ש 18.

48 עניין אדלר, לעיל ה"ש 5; עניין צודלר, לעיל ה"ש 4.

49 ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 546–547 (1991) ("מהו מעמדו המשפטי של התקנון? כמסמך בסיס של האגודה השיתופית, הוא קובע את הכוחות והסמכויות של האורגנים השונים ומבחינה זו הוא חלק מהמשפט 'החוקתי' שלה, אשר כוחו נובע מהסמכויות 'השלטוניות' המצויות בידי האסיפה הכללית. האם ניתן לראות בו גם ביטוי להסכמתו של כל חבר וחבר? ... נפסק, כי 'התקנון של אגודה שיתופית הוא בגדר הסכם בין האגודה לבין חבריה המסדיר את היחסים המשפטיים ביניהם וקובע את הזכויות והחובות ההדדיות שלהם"). ראו גם ע"א 556/69 "ניר" חברה שיתופית להתיישבות עובדים עברים בע"מ נ' ביטן, פ"ד כד(2) 710 (1970); עניין חן, לעיל ה"ש 5. האוטונומיה של הפרט עמדה גם בבסיס הכרעת הדין בעניין צודלר, לעיל ה"ש 4.

50 ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 615–616 (2002) ("התערבות שיפוטית מופרזת בהחלטות האספה הכללית, או בכוחה של האספה הכללית להטיל סנקציות על חברי קיבוץ בגין אי-ציות להחלטותיה או הפרת אורחות חיי הקיבוץ, מכרסמת בכוחו של הקולקטיב הקיבוצי כלפי חבריו, כוח שבלעדיו לא ניתן לקיים חיים במסגרת השיתופית המתוחמת על-ידי הדין ועל-ידי תקנון הקיבוץ").

השווה שגזר המשפט הישראלי בין קהילות שונות במהותן פוגעת אם כן בזכויותיהם של בעלי הקניין בקהילות השונות, בשל היותה מקור למדיניות לא־מובחנת. לבסוף, הדברים נכונים גם בכל הקשור לשלב היציאה מהקהילה. כפי שאראה להלן, שלב היציאה מהקהילה כולל שלושה מופעים אפשריים: (1) יציאה רצונית של חבר הקהילה; (2) עזיבה כפויה של חבר הקהילה עקב החלטה של הקהילה; (3) יציאה כפויה של חבר הקהילה בשל נטילה שלטונית של זכויותיו במקרקעין. הגם ששלושת המופעים הללו, כפי שאראה להלן, צפויים להיות מושפעים מהנחת תשתית נורמטיבית להתמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים,<sup>51</sup> לצורך המחשת הפגיעה אבקש להתייחס לפגיעה שעשויה להיגרם במופע השלישי, קרי, ביציאה כפויה בעטייה של נטילה שלטונית. המשפט הישראלי נדרש להתמודדות זו פעמים מספר מאז הוקמה מדינת־ישראל.<sup>52</sup> האירוע הבולט האחרון שבו התמודד המשפט הישראלי עם נטילה שלטונית של מקרקעין שגרמה להפסקת פעילותן של קהילות מגורים היה יישומה של תוכנית ההתנתקות בקיץ 2005. לצורך יישום התוכנית נחקק חוק ייעודי – חוק יישום תכנית ההתנתקות – ובו נקבעו סעדים החורגים באופן משמעותי מהסעד העיקרי הקבוע עלי חוק בגין נטילה שלטונית של מקרקעין, קרי, תשלום מחיר השוק של הנכס שהופקע.<sup>53</sup> בין היתר אפשר המחוקק הישראלי לכל קבוצה של עשרים בעלי זכויות קנייניות שפוננו במסגרת התוכנית לתבוע הקמה של קהילת מגורים חדשה.<sup>54</sup> סעד זה, הכרוך בעלויות משמעותיות, ביקש לבטא את הכרתו של המחוקק הישראלי באובדן הנוסף שהיה כרוך ביישום תוכנית ההתנתקות – אובדן הקהילתיות. אולם החלטתו של המחוקק הישראלי להקנות סעד בעין כאמור לכל קבוצה של עשרים בעלי זכויות קניין, מבלי לתהות על מאפייניה של קהילת־המקור שאותה נאלצו לעזוב או על אלה של הקהילה העתידית, פגעה בזכויותיהם של בעלי קניין, באינטרס הציבורי ובמוסד הקהילה. מתן סעד של העתקה קהילתית בגין נטילה שלטונית, מבלי שסעד זה יותנה או יוגבל במאפיינים של קהילת־המקור או של הקהילה העתידית, פוגע בזכויות הקניין של חברי הקהילות השונות בשל העובדה שהוא מפצה חלק

51 ראו להלן חלק ה.4.

52 כך, לדוגמה, החל בשנות החמישים נדרשו בתי־המשפט הישראליים להתמודד עם הפקעת שטחים בנגב מהאוכלוסייה הברווית. ראו לעניין זה יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 1. התמודדותו של המשפט הישראלי בעניין זה עודה נמשכת, ועיקרה הניסיון להסדיר את התיישבות האוכלוסייה הברווית בנגב. לסיכום־ביניים של התמודדות זו ראו רונית לוי־שנור תכנית ההתנתקות בנגב: על הצעת החוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג–2013 (2013). דוגמה נוספת להתמודדות זו היא היחס שהפגין המשפט הישראלי לפינויים של המתישבים הישראליים מחצי־האי סיני כחלק מהסכמי השלום עם מצרים. על ההליכים המדיניים והמשפטיים שהיו כרוכים בפינוי המתישבים הישראליים מחצי־האי סיני ראו, באופן כללי, נורית קליאוט ושמואל אלבק סיני – אנטומיה של פרידה: פינוי ישובי סיני (1996). להשוואה בין ההליכים השונים – ובכלל זה המשפטיים – שאפיינו את פינוי חצי־האי סיני לבין אלה שאפיינו את תוכנית ההתנתקות מרצועת עזה ומצפון השומרון ראו נורית קליאוט "קבלת החלטות על פינוי יישובים, פיצוי ויישוב מחדש: סיני 1982 וחבל עזה וצפון השומרון 2005" (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 2005).

53 ס' 35–36 ו-85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות.

54 שם, ס' 85.

מבעלי הקניין ביתר ואילו חלק אחר בחסר.<sup>55</sup> הפגיעה הנגרמת לאינטרס הציבורי נעוצה בעלויות הכספיות הגבוהות שהמדינה נדרשת לשאת בגין הקמתן של קהילות מבלי לוודא את מאפייניהן.<sup>56</sup> מדיניות זו מובילה גם לרישוסו הנורמטיבי של מוסד הקהילה שכן היא מעודדת הקמת קהילות חדשות הנעדרות שיתופיות עמוקה – או אף שיתופיות כלשהי – תוך הסתמכות על ההגדרה הצורנית בלבד של תצורת המגורים.

סיכומם של דברים, אימוצה של מדיניות משפטית שאינה מבחינה בין קהילות מגורים שונות במהותן גורמת לפגיעה בזכויותיהם של בעלי קניין החברים בקהילות אלה, פוגעת באינטרס הציבורי, וכן מרוששת את המימד הערכי הגלום במוסד הקהילה. אולם מדיניות זו אינה גזרה משמים. על רקע האמור ראוי ורצוי שהמשפט הישראלי יאמץ מדיניות שונה, שתאפשר הבחנה בין קהילות מגורים שונות. על המשפט הישראלי להניח תשתית נורמטיבית סדורה ליצירתה של הבחנה זו. הצעה לתשתית זו, המושתתת על חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית כלפי אזרחיה, תעמוד במרכזו של הפרק הבא.

### ג. חובתה הפלורליסטית של המדינה

האם מדינה ליברלית צריכה לאפשר התבדלות גיאוגרפית של קהילות? האם ראוי שהמדינה הליברלית תכיר בשיקול-דעתה של הקהילה ביחס למשטר הפנימי הנוהג בה, גם כאשר יש במשטר זה כדי לסתור נורמות וערכים ליברליים? והאם ראוי שהמדינה הליברלית תתייחס בכלליה המשפטיים לאובדן הקהילה אם זו נעקרת בעטייה של נטילה שלטונית? שאלות אלה – העוסקות ביחסה של המדינה הליברלית לקהילות מגורים, וחשוב לא פחות, באופן שבו יחס זה צריך להיות מתורגם לכללים משפטיים – עומדות במרכזו של השיח הציבורי והמשפטי בנוגע לקהילות מגורים במרחב הישראלי.<sup>57</sup> בחלק זה של המאמר אטען כי התשובה לכל אחת מהשאלות דלעיל עשויה להיות חיובית, בשל חובתה של המדינה הליברלית לאפשר לאזרחיה לממש את תפיסות הטוב הראויות בעיניהם.

אחד העקרונות העומדים בבסיסן של רוב התפיסות הליברליות הוא ההכרה בזכותו של כל אדם לכתוב את סיפור חייו.<sup>58</sup> הכרה זו ביכולתו של אדם לחיות בהתאם לערכים הראויים בעיניו – גם אם בעיני המדינה הליברלית וקברניטיה הם שגויים – צריכה להיות מקובלת לא רק

55 ראו Shai Stern, *Taking Community Seriously: Lessons from the Israeli Disengagement* (2014) 47 *Isr. L. Rev.* 149, 167–169.

56 שם.

57 ראו, לדוגמה, גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014); גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיוור" קהילות מגודרות 425 (אמנון להבי עורך, 2010) (להלן: גונטובניק "קבוצות מיעוט"); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" *משפט וממשל* 87, 106–107 (2001); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" *עיוני משפט* כא 769, 783 (1998).

58 ראו, למשל, JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 155, 370 (1986); JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM: EXPANDED EDITION* 72 (2011).

על מצדדי הליברליזם הפוליטי, המניחים שונות בתפיסות הטוב הרווחות בחברה, אלא גם על אלה הדוגלים בפרפקציוניזם ליברלי.<sup>59</sup> אכן, ככל שאנו מאמינים כי החוכמה (או השגת האמת) מחייבת התנסות ותהייה, עלינו לאמץ את האפשרות לטעות כחלק מחויב מאותה חתירה מתמדת לאמת.<sup>60</sup> בהתאם לתפיסה הרזיאנית של המושג "זכות", ההכרה בזכותו של היחיד לממש את תפיסות הטוב שהוא מחזיק בהן מנביעה חובה מקבילה של המדינה לאפשר זאת.<sup>61</sup> תרגומה של חובה זו למדיניות מעלה כי על המדינה הליברלית מוטלת החובה לאפשר חברה מגוונת, המקנה הכשר למימושן של תפיסות טוב שונות. חובה פלורליסטית זו של המדינה נובעת מן ההבנה כי בני-האדם תופסים את העולם כמושתת על ערכים שונים במהותם זה מזה.<sup>62</sup> אכן, ככל שאזרחי המדינה השונים מאמצים נורמות וערכים שונים לפעילותם, וככל שתפיסות הטוב הראויות בעיניהם נבדלות זו מזו, על המדינה לאפשר להם לממש תפיסות אלה או לכל-הפחות להימנע מלהפריע להם לעשות כן.<sup>63</sup> אליזבת אנדרסון קוראת לאימוץ תפיסה פלורליסטית עמוקה, המושתתת על ההכרה בשונות הטבועה באופן שבו בני-אדם תופסים את העולם הסובב אותם. היא אף מרחיבה חובה זו עד כדי יצירת מציאות כלכלית המאפשרת לחברה פלורליסטית להתקיים.<sup>64</sup> אכן, אנדרסון אינה מותירה את החובה הפלורליסטית של המדינה כדרישה מופשטת, אלא תובעת מהמדינה ליישמה הלכה למעשה, תוך הרחבה של מגוון האפשרויות הפתוחות לפני כל אזרח באמצעות תמיכה במוסדות המאפשרים להם לנהל את חייהם על-פי הנורמות הפנימיות לתפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן.<sup>65</sup> בהתאם לתפיסה פלורליסטית עמוקה זו, חובתה הפלורליסטית של המדינה משמעה הכרה מדינתית בקיום מגוון של תפיסות טוב שונות, וחשוב לא פחות – במתן אפשרות מעשית לאזרחים לממשן. עם זאת, אין משמעותה הכשרה גורפת של כל תפיסת טוב באשר היא.<sup>66</sup>

- 59 להבחנה בין ליברליזם פוליטי לבין פרפקציוניזם ליברלי ראו JONATHAN QUONG, LIBERALISM WITHOUT PERFECTION 12–25 (2011).
- 60 לתפיסה הקושרת את קיומו של מגוון עמדות ודעות לרעיון של גילוי האמת ראו אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377, 380–379 (1996). לתפיסה רחבה העוסקת במתח שבין פלורליזם לבין מדיניות הקצאה מדינתית ראו אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאורן עירוני בעיר מתחרת" עיוני משפט לג 473, 489–500 (2010).
- 61 RAZ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 166.
- 62 ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 1 (1995).
- 63 שם, בעמ' 149. זאת, בכפוף להימנעות מפגיעה באחרים. ראו לעניין זה להלן ליד ה"ש 90.
- 64 ANDERSON, לעיל ה"ש 62, בעמ' 149.
- 65 שם.
- 66 ישעיה ברלין טוען כי תפיסות הטוב הלגיטימיות על-פי תפיסה פלורליסטית הן אלה שבטווח האופק האנושי ("within the human horizon"). ראו Isaiah Berlin, *The Pursuit of the Ideal*, in Hardy ed., 1991) THE CROOKED TIMBER OF HUMANITY: CHAPTERS IN THE HISTORY OF IDEAS 1, 11 (Henry ed., 1991). בשלב מאוחר יותר הסביר ברלין כי כוונתו במונח "האופק האנושי" הייתה לתאר מצבים אנושיים שיושמו בעבר או מיושמים בהווה על-ידי חלקים ניכרים מן העולם 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

כמו־כן אין לראות בה חובה המשתרעת ללא מגבלה. התליית תמיכתה של המדינה במידת יכולתם של אזרחיה לחיות בהתאם לתפיסת הטוב שהם מחזיקים בה עשויה לצמצם לעיתים את החובה המוטלת על המדינה הליברלית, ככל שקיומה של תפיסת טוב מסוימת אינו מותנה בתמיכה כאמור. לעומת זאת, ככל שתמיכת המדינה היא תנאי הכרחי לקיומה של תפיסת טוב מסוימת, יש בחובה הפלורליסטית המוטלת על המדינה כדי להכשיר תמיכה זו.

ההכרה בחובתה הפלורליסטית של המדינה לאפשר לאזרחיה לממש את תפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן ניצבת בפני שני אתגרים עיקריים – אשר שניהם פנימיים לתפיסה הליברלית – בשעה שהיא מועתקת אל תוככי השיח המרחבי. ראשית, הכרה זו מעלה את החשש מפני פריצת עקרון הניטרליות הרווח בחלק מהתפיסות הליברליות.<sup>67</sup> שנית, ולא במנותק מן האמור לעיל, הכרה זו מאתגרת את עקרון השוויון העומד בבסיס פעילותה של מדינה ליברלית.<sup>68</sup> חששות אלה נובעים בעיקרם מההבנה כי ההכרה בחובתה הפלורליסטית של המדינה במדיניותה המרחבית עשויה לחייב את המדינה להכשיר התבדלות גיאוגרפית של קהילה אחת ולשלול את זו של אחרת, או להעדיף הקצאת מקרקעין לצורך התבדלותה של קהילה אחת על הקצאתם לרעותה. אולם לדידי, הבנה ראויה של היקף חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית ממתנת חששות אלה, גם אם לא מבטלת אותם לחלוטין. זאת, משום שמדיניות מרחבית המבוססת על חובתה הפלורליסטית של המדינה אינה מעניקה קדימות לקהילה מסוימת על אחרת לאורן של תפיסות הטוב שאותן קהילות מחזיקות בהן; נהפוך הוא – מדיניות מרחבית המבוססת על חובתה הפלורליסטית של המדינה צריכה להיות עיוורת לתפיסות הטוב שחברי הקהילות השונות מחזיקים בהן, ולהתמקד אך בצורך של חברי הקהילה לפעול בשיתוף-פעולה על-מנת לממש את תפיסת הטוב. לפיכך הכשרת התבדלותה הגיאוגרפית של קהילה מסוימת אינה בבחינת מתן תעודת כשרות לתפיסת הטוב שחברי אותה קהילה מחזיקים בה, ובוודאי אין בה כדי לבטא תמיכה רעיונית ונורמטיבית של המדינה בעקרונותיה של תפיסת טוב זו או בערכיה. כל שהכרעה כזו מבטאת הוא הכרה מצד המדינה כי מימושה של תפיסת הטוב האמורה מצריך התבדלות גיאוגרפית. עיוורון נורמטיבי זה מבטל את החשש מפני אובדן הניטרליות בפעולת המדינה, שכן ככל שעקרון הניטרליות נועד למנוע מציאות שבה המדינה מבטאת במעשיה ובהחלטותיה תמיכה רעיונית בתפיסת טוב מסוימת, הכרעה כאמור בדבר התבדלות גיאוגרפית של קהילה נתונה נמנעת מעשות כן.

האם מדיניות מרחבית המושתתת על חובתה הפלורליסטית של המדינה חוטאת לעקרון השוויון? לדעתי, אין לענות על שאלה זו אלא בשלילה. כאמור, הכשרת התבדלותה הגיאוגרפית של קהילת מגורים נתונה אינה מעידה על תמיכת המדינה בתפיסת הטוב המקודמת

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")

67 ראו Ronald Dworkin, *Liberalism, in A MATTER OF PRINCIPLE* 127 (1985); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 94 (1971). לסקירה נרחבת של עקרון הניטרליות בחלק מהתפיסות הליברליות ראו GEORGE SHER, BEYOND NEUTRALITY: PERFECTIONISM AND POLITICS 20–45 (1997). ראו גם QUONG, לעיל ה"ש 59, בעמ' 18–20.

68 ראו RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 58, בעמ' 441–449. לדיון קונקרטי ומקיף בהשלכותיה של הדרישה לשוויון במרחב ראו בנבנשת, לעיל ה"ש 57, בעמ' 775–785.



בקהילה זו או על הזדהות של המדינה עם מאפייניה וערכיה. אולם יתרה מזו, שאלת כשרותה של התבדלות גיאוגרפית של קהילה זו או אחרת צריכה להיות מוכרעת אך בהתאם לצורך של אותה קהילה בהתבדלות זו כאמצעי למימוש תפיסת הטוב שלה. במובן זה, יכולתה של מדיניות מרחבית המושתתת על חובתה הפלורליסטית של המדינה להכריע באשר לכשרותה של התבדלות גיאוגרפית של קהילת מגורים נתונה, או באשר להעדפת הקצאת המקרקעין לקהילה אחת על הקצאתם לאחרת, נובעת במישרין מהעובדה ששתי הקהילות אינן מצויות באותה קבוצת-שוויון.<sup>69</sup> כך, בעוד קהילה אחת עשויה להיזקק להתבדלות גיאוגרפית לצורך מימוש תפיסת הטוב שחבריה מחזיקים בה, קהילה אחרת – הגם שאפשר שחבריה יהיו מעוניינים אף הם בהתבדלות כאמור – עשויה לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על-ידי חבריה, ככל שיש תפיסה משותפת כזו, גם ללא התבדלות. הבחנה זו בין קהילות, אשר אינה מושתתת על מהותן של תפיסות הטוב שלהן או על ערכיהן, אלא רק על התשובה לשאלה אם ההתבדלות הגיאוגרפית מהווה אמצעי הכרחי למימוש תפיסת הטוב, מעקרת את החשש מפני יישומה של מדיניות לא-שוויונית; נהפוך הוא – החלת מדיניות זו תאפשר את התקיימותן של תפיסות טוב הנזקקות להתבדלות גיאוגרפית ממש כשם שהיא מאפשרת את התקיימותן של אלה שאינן נזקקות לה. לפיכך דווקא התעלמות משונות זו – תוך שלילה גורפת של יכולתן של קהילות להתבדל מבחינה גיאוגרפית, למשל – תחדד את אי-השוויון, תוך הקניית עדיפות מצד המדינה לאותן תפיסות טוב שאינן נזקקות להתבדלות כזו.

ראוי לציין, עם זאת, כי יש המעלים ספקות באשר לעצם יכולתה של התבדלות גיאוגרפית להביא לידי יצירתה של חברה פלורליסטית.<sup>70</sup> לדידם של אלה, מתן הכשר להתבדלות גיאוגרפית של קבוצות בחברה לא זו בלבד שאינו מממש את מחויבותה של המדינה הליברלית לפלורליזם תרבותי ולמגוון של תפיסות טוב, אלא הוא אף סותר אותה.<sup>71</sup> יש הטוענים כי התבדלות גיאוגרפית מקדמת פגיעה בקבוצות חלשות בחברה, ומרחיבה את הניכור החברתי וההפליה.<sup>72</sup> אחרים טוענים כי התבדלות גיאוגרפית אינה נדרשת כלל לאמצעים משפטיים על-מנת להתקיים, וכי על-מנת להימנע מפגיעה נרחבת ביחידים המשתייכים לקבוצות המתבדלות, על המדינה למשוך את ידיה מהעיסוק בהתבדלות הגיאוגרפית, ולהותיר את קיומה או העדרה לפעולה חברתית.<sup>73</sup> אלה גם אלה מבקשים לפיכך לצמצם ככל האפשר את מדיניות ההתבדלות הגיאוגרפית, וליצור מרחבים משותפים דה-סרגטיביים.<sup>74</sup>

טענות אלה מחדדות את האתגרים שהמדינה הליברלית ניצבת בפניהם בשעה שהיא נדרשת ליישם את חובתה הפלורליסטית. עם זאת, אני סבור כי אין בהן כדי לערער את הדרישה ליישומה של חובה זו, אלא להפך: יש בהן כדי להשחיתה, כך שפעולתה של המדינה במישור זה תהא מזוקקת ומדויקת. טענות אלה מחייבות גיבושה של מדיניות מובחנת דייה להכשרת

69 ראו לעניין זה סבן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 489–495.

70 ראו, לדוגמה, ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים ו 85 (2011); גונטובניק "קבוצות מיעוט", לעיל ה"ש 57.

71 שם, בעמ' 435–437; בלנק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 123–130.

72 שם, בעמ' 128–129; בנבנשתי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 772–774.

73 גונטובניק "קבוצות מיעוט", לעיל ה"ש 57, בעמ' 445–449.

74 שם, בעמ' 451–454; בלנק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 131–135.

התבדלות גיאוגרפית, כזו שתיתן מענה לאתגרים ולחששות המלווים פעולה זו של המדינה. משמעות הדברים לענייננו היא כי אין די בהכרה בהיות קהילת המגורים אמצעי המשרת את יכולתם של חבריה לממש את תפיסת הטוב שהם מחזיקים בה. במילים אחרות, תפקידה של תצורת המגורים הקהילתית כאמצעי למימושן של תפיסות טוב המוחזקות על-ידי חברי הקהילה הוא תנאי הכרחי לצורך קבלת יחס משפטי מובחן, אולם אין הוא תנאי מספיק. הכוונה היא שקבלת יחס משפטי מובחן לקהילת מגורים – ובכלל זה הקצאת מקרקעין לפעילותה, נסיגה מסוימת מהתערבות במשטרה הפנימי והתייחסות ייחודית אליה בדיני הנטילה השלטונית – מותנית אומנם בהיות קהילת המגורים אמצעי למימושה של תפיסת הטוב, אולם תפקידה זה אינו מחייב את המדינה ליתן לקהילה זו התייחסות מובחנת. התייחסות מובחנת כזו תלויה בכמה גורמים נוספים, שעליהם אעמוד להלן, אשר הצטרפותם מבנה את היקף חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית. בחלק הבא של המאמר אבקש לפרוט חובה פלורליסטית זו לכללים משפטיים, ואעמוד על קווי המתאר שיאפשרו גיבוש של מדיניות מובחנת להתמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים.

#### ד. מדיניות מובחנת להתמודדות משפטית עם קהילות מגורים

קהילות מגורים ממשיכות להיות חלק מהנוף ומהמרחב הישראלי, ומצריכות לפיכך התייחסות משפטית ראויה. זאת, בעיקר בשל הניתוק ההולך וגובר בין צורה לתוכן, כמתואר לעיל. מציאות זו מציבה בפני המשפט הישראלי אתגר לקבוע תשתית נורמטיבית סדורה להתמודדות עם קהילות מגורים. העובדה שהדין לא השכיל להניח מלכתחילה (ex ante) תשתית שתא מסוגלת להתמודד עם השינויים התכופים והמהותיים בחברה הישראלית אינה יכולה לשמש תירוץ להיצמדות המשפט להגדרות ישנות אשר אבד עליהן כלח. מאידך גיסא, בחינה בדיעבד (ex post) אינה יכולה להיות נטולת גבולות ברורים המושתתים על תפיסה נורמטיבית ברורה. תפיסה זו תעמוד במרכזו של חלק זה.

בחלק הקודם עמדתי על כך שחובתה הפלורליסטית של המדינה צריכה להיות מוגבלת למתן אפשרות לתושביה לחיות את חייהם בהתאם לערכים ולתפיסות הטוב הראויים בעיניהם. בהתאם, על המדינה לאפשר לבני-אדם הנזקקים להתבדלות מרחבית לצורך מימוש תפיסות הטוב הראויות בעיניהם לעשות כן. עם זאת, התבדלות גיאוגרפית אינה בהכרח מכשיר למימושה של תפיסת טוב משותפת או למצער להגשמת ערכים המשותפים לחברי קהילת המגורים. לעיתים, חלף היותה מכשיר להבטחת שיתוף-פעולה בין בעלי קניין, התבדלות מרחבית מנוצלת כאמצעי שמטרתו העיקרית היא הדרת האחר, בבחינת "השכנים אינם נאים בעיניי". כדי להימנע ממצבים אלה, ראוי שהמשפט יבחין בין קהילות שונות המבקשות להתבדל גיאוגרפית, תוך התבססות על מאפייניה של כל קהילה. לצורך כך אציע בחלק זה שלושה מנגנונים לבחינת חשיבותו של ערך הקהילה בהסדרים קנייניים של קהילות במרחב. מנגנונים אלה יאפשרו למדינה ליצור הבחנה בין קהילות שונות, וחשוב לא פחות – הם יאפשרו לה לממש כראוי את חובתה הפלורליסטית.

כפי שאראה להלן, על-מנת לגבש מענה לעוצמתו של ערך הקהילה בהסדר קנייני, עלינו להביא בחשבון את שלושת המרכיבים הבאים: ראשית, עלינו לבחון את הלגיטימיות החברתית של הקהילה הנתונה; שנית, עלינו לזהות את תפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה

לצורך מימוש תפיסת הטוב המשותפת להם; ולבסוף, עלינו לאמוד את מידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכה מדינתית לצורך המשך פעילותה. הכרעה בכל אחד ממרכיבים אלה תאפשר גיבושה של מדיניות סדורה ומובחנת להתמודדותו של המשפט עם קהילות מגורים.

### 1. כשרותה החברתית של הקהילה

שאלת כשרותה החברתית של הקהילה מורכבת ורגישה ככל ניסיון לפרוט תפיסות נורמטיביות בכלל, ופלורליסטיות בפרט, לכלל מעשה משפטי. הטעם לכך הוא שפלורליזם עומד במתח מסוים מול תפיסות ליברליות, בשעה שהוא מאתגר את יכולתן של תפיסות אלה להתמודד עם אלה הדוחים אותן מעיקרן. ברשימה אחרת עמדתי בהרחבה על המדיניות הראויה מצד מדינה ליברלית בנוגע להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות.<sup>75</sup> מדיניות זו, המבוססת על ההכרה בחובתה הפלורליסטית של המדינה לאפשר לאזרחיה לחיות בהתאם לתפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן, מצדיקה הענקת יחס משפטי נבדל לקהילות מגורים במקרים מתאימים.<sup>76</sup> השאלה המרכזית העומדת אם כן במרכז של בחינה זו היא אם ניתן להגביל את חובתה של המדינה הליברלית ביחס לקהילות מגורים הפועלות לא בהתאם לנורמות ליברליות מבלי לפגוע בחובתה הפלורליסטית של המדינה. האם הענקת סמכות כזו להבחין בין קהילות שונות על-סמך הנורמות הנהוגות בהן אינה מעניקה למדינה אמצעי לפגיעה באותן קהילות הדוחות את ערכיה הליברליים? מאידך גיסא, האם פגיעה כזו, המתבטאת בשלילת היחס הייעודי במסגרת המשפט, היא פסולה ככל שעסקינן בקהילה שאינה פועלת על-פי נורמות ליברליות? התשובות לשאלות אלה מורכבות, ועומדות במרכזם של השיח הליברלי והשיח הרב-תרבותי כאחד.<sup>77</sup> לצרכיו של מאמר זה אבקש להתמקד במתח שתפיסות ליברליות נקלעות אליו לעיתים בשעה שהן ניצבות מול תביעות פלורליסטיות.<sup>78</sup> מתח זה נובע מהקונפליקט הפנימי המבנה את הערך האולטימטיבי שרוב התפיסות הליברליות דוגלות בו, קרי, האוטונומיה של הפרט. השאלה האוטונומיה של הפרט מחייבת את המדינה לאפשר לבני-אדם לחיות את חייהם בהתאם לאמונות ולערכים הראויים בעיניהם. במובן זה, הליברליזם תואם את התביעה הפלורליסטית לקיום מגוון של תפיסות טוב בחברה. אולם הענקת הבכורה לאוטונומיה של הפרט מעמידה את אותן תפיסות ליברליות ממש במתח אל מול תביעה פלורליסטית, שכן תפיסות אלה מתקשות להעניק הכשר לתפיסות טוב המשעבדות את אוטונומיית הפרט לשיקול-דעתם של אחרים. ממילא, תפיסות ליברליות מתקשות להכשיר תפיסות טוב שאינן פועלות בהתאם לנורמות

75 שי שטרן "חרדים לקהילה" מחקרי משפט ל 509 (2016).

76 ראו Shai Stern, *Takings, Community and Value: Reforming Takings Law to Fairly Compensate Common Interest Communities*, 23 J.L. & POL'Y 141 (2014).

77 ראו, לדוגמה, WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 51, 82–84 (1995); WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE ch. 8 (1989); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 397–369 (2008).

78 George Crowder, *Pluralism and Liberalism*, 42 POL. STUD. 293 (1994); George Crowder, *From Value Pluralism to Liberalism*, 1 CRIT. REV. INT'L SOC. POL. PHIL. 2 (1998); Isaiah Berlin & Bernard Williams, *Pluralism and Liberalism: A Reply*, 42 POL. STUD. 306 (1994).

ליברליות, קרי, כאלה שאינן מעלות על נס את שימורה של אוטונומיית הפרט. מציאות זו מאלצת מדינות ליברליות ברחבי העולם, ובכלל זה ישראל, לנהל מאבק מתמיד למציאת מדיניות להתערבותה של המדינה בפעילותן של קהילות הפועלות לא בהתאם לנורמות ליברליות.<sup>79</sup>

במישור המעשי, המדיניות הרווחת במדינות ליברליות בנוגע להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות קוראת להחלת דרישות-סף ליברליות על כלל האזרחים – ובכלל זה על אלה המשתייכים לקהילות שאינן ליברליות – כתנאי להכשרת פעילותם.<sup>80</sup> בבסיסה של מדיניות זו שלוש הצדקות עיקריות. האחת רואה ביצירת מכנה משותף בין כלל האזרחים בסיס לפעולה המשותפת הנדרשת במסגרת מדינתית.<sup>81</sup> הצדקה אחרת מבטאת את החזון הליברלי שלפיו על המדינה להבטיח קיומם של אמצעים וכלים לכלל אזרחיה, על-מנת שיוכלו, ככל שירצו בכך, לכתוב בעצמם את סיפור חייהם.<sup>82</sup> לבסוף, מדיניות המושתתת על דרישות-סף ליברליות נועדה לבטא מסר מצד המדינה בדבר התנגדותה לנורמות פסולות – כך בראייתה – הנוהגות בקהילה. מדיניות זו, הקוראת להחלת דרישות-סף ליברליות על כלל אזרחי המדינה, תואמת את שני הזרמים העיקריים בחשיבה הליברלית. שני זרמים אלה – הליברליזם הפוליטי מבית-מדרשו של ג'ון רולס<sup>83</sup> והפרפקציוניזם הליברלי מבית-מדרשו של יוסף רז<sup>84</sup> – אומנם חלוקים בשאלת מעורבותה של המדינה ביכולתם של אזרחיה לממש את תפיסות הטוב הראויות בעיניהם, אך מסכימים כי קיים מרחב להתערבות ערכית מצד המדינה בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות.<sup>85</sup> ההסכמה בין שני זרמים מרכזיים אלה במחשבה הליברלית משמרת אם כן את המדיניות הנוהגת במדינות הליברליות במערב, שלפיה על-מנת להכשיר את פעילותן, קהילות נדרשות לציית לדרישות-סף ליברליות.

במאמר זה אני מציע אפשרות אחרת לצורך בחינת כשרותן החברתית של קהילות מגוריים במדינה ליברלית. אפשרות זו משמיעה שינוי משמעותי של מדיניות הכשרתן החברתית של קהילות במדינה ליברלית, הנובע בעיקרו מההכרה כי מדיניות ההתערבות הנוהגת ברוב המדינות הליברליות – קרי, מדיניות המתעקשת על התערבות ערכית של המדינה הליברלית

79 ראו, לדוגמה, RAZ, לעיל ה"ש 58, פרק 15; KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP, לעיל ה"ש 77, בעמ' 82–84; אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); מאוטנר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 238–270.

80 ראו שם, בעמ' 400–409.

81 ראו STEPHEN MACEDO, DIVERSITY AND DISTRUST: CIVIC EDUCATION IN A MULTICULTURAL DEMOCRACY ch. 8 (2nd ed. 2003). כן ראו BRIAN BARRY, CULTURE AND EQUALITY: AN EGALITARIAN CRITIQUE OF MULTICULTURALISM 123–131, 146–161 (2001); ג'רום ברונר תרבות החינוך: מאמרים על חינוך בהקשר 27 (אמיר צוקרמן מתרגם, 2000).

82 ראו RAZ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 155; Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165 (1998); Susan Moller Okin, "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit, 112 ETHICS 205 (2002); סבן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 490.

83 ראו RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 58, בעמ' 36.

84 ראו RAZ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 107–162.

85 ראו QUONG, לעיל ה"ש 59, בעמ' 12–25.

בנורמות הנהוגות בתוככי הקהילה – אינה משיגה את מטרותיה, ולעיתים אף מעצימה את המתח הקיים ממילא במערכת היחסים שבין המדינה לקהילה. טענה זו מבוססת על כרוניקה של כישלון שבמסגרתה המדינה דורשת מקהילות שאינן ליברליות לאמץ דרישות-סף ליברליות; הקהילות – לנוכח חששן מפני חלחול זוחל של נורמות וערכים החיצוניים להן אל מרחב הפעולה הפנימי שלהן – נוטות להגביה את החומות המפרידות בינן לבין המרחב החיצוני להן;<sup>86</sup> ואילו המדינה, לנוכח צעדים אלה, נסוגה בה מדרישותיה או לכל-הפחות מאכיפתן.<sup>87</sup> הגם שניתן לראות כרוניקה זו כמנגנון לשימורו של סטטוס-קוו בין המדינה הליברלית לבין הקהילות שאינן ליברליות, אין בכך כדי לתאר נכונה את המציאות. נסיגתה של המדינה מאכיפת דרישות-הסף הליברליות שהפנתה כלפי הקהילות אינה משיבה את המצב לקדמותו; נהפוך הוא – נסיגה זו מותירה את הקהילות סגורות יותר, נחושות יותר ובעיקר מלוכדות יותר סביב תפיסת הטוב המשותפת לחבריהן.<sup>88</sup> לנוכח כרוניקה זו, המאמר מציג שינוי במדיניות התערבותה של המדינה הליברלית בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות. השינוי המוצע במאמר זה מבקש להעתיק את מרכז-הכובד בשאלת כשרותן של קהילות שאינן ליברליות מהמישור הערכי אל המישור המבני. במוקד המדיניות המוצעת עומדת הקריאה לנסיגה של המדינה הליברלית ממעורבות במרחב הפנימי של הקהילה, ולהתמקדות בגבולות החוצצים בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. מדיניות זו מבוססת אם כן על שתי דרישות עיקריות: האחת, שהקהילה הפועלת בהתאם לתפיסת טוב שאינה ליברלית תאפשר לחבריה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות בעלות נורמות שונות;<sup>89</sup> והאחרת, שהקהילה תימנע מהחצנת הנורמות הנהוגות על-ידיה אל מחוץ למרחב הקהילה.<sup>90</sup> ההתמקדות בגבולות הקהילה ממתנת – גם אם לא מונעת לחלוטין – את הכשלים המתוארים לעיל במדיניות הנהוגת, וטומנת בחובה שלושה יתרונות משמעותיים על המדיניות הנהוגת: ראשית, התניית מתן ההכשר המדינית לפעילותן של קהילות ביכולתם של חבריהן להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות בעלות נורמות שונות מרחיבה את יכולתם של חברי הקהילה להיחשף לנורמות שונות מאלה הנהוגות בקהילה, וממילא לפתח מודעות עצמית ביחס לנורמות הנהוגות בקהילותיהם השונות. כפי שצוין לעיל, הגם שמודעות עצמית היא אחד הטעמים העומדים בבסיסה של

86 ראו AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 35 (2001).

87 ראו מאוטר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 376 והמקורות המופיעים שם.

88 ראו SHACHAR, לעיל ה"ש 86, בעמ' 35–39.

89 לרעיון בדבר השתייכות בו-זמנית לכמה קהילות כאמצעי להרחבת חירותם האישית של חברי הקהילות ראו GEORG SIMMEL, CONFLICT AND THE WEB OF GROUP AFFILIATIONS 128–148 (1955).

90 זוהי למעשה פרשנות פלורליסטית לעקרון הנזק שהציג ג'ון סטיוארט מיל. ראו JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 9 (Hackett Publishing Company ed. 1978) (1859) ("The principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others").

המדיניות הנוהגת, זו כושלת בהגשמתו.<sup>91</sup> מודל ההשתייכות הרב-קהילתית, לעומת זאת, מאפשר לפרטים חברי הקהילות השונות לפתח את מודעותם העצמית תוך היחשפות בלתי-אמצעית לקהילות הפועלות בהתאם לנורמות ולערכים שונים במהותם מאלה הנוהגים בקהילות-המקור שלהם. באופן זה דרישה זו מגשימה את התביעה הליברלית למודעות עצמית כתנאי ליכולתו של אדם לשנות את דרכו.<sup>92</sup> שנית, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מגבש תפיסה שונה של זכות היציאה. זכות היציאה, שהיא אחת מאבני-היסוד של מדיניות ליברלית ביחס לקהילות שאינן ליברליות, נתפסת כבלם מפני נסיוןן של קהילות לכלוא את חבריהן בין גבולותיהן.<sup>93</sup> אולם בעוד הדרישה הליברלית הנוהגת לשימור זכותם של חברי הקהילה לצאת אל מחוץ לגבולות הקהילה נותרת אות מתה, כיתר דרישות-הסף הליברליות, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מספק מובן שונה של זכות היציאה, כזה המאפשר מציאת איזון בין צורכיהם של היחיד, הקהילה והמדינה הליברלית.<sup>94</sup> שלישי, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מאפשר אימוצה של תפיסה ריאליסטית וראויה יותר של פלורליזם חברתי. תפיסה זו מבוססת על ההבנה כי סיפור חייהם של בני-אדם מורכב ממקטעים שונים הנכתבים על-ידיהם ב-זמנית. תפיסה זו דוחה את הגישה הליברלית הנוהגת שלפיה אדם יכול לכתוב את סיפור חייו לאורך ציר אנכי בלבד, כאשר כל פרק נכתב בפרק-זמן אחר ומתאפיין במציאות חברתית שונה.<sup>95</sup>

91 להמחשת טענה זו ראו שטרן, לעיל ה"ש 75.

92 ראו לעניין זה את מחקרה של בלה ליוש בין שומרת סף לסוכנת שינוי: נשים חרדיות בתחומי השכלה, פרנסה ופנאי, באור התיאוריה המעוגנת בשדה (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – המחלקה לחינוך, 2007), שבחן את מקומן האישי והחברתי של נשים חרדיות לומדות ועובדות וכן את עיצוב מציאות חייהן בחברה השמרנית שהן משתייכות אליה. ממחקר זה עולה כי נשים חרדיות הבאות במגע עם "אחרים", בעיקר תוך השתייכות לקהילות עבודה או פנאי שיש בהן גם כאלה שאינם משתייכים לקהילה החרדית, מפתחות יחס דואלי כלפי הנורמות שהן נחשפות אליהן. בשל חשיבות הממצאים במחקרה של ליוש לענייננו, אצטט להלן קטע קצר המעיד עד כמה ההשתייכות המקבילה לקהילות שונות חשובה לפיתוחן של מודעות עצמית (שם, בעמ' 77–80): "הדיאלוג שלהן [של הנשים החרדיות העובדות במקומות חיצוניים לקהילה החרדית – ש' ש'] הוא כפול. מצד אחד הן מבקשות שהחברה בחוץ, על גופיה ומוסדותיה הממלכתיים, יזהו את אזרחי הקהילה החרדית כאזרחים שווי ערך, ויספקו מענה דמוקרטי הולם המותאם לחברה, על צרכיה הייחודיים. מצד שני הן מבקשות שהמנהיגות החרדית וגם חברי הקהילה עצמם יכירו בכך שאי אפשר להמשיך ולהתעלם מצרכיה המשתנים של החברה החרדית... החיים בסביבה כזאת מייצרים בקהילה החרדית דינמיקה של שינויים המשפיעים על החיים במובנים שונים, כגון השכלה, חינוך ילדים, כניסת תחומי עיסוק חדשים, מודעות לאיכות חיים, פתיחות לצרכים של צעירים מתבגרים, חיי הנישואין והזוגיות, מודעות לזכויותיהן של נשים חרדיות, חלוקת תפקידים, תחושת הערך העצמי של האשה, הצרכים התרבותיים ותרבות הפנאי".

93 Green, לעיל ה"ש 82.

94 זכות היציאה במודל זה מקבלת משמעות מעשית, שכן השתייכות ב-זמנית לכמה קהילות מצמצמת את תלותו של הפרט בקהילה מסוימת. צמצום התלות מרחיב את יכולתו של הפרט לעזוב קהילה מסוימת, ככל שיבחר לעשות כן, וזאת בשל העובדה שנטושה זו אינה מותרת אותו חסר כל השתייכות חברתית. להרחבה ראו שטרן, לעיל ה"ש 75.

95 JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, ליכולת השינוי ראו JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT 20–22 (Erin Kelly ed., 2001); George Klosko, *Political Constructivism in Rawls's Political Liberalism*, in LIBERALISM: CRITICAL

למעשה, היא מכירה במורכבותם של בני-האדם, ומציעה ציר אופקי, המאפשר להכיר בכך שבני-אדם כותבים בר-זמנית עמודים שונים בסיפור חייהם.

הדרישה השנייה לצורך הכרעה בדבר כשרותה החברתית של הקהילה תובעת מהקהילה להימנע מלהחזין את הנורמות הפנימיות לקהילה אל המרחב החיצוני לה. דרישה זו, כאמור, הינה יישום פלורליסטי של עקרון הנזק שטבע ג'ון סטיוארט מיל, ולפיו המגבלה היחידה שראוי להטיל על יכולתם של בני-אדם לממש את תפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן היא הדרישה שהם יימנעו במימוש זה מהפרעה לאחרים או מפגיעה בהם.<sup>96</sup> מבחינה מעשית, דרישה זו מגבילה את יכולתן של קהילות המחזיקות בנורמות שאינן ליברליות להחזין אותן אל מחוץ לגבולות הקהילה. חשוב, לדוגמה, על קהילה הנמנעת מהתייחסות שוויונית לחבריה ולחברותיה, על קהילה שתפיסת הטוב הדתית או התרבותית המוחזקת על-ידי חבריה אוסרת יחסים בין בני אותו מין או ביצוע הפלות, או על קהילה המחזיקה בנורמות בעלות מאפיינים גזעניים. האם קהילות אלה עשויות לצלוח את דרישת הכשרות החברתית? בעוד בהתאם למדיניות הנוהגת (זו המתנה כשרות חברתית באימוץ דרישות-סף ליברליות בתוך גבולותיה של הקהילה) התשובה צפויה להיות שלילית, החלופה המוצעת במאמר זה מעניקה תשובה מורכבת יותר.<sup>97</sup> ככל שקהילות אלה יקיימו את הדרישה הראשונה, שלפיה יוכלו חבריהן וחברותיהן להשתייך בו-זמן לקהילות נוספות, ההכרה בכשרותן החברתית – לכל-הפחות ככל הקשור לתחולת חובתה הפלורליסטית של המדינה ביחס אליהן – תהא תלויה בשאלה אם הן או חבריהן מבקשים להחזין נורמות פנימיות אלה אל המרחב החיצוני לקהילה אם לאו. בהתאם לפרשנות הפלורליסטית לעקרון הנזק המוצעת במאמר זה, ככל שהקהילות או חבריהן יבקשו להחזין נורמות אלה אל המרחב החיצוני לקהילה (לדוגמה, באמצעות כפיית הפרדה מגדרית במרחב הציבורי או לחלופין באמצעות נסיונות לפגוע בזכויותיהם של אלה שאינם משתייכים לקהילה הן בשל מאפייניהם והן בשל תפיסות הטוב שאותן אימצו), תישלל הכשרות

CONCEPTS IN POLITICAL THEORY 433, 443–445 (G.W. Smith ed., 2002); William A. Galston, *Pluralism and Social Unity*, 99 ETHICS 711 (1988–1989).

96 ראו לעיל ה"ש 90.

97 סוגיה זו עלתה לאחרונה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי בפסק-הדין שבו הוכרה זכותם החוקתית של בני-זוג מאותו מין להינשא בכל המדינות בארצות-הברית. הגם שרוב שופטי בית-המשפט העליון הכריעו בדבר ההכרה בזכות זו חרף התנגדותם של ארגונים וקהילות דתיות ברחבי ארצות-הברית, פסק-הדין מטעם הרוב הכיר מפורשות בזכותם של אלה המחזיקים בתפיסות טוב השוללות יחסים בין בני אותו מין להמשיך להחזיק בתפיסות אלה, מבלי שיהיה בכך כדי לשלול את כשרותן החברתית. ראו *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_, 83 U.S.L.W. 4592 (June 26, 2015) ("Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons").  
 על פעילותן של קהילות ראו Shai Stern, *When One's Right to Marry Makes Others "Unmerry"*, ALBANY L. REV. (forthcoming 2016).

החברתית של הקהילה. מאידך גיסא, ככל שקהילות אלה או חבריהן יימנעו מניסיון להחזיק נורמות פנימיות לתפיסת הטוב הקהילתית אל מחוץ לגבולות הקהילה, הן עשויות לזכות בהכרה בכשרותן החברתית.

השלכותיו של שינוי המדיניות המוצע חורגות מהדיון בקהילות מגורים במרחב הישראלי. ברי כי קהילות תרבותיות, אתניות, דתיות או כלכליות מקיימות מופעים והקשרים רבים אחרים מלבד זה המרחבי.<sup>98</sup> אולם בהמשך חלק זה אבקש לייחד את הדיון לאופן שבו שינוי זה משפיע על מדיניותה של המדינה הליברלית ביחס לקהילות מגורים. קהילות המגורים בישראל אינן זהות זו לזו, ולעיתים אף קשה למצוא ביניהן די נקודות דמיון. כך, בעוד רוב הקיבוצים מקיימים אורח חיים חילוני, חלק משמעותי מהמושבים ומהיישובים הקהילתיים מקיימים אורח חיים דתי. שונות זו ניכרת גם ביחס למאפייניהם הכלכליים והתרבותיים של קהילות המגורים השונות. אולם בעוד חלק מקהילות המגורים בישראל מקיימות תפיסות טוב שאינן עומדות בסתירה לערכים ליברליים, תפיסות הטוב המאומצות בקהילות אחרות מקיימות מתח אינהרנטי מול ערכים אלה. הדוגמה הבולטת ביותר מקרב קהילות המגורים בישראל היא קהילות היהודיות-החרדיות. ברוב קהילות המגורים המקיימות אורח חיים יהודי-חרדי נהוגות נורמות העומדות בסתירה לערכים ליברליים בסיסיים, דוגמת שוויון מגדרי ועדתי ופיתוח האוטונומיה של הפרט.<sup>99</sup> השאלה העומדת אם כן לבחינה בחלק זה היא אם התנערות זו של קהילות מגורים מערכים ליברליים הנוהגים במדינה פוטרת את המדינה מחובתה הפלורליסטית כלפי קהילה זו. במילים אחרות, האם חובתה הפלורליסטית של המדינה מוגבלת רק לקהילות (או יחידים) הפועלים בהתאם לנורמות ליברליות?

במשקפיים פלורליסטיים – ולטענתי, אף באלה הליברליים – התשובה לכך היא שלילית בהכרח. הגם שחובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות במהותן אינה בלתי-מוגבלת, אין היא יכולה להיעצר במישור הערכי-האתי, שכן בעשותה כן היא כושלת מבחינה נורמטיבית ופוזיטיבית. השינוי המוצע, הקורא להעקת ההתמודדות אל המישור המבני, מסייע במציאת מדיניות מאוזנת – כזו אשר מרחיבה את מידת הכשרות המוענקת על-ידי המדינה הליברלית לקהילות שאינן ליברליות, מחד גיסא, אך מקפידה על יישומם של העקרונות הליברליים הבסיסיים, מאידך גיסא. המדיניות המוצעת לעיל – המושתתת על שני עקרונות בסיסיים: תביעה מהקהילה לאפשר לחבריה להשתייך בר-בזמן לקהילות נוספות בעלות נורמות שונות ומניעת זליגתן של נורמות פנים-קהילתיות אל מחוץ למרחב הקהילה – מאפשרת מציאת איזון זה. דרישות מבניות אלה אינן מבטיחות אומנם את פרוץ האביב הליברלי בקרב כלל קהילות הפועלות במדינה, אולם יש בהן כדי להרחיב באופן מעשי (ולא תיאורטי בלבד, כפי שמשמיעה המדיניות הנוהגת) את מימד החירות שבו פועלים

98 ראו שטרן, לעיל ה"ש 75.

99 שם. עוד ראו בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011); בג"ץ 6986/10 עזריה נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.9.2010).



החברים בקהילות שאינן ליברליות.<sup>100</sup> באמצעות מדיניות זו, המחייבת קהילות לאפשר השתייכות רב־קהילתית של חבריהן, המדינה הליברלית יכולה לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות במהותן, מחד גיסא, ולהבטיח כי תפיסה פלורליסטית זו לא תפגע יתר על המידה באוטונומיה של הפרטים, מאידך גיסא.<sup>101</sup>

אימוצה של מדיניות רחבה לצורך הכרעה בדבר כשרותן החברתית של קהילות במדינה ליברלית – המקנה כשרות חברתית גם לקהילות שאינן מוכנות ליישם דרישות־סף ליברליות בתוככי הקהילה אך נאותות למלא אחר הדרישה המבנית על שני סעיפיה המפורטים לעיל – מאפשרת יצירת הבחנה ראשונית בדבר יחסה של המדינה לתביעות מרחביות של קהילות אלה. במובן זה, הכרעה בשאלת כשרותה החברתית של קהילת מגורים נתונה נהפכת לשלב מקדמי לקביעת תחולת חובתה הפלורליסטית של המדינה ביחס לאותה קהילה. קהילות הנוהגות בהתאם לנורמות ליברליות או כאלה שיכופו את עצמן לדרישות־הסף הליברליות שיוצגו להן על־ידי המדינה יהיו זכאיות לתבוע מהמדינה התייחסות לצורכיהן גם ככל שאלה גורסים התבדלות גיאוגרפית. נוסף על קהילות אלה, גם קהילות שאינן ליברליות אשר יישמו את עקרונות המדיניות המבנית המוצעת לעיל – קרי, יאפשרו לחבריהן השתייכות לקהילות נוספות בעלות נורמות שונות ויימנעו מנסיונות להחציין את נורמות הפעולה שלהן אל מחוץ למרחב הקהילתי – יהיו זכאיות לתבוע התייחסות זו מצד המדינה.

כפי שאראה להלן, עמידה זו בדרישת הכשרות החברתית הינה תנאי הכרחי, אך אין היא תנאי מספיק. משמעות הדברים היא שבעוד עמידה באחת משלוש האפשרויות המקנות כשרות חברתית לקהילות במדינה ליברלית מהווה דרישת־סף לתביעת התבדלות גיאוגרפית מאת המדינה, אין בה כדי לקבוע את חובתה של המדינה להיענות לתביעה זו או את היקפה. הכרעה זו כפופה לשני שיקולים נוספים שעליהם אעמוד להלן: תפקיד שיתוף־הפעולה במימוש תפיסת הטוב הנוהגת בקהילה וחוסנה הכלכלי־הפוליטי של הקהילה.

## 2. תפקיד שיתוף־הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת

המושג "קהילה" עמום, וזוכה בפרשנויות רבות בשדות מחקר שונים.<sup>102</sup> ככלל, השימוש התכוף במושג הפך אותו לכזה המציין כמעט כל דבר אך למעשה שום דבר, כפי שמציין הסוציולוג אנתוני כהן.<sup>103</sup> עם זאת, ניסיון לחלץ רכיב משותף לכל ההגדרות של קהילה מגלה

100 בין היתר, כאמור, באמצעות המודעות העצמית של חברי הקהילה ביחס לנורמות שהם פועלים לפיהן, ועל־ידי הבטחת תפיסה מהותית יותר של זכות היציאה של חברי הקהילה.

101 שטרן, לעיל ה"ש 75.

102 ראו, לדוגמה, BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM* (1991); David W. McMillan & David M. Chavis, *Sense of Community: A Definition and Theory*, 14 J. COMMUNITY PSYCHOL. 6 (1986). ראו גם SEYMOUR B. SARASON, *THE PSYCHOLOGICAL SENSE OF COMMUNITY: PROSPECTS FOR A COMMUNITY PSYCHOLOGY* (1977); George A. Hillery, *Definitions of Community: Areas of Agreement*, 20 RURAL SOCIOL. 79, 111 (1955).

103 ANTHONY P. COHEN, *THE SYMBOLIC CONSTRUCTION OF COMMUNITY* 10–18 (1985).

כי זה מתמקד בקיומם של שני בני-אדם לכל-הפחות ובשיתוף-פעולה מסוים ביניהם.<sup>104</sup> אם נאמץ את שיתוף-הפעולה כמרכיב המשמעותי המעיד על קיומה של קהילה, עלינו לבחון אם ומתי שיתוף-פעולה בין אזרחים עשוי להצדיק יחס משפטי ייחודי. במילים אחרות, עלינו לבחון מהם התנאים שעל קהילת מגורים לקיים על-מנת לזכות ביחס משפטי ייעודי. בהתאם להבנה זו, על חובתה הפלורליסטית של המדינה להיות מצומצמת אך לאותם מצבים שבהם אזרחים המחזיקים בתפיסת טוב משותפת נדרשים לשתף פעולה לצורך מימושה. בחלק זה אפרט את הכלים העומדים לרשות המשפט הישראלי ליצירתה של הבחנה זו.

בעלי קניין משתפים פעולה בדרכים שונות ולמטרות שונות. הם עושים זאת בעיר ובכפר, בקיבוץ, במושב וביישוב הקהילתי. שיתוף-פעולה עשוי לנבוע מטעמים שונים: לעיתים הוא נועד להעצים את השותפות והקרבה בין משתפי-הפעולה, ובמקרים אחרים הוא נועד להשיג תוצאה הפוכה. יתר על כן, לעיתים שיתוף-פעולה הנחזה כמיועד להרחיק נועד דווקא לקרב, ולהפך. חשוב, למשל, על שני בעלי בתים סמוכים המקימים גדר או ההורסים אחת הבנויה בין חצרותיהם. שיתוף-הפעולה להקמת הגדר נועד בדרך-כלל לוודא קיומה של מחיצה והפרדה בין השכנים, ואילו הריסת הגדר עשויה להצביע על רצון בשבירת המחיצות ובחיים משותפים. מאידך גיסא, אם נאמץ את התפיסה שלפיה "גדרות טובות משמען שכנים טובים"<sup>105</sup> או לחלופין נחשוב על הריסת הגדר המטה לנפול בין החצרות אך כאמצעי להימנעות מתביעות נזיקין הדדיות, אזי נראה כי אי-אפשר להשתית את היחס המשפטי לשיתוף-פעולה על ההניעה הנחוצת לקיומו. חלף זאת יש לברר מהו תפקידו של שיתוף-הפעולה בהבטחת יכולתם של האזרחים לממש את תפיסות הטוב הרצויות להם. במילים אחרות, על-מנת ששיתוף-פעולה בין אזרחים במדינה הליברלית יצדיק התייחסות משפטית שונה, עלינו לברר את תפקידו בהבטחת ריבוי של תפיסות טוב.

ככל שהדבר קשור לקהילות מגורים, עלינו לבחון כיצד שיתוף-פעולה בין בעלי קניין עשוי להצדיק יחס משפטי ייחודי. גרגורי אלכסנדר טוען כי תפיסה פלורליסטית מהותית מחילה רמות שונות של פלורליזם ביחס לערכים ולטובין.<sup>106</sup> במישור אחד תפיסה כזו מכירה בלגיטימיות של מגוון תפיסות טוב בחברה. המישור האחר מתייחס למתודות שבאמצעותן היחידים בחברה יכולים לממש את תפיסות הטוב הללו. במישור זה, הגם ששיתוף-פעולה אינו רכיב אינהרנטי מתפיסת הטוב, בעלי קניין המחזיקים בתפיסת טוב נתונה יידרשו לקיים שיתוף-פעולה עם אחרים על-מנת לממשה באופן ראוי. חשוב, לדוגמה, על אדם המקיים אורח חיים דתי. אנשים המקיימים אורח חיים דתי מעדיפים להתגורר בסמיכות לאנשים אחרים, השותפים לאורח חיים זה. הטעם לכך נעוץ ברצונם להבטיח את קיומם של מוסדות דתיים בסביבת מגוריהם, כגון מוסדות פולחן ומוסדות חינוך.<sup>107</sup> לפיכך, הגם ששיתוף-הפעולה כשלעצמו אינו

Hillery, לעיל ה"ש 102.

ROBERT FROST, NORTH OF BOSTON 7 (1917) 105

Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 FORDHAM L. REV. 1017, 1020–1021 (2011) 106

Amitai Etzioni, *The Ghetto – A Re-Evaluation*, 37 SOC. FORCES 255, 259 (1958) 107

מצווה דתית, אנשים דתיים עשויים לגלות כי שיתוף-פעולה עם אחרים האוחזים אף הם באותה תפיסת טוב מסייע להם לממשה.

האם שיתוף-פעולה מעין זה מצדיק מתן יחס משפטי שונה לקהילת מגורים המתיחדת בכך שחבריה מחזיקים בתפיסת טוב דתית משותפת? ככל שאנו מאמצים תפיסת קניין פלורליסטית מהותית, התשובה צריכה להיות: כן! תפיסה פלורליסטית מהותית אינה מניחה תפיסה חד-ממדית של ערך הקהילה, וממילא מכירה בו הן בשעה ששיתוף-הפעולה הוא רכיב אינהרנטי בתפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה והן בשעה ששיתוף-הפעולה אקסטרינזי, משמע, אמצעי בלבד למימושה של אותה תפיסת טוב משותפת. עם זאת, ההכרה בשיתוף-פעולה אקסטרינזי כמבטא את ערך הקהילה בקניין עשויה להוביל למסקנה כי כל שיתוף-פעולה באשר הוא צריך להיות מוכר כמצדיק יחס משפטי שונה. הכרה רחבה כזו של שיתוף-פעולה מותרת אותנו במצב הנוכחי, שבו אי-אפשר לערוך כל הבחנה בין קהילות מגורים שונות. על-מנת להתגבר על מכשול זה, אציע להלן בחינה דו-שלבית כדי לקבוע אם שיתוף-פעולה מסוים צריך להיות מוכר כמבטא את ערך הקהילה, ובאיזו מידה עליו להשפיע על הטיפול המשפטי שיוענק לקהילת מגורים נתונה.

#### (א) שלב ראשון: איתורה של תפיסת טוב משותפת

על-פי ההסדר המוצע במאמר זה, עלינו לבחון ראשית אם החברים בקהילת המגורים מקיימים שיתוף-פעולה לצורך מימושה של תפיסת טוב משותפת. סביר להניח כי שיתוף-פעולה אכן יתקיים בין חברים בקהילת מגורים במידה זו או אחרת.<sup>108</sup> אולם השלב הבא יהיה לקבוע אם שיתוף-הפעולה האמור בין חברי הקהילה משמעותי דיו להצדיק התייחסות משפטית ייעודית. על-מנת להגדיר אם שיתוף-פעולה משמעותי, יש לבחון אם הוא (1) מכונן למימוש תפיסת הטוב המשותפת; (2) אינו מבוסס על נורמות של הדרה ואינדיווידואליות, אשר אינן מבטאות כשלעצמן ערכים של קהילה.

המונח "תפיסת טוב", ובעיקר התוכן הראוי של אותה תפיסת טוב, נתון לפרשנויות שונות.<sup>109</sup> עם זאת, נראה כי לצורך הדיון הנערך במאמר זה אין כל הצדקה להעדיף פרשנות אחת על רעותה, וניתן להסתפק בהגדרה הרחבה שמספק ג'ון רולס למונח, שלפיה מדובר במטרה משותפת אחת או בכמה מטרות משותפות שהקהילה חותרת להשיג.<sup>110</sup> לפיכך, לצורכי שלב ראשון זה, תפיסת טוב צריכה לבטא רעיון או מטרה משותפים הנתפסים על-ידי אלה המחזיקים בהם כנדרשים לצורך חיים ערכיים ומלאי משמעות. תפיסות טוב מעין אלה רבות ומגוונות. הן עשויות להיות מסוגים שונים – כלכליות, חברתיות, תרבותיות או דתיות – וכן להיות שונות זו מזו במידת הכוללניות שלהן:<sup>111</sup> חלק מהן עשויות לחלוש על כל היבטי

108 ראו עניין סבח, לעיל ה"ש 13.

109 ראו, לדוגמה, MARtha C. FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 81-97 (1982); JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 81-97 (1982); MARtha C. NUSSBAUM, WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH 4-15, 76-96 (2001); ROBIN WEST, NORMATIVE JURISPRUDENCE: AN INTRODUCTION 31-36 (2011).

110 RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 58, בעמ' 19.

111 שם, בעמ' 14-13 ו-20; QUONG, לעיל ה"ש 59, בעמ' 14-13.

החיים, ואילו אחרות עשויות להיות כוללניות פחות ולהתייחס להיבטים מסוימים בלבד.<sup>112</sup> אולם ראוי לציין כי בשלב זה אין אנו נדרשים לשיפוט נורמטיבי של תפיסת הטוב שחברי הקהילה מחזיקים בה. למעשה, משעה שהקהילה עומדת באחת מדרישות הכשרות החברתית שצוינו לעיל,<sup>113</sup> אין עוד כל הצדקה לעיסוק נורמטיבי בטיבה ובטבעה של תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה.

אולם האין בהכשרה רחבה של תפיסות טוב כאמור משום מתן יחס משפטי זהה לקהילות מגורים באשר הן? על שאלה זו יש לענות בשלילה משני טעמים: ראשית, ייתכנו מקרים שבהם שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה אינו מיועד לקדם או לסייע במימושה של תפיסת טוב כלשהי; שנית, וכפי שנרמז לעיל, הגם ששיפוט נורמטיבי של מאפייני תפיסת הטוב אינו נדרש בשלב זה, תפיסות טוב המקדמות ערכים של ניכור, אינדיווידואליזם והדרה – העומדים בסתירה לקהילה ולשיתוף-פעולה – אינן יכולות לבסס הכרה משפטית בחשיבות הקהילה.

באשר לטעם הראשון, חשבו, לדוגמה, על פסקי-הדין בעניין קעדאן ובעניין סבח.<sup>114</sup> בפסקי-הדין הללו בחן בית-המשפט את שיתוף-הפעולה המתקיים בין תושבי היישובים הקהילתיים, אולם חרף הנחתו העקרונית של בית-המשפט בדבר קיומו של שיתוף-פעולה מסוים בין תושבי היישובים,<sup>115</sup> הוא התקשה להצביע על תפיסת טוב כלשהי ששיתוף-פעולה זה נועד לאפשר.<sup>116</sup> במצב דברים זה, וככל שאנו מתייחסים ברצינות לחובה הפלורליסטית המוטלת על המדינה הליברלית, אין כל הצדקה ליתן לשיתוף-הפעולה בין חברי קהילת המגורים יחס משפטי שונה, ובכלל זה לאפשר להם לסטות מהדין הכללי ביחס להדרה במגורים, להתנהלות פנים-קהילתית או לנטילה שלטונית. בהעדר תפיסת טוב משותפת לחברי הקהילה אין הצדקה למתן יחס משפטי שונה לקהילת המגורים.

הדברים נכונים גם ככל שתפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה מבוססת על נורמות של ניכור, אינדיווידואליזם והדרה. חשבו, למשל, על היישוב הקהילתי ארסוף, אשר תושביו, המשתייכים לחתך החברתי-הכלכלי הגבוה בישראל, הציבו גדרות ועמדת שמירה בכניסה אליו.<sup>117</sup> בעלי הבתים ביישוב ארסוף משתפים פעולה ביניהם בכל הקשור להבטחת רמת

112 ש.ם.

113 ראו לעיל חלק ד.1.

114 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6; עניין סבח, לעיל ה"ש 13.

115 עניין סבח, לעיל ה"ש 13, פס' 24 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

116 ראו, לדוגמה, שם, פס' 27 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ("נשאלו המשיבים האם קיימים מאפיינים נוספים מלבד היותה של הקהילה קטנה ונסמכת על שיתוף והתנדבות, ומהם מאפיינים אלה... לא ניתן מענה לשאלות אלה. שאלות נוספות שנשאלו ללא מענה הן מהי 'התאמתו' של מועמד בכל יישוב ויישוב, מהם 'אופיו' או 'טיבו' של מועמד אשר יש לקבלו בכלל ובכלל יישוב בפרט. היעדר הנתונים מעורר ספק באשר לנכונות הטענה בדבר היסוד הקהילתי ביישובים שבנדון"). ראו גם עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 280 ("אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא").

117 עוד על-אודות היישוב ארסוף ניתן לקרוא בכתובת /ארסוף/www.homee.co.il. על-אודות מאבקם של תושבי ארסוף למנוע כניסה של זרים ליישוב ראו חן מענית "פשרה: תושבי ארסוף יאפשרו

החיים בו, ובכלל זה בנסיונם להדוף כניסה של זרים אל תוככי היישוב ולשמר את המחירים הגבוהים של נכסיהם. פעילות זו, המאפיינת קהילות מגודרות רבות בעולם ובישראל, מבטאת נורמות של הדרה, ניכור ואינדוידואליזם.<sup>118</sup> לפיכך, ככל שאפשר לראות את פעילותם המשותפת של תושבי המקום להגנה על ערכי נכסיהם ולהתבדלות מהסביבה החיצונית כתפיסת טוב, מדובר בתפיסת טוב שערכיה הפנימיים עומדים בסתירה אינהרנטית למהות הקהילה. במצב דברים זה, הגם שהמדינה הליברלית אינה שוללת – ואינה צריכה לשלול – את יכולתם של אנשים המחזיקים בתפיסות טוב אישיות לממשן, אין מקום להטיל עליה חובה לאפשר את מימושו במסגרות קהילתיות, לא כל שכן להעניק יחס משפטי ייחודי לקהילות מגורים המקדמות אותן.

### (ב) טיפולוגיה של תפקידי שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב

בהנחה שבשלב הראשון אכן זוהתה תפיסת טוב משותפת – תהא זו תפיסת טוב דתית, כלכלית, תרבותית או אחרת – השלב הבא יהיה לקבוע את תפקידו של שיתוף-הפעולה בקידום יכולתה של הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת לחבריה. בפשטות, ככל ששיתוף-הפעולה ממלא תפקיד משמעותי יותר בקידום יכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, תתחזק ההצדקה להעניק לקהילת המגורים יחס משפטי מובחן בכל אחד משלבי פעילותה. כך, כאשר שיתוף-הפעולה ממלא תפקיד משני או שולי בלבד בקידום יכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, הדין צריך רק לגלות רגישות לקיומו של שיתוף-פעולה זה או לכל-היותר לסייע בקיומו במתינות בלבד. ככל ששיתוף-הפעולה חיוני יותר ליכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, על המשפט להרחיב את מנעד הכלים העומד לרשותו על-מנת לאפשר שיתופיות זו. על-מנת לזהות את התפקיד ששיתוף-הפעולה ממלא בקידום יכולתם של חברי קהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, אציע בחלק זה טיפולוגיה המחלקת את תפקידי שיתוף-הפעולה לשלושה סוגים: (1) שיתוף-פעולה מכוון; (2) שיתוף-פעולה מוסיף ערך; (3) שיתוף-פעולה מסייע.

שיתוף-פעולה הינו מכוון ככל שהוא מרכיב אינהרנטי וחיוני של תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה; יובהר – לא רק אמצעי למימוש תפיסת הטוב, אלא מטרה בפני עצמו. חשוב למשל, על הקיבוץ במובנו ההיסטורי. בקיבוץ ההיסטורי שיתוף-הפעולה בין חברי הקיבוץ שימש הן חלק מהותי מהטוב המשותף והן אמצעי להשגתו. הדין הישראלי מגדיר את הקיבוץ כ"אגודה להתיישבות שהיא יישוב נפרד, המאורגנת על יסודות של בעלות הכלל בקנין, של עבודה עצמית ושל שוויון ושיתוף בייצור, בצריכה ובחינוך".<sup>119</sup> שיתוף-הפעולה בין חברי

לציבור גישה חופשית לחוף הים" גלובס 25.2.2013 [www.globes.co.il/news/article.aspx? 25.2.2013](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000825014)

118 אמנון להבי "מבוא: קהילות מגודרות בישראל – בין העיר לכפר" קהילות מגודרות 9 (אמנון להבי עורך, 2010).

119 תק' 5 (א) לתקנות האגודות השיתופיות.

הקיבוץ, אם כן, אינו רק אמצעי המאפשר לקהילה לתפקד כראוי, אלא אחד המרכיבים החיוניים של הטוב עצמו שחברי הקיבוץ מבקשים להשיג.

אולם במקרים אחרים שיתוף-הפעולה אינו מרכיב חיוני של תפיסת הטוב המשותפת עצמה, אלא נועד רק לסייע לקבוצה לממש את תפיסת הטוב המשותפת לחבריה. חשוב, למשל, על יישוב שכל תושביו מקיימים אורח חיים צמחוני או טבעוני. קיום אורח חיים צמחוני או טבעוני אינו מחייב התבדלות גיאוגרפית. רבים מהאנשים המקיימים אורח חיים זה מתגוררים סמוך לאלה שאינם שותפים לתפיסת-עולמם.<sup>120</sup> עם זאת, צמחונים וטבעונים עשויים עדיין להתקל בקשיים בשעה שהם מבקשים לחיות בהתאם לתפיסת-עולמם. הם עשויים לגלות, לדוגמה, שחנניות באזורי מגוריהם אינן מחזיקות מוצרים שהם יכולים לאכול או לעשות בהם שימוש אחר. הם עשויים למצוא את עצמם עובדים במקומות עבודה שאינם מכבדים את אורח חייהם או להידרש ליחס מיוחד בתיקפה ובמסעדות.<sup>121</sup> חבירה של אנשים המחזיקים בתפיסה צמחונית או טבעונית לחיים בסמיכות עשויה אם כן להפחית קשיים אלה. מגורים בסמיכות גיאוגרפית עשויים להוביל להתחשבות גדולה יותר בתושבים מצד עסקים הפועלים באותו אזור, וממילא למצאי רחב של מוצרים התואמים את אורח החיים הצמחוני או הטבעוני.<sup>122</sup> למעשה, רבים המקיימים אורח חיים טבעוני או צמחוני מקיימים שיתוף-פעולה לצורך זה ממש.<sup>123</sup> אולם האם יש לראות בשיתוף-פעולה זה גורם המכונן את תפיסת הטוב? התשובה, לדירי, היא שלילית. יכולתם של אלה המקיימים אורח חיים צמחוני או טבעוני לקיים את תפיסת הטוב המשותפת להם אינה מותנית בשיתוף-הפעולה ביניהם. למעשה, רוב האנשים המקיימים אורח חיים צמחוני או טבעוני אינם מתגוררים ביישובים נפרדים, והם מצליחים לקיימה אף כאשר שכניהם אינם שותפים לאורח חייהם. אולם אין בכך כדי לקבוע כי שיתוף-הפעולה הזה נעדר כל ערך. תפקידו של שיתוף-הפעולה בין אלה המקיימים אורח חיים צמחוני או טבעוני הוא לסייע להם לקדם ולשמר את אורח חייהם. קל יותר לבני-אדם המחזיקים בתפיסת טוב מסוימת להתגורר בסמיכות לאלה השותפים לאותה תפיסת טוב.<sup>124</sup> הדבר דומה למקרה של בני-אדם המחזיקים בתפיסת טוב דתית מסוימת. כפי שמצא עציוני, אנשים המחזיקים באמונה דתית משותפת שואפים להתגורר בסמיכות למאמינים אחרים, שכן קרבה

120 למידע על-אודות היקף הצמחונות והטבעונות בישראל (בהשוואה למצב בארצות-הברית ובגרמניה) ראו נעמה טנר "מגמת צמחונות וטבעונות בישראל ובעולם" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 19.2.2014) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03385.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03385.pdf).

121 ראו, לדוגמה, Jeff Gordinier, *Making Vegan a New Normal*, N.Y. TIMES, Sep. 24, 2102, at D1 (אשר מפרט את הקשיים שאנשים המבקשים לנהל אורח חיים טבעוני ניצבים בפניהם בערים, וכן מצביע על השינוי המרחבי בקליפורניה בהקשר זה).

122 שם.

123 עמותות רבות – המתבססות באופן משמעותי על שיתוף-פעולה מצד אזרחים – פועלות לצורך הרחבת היקף ההתייחסות לצמחונות ולטבעונות במרחב הישראלי. ראו, לדוגמה, העמותה למען עתיד טבעוני, הפועלת לצורך הפיכת הטבעונות לאורח חיים שכיח ואפשרי בישראל, ובכלל זה להרחבת היצע המסעדות ובתי-העסק הידודתיים לטבעונים, בכתובת <http://vegan-friendly.co.il/content/25/%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%AA%D7%94>.

124 ראו Etzioni, לעיל ה"ש 107.

כזו תאפשר הקמתם של מוסדות דתיים סמוכים – דוגמת מוסדות חינוך ופולחן – ובכך תקל על המאמינים בתפיסת הטוב הדתית לממשה.<sup>125</sup> באותו אופן, אפשר שאנשים המחזיקים בתפיסת טוב צמחוניית או טבעונית יבכרו להתגורר בסמיכות גיאוגרפית, שכן באמצעות שיתוף-פעולה זה יתאפשר להם לממש את תפיסת הטוב שהם מחזיקים בה בקלות יחסית וללא צורך במאמצים מיוחדים לשם מימושה. במובן זה, כאמור, הגם ששיתוף-הפעולה אינו חלק אינהרנטי מתפיסת הטוב גופה, הוא מסייע למחזיקים בתפיסת הטוב הרלוונטית לממשה. לבסוף, ייתכנו מקרים שבהם שיתוף-הפעולה בין בני-אדם המחזיקים בתפיסת טוב משותפת לא יהא מכונן אך גם לא מסייע בלבד. במקרים אלה שיתוף-הפעולה – שאכנה אותו "מוסיף ערך" – אינו רכיב אינהרנטי מתפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה, אך גם אינו נושא תפקיד מכשירני גרידא. שיתוף-פעולה מוסיף ערך עשוי להביא לידי שינוי איכותי ביכולתה של הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת לחבריה. שיתוף-פעולה צריך להיתפס כמוסיף ערך אם בהתאם לנורמות של תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה קיימת משמעות לפעולה משותפת העולה על זו של פעולה יחידנית. חשוב, למשל, על אנשים הדוגלים בתפיסת טוב אקולוגית. תפיסת טוב אקולוגית מתבטאת, בקצירת האומר, במימוש של עקרונות קיימות (sustainability) המתבטאים באימוצה של תפיסה הוליסטית ורחבה של חיים הממזערים את הנזק לסביבה.<sup>126</sup> המאמינים באורח חיים אקולוגי עשויים לממש תפיסת טוב זו גם ללא התבדלות גיאוגרפית.<sup>127</sup> אולם האם נכון לראות את תפקידו של שיתוף-הפעולה המאפיין קהילות אקולוגיות כמוסייע בלבד? על-מנת להכריע בשאלה זו, עלינו לבחון אם שיתוף-פעולה זה מקנה ערך מוסף במימושה של תפיסת הטוב גופה. בחינה כזו תגלה כי הגם שאלה הדוגלים בתפיסת טוב אקולוגית עשויים לממש תפיסת טוב זו באופן יחידני, באמצעות שיתוף-פעולה עם אחרים יש בידיהם להוסיף ערך משמעותי לעצם הפעולה. כך, לדוגמה, בעוד ללא שיתוף-פעולה מרחבי עם אחרים, אלה המאמינים בתפיסת הטוב האקולוגית יכולים לממשה אך במרחב הפרטי ובהיקף מצומצם, שיתוף-פעולה עם אנשים נוספים הדוגלים באותה תפיסת טוב מאפשר להרחיב את היקף החלתה גם אל המרחב הציבורי. לדוגמה, תפיסת טוב אקולוגית משמיעה מניעת אובדן של מים (תוך אגירתם, טיהורם והשבחתם), בנייה אקלימית

125 ש.ס.

126 לדיון בדבר ההגדרה של קיימות והקשר שזו מקיימת עם תפיסות אקולוגיות ראו NICKY

CHAMBERS, CRAIG SIMMONS &amp; MATHIS WACKERNAGEL, SHARING NATURE'S INTEREST:

.ECOLOGICAL FOOTPRINTS AS AN INDICATOR OF SUSTAINABILITY 1-5 (2000)

127 ראו אסופת המאמרים (Stephen M. THE SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT READER (Wheeler &amp; Timothy Beatley eds., 2014)

הסביבתיים כחלק מתפיסה אקולוגית במרחב האורבני. עוד ראו תמרה טראובמן "אגירת מים

ותאורה טבעית – כך נראים חיים אקולוגיים בעיר" הארץ 10.7.2007 [www.haaretz.co.il/](http://www.haaretz.co.il/)

misc/1.1424136. ראו עוד עדיה פיטרמן "עץ בעיר": לעזור לעסקים ולתושבי תל אביב לנהל

חיים אקולוגיים" The Marker 2.2.2010 [www.themarker.com/smb/1.556294](http://www.themarker.com/smb/1.556294) ("העיר היא

המקום הכי אקולוגי להיות בו, לא צריך לעבור לכפר כדי לנהל חיים אקולוגיים").

ושימוש במוצרים הממזערים את הפגיעה בסביבה.<sup>128</sup> יחיד המממש תפיסת טוב זו ללא שיתוף-פעולה עם אחרים עשוי להקפיד על מניעת בזבוז של מים או על שימוש במוצרים אקולוגיים בתוככי בית-הוא.<sup>129</sup> אולם אין בכוחו להשפיע על הסוכבים אותו – ובוודאי לא לחייבם – לפעול באופן דומה. מטעם זה הוא עלול להידרש לוותר על בנייה אקלימית או על התקנת מערכות משותפות הממזערות את הפגיעה בסביבה. הדברים יהיו שונים אם יתאפשר לאותו יחיד לשתף פעולה עם אחרים השותפים לתפיסת הטוב האקולוגית. יישובים אקולוגיים מקדמים בנייה המבוססת על ערכים אקולוגיים, מנהלים מערכות תשתית משותפות הממזערות את הפגיעה בסביבה, ומאפשרים מימוש תפיסה אקולוגית גם במרחב הציבורי.<sup>130</sup> במובן זה אי-אפשר לראות בשיתוף-הפעולה אך כמסייע לאלה הדוגלים בתפיסה אקולוגית לממשה, אלא יש לראות בו כממלא תפקיד המוסיף ערך של ממש למימושה.

כעת, לאור תפקידיו השונים של שיתוף-הפעולה במימושה של תפיסת הטוב המשותפת לחברי קהילות מגורים, חשבו שוב על הקהילות השונות שנדרונו בפסיקת בתי-המשפט. בעניין קעדאן דן בית-המשפט ביישוב קציר.<sup>131</sup> בחינת מאפייני היישוב העלתה כי אין לו כל "מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד".<sup>132</sup> משמעותה של קביעה זו של בית-המשפט היא כי אין כל תפקיד לשיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה לצורך מימושה של תפיסת טוב מסוימת המשותפת לכל חברי הקהילה. ממילא, כפי שקבע בית-המשפט, אין כל הצדקה ליתן יחס משפטי שונה לקהילת מגורים מעין זו, ואין להכשיר את פרקטיקת ההדרה שהייתה נהוגה בה. עם זאת, בתי-המשפט בעניין קעדאן ובעניין סבח לא דחו כל אפשרות להעניק יחס משפטי שונה לקהילות מגורים.<sup>133</sup> כך, לדוגמה, הכיר הנשיא ברק בעניין קעדאן ביכולתן של קהילות בעלות אורח חיים ייחודי להתבדל מבחינה גיאוגרפית.<sup>134</sup> באופן דומה הכיר השופט ג'ובראן בעניין סבח באורח חיים ייחודי, דוגמת אורח חיים טבעוני הנוהג במושב אמירים, או זה האקולוגי הנוהג ביישוב כליל, ככזה שאפשר שיצדיק התבדלות גיאוגרפית.<sup>135</sup> אולם קביעות אלה של בתי-המשפט – הגם שהן מכירות באפשרות שקהילת מגורים תידרש להתבדלות גיאוגרפית לצורך מימושה של תפיסת הטוב המשותפת לחבריה – הן כלליות מדי, ואינן מספקות מפת דרכים ברורה דייה ליצירת הבחנה באשר להכשרתה של התבדלות כזו. מושגים עמומים – כגון "אורח חיים ייחודי", "אי-התאמה לחיי חברה" או

- 
- 128 למדריך רחב על-אודות יישומה של תפיסה אקולוגית במרחב הפרטי ובמרחב הציבורי ראו MELCHORA B. LAMORENA ET. AL., INSTRUCTIONAL STRATEGIES IN ECOLOGY: A MANUAL FOR INDOOR-OUTDOOR ECOLOGY (2000).
- 129 שם, פרק 24, בעמ' 153–155.
- 130 HUGH BARTON, SUSTAINABLE AND ECOLOGICAL COMMUNITIES: THE POTENTIAL FOR ECO-NEIGHBORHOODS 176–186, 247 (2000).
- 131 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6.
- 132 שם, בעמ' 280.
- 133 שם, בעמ' 278–279; עניין סבח, לעיל ה"ש 13, פס' 29 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
- 134 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 278–280. הכרה זו מצאה ביטוי גם בפסיקה שקדמה לעניין קעדאן – ראו עניין אביטן, לעיל ה"ש 6.
- 135 עניין סבח, לעיל ה"ש 13, פס' 30 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.



"פגיעה במרקם חברתי-התרבותי" – מבקשים אומנם לבטא את החשש מפני פגיעה ביכולתם של חברי קהילה נתונה לממש את תפיסת הטוב שהם מחזיקים בה, אך ללא הנחת מצע נורמטיבי להבחנה בין קהילות שונות אין הם יכולים לאפשר גיבוש של מדיניות ראויה ומובחנת דייה להתמודדותה של המדינה עם קהילות מגורים. לעומת זאת, הטיפולוגיה המוצעת לעיל, הבוחנת את תפקידו של שיתוף-הפעולה בקידום יכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב שהם מחזיקים בה, מאפשרת יצירת סולם להערכת עוצמת הצורך של קהילה נתונה בהתבדלות גיאוגרפית. כאשר חברי קהילת מגורים מבקשים לשתף פעולה על-מנת לממש תפיסת טוב משותפת – דתית, תרבותית, כלכלית או אחרת – על בית-המשפט לבחון מהו תפקידו של שיתוף-הפעולה בקידום יכולתם לממשה. כאמור לעיל, ככל ששיתוף-הפעולה חיוני יותר למימושה של תפיסת הטוב, על המדינה לאפשר, באמצעות המשפט, את קיומו.

### 3. חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה

חובתה הפלורליסטית של המדינה משמיעה צורך של המדינה לאפשר לאזרחיה לחיות בהתאם לתפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן. ככל שתפיסות טוב אלה מצריכות שיתוף-פעולה לצורך התקיימותן, על המדינה לסייע במימושו של שיתוף-פעולה זה.<sup>136</sup> בחלקים הקודמים הראיתי כי חובתה של המדינה אינה משתרעת עד בלי גבול לכל קהילה או קבוצה חברתית המבקשת להיקרא "קהילה". חובה זו מוגבלת לקהילות שנדרשות לשיתוף-פעולה לצורך מימוש תפיסת הטוב המשותפת לחבריהן, ואשר עומדות בדרישות הכשרות החברתית, כפי שפורטו לעיל. בחלק זה אבקש להוסיף מגבלה נוספת בנוגע לחובתה הפלורליסטית של המדינה, כזו המשליכה במישורין על היקף חובתה של המדינה לתמוך ולממן תפיסות טוב שונות. מגבלה זו עוסקת במידת הזדקקותה של הקהילה לתמיכה מאת המדינה לצורך פעילותה, או במילים אחרות – בבחינת חוסנה הכלכלי ו/או הפוליטי של הקהילה.

על פני השטח, המשפט הישראלי שותק בכל הקשור להבחנות הכלכליות או הפוליטיות בין יחידים לקהילות. עם זאת, שיקולים הקשורים לחוסן הכלכלי והפוליטי של קהילות ויחידים מעורבים בהכרעות משפטיות בדבר הסדרים רצויים, בעיקר באמצעות בחינת מערך התמריצים שהסדרים אלה מייצרים בעבור השחקנים השונים. כך, לדוגמה, בתי-המשפט הכירו בשונות הקיימת בין טענה להתבדלות גיאוגרפית המועלית על-ידי קהילה שחבריה משתייכים לקבוצת הרוב במדינה לבין טענה דומה המועלית על-ידי קהילה שחבריה משתייכים לקבוצת המיעוט.<sup>137</sup> בעניין קעדאן טען בית-המשפט כי החלתה של מדיניות "שווה אך נפרד" – קרי, ההכרה ביכולתן של קהילות מגורים להתבדל מבחינה גיאוגרפית תוך הדרה של מי שאינו שותף למאפייניה של הקהילה – ראויה בעיקר כאשר היא מיועדת לשרת "קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'".<sup>138</sup> הכרה זו מונעת על-ידי ההבנה כי קהילות שחבריהן משתייכים לקבוצות מיעוט במדינה נזקקות לתמיכה

136 ANDERSON, לעיל ה"ש 62, בעמ' 149.

137 ראו, לדוגמה, עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6; עניין אביטן, לעיל ה"ש 6. לדיון בדבר זכותן של קבוצות מיעוט וקבוצות רוב במדינה ליברלית להתבדלות גיאוגרפית ראו זילברשץ, לעיל ה"ש 57, בעמ' 106–107; בנבנשתי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 783.

138 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 279.

ולהגנה משפטיות רחבות מאלה הדרושות לקהילות שחבריהן נמנים עם קבוצת הרוב, וזאת בשל חולשתן הפוליטית ו/או הכלכלית, המקשה עליהן לקיים את תפיסות הטוב המשותפות לחבריהן באופן עצמאי.

ההכרה בחוסנה הפוליטי או הכלכלי של הקהילה כגורם רלוונטי לצורך הכרעה בדבר היחס המשפטי שהיא תהא זכאית לו עלולה ליצור מחלוקת לגבי שאלות של חלוקה במשפט, ובעיקר ביחס לרציונות החלטה של מדיניות חלוקתית במשפט הפרטי.<sup>139</sup> אולם זיקה זו שבין הסוגיות אינה מחויבת-המציאות. אכן, ללא קשר למידת השכנוע הגלומה בטיעונים ביחס להחלטה שיקולי חלוקה בהסדרי המשפט הפרטי, הטעם לשקילת חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה בהכרעה היחס המשפטי שהיא תהא זכאית לו נובע במישרין מחובתה הפלורליסטית של המדינה. חובה זו אינה בלתי-מוגבלת, כאמור, ויש לייחדה אך למצבים שבהם המדינה צריכה לפעול על-מנת לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות.<sup>140</sup> הפועל היוצא מקביעה זו הוא שכל שחברי קהילה מסוימת יכולים לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם ללא תמיכה מצד המדינה, הודות לחוסנם הפוליטי או הכלכלי, חובתה של המדינה לתמוך בקהילה או לסייע לחבריה לעשות כן פוחתת. מאידך גיסא, ככל שקהילה נתונה מקיימת את התנאים המפורטים בחלקים 1 ו-2ד לעיל אך לוקה בחולשה כלכלית ופוליטית, חובתה של המדינה להבטיח את יכולתה להתקיים כראוי – וממילא לשמש אמצעי למימושה של תפיסת הטוב המשותפת לחבריה – גוברת.

## ה. מהלכה למעשה

נוכחותן של קהילות מגורים במרחב הישראלי הולכת ומתרחבת.<sup>141</sup> קהילות אלה, אשר שונות זו מזו במאפייני המהות שלהן, מאתגרות את המשפט הישראלי פעם אחר פעם בכל אחד מהשלבים המרכזיים של פעילותן: שלב הכניסה, משטרן הפנימי ושלב היציאה. בחלק זה אבקש לפרוט את קווי המתאר שהצגתי בפרק ד לעיל לכלל מעשה, תוך התמקדות במופעים המשפטיים העיקריים שבהם האתגר שקהילות מגורים מציבות בפני המשפט הישראלי בא לידי ביטוי: מנגנוני הכניסה לקהילה והקצאת מקרקעין לפעילותן; משטרן הפנימי של קהילות המגורים; ושלב היציאה מהקהילה. על-מנת לעשות כן אבקש להציג ארבעה דגמים שונים של קהילות מגורים, ובאמצעותם אמחיש כיצד התשתית הנורמטיבית המוצעת במאמר זה נפרטת לכלל מעשה משפטי.

139 ראו לעניין זה, Hanoach Dagan, *Takings and Distributive Justice*, 85 VA. L. REV. 741, (1999) 785–786 (המציע ארבעה טיעונים לתמיכה בטענה זו משיקולים של צדק, יעילות, חירות ואישיות); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the*; Tsilly Dagan, *Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994) השווה. *Pay as You Wish: Globalization, Forum Shopping, and Distributive Justice* (forthcoming).

140 ANDERSON, לעיל ה"ש 62, בעמ' 149.

141 לשם המחשה ראו את הנתונים בדבר העלייה המתמשכת במספר היישובים הכפריים והקהילתיים בשנתון של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2014, לוח 2.21 – "יישובים ואוכלוסייה, לפי צורת יישוב וקבוצת אוכלוסייה", [www.cbs.gov.il/shnaton65/st02\\_21x.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton65/st02_21x.pdf).

### 1. ארבעה דגמים, ארבע קהילות מגורים

קהילה מדגם א הינה, על-דרך הכלל, יישוב או בניין מגורים אשר הדבר העיקרי המשותף לתושביהם הוא שהם מתגוררים בסמיכות גיאוגרפית זה לזה. קהילות אלה מצויות באזורים אורבניים ובאזורים כפריים כאחד. אין הן ייחודיות למיקום גיאוגרפי זה או אחר. החברים בקהילה מדגם א אינם מחזיקים בתפיסת טוב משותפת כלשהי, הגם שבחינת מאפייניהם האישיים עשויה להצביע על זהות חלקית ביניהם. כך, לדוגמה, אפשר שמצבם החברתי-הכלכלי של חברי הקהילה יהא דומה או שחלקם יחזיקו בתפיסה דתית דומה. החברים בקהילה מדגם א עשויים לשתף פעולה ביניהם לצורך השגת יעדים משותפים, כגון שמירת רמת המחירים של הנכסים בקהילה או הספקת שירותים ברמה גבוהה מזו הנהוגה בכלל האוכלוסייה.<sup>142</sup> שיתוף-פעולה זה יהא פונקציונלי על-דרך הכלל, קרי, מטרתו תהיה לקדם מטרות שרובן משותפות לכל בעל קניין באשר הוא. הדוגמה הרווחת של קהילה מדגם א היא הבית המשותף. כאמור, בעלי הקניין בבית המשותף חיים זה לצד זה, ולא זה עם זה.<sup>143</sup> הבחנה זו חשובה מכיוון שהיא משקפת את העדר השיתופיות – או את מעמדה השולי של השיתופיות – בחייהם של בעלי הדירות בבית המשותף. אולם קהילה מדגם א מצויה כאמור גם ביישובים שונים, אשר תושביהם אינם מקיימים כל תפיסת טוב משותפת, אלא חיים זה לצד זה, תוך שימור – ולעיתים אף ביצור – של האוטונומיה שלהם.<sup>144</sup>

קהילה מדגם ב מובחנת מקהילות מדגם א בכך שחבריה אכן מחזיקים בתפיסת טוב משותפת, תהא זו תפיסת טוב דתית, תרבותית, חברתית או כלכלית. חברי הקהילה נעזרים בסמיכות הגיאוגרפית לאלה השותפים לתפיסת הטוב שלהם על-מנת לממשה. כך, לדוגמה, הסמיכות הגיאוגרפית בין חברי הקהילה מאפשרת להם להקים מוסדות הקשורים למימושה של תפיסת הטוב או לחלופין ליצור זמינות של מוצרים הנחוצים למימושה המיטבי. חשוב, לדוגמה, על אנשים המחזיקים באמונה דתית משותפת. מאמינים אלה עשויים לבקש להתגורר בסמיכות זה לזה על-מנת לאפשר קיומם של מוסדות חינוך ופולחן שבאמצעותם הם יוכלו לממש את תפיסת הטוב הדתית שהם מחזיקים בה מבלי להיאלץ להתרחק במידה משמעותית ממקום מגוריהם.<sup>145</sup> דוגמה דומה היא אנשים המחזיקים בתפיסת טוב צמחונית או טבעונית, אשר יכולים אומנם לממשה באופן פרטני, אך יקל עליהם לעשות כן אם סביבתם הקרובה תכלול חנויות ובתי-עסק המכבדים תפיסה זו.<sup>146</sup> שיתוף-פעולה זה מסייע אם כן לחברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וזאת הגם שהם היו יכולים לממשה אף ללא שיתוף-פעולה זה.

גם בקהילה מדגם ג שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה מסייע להם במימוש תפיסת הטוב שלהם, אבל להבדיל מקהילה מדגם ב, שיתוף-הפעולה גם מאפשר להם להוסיף ערך משמעותי

142 ראו להבי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 16–18.

143 ראו את המקורות המפורטים לעיל בה"ש 22.

144 ש.ס.

145 חשוב, למשל, על קהילה של יהודים שומרי תורה ומצוות אורתודוקסים. חברי קהילה זו זקוקים, לדוגמה, לבית-כנסת סמוך למקום מגוריהם בשל הימנעותם מנסיעה בשבתות ובחגים.

146 ראו לעיל ליד ה"ש 121–125.

בהתאם לנורמות הפנימיות של תפיסת הטוב. כאמור, הדוגמאות הבולטות לקהילה מדגם ג הן קהילות שבהן שיתוף-הפעולה בין חבריהן משנה במידה משמעותית את יכולתם לממש את תפיסת הטוב שלהם. לעיל הצגתי דוגמה אחת של קהילה שחבריה אוחזים בתפיסת טוב אקולוגית, והצגתי כיצד שיתוף-פעולה מרחיב בין החולקים תפיסת טוב זו עשוי לא רק לסייע להם במימושה באופן פרטני, אלא להוסיף ערך משמעותי לאופן שבו הם יכולים לממשה. יובהר, ההצדקה להתבדלות גיאוגרפית או למתן יחס ייעודי לקהילות מגורים אלה תתחדד בשעה שמגורים בצוותא חדא עם מי שאינם שותפים לתפיסת הטוב האמורה תפגע ביכולתם של חברי הקהילה לממשה או תפגע – במקרה של קהילות מדגם ג – ביכולתם להשיג את אותו ערך מוסף הנובע משיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה.

לכסוף, בקהילה מדגם ד שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה הינו חלק אינהרנטי מהנורמות של תפיסת הטוב המשותפת להם. להבדיל מקהילות מדגמים ב ו-ג, חברי קהילה מדגם ד חולקים תפיסת טוב המושתתת על שיתופיות כחלק מהנורמות הפנימיות לה. כאמור, הדוגמה הבולטת לקהילה כזו היא הקיבוץ ההיסטורי.<sup>147</sup> הנה כי כן, להבדיל מקהילות שבהן שיתוף-הפעולה אך מקל על חברי הקהילה לממש תפיסת טוב משותפת (דגם ב) ומקהילות שבהן שיתוף-הפעולה מאפשר את מימושה תוך הוספת ערך (דגם ג), בקהילות מדגם ד שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה מכונן את תפיסת הטוב המשותפת וממילא מהווה תנאי הכרחי ליכולתם לממשה.

ארבעת הדגמים המפורטים לעיל משקפים את המגוון הרחב של קהילות המגורים המתקיימות במרחב הישראלי. קהילות מגורים אלה נעות על הסולם שבין העדר שיתוף-פעולה בין חברי הקהילה לבין שיתוף-פעולה מכונן המהווה חלק אינהרנטי מתפיסת הטוב שחברי הקהילה מחזיקים בה. בעוד רוב הקהילות הפועלות במרחב הישראלי מקיימות את דרישת הכשרות החברתית, הן שונות בכל הקשור לחוסן הפוליטי והכלכלי. מבחינה מעשית, נטל השכנוע בדבר השתייכותה של קהילה מסוימת לאחד מהדגמים המפורטים לעיל צריך להיות מוטל על כתפי הקהילה וחבריה. כאשר קהילה נתונה מבקשת להתבדל מבחינה גיאוגרפית, למנוע התערבות עמוקה של מערכת המשפט במשטרה הפנימי או לקבל פיצוי על אובדן הקהילה ככל שזו נפגעת כתוצאה מנטילה שלטונית של מקרקעין, מוטל עליה הנטל להוכיח כי יש בקבלת התביעות האמורות כדי לאפשר לחבריה להמשיך לממש את תפיסת הטוב המוחזקת על-ידיהם או לחלופין כי דחייתן תוביל לפגיעה ביכולתם לעשות כן.

בחלק הבא אראה כיצד ההבדלים בין ארבעת המודלים האלה של קהילות מגורים במרחב הישראלי צריכים להשפיע על היחס שבו תזכה קהילת מגורים במשפט. אמחיש זאת תוך התמקדות בשלושת שלבי הפעילות העיקריים שבהם קהילות מגורים מאתגרות את המשפט הישראלי: שלב הכניסה, שאלת המשטר הפנימי ושלב היציאה.

147 ראו לעיל חלק ד.1 (ב) למאמר.

## 2. שלב הכניסה: על הקצאת מקרקעין וועדות קבלה

שלב הכניסה לקהילות מגורים בישראל כולל שני מופעים משמעותיים מבחינת מעורבות המשפט: הקצאת המקרקעין על-ידי המדינה לפעילותה של קהילת מגורים<sup>148</sup> ושאלת יכולתה של קהילה נתונה לקיים מנגנוני סינון מדירים כתנאי קבלה לקהילה.<sup>149</sup> הצורך של המשפט הישראלי להכריע באשר למופעים אלה מחדד את השאלה אילו קהילות מגורים זכאיות ליחס שונה במשפט. כאמור, סוגיה זו זכתה לאחרונה בדיון מחודש, כאשר נבחנה חוקיותו של תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות בעניין סבח.<sup>150</sup> אולם חרף ההתדיינות המשפטית הרחבה סביב חוקיותם של מנגנוני הדרה אלה, כמו-גם על ההגבלות שראוי להטיל על יכולתן של קהילות מגורים להפעילן, כשל המשפט הישראלי בהנחת תשתית מקיפה דייה להתמודדות עם סוגיה זו. נסיונם של בתי-המשפט להכריע בסוגיות אלה על בסיס רציונלים שונים – וביניהם הזכות לשוויון, הזכות לתרבות והאינטרס הציבורי בקיומה של התיישבות מתבדלת – הוביל להכרעות א-הוקיות, נטולות כללים ברורים וראויים.<sup>151</sup> התשתית הנורמטיבית המוצעת במאמר זה, לעומת זאת, מספקת למערכת המשפט כלים ברורים דיים להכרעה סדורה.

תפיסת חובתה הפלורליסטית של המדינה כתשתית נורמטיבית להכרעה משפטית ביחס לקהילות מגורים והחלת השיקולים השונים שצוינו לעיל לצורך קביעת היקפה של חובה זו מאפשרות להבחין בין קהילות מגורים שונות במשפט הישראלי. אם קהילה נתונה עונה על דרישות הכשרות החברתית, אזי ככל ששיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה ממלא תפקיד משמעותי יותר בקידום יכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וככל שהקהילה חלשה יותר מבחינה כלכלית או פוליטית, על המשפט לאפשר לה להתבדל מבחינה גיאוגרפית ולקיים מנגנוני הדרה מסודרים. מאידך גיסא, ככל שחברי הקהילה אינם חולקים תפיסת טוב משותפת או לחלופין ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה משמעותי פחות בכל הקשור ליכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וכן ככל שחוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה רב יותר, חובת המשפט לאפשר קיומם של מנגנוני הדרה חלשה יותר, וזאת כאמור גם אם הקהילה עונה על דרישות הכשרות החברתית.

יישום האמור לעיל על ארבעת דגמי הקהילות, בהנחה שכולן מקיימות את דרישות הכשרות החברתית, יגלה כי בעוד לגבי קהילה מדגם ד חובת המדינה – הן בכל הקשור להקצאת מקרקעין והן בכל הנוגע במתן אפשרות לקיומם של מנגנוני הדרה – הינה חזקה, היא פוחתת

148 הטעם לכך שהקצאת המקרקעין לפעילותה של קהילת מגורים משויכת דווקא לשלב הכניסה נעוץ בכך שעל-דרך הכלל הקצאת מקרקעין לקהילת מגורים הינה השלב הראשון שבו חברי הקהילה בוחרים לשתף פעולה ביניהם. לפיכך שלב זה מהווה, הלכה למעשה, את הליך הסינון הראשון שחברי קהילת מגורים מתגבשת נוקטים כלפי מועמדים להשתייכות לקהילה.

149 הכרעה בשאלות אלה משפיעה גם על יכולתם של חברי הקהילה להעביר את זכויותיהם לאחרים. ראו בעניין זה ס' 6ב(א)(2) לפקודת האגודות השיתופיות, הקובע 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 המחויבים, גם על נעבר המעוניין להעביר את זכותו במקרקעין לאחר".

150 עניין סבח, לעיל ה"ש 13.

151 שטרן, לעיל ה"ש 7.

ביחס לקהילות מגורים מדגמים ב-ר,ג, ומתאינת לחלוטין (או כמעט לחלוטין) ביחס לקהילות מגורים מדגם א. באשר לשאלת הקצאת המקרקעין לפעילותה של הקהילה, ברי כי יישום ראוי של חובתה הפלורליסטית של מדינה ליברלית מטיל חבות בעוצמה גבוהה יותר ככל שקהילת המגורים נדרשת לשיתוף-פעולה לצורך מימוש תפיסת הטוב שלה. בשל העובדה שמקרקעין הם משאב במחסור, יכולתה של המדינה להקצות מקרקעין לפעילותן של קהילות אינה בלתי-מוגבלת. לכן, על-מנת לממש את חובתה הפלורליסטית כראוי, על המדינה להעניק עדיפות בהקצאת המקרקעין לקהילות שבהן שיתוף-הפעולה חיוני יותר למימוש תפיסת הטוב המשותפת לחבריהן על אלה שבהן שיתוף-הפעולה חיוני פחות למימושה.<sup>152</sup> על בחינה זו יש להוסיף את שאלת חוסן הפוליטי והכלכלי של הקהילות.

באשר לקיומם של מנגנוני הדרה בקהילות מגורים, מנגנונים אלה עומדים בסתירה לתפיסה הרווחת השוללת את יכולתם של בעלי קניין לבחור את שכניהם.<sup>153</sup> עם זאת, המשפט הישראלי הכיר בצורך שיש לקהילות מגורים בקיומם של מנגנוני הדרה, בעיקר מפאת החשש לפגיעה בקהילה.<sup>154</sup> חשש זה, כאמור, לא זכה בפרשנות ברורה, ונותר עמום. המסגרת הנורמטיבית המוצעת במאמר זה להתמודדות עם קהילות מגורים מעניקה משמעות לחשש זה, תוך התבססות על פגיעותו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה. החשש מפני פגיעה בקהילה אינו יכול להתעורר כאשר חברי הקהילה אינם מחזיקים כל תפיסת טוב משותפת. במצב דברים זה אי-אפשר להצדיק קיומם של מנגנוני הדרה לקהילה, שכן אין למנגנונים אלה כל אמת-מידה להחלה. כאשר קיימת תפיסת טוב משותפת לחברי הקהילה, החשש שהמחוקק מתאר הוא מפני פגיעה ביכולתם של חברי הקהילה לממש תפיסת טוב זו. אולם, בשל העובדה שמנגנוני הדרה אינם ראויים בדרך-כלל, יש לצמצם את תחולתם רק למידת החשש הרלוונטית למאפייניה של כל קהילה. לפיכך, ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה חיוני יותר, החשש מפני פגיעה בו צריך לקבל הגנה רחבה יותר. מאידך גיסא, ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה מצומצם יותר, הפרשנות שיש ליתן לחשש זה צריכה להיות מצומצמת יותר. לקביעה זו יש משמעות באשר להחלתו של תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות וליישומו על-ידי בתי-המשפט. כך, אין כל הצדקה שקהילות מדגם א ייכללו במסגרת אותן קהילות הנהנות מקיומם של מנגנוני הדרה, ואילו בקהילות מדגם ב, ולעיתים אף בקהילות מדגם ג, יש לאפשר קיומם של מנגנונים אלה רק ככל שהם נותנים מענה לחשש מפני

152 כאן המקום לציין כי הקביעה בדבר עדיפות ההקצאה לקהילה אחת על ההקצאה לרעותה אינה צריכה להתעלם משיקולים נוספים המשפיעים על הקצאת מקרקעין לקהילות מגורים. בין השיקולים הללו ניתן למנות שיקולי ביטחון ומדיניות וכן שיקולים תכנוניים, המשפיעים בעיקר על גודל מינימלי של יישוב או מיקומו הגיאוגרפי. המדיניות המוצעת לעיל אינה מתעלמת כאמור משיקולים אלה, אולם יש בה כדי לקבוע עדיפות של קהילה אחת על רעותה ככל ששיקולים אלה מתקיימים בשתי הקהילות.

153 ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 6; עניין סבח, לעיל ה"ש 13; בנבנשתי, לעיל ה"ש 57; זילברשץ, לעיל ה"ש 57.

154 תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות; עניין סבח, לעיל ה"ש 13, פס' 29–34 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

פגיעה ממשית בשיתוף-הפעולה הדרוש לחברי הקהילה לצורך מימוש תפיסת הטוב המשותפת להם.

טבלה 1 מסכמת את היחס המשפטי בשלב הכניסה לקהילה בהתאם לארבעת המודלים של הקהילות.

טבלה 1: היחס המשפטי לקהילות מגורים בשלב הכניסה

מנגנוני הדרה	הקצאת מקרקעין	תפקיד שיתוף-הפעולה	תפיסת טוב משותפת	דגם קהילה
אסורים	אין חובה	אין	אין	דגם א
מותרים רק אם קיים חשש לפגיעה ממשית ביכולת החברים לשתף פעולה	עדיפות נמוכה	מסייע	יש	דגם ב
מותרים רק אם קיים חשש לפגיעה ממשית ביכולת שיתוף-הפעולה או לביטולו של הערך המוסף	עדיפות בינונית	מוסיף ערך	יש	דגם ג
מותרים גם כאשר קיים חשש לפגיעה ביכולת החברים לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם. <sup>155</sup>	עדיפות גבוהה	מכונן	יש	דגם ד

### 3. התערבות המשפט במשטרן הפנימי של קהילות מגורים

קהילות מגורים בישראל, המאוגדות ברובן המכריע באמצעות תאגידיים מהמשפט הפרטי, מנהלות משטר פנימי הקשור לזכויותיהם של החברים ולחובותיהם כלפי חברים אחרים. ככלל, בתי-המשפט נהגו בריסון ובאיפוק בשעה שנדרשו להחיל ביקורת שיפוטית בכל הקשור למשטרן הפנימי של קהילות מגורים.<sup>156</sup> שני טעמים עיקריים עמדו בבסיסה של מדיניות מרוסנת זו: האחד, כיבוד האוטונומיה של חברי הקהילה; והאחר, שימור סמכותה של הקהילה.<sup>157</sup> בתי-המשפט ביקשו לכבד את האוטונומיה של חברי הקהילה בכך שראו בתקנון

<sup>155</sup> בקהילות מדגם ד – שבהן שיתוף-הפעולה ממלא תפקיד מכונן במימושה של תפיסת הטוב המוחזקת על-ידי חברי הקהילה – די בקיומו של חשש לפגיעה בו (להבדיל מפגיעה ממשית בו) להצדקת השימוש במנגנוני הדרה. הטעם לכך נעוץ בהכרה בחשיבותו של שיתוף-הפעולה ליכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, ובהבנה כי פגיעה בו תשולל כליל את יכולתם של חברי הקהילה לממשה (ולא רק תקשה עליהם או תסב פגיעה מסוימת ביכולתם לעשות זאת). ממילא, הרצון להרחיב את ההגנה מפני פגיעה בשיתוף-פעולה זה גָּל.

<sup>156</sup> ראו מרגלית, לעיל ה"ש 18.

<sup>157</sup> ראו את המקורות לעיל בה"ש 49–50.

האגודה – אותו מסמך-יסוד של האגודה השיתופית המפרט את חובותיהם וזכויותיהם של חברי הקהילה – משום הסכם הנתון לחופש הבחירה והניסוח של חברי הקהילה. במקביל צמצמו בתי-המשפט את התערבותם בהחלטות של מוסדותיה המוסמכים של הקהילה, קרי האספה הכללית והוועד, מתוך תפיסה כי התערבות רחבת-היקף בהחלטות של מוסדותיה המוסמכים של הקהילה תכרסם בכוחה ביחס לחבריה, וממילא לא תאפשר עוד חיים במסגרת שיתופית קהילתית.

כאן המקום להבחין בין שלושה מישורים של ביקורת שיפוטית על משטרה הפנימי של הקהילה: המישור המהותי – בחינה אם ההחלטה שהתקבלה אינה סותרת את הדין; המישור הפרוצדורלי – בחינת תקינותו של הליך קבלת ההחלטה; והמישור הנורמטיבי – בחינת סבירותה של ההחלטה ועמידתה בנורמות של תום-לב ותקנת הציבור.<sup>158</sup> ההבחנה בין שלושת המישורים הללו של ביקורת שיפוטית תאפשר יצירת מדרג באשר להיקפה של ביקורת זו.

תפיסת חובתה הפלורליסטית של המדינה כתשתית נורמטיבית להכרעה משפטית ביחס לקהילות מגורים מאפשרת הבחנה בין קהילות מגורים שונות במשפט הישראלי. ככלל, אם הקהילה עונה על דרישות הכשרות החברתית, אזי ככל ששיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה ממלא תפקיד משמעותי יותר בקידום יכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וככל שהקהילה חלשה יותר מבחינה כלכלית או פוליטית, על המשפט לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיה. מאידך גיסא, ככל שחברי הקהילה אינם חולקים תפיסת טוב משותפת או לחלופין ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה משמעותי פחות בכל הקשור ליכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וכן ככל שחוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה רב יותר, החלת ביקורת שיפוטית על החלטות הקהילה ומשטרה הפנימי ראויה יותר, ולעיתים, כפי שיפורט להלן, אף מחויבת.

כאמור, הנחת-המוצא לבחינת היקף התערבותה של המדינה בהחלטות הקהילה היא כי זו עונה לפחות על אחת מדרישות הכשרות החברתית. דרישות אלה נועדו לוודא כי המרחב הפנים-קהילתי אינו מכפיף לחלוטין את היחידים למרותה של הקהילה או לראשיה, ולמעשה אינו מותיר את חברי הקהילה חסרי אונים מול החלטות הקהילה. דרישות אלה חיוניות בשעה שאנו מבקשים לקבוע את היקף הביקורת השיפוטית על משטרה הפנימי של הקהילה. ככלל, ככל שהקהילה פועלת בהתאם לנורמות ליברליות, היקף הביקורת השיפוטית על משטרה הפנימי יכול שיהא מוגבל. מאידך גיסא, ככל שהנורמות שהקהילה פועלת לפיהן עומדות בסתירה לערכים ליברליים (לדוגמה, ככל שקהילה מסוימת מקיימת אי-שוויון בין חבריה כחלק מתפיסת הטוב המנחה אותה), היקף הביקורת השיפוטית צריך להיות רחב, על-מנת למזער את הפגיעה בזכויותיהם של חברי הקהילה. התביעה המוצגת לעיל להשתייכות ברו-זמנית של חברי הקהילה לכמה קהילות נוספות – תביעה שמשמעותה המעשית היא הרחבת המעגלים החברתיים שחברי הקהילה משתייכים אליהם לצד העצמת יכולתם להכיר נורמות שונות מאלה הנוהגות בקהילתם (וממילא להגביר את מודעותם העצמית ביחס לנורמות אלה) – מפחיתה את תלותם של חברי הקהילה בקהילה נתונה. ממילא, תביעה מבנית זו מאפשרת להגביל את היקף

158 סמדר אוטולנגי אגודות שיתופיות – דין ונוהל כך א 330–333 (1995).



הביקורת וההתערבות מצד המדינה בהחלטותיה של הקהילה, גם אם הנורמות שהקהילה פועלת לפיהן עומדות בסתירה לערכים ליברליים. במקרה שבו הקהילה מאפשרת לחבריה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות, וממתנת בכך את תלותם בקהילה (כך שלא נוצרת מציאות המאפשרת הכפפה מלאה של שיקול-דעתם של היחידים לקהילה ולראשיה), היקף הביקורת צריך להיות מוגבל אך לאותם מקרים שבהם זכויות חיוניות של חברי הקהילה נפגעות באופן מתמשך.

בחינת תפקידו של שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה עשויה להעיד על החשיבות של שימור סמכותה של הקהילה כלפי חבריה. כפי שציין בית-המשפט בעניין כץ, צמצום הביקורת השיפוטית על החלטותיהם של מוסדות הקהילה נחוץ על-מנת לא לכרסם בסמכותם, ולאפשר בכך את המשך מימושה המשותף של תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה.<sup>159</sup> ממילא, ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה חיוני יותר במימוש תפיסת הטוב, היקף הביקורת השיפוטית על משטרה הפנימי של הקהילה צריך להיות מצומצם, בעוד ככל שתפקידו חיוני פחות (או כאשר שיתוף-הפעולה אינו ממלא כל תפקיד), היקף הביקורת השיפוטית עשוי לגבור.

באשר לשאלת חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה, שיקול זה עשוי לשמש את בתי-המשפט כסמן למניעת פגיעה בלתי-מוצדקת ביכולתן של קהילות לפעול בהתאם לתפיסת הטוב שחבריה מחזיקים בה, בעיקר ככל שמדובר בקהילות חלשות מבחינה כלכלית ופוליטית, אשר חבריהן משתייכים על-פי-רוב לקבוצות המיעוט בחברה.<sup>160</sup>

יישום האמור לעיל על ארבעת הדגמים של קהילות המגורים יגלה כי היקף הביקורת השיפוטית על משטרה הפנימי של קהילת מגורים מדגם ד צריך להיות מצומצם. אם נבחן את האמור על הקיבוץ ההיסטורי, מסקנה זו היא תולדה של תפקידו המכונן של שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה (וממילא, חשיבות שימורה של סמכות הקהילה) ושל מעמדם הפוליטי והכלכלי הנמוך יחסית של אותם קיבוצים אשר שמרו על מאפייניהם ההיסטוריים גם בישראל דהיום. לפיכך היקף הביקורת השיפוטית הראוי צריך להתמצות במקרים שבהם החלטות הקהילה צפויות לגרום לפגיעה משמעותית בזכויותיו של חבר הקהילה או לחלופין להדירו מחברותו בה. מאידך גיסא, ככל שעסקינן בקהילת מגורים מדגם א, היקף הביקורת השיפוטית על המשטר הפנימי שחברי הקהילה מחילים על עצמם צריך להיות רחב, שכן לנוכח תפקידו השולי (אם בכלל) של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה, אין לראות בו הכשר מלכתחילה לויתור של חברי הקהילה על זכויותיהם, ואין מקום להקנות חשיבות לסמכות הכלל. באשר לקהילות מגורים שבהן שיתוף-הפעולה ממלא תפקיד מסייע (דגם ב) או מוסיף ערך (דגם ג), היקף הביקורת השיפוטית על משטרן הפנימי של קהילות אלה

159 עניין כץ, לעיל ה"ש 50, בעמ' 615–616.

160 ראוי לציין כי בקהילות המשתייכות לקבוצות מיעוט בחברה עשויה להתפתח תופעה של "מיעוט בתוך מיעוט", קרי, קבוצה אשר משתייכת במאפייניה המרכזיים לקהילת המיעוט אולם שונה במאפיינים אחרים מקבוצת הרוב בקהילה. תופעה זו יוצרת מתחים משמעותיים בין חברי קהילות. ראו לעניין זה, באופן כללי, סוזן מולר אוקין "הרהורים על פמיניזם ורב-תרבותיות" פוליטיקה 1, 9 (1998); יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא-ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227 (2009).

צריך להיות מוגבל למישור הפרוצדורלי, קרי, לאותם מקרים שבהם המשפט אוכף את החלטותיה של הקהילה במסמכי-היסוד שלה ואת הדרישות הפרוצדורליות הקיימות בדין. הימנעות מקיומה של ביקורת שיפוטית במישור הנורמטיבי – מישור הנתון מלכתחילה להשפעה רחבה של קבוצת הרוב בחברה נתונה – תאפשר למדינה להימנע מלהפר את חובתה הפלורליסטית. טבלה 2 מסכמת את היחס המשפטי למשטרן הפנימי של קהילות מגורים בהתאם לארבעת המודלים של הקהילות.

טבלה 2: היקף הביקורת השיפוטית על משטרן הפנימי של קהילות מגורים

דגם קהילה	תפיסת טוב משותפת	תפקיד שיתוף-פעולה	היקף הביקורת השיפוטית
דגם א	אין	אין	גבוה, נטול סייגים
דגם ב	יש	מסייע	מוגבל למישור הפרוצדורלי
דגם ג	יש	מוסיף ערך	מוגבל למישור הפרוצדורלי
דגם ד	יש	מכונן	מוגבל לפגיעה משמעותית בזכויות היחידים חברי הקהילה

#### 4. שלב היציאה: על יציאה רצונית ויציאה כפויה

שלב היציאה מקהילת מגורים עשוי להתבטא בכמה מופעים שונים. ראשית, חבר בקהילת מגורים עשוי להחליט לעזוב את הקהילה מרצונו. אפשרות נוספת היא שהקהילה עצמה, באמצעות מוסדותיה, תחליט על הוצאתו של חבר מתוכה. לבסוף, חברי קהילה גיאוגרפית עלולים להידרש לעזוב את הקהילה בשל נטילה שלטונית של המקרקעין. בחלק זה אדון בשלושת המופעים האלה, ואראה כיצד על המשפט הישראלי להתמודד עימם ביחס לכל אחד מדגמי הקהילות.

כאשר חברת קהילה מחליטה לעזוב את קהילת המגורים שהיא משתייכת אליה – פעולה המתבטאת בהחלטתה למכור את זכויותיה לאחר – תפיסה ליברלית ופלורליסטית צריכה לתמוך ביכולתה לעשות כן.<sup>161</sup> אכן, ככל שאנו מעוניינים לאפשר לאדם להיות הסופר של סיפור חייו, עלינו לאפשר לו לנטוש את השתייכותו ההיסטורית ולצאת לדרך חדשה, ולהטמיע אפשרות זו במשפט.<sup>162</sup> במובן זה, הגם שתפיסה פלורליסטית אינה מעודדת ניידות חברתית, עליה לאפשר זאת. לפיכך, בכל אחד מהדגמים של קהילות המגורים המפורטות במאמר זה, חברי הקהילה צריכים להיות רשאים להעביר את זכויותיהם לאחר ולסיים את חברותם בקהילה. אולם האין בהרשאה גורפת מעין זו כדי לפגוע ביישומה של החובה הפלורליסטית המוטלת על המדינה? נזכיר כי אחד הטעמים לריסון השיפוטי שגזר המשפט הישראלי על עצמו בכל הקשור לפעילותן של קהילות מגורים נעוץ בביסוס סמכותה של הקהילה ביחס לחבריה. אם כן, האין במתן זכות יציאה גורפת (מדוי) לחברי הקהילה משום ערעור סמכותה של הקהילה? התשובה

161 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 385–396.  
162 שם. ראו עוד סבן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 489–490.

לכך צריכה אף היא להיות רגישה לתפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה במימוש תפיסת הטוב המשותפת להם. ככל ששיתוף-הפעולה חיוני יותר ליכולת המימוש של תפיסת הטוב המשותפת, יש להעניק לקהילה סמכות רחבה יותר להעמדת תנאים למימוש זכות היחיד ליציאה. אולם תנאים אלה אינם יכולים לשלול את יכולת היציאה לחלוטין או להציב מכשולים שמשמעותם המעשית היא שלילת יכולת היציאה של היחיד. מאידך גיסא, ככל ששיתוף-הפעולה שולי יותר במימוש תפיסת הטוב של חברי הקהילה, ובוודאי ככל שתפיסה כזו אינה קיימת כלל, זכות היציאה של היחיד צריכה לזכות בהגנה רחבה, ועל הקהילה להימנע מהצבת תנאים למימושה.

התשתית הנורמטיבית שהוצעה במאמר זה מאפשרת לראות כיצד הכרעות משפטיות ביחס לשלבים השונים בפעילותה של קהילת מגורים משפיעות זו על זו. חשוב, לדוגמה, על קהילת מגורים מדגם ג, אשר שיתוף-הפעולה בין חבריה מאפשר להם להוסיף ערך במימוש תפיסת הטוב המשותפת להם. כך, לדוגמה, חברי קהילה שחבריה אוזנים בתפיסת טוב אקולוגית מקימים תשתיות לאגירה ולטיהור של מים, לניצול אנרגייה סולרית ולמזעור נזקים סביבתיים, מוודאים בנייה אקלימית המפחיתה את הפגיעה, ומחנכים במסגרת מוסדות החינוך בקהילה לחיים סביבתיים. בקהילה כזו קיומם של מנגנוני הדרה מותנה בחשש מפני פגיעה ממשית בעצם יכולתם של חברי הקהילה להמשיך בשיתוף-הפעולה או מפני ביטולו של הערך המוסף. הניחו כעת כי אחת מחברות הקהילה מבקשת לסיים את חברותה בקהילה ומבקשת להעביר את זכויותיה בקניין לאחר. במצב כזה יידרש הרוכש הפוטנציאלי לצלוח את מנגנוני ההדרה של הקהילה כתנאי ליכולתו לרכוש את הזכויות. כך, לדוגמה, תיבחן מידת מחויבותו של הרוכש הפוטנציאלי לתפיסת הטוב האקולוגית, ובכלל זה נכונותו ליטול חלק במימוןן ובהקמתן של התשתיות השונות. התבוננות על צידו האחר של המטבע יגלה כי זכות היציאה של חברת הקהילה מוגבלת, שכן היא נאלצת למכור את זכויותיה אך למי שיצליח את מנגנוני ההדרה של הקהילה. סביר להניח כי מועמדותו של רוכש פוטנציאלי שיביע אי-נכונות ליטול חלק במימוןן ובכינוןן של תשתיות אקולוגיות או לחלופין יבקש לנהל אורח חיים הפוגע בסביבה – תידחה. כאמור, בקהילה מדגם ג מנגנוני ההדרה עשויים להיות מוצדקים גם כאשר הרוכש הפוטנציאלי לא ימנע את מימושה הפרטני של תפיסת הטוב, אלא יפגע בערך המוסף הנובע משיתוף-הפעולה. הגבלה זו צריכה להיות מוצדקת על בסיס התשתית הנורמטיבית המוצגת במאמר, שכן היא מאזנת בין זכותו של היחיד ליציאה לבין יכולתם של יתר חברי הקהילה להמשיך לממש את תפיסת הטוב. מבחינה מעשית, אם כן, המגבלות המוטלות על זכותו של היחיד לצאת מקהילה בכל אחד מהדגמים של קהילות המגורים נלמדות במישרין מהיקף יכולתה של הקהילה להחיל מנגנוני הדרה.

אך קיימת אפשרות נוספת, והיא שחבר הקהילה נאלץ לעזוב את קהילתו (ולהעביר את זכויותיו לאחר) לא מרצונו. כך, לדוגמה, אפשר שקהילת מגורים תאלץ חברים מסוימים בה לסיים את חברותם בקהילה בשל חריגתם מהנורמות המבנות את משטרה הפנימי של הקהילה. השאלה העולה במקרים אלה היא אם תפקידו של המשפט להתערב בנעשה בקהילה כאשר עולה חשש מפני הכפפה רחבה מדי של היחיד וזכויותיו לשיקול-דעתו של הכלל. טענתי היא כי גם במקרים אלה התשתית הנורמטיבית המוצגת במאמר זה להתמודדותו של המשפט עם קהילות מגורים מספקת תשובה: ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה חיוני יותר למימוש תפיסת הטוב המשותפת להם, על המשפט לרסן את התערבותו בהחלטותיה של

הקהילה. מאידך גיסא, ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה שולי (אם בכלל), מוקנית למשפט סמכות לביקורת רחבה יותר גם במקרים מעין אלה. גם כאן ניתן לראות כיצד קיומה של תשתית נורמטיבית להתמודדותו של המשפט עם קהילות מגורים מאפשר קביעת מדיניות סדורה לכל שלבי פעילותה של הקהילה. למעשה, השאלה בדבר התערבות המשפט בהחלטה על יציאה כפויה של אדם מקהילת מגוריו קשורה למידת הריסון שהמשפט צריך לגזור על עצמו ביחס להתערבות במשטרן הפנימי של קהילות מגורים. כפי שהראיתי, מידת הריסון שעל המשפט לגזור על עצמו תלויה בדגם הקהילה. בעוד בקהילה מדגם א המשפט יכול – ואף צריך – להתערב במשטר הפנימי של הקהילה, בקהילות מדגמים ב ו-ג עליו לרסן התערבות זו, למקדה במישורים הפרוצדורלי והמהותי, ולהותיר את המישור הנורמטיבי לשיקול-דעתה של הקהילה. לפיכך, בעוד אפשר שבקהילות מדגמים ב ו-ג יבקר המשפט את תקינות ההליך שנקטה הקהילה לצורך כפיית היציאה על מי מחבריה, ראוי שהוא ימנע את ידיו בכל הקשור לבסיס הנורמטיבי שהליך זה מושתת עליו. באשר לקהילות מדגם ד, בהתאם לתשתית הנורמטיבית המוצעת במאמר זה ראוי שהיקף הביקורת השיפוטית על קהילות אלה – אשר שיתוף-הפעולה בין חבריהן נושא תפקיד מכונן ביחס לתפיסת הטוב – יהא מרוסן, ויתמקד אך בפגיעה משמעותית בזכויות היחידים חברי הקהילה. אולם נראה כי אי-אפשר לחשוב על פגיעה משמעותית יותר בזכותה של חברת קהילה מאשר החלטה של הקהילה על יציאתה מהקהילה. החלטה בדבר יציאה כפויה של חבר מהקהילה צריכה לפיכך לעמוד לביקורת שיפוטית גם בקהילות מדגם ד. עם זאת, ביקורת שיפוטית זו צריכה להתמקד במישור הפרוצדורלי, ולהימנע מלחתור תחת העקרונות הנורמטיביים שהקהילה משתיתה עליהם את פעולתה. במילים אחרות, עליה להימנע ככל האפשר מלהתערב בנורמות הפנימיות לתפיסת הטוב שחברי הקהילה מקדמים במשותף.

לבסוף, חברת קהילה עשויה להידרש לעזוב את קהילתה בשל נטילה שלטונית של זכויותיה הקנייניות. ככלל, דיני הנטילה השלטונית אינם מייחסים משמעות לנסיבות שהנטילה מבוצעת בהן, למאפייניו הייחודיים של הנכס שניטל או לערכים הסובייקטיביים הגלומים בו מבחינת בעליו.<sup>163</sup> עם זאת, כאשר ניצב המשפט הישראלי בפני מציאות שבה בוצעה נטילה שלטונית רחבת-היקף, אשר הובילה לעקירתן של קהילות מגורים שלמות, הוא ייעד הסדר קנייני שביקש להעניק משמעות לאובדן הקהילה.<sup>164</sup> בקיץ 2005 יישמה ממשלת ישראל את תוכנית ההתנתקות מרצועת עזה ומצפון השומרון. ביישומה של תוכנית ההתנתקות נעקרו יותר מעשרים קהילות מגורים מהאזור המפונה. קהילות מגורים אלה לא קיימו מאפיינים זהים. הן נבדלו זו מזו לא רק בתצורת התאגדותן המשפטית, אלא גם בתפיסות הטוב שהחזיקו חבריהן, במאפייניהן הכלכליים, וממילא בחוסנן הכלכלי.<sup>165</sup> עם זאת, שונות זו לא מצאה ביטוי בהוראות הייחודיות שכלל חוק יישום תכנית ההתנתקות, אשר ביקש לתת מענה לנסיבות הייחודיות שהיו כרוכות באובדן הקהילה.

163 ס' 2 ו-12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943; ס' 188–196 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965.

164 חוק יישום תכנית ההתנתקות.

165 ראו Stern, לעיל ה"ש 55, בעמ' 152–155.

סעיף 85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות (להלן: חוק היישום) מקנה לכל קבוצה של עשרים מבין חברי הקהילות שנעקרו מהשטח המפונה את האפשרות לתבוע העתקה קהילתית, קרי, חיים במסגרת קהילת מגורים משותפת.<sup>166</sup> אפשרות דומה מוענקת בסעיף לאגודה שיתופית (קרי, לקהילת מגורים קיימת).<sup>167</sup> קביעה זו מעידה על העדר תשתית נורמטיבית לגבי היחס הראוי לקהילות מגורים במשפט, וזאת משתי סיבות: ראשית, חוק היישום מאפשר למקבץ של חברים מקהילות שונות לתבוע העתקה קהילתית, קרי, להקים קהילת מגורים חדשה, מבלי שהיה ביניהם קשר קהילתי או שיתוף-פעולה קודם; שנית, חוק היישום אינו מבחין בין קהילות-מקור שונות על-פי מאפייניהן. חברי כל קהילות המגורים שפעלו באזור שפונה בתוכנית ההתנתקות היו זכאים לתבוע סעד של העתקה קהילתית, ללא קשר למאפייני הקהילות.

תפיסת חובתה הפלורליסטית של המדינה כתשתית נורמטיבית להכרעה משפטית ביחס לקהילות מגורים אכן משמיעה הרחבה משמעותית של מערך הסעדים העומד לרשות המדינה לצורך פיצוי בעלי קניין בגין נטילה שלטונית.<sup>168</sup> בספרות הוצעו סעדים אחדים בעלי מאפיינים שונים, ביניהם מתן פרמיה בגין אובדן הקהילתיות וכן סעד של העתקה קהילתית.<sup>169</sup> סעדים אלה נבדלים זה מזה בעלות שהם מטילים על המדינה וכן בהיקף ההתקשרות בין המדינה לבין בעלי הקניין.<sup>170</sup> אולם יישום ראוי של חובה זו מחייב להחיל את השיקולים השונים שצוינו לעיל לצורך קביעת היקפה, וממילא להבחין בין קהילות מגורים שונות גם במסגרת דיני הנטילה השלטונית. ככלל, אם הקהילה עונה על דרישות הכשרות החברתית, אזי ככל ששיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה ממלא תפקיד משמעותי יותר בקידום יכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וככל שהקהילה חלשה יותר מבחינה כלכלית או פוליטית, על המשפט להבטיח ביתר שאת את יכולתה של הקהילה להמשיך את פעילותה גם לאחר ביצוע הנטילה השלטונית. על המדינה להציע אם כן סעד שיאפשר לקהילה להשתקם ולהמשיך בפעילותה במקום אחר. מאידך גיסא, ככל שחברי הקהילה אינם חולקים תפיסת טוב משותפת או לחלופין ככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה בין חברי הקהילה משמעותי פחות בכל הקשור ליכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, וכן ככל שחוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה רב יותר, אין כל הצדקה להטיל על המדינה חובה להשקיע משאבים רבים לצורך הקמתה מחדש של הקהילה. הטעם להבחנה זו הוא שככל שתפקידו של שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה חיוני יותר, חובת המדינה לאפשר אותו גוברת. הדברים נכונים גם בכל הקשור לבחינת חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה. ככלל, היקף חובתה של המדינה לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות מצטמצם כאשר המחזיקים בהן יכולים לממשן באופן

166 ס' 85 לחוק יישום תכנית ההתנתקות.

167 ש.ם.

168 ראו Stern, לעיל ה"ש 76, בעמ' 160–161.

169 ראו, לדוגמה, Robert C. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. CHI. L. REV. 681 (1973); Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics*, 92 CAL. L. REV. 75 (2004).

170 Stern, לעיל ה"ש 55, בעמ' 165–169.

עצמאי ללא תמיכה מצד המדינה. כאשר חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה מאפשר לה להשתקם ולקום מחדש בכוחות עצמה, חובתה של המדינה פוחתת. יישום האמור לעיל על ארבעת הדגמים של קהילות מגורים במרחב הישראלי יגלה כי בעוד נטילה שלטונית הפוגעת בפעילותה של קהילות מגורים מדגם ד עשויה לחייב את המדינה להעניק לקהילה סעד של העתקה קהילתית, חובה זו פוחתת ביחס לקהילות מגורים מדגמים ב-ג, ומתאינת לחלוטין ביחס לקהילות מגורים מדגם א. לפיכך בקהילות מגורים מדגמים ב-ג חובתה של המדינה עשויה להתמצות בתשלום פרמיה כספית לבעלי הקניין בגין אובדן הקהילה או במתן סיוע – באמצעות הסרת חסמים בירווקרטיים – להקמת הקהילה מחדש על-ידי חבריה. טבלה 3 מסכמת את היחס המשפטי בשלב היציאה בהתאם לארבעת המודלים של הקהילות.

טבלה 3: היחס המשפטי לקהילות מגורים בשלב היציאה – יציאה רצונית, יציאה כפויה ויציאה עקב נטילה השלטונית

דגם קהילה	יציאה רצונית	היקף הביקורת השיפוטית על החלטת קהילה בדבר יציאה כפויה	הסעד בגין אובדן הקהילה עקב נטילה שלטונית
דגם א	ללא תנאי	רחב, נטול סייגים	אין
דגם ב	התנאים על זכות היציאה יהיו מוגבלים לפגיעה ממשית ביכולתם של החברים הנותרים לשתף פעולה	מוגבל למישור הפרוצדורלי והמהותי	פרמיה בגין אובדן הקהילה + סעד לא-ישיר להקמה מחדש
דגם ג	התנאים על זכות היציאה יהיו מוגבלים לפגיעה ממשית ביכולת שיתוף-הפעולה ולביטול הערך המוסף	מוגבל למישור הפרוצדורלי והמהותי	פרמיה בגין אובדן הקהילה + סעד לא-ישיר להקמה מחדש
דגם ד	התנאים על זכות היציאה ניתנים להחלה גם לנוכח חשש לפגיעה בשיתוף-הפעולה	מוגבל למישור הפרוצדורלי והמהותי	סעד של העתקה קהילתית

## ו. סיכום

מאמר זה מניח תשתית נורמטיבית להתמודדותו של המשפט הישראלי עם קהילות מגורים. תשתית זו, המבוססת על חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר קיומן של תפיסות טוב שונות במהותן, משמיעה קיומה של הבחנה בין קהילות מגורים שונות בהתאם למאפייניהן. המאמר מציע שלושה שיקולים מרכזיים לצורך יצירתה של הבחנה זו. הראשון

מבקש לבחון את כשרותן החברתית של הקהילות. כשרותן החברתית של קהילות צריכה להיבחן על-פי הנורמות שתפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה מושתתת עליהן, ומידת התאמתן לערכים ליברליים. בשל חובתה הפלורליסטית של המדינה, המאמר מציע להעתיק את מרכז-הכובד מהמישור הערכי-האתי אל המישור המבני, ולהכשיר את פעילותן של קהילות כל זמן שהן מאפשרות לחבריהן להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות הפועלות בהתאם לנורמות שונות. כאמור לעיל, מבחינה ליברלית ופלורליסטית גם-יחד יש לראות בשיקול זה תנאי מקדמי לתחולת חובתה הפלורליסטית של המדינה ביחס לקהילה נתונה. תנאי זה הינו הכרחי, אך אינו מספיק. לצורך הכרעה באשר לתחולת חובתה הפלורליסטית, על המדינה לבחון שני שיקולים נוספים. ראשית, עליה לאמוד את תפקידו של שיתוף-הפעולה במימוש תפיסת הטוב המשותפת לחברי הקהילה. לצורך זה המאמר מציע טיפולוגיה של תפקידי שיתוף-פעולה במימושן של תפיסות טוב, שלפיה שיתוף-פעולה עשוי להיות בעל תפקיד מכונן, מוסף ערך או מסייע. שנית, עליה לבחון את חוסן הפוליטי והכלכלי של קהילות מגורים. החוסן הפוליטי והכלכלי עשוי להשליך על היקף חובתה הפלורליסטית של המדינה – הן בשל היותו סמן לקהילות המשתייכות לקבוצות המיעוט בחברה (ואשר עשויות לפיכך לעמוד במתח מול תפיסות טוב שהרוב דוגל בהן) והן בשל הצבעתו על הצורך בתמיכת המדינה במימושה של תפיסת טוב מסוימת.

המאמר ממחיש כיצד תשתית נורמטיבית זו עשויה לצאת מן הכוח אל הפועל, תוך עמידה על שלושה שלבי פעילות עיקריים שבהם קהילות מגורים מאתגרות את המשפט הישראלי: שלב הכניסה, שבו נבחנות שאלות הנוגעות בהקצאת מקרקעין ליישובים ובמנגנוני הדרה המשמשים בתהליך הקבלה אליהם; משטרן הפנימי של הקהילות והיקף הביקורת השיפוטית הראוי ביחס אליו; ושלב היציאה, שבו נדונים הן המגבלות שיש לאפשר לקהילה להטיל על זכותו של חבר הקהילה לצאת ממנה, הן היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית על החלטתה של קהילה בדבר יציאה כפויה של אחד מחבריה, והן הסעדים השונים שעל המדינה להציע לקהילות מגורים שנעקרו בשל נטילה שלטונית.