בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?

יפה זילברשץ*

א. פתח דבר. ב. זכות המגורים והעילות להגבלתה. ג. הגבלת הזכות למגורים בגין פגיעה בזכויות של אחרים: 1. תופש ההתאגדות או הזכות לקיום מסגרת קהילתית; 2. הקניין. ד. הגבלת הזכות למגורים כפגיעה בשוויון: 1. הקדמה; 2. הידוד הלכת קעדאן; 3. ייחוד לאומי כפוגע בשוויון; 4. רוב ומיעוט – נדבך הרגשות; 5. רוב ומיעוט – נדבך ההיטמעות. ה. מסקנות.

*"דרישת הסובלנות מטעם הדוב כלפי המיעוט מן הדאוי שתאוזן במידה מסוימת של סבלנות מטעם המיעוט כלפי הדוב".***

א. פתח דבר

בפרשת קעדאן מתמודד בית־המשפט עם השאלה הקשה של מגורי ערבים בתוככי יישוב יהודי בישראל. בית־המשפט מצהיר בפסיקתו, שאין המדינה, בעצמה או על־ידי גוף מטעמה (במקרה זה, הסוכנות היהודית), יכולה למנוע מבני המיעוט הערבי לרכוש קרקעות מדינה למגורים ביישוב קהילתי, מהנימוק שהיישוב נועד למגורי יהודים בלבד.[1]

בית־המשפט מוסיף ואומר, שלו התאפיין היישוב בקבוצת אנשים ייחודית אשר רמת הטולידריות בין חבריה גבוהה, ייתכן שהשיקולים לאסור מכירת קרקעות למי שאינו משתייך לקבוצה כזו היו מתקבלים. אך אם המאפיין היחיד של הקבוצה הוא היותה קבוצה יהודית, אין בכך צידוק לגיטימי למניעת הצטרפותם של בני־המיעוט הערבי לקבוצה.[2]

---

* מרצה בכירה, מנהלת מרכז צביון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן.

תודה לשולמית אלמוג, שדרבנה אותי להשקיע מחשבה ומחקר בנושא זה והעידה הערות חשובות; וכן לרונן אברהם, לרות הלפרין־קדרי, לאיתי ליפשיץ, לשחר ליפשיץ, לרני סטטמן, לרות קנאי, לדודי שורץ ולרון שפירא – על תגובותיהם שעזרו לי לגבש עמדה בנושא. למותר לציין, כי כל העמדות המובאות במאמר משקפות את שלי בלבד.

** דברי הטשנה־לנשיא אלון, בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, עמ' 507 (ההדגשה במקור – י"ז).

1. בג"ץ 6698/95 ע' קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258 ולהלן: בג"ץ קעדאן, בעיקר פסקאות 29, 35 ו-38 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
2. שם, פסקאות 30 ו-37 לפסק־דינו של הנשיא.

nevo.co.il

כל ניסיון לבחון קביעה זו של בית־המשפט ולהעמידה במבחן הביקורת הוא בעייתי ביותר. העם היהודי, שהיה במשך מאות שנים מיעוט נרדף במדינות העולם וסבל מנידוי ומהשפלה, נאלץ להסתגר ולחיות בגטאות; שכן לא נמצא ראוי לגור עם אוכלוסיית הרוב שפיתחה כלפיו רגשי עליונות ודחקה אותו לפינה נחותה ונפרדת. האם אותו עם יהודי, המגבש כיום את שלטון הרוב במדינת ישראל, יכול לומר למיעוט כלשהו שאין לו מקום לחיות לידו ועליו לגור בנפרד ממנו?

כמי שסבורה כי למרות הרגישות הזו יש לבחון את החלטתו של בית־המשפט, אני מודה עם השופט לנדוי שבפסק־הדין בעניין אלון־מורה הביע את החשש שלא ישימו לב ולא יזכרו את הנמקתו, אלא רק את המסקנה הסופית של דבריו.[3] אך כמוהו אני סבורה, שחשש זה אינו דוחה את החובה לדון בנושא וכך אעשה.

מאמר זה מציב סימן־שאלה מול קביעת בית־המשפט בפרשת קעדאן, שדרישת אוכלוסיית הרוב במדינה למגורים נפרדים פוגעת בשוויון ועל־כן אין לאפשר אותה. מיקודו של המאמר כפול: ראשית, נעשה בו ניסיון להתמודד עם משמעות הייחוד הלאומי כבסיס לאפליה אסורה. הטענה שאנסה לבסס היא, כי הערך הלאומי אינו בהכרח ערך גועני ועל־כן לעתים תיתכן בגינו הבחנה מותרת שאינה יוצרת אפליה אסורה. שנית, נבחנת בו השאלה האם הזכויות לייחודיות לאומית, תרבותית או דתית המוענקות למיעוט, יכול שתהיינה גם נחלתו של הרוב.

ב. זכות המגורים והעילות להגבלתה

על־אף שבג"ץ קעדאן אינו מציין זאת כלל, הרי הזכות שהעותר מבקש לממש היא זכותו למגורים. לזכותו של האדם למגורים שני היבטים: היא כוללת חירות פוליטית של אדם לגור בכל מקום שיבחר בו וכמו־כן את זכותו הסוציאלית לקורת־גג. חלוקת הזכות למגורים לשני אספקטים אינה חדה כל־כך. ייתכן בהחלט, שאדם יבקש לממש את זכותו לגור במקום מסוים משיקולים סוציאליים. בני הזוג קעדאן, למשל, לא טענו שהסיבה לרצונם לגור ביישוב קציר היא רצונם לגור דווקא עם יהודים. הם ביקשו "לגור במקום שבו קיימות איכות חיים ורמת חיים שונות מאלה שבהן הם חיים כיום".[4] עם זאת, יש להבחין בין רצונו של אדם לגור במקום מסוים משיקול זה או אחר, ובכלל זה שיקול סוציאלי (freedom to choose a residence), ובין זכותו של אדם שהמדינה תדאג לכך שהוא ימצא קורת־גג – זכות שלשם מימושה המדינה צריכה להקצות משאבים כספיים (the right of housing). עניין לנו במאמר זה בהיבט הזכות לבחירת מקום־מגורים ולא נעסוק בו בזכות לקורת־גג.

המסמכים הבינלאומיים המרכזיים העוסקים בזכויות האדם מונים את הזכות למגורים במפורש ברשימת זכויות האדם הבסיסיות. ההכרזה האוניברסלית של זכויות האדם ט־1948

3. בג"ץ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1, עמ' 4.
4. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 265.

nevo.co.il

קובעת: "Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state".[5] הזכות אף מנויה באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות,[6] כמו גם באמנות בינלאומיות אוניברסליות נוספות[7] ובאמנות בינלאומיות אזוריות העוסקות בזכויות האדם: האמנה האירופאית,[8] ההכרזה והאמנה האמריקניות[9] והצ'רטר האפריקני.[10]

בסעיפי האמנות כולן מופיעה הזכות למגורים בצמידות לזכותו של כל אדם לתופש התנועה ברחבי המדינה. מכאן, שמשמעותה היא כי כל אדם הנמצא במדינה כדין בידו הזכות לנוע ברחבי המדינה ולהתמקם לשם מגורים בכל אתר במדינה שבו יחפוץ לגור.

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מפרט את הזכות למגורים ברשימת הזכויות המנויות. בהצעות שונות של חוק־יסוד: זכויות האדם, שהוצגו בעבר, נכללה הזכות למגורים ברשימת זכויות האדם.[11] כידוע, רשימת זכויות האדם, שנכללה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא רשימה חלקית, שכן נבצר היה מלתוקק את חוק־יסוד: זכויות

---

5. סעיף 13(1) להכרזה, Ian Brownlie, *Basic Documents on Human Rights* (3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1992), 24.
6. בסעיף 12(1) לאמנה (שם, 129), שאושררה על־ידי ישראל ב־18.8.91, כ"א 31, עמ' 269.
7. סעיף 5(d)(i) לאמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית מ־1966 (בראונלי (לעיל, הערה 5), 152), שאושררה על־ידי ישראל ב־3.1.79, כ"א 25, עמ' 547; סעיף 15(4) לאמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים מ־1979 (בראונלי (לעיל, הערה 5), 176), שאושררה על־ידי ישראל ב־2.11.91, כ"א 31, עמ' 179; סעיף 26 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים מ־1951 (בראונלי (לעיל, הערה 5), 74), כ"א 3, עמ' 5 (והפרוטוקול המשלים מ־1967, כ"א 31, עמ' 23); סעיף 26 לאמנה בדבר מעמדם של מהוסרי־אזרחות מ־1954 (בראונלי (לעיל, הערה 5), 90), שאושררה על־ידי ישראל ב־28.9.54, כ"א 8, עמ' 553; וכן סעיף II(c) לאמנה בדבר מניעתו ועגישתו של פשע האפרטהייד מ־1973 (בראונלי (לעיל, הערה 5), 164).
8. סעיף 2(1) לפרוטוקול הרביעי מ־1963 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם מ־1950 (שם, 346).
9. סעיף VIII להכרזה האמריקנית בדבר זכויות האדם וחובותיו מ־1948 (שם, 489); וסעיף 22 לאמנה האמריקנית בדבר זכויות האדם מ־1969 (שם, 504).
10. סעיף 12(1) לצ'רטר האפריקני בדבר זכויות האדם והעמים (שם, 554).
11. ראו, לדוגמא, בהצעת חוק־היסוד של פרופ' י"ה קלינגהופר, סעיף 31(א) להצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ה"ח תשכ"ד 799; סעיף 5 להצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח תשל"ג 448; וכן בהצעה שהתבססה על ההצעה של פרופ' קלינגהופר, שהגיש פרופ' אמנון רובינשטיין לכנסת, מופיעה הזכות למגורים בסעיף 39, ה"ח תשט"ג 111. כמו־כן מופיעה הזכות למגורים בסעיף 4(ב) להצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח תשנ"ב 60, ששימשה בסיס לחוק־היסוד שהתקבל באותה שנה.

nevo.co.il

אדם כחוק מקיף בשלמותו.[12] בשלב זה טרם הוכרעה המחלוקת בדבר השאלה, האם בזכויות שנמנו בהצעת חוק־היסוד ולא נכללו בו לבסוף אפשר לראות זכויות המעוגנות בחוק, בהיותן חלק מעקרונות החירות וכבוד האדם הקבועים בחוק־היסוד.[13] אין אנו מוצאים צורך להכריע בסוגיה זו לצורך מאמר זה, שכן לדידנו, נקודת־המוצא היא שהזכות למגורים היא זכות־יסוד חוקתית.

כמו רוב זכויות האדם, גם זכות האדם למגורים אינה זכות מוחלטת, והיא כפופה להגבלות. ההכרזה האוניברסלית, כמו גם האמנות השונות שעניינן זכות, מציינות מהן התכליות הראויות שבעטיין אפשר להגביל את זכותו של האדם הנמצא במדינה כדין לקבוע לו מקום מגורים בכל מקום שיחפוץ.

המסמכים מאפשרים הגבלת הזכות בגין בטחון המדינה, הסדר הציבורי, בריאות הציבור, המוסר הציבורי או בגין פגיעה בזכויותיהם ובחירויותיהם של אחרים.[14] נוסף על כך סעיף 5 לאמנה בדבר ביעודן של כל צורות האפליה הגזעית קובע איסור אפליה ביישום זכויות אדם, ובכלל זה בזכותו של האדם למגורים ברחבי המדינה.[15]

כדי לקבוע את היקף ההגבלות של הזכות למגורים בגין מוסר הציבור או בריאות הציבור יש לבחון מה כוללים מונחים אלו. האם אשה העוסקת בזנות פוגעת במוסר הציבורי ועל־כן נגביל את זכות מגוריה? האם אדם חולה איידס עלול להדביק את סביבתו ועל־כן נמנע ממנו לגור בכל מקום שיחפוץ? שאלות אלו הן קשות, אך אינן ממין דיוננו,

12. סקירה על עניין זה ראו אמנון רובינשטין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 914-925; במאמר המקיף של יהודית קרפ, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, בעיקר עמ' 323-344; ובספרו של אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 261-263.

13. קרפ (לעיל, הערה 12), 345, 361; יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129; ברק (לעיל, הערה 12), 411-435, ובמיוחד לעניין תנועה ומגורים, עמ' 428-429. לעומת זאת, ראו דעתו של הלל סומר, "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257. כן ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח' (טרם פורסם), שבו השאירו השופטים ביניש וומיר בצריך עיון את השאלה, אם השוויון כלול בכבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בעוד שהנשיא ברק ציין, ש"השיוויון מהווה זכות בעלת מעמד חוקתי... אכן, עקרון השיוויון נגזר מכבוד האדם וקשור עימו קשר בל יינתק".

14. ראו סעיף 12(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (לעיל, הערה 6), 129; סעיף 2(3) לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם (לעיל, הערה 8); סעיף 22(3) לאמנה האמריקנית (לעיל, הערה 9). לעניין המגבלות שהאמנה הפוליטית מציבה על זכות המגורים ראו: Chaloka Beyani, *Human Rights Standards and the Movement of People within States* (Oxford University Press, Oxford, 2000), 10-13.

15. לעיל, הערה 7.

nevo.co.il

שכן הבסיס להגבלה – קרי: ניגוד למוסר הציבורי או לבריאות הציבור – אינו שייך לייחוס האתני-לאומי של החולה או של האדם שהתנהגותו נתפסת כבלתי־מוסרית ועל־כן לא נעסוק כהן במאמר זה.

לעומת זאת, כאשר מדובר בהגבלת הזכות למגורים משיקולי הסדר הציבורי ישנן נסיבות שבהן לשייכות לקבוצה אתנית-לאומית בקרב האוכלוסייה יכולה להיות השפעה על ההחלטה להגביל מגורים. אם במדינה מסוימת שורר מתח בין קבוצות אוכלוסייה שונות, הרי שמגורים משותפים עלולים להוביל לפגיעה בסדר הציבורי ועל־כן יש מקום להגביל אותם. בנסיבות כאלה ייתכן שמגורי בני־מיעוטים בקרב אוכלוסיית הרוב, או לחלופין, מגורי אנשים השייכים לרוב בקרב אוכלוסיית המיעוטים עלולים לשמש איום על הסדר הציבורי. במקרה כזה יש מקום לקבל את תביעת הרוב, כמו גם את זו של המיעוט לבדלנות במגורים.

האינטרס של שמירה על בטחון המדינה יכול אף הוא, בנסיבות מסוימות, ליצור דרישה לגיטימית של אוכלוסיית הרוב לבדלנות ולמניעת בני־מיעוטים ממגורים משותפים. אם בני־המיעוטים מזדהים עם מדינות־אויב, ואוכלוסיית הרוב חוששת מהאויב (כגון כאשר יישובים שוכנים לאורך קו־הגבול) ואינה בטוחה שבני־המיעוטים יטלו חלק בהגנת מקום המגורים מפני האויב אם יהיה צורך בכך, הרי שזו עילה לגיטימית לדרישת בדלנות במגורים של הרוב. מובן שאין בהצעה זו כדי לטעון שהרוב רשאי לזהות כל מיעוט עם אוכלוסיית האויב. הגבלת מגורים של בני־מיעוטים בגין טענה כזו צריכה להיעשות בזהירות מרובה ותוך הסתמכות על עובדות ברורות המעידות על ודאות קרובה לפגיעה של ממש בבטחון המדינה.

ואכן, בבג"ץ קעדאן הכיר בית־המשפט בלגיטימיות אפשרית של הגבלת זכות המגורים משיקולי בטחון המדינה, אך סבר בצדק שאין במגורי הזוג קעדאן ביישוב העירוני קציר כדי ליצור איום על בטחון המדינה.[16]

ג. הגבלת הזכות למגורים בגין פגיעה בזכויות של אחרים

הגבלה נוספת של הזכות למגורים יכולה לקום אם מימוש הזכות פוגע בזכויות של אחרים. הזכויות העלולות להיפגע בעקבות מימוש הזכות למגורים הן הופש ההתאגדות והקניין. במקרה כזה, כאשר בשם חופש ההתאגדות או הקניין מוגבלת זכות המגורים, יש מקום לבחון במקביל טענה של פגיעה בשוויון.

16. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 276. בפסק־הדין מדובר על הגבלת השוויון משיקולי ביטחון. אנו נוקטים כאן שיח שונה של הזכויות. מדובר כאן בזכות המגורים שיש לקיים בשוויון, אלא אם כן אינטרס ציבורי חשוב כמו זה של בטחון המדינה מצדיק את הגבלתה.

nevo.co.il

1. חופש ההתאגדות או הזכות לקיום מסגרת קהילתית

מימוש הזכות למגורים של פלוני בכל מקום שיחפוץ בו יכול שיפגע בזכותו של אלמוני לחיות בקרב קבוצה ייחודית המבקשת לפתח, לקדם ולתגן לתרבות מסוימת שפלוני אינו חלק ממנה. זכותו של אלמוני יכולה להיות מוגדרת בשני אופנים שונים.

אם נצמדים להשקפה ליברלית צרופה, המעמידה את האוטונומיה של הפרט במרכז ומגמדת את חשיבות הצרכים והאינטרסים הקהילתיים, הרי שזכותו של אלמוני לגור דווקא עם קבוצת אנשים זו ולא אחרת יכולה להתבסס על זכותו לחופש ההתאגדות כמבטאת את החירות ואת האוטונומיה שלו.[17]

אך שיח זכויות האדם העכשווי אינו שיח ליברלי צרוף. כנגד התיאוריה הליברלית של הזכויות קמה ביקורת. העמדת האוטונומיה של הפרט כערך עליון וראיית כל קהילה כברירת מחדל הכרחית החייבת לשמור על ניטרליות ולאפשר לפרט למצוא בה את האוטונומיה שלו בוקרה קשות בשני העשורים האחרונים.

הביקורת קמה כנגד התוצאה האנושית של אנוכיות, ניתוק וניכור חברתי שהולידה ההידבקות הטוטלית לרעיון האוטונומיה של הפרט, וקראה לקידום ערכים של עזרה לזולת, לשיתוף־פעולה, לאַכפתיות, לנאמנות וכדו'. בביקורת נטען, שמבחינה פסיכולוגית אין לראות באדם יחידה אטומית מנותקת. אדם הוא יצור חברתי הזקוק לקשר עם אנשים במסגרת קהילתית, שבלעדיה הוא אינו יכול לממש את אישיותו. הביקורת אף הצביעה על כך, שאין זה מציאותי לטעון כי קיים פרט המתפקד במנותק ממסגרת חברתית והיכול באופן אוטונומי צָרוף לקבל החלטות. האדם נולד אל תוך מסגרות משפחתיות, חברתיות וקהילתיות, שהן חלק מזהותו ומאישיותו, וגם אם הוא מחליף אותן במשך חייו, הן נחוצות לו ומשפיעות עליו.[18]

מכאן, שעל־פי התפיסה הקומוניטרית, לקהילה יש מקום של ממש בעיצוב זהותו של הפרט ועל־כן לקבוצת אנשים זכות לדרוש את קיומה של הקהילה. אך גם בתפיסה הקומוניטרית ישנן כמה גישות להסבר קיומה של הזכות הזו.

הגישה הקומוניטרית הקלסית מכירה בקהילה כערך בפני עצמו ולא רק ככלי למימוש מטרות היחיד. לפי גישה זו, הקהילה מגבשת "טוב חברתי", "טוב משותף", וקיומה נועד

---

17. איל בנבנשתי, "'נפרד אבל שווה' בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769, עמ' 784-791 וההפניות בהערה 72 שם.

18. Michael J. Sandel, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", 12 *Pol. Theory* (1984) 81; Charles Taylor, "Atomism", *Communitarism and Individualism* (Shlomo Avinery and Avraham deShalit - eds., Oxford University Press, Oxford, 1992); Amitai Etzioni, *The New Golden Rule: Community and Minority in a Democratic Society* (Basic Books, New York, 1996), 80-87 ; יובל לבנת, "פרט וקהילה: בקורת קומוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון", משפטים לא (תש"ס) 219, עמ' 227-229, והערות 23-27 שם; בנבנשתי (לעיל, הערה 17), 776-777 והערות 25-29 שם.

לקדם אותו. השאלה היא, מה מקומו של הטוב הזה בעת שהוא מתנגש עם זכויות בסיסיות של הפרט? גישה קומוניטרית רדיקלית טוענת, שהטוב המשותף נועד להחליף את הזכויות האזרחיות והפוליטיות. גישה מאוזנת יותר מאפשרת את קיום "הטוב המשותף" בצד הזכויות האזרחיות והפוליטיות, אך בעת התנגשות ביניהן יגבר הטוב המשותף. בכך שונה הקומוניטריזם המתון מהליברליזם, שעל־פיו רק הצורך להגן על זכות אדם אחרת מצדיק הגבלה או פגיעה בזכות אדם אחרת.[19]

גישה קומוניטרית אחרת מיוצגת על־ידי Will Kymlica. קימליקה מנסה לתת הצדקה ליברלית לצורך הקומוניטרי. לשיטתו, התפיסה הרוסליאנית, שעל־פיה חירות הפרט היא היכולת של כל אדם לבחור את אורחות־חייו כרצונו ולשנותם כאשר יחפוץ, אינה יכולה לבוא לכלל מימוש אלא־אם־כן מתקיימות קהילות תרבותיות היוצרות לפרט מסגרות לבחור היכן וכיצד לממש את השקפותיו ומאווייו,[20] גישתו שונה מהתפיסת הקומוניטרית הקלסית בכך שהוא אינו מכיר בסטטוס או בערך העצמאי של הקהילות, אלא רק בערכן הגלוזה ליכולתם של אנשים לבחון, לבחור ולטמש את ערכי חייהם.[21]

כפועל יוצא מכך, על־פי שיטתו של קימליקה אין ערך לקהילה זו או אחרת או לקשר של אנשים דווקא לקהילה מוגדרת, אלא רק לעצם קיומן של הקהילות.[22]

גישה קומוניטרית שלישית היא גישתם של אבישי מרגלית ומשה הלברטל,[23] להבדיל מקימליקה, הטוען שלפרט זכות לתרבות כלשהי, טוענים מרגלית והלברטל כי לפרט זכות

---

19. Allen E. Buchanan, "Assessing the Communitarian Critique of Liberalism", 99 *Ethics* (1989) 852, p. 860; Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996), 13-90.

20. Will Kymlica, *Liberalism, Community and Culture* (Clarendon Press, Oxford, 1989), 153-164.

21. Liberals should be concerned with the fate of cultural structures, not because they have some moral status of their own, but because it's only through having a rich and secure cultural structure that people can become aware in a vivid way of options available to them and intelligently examine their value... cultural structure is being recognized as a context of choice... it is a good in its capacity of providing meaningful options for us, and aiding our ability to judge for ourselves the value of our life plans... (שם, 165-166).

22. שם, 172-173. בהמשך קימליקה מציין, שהוא אינו מתעלם מהחשיבות שיש לקהילה ספציפית שבה אדם חי על אישיותו וזהותו ועם זאת קיומה לשיטתו אינו הכרחי (שם, 174-175).

23. אבישי מרגלית ומשה הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל (מגתם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 93.

nevo.co.il

לתרבות שלו. זכות זו משמעותה לאפשר לקבוצת אנשים לחיות על־פי תרבותם, היינו: לקיים בלא הפרעה אורח־חיים מקיף לפי תרבות זו, שיוכר על־ידי החברה. זכות זו מבוססת על זכות האדם להזדהות עם הקבוצה כדי להבטיח את קיום זהותו האישית: "בניגוד לקימליקה, המנמק את חשיבותה של התרבות באופציות שהיא מציעה, אנו גורסים שאלה המשתייכים לתרבות מסוימת מוקירים אותה מפני שתכניה מעניקים לחייהם משמעות עמוקה ורחבה".[24]

אין ספק, שאחת הדרכים לממש את הזכות לחיי קהילה היא באמצעות המגורים. המגורים במקום מסוים יחד עם בני הקהילה הם אלו המאפשרים את יצירת הקהילה ואת מימוש דפוסי החיים שלה. לכן כדי לשמור על קיומה וייחודה, קהילה מטוימת יכולה למנוע ממי שאינו בן הקהילה לגור עם בני קהילתו. לפי זה אפשר להבין כיצד החקיקה בקנדה – ובשלב מאוחר יותר, גם בארצות־הברית – אִפשרה לילידים מגורים נפרדים כדי שיוכלו לשמר ולפתח את ייחודם הקהילתי.[25]

מכאן, שאם מכירים בזכותו של אלמוני לעצב את חיי הקהילה, הרי שזכות זו מעצם טיבה וטבעה עלולה למנוע מפלוני לממש את זכותו למגורים בכל מקום שיחפוץ.

לפי מסקנת זו, יש לנסות ולהגדיר איזו קבוצת אנשים תיחשב לקהילה שלה מוקנית זכות קיום ושבעטיה אפשר להגביל זכות מגורים של מי שאינו בן הקהילה. זוהי משימה לא־פשוטה, והמגמה המסתמנת היום בקרב המלומדים היא ליצור מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי במשולב, שעל־פיו מדובר במסגרת שאדם מזהה את עצמו כחלק ממנה והסביבה החיצונית משייכת אותו אליה, והיא מורכבת מקבוצת אנשים שלא כולם בה מכירים איש את רעהו.[26]

עניינו מחייב בחינה, האם מסגרת לאומית היא מסגרת קהילתית לגיטימית ליצירת קבוצה ייחודית? ואם התשובה לכך היא חיובית, יש לבחון, האם הזכות לייחוד במגורים כדי לשמר את המסגרת הקהילתית הלאומית היא זכותו של המיעוט בלבד או גם זכותו של הרוב? בשאלות אלה נדון בהמשך, אך לפני־כן נברר כיצד זכותו של אדם לגור בכל מקום עלולה להתנגש בזכותו של האחר לקניין.

---

24. שם, 101. להרחבת גישה זו ולחיבורה לא רק לזכות האדם לזהות, אלא גם לזכותו לחירות, ראו: Chaim Gans, "Freedom and Identity in Liberal Nationalism", 3 *Democratic Culture* (2000) 11, pp. 19-23.

25. קימליקה (לעיל, הערה 20), 182-183, 258; Will Kymlica, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1995), 11, 30; Thomas Franck, *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism* (Oxford University Press, Oxford, 1999), 247-249.

26. בנבנשתי (לעיל, הערה 17), 775-776; Avishai Margalit and Joseph Raz, "National Self Determination", LXXXVII *The Journal of Philosophy* (1990) 439, pp. 440-443.

2. הקניין

זכותו של אדם להתגורר דווקא במקום מסוים עלולה להתנגש בזכותו של האחר לקניין. התנגשות בין זכות המגורים ובין זכות הקניין יכולה להתרחש בשני מישורים:

(א) במישור שבו המקרקעין הם בבעלות פרטית;

(ב) במישור שבו המקרקעין הם בבעלות המדינה.

כאשר המקרקעין הם בבעלות פרטית, הרי שלבעליהם יש בהם זכות קניין. בעל־הקניין יכול לעשות ברכושו ככל העולה על רוחו ועל־כן הוא יכול להחליט שהגכס הפרטי שלו אינו למכירה או אינו להשכרה, והחלטה זו תמנע מרעהו את האפשרות לגור דווקא בגכס שלו.[27]

כאשר המקרקעין הם בבעלות המדינה, הרי שבאן יכול הפרט לתבוע מהמדינה להקצות לו מקרקעין מסוימים שבבעלותה. כדי להימנע מהקצאה כזו תצטרך המדינה לתת הנמקות משכנעות, להצביע על אינטרס ציבורי שבעטיו אינה מקצה קרקעות, כגון היות השטח המבוקש מיועד לצורכי ציבור, נוגד תוכנית־מִתאר מסוימת או נעדר־תשתיות וכו'. בהתקיים האינטרס הלגיטימי תימנע מהפרט האפשרות להתגורר במקום מסוים שהוא בבעלות המדינה.

זכות המגורים יכולה להתנגש בזכות הקניין בדרך נוספת, כאשר בעל־הקניין מחליט למכור או להשכיר את הגכס, אך הוא מגביל את המכירה או ההשכרה לקבוצת אוכלוסייה מסוימת בלבד, למשל: לאוכלוסייה של שומרי מצוות הרדים[28] או של בדואים;[29] או שהוא קובע כי הגכס לא יושכר או לא יימכר לקבוצת אוכלוסייה מסוימת, כגון לשחורים.[30]

27. יהושע ויסמן, **דיני קניין – בעלות ושיתוף** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ז), 25-26. על כך שזכות המגורים אינה יכולה להתממש במקום שיש לאחר קניין פרטי ראו: Gudmundur Alfredsson, *The Universal Declaration on Human Rights: a Common Standard of Achievement* (Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide - eds., Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1999), 272-273.

28. כגון בג"ץ 5023/91, בשג"ץ 5409/91 ואח' **פורז ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח'**, פ"ד מו (2) 793; בג"ץ 1/98 ואח' **כבל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם); ובג"ץ 4906/98 עמותת "עם תופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות ואח' נ' **משרד הבינוי והשיכון** (טרם פורסם). ראו במיוחד פסקה 3 לפסק־הדין.

29. בג"ץ 528/88, בשג"ץ 335/89 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'**, פ"ד מג (4) 297.

30. בעיות כגון אלו העסיקו את הפסיקה בארה"ב במשך שנים רבות והפסיקה קבעה, שבית־המשפט לא יאכוף חוזים שבהם ייקבע שקרקע לא תימכר לשחורים; שכן בכך בית־המשפט, שהוא אורגן של המדינה, יפר את התיקון ה-14 לחוקת ארה"ב (state action). ראו: *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). במו־כן נקבע, שבית־המשפט לא יכשיר חוקי מדינות שעל־פיהם בעלי־קרקע יכולים למכור את נכסי מגוריהם למי שהם רוצים, שכן בעקיפין יש בחוק כזה הכשר ליצירת אפליה אסורה. ראו: *Reitman El Al v. Mulkey El Al*, 387 U.S. 369 (1967). פסיקה זו הובילה לתיקון ה-Civil Rights Act בשנת 1968, ב-42 USC § 1982, שעל־פיו, "All citizens of the U.S. shall have the same right,

nevo.co.il

במקרה כזה, מי שאינו משתייך לקבוצה שלה מייעד בעל־הקרקע את הנכס, לא יוכל לממש בה את זכותו למגורים.

מציאות כזו יכולה להיווצר הן כשהקרקע היא ציבורית והן כשהקרקע היא פרטית. בפרשת קעדאן, למשל, יצרה המדינה מנגנון שאפשר הקצאה למגורים של מקרקעי המדינה ליהודים בלבד. אך כמו המדינה, כך גם אדם פרטי יכול לסרב למכור או להשכיר נכס שבבעלותו למי שאינו משתייך לקבוצת אוכלוסייה זו או אחרת. בשני המקרים הגבלת הזכות למגורים בגין מכירה או השכרה לקבוצה מסוימת, שאינה כוללת את מי שמבקש לגור במקום, יוצרת לכאורה פגיעה בשוויון.

ד. הגבלת הזכות למגורים כפגיעה בשוויון

1. הקדמה

לא כל מציאות שאיננה שוויונית היא מציאות אסורה. בשיח השוויון יש הבדל בין הבחנה מותרת לאפליה אסורה, דהיינו: יש להבחין בין שוגי רלבנטי, המצדיק הבחנה, ובין שוני שאינו רלבנטי, שאינו מצדיק הבחנה והוא בגדר פגיעה בשוויון. המשפט הבינלאומי, כמו גם משפטן החוקתי של המדינות, מכיר בארבע עילות מרכזיות שהתייחסות שונה בעטיין היא חשודה ולכאורה נחשבת לבלתי־רלבנטית, כלומר: נחשבת לאפליה אסורה – גזע, לאום, דת ומין. אלו הן עילות שבמשך השנים הוכרו כעילות האוסרות יחס שונה. ישנן עילות נוספות, כמו, למשל, גיל, זהות מינית או נכות, שמבחינה היסטורית "צעירות" יותר ומוכרות היום כעילות של אפליה אסורה. ההבדל הוא, שהעילות הקלסיות נתשבות לעילות אשר נקודת־המוצא לגביהן היא, כי הבחנה בגינן היא אפליה אסורה, אלא־אם־כן יש רציונל ברור וחזק לסטות מכך; בעוד שלגבי העילות האחרות אפשר יהיה לראות בהן הבחנות מותרות, אלא־אם־כן יש היגיון המוכיח שקיימת אפליה אסורה.[31]

מעבר לכך, כאשר היחס השונה בגין עילות האפליה הבסיסיות של גזע, דת, מין ולאום הוא בהקשר לזכויות־יסוד מוכרות – הרי קשה ביותר יהיה להכיר בהצדקה לאי־שוויון.[32]

לפי הניתוח הכללי שעשינו לגבי הזכות לשוויון, הרי כאשר ערבי מבקש לרכוש בית ביישוב או בעיר שרוב אוכלוסייתם יהודית, או כאשר יהודי מבקש לקנות בית במקום שבו

---

in every state and territory, as is enjoyed by white citizens thereof, to inherit, purchase, lease, sell, hold and convey real and personal property". בית־המשפט פסק, שחוק זה יוצר איסור אפליה במכירת בתים לא רק על רשויות צבוריות אלא גם על אנשים פרטיים; שכן זה חוק הבא ליישם את התיקון ה־13 לחוקה האוסר עבדות – איסור שחל על כל אדם פרטי, כמו על רשויות ציבוריות. ראו: *Jones et Ux v. Alfred Mayer Co. Et Al*, 392 US 409 (1968), בעיקר עמ' 442-443. וכן ראו: *Hunter v. Ericson*, 393 U.S. 385 (1969).

31. Edwin S. Crowin and Jack W. Peltason, *Understanding the Constitution* (14th ed., Harcourt Brace College Publishers, Fort Worth, 1997), 389-396; יצחק זמיר וטשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס) 165, עמ' 222-233.

32. קרוין ופלטסון (לעיל, הערה 31).

האוכלוסייה איננה יהודית – הרי אם לא מאפשרים להם זאת מהגימוק של השוני בזהותם הלאומית יש בכך פגיעה בזכות האדם למגורים מסיבה חשודה. לכאורה נוצרת אפליה אסורה, אלא־אם־כן יימצא נימוק המצדיק אפליה כזו שיתפוך אותה להבחנה מותרת.

2. חידוד הלכת קעדאן

מיום שקמה מדינת ישראל נהגו השלטונות מדיניות מפלה כלפי האוכלוסייה הערבית בכל הקשור במקרקעין. הדבר בא לידי ביטוי בהפקעת אדמות של ערבים ובסירוב להקצות להם קרקעות.[33] מדיניות שעל־פיה המינהל אינו נענה לפניות בני־מיעוטים אזרחי מדינת ישראל להקצאת קרקעות, ולעומת זאת מקצה קרקעות לאזרחי המדינה היהודים – היא מדיניות מפלה על דקע לאומי ועל־כן היא אסורה. מדיניות מפלה זו יש לתקן ולוודא, שלערבים או לכל מיעוט אחר במדינה יוקצו קרקעות בכמות התולמת את חלקם היחסי באוכלוסייה. קרקעות אלו יכול המינהל להקצות למיעוטים ביישובים שלהם או ביישובים חדשים המיועדים לאוכלוסייה של בני אותו מיעוט או ביישובים מעורבים שבהם אין לאוכלוסיית הרוב התנגדות למגורים משותפים עם בני־המיעוט.

בפרשת קעדאן זכו העותרים בסעד שבלא ספק הגיע להם – הסעד של הקצאת קרקע – אך בית־המשפט תייב את המינהל להקצות להם את הקרקע ביישוב שאוכלוסייתו היהודית לא הסכימה למגורים משותפים עם בני־מיעוטים. בית־המשפט ביסס את התלטתו על שני נימוקים – נימוק מעשי ונימוק עקרוני.

הנימוק המעשי של בית־המשפט הוא, שהלכה למעשה אין המדינה מקצה קרקעות להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד ועל־כן, בהיעדר מדיניות המקצה קרקעות להקמת יישובים ערביים יש להקצות לערבים קרקע ביישובים יהודיים.[34] הנמקה זו של בית־המשפט נראית תמוהה, שכן אם רשות מינהלית כמו זו של מינהל מקרקעי ישראל אינה עושה את המוטל עליה, מוסמך בית־המשפט להורות לה כיצד לנהוג וטחובתה להישמע להוראותיו. אם בית־המשפט סבור, שהמינהל אינו מקצה קרקעות להקמת יישובים ערביים ויש בכך משום מדיניות מפלה, עליו לחייב את המינהל להקצות קרקעות למטרה זו ולא "להעניש" את המינהל על מחדליו על־ידי חיובו להקצות לערבים קרקעות ביישובים יהודיים.

הנימוק השני של בית־המשפט לחיוב המינהל להקצות קרקע לערבים ביישוב המיועד ליהודים הוא נימוק עקרוני, המבוסס על סירובו של בית־המשפט להכיר לצורך העניין במדיניות של "נפרד אבל שווה". בהסתמך על הרציונל של פסק־הדין האמריקני המפורסם

33. David Kretzmer, *The Legal Status of Arabs in Israel* (Westview Press, Boulder, Colo., 1990), 49-69; ברוך קימרלינג, "תקיקה ושפיטה בתברת מהגרים-מתיישבים", **מחקרי משפט** טו (תשס"ט) 9; Ruth Gavison, "Does Equality Require Integration: A Case Study", *Democratic Culture* (2000) 37, pp. 77-78; רות גביזון ועסאם אבו־ריא, "השסע היהודי-ערבי בישראל – מאפיינים ואתגרים", נייר עמדה מס' 13 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999), 33-38 (להלן: נייר עמדה).

34. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 278-280.

nevo.co.il

בעניין *Brown v. Board of Education*[35] קבע בית־המשפט בבג"ץ קעדאן, שמדיניות כזו של "נפרד אבל שווה" היא מעצם טבעה בלתי־שוויונית כאשר רצון ההתבדלות הוא של הרוב; שכן הפרדה כזו "משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מהדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית".[36] בית־המשפט קבע, כי

> 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... ממילא תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית"... הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה.[37]

בית־המשפט הוסיף ואמר, שאין לפסול לחלוטין את המדיניות של "נפרד אבל שווה" "בעיקר... בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח־חייהן".[38] בית־המשפט ציין, שאם יישוב המורכב מאוכלוסיית הרוב היהודית יטען לייחוד מסוים – כגון קיבוצים, מושבים או מִצפים – ייתכן שיהיה מוכן להכיר בייחוד כזה הגם שבעקיפין הוא יאפשר בדלנות לאוכלוסיית הרוב.[39]

אם נחדד את הלכתו של בית־המשפט, נמצא שהוא אינו מכיר בזכותה של אוכלוסיית הרוב היהודית בישראל להתאגד ולקיים חיי קהילה על בסיס ויקה אתנית־לאומית. בית־המשפט רואה ברצון לגבש יישוב על בסיס זהות לאומית משום סיווג חשוד של השתייכות לאומית הפוגע בשוויון ועל־כן אסור. הלכה זו נשענת על שני נדבכים: הנדבך הראשון הוא הנדבך של הלאומיות כעילה חשודה; והנדבך השני הוא בדלנות הרוב מהמיעוט כמעליבה וכיוצרת נחיתות.

3. ייחוד לאומי כפוגע בשוויון

אכן, הלאומיות היא אחת מארבע העילות החשודות המרכזיות – גזע, דת, מין ולאום – שהתייחסות שונה לאנשים בעטיין מעוררת חשד רציני לאפליה אסורה.[40] ארבע העילות נאמרות בדרך־כלל בנשימה אחת, אך לדעתנו, אין ביניהן זהות מוחלטת.

---

35. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686 (1954) (להלן: פרשת בראון).
36. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 279.
37. שם, 280.
38. שם, 279.
39. שם, 279, 284–285.
40. לעיל, ליד הערה 30.

nevo.co.il

הקונסנזוס העולמי היום הוא, שאין כל משמעות להבדלים ביולוגיים בין אנשים ועל־כן אין כל מקום להגן על ייחוד של קבוצת אוכלוסייה על רקע גזעי, גם אם היא אוכלוסיית מיעוט. מסיבה זו ברורה מאוד ההתפתחות בארה"ב בעניין איסור ההפרדה והאפליה בין הגזעים, בכלל, ובעניין המגורים, בפרט.[41] לו יצויר שאסרו בישראל על יהודי אתיופיה לגור ביחד עם יהודי רוסיה מהנימוק שאמנם דתם ולאומיותם שווה אך צבע עורם שונה, היתה בכך אפליה אסורה מכול־וכול.

אם נקודת־המוצא היא שהדת והלאום, כמו הגזע, הם מאפיין פסול מעיקרו, הרי שיש להוקיעם ולא לאפשר כל ייחור הקשור בהם. במקרה כזה אין לאפשר לקבוצות אוכלוסייה המשתייכות לדת מסוימת או ללאום מסוים בדלנות כלשהי בין הן קבוצות רוב בין הן קבוצות מיעוט. אם זו נקודת־המוצא, הרי שהתוצאה של בג"ץ קעדאן מקובלת עלינו, אך איננו יכולים להסכים לתוצאה של בג"ץ אביטן. בבג"ץ אביטן הכיר בית־המשפט בזכות אוכלוסיית המיעוט הברואית לייחוד ומנע מבן אוכלוסיית הרוב היהודי את המגורים ביישוב בדואי שהוקם כדי לאפשר מגורי קבע לבדואים נוודים.[42] אם בדלנות על בסיס אתני-לאומי היא מאפיין פסול מעיקרו, הרי שבית־המשפט היה מחויב להקצות קרקע ליהודי שביקש להתגורר ביישוב הבדואי.

לדעתנו, יש מקום להבחין בין עילות האפליה המרכזיות ואין לוותר באופן אוטומטי דת ולאומיות עם גוונות, גבהן תחילה את נושא הדת מול נושא הגזעניות. על־אף שקיים איסור להפלות מטעמי דת, כמו מטעמי גזע, בכל־זאת יש שוני בין ייחוד גזעני לייחוד דתי. הייחוד הגזעני פסול ואסור מכול־וכול, בעוד שישנה התייחסות חיובית לייחוד הדתי. ההבדל נובע מכך הוא, שייחוד אוכלוסייה על רקע גזעי אינו מותיר מקום לכל ביטוי של אוטונומיה ורצון פרטי. העובדה שאדם נולד לגזע מסוים משמעותה כפולה: אין הוא צריך לעשות כל פעולה שבה יבוא לידי ביטוי רצונו האוטונומי כדי שישתייך לגזע, שכן השייכות היא מכוח לידתו בלבד וכמו־כן מי שלא גולד לגזע המסוים לעולם לא יוכל להשתייך אליו. לעומת זאת, בהחלט ייתכן שאדם ישתייך למסגרת דתית בגין לידתו לתוכה, אך השתייכותו למסגרת הדתית אינה רק פונקציה של הלידה, אלא גם פונקציה של ההתנהגות על־פי אורח־החיים שהדת קובעת. מכאן, שאם אדם שלא נולד למסגרת הדתית מבקש להצטרף אליה, הוא יוכל לעשות כן אם יקיים את מצוות הדת ואורחות־החיים שהיא קובעת. זוהי הסיבה שההתייחסות למסגרת הדתית, להבדיל מזו הגזענית, היא חיובית. ואכן, נוכל למצוא בחוקותיהן של מדינות שונות בעולם, כמו גם באמנות בינלאומיות רבות העוסקות בהגנה על זכויות האדם, הכרה בזכותו של אדם לתופש הדת והפולחן,[43] בעוד שלבטח לא נמצא כל זכות לייחוד על רקע גזעי.

---

41. ראו הפירוט לעיל, הערה 30.

42. לעיל, הערה 29.

43. ראו, לדוגמא, התיקון ה-I לחוקת ארה"ב, שעל־פיו: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof..."; וכן סעיף 2(a) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות הקובע: "Everyone has... freedom of conscience and religion"; וסעיף 4(1) לחוק־היסוד הגרמני, שעל־פיו:

לתופש הדת והפולחן שני פנים: הפן הראשון כולל את זכותו של כל אדם לקיים אורח־חיים דתי וייחודי השונה מאורח־החיים החילוני. לשם מימוש אורח־החיים הדתי אפשר בין השאר להכיר בזכותן של קהילות דתיות למגורים נפרדים.[44] הפן השני של חופש הדת עניינו חופש מדת ועל־כן אם מכירים בזכותן של קבוצות דתיות לגור באזורים נפרדים כדי לממש את אורח־חייהן, הרי במקביל יש להכיר גם בזכותן של קבוצות אוכלוסייה חילוניות למנוע מדתיים לגור עמן אם הדתיים מתכוונים להגביל בדרך כלשהי את אורח־החיים החילוני במקום.[45]

מה מקומו של הייחוד הלאומי מול הייחוד הגזעני הפסול והייחוד הדתי הלגיטימי? תשובה לשאלה זו היא קשה: חוקות המדינות השונות בעולם, כמו גם המשפט הבינלאומי הדן בזכויות האדם, אינם מכירים במפורש בזכות לגיבוש אתני-לאומי במדינה כפי שהם מכירים בזכות לחופש הדת. אמנם, האמנות הבינלאומיות מדברות על עמים וזכותם להגדרה עצמית, אך משמעות הזכות והיקפה היא אחת השאלות השנויות ביותר במחלוקת במשפט הבינלאומי, במיוחד בעשור האחרון.[46]

בתקופה שלאחר מלחמת־העולם השנייה, כריאקציה למלחמה, ניסו מדינות להתנתק ממציאות שבה קיימת לאומיות הנפרדת מהאזרחות וניסו ליצור חברות של אנשים במדינות על בסיס ניטרלי הנשען על הסכמה לבנות הווה ועתיד משותפים, שעקרונותיהם מגובשים ברוב המקרים בחוקת המדינה. אך התברר שנסיונות אלו, אפילו במדינות כמו קנדה וארה"ב, לא הצליחו לבטל את הצורך לזהות לאומית של האזרחים. צורך זה בא לידי ביטוי חזק ביותר לאחר קריסת ברית־המועצות והגוש הסובייטי. מסתבר שאוכלוסיות רבות בעולם המודרני, למרות הגלובליזציה ולמרות יצירת מסגרות בינלאומיות, רב־לאומיות ועל־לאומיות, מהפשות את הקשר הלאומי. אנשים מבקשים לחדד ולא לטשטש את ההיסטוריה, העבר, השפה והתרבות המיוחדים להם. החברות בין אנשים במדינה על

"Freedom of faith, of conscience, and freedom of creed, religious or ideological, shall be inviolable". לעניין המשפט הבינלאומי ראו, לדוגמא, סעיף 18 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם בבראונלי (לעיל, הערה 5), 25; סעיף 18 לאמנת בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (שם, 132); וסעיף 9 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם מ-1950 (שם, 330).

44. בנבנשתי (לעיל, הערה 17), 783.

45. שם, 786-787.

46. הזכות להגדרה עצמית מוזכרת בשורה של החלטות או"ם שהחשובה שבהן היא: 1970 Declaration on Friendly Relations, G.A. Res. 26 25 (XXV), ומעוגנת בסעיף 1 לשתי האמנות בדבר זכויות האדם מ-1966. ראו בראונלי (לעיל, הערה 5), 114, 135. לבעייתיות שבקביעת היקף זכות זו ראו: Michael Barton Akehurst, *Modern Introduction to International Law* (7th ed., Routledge, London, 1997), 326-340; Antonio Cassesse, *Self Determination of Peoples* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995), 59-66, 315-365; גנז (לעיל, הערה 24), 25-36.

nevo.co.il

בסיס יצירת מכנה משותף להווה ולעתיד משותפים מתגלה כבלתי־מספקת, ואנשים רבים נצמדים לקשרי העבר שלהם. ההיצמדות לקשרי העבר יכולה להיעשות בשתי דרכות: ברמה של ייחוד אתני בלבד, או ברמה של ייחוד אתני המבקש לגבש לעצמו מסגרת פוליטית ומשפטית עצמאית ואז הייחוד הופך להיות ייחוד לאומי.[47]

כיצד צריכות מדינות העולם במובן הבינלאומי והפנים־מדיניתי להתמודד עם מציאות זו? שאלה זו חורגת ממסגרת דיוננו. עם זאת, ההתפתחות המתוארת מובילה למסקנה שהאנושות לא בטלה, לא מחקה ולא הוקיעה את הערך הלאומי כפי שהיא עשתה זאת באשר לגזענות, ועל־כן מדינות העולם, וישראל בכללן, צריכות לגבש עמדה חוקתית ברורה לגבי התייחסותן לרעיון הלאומי, למשמעותו ולהיקף ההגנה המשפטית שהן מוכנות להעניק לו. כדי לגבש עמדה בנושא זה צריך להבין שהייחוד הלאומי מורכב: מחד גיסא, הוא כולל פן פסיבי־מולד, המזכיר את הגזענות. אדם נולד למסגרת לאומית מסוימת וכך קונה את שייכותו ללאום. השאלה היא, האם בכך מסתכמת השייכות הלאומית? אם התשובה חיובית, הרי שהלאומיות דומה לגזענות ויש להוקיע אותה מכול־וכול ולפסול כל ייחוד בעטיה. מאידך גיסא, אם נייחס ללאומיות גם פן אקטיבי שכן יש ביטוי לאוטונומיה של הפרט, הרי שאפשר יהיה להכיר בה, וכמו הדת, לאפשר ייחוד בעטיה. כלומר: אם שייכות לקבוצה לאומית איננה רק לידה לקבוצה המסוימת, אלא כוללת גם אורח־חיים על־פי עקרונות, מנהגים וסמלים מוגדרים שמי שיאמץ אותם יוכל להצטרף לקבוצה – הרי שהלאומיות דומה יותר לדת מאשר לגזענות ויש מקום להעניק זכויות לשם פיתוחה ושימורה.

בישראל טרם לובנה שאלה חוקתית זו ביסודיות הראויה לה, וההתייחסות אליה איננה ברורה. חוסר־הבהירות בא לידי ביטוי בפרשת קעדאן, שם מתייחס בית־המשפט לרעיון הלאומי באופן דו־משמעי. כשמדובר בשאלות הגירה ואזרחות, שבהן החוק מעניק ללאום היהודי עדיפות ברורה, בית־המשפט נותן לכך גיבוי באומרו, ש"שיבתו של העם היהודי למולדת נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד... אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי".[48]

לעומת זאת, כשמדובר בפיתוח זהות לאומית יהודית בהקשר להתיישבות יהודית, אומר בית־המשפט:

> אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב קהילתי

47. ברנק (לעיל, הערה 25), 101-106, 224-254; קימליקה (לעיל, הערה 25), 10-23, 173-190; Joseph H. Carnes, *Culture, Citizenship and Community* (Oxford University Press, Oxford, 2000), 161-176. וכן ראו: Alon Harel, "Liberalism Versus Jewish Nationalism: A Case for the Separation of Zionism and State", 3 *Democratic Culture* (2000) 89, pp. 98-100.

48. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1), 281-282.

> קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא... ממילא תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית"... הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון מפלה.[49]

בית־המשפט מוסיף ואומר, ש"העתירה צופה פני העתיד",[50] היינו: מקבל בסלחנות את הלגיטימציה שניתנה בעבר לסוכנות היהודית לאכלס יישובים ביהודים בלבד. למעשה בית־המשפט רומז, שייתכן כי ההדגש הלאומי שפיתחה הסוכנות בעבר היה גם הוא בלתי־לגיטימי, אך את הנעשה אין להשיב ומעתה יתנהלו העניינים כנדרש. גישה כזו ודאי שאינה מגבה באופן פוזיטיבי את הרעיון הלאומי, אלא מתייחסת אליו במציאות שהיתה וטוב לה שחלפה.

לעומת זאת, בית־המשפט היה מוכן בעבר, בבג"ץ אביטן, להכיר בייחוד האתני של הבדואים כייחוד לגיטימי המצדיק בדלנות במגורים, שאיננה נחשבת לאפליה אסורה. בית־המשפט אינו מתמודד בבג"ץ קעדאן ישירות עם בג"ץ אביטן, אלא רומז שיש להשאיר את הלכתו על כנה, שכן שם היה מדובר ב"קבוצה ייחודית" (כלשונו של השופט אור).[51] כלומר: בהקשר למיעוטים, ייחוד אתני־לאומי בכל־זאת מוכר כייחוד לגיטימי. אי־העקיבות של הפסיקה באשר לרעיון הלאומי נובעת – לדעתנו – משתי סיבות: הראשונה, שבה דנו לעיל, נעוצה במורכבות של הרעיון הלאומי ובאי־הבהירות, האם לראות בו רעיון קרוב יותר לרעיון הגזעני היוצר שייכות מולדת שאינה ניתנת לשינוי או לראות בו רעיון קרוב יותר לרעיון הדתי אשר נוסף על כך שהוא מכיר בשייכות מולדת הוא מאפשר שייכות הנוצרת מכוח האוטונומית של הפרט לנהוג על־פי אורחות־חיים ומנהגים מוגדרים. הסיבה השנייה לעמדה הבלתי־ברורה של הפסיקה בבג"ץ קעדאן באשר ללאומיות נובעת מהתייחסות החברה בישראל לרעיון הלאומי. מחד גיסא, קיים זרם באוכלוסייה השואף לנטרל את האזרחות הישראלית מזיקות העבר ולהפוך אותה לאזרחות אחידה המטשטשת ככל האפשר את ההבדלים הלאומיים. מאידך גיסא, יש זרם באוכלוסייה המבקש למלא את מוסד האזרחות במטען היסטורי־תרבותי, ולעתים אף דתי – דבר המוביל כמובן לאזרחות רב־גונית בלתי־אחידה ובלתי־ניטרלית שבה מתקיימות קבוצות בדלניות. מדינות העולם כולו מתחבטות היום במתח הזה שבין האזרחות הניטרלית ובין האזרחות הפולי־אתנית, והמגמה המתפשטת במדינות דמוקרטיות היא להכיר ברב־לאומיות ובפולי־אתניות כלגיטימיות וכבלתי־מאיימות על האזרחות הניטרלית במסגרת ההכרה בזכות קבוצות לאומיות לפתח תרבות עצמאית משלהן.[52]

---

49. שם, 280.
50. שם, 285.
51. שם, 279.
52. לעיל, הערה 46.

אם מאמצים את הגישה שהלאומיות איננה רק מסגרת מולדת הדומה באופיה לגזענות, אלא מסגרת שבה יש ביטוי גם לאוטונומיה של הפרט ולכן היא דומה יותר למסגרת דתית; ואם בוחרים לאמץ גישה רב־תרבותית לאזרחות המכירה בייחודן של קבוצות לאומיות במסגרת המדינה – הרי שרצונן של קבוצות לאומיות ליצור התיישבויות נפרדות איננה צריכה להתפרש כמַפְלָה, בהנחה שזכות זו מוענקת בשוויון לכל קבוצות האוכלוסייה.

הטיעונים המופיעים בספרות המשפטית המצדדים באזרחות רב־לאומית עניינם לזכויות של מיעוטים למימוש ייחודם הלאומי,[53] ונסה לבחון עתה, האם אפשר להרחיב את הזכות ליצירת קהילות נפרדות לשם מימוש הזהות הלאומית גם על אוכלוסיית הרוב?

4. רוב ומיעוט – נדבך הרגשות

הרציונל של פסק־הדין *Brown v. Board of Education* מתבסס על שני נדבכים: האחד, הוא הנדבך של גינוי הגזענות וקביעה שאין להגן עליה בדרך כלשהי. השני, הוא הנדבך הרגשי שעל־פיו בדלנות של רוב ביחס למיעוט מחדדת שוני ובעקבות כך מקבעת תחושות של נחיתות חברתית.[54]

בבג"ץ קעדאן אימץ בית־המשפט את הרציונל של פרשת בראון על שני נדבכיו. כפי שהראינו בפרק הקודם, בית־המשפט רמז על נקיטת עמדה שלילית לגבי הייחוד הלאומי ונוסף על כך הדגיש את העובדה, שאת הייחוד הלאומי ביקשו אנשים הטשתייכים לאוכלוסיית הרוב ויש בייחודם כדי לפגוע בקבוצת המיעוט, מכיוון שקבוצה כזו מגודה מהרוב וחשה כלפיו נחיתות.

המסקנה שהסיק בית־המשפט בבג"ץ קעדאן מפרשת בראון, שעל־פיה בדלנות הרוב מובילה תמיד ליצירת תחושת נחיתות אצל המיעוט, היא גורפת ביותר ומצריכה מחשבה נוספת. הרקע לפרשת בראון שונה מהרקע בבג"ץ קעדאן. שם היה מדובר במיעוט שסבל בעבר מהרוב עינויי עבדות ואפליה גזעית. המטרת של הלכת בראון היתה להפסיק את ההתייחסות לשחורים כאל מעמד מושפל של עבדים. מטרת פסק־הדין היתה להתגבר על הנחיתות ולא להתמודד עם שאלת הבדלנות.

סוגיית אזרחי ישראל הערבים היא סוגיה שונה. הרקע למתח בינם ובין האוכלוסיה היהודית נובע מסכסוך פוליטי ארוך שטרם בא על סיומו. בגלל סכסוך זה יחסם של ערביי ישראל למדינה ולאזרחותם הישראלית הוא בעייתי ושנוי במחלוקת. ישנם הסבורים, שערביי ישראל מבקשים להיקלט ולחיות כאן כמו האוכלוסייה היהודית. לפי גישה זו, הם מזדהים עם המדינה אך מבקרים את העובדה שלא ניתן להם שוויון דה־פקטו שאליו הם חותרים.[55] גישה אחרת מדברת על משבר זהות של ערביי ישראל על רקע התקומה

---

53. ראו מרגלית והלברטל (לעיל, הערה 23), 103-104; קימליקה (לעיל, הערה 20), 182-191; בנבנשתי (לעיל, הערה 17), 775-787.

54. פרשת בראון (לעיל, הערה 35), 495.

55. Sammy Samooha, "Minority Status in Ethnic Democracy: The Status of the Arab Minority in Israel", 13 *Ethnic & Racial Studies* (1990) 389.

nevo.co.il

הלאומית של אחיהם בשטחים המוחזקים.[56] גישה שלישית מציינת את העובדה, שערביי ישראל מודעים לכך שמצבם הכלכלי טוב מזה של אחיהם במדינות ערב; אך העובדה שהם מיעוט בתרבות יהודית דומיננטית, שאינה נותנת להם דריסת־רגל במוקד קבלת ההחלטות, יוצרת אצלם משבר זהות. עם זאת, הם עוקבים אחר המאבק הלאומי של אחיהם בגולה ובשטחים, אך אינם נוטלים בו חלק בפועל.[57]

כשמצב הזהות של אוכלוסיית מיעוט הוא בלתי־ברור, אפשר בהחלט להבין את רצונה של אוכלוסייה כזו לבדלנות ולגיבוש זהות עצמאית נפרדת. ואכן, בישראל רוב האוכלוסייה הערבית חיה בנפרד ומפתחת ייחוד אתני-תרבותי. כמקביל, כשהמציאות היא כה מסובכת, אפשר גם להבין את רצון הרוב לבדלנות משלו, שכן יחסו לאוכלוסיית המיעוט טרם גובש בשל המציאות הפוליטית המורכבת. מציאות זו היא בעייתית מבחינת אוכלוסיית הרוב היהודית הן בשל העובדה שמתגבשת מדינת־לאום פלשתינאית לצד מדינת ישראל, וערביי ישראל באופן טבעי ונורמלי מגבשים כלפיה זיקה (אם כי היא איננה ברורה עדיין), הן מפני שערביי ישראל הם חלק מהלאום הערבי הגדול, שחלקים ניכרים ממנו טרם השלימו עם קיומה של מדינת ישראל במזרח־התיכון.

אינני מבקשת לטעון בשלב זה, שמורכבות הסכסוך הישראלי-ערבי מובילה בהכרח לתוצאה של בדלנות בין שתי קבוצות האזרחים, או שזותי התוצאה הרצויה. עם זאת ברור, שהריקע לבדלנות, אם נדרשת על־ידי המיעוט או על־ידי הרוב, אינו נובע מרצון לקבע תחושה של נחיתות, אלא מרצון לעצב זהות לאומית ולוודא שלא תיפגע.

כאמור לעיל, פסק־דין בעניין בראון מתבסס על שני נדבכים: גינוי הרעיון הגזעני ומניעת פגיעה ברגשות המיעוט.[58] לדעתי, שני נדבכים אלו תלויים זה בזה, דהיינו: אלמלא היה מדובר בפרשת בראון במתח על רקע גזעני, שמקובל עלינו שהוא שלילי ואסור, אין זה ברור שההפרדה היתה גוררת תחושה של נחיתות אצל המיעוט.

נניח, לדוגמא, שבית־המשפט בפרשת בראון היה מתבקש להכיר בייחוד הנחשב ללגיטימי – כגון ייחוד דתי – והוא היה מתבקש לעשות כן בנסיבות שבהן אוכלוסיית הרוב במדינה היא האוכלוסייה הדתית והיא זו המבקשת ייחוד ובדלנות. האם טענה של בן המיעוט החילוני, שפגיעה בזוכות המגורים שלו ביישוב הדתי יוצרת אצלו תחושה של נחיתות באשר הוא מנודה מהרוב, היתה מתקבלת?

תשובה חיובית לשאלה זו נראית פתות חד־משמעית מאשר תשובה לשאלה, האם חל איסור על שחורים בארה"ב לגור בשכונה של לבנים. באשר לשחורים נראה, שאכן נידוים

---

56. Nadim Rouhana, *Palestinian Citizenship in Ethnic Jewish State: Identities in Conflict* (Yale University Press, New Haven, 1997); Nadim Rouhana and Asad Ghnem, "The Crisis of Minorities in Ethnic States: The Case of Palestinian Citizens in Israel", 30 *International Journal of Middle East Studies* (1998) 321.

57. גביזון (לעיל, הערה 33), 42-43. לעניין מורכבות היחסים שבין המיעוט הערבי למדינת ישראל ראו גם נייר עמדה (לעיל, הערה 33), 39-45.

58. לעיל, ליד הערה 54.

nevo.co.il

משכונות של לבנים נובע מתחושת העליונות של הלבנים ומקבע אצלם תחושה של נחיתות, אך לגבי מגורי בן המיעוט החילוני ביישוב של הרוב הדתי אין כאן בהכרח מערכת־יחסים של עליון ונחות או של פגוע ונפגע. לדעתי, השוני נובע מכך שביחסי לבנים-שחורים משדר הלבן לשחור שהוא אינו חָפץ בקרבתו, כי באופן ביולוגי הוא שונה ממנו. אך ביחסי הדתי־חילוני הדתי אינו משדר עליונות כלפיו. לדתי אורח־חיים מסוים שכדי לקיימו באופן מושלם עליו לחיות עם בני הקהילה שלו. במקרה כזה הצורך שלו בבדלנות אינו משתנה אם הוא בן־מיעוט או בן־דוב. הצורך שלו בבדלנות אינו נובע מתחושת עליונות שלו או מתחושות נחיתות של האחר, אלא מהרצון לקיים את אורח־חייו.

מכאן שיש ללמוד בזהירות את הלכת בראון. לא כל ייחוד של הרוב ובדלנות מצדו באשר למגורים הם בהכרח בלתי־לגיטימיים. כשבדלנות הרוב מתבקשת כדי שהרוב יוכל לקיים ולבסס את אורח־חייו, יש להכיר בת כפי שמכירים בבדלנות של מיעוט המבקש חיים בנפרד לשם מימוש אורחות־חייו. במקרה כזה הרוב אינו מבקש להתבדל כדי להשפיל את המיעוט או לנדות אותו. הבדלנות המתבקשת על־ידי הרוב מוצדקת כל עוד היא נועדה לאפשר קיום של אינטרס לגיטימי של הרוב וכל עוד היא מכבדת במקביל דרישות לבדלנות של המיעוט.

5. רוב ומיעוט – נדבך ההיטמעות

הדעה הרווחת לגבי זכויות אתניות-לאומיות היא, שיש להעניקן לאוכלוסיית המיעוט. הרציונל להענקת זכויות אלו למיעוט בלבד ולא לאוכלוסיית הרוב נשען על החשש שאם לא יעניקו למיעוט זכויות אשר תאפשרנה לו לשמר ולפתח את ייחודו, הרי שבמסגרת ההליך הדמוקרטי יטמיע הרוב את תרבות המיעוט בקרבו, וקהילת המיעוט תיעלם. לעומת זאת, כאשר מדובר בתרבות הרוב, ההנחה היא שהרוב יוכל תמיד לשמור על תרבותו במסגרת ההליך הדמוקרטי.[59]

לכאורה זוהי טענה חזקה ביותר כנגד הענקת זכויות לייחודיות של הרוב האתני־לאומי במדינה. ואכן, אין חשש שהמיעוט יצליח להטמיע את תרבות הרוב אם הרוב לא יחפוץ בכך. מכאן, שאם הבסיס התיאורטי להענקת זכויות לייחודיות אתנית־לאומית הוא – כפי שטוען קימליקה – הנחיצות למנוע טמיעת קהילות כדי להותיר לפרטים את האוטונומיה לבחור את אורחות־חייהם, הרי שאין כל מקום להעניק זכויות לרוב אלא רק למיעוט שעליו יש להגן מפני היטמעות.

אך אם הבסיס התיאורטי להענקת זכויות לייחוד אתני־לאומי תרבותי הוא זכותו של כל אדם לפתוח את זהותו האישית במסגרת הקהילה שלו, כפי שסבורים מרגלית והלברטל – הרי שלדעתנו אפשר לשקול בחיוב הענקת זכויות אלו גם לבני קהילת הרוב. הגם שמרגלית והלברטל מדברים על זכות זו לגבי מיעוטים,[60] אנו סבורים כי העובדה שבני־מיעוטים יצטרפו ויגורו עם הרוב עלולה לפגוע בזכותו של אדם השייך לרוב לשמור

59. מרגלית והלברטל (לעיל, הערה 23), 103-104.

60. שם, 104.

nevo.co.il

ולפתח את חיי קהילתו. קשה ביותר יכולה להיות מציאות כזו ביישוב שאליו מבקשים להצטרף רבים מבני־המיעוטים, והם עלולים להפוך ולהיות בו רוב ובכך לפגום באורח־החיים במקום, או אולי אפילו לגרום לאוכלוסיית הרוב לעזוב את היישוב היות שאין הם יכולים לממש בו חיי קהילה כרצונם.[61] גם אם בני־המיעוטים נותרים במיעוט בקרב הרוב, עדיין יש להם זכות לדרוש כמיעוט יישום של אורחות־חייהם, חגיהם ותרבותם. במקרה כזה אוכלוסיית הרוב יכולה בצדק לטעון שיש בכך כדי לפגוע בזכותה לעצב קהילה על־פי אורחות־חייה.

ה. מסקנות

אזרחי מדינה רשאים לפתח במקביל לאזרחותם גם זהות אתנית-לאומית בין אם הם משתייכים לרוב בין אם למיעוט. כאשר משתמשים בנימוק של הזהות הלאומית כדי להבחין בין אנשים בקבלה לעבודה, במינוי למשרות ציבוריות, בקבלת רשיונות לעיסוקים ולמקצועות שונים – הרי שיש בכך שימוש בזהות הלאומית באופן שאינו תואם את המטרה ולכן אין הצדקה להבחנה כזו והיא בגדר אפליה פסולה. לעומת זאת, אם קבוצת אוכלוסייה מבקשת בדלנות במגורים כדי לגבש זהות לאומית ולשמר אותה, הרי שההתייחסות השונה לאנשים המאפשרת רק לבן־הלאום לגור עם קבוצת הלאום היא רלבנטית לעצם הזהות הלאומית ולפיכך ההבחנה מוצדקת.

מכאן נובע, שכדי שקבוצת אוכלוסייה תובל לדרוש בדלנות בשם השמירה על זהותה האתנית-לאומית היא תצטרך להראות מה מייחד אותה על־פני קבוצות אחרות ולהוכיח שמגורים משותפים עם מי שאינו בן־הקבוצה עלולים לפגום בגיבוש הזהות הלאומית ובשימורה.

אם ניקח לדוגמא את בני הלאום היהודי ובני הלאום הערבי בישראל, ייתכן בהחלט שאוכלוסייה יהודית תרצה לקיים אורח־חיים שבו ישנה הדגשה על ההיסטוריה היהודית, השפה העברית, השבת כיום מנוחה, חגי ישראל, ימי הזיכרון לחיילי צה"ל ולקורבנות השואה וכו', לערבים אזרחי המדינה ערכי תרבות, שפה ומסורת שונים שהם רוצים לקדם. כולם אזרחי המדינה, אך כאזרחי המדינה מותר לכל קבוצה לאומית לגבש את ייחודה. אם מגורים משותפים עלולים לפגוע בכך, הרי שאפשר למנוע אותם. מובן שאם מונעים

61. גביזון (לעיל, הערה 33), 62-66, מציינת שאמנם, פסק־הדין **בראון** הצליח דה־יורה ליצור מציאות שבה לא יהיו חוקים המגבילים רישום לבתי־ספר מטעמי גזע, אך דה־פקטו לא נוצרה אינטגרציה בבתי־הספר. הציבור, למרות התוצאה של הלכת **בראון**, לא היה בשל לממש את האינטגרציה שאליה חתר בית־המשפט בפסק־הדין **בראון**. עקב כך, במקום שבו בתי־הספר התמלאו בתלמידים שחורים, עזבה קהילת הלבנים את המגורים במקום ועברה למקומות שבהם לא גרים שחורים; או לחלופין, אם אוכלוסיית הלבנים לא שינתה מקום־מגורים, הילדים נשלחו לבתי־ספר פרטיים, כך שבכל מקרה ילדים לבנים ושחורים למדו בבתי־ספר נפרדים, למרות הלכת **בראון**.

nevo.co.il

מגורי ערבים ביישובים יהודיים או בלב שכונות יהודיות, וזו שבמקביל יש לכבד את רצון אזרחי המדינה בני הלאום הערבי לבדלנות ולמנוע מגורים של יהודים בלב שכונות ערביות.

במקרה הספציפי של בני הזוג קעדאן ספק אם מגורי משפחה אחת בלב היישוב קציר יש בה כדי לפגוע ביכולת האוכלוסייה היהודית לממש מסגרת חיים לאומית. אך נניח שעשד משפחות ערביות היו מבקשות הקצאת קרקע ביישוב. לפי הרציונל שמציג פסק־הדין לא היה אפשר למנוע מהם זאת. אך לפי הרציונל שאנו הצגנו במאמר זה, ייתכן שהיה מקום להכיר ברצון האוכלוסייה היהודית במקום לבדלנות כדי לשמר אופי חיים מסוים. אין במסקנה זו כדי למנוע מערבים בישראל להשיג תוצאה דומה ולמנוע מקבוצת אוכלוסייה יהודית להתגורר ביישוב ערבי או כדי למנוע מאזרחי מדינת ישראל שאין להם התנגדות למגורים משותפים לעשות כן.

nevo.co.il

nevo.co.il