

מזרחים במשפט: ה"אין" כ"יש"*

מאת

יפעת ביטון**

מאמר זה מבקש לבחון את יכולת הניעות החברתית של קבוצה מופלית דרך מנגנוני האנטי-הפליה שמציע המשפט הישראלי, ואת מגבלותיהם של מנגנונים אלה. באופן פרטני, ולראשונה, הוא בוחן את יחס המשפט הישראלי לקבוצה המופלית של מזרחים. הטענה המרכזית במאמר היא כי מערכת המשפט הישראלית משקפת ומכוננת בה בעת התעלמות מקיומה של קבוצת המזרחים בישראל כקבוצה מופלית. התחקות אחר שורשיה הסוציולוגיים והמשפטיים של התעלמות זו מביאה לזיהוייה על ידי הכותבת כ"דינמיקה של הכחשה". דינמיקה זו יוצרת קושי סוציו-משפטי מבני, שבמסגרתו מתנהל מאבקם של מזרחים לשוויון כמאבק מוגבל. ניתוח איכותני וכמותי של השימוש שנעשה מזה כעשור בחוק איסור הפליה במוצר, בשירותים ובמקומות ציבוריים משקף מגבלות אלה בצורה חדה ושיטתית. הניתוח מעלה כי המשתמשים העיקריים בחוק הם מזרחים אשר אינם מוכנסים למקומות בילוי בשל מוצאם. דא עקא, שאף שהחוק יועד במקורו למגר בראש ובראשונה התנהלות מפלה זו, הרי שבפועל מתקשים בתי המשפט למצוא בו את הכלים הדרושים להם למיגורה של הפליה זו, תוך הכרה בה כהפליה הננקטת נגד מזרחים ומחמת מוצאם. למרות ממצאים אלה, מצביע המאמר על מסגרת הקיימת בחוק שתאפשר את השימוש הראוי והאיכותי בו, ותאפשר, בה בעת, את הפסקת דינמיקת ההכחשה וניתוקה ממקורות ההזנה המתמשכים שלה. קריאה נכונה של החוק תעמיד לאוכלוסייה המזרחית בישראל את הכלים הנדרשים לה להפסקת הפלייתה המתמשכת גם בתחומים אחרים.

* מאמר זה זכה בפרס צגלה למאמר המצטיין בשפה העברית של חברי סגל צעירים 2011, והוא מוקדש באהבה להוריי ולבן זוגי וילדיי, הנושאים כולם יחד עמי בנטל המאמץ לשנות את התפיסה הישראלית בנוגע לאוכלוסייה המזרחית.

** ברצוני להודות לחברותיי ולחבריי שקראו מאמר זה והעירו את הערותיהם המצוינות עליו, ובעיקר ליוסי דהאן, יופי תירוש, פרנסס רדאי וצביקה טריגר. תודה מיוחדת למני מאוטנר, על השיתוף האיכותי במחשבותיו בנושא. עוד אני מבקשת להודות לתלמידותיי ולתלמידיי, שעמם ליבנתי סוגיות בדבר אופן התנהלות החברה הישראלית ביחסה למזרחים. בייחוד הועילו לי הערות משתתפי ומשתתפות תכנית המצטיינים 2010 של הפקולטה למשפטים במכללה למנהל. עבודתה המסורה של עוזרת המחקר עדי קסטרו היא שאפשרה ניתוח מלא וכמותי של אופן השימוש בחקיקת איסור הפליה בעשור האחרון. תודתי נתונה לה על איסוף החומרים הסיזיפי ועל העדכונים הרבים מאוד שעשתה בהם. עוד סייעו באדיבותם בעבודה על המאמר תלמידיי, משה זדה ואורי ציחור.

מבוא. א. מזרחים כקבוצה מופלית. 1. המודל האתנוקרטי; 2. המודל הלאומי-תרבותי; 3. בין מודלים חברתיים למשפט; ב. הסיפור המזרחי במשפט – ה"אין" כ"יש". 1. התקופה הראשונה: פסיביות משפטית; 2. התקופה השנייה: ניהול שיח זהותי מובהק; 3. התקופה השלישית: שיח לא-זהותי אסטרטגי; 4. התקופה הרביעית: חזרה לשיח הזהותי?; ג. חוק איסור הפליה – הדיסוננס: למגר הפליה של מי שאינו נחשב מופלה. ד. לתקן את העוולה, לאפשר תיקון העוול. 1. הפתרון: שימור קטגוריית הגזע, שינוי השיח להגזעה והוספת קטגוריית "מוצא"; 2. בג"ץ עמנואל – תחילתו של שינוי מיוחד?; סיכום.

מבוא

מאמר זה מבקש לבחון את יכולת הניעות החברתית של קבוצה מופלית דרך מנגנוני מניעת-הפליה שמציע המשפט הישראלי ואת מגבלותיהם של מנגנונים אלה. אף שנושא השימוש במערכת המשפט לשם השגת שוויון זכה לכיסוי נרחב יחסית בניתוח המקובל בספרות המשפטית, מאמרי בוחן סוגיה זו משתי זוויות שלא נדונו בו עד כה. הראשונה נוגעת לזהותה של קבוצת האוכלוסייה הנבחנת, והשנייה נוגעת למנגנון איסור-ההפליה שבו היא מבקשת להשתמש. האוכלוסייה המופלית היא האוכלוסייה המזרחית בישראל. אוכלוסייה זו, הסובלת מהפליה נמשכת ומוכחת, היא חסרת נראות במשפט הישראלי ואינה מזוהה בו כקטגוריה מוכרת של קבוצה מופלית, כפי שלמשל מזוהות בה קבוצות אחרות, כמו למשל קבוצת הערבים, הנשים או העולים. המנגנון הנבחן הוא חוק איסור הפליה במתן שירותים ובכניסה למקומות בילוי ומקומות ציבוריים (להלן: חוק איסור הפליה).¹ השימוש ההולך וגובר בחוק זה, שבימים אלה חוגג עשור לקיומו, יוצר עניין מיוחד בהעמדתו, לראשונה, לבחינה משפטית ביקורתית.² טענתי המרכזית במאמר זה היא כי מערכת המשפט הישראלית משקפת ומכוננת בעת ובעונה אחת התעלמות מקיומה של קבוצת המזרחים בישראל כקבוצה מופלית. תופעה זו אני מכנה "דינמיקה של הכחשה". דינמיקה זו יוצרת קושי מבני שבמסגרתו מתנהל מאבקם של מזרחים לשוויון כמאבק מוגבל, וניתוח אופני השימוש בחוק למניעת הפליה משקף מגבלות אלה בצורה חדה ושיטתית.

מאמר זה בנוי כך: בתחילתו תוצג הקבוצה המזרחית כקבוצה מופלית הזכאית להשתמש בכלים ששיטת המשפט הישראלית מעמידה למניעת הפליה בחברה הישראלית. הצגה זו תיעשה תוך שימוש בתאוריות ביקורתיות מתחום האתנוגרפיה

1 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58.

2 ניתוח מצוין של מבנה החוק ותכניו שלא עסק ביישומו אפשר למצוא במאמרו של משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2002).

והסוציולוגיה ככלי תאורטי להשלמת החוסר בהכרה בקיומה של הקבוצה המזרחית במשפט. במודלים שמציעות תאוריות אלה קיימת הכרה בקיומה של קבוצת זיהוי מזרחית כקבוצה מופלית בישראל. בחלק זה של המאמר יוצגו בקצרה עיקרי הסיבות ליצירת קבוצה זו כמופלית, ויודגש תפקידו של המשפט במיקומה החברתי המוחלש. בחלקו השני יפנה המאמר לתיאור נקודות מפגש מכוננות ביחסיה המורכבים של הקבוצה המזרחית עם המשפט בישראל. טענתי היא כי מתיאור זה עולה כי המזרחים סבלו בתוך המערכת המשפטית מדינמיקה של הכחשת זהותם כבעלת משמעות משפטית, למצער לצורכי שיתופם בשיח איסור־ההפליה ובמשמעותו החלוקתית. בחלקו השלישי של המאמר יוצג חוק איסור הפליה ככלי הדומיננטי ביותר כיום לשימוש תדיר של מזרחים בישראל לנסות ולאגור את שקיפותם המשפטית ולקבל הכרה כמי שסובלים מהפליה בחברה הישראלית. לצורך זאת תוצג סקירה שיטתית – איכותנית וכמותית – של פסקי הדין שניתנו מכוח החוק. מניתוחם של אלה עולה שבפעולתם בתוך דינמיקת ההכחשה השחקנים הראשיים המשתמשים בפרקטיקה של הפעלת החוק – משמע בתי המשפט והצדדים הטוענים בדין – מושפעים ממנה כולם: התובעים המבקשים להשתמש בחוק למיגור הפליה נגד מזרחים מוגבלים ביותר ביכולת השימוש שלהם בסעיפיו, הנתבעים משתמשים בו לסכל את בסיס הלגיטימיות של טענת ההפליה האתנית, ואילו עבודת בתי המשפט בתחום מתאפיינת במתן פסיקות סותרות ומבולבלות, שאפשר לזהותן כטיפוסיות לקשיים שמעמידה דינמיקת ההכחשה בפני המבקשים לאתגרה. בחלקו האחרון של המאמר אציע שתי דרכים אפשריות לתיקון מצב דברים זה ולהבאה לידי שימוש אפקטיבי בחוק לשם מימוש אחת ממטרותיו המרכזיות – מניעת הפליה של מזרחים בישראל. הדרכים הן קריאה קונטקסטואלית של החוק ותיקון בסיסי ההפליה שמציע החוק.

א. מזרחים כקבוצה מופלית

ישראל היא חברה מרובדת ומשוסעת. בשסעיה המרכזיים מצוי זה הקיים בין אשכנזים למזרחים.³ קבוצת המזרחים בישראל מורכבת בעיקר מיהודים אשר מוצאם מארצות ערב והאסלאם, ואשר ככלל אפשר לאפיינה כקבוצה מוחלשת מבחינה חברתית, הסובלת

3 השימוש במילה "מזרחים" דורש הבהרה ומיקוד, באשר תיאורם של בני ובנות הקבוצה עבר גלגולים שונים בשפה העברית, שמקורם היסטורי, פוליטי ומחאתי. לגלגוליה של מילת התיאור לקטגוריה החברתית המזרחית ראו אלה שוחט "שבירה ושיבה: עיצוב של אפיסטמולוגיה מזרחית" חזות מזרחית: הווה הנע בסבך עברו הערבי 45, 48–53 (יגאל נורי עורך, 2004).

מסמני נחשלות המאפיינים קבוצות מיעוט מופלות.⁴ סטטיסטיקות מגלות כי נגישותה של מערכת החינוך למזרחים וייצוגם בה דלים; קיימים הבדלים של עשרות אחוזים במספר הזכאים לתעודת בגרות בין ערים שבהן עיקר האוכלוסייה אשכנזית לבין ערים שבהן הרוב המכריע הוא מזרחי, כעייירות הפיתוח.⁵ מחקר שנעשה בבתי ספר המוגדרים אינטגרטיביים⁶ גילה חלוקה אתנית ברורה בתוך כותלי בית הספר, שלפיה במסלולים המדעיים-מחוזקים קיים יתר ייצוג של אשכנזים, ולעומת זאת במסלולי הביניים והנמוכים, האוצרים פוטנציאל מוגבל לניעות חברתית, יתר הייצוג הוא של מזרחים.⁷

4 עיקר הנתונים שיוצגו להלן לקוחים מתוך האתר של "מרכז אדווה", מכון לחקר החברה הישראלית הבודק את מצב השוויון והצדק החברתי בישראל. המרכז הוא אחד המקומות האחרונים במחקר שיטתי היום לאסוף נתונים בישראל לפי ארץ מוצא של אביו/סבו של הנבדק. תמונת מצב מקיפה אך תמציתית אפשר למצוא גם אצל איריס גרבי וגל לוי השטע החברתי-כלכלי בישראל 29–52 (סדרת ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מס' 21, 2000).

5 לפי נתוני אתר מרכז אדווה, ההבדלים בין אשכנזים (א) למזרחים (מ) לפלסטינים (פ) בישראל הם כדלקמן: חינוך (מחקר מעודכן לשנת 2007) – זכאות לתעודת בגרות (מכלל הזכאים לתעודת בגרות בכל קבוצת אוכלוסייה) 67%(א), 46%(מ), 32%(פ); ראו שלמה סבירסקי, אתי קונור-אטיאס והאלה אבו חלא תמונת מצב חברתית 2009 21–23 (דוח מסכם מרכז אדווה, 2009) www.adva.org/uploaded/tmunat%20mazav%202009.pdf. בכלל השימושים בקטגוריה "פלסטינים" בנתונים סטטיסטיים במאמר זה הכוונה היא לפלסטינים בעלי אזרחות ישראלית. ראו: שלמה סבירסקי ונגה דגן-בוזגלו בידול, אי-שוויון ושליטה מתרופפת: תמונת מצב של החינוך הישראלי (2009) www.adva.org/uploaded/bidul%20ve%20e-shivion%20bachinuch.pdf. השימוש במודד עיירות הפיתוח ראוי הוא, שכן הן מורכבות מ-80% בקירוב של אוכלוסייה מזרחית ותיקה ורק 20% של אוכלוסיית עולים. ראו ארו צפדיה ואורן יפתחאל "מדינה, מרחב והון: מהגרים בישראל וריבוד חברתי-מרחבי" שלטון ההון 197, 218 (דני פילק ואורי רם עורכים, 2004). יתרה מזאת, נתח ניכר מקבוצת עולים זו הוא עולים מאתיופיה ועולים מארצות ערב של ברית המועצות לשעבר, כמו קווקז ובוכרה (צפדיה ויפתחאל מאפיינים את עיקר העולים שהגיעו לעיירות הפיתוח כמהגרים מחוסרי השכלה והכשרה מקצועית. שם, בעמ' 209. האוכלוסייה שעלתה מרוסיה המוסלמית אופיינה כמחוסרת השכלה והכשרה מקצועית יותר מזו שעלתה מרוסיה הנוצרית-לבנה), הנתפסת בחלוקה האתנית הישראלית בהכרח כקרובה לקבוצה המזרחית יותר מאשר לקבוצה האשכנזית.

6 בית ספר אינטגרטיבי משמעו בית ספר המופעל בשיטת האינטגרציה בחינוך: הוא בית ספר ציבורי הקולט תלמידים מתוך אזור הרישום המוניציפלי שלו ומחוצה לו, כדי לאפשר למגוון של קבוצות אוכלוסייה להימנות על אוכלוסיית בית הספר ולא רק לאלה המצויות בקרבת מקום לו.

7 המחקר, שנעשה בהדרכת ד"ר ניסים מזרחי מאוניברסיטת תל-אביב בחן אקראית שלושה בתי ספר אינטגרטיביים בנתניה, הנחשבת אף היא עיר שבה האוכלוסייה מעורבת, אשכנזית ומזרחית, וממצאיו משמשים אפוא מדגם ראוי למתרחש גם בבתי ספר הנחשבים לא-סרגטיביים. מובן שבבתי ספר סרגטיביים פרטיים למיניהם חלוקה זו עולה עלייה ניכרת. ראו: Nissim Mizrahi, Yehuda C. Goodman & Yariv Feniger 'I Don't Want To See It': Decoupling Ethnicity and Class from

כמקובל במערכות מפללות, דפוסים אלה נמשכים גם אל תחום החינוך הגבוה: 31% מהזכאים לתעודת בגרות ממוצא אשכנזי מתקבלים לאוניברסיטה, בעוד רק 22% מתוכם מתקבלים במגזר המזרחי. ריבוד זה בא לידי ביטוי במדרג האקדמי הגבוה ביותר – הסגל האקדמי באוניברסיטאות המחקר – בפערים חמורים במיוחד. שם מגיע ייצוגם של מזרחים ל-9% בלבד, ושל נשים מזרחיות לכחצי אחוז.⁸ ייצוג נמוך זה עוד יורד בעשרות אחוזים בפקולטות הנחשבות יוקרתיות יותר מבחינה מדעית-אקדמית.⁹ על רקע זה אין זה מפתיע לגלות כי רק כ-6% מסגל האקדמיה המשפטית בישראל מורכב ממזרחים ומזרחיות (ובמספרים: 19 מתוך 316).¹⁰ אצל נשים הופך נטל זה למכביד במיוחד, וכך שיעורן של פרופסוריות ממוצא מזרחי באוניברסיטאות בישראל הוא רק 3% מכלל הפרופסוריות.¹¹

Social Structure in Jewish Israeli High Schools, 32 ETHNIC & RACIAL STUD. 1203 (2009) (להלן: מזרחי, גודמן ופניגר).

8 ישראל בלכמן "דור"ח מחקר: על ההרכב האתני של אוניברסיטאות המחקר בישראל" תיאוריה וביקורת 33, 191 (2008). לפי מחקר סטטיסטי זה, פלסטינים קיבלו את הייצוג המביש של 1.1% מעניין עוד כי המחקר קובע שגם במעבר מדרגה אקדמית רגילה לבכירה מוצאם המזרחי של המרצים הוא גורם מעכב.

9 מעניין שהאקדמיה המשפטית נחשבת ליוקרתית ביותר, והדבר מתיישב עם היותה בעלת ייצוג נמוך יותר מהמוצא הארצי שהציג בלכמן לעיל של אקדמאים/יות מזרחים/יות בה. לעומת זאת בתחום מדעי החברה, המדורגים בתחתית המדרג האקדמי, מרוכזים רוב המזרחים/יות. ראו גדי יאיר ודידי שמאס "הטיה עדתית אל מול ניטרליות חברתית באוניברסיטאות: השלכות על מדיניות העדפה מתקנת לסטודנטים יוצאי אסיה וצפון אפריקה" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 495, 502-503 (ענת מאור עורכת, 2004).

10 נתון זה עולה ממחקר שערכתי בנושא באופן עצמאי. המחקר הקיף את כלל הסגל הקבוע ב-12 בתי הספר למשפטים הקיימים היום בארץ. במחקר לא הכללתי את מכללת ספיר, אשר נושא הסדרת הסגל בה נראה ראשוני מאוד. במחקר גם לא נכללו שישה חברי סגל שמוצאם העדתי אינו ברור. עם זאת גם אם נחשיב את כל אלה לבעלי מוצא מזרחי, הרי שעדיין יגיע ייצוגם של המרצים המזרחים ל-7.5% בלבד. מצבם של חברי סגל ערבים קשה במיוחד, עם ייצוג של 2.5% מכלל הסגל המשפטים ונוכחות של אישה אחת יחידה. המחקר לא כלל פנייה ישירה לכלל חברי וחברות הסגל בפקולטות השונות, וזאת בשל התנגדות או חוסר שיתוף פעולה שבאו לאחר פנייה בעל פה ובכתב אל חלק מהם. חוסר שיתוף הפעולה הצפוי בעניין הוא שהוריד את תוחלת התועלת שבניהול מחקר יקר וממושך בנושא. כאן אפשר לומר שמדובר בתופעה חברתית של סירוב לשתף פעולה במחקרים מסוג זה, ואף באזהרה מפני תוצאותיהם המסוכנות. ראו למשל תיאור דומה של קשיי המחקר באוניברסיטאות במאמרם של יאיר ושמאס, שם, בעמ' 497; במאמרם של מזרחי, גודמן ופניגר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1205-1206. בעניין מחקר שטרופד בדבר זהותם האתנית של שופטי מדינת ישראל ראו להלן הטקסט הצמוד לה"ש 158.

11 נתון זה נלקח ממחקרה של איריס זריני פרופסוריות מזרחיות: כיצד ההביטוס מתעל מיעוטים באקדמיה הישראלית (עבודת גמר לתואר "מוסמך בסוציולוגיה ואתנרופולוגיה", אוניברסיטת

כהמשך ישיר לנחיתותם במרחב החינוכי מזרחים סובלים מדפוס נמשך והולך של נחיתות בשוק העבודה.¹² מלבד המתאם הכללי בין מוצא מזרחי ומעמד כלכלי נמוך,¹³ מזרחים מאופיינים בדפוס תתי-יצוג בשוק העבודה הניהולי-אקדמי (29% בלבד למול נתח של 59% של אשכנזים), וביתר-ייצוג בשוק עבודות הצווארון הכחול (נתח ניכר של 40% למול 22% מועסקים אשכנזים).¹⁴ לא בכדי שיעור העוני אצל מזרחים גדול כמעט פי שלושה משיעורו אצל אשכנזים.¹⁵ סיכויים של אשכנזים להתקבל לראיון עבודה גדול מזה של מזרחים ב-34%,¹⁶ ובהתאמה: בקבוצת המובטלים בישראל יתר ייצוגם חסר כל פרופורצייה לחלקם היחסי באוכלוסייה, ועולה כדי פי חמישה מייצוגם של אשכנזים.¹⁷ אפילו השירות הצבאי, הנחשב לכלי המרכזי ל"היתוך חברתי" בחברה הישראלית, תרם ותורם את חלקו לשיעתוק דפוס אי-שוויון אלה ולהנצחתם.¹⁸ גם בזירה התרבותית

- בן-גוריון – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, בהנחיית ד"ר הנרייט דהאן-כלב ופרופ' אורי רם, (2004). את חישובי ערכתי מן הנתונים שמציגה זריני בנוגע לאוניברסיטאות האלה: העברית, תל-אביב, חיפה, בר-אילן, בן-גוריון והטכניון.
- 12 לפערים החמורים בין מזרחים לאשכנזים גם לפני למעלה מעשור ראו כהן ינון "פערים סוציו-אקונומיים בין מזרחים לאשכנזים 1975-1995" סוציולוגיה ישראלית א 115 (1998). להבניה של שוק העבודה הישראלי כמעמד-עדתי ראו שלמה סבירסקי ודבורה ברנשטיין "מי עבד במה, עבור מי ותמורת מה? הפיתוח הכלכלי של ישראל והתהוות חלוקת העבודה העדתית" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 120 (אורי רם עורך, 1993).
- 13 לניתוח מרקסיסטי של מעמדם של מזרחים ראו שלמה סבירסקי לא נחשלים אלא מנוחשלים: מזרחים ואשכנזים בישראל: ניתוח סוציולוגי ושיחות עם פעילים ופעילות (1981).
- 14 מרכז אדווה מצביע על "חלוקת עבודה" בשוק העבודה לפי סוגי משרות אלה. הברזל זה ניכר גם בתחום הביניים של המקצועות השירותיים, במכירות ובפקידות, שם החלוקה היא של 23% אשכנזים למול 30% מזרחים. הברזל ההשתכרות בין מזרחים לאשכנזים מעוררים דאגה מיוחדת. אם X הוא המודד להשתכרות ממוצעת אצל מזרחים, הרי שממצאי מרכז אדווה מעידים כי אשכנזים משתכרים בממוצע $39\%+X$, ואילו פלסטינים משתכרים $30\%-X$. ראו הנתונים באתר מרכז אדווה, לעיל ה"ש 4.
- 15 ראו גרבי ולוי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15.
- 16 אלו תוצאות מחקר שבחן סיכויי קבלה לראיון עבודה על סמך שליחת קורות חיים זהים, אשר כל השוני ביניהם היה שם המועמד, המעיד על מוצא מזרחי/אשכנזי מובהק. דורית ששון "האם סיכויי התעסוקה של גרינברג וברנשטיין גבוהים משל בוגלו ואבוקסיס? ניסוי על אפליה בשוק העבודה בישראל על רקע מוצא אתני ומגדר" (פרסום מס' 26 של המכון למחקר כלכלי בישראל על שם מוריס פאלק, האוניברסיטה העברית, 2006) (<http://pluto.huji.ac.il/~msfalkin/pdfs/sp0026.pdf>).
- 17 1.5% מכלל האוכלוסייה האשכנזית מובטלת, ולעומת זאת אצל המזרחים המספר הוא 7.5%. אצל הפלסטינים עומד נתון זה על 10%. נתונים מתוך אתר מרכז אדווה, לעיל ה"ש 4.
- 18 Yagil Levy, *Militarizing Inequality: A Conceptual Framework*, 27 THEORY & SOCIETY (1998) 873, 890-897. לוי מצביע על הצבא, על מגוון תנודות מעמדו החברתי בישראל מיום הקמת המדינה ועד ימינו אנו, כמנגנון ממסדי נוסף לשיעתוק אי-שוויון העדתי בישראל. לניתוח מורחב

מזרחים נתפסים כמטפחים דפוסי תרבות נחותים, וייצוגם בתרבות הפופולרית הסטירית, ואף זו הגבוהה, מוגחך ורווי בסטראוטיפים.¹⁹ בהתאמה, מוסדות תרבות מזרחית סובלים מחלוקה בלתי שוויונית בעליל של תקציבי התרבות של מדינת ישראל.²⁰ פריפריאליות תרבותית זו קשורה קשר הדוק לפריפריאליות הגאוגרפית ולמרחבי המחיה הסגרגטיביים שבהם חיים מזרחים בישראל.²¹ נחיתות שיטתית ניכרת גם בבעלות של מזרחים על הון

של יחסי מזרחים וצה"ל ראו יגיל לוי מצבא העם לצבא הפריפריות (2007). לאחרונה אף פורסם מחקר של קצין צה"ל בכיר לשעבר, המראה את שיטתיות הפליית מזרחים בצבא בשנותיו הראשונות בצורה גלויה לחלוטין, תוך שימוש במדרד ה"מזרחיות" של חיילת/ת כמקדם לזיהוי פיגור חברתי. ראו זאב לרר קבוצות של איכות: היסטוריה חברתית של המיון בצה"ל (עבודת גמר לתואר "דוקטור במדעי החברה", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למדעי החברה, 2010). בכיר בחיל האוויר אמר לא מזמן כי למזרחים אין האיכויות הנדרשות להיות טייסים. ראו SHOSHANA MADMONI-GERBER, ISRAELI MEDIA AND THE FRAMING OF INTERNAL CONFLICT: THE YEMENITE BABIES. AFFAIR 3 (2009).

19 לייצוג מזרחים בסטירה ובתרבות הפופולרית כנלעגים ראו Galit Saada-Ophir, *Borderland Pop: Arab Jewish Musicians and the Politics of Performance*, 21 CULTURAL ANTHROPOLOGY (2006) 205; לייצוגם הסטראוטיפי של מזרחים בקולנוע הישראלי ראו עבודתה הסמינלית של חוקרת התרבות אלה שוחט. אלה שוחט הקולנוע הישראלי, היסטוריה ואידיאולוגיה (1991); לייצוג דומה בפרסומות ראו עבודת המחקר של דורית דיין הייצוגים של המזרחים בסרטוני הפרסומת בישראל: משנות ה-50 ועד לשנת 2000 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במדעי החברה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למדעי החברה, 2003); לעיוות דמותם של מזרחים בתרבות הפופולרית ראו Yifat Ben-Hay-Segev, *Mizrahim in Israel Talk about Prime-Time Television Shows: An Audience Reception Study* (Unpublished Ph.D. Dissertation, Bar Ilan University – Department of Political Science, 2007); לניתוח מעמיק של עיוות הזהות המזרחית ביצירות ספרות ראו ספרו של דרור משעני *בכל העניין המזרחי יש איזה אבסורד* (2006). משעני, חוקר ספרות, מנתח בספרו את הייצוגים הסטראוטיפיים של מזרחים ביצירות ספרות ישראליות הנחשבות מופתיות: "קופסה שחורה" מאת עמוס עוז, "התגנבות יחידים" מאת יהושוע קנזו ו"מולכו" מאת א.ב. יהושע. עוד ראו חנן חבר "צבע וגזע בסיפורת הישראלית של 'דור המדינה'" גזענות בישראל 119 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים, 2008).

20 ראו דו"ח נתונים – חלוקת תקציבי התרבות ומשאביה בישראל לשנת 2008 (דוח המחקר של קואליציית הארגונים, היוצרים והיוצרות לחלוקה שוויונית של תקציבי התרבות, 2010) www.achoti.org.il/?p=52.

21 ראו למשל ארז צפדיה מהגרים ביישובים פריפריאליים בחברת המתישבים היהודית (עבודת גמר לשם קבלת תואר דוקטור בגיאוגרפיה, אוניברסיטת בן-גוריון – המחלקה לגיאוגרפיה, 2003) (בוהן את מדיניות ההגירה והיישוב בספר של העולים המזרחים על ידי מדינת ישראל כגורמים אשר קבעו את נחיתותם המעמדית למול האשכנזים באמצעות הרחקת המזרחים ממרכזי הכוח התרבותיים, הפוליטיים והכלכליים); אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" תיאוריה וביקורת 16, 13 (2000); בני נוריאלי "זרים במרחב לאומי: היהודים הערבים בגטו בלוד, 1950–1959" תיאוריה וביקורת 26, 13 (2005).

בין היתר דרך הפלייתם בתחום הדיור, אשר החלה עם עלייתם ארצה, הועצמה בשני העשורים הראשונים להקמת המדינה, ותוצאותיה משפיעות עליהם עד היום.²² בתחום הנדל"ן נתגלתה תופעה הפלייתית ייחודית רק לאחרונה, כאשר סקר מטעם השמאי הממשלתי הוכיח כי מגורים בשכונות למזרחים הם נתון המשפיע על הורדת ערך הנכס, ואילו שכונות אשכנזית מעלה אותו.²³ ודוקן: זוהי תמונת המצב של ישראל בשנות ה-2000.²⁴ למותר לציין כי תמונת מצב חברתית זו טובה מזו שהייתה שלטת בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה. אפשר אף להכליל ולומר כי מעמדם של מזרחים בישראל טוב משהיה אז. אלא שהתקדמות זו נעשתה בד בבד עם ההתקדמות וההתפתחות בחברה הישראלית כולה, אשר התרחשה מבלי לשנות את מערך יחסי הכוחות החברתיים בתוכה.²⁵ על רקע זה חשוב לבחון בעיקר את הפער בין המזרחים לאשכנזים. זה נותר גם כיום גדול בחברה הישראלית, ויש מחקרים המוכיחים שאף גדל.²⁶ במציאות הישראלית דהיום קבוצת האשכנזים מרכיבה את ראשי הפירמידות של

22 לניתוח שיטתי והיסטורי של הפליית מזרחים בתחום הדיור והמקרקעין ראו קלריס חרבון השתכנות מתקנת: נשים המתקנות עוול היסטורי ומחפשות בית: ניתוח משפטי ביקורתי של משפט נטול עבר (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2007).

לניתוח תמציתי של היסטוריה זו והשלכותיה ראו ג'רבי ולוי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32–37.

23 ראו תוצאות סקר השמאי הממשלתי כפי שפורסמו באתר משרד המשפטים ביולי 2010. www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/3D8B97D5-10E8-4477-9B99-4B50C79794C3/21486/ahl.usia.pdf

24 אף שתמונת מצב זו נראית בעיקר "תוצאתית" ופחות "מכוונת", הרי שלמרות האמונה כי דפוס השיח וההפליה הבולטים של שנות ה-50 של המאה הקודמת פסו מהחברה הישראלית, אין זה נדיר לשמוע דמויות מפתח בציבוריות הישראלית מתבטאות בצורה גזענית כלפי מזרחים. כזו הייתה למשל אמירתו של חיים חפר על חוסר התרבות של העדה המרוקאית, אורי אור שטען כי המרוקאים הם "אנשי כבוד" הדורשים כיבודים. נתן זך תיאר רק לאחרונה בריאיון שנתן לתכנית "המקור" בערוץ 10 את המזרחים כמי שבאו "מהמערות" ואוהבים אלימות.

25 היטיב לתאר כך את התקדמותם של המזרחים בישראל לוי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 89: "As privileged and subordinated groups alike attain upward mobility, their positions might be changed, but not the power relations between them as long as that mobility occurs within the previously constructed confines and point of departure of each group. Here is the genesis of the syndrome in which subordinated groups find themselves 'going up a downward escalator'"

26 על הגדלת הפער בחינוך למשל, שהוא אחד המדדים המכריעים ביותר לניכוי אי-שוויון, ראו מחקרם של מומי דהן, נטליה מירוניצ'ב, איל דביר ושמואל שי האם הצטמצמו הפערים בחינוך? על הגורמים הקובעים זכאות לתעודת בגרות בישראל 18, 35 (חוברת 2 בסדרת ניירות עמדה בנושאי הצדק החברתי, הוצאת מכון ון ליר, 2002). מחקר אחר הוכיח כי פערי ההשתכרות בין גברים מזרחים לגברים אשכנזים גדלו בין השנים 1975 ו-1995, אך בין גברים אשכנזים וחברי/ות קבוצות מוחלשות

מוקדי הכוח בחברה הישראלית, והיא "הנקודה הארכימדית אשר מולה מתגבשים שאר התרבויות, הקבוצות והכוחות במדינה"²⁷. מתמונת מצב חברתית זו היה אפשר להסיק, כבר בשלב מוקדם זה, כי עקרון השוויון, כפי שעוצב במשפט הישראלי, מופר ביחסה של החברה הישראלית אל המזרחים. הנתונים שהוצגו לעיל מבססים את מה שמוכר במסגרת עקרון השוויון כ"הפליה תוצאתית"²⁸, משמע הפליה שקיומה מונח מעצם היכולת לזהות ברורות את תוצאותיה אף אם קשה להצביע על מקורותיה, ואפילו אלה נדמים ניטרליים. מסקנה זו רב היה בה כדי לעבור לשלב הדיון בזכותה של הקבוצה המזרחית להפעלת כלי איסור-הפליה במשפטנו לטובתה. עם זאת ניתוח מקורותיה של ההפליה כלפי מזרחים יתרום להבנת פשרה ודפוסיה, ובעיקר יעניק לנו מסגרת תאורטית עשירה יותר ומציאותית להבנת התרופה הראויה למיגור הפליה זו בהמשך הדיון.²⁹ לפיכך בחרתי להמשיך מכאן ולבחון את שורשי ההפליה של הקבוצה המזרחית בישראל ומאפייניה, כפי שעוצבו בספרות המדעית.

- 27 אחרות, כמו קבוצת הנשים והפלסטינים פערים אלה הצטמצמו. ראו ינון כהן "פערים סוציו-אקונומיים בין מזרחים לאשכנזים, 1975-1995" סוציולוגיה ישראלית א 115 (1998-1999).
- 27 ברוך קימלינג קץ שלטון האחסולים 12 (2001).
- 28 המשפט הישראלי הכיר זה מכבר בחשיבות השימוש בזיהוי קיומה של תוצאה מפלה כדי לבסס פגיעה בעקרון השוויון. יתרה מזאת, בית המשפט העליון קבע זה מכבר כי אף אם הכוונה במעשה היא "טהורה וזכה", הרי שאם התוצאה המתקבלת ממנו מפלה, מדובר בפגיעה אסורה בשוויון (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 644 (1998). עוד בעניין ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 116 (1995), שם אומר בית המשפט: "[...] מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית"; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333-334 (1988): "השאלה אינה רק מהו המניע [...] השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה", ולאחרונה ראו אישור הלכות ותיקות אלה בבג"ץ 3916/05 עמותת "בת-דור – אגודה לאומנות המחול בתל-אביב" נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 14.6.2006). הפליה תוצאתית נחשבת אסורה גם לפי המשפט האמריקני, שבו נמצאים לא מעט מקורות עקרון השוויון הישראלי. כך מוכרת ההבחנה שם בין הפליה מכוונת (disparate treatment) לבין תוצאה מפלה, בלי קשר לכוונת נוקטיה (disparate impact). אף שנכון הוא שהפליה מהסוג הראשון זוכה להגנה רחבה יותר במשפט האמריקני, עדיין מוכרת בו הגנה, בעיקר דרך חוק זכויות האזרח משנת 1964, גם מפני הפליה מהסוג השני. ראו: Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971). החוק עצמו תוקן אף הוא כעבור שני עשורים ברוח הבנה זו.
- 29 חשיבות העשרת הדיון אינה רק אינטלקטואלית אלא גם משפטית. ברוח ה"אליזם" המשפטי נדמה כי ניתוח של ריבוד חברתי, כבעל משמעות משפטית, אינו יכול להיעשות במקצועיות הראויה בלי תיווכן של תאוריות מתחום מדעי החברה. ראו אוריאל פרוקציה "בועות משפט" משפטים כ 4, 9 (1990).

תאוריות שונות מתחום מדעי הסוציולוגיה והאנתרופולוגיה ניסו להסביר את מעמדה של הקבוצה המזרחית כקבוצה מופלית בחברה הישראלית.³⁰ משלל אלה בחרתי להביא שתיים: תאוריה מתחום האתנוגרפיה הגאוגרפית, המזהה את ישראל כמדינה אתנוקרטית, לא-דמוקרטית, ותאוריה מהתחום הסוציולוגי-תרבותי, הרואה בישראל מדינה שציר הקמתה וקיומה הרב-ממדי סובב סביב לאומיות, אתניות ודת. בחירתי במודלים תאורטיים אלה נשענת על שלושה נדבכים: האחד עניינו במעמד האקדמי המוצק כבעלי השפעה רבה על עיצוב הבנת התחום וחקירתו. השני עניינו בכיסוס את מעמדה של הקבוצה המזרחית כקבוצה הסובלת מהפליה מבנית ולא מנחיתות "מקרתית" או "סתמית". השלישי עניינו בתרומה הישירה שיש למודלים אלה למאמר זה באפשרם קריאה מעניינת ושיטתית של תפקיד המשפט במאבקם של מזרחים לשוויון.

הערה מתודולוגית בטרם אצא לדרך: זיהוי של הריבוד האשכנזי-מזרחי טומן למשתמשים בו סכנה של נפילה אל מלכודת האשמתם במהותניות (אסנציאליזם) אתנית, שלפיה קיים לכאורה כלי לזיהוי "אמתי" או מדעי של מי הוא מי. קושי זה הוא חלק מהתמודדות של כותבים בתחום ביקורת איסור-ההפליה הגזעית עם חששם כי בכתיבתם יאששו, דווקא מתוך התנגדותם לקטגוריית ה"גזע", את עצם קיומה או את מעמדה. עמדתי היא כי ככל שקטגוריות גזע משמשות כלי להפליה ויצירת יחסי כוחות, יש להתנגד להן בכל העוז.³¹ עם זאת במציאות חיינו הבלתי שוויונית קטגוריות אלה, אף שהן מדומיינות ומומצאות בחלקן, נושאות בחובן משמעות חלוקתית, הדורשת ביקורת שיטתית.³² לאור זאת אני מציעה לדבוק בהגדרה הרחבה המוכרת מעולם הסוציולוגיה והמובאת כאן להגדרת מזרחים (יהודים-ישראלים שמוצאם בעיקר בארצות ערב והאסלאם) ואשכנזים (יהודים-ישראלים שמוצאם בעיקר בארצות אירופה וצפון-אמריקה), ככלי אסטרטגי בלבד, המכיר בקיומה של הקטגוריה רק לצורך המטרה הצרה של התנגדות לה.³³ רעיון מתודולוגי זה אני שואבת ממשנתה של גיאטרי ספיבק,

30 מגוון הכתיבה העיקרית בנושא מובא בעבודה כולה ושזור בה, ולא ראיתי צורך לרכזו כאן. בעיקר ראו לעיל ה"ש 8–26.

31 הנחתי היא שחלוקות של קבוצות זהות אינן פסולות כשלעצמן. הן למשל מקור להעצמה אישית, לתחושה שורשית, להוויה תרבותית מסורתית ועוד. פסלותן מתעוררת כאשר הן משמשות כלי להפליה ודיכוי של ה"אחר" הנושא אותן.

32 להכרה זו בקטגוריה המזרחית כאמתית ומדומיינת כאחת ראו הפורום ללימודי חברה ותרבות "אפיסטמולוגיה של מזרחיות בישראל" מזרחים בישראל 15 (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפיהאלר עורכים, 2002) (המאמר להלן: "אפיסטמולוגיה של מזרחיות בישראל", הספר להלן: מזרחים בישראל).

33 יש המשתמשים בהגדרות אחרות ל"מזרחים". סמי שלום שטרית למשל, מבכירי חוקרי המזרחיות, רואה במזרחיות תפיסת עולם של צדק, משמע, הוא מגדיר מזרחים כמי שתפיסת עולמם מושפעת מהשיח המזרחי הרדיקלי. על אף חשיבותה האפיסטמולוגית של הגדרה כזו היא מצמצמת מדי לטעמי, בשל הרחקה מהאפקט החלוקתי של ההשתייכות לקבוצה המזרחית. ראו סמי שלום שטרית

אשר קוראת לשימוש ב"מהותניות אסטרטגית" כטקטיקה חיונית למיגור קטגוריות של גזע כפי שהן מעוצבות בשיח הגזעני.³⁴ כפי שיוכיח מאמר זה, בעיקר בחלקו השלישי, מהותניות אסטרטגית לא רק שאינן מחזק את מעמדו של רעיון ה"גזע", אלא אף מפרקו, בשל האלמנט האסטרטגי-מודע שבו. אם כן, אסטרטגית, בשלב ראשון יש לבסס הכרה בקיומן של קטגוריות זהותיות גזעיות כדי לאפשר ביקורת של משמעותן החלוקתית המפלה. בשלב הבא נוכל להשתחרר מהקטגוריות הפוגעניות הללו ולפרקן אל תוך חברה שוויונית אמיתית, ולא כזו העוצמת עיניה מראות בקביעתה הסתמית כי קטגוריות אלה אינן קיימות או אינן ראויות.³⁵

1. המודל האתנוקרטי

המודל האתנוקרטי מוצע בידי אורן יפתחאל וסנדי קידר לשימוש ככלי לניתוח החברה הישראלית. לפי מודל זה, מדינה נחשבת אתנוקרטית ולא דמוקרטית כאשר מחד גיסא היא נושאת מאפיינים דמוקרטיים, ומאידך גיסא מעניקה עדיפות ברורה, במישורים שונים, לאתנוס הדומיננטי באופן שהדבר מדיר את קבוצות האתנוס האחרות החיות באותו מרחב. במדינה זו השיוך האתני, ולא זה האזרחי, הוא הגורם המרכזי לחלוקת המשאבים והכוח בחברה.³⁶ למודל האתנוקרטי של חברה השפעה רבה על הריבוד החברתי, על עיצובו ועל שימורו, בהיותו תולדה ישירה של הסדרי החלוקה הלא-שוויוניים בחברה נתונה. הסדרי החלוקה יכולים להיות שונים מאתנוס לאתנוס ואינם מחייבים חד-ממדיות בתוצאותיה, וכך מאפיין אחר של המודל הוא שבמסגרתו האתנוקרטיה עשויה ליצור מובחנות אתניות בדרכים שונות ובעצמות שונות. ביישום את המודל המוצע על ידיהם על במקרה הישראלי מצביעים יפתחאל וקידר על העובדה שהמשטר בישראל נותן יחס עדיף ליהודים כאשר הם על פני מי שאינם

"המזרחים החדשים: השיח המזרחי הרדיקלי ותנועת הקשת הדמוקרטית המזרחית" קולות מזרחיים: לקראת שיח מזרחי חדש על החברה והתרבות הישראלית 131, 132-131 (גיא אבוטבול, לב גרינברג ופנינה מוצפי-האלר עורכים, 2005).

34 Gayatri Chakravorty Spivak, *Subaltern Studies: Deconstructing Historiography*, in IN OTHER WORLDS: ESSAYS IN CULTURAL POLITICS 197, 205 (1987): "I would read [the Subaltern Studies Group's text] then, as a *strategic* use of positivist essentialism in a scrupulously visible political interest [...] This would allow them to use the critical force of anti-humanism [...] even as they share its constitutive paradox: that the essentializing moment, the object of their criticism, is irreducible"

שם. 35

36 ראו את ההגדרה הרחבה יותר והצגת המודל באופן תכליתי ויעיל אצל אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קידר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" תיאוריה וביקורת 16, 67, 69-70 (2000).

יהודים. נתון זה מעצב את מדינת ישראל בראש ובראשונה כאתנוקרטיה יהודית. הסובלת העיקרית והברורה מאפיון אתנוקרטי זה היא האוכלוסייה הפלסטינית, החולקת את המרחב הישראלי-פלסטיני עם יהודים אזרחי ישראל. על אפיון זה מוסיפים השניים חלוקה שהאתנוקרטיה הישראלית יוצרת אותה, זאת הפעם בתוך החברה היהודית, ושעניינה הוא בחלוקה בין אתניות אשכנזית-אירופית לאתניות מזרחית-מוסלמית-ערבית. חלוקה זו נוצרה, לטענת המחברים, דרך השפעת אופיו המערבי של תהליך בינוי האומה בישראל, וההתנגדות שהכיל ל"ערביות" בה. תהליך זה סימן את המזרחים כנחשלים תרבותית – בשל מוצאם ממדינות ערב – והשתמש לשם כך בפעולת המערכות הכלכליות, הצבאיות והמקרקעיות, אשר סייעו לדחיקתם לשוליים של מזרחים בישראל. בהיות המודל האתנוקרטי נשען על תהליכי הבנייה של מדינת לאום כמכונני זהותה כותביו מציעים להתייחס אל האשכנזים כ"מתיישבים" הראשונים, אשר ניכסו להם את הבעלות על מרחבי העושר והרווחה בישראל. למולם מוגדרים המזרחים "מהגרים", הסובלים מנחיתות למול ה"מתיישבים", ואילו הפלסטינים מזוהים לפי מודל זה כ"ילידים", שנחיתותם למול שני הראשונים קבועה וטוטלית. לפי ריבוד "מתיישבים" – "מהגרים" – "ילידים" זה, מעמדם של המזרחים בישראל כקבוצה מובחנת הוא ברור, וההכרה בהם כקבוצה הסובלת מהפליה שיטתית מידי המדינה ומוסדותיה, מבוסס.

יפתחאל וקידר עוסקים בסממנים גלויים וברורים של אופי הדמוקרטיה הישראלית המשפיעים על ריבודה בחלוקה ליהודים-ערבים ולאשכנזים-מזרחים. הדגש שלהם הוא לאומי, ולכן מובנית בו המזרחיות כקטגוריה משנית.³⁷ למרות הביקורת שאפשר למתוח על הבניה זו כמוטה תרבותית והיסטורית אף היא,³⁸ וכמי שהייתה אמורה להיטשטש עם

37 המחברים מסבירים למשל את ההשפעה של המשטר הקרקעי במדינה כמתיישבת על הריבוד החברתי בישראל, ולכן קבוצת ה"ילידים" (פלסטינים, לדידם) הם הנפגעים העיקריים ממנו, ואולם גם קבוצת ה"מהגרים" (מזרחים, לדידם) "מקופחת" בתוך אותה מערכת, שמרוויחה הגדולים הם חברי קבוצת ה"מתיישבים" (האשכנזים, לדידם). ראו שם.

38 המחברים מבחינים בין מתיישבים-אשכנזים כמייסדי הארץ ולכן כנהנים העיקריים מההגמוניה המוקדמת שיצרו לבין מהגרים מזרחים כמי שהגיעו אליה לאחר התיישבות האשכנזים ולכן היו כפופים להחלטותיו השרירותיות של הגוף המתיישב להפכם לכפופים לו. בכך חוטאים לטעמי המחברים למציאות פעמיים: ראשית, חלוקה זו מתעלמת מהעובדה המספרית, שלפיה מספר העולים מארצות ערב ומספר העולים מאירופה היה שווה בעשור הראשון לקום המדינה. ראו סמי סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 172, 190 (אורי רם עורך, 1993). משמע, הייתה קבוצת עולים אשכנזית גדולה שנחשבת, משום מה, בניתוח זה קבוצת "מתיישבים" אף שהיו מהגרים. באותה נקודה אפשר לבקר את המחברים גם על שהם מאמצים בחלוקת תפקידים זו את השיח הדומיננטי שלפיו "הסיפור החלוצי" שייך לאשכנזים כמי שבנו את הארץ ואפשרו את "קליטת המהגרים". הנרטיב המזרחי הביקורתי טוען שלמזרחים היה חלק נכבד ביותר בהקמת המדינה החדשה ובבנייתה, וממדיו הוצנעו כדי לאפשר את שיח הזכויות ההיסטוריות המנשל מזרחים מזכותם לחלק שווה בנכסי הישראליות. ראו לעניין זה סמי שלום

הזמן, תרומתה המרכזית להבנת המבנה ההיררכי של תפיסת הריבוד החברתי בישראל, שלפיו הבעיה החברתית ה"אמתית" בישראל היא הלאומית ולא האתנית, היא החשובה כאן. מבנה זה יכול להסביר, כפי שאראה, את הקושי של מזרחים לעסוק בזהותם כבסיס להפלייתם במציאות הישראלית, שבה שיח הזהות-מוצא הוא לאומי בעיקרו.³⁹ עם זאת בעת ובעונה אחת אפשר להצביע על חולשתו של המודל כנעוצה דווקא בהתייחסותו לקטגוריה המזרחית כ"טבעית" ו"גלויה", אף שזו אינה כזו. בקריאת מודל זה לצד המודל הסוציולוגי נראה כי התמונה המתקבלת שלמה יותר. הבה נציגו.

2. המודל הלאומי-תרבותי

הסבר לאומי-תרבותי לריבוד התוך-יהודי-אתני בישראל מציע הסוציולוג יהודה שנהב בספרו "הערבים היהודים".⁴⁰ המודל הלאומי-תרבותי של שנהב מפרק את ההסתכלות המקובלת על הפרויקט הציוני כפרויקט לאומי-דתי בלבד ומבקש להוסיף לו ממד שלישי נסתר, זה האתני. טענתו של שנהב היא שהפרויקט הציוני, שהוא הגורם המכונן את אופן הקמת המדינה, הסדרת התשתיות השונות שלה וניהולה, אינו פרויקט לאומי-דתי בלבד

שטרית המאבק המזרחי בישראל: בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה, 1948–2003 55–57 (2005) (להלן: המאבק המזרחי בישראל). שנית, בכך יפתחאל וקידר מתעלמים מן העובדה שדפוסים של גזענות שמקורה בתחושת עליונות אפיינו את קליטת מהגרי ארצות האסלאם וערב. אף שהגירה מאופיינת ברגיל בניצול כלכלי של קבוצת המהגרים ויצירת נרות תרבותית כלפיה, היא אינה כוללת בהכרח גזענות כלפי חבריה. אפשר למשל לעמוד על ההבדל בין קליטת יהודי אתיופיה לקליטת עולי ברית המועצות לשעבר כדי להבין הבדל זה. אלה כאלה סבלו ניצול כלכלי והזרה (alienation), אולם רק יהודי אתיופיה סבלו וסובלים עד היום מגזענות שבבסיסה עומדת טענה של פיגור תרבותי ושל פרימיטיביות, המכבידה ביותר על אפשרות שילובם בחברה והממקמת אותם, מבחינה חלוקתית, במקום טוב פחות בהרבה מזה של עולי רוסיה. ראו יפתחאל וקידר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 76. דרך אחרת שבה אפשר ביתר שאת לראות את טעותם של המחברים בכתיבתם היא בהכללה תחת כותרת אחת את המזרחים, הרוסים והאתיופים. אין כמעט ניתוח דומה לזה בכתיבה הסוציולוגית בישראל, המבחינה למצער בין מזרחים מצד אחד לרוסים ואתיופים מצד אחר. היסטורית, גאוגרפית ומעמדית הם שונים אלה מאלה. לקליטתם השונה בתכלית של עולי רוסיה בישראל ראו MICHAEL SCHULZ, ISRAEL BETWEEN CONFLICT AND ACCOMMODATION: THE TRANSFORMATION OF COLLECTIVE IDENTITIES 107 (1996) (Unpublished Ph.D. Dissertation, Goteburg University – School of Global Studies). נראה שלאחר מכן למצער יפתחאל חזר בו מעמדה משונה זו, כאשר קבע כי עדיין אין תשובה ברורה לשאלת מעמדם של המהגרים הרוסים בחלוקה האתנוקרטית, וכי נראה כי הם קרובים במעמדם לאשכנזים יותר מלמזרחים. ראו יפתחאל וצפדיה, לעיל ה"ש 5.

39 שימוש בביטוי "זהות-מוצא" מיועד למקדו בתוך שיח ה"זהות" הרחב (politics of identity), הנתפס כרלוונטי למרכיבי זהות שונים כמו מגדר, מצב פיזי, העדפה מינית ועוד.
40 יהודה שנהב היהודים-הערבים: לאומיות, דת ואתניות (2003).

אלא הוא גם פרויקט אתני, שהבנה עצמו כאירופי – אירוצנטרי – על אף כסותו ה"ישראלית"⁴¹. בתוך המבנה החדש של הציונות, כפי שמבין אותה שנהב, שימשו המזרחים – בעלי המוצא הערבי הא-אירופי – גורם מנוגד להטמעת הממד האירוצנטרי במדינה המתגבשת.⁴² עם זאת בממד הלאומי והדתי, בשל זיהוי המזרחים כחדורי אידאולוגיית שיבת ציון וכדתיים/מסורתיים, שימשו הם כלי חשוב בהצדקת הקמתה. שנהב מציג, לפיכך, תמונה מנוגדת לכאורה, שבמסגרתה המזרחים תויגו כ"אחר" של הפרויקט הציוני, אך בד בבד נחשבו גם "חלק" אינטגרלי ממנו וחיוני לו. טיעונו המשוכלל עוד יותר של שנהב הוא שהניגוד האמור אינו מקרי אלא משולב היטב במטרותיו המורכבות של הפרויקט הציוני. הציונות שאפה מחד גיסא למצב את ישראל כמדינה בעלת זיקה אירופית, ומאידך גיסא להשתית את זכות קיומה על הממד הלאומי-דתי שבה.⁴³

חשיבות טיעונו של שנהב לפרויקט מחקרי זה היא בהצגת הממד האתני, המשפיע על הריבוד התוך-יהודי, כממד נסתר.⁴⁴ להבדיל מיפתחאל וקידר, הוא חושף את הרובד האתני של הפרויקט הציוני כממד נסתר, אשר עובדת נסתרותו קובעת את אופיו עד לעת זו. לטענת שנהב, הציונות נשענת עד היום על אותו משולש רעיוני לאומי-דתי-אתני, ועל בסיסו הוקמה ומתנהלת המדינה. אלא שהממד הלאומי והדתי של הפרויקט הציוני היו

41 מושג האירוצנטריות מוכר בשיח הביקורתי-סוציולוגי כסגנון מחשבה המושתת על הבחנה אונטולוגית ואפיסטמולוגית בין "מזרח" כנחות ל"מערב" כעליון. ראו הנרייט דהאן-קלב "פמיניזם מזרחי – בין מזרח למערב" מין מיגדר פוליטיקה 217, 222 (ג'ורא רוזן עורך, 1999).

42 ודוקו: אף על פי שהאמונה הרווחת היא שהתנועה הציונית הביעה ניכור לאירופאיות בדמיניה "צבר חדש" ומקומי, הרי שהטענה המקובלת כיום היא כי דמותו של צבר זה עוצבה, בסופו של יום, כאדם אירופאי בעל מאפיינים אירופאים. ההתנגדות הייתה לא לאירופאיות, אלא לדיוקן היהודי הדתי-גלותי בה. ראו עוז אלמוג הצבר – דיוקן (1998). מתורגם לאנגלית: OZ ALMOG, THE SABRA: THE CREATION OF THE NEW JEW (2000).

43 להצגה תמציתית של טיעון זה ראו שנהב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 13–20.

44 חשוב להבהיר כי הממד האירוצנטרי אינו נסתר בחזון הציוני. כבר בספרו "אלטנוילנד" דמיין הרצל את מדינת היהודים כמדינה אירופית, גרמנית ממש (הוא הציע למשל כי השפה המועדפת במדינה תהיה, כמה אבסורדי, גרמנית). ראו תיאודור הרצל אלטנוילנד (1902) (מרים קראוס מתרגמת, 2002). עם זאת ממד זה נמחק בשיח הציוני המודרני אשר ביסס את רעיון הקמת מדינת ישראל בעת הקמתה. הבחנה זו מוכרת גם כהבחנה בין הדור הראשון של הציונות לדור השני שלה. ראו אלמוג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 13–26. ודאי שננטש רעיון השפה הגרמנית, רעיון הבאת יהודי אירופה בלבד לישראל ועוד סממנים אירופיים מובהקים במשנתו של הרצל. לסקירת סממנים אלה ראו ZVI HAIM TRIGER, BETWEEN ZIONISM AND JUDAISM: ISRAELI FAMILY LAW AND THE INTERSECTION OF ANTISEMITISM, MYSOGYNY AND HOMOPHOBIA 118–124 (2004) (Unpublished J.S.D. Dissertation, New York University – School of Law). במובן זה חדשנותו של שנהב היא בהחזרת ממד נסתר זה אל פני השטח, כנסתר וכממשיך את פעולתו עד היום, גם לאחר הניתוק הפורמלי ממנו.

שניהם ברורים ומובנים לתוכו, והם מודגשים במדינת ישראל עד היום בצורה הגלויה והברורה ביותר במבנה מוסדותיה, באופייה ובהצהרת עיקריה,⁴⁵ אך לעומת זאת הממד האירוצנטרי נותר נסתר בפרויקט זה ובמדינה מאז ועד היום, למצער במישור ההצהרתי-פורמלי.⁴⁶ משמע, על אף היותה חלק אינטגרלי מהבניית הישראליות, האירוצנטריות הישראלית אינה מוצגת כממד לגיטימי מוצהר כלשהו של הפרויקט הצינוני או של המדינה. אירוצנטריות זו, למרות התנהלותה בממד נסתר, הייתה בעלת השפעה של ממש על מזרחים בישראל, ואלה הפכו נמענים ישירים של פעולותיה ותוצאותיה, אשר הובילו להפלייתם השיטתית.

הממד הנסתר בניתוחו של שנהב מאפשר להבין הבנה עמוקה יותר את מורכבותו של הדפוס החברתי-ציבורי הסותר של ההכחשה, הנעשית בד בבד עם הכרה בקיומה של הפליה נגד מזרחים בישראל. לפי דפוס זה, קיימת הכרה בקיומה של עדתיות מובחנת מזרחית-אשכנזית בישראל, אך עם זאת הפלייתם של מזרחים עדיין נדחקת אל שולי השיח הציבורי-רציונלי. וכך, על אף קיומן של זירות שיח, בעיקר אקדמיות, שבהן השסע האתני בישראל מדובר ומטופל, מתנהל לצד אלה שיח הכחשה והדחקה שלו.⁴⁷ מוטיב ההכחשה של קיומה של מציאות של הפליה שיטתית נגד מזרחים בחברה הישראלית בולט בעיקר בשיח הציבורי.⁴⁸ שיח זה מתאפיין באמירות המוכרות בדבר הכחשה של עצם התופעה: "לכולם היה קשה פה בתחילה"; עובר דרך הכרה בה אך ייחוסה לעבר: "זה היה בשנות ה-50' ונגמר", טשטושה: "כולנו ישראלים" ו"נישואי התערובת יפתרו את זה", וכלה באימוץ השיח הליברלי-קפיטליסטי: "מי שרוצה להצליח, יכול. עובדה שיש מזרחים מצליחים".⁴⁹ תגובות אלה – המוכרות בעיקר אצל אשכנזים, אך גם אצל מזרחים – כולן מכחישות, מי יותר מי פחות, את קיומה של ההפליה האמורה או למצער

45 נכון הוא שהאלמנט הדתי בדבר היות המדינה החילונית קשורה בעבותות לדת היהודית הוא מורכב יותר, אבל מופעיו אינם מעוררים אף הם. ההחלה הישירה של המשפט היהודי על נשים וגברים יהודים, קיומו של מוסד הרבנות ועוד הם רק נגזרות של התפיסה הרווחת בחוגים היהודים בישראל שלפיהם מדינת ישראל היא ביתו של העם היהודי ושרתו היא יהודית, אף אם פרשנויות שונות שלה מתחרות על בכורת ההכרה בהן כלגיטימיות.

46 אם כי אפשר לעקוב אחריו בממדים לא-פורמליים אחרים, כגון אמירות בסגנון של הפיכת ישראל למקום המערבי היחיד בלבנט וכו'.

47 לנוכחות/נפקדות של הקטגוריה המזרחית ראו "אפיסטמולוגיה של מזרחיות בישראל", לעיל ה"ש 32, בעמ' 24–25, וכן הפרוורם ללימודי חברה ותרבות "מנגנוני כינון וייצור הידע הקאנוני על מזרחים בישראל" מזרחים בישראל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 288, 294–299.

48 למושג ההכחשה של הפליית מזרחים כסוציולוגי-קולקטיבי ולא פסיכולוגי-אישי ראו שנהב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 11–13.

49 לניתוחן של פרקטיקות דיסקורסיביות אלה כמכחישות הפליה ראו אורנה ששון-לוי "אבל אני לא רוצה לעצמי זהות אתנית": גבולות חברתיים ומחיקתם בשיחים עכשוויים של אשכנזיות" תיאוריה וביקורת 33, 101, 117–121 (2008).

את תוצאותיה.⁵⁰ תחת שיח אי-השוויון הקבוצתי, אימצה ישראל עם השנים את השיח המריטוקרטי, המעמיד במרכז את כישוריו הפרטיים של אדם ואת התועלת הצומחת ממנו, כמי שמשפיעים יותר מכול על ניעותו החברתית.⁵¹ עוד אפשר לציין כפרקטיקות הכרה-הכחשה גם את טענות הצמצום המתמשך של הפער,⁵² ההיתלות בנקודות יציאה הפתוחות לכול, כצבא,⁵³ הסירוב לשתף פעולה עם מחקרי שטח תלויי-אתניות ועוד.⁵⁴ פרקטיקות ההכחשה מופיעות לא רק כהכחשה של הקטגוריה המזרחית אלא גם של הקטגוריה האשכנזית, בעיקר באמצעות הטענה "כולנו צברים".⁵⁵

בד בבד עם תפיסת החברה הישראלית כלוקה בהכחשת מעמד המופלה של מזרחים, עדתיות אינה זרה לשיח החברתי בישראל, וכאן גם טמון העניין הייחודי שיוצרת הנוכחות-נעדרות של קטגוריות אלה. מדובר בקטגוריות המוכרות בהקשרים מגוונים, אלא שקטגוריות אלו זכתה לייצוג והפצה על ידי סוכנים שונים אשר הדגישו מוטיבים שונים בה.⁵⁶ מעניינים במיוחד הם השימוש בקטגוריה האתנית שעושה הממשלה באיסוף נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, והשימוש בה בפוליטיקה. אשר לשימוש שהממשלה עושה, נתונים שמוינו על יסוד אתני נאספים עד היום לצורכי מיפוי בירוקרטי על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן: ה"למ"ס). הסיווג האתני שהלשכה משתמשת בו הוא של "ארץ מוצא האב", אשר מחולק לשלוש קטגוריות עיקריות: "אסיה-אפריקה", "אירופה-אמריקה" ו"ישראל". חלוקה זו חופפת בחלקה

50 בהסברים הבולטים ביותר להיעדר הזדהות עם מעמדות-אתנית-מזרחית אפשר לציין את השפעת הדיכויטומיה יהודים-ערבים, המעודדת הזדהות עם הצד היהודי של משוואה זו, וכן ההכרה באי-הלגיטימיות של התפלגות אתנית בתוך החברה היהודית, להבדיל מזו הלאומית הקיימת בין היהודית לערבית. ראו יואב פלד "אריה שאג, מי לא ירא?": ש"ס והמאבק על הישראליות" מזרחים בישראל 280, 272 (2002).

51 ראו למשל נח לוין-אפשטיין "משפחה וריבוד: דפוסי שעתוק של אי-שוויון בישראל" צדק חלוקתי בישראל 121, 125 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

52 סמי סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 172 (אורי רם עורך, 1993).

53 בהקשר הצבאי דיסוננס ההכחשה גדול במיוחד, שכן דווקא מוסד חברתי הנתפס כ"כור היתוך" קלסי מוכיח עצמו כמשעתק דפוסי אי-שוויון וזוכה להתעלמות כמעט מוחלטת מתפקידו ההפלייתי. ראו Levy, לעיל ה"ש 18, בעמ' 895.

54 לסירוב לשתף פעולה עם מחקרים המבקשים לבדוק הטיות אתניות בישראל ראו לעיל ה"ש 10.

55 ששון-לוי, לעיל ה"ש 49.

56 כך למשל ברי שהומור עדתי בישראל עודנו חי, גלוי ובוועט (למשל ההמשגות: מרוקאי סכין, פרסי קמצן, פולנייה קרירה). שימוש בקטגוריות עדתיות שלט עד לאחורונה בתחום החינוך הממלכתי רשמי, שלפיו תלמיד "טעון טיפוח" הוא, בהגדרה, מי שמוצא הוריו מ"ארצות המזרח התיכון וצפון אפריקה". ראו ההגדרה ותולדותיה אצל אבי שושנה "המצאתה של קטגוריה חברתית חדשה: 'מחוננים טעוני טיפוח'" תיאוריה וביקורת 29, 125, 136-138 (2006). בחינוך האקדמי מוסדות שונים עדיין דורשים למלא בשאלון ההרשמה את ארץ מוצא האב.

הגדול את ההגדרה הסוציולוגית לחלוקה בין מזרחים לאשכנזים, אלא שלמרות השימוש בה כמדד מרכזי לאיסוף מידע לא נעשה במידע שמצטבר דרכה שימוש ממשלתי גלוי לצורכי זיהוי של הפליה בין מזרחים לאשכנזים.⁵⁷ החל משנות ה-80 עת נוצר הדור השני באוכלוסיית המזרחים – הווה אומר דור אשר הוריו עצמם היו ילידי הארץ – הפך נתון "ארץ מוצא האב" לרלוונטי פחות לזיהוי הפליית מזרחים בדור השני והשלישי. בכך הועלם והודחק מאפיין מרכזי בריבוד החברתי בישראל, ועמו כמובן הוחלשה עד מאוד יכולת איסוף המידע על אודות הפערים האתניים בישראל והשימוש בהם לקידום מעמדה של קבוצה זו, אשר במחי יד הפכה ל"לא-קבוצה".⁵⁸ שימוש מובהק שני בקטגוריה אתנית נעשה בזירה הפוליטית. כאן הסוכנת הבולטת ביותר לשימוש זה הייתה כמובן תנועת ש"ס, אשר נשענת על שיח של "אחרות" ספרדית-יהודית, ומרמזת לקיומה של הפליית ספרדים, בעיצוב האידיאולוגיה הפוליטית שלה סביב רעיון "החזרת העטרה ליושנה".⁵⁹ בייצוג זה היה אפשר לראות שימוש חתרני בקטגוריה האמורה, אלא שהטמעתה בשיח דתי-חרדי אפשרה גם היא בסופו של דבר להרחיק את ש"ס משיח זהויות חברתי המבסס דרישה קולקטיבית לשוויון.⁶⁰

זהו אפוא טיבו של מבנה ההכחשה-הדחקה, אשר יוצר תחושה של מציאות שאינה מאפשרת כמעט ערעור עליה, ושהערעור עליה אינו מתבצע בתנאים המקובלים לביקורת. ככלל, ביקורת מתאפשרת נגד טיעון אשר נשטח בפני המבקר, והוא מבקש לפרק ולהוכיח את נכונותו, צדקתו המוסרית ועוד. למשל, הטיעון כי ישראל היא מדינה יהודית הוא גלוי ומוכח בין היתר בחוק, ולכן הוא טיעון שאפשר להפריך בשימוש למשל ברעיון שדמוקרטיה אמורה לתת יחס שוויוני לכל דריה או שהביטוי "יהודית" אינו מדיר בהכרח מי שאינו יהודי.⁶¹ לעומת זאת מבנה ההכחשה-הדחקה של מציאות המשתיקה את קיומה

57 מדד זה משמש חוקרים בתחום השסע האתני בישראל. ראו למשל פרסומי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה באתר הרשמי שלה. זהו גם מדד שמרכז אדווה משתמש בו. ראו למשל שלמה סבירסקי ונגה דגן-בוזגלו מערכת החינוך: בידול, אי-שוויון ושליטה מתרופפת (2009) www.adva.org/ uploaded/bidul%20ve%20e-shivion%20bachinuch.pdf

58 כאן יודגש כי לא רק יצירה של קטגוריה, אלא גם נטישה שלה, ממלאת תפקיד חשוב בממשול של פרטים ושליטה על המרחב הציבורי. ראו שושנה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 144.

59 שיח זה מוגבל מאוד כמובן ואינו טוען להפליה שיטתית ממוסדת דווקא. ראו ניתוח מוטיב זה במשנתה של מפלגת ש"ס במאמרו של שלום שטרית "מיהי ש"ס בעצם? תנועה חרדית? דתית-לאומית? דתית-מהפכנית? או חברתית-רדיקלית?" המאבק המזרחי בישראל, לעיל ה"ש 38, בעמ' 243.

60 ראו שלום שטרית, שם, וכן ניתוחו של גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כז 587 (2003).

61 הספרות בתחום עשירה ואין צורך להפנות לכולה. ראו כדוגמאות בולטות: אהרון ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000); יואב פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" מחקרי משפט יז 73 (2001).

של מציאות אחרת שבה קבוצה סובלת מדיכוי, מקשה מאוד על מיגורו. כל עוד אין מוצג למשל בפרהסיה הממד האירוצנטרי של ישראל, קשה מאוד לנהל מאבק בהפליה שהוא גורר בעקבותיו, שכן עצם קיומו מוכחש או למצער אינו גלוי.⁶² להשלמת תמונה זו אפשר להיעזר בפרקטיקה דיסקורסיבית דומה, המאפיינת אשכנזים דווקא, ולפיה הם מסרבים להכיר בקיומה של אתניות אשכנזית אף כי ניכר כי הם ערים ל"הבדלים" בין אשכנזים למזרחים. אורנה ששון-לוי מציעה להתייחס לתופעה מורכבת – ויש שיאמרו אף סותרת – זו כמשרתת את האינטרס ההגמוני של הקבוצה, המבקשת למצב עצמה כעליונה, אך עם זאת עושה זאת תוך הפיכתה לקבוצה אוניברסלית, "טבעית" ובלתי מזוהה.⁶³

3. בין מודלים חברתיים למשפט

בפסיפס המורכב של פרקטיקות ההכחשה-הכרה אימץ המשפט הישראלי עמדה ברורה. הזהות המזרחית שקופה בדיסציפלינה המשפטית. במובן זה משמש המשפט כלי מדינתי נוסף למיון וסיווג של האוכלוסייה.⁶⁴ דרך המשפט פועלת המדינה כגורם היוצר זהויות הנחשבות לגיטימיות ותואמות את הסדר החברתי, וזאת באמצעות פעולות מיון, סיווג וזיהוי של קטגוריות תרבותיות.⁶⁵ למשל, אפשר לזהות בפסיקה ובחקיקה דיון בקטגוריה ה"ערבית" (ולא הפלסטינית) וההומוסקסואלית.⁶⁶ לעומת זאת הזהות המזרחית, היוצרת חלוקה לא רצויה בתוך החברה היהודית, בשל ביסוסה על רקע אתני (להבדיל מזה הלאומי או המגדרי), נעדרת ממנגנון שלטוני זה.

- 62 לא בכדי נטען כי העלאת נושא הפליית המזרחים אל סדר היום הציבורי באופן גלוי ופתוח חיונית למיגורה. ראו סמוחה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 195.
- 63 ששון-לוי, לעיל ה"ש 49. עוד על עיצוב האשכנזיות כשקופה ראו רו יוסף "מסומנים: ההבניה של הלובר האשכנזי בקולנוע הציוני" חזות מזרחית 123 (יגאל נזרי עורך, 2004).
- 64 המשפט הוא רק כלי ממסדי אחד בידי המדינה לסיווג ומיון אלה. כלי מרכזי אחר הוא למשל סיווג הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, המפעילה את כלי המיון המכונן של "מפקד האוכלוסין". לחשיבותו של מפקד אוכלוסין בייצור זהויות ראו בנדיקט אנדרסון קהילות מדומיינות: הגיגים על מקורות הלאומיות ועל התפשטותה (דן דאור מתרגם, 1999).
- 65 להכרת פרקטיקה זו ראו שושנה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 127–129.
- 66 לזיהוי הקטגוריה הערבית ראו למשל בג"ץ 240/98 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); לקטגוריה ההומוסקסואלית ראו בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות ובי סקסואליים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1998), ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) ולאחרונה ביתר שאת: ע"ם 343/09 הבית הפתוח לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010).

על אף שקיפות הקטגוריה המזרחית ברבדיו הפורמליים של המשפט היה למשפט כמובן תפקיד חשוב בעיצוב הסדרי המדיניות השונים, אשר תרמו להעמקת מעמדם הנחות של מזרחים בחברה הישראלית. חוקרי משפט ביקורתיים של זהות-מוצא (critical race studies) הראו זה מכבר כי למערכות משפט מערביות-ליברליות תפקיד מרכזי בעיצוב הריבוד הגזעי-אתני של חברות גם כאשר הדבר אינו גלוי לעין.⁶⁷ מערכת המשפט בישראל, הנמנית על מערכות אלה, נטלה אף היא תפקיד ביצירה והטמעה במובנים רחבים ועמוקים של הריבוד החברתי האתני-גזעי בישראל, אלא שתפקידה זה לא זכה למחקר שיטתי ונרחב. עיקר המחקר בתחום זה הוקדש לחקר תפקיד המשפט בריבוד הלאומי.⁶⁸ עם זאת קיימים תחומים שבהם הדבר ניתן לזיהוי נקודתי מעט יותר. כך למשל מתארים אורן יפתחאל וסנדי קידר את תרומתו של משטר המקרקעין של מדינת ישראל להתהוותו של הריבוד החברתי האתני בישראל ולהעמקתו:

פרויקט הייחוד המרחבי-קרקעי – המהווה ציר מרכזי של המשטר הישראלי – תרם רבות לכינונו של מדרג אשכנזי-מזרחי-פלסטיני (בעיקרו) של 'מעמדות אתניים' במרחב הישראלי/פלסטיני. המטרות, המוסדות והפרקטיקות המכוננות את החברה האתנוקרטית יצרו מצב משפטי ונורמות ציבוריות, שמאפשרים ואף מעודדים את המשך ההתפשטות והשליטה של האתנוס הדומיננטי [האשכנזי – י"ב].⁶⁹

יפתחאל וקידר מוכיחים כיצד קטגוריות משפטיות-מקרקעיות עכשוויות, הנדמות טבעיות – כגון בעלות איכותית על קרקעות בקיבוצים ובמושבים (בעיקר על ידי אשכנזים) למול החזקה מצומצמת של דיור ציבורי (בעיקר על ידי מזרחים) – הן למעשה תולדה של הסדרים משפטיים שונים שננקטו כלפי הקבוצות השונות ואשר אפשרו "החלתם של דינים מפלים, תוך שמירה על חזות ניטרלית המסייעת בשימור ההגמוניה

67 כתיבה זו היא המנחה את הזרם החשוב של כותבי הביקורת הגזעית על המשפט (Critical Race Studies). הכותב המשפיע והמרכזי ביותר כיום בתחום זה הוא איאן האני-לופז. טענתו התמטית של האני-לופז היא שלמשפט חלק מרכזי בעיצוב זהויות אתניות כפי שאנו מכירים אותן בשיח החברתי, גם אם אלה מדומיינות בהכרח. ראו: Ian F. Haney Lopez, *The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice*, 29 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1 (1994). כותב מרכזי אחר בתחום הוא דריק בל, אשר עסק בהבניית האדם השחור במשפט כשלילי:

DERRICK A. BELL, *RACE, RACISM AND AMERICAN LAW* (3rd ed. 1992).

68 על כך יעיד מגוון הכתיבה הרחב הקיים בתחום ניתוח הריבוד הלאומי דרך המשפט בכתיבתם של חוקרים מרכזיים בתחום כמיכאיל קרייני ודויד קרצ'מר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ואילן סבן וסנדי קידר מאוניברסיטת חיפה. בתחום הכיבוש מוכרת כתיבתם הביקורתית של אורנה בן-נפתלי מהמכללה למנהל ואייל גרוס מאוניברסיטת תל-אביב.

69 יפתחאל וקידר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 67-68.

האתנוקרטיה⁷⁰. עוד מוסיפים השניים לתאר את תפקידו המרכזי של המשפט בחיזוק מחדש של מעמדן ההגמוני של קבוצות אלה גם בשנות ה-90 במה שמוכר כהליך "הפשרת הקרקעות", כלומר שינוי ייעודן של קרקעות חקלאיות ציבוריות לקרקעות פרטיות לשימוש עצמי.⁷¹ מחקר משפטי נדיר אחר בתחום עשתה קלריס חרבון, אשר תיארה כיצד היה המשפט מעורב בהסדרת יישובם של מזרחים בדירות הדיור הציבורי בישראל באופן שפגע נואשות בסיכוייהם להשתלב בחברה הישראלית, בעיקר דרך עיצוב נחשלותם הכלכלית.⁷²

ב. הסיפור המזרחי במשפט – ה"אין" כ"יש"

חלקו הקודם של מאמר זה נחתם בהצבעה על האופן שבו היה המשפט אחד האמצעים להבניית נחיתותם המעמדית של מזרחים בישראל. אלא שלמרות תפקידו זה על פני הדברים לא הייתה למשפט נגיעה בהגדרה ה"פוליטית-סוציולוגית" של מזרחים, וקבוצה זו נעדרה ממנו. יתרה מזאת, ההכרה הגוברת בקטגוריה המזרחית בדיסציפלינות לבר-משפטיות לא גררה בעקבותיה הכרה שכזו במשפט. פסקי הדין בישראל וחוקים בישראל אינם מתייחסים לזהות מזרחית; אין בהם פסקי דין מונומנטליים בדבר הפליה או איסור-הפליה של קבוצה זו, כדוגמת פסקי הדין בתחום בעניינם של ערבים אזרחי ישראל ובדווים.⁷³ הספרות המשפטית אף היא נעדרת קטגוריה זו. המזרחים אינם אזרחים קרואים אפילו לא בספרות משפטית העוסקת במובהק בזכויות חברתיות

70 שם, בעמ' 83.

71 שם, בעמ' 86–94. זהו המהלך שהוביל לבסוף להתנגדות מזרחית מאורגנת בהגשת "בג"צ הקשת" המתואר להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 106.

72 חרבון, לעיל ה"ש 22. במאמר אחר מדגישה חרבון את ההקשר המגדרי הייחודי של תופעת ההשתכנות של נשים מזרחיות בדירות הדיור הציבורי. קלריס חרבון "השתכנות מתקנת – סיפור של נשים המתקנות עול היסטורי" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 413 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

73 ראו, בהתאמה, את פסקי הדין המונומנטליים בפרשת קעדאן, לעיל ה"ש 66, ובבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989). עם זאת חשוב לציין שאפשר למצוא לעתים נדירות התייחסויות מובלעות לזהותם המזרחית של אינדיווידואלים ממוצא מזרחי בפסיקה. כך למשל עולה מתפ"ח (מחוזי ת"א) 792/78, המוכר יותר בשמו "פרשת מע"צ". באופן מפתיע ומטריד למדי, את פסק הדין עצמו לא הצלחתי לאתר גם לא לאחר פעולות חיפוש קדחתני של עוזרי המחקר למאמר זה. לעניין זה ראו אפוא ניתוחו הדומה של מנחם מאוטנר משפט ותרכות 169–174 (2008). זיהוי כלל פסיקה זו וניתוחה דורשים מחקר נוסף, ואני עושה אותו בנפרד במקום אחר. דיוני כרגע מתמקד בהתייחסות לקבוצה המזרחית, כהתייחסות המוכרת כאמור לקבוצות זהות שונות אחרות, כמו הערבים, הנשים או הבדווים.

בישראל או בשאלות של צדק חלוקתי בישראל.⁷⁴ הם אינם מופיעים כמעט כקטגוריה חשובה במאמרים משפטיים, אפילו לא באלה העוסקים במובהק בנושאים הקרובים להם.⁷⁵

שיטת המשפט הישראלית אימצה את הרעיון הסוציו-פוליטי של "כור ההיתוך", המקדם עיקרון של מדינה אחת לכל היהודים, דרך עיצוב מערכת החוקים שלה. מכניזם אתנוקרטי זה הציע רטוריקה משפטית כוללת-כול, מאחדת, הנשענת על הדמיון שביהודיות המשמש מכנה משותף בין הקבוצות האתניות השונות, כבסיס להענקת זכויות לרוב היהודי בישראל. בעקבות זאת וכפי שצפה המודל האתנוקרטי, הובנה במשפט הריבוד הלאומי כחשוב ביותר בחברה הישראלית.⁷⁶ חקיקה הנושאת אופי יהודי מוצהר מדגימה תפיסה זו בבירור רב, ובראשה אפשר למצוא את חוקי היסוד המצהירים על היות המדינה יהודית. דוגמה מרכזית אחרת היא חוק השבות, התש"י-1950, הקובע כי לכל יהודי החי מחוץ לישראל מוקנית הזכות להגר לישראל.⁷⁷ חוק זה ולצדו הסדרי

74 לספרות עדכנית על צדק חלוקתי בישראל מהזווית המשפטית ראו למשל נגישות לצדק חברתי בישראל (גיזני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009). חריג נדיר אפשר למצוא למשל במאמר אחד מתוך אסופת המאמרים צדק חלוקתי בישראל (עורך מנחם מאוטנר עורך, 2000).

75 ראו למשל ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347 (2004); יששכר (איסי) רוזן-צבי "מקום הצדק": משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט כח 417 (2004). כתיבה חריגה, מן הזמן האחרון, היא זו של פרופ' מנחם מאוטנר מאוניברסיטת תל-אביב, המתנסח בבהירות בקטגוריות של אשכנזים-מזרחים. ראו מני מאוטנר "ההפקרה והנטישה" ארץ אחרת 52, 24 (2009). למרות חשיבות ההתעוררות שבכתיבה מעין זו חשוב לציין כי מדובר במאמר בודד, אשר פורסם במדיום לא-משפטי. נתון זה חשוב בעיקר על רקע עבודתו החשובה של מאוטנר בפיתוח הקשר בין משפט, תרבות וריבוד חברתי בישראל. בשיחה אישית עמו הסביר לי מאוטנר כי הנושא בלתי מדובר בשיח המשפטי, ולכן אף לו לקח זמן לעברו כרפוס הפליה.

76 בנקודה זו חשוב לציין כי לשון החוק מבחינה ככלל בין מי שאינו יהודי למי שהוא יהודי, ובמובן זה האוכלוסייה הערבית אינה היחידה הניזוקה מחקיקה אתנוקרטית זו, אלא כל מי שאינו יהודי. עם זאת פלסטינים הם ללא ספק הקרבנות המידיים ביותר של חקיקה מעין זו בהיותם הרוב המספרי הבולט של לא-יהודים היושבים בישראל כאזרחים או כיושבי ישיבת קבע. עם זאת חשוב לציין בשלב זה שגם ההפליה כלפי פלסטינים נעשית פעמים רבות ברפוס זה של הענקת זכות-יתר ליהודי, ולא דווקא בגריעת זכותו של ה"ערבי". אלא שבהיותם סוג של שני חלקים פוליטיים של שלם מציאותי אחד, יהודי-ערבי, ברי כי במשחק סכום-אפס שבו מובנים יחסי יהודים וערבים בישראל, הדבר אינו מאפשר אלא להבין מהלכים מעין אלה כפוגעניים לפלסטינים, ולא רק כמיטיבים עם יהודים. לתפיסת הפלסטינים אזרחי ישראל כחלק מה"שלם" הישראלי למול תושבי הגדה והרצועה ה"נעלמים" ראו Raef Zreik, *Palestine, Apartheid, and the Rights Discourse*, 34 J. PALESTINE STUD. 68 (2004).

77 חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159.

חוק האזרחות, התשי"ב-1952, מעניק, בנוסף, אזרחות ישראלית לכל מהגר יהודי.⁷⁸ למדד גלוי "חיובי" זה יש לצרף רובד משמעות נוסף, "נסתר", שדרכו למשפט חלק פעיל באי־זיהוי המזרחים כקבוצה מובחנת. על פני הדברים, את עיקר מנגנוני ההפליה שהופעלו נגד מזרחים אפשר לזהות בצורה גסה כמנגנונים "דה פקטו" ולא מנגנונים משפטיים מובהקים, "דה יורה". הימנעות המשפט מלזהות את המזרחים כקבוצה בעלת אפיונים משלה, היוצרים את הפלייתה מחד גיסא, והדגשת אחדותה היהודית של הקבוצה ההגמונית בישראל מאידך גיסא הפכו גם הם את המשפט לשותף פעיל – אף אם סמוי מן העין – להטמעת הקבוצה המזרחית כחלק אינטגרלי מן האוכלוסייה היהודית ולטשטוש יכולת זיהויה כקבוצה נבדלת בחברה הישראלית.⁷⁹

עיצוב החקיקה כאמור לעיל תרם להכרה משפטית בחלוקה אתנית עיקרית אחת בשיח הישראלי: זו הקיימת בין יהודים לערבים. הכרה ברורה זו מרמזת מניה וביה על היעדרה של חלוקה רלוונטית אחרת בחברה הישראלית, למצער מבחינת המשפט. מצב דברים זה עמד כמובן בניגוד לעובדת מוחלשותה הקטגורית של הקבוצה המזרחית במציאות הישראלית. היטיבה לבטא זאת בפשטות, אך במלוא המשמעות, פרופ' פנינה להב:

With regard to the Mizrahis, Israeli law appears to have been blind.
Formally, they have been treated as equals [...].⁸⁰

בפרק זה ברצוני להבנות עיוורון זה של המשפט שעליו מצביעה להב – אותו "אין" – כ"יש". לפי דפוס חשיבה זה, היעדרם של המזרחים מן המרחב המשפטי אינו מסמל את אי־השתתפותם בו אלא הוא המעצב והמסמל את השתתפותם בו. קריאתי היא אפוא כזו שאינה מגבילה עצמה למתווה הידע שמציג המשפט. היא מבקשת לקרוא מעבר לו ולבחון במסגרתו את מי שמוצאים מחוץ לגבולותיו, כמי שעדיין נמצאים בגבול תחולתו. זוהי הקריאה מחדש של ה"אין" כ"יש". קריאה זו תיעשה בדרך של מיפוי השתתפותה

78 חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146.

79 לפירוק ופירוט האופנים השונים שבהם סייע המשפט להבנייתן של קבוצות מופלות כקבוצות מאובחנות או מוטמעות בארצות הברית ראו Yifat Bitton, *The Limits of Equality and the Virtues of Discrimination*, 2006 MICH. ST. LAW REV. 593 (2006). להפעלתו של מנגנון זה על הקבוצה המזרחית ראו Yifat Bitton, *Wishing for Discrimination? A Comparative Gaze on Categorization, Racism and the Law*, 2 SORTUZ: ONATI J. OF EMERGENT SOCIO-LEGAL STUD. 39 (2008) (להלן: Bitton, *Wishing for Discrimination?*).

80 Pnina Lahav, *A "Jewish State... to Be Known as the State of Israel": Notes on Israeli Legal Historiography*, 19 L. & HIST. REV. 387, 414 (2001). למותר לציין כי להב היא חוקרת משפט ממוצא מזרחי, אשר זהו לה עיסוק נדיר בתחום. עיקר כתיבתה הוקדש תחילה לשיח הפמיניסטי, וכעת לביקורת ההיסטוריוציסטית של המשפט.

של הקבוצה המזרחית בשיח הזכות לשוויון עד לעת כניסתו לתוקף של חוק איסור הפליה, שבו אפשר לזהות את "סימני הזמן" שיצרה השתתפות זו. למותר להבהיר כי בניסיוני למפות את דפוס יחסיה של הקבוצה המזרחית עם המשפט איני מתיימרת לסקור את כלל האינטראקציות שהתקיימו בין המשפט לקבוצה המזרחית.⁸¹ במובן זה דווקא ראשוניותה של כתיבה ביקורתית זו בשיח האקדמי המשפטי בישראל היא המגבילה את היכולת להציג במאמר אחד ניתוח מקיף של מקומה של הקבוצה המזרחית במשפט הישראלי ושל גבולותיה של מערכת איסור-ההפליה הישראלית במסגרתה.⁸² יומרתי הצנועה יותר היא לזהות נקודות מכוננות במשפט הישראלי שבהן התרחש מפגש בעל השפעה בין המשפט ובין מזרחים בצומתי הפליה-שוויון. כרונולוגית, אינטראקציה בין המשפט ומזרחים נוצרה כבר עם הגעתם של ראשוני העולים המזרחים ובמרוצת העשורים הראשונים לקליטתם בישראל.⁸³ למרות זאת בחרתי להתרכז במפגשים משפטיים אלה רק משנות ה-70 ואילך כמייצגים נקודות מפגש בעלות חשיבות ייחודית. הסיבה לבחירה זו נעוצה בהקשר החברתי המובהק העולה ממפגשים אלה. הם עוסקים בתחומים אשר כעולה מהפרק הראשון למאמר זה הם בעלי השפעה מרכזית על טענת הפליית מזרחים בישראל ונוגעים למבנה מערכת החינוך, להקצאת משאבי תרבות ולמשטר החלוקה המקרקעי בישראל. זאת ועוד,

81 כעניין עובדתי סביר שהתמונה שאפרוס תעמוד בקריטריון ההוליסטי האמור ככל שהדבר נוגע לשיח הגלוי על מזרחים. עיון מקיף במאגרי המידע המשפטיים למשל מניב שתיקה כמעט רועמת באשר לשיח מזרחי כלשהו המתנהל בתוך דיסציפלינה זו. עם זאת ברי כי קיימים הקשרים משפטיים שבהם יש רלוונטיות מובהקת לעניין המזרחי, אך אין דיון בו. למשל, אפשר להצביע על חוק לפיצוי נפגעי הגזות, התשנ"ד-1994, ס"ח 484, כחוק שקהל היעד העיקרי שלו הוא מזרחים – אשר היו קרבנותיהם הכמעט בלעדיים של טיפולי הקרינה נגד גזות שניכפו על עולים בשנות ה-50 וה-60 של המאה הקודמת – אולם החוק אינו מזהה עצמו ככזה. עוד אפשר להצביע על הטיפול המשפטי הכושל במה שמוכר בשיח הישראלי כ"פרשת חטיפת ילדי תימן". לניתוח משפטי נדיר של עבודת אחת מהוועדות שמונו לבחון את הפרשה ראו מאמרו המצוין של בועז סנג'רו "באין חשד אין חקירה אמיתית: 'דו"ח ועדת החקירה הממלכתית בעניין פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן'" תיאוריה וביקורת 21, 47 (2002). נקודות מפגש נוספות וחשובות אלה כולן דורשות כאמור דיון נרחב ונפרד.

82 במאמר נפרד המצוי בשלבי עריכה אני בוחנת את ההיסטוריה של מפגשים של מזרחים עם המשפט בצומתי משפט שונים. מאמר זה מצומצם להקשר של טענות הפליה ושוויון של מזרחים.

83 כך למשל מתאר סמי שלום שטרית את השימוש במערכת המשפט לקרימינליזציה של פועלם הפוליטי של מנהיגי פעולות המחאה החברתית בשנות החמישים. באחד המקרים הוא מפנה לציטוט מפרוטוקול הדיון במעצרו של אחד ממנהיגי המחאה בוואדי סליב שאירעו בשנת 1959 – מר דוד בן-הרוש – אשר שופטת בית המשפט טענה כלפיו כי מעצם היותו מרוקאי הוא חשוד בעיניה כאשם. בן-הרוש כונה בהזדמנות אחרת על ידי בן-גוריון "רועה זונות". ראו שלום שטרית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 105. ועדת החקירה לבדיקת אירועי ואדי סליב יכולה אף היא להיחשב ציון דרך בעל חשיבות, ואותו אני בוחנת בנפרד.

מבחינה היסטורית מדובר בתקופה שבה אפשר לראות בחברה הישראלית של לאחר מלחמת ששת הימים ועם תום גלי העלייה המסיבית אליה, חברה המתחילה להתייצב לאומית וגאוגרפית ולפרוח במדינתה החדשה.⁸⁴ בתקופה זו גם החלה מתגבשת תפיסה ביקורתית בחקר החברה בישראל באשר למעמד הקבוצה המזרחית.⁸⁵ סמוך לאחר מכן החלה גם פריחת העידן הערכי במשפט הישראלי, שנפתח עוד ועוד לשיח ביקורתי חברתי, והדבר הפך אף הוא מפגשים אלה חשובים לניתוח יחסי המשפט והקבוצה המזרחית.⁸⁶ על רקע הקשרים אלה היה צפוי המפגש בין המשפט לשיח המזרחי לשאת פרי – גם אם לא במישור החלוקתי הרי שלמצער במישור ההכרתי. בפועל פעלו מפגשים אלה בעיקר באופן ששמט את הלגיטימציה לניהול שיח איסור-הפליה-מזרחי במשפט. אף שסקירתי אינה ממצה, נראה כי אפשר לזהות דרכה חלוקה גסה לתקופות מובחנות בהתנהלות הצדדים הנפגשים. בחלק מנקודות אלה היו מזרחים פסיביים, ובחלקן ניסו סוכני שינוי חברתי מזרחים באופן מובהק להשתמש במשפט ככלי לחשיפת אי-השוויון שממנו סובלת קבוצה זו. בחלק מהן השתמשו בשפה אתנית ברורה, ובחלקן בשפה ישירה פחות. הצגת נקודות מפגש מכוננות אלה תאפשר לנו אפוא לאתגר את היעדרה של הקטגוריה המזרחית במשפט כיום ולהציגה כבלתי טבעית, ובעיקר כניתנת לשינוי.

1. התקופה הראשונה: פסיביות משפטית

בשנות ה-70 עדיין אי אפשר היה לזהות שימוש מכוון של סוכני שיח מזרחים בכלים אוסרי-הפליה של המשפט לשם מיגור הפלייתם. עם זאת נושא מעמדם החברתי הנחות של מזרחים מתעורר במובהק על רקע סוציולוגי אחר, המובא תדיר לפני בית המשפט: תחום החינוך. תחום זה מתאפיין בפסיביות מזרחית במובן זה שדפוס התביעה המשפטית הוא כזה שהמזרחים הם נעדרים-נוכחים בו, באשר התביעות בתחום הוגשו על ידי אשכנזים אשר ביקשו להרחיק את ילדיהם מבתי ספר שבהם למדו ילדים מזרחים.⁸⁷

את נקודת המפגש הראשונה אני מזהה אפוא כזו שבה לראשונה מועלה אל פני השיח המשפטי השסע התוך-יהודי, בבית המשפט העליון, בנושא בעל משמעות משפטית מהותית. בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים⁸⁸ היה המקרה הראשון שבו דן בית המשפט העליון בתכנית האינטגרציה בחינוך בישראל, אשר לימים הייתה מקור פורה

84 כך נתפסה ישראל בעיני עצמה, לפחות. ראו שם, בעמ' 119–120.

85 "אפיסטמולוגיה של מזרחיות בישראל", לעיל ה"ש 32, בעמ' 22.

86 ראו מנחם מאוטנר ירדית הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 127–130 (1993).

87 בדיקה סטטיסטית מגלה כי אף לא אחת מהעתירות בנושא הוגשה מטעם הורים מזרחים. ראו Bitton,

Wishing for Discrimination?, לעיל ה"ש 79, בעמ' 36.

88 בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה (1) 767 (1971).

למחלוקות ולפסיקה ענפה. נסיבות המקרה היו טיפוסיות למקרי הפעלת שיטת האינטגרציה בחינוך: העותרים, קבוצת הורים ממוצא אשכנזי, סירבו לשלוח את ילדיהם לבית ספר אינטגרטיבי, משמע שבו לומדים גם תלמידים ממוצא מזרחי, אף שהיו מחויבים בכך מכוח תכנית האינטגרציה בחינוך שהונהגה בארץ אז.⁸⁹ הדיונים בתיק התקיימו במאי 1971 בבית המשפט העליון, שמיקומו אז היה במרכז העיר ירושלים.⁹⁰ בחודש זה קבוצה של אלפי מזרחים, בני ובנות הדור השני לעולים מארצות-ערב והאסלאם, הובילו כמטחוי קשת מבית משפט זה את אחת המחאות החברתיות הגדולות ביותר בתולדות החברה היהודית בישראל. בהפגנה, המכונה "ליל הפנתרים", הובילו מנהיגי תנועת המחאה האזרחית של "הפנתרים השחורים" אלפים מתושביה המזרחים של ירושלים להפגנה נגד מה שזיהו כדפוס של דיכוי שלטוני והפליה הננקטת נגד אזרחיה המזרחים של מדינת ישראל.⁹¹ למותר לציין כי הפגנה זו הייתה כה חשובה עד כי הולידה לימים ועדת חקירה ממלכתית והיענות חלקית לדרישותיהם של המפגינים לחלוקה שוויונית וצודקת של עוגת הרווחה המצרפית בישראל.⁹² אף שההפגנה זיעזעה את אמות-הספים של הסולידריות התוך-יהודית בחברה הישראלית ועוררה הד-ציבורי של ממש בחברה הקטנה והאינטימית של התקופה האמורה, ואף שפסק הדין פורסם רק שלושה שבועות אחריה, לא ניכרת בו התייחסות לקרע החברתי שעליו הצביעה. זאת ועוד, תכנית האינטגרציה יועדה, לפחות בפן ההצהרתי שלה, לטפל בדיוק בקרע זה בחברה הישראלית, אשר אותותיו ניכרו בחינוך סגרגטיבי אשכנזי-מזרחי שפשה

89 התכנית, חשוב לציין, אומצה על ידי הכנסת והופעלה בישראל שלא בדרך של חקיקה. במהלך נדיר וחרגי היא הועברה בכנסת בדרך של החלטה פרלמנטרית שאיננה חוק. הדבר עצמו מעלה תהיות באשר לסיבות לאי-ביסוסה של חובת האינטגרציה בחוק אלא בהחלטה פרלמנטרית בלבד. ראו Michael Chen & Audrey Addi, *Community politics School Reform and Educational Achievement*, in EDUCATIONAL ADVANCEMENT AND DISTRIBUTIVE JUSTICE: BETWEEN EQUALITY AND EQUITY 341 (Reuven Kahane ed., 1995).

90 זה היה מקום מושבו של בית המשפט העליון אז, במה שמוכר כ"מגרש הרוסים" בלב-לבה של העיר ירושלים. מאז תחילת שנות ה-90 יושב בית המשפט העליון בקריית הממשלה שבכניסה לעיר, הרחק מטבורה של העיר.

91 תנועת הפנתרים השחורים הייתה תנועת מחאה-התנגדות חברתית שהוקמה בישראל בשנות ה-70 על ידי צעירים מזרחים ירושלמים, אשר שאבה את ההשראה לסגנון מאבקה ולשמה מתנועת הפנתרים השחורים שפעלה למען זכויות אדם בארצות הברית בשנות ה-60. על ההיסטוריה של התנועה וחיבתה החברתית ראו הנרייט דהאן-כלב מערכות התארגנות עצמית: ואדי סאליב ו'הפנתרים השחורים': השלכות על המערכת בישראל (עבודת גמר לתואר "דוקטור במדע המדינה", האוניברסיטה העברית בירושלים – החוג למדע המדינה, 1991).

92 לפירוט על אודות ייחודה של הפגנה זו כחשובה ביותר במאבק המזרחי בישראל ולתוצאותיה הבלתי מבוטלות ראו שלום שטרית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 146–151, 181–186.

בישראל, ותכליתה הייתה להביא לאינטגרציה בין קבוצות אלה במערכת החינוך.⁹³ השופטים השתמשו בפסק דינם בשפה ניטרלית, שהתייחסה לתכנית האינטגרציה ככלי ל"הגשמת עקרון ההטרוגניות, שתכליתו להביא לאינטגרציה חברתית של בני עדות ושכבות שונות"⁹⁴ בחברה הישראלית. בכך נמנע בית המשפט מלהשתמש בשפה הסוציולוגית שנשתרשה כבר אז, אשר דיברה על קבוצות של מזרחים ואשכנזים מפורשות. יתרה מזאת, בהצגה זו נראה כי בית המשפט מכוון לביסוס רעיון ההטרוגניות בחינוך יותר מאשר להדגשת הרעיון של אי-צדק ואיסור-הפליה בחינוך, אשר זכרם לא בא כלל בכתיבתו.⁹⁵ עיקר פסק הדין מוקדש לניתוח ביורוקרטי-מנהלי של סמכויות הרישום של תלמידים אלה באזורי הרישום השונים. רק בשולי פסק הדין, בפסק דינו הקצר והמסכים של השופט עציוני, הוא ממקם את הסוגיה בהקשר שאותו כינה "בעל חשיבות עקרונית וציבורית".⁹⁶ עציוני הזכיר בקצרה את עניין השבר החברתי ואת הרפורמה בחינוך שנועדה לתקן את המצב שבו לבני עדות המזרח היה ייצוג חסר פרופורציות במערכת החינוך העל-יסודית.⁹⁷ אלא שזו הייתה הפעם הראשונה והאחרונה שבה התייחס בית המשפט בהקשר זה לקבוצה המזרחית. זאת ועוד, עציוני עצמו נמנה עם חברי ועדת החקירה הציבורית לאירועי ואדי סליב, שהתרחשו בשנת 1959, אשר ביקשה לקבל תמונה רחבה של דפוסי הפליה שממנה סבלו המזרחים בישראל אז. הכרתו אפוא בהקשר הפלייתי הייתה מתבקשת. אלא שמכאן ואילך שיח האינטגרציה בחינוך שניהל בית המשפט העליון היה בלתי-הקשרי, נמנע מלהבהיר מיהם השחקנים

93 להיסטוריה של תכנית האינטגרציה ואופן צמיחתה כחלק ממה שקרוי "הרפורמה בחינוך" בשנות ה-60 ראו שלמה סבירסקי חינוך בישראל: מחזו המסלולים הנפרדים 139–158 (1990). סבירסקי מציג את האינטגרציה בתוך הקשר רחב יותר ומראה כיצד מטרתה של "הרפורמה בחינוך" דאו הייתה דווקא לקבע את התלמידים המזרחים בנחשלות חינוכית. המוטיב האינטגרטיבי החיובי הוסף רק לסופה, בשל ההתנגדות שהעלתה התכנית על תכניה הבלתי שוויוניים, וכדרך לאזנה.

94 פרשת קרמר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 771 לפסק דינו של השופט ברנזון.

95 יתרה מכך, שיח הפליה, שכן מופיע בפסק הדין, מכוון לטענות הפליה שהעלו דווקא העותרים, המבקשים כאמור לא לשלוח את ילדיהם אל אותם בתי ספר אינטגרטיביים. ראו למשל, שם, בעמ' 778 לפסק דינו של השופט ברנזון.

96 השופט עציוני כתב: "אני מסכים, ולא הייתי מוסיף דבר וחצי דבר לנימוקי המלאים של חברי הנכבד, השופט ברנזון, שעליהם אני חותם בשתי ידי, אלא שמפאת חשיבותה העקרונית והציבורית של הבעיה, נשוא העתירה, מוצא אני לנכון להעלות מספר מלים משלי". שם, בעמ' 782 לפסק דינו.

97 השופט עציוני הבהיר: "אל לנו לשכוח, שבסופו של דבר, הצלחת הרפורמה החינוכית יכולה להיות גורם חשוב למניעת אותם מאורעות מעציבים שאנו עדים להם בזמן האחרון על רקע הטענה של אי-שוויון חברתי וסוציאלי". שם, בעמ' 783–784 לפסק דינו. בדברים אלה כיוון למאורעות ואדי סאליב, שדמו בטבעם לאלה של ליל הפנתרים ואשר התנהלו בוואדי סאליב בחיפה בשנת 1959.

במשחק אי-השוויון שאותו אמורה הרפורמה בחינוך לתקן, ובהדרגה הפך משיח של אינטגרציה בין-עדתית לשיח מעמדי בלבד.⁹⁸

2. התקופה השנייה: ניהול שיח זהותי מובהק

תקופה זו מסומנת ככזו שבה אפשר לזהות לראשונה שימוש מודע, מובהק ומקצועני במשפט ככלי בידי מזרחים לשינוי מעמדם החברתי-קולקטיבי. נקודת המפגש בה היא בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור,⁹⁹ שם עימתה סוכנת שינוי חברתי מרכזית בשיח המזרחי, ד"ר ויקי שירן, את בית המשפט עם שיח משפטי איסור-הפליה מובהק.¹⁰⁰ בפרשה זו טענה שירן והעותרים עמה כי היעדר נראות תרומתה של הקבוצה המזרחית להקמתה של מדינת ישראל ולביסוסה של התנועה הציונית מסדרת הטלוויזיה בעלת הנופך הלאומי דאז – "עמוד האש" – מחייב ביטול שלה בהיותה ממומנת ממשאב ציבורי ומשודרת בערוץ היחיד הקיים.¹⁰¹ בדחתו את העתירה, נדרש בית המשפט להשתמש בשפה הזהותית המפורשת שנקטה בה. אולם אף שהתייחס מפורשות לקבוצות של "יהדות אשכנז" ו"יהדות המזרח" בתיאור טענות העותרת, עבר בית המשפט בהנמקתו להחלטתו לשיח המתנגד לקטגוריות אלה, והעוסק בסבירות ולא בהפליה. פסק הדין נדון על אדנים טכניים-מנהליים: הוא עסק בסמכויות הגופים הסטטוטוריים הפועלים ברשות השידור וסמכות בית המשפט הגבוה לצדק להורות על העשרת תוכניהן של הפקות טלוויזיה והרחבתן לנקודות מבט "שונות".¹⁰² בהתנגדותו המרומזת לעצם העלאת טענת ההפליה קרא בית המשפט לעותרים לזנוח שיח, שלטעמו, היה מעין-גזעני ומפלג:

98 לניתוח מפורט של מהלך זה תוך סקירת פסקי הדין בתחום, ראו Bitton, *Wishing for Discrimination?*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 36–40.

99 בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981). את העתירה הגישה ד"ר ויקי שירן, ממובילות המאבק נגד הפלייתם של מזרחים בישראל. לכתיבה מכוננת של שירן ראו למשל: ויקי שירן "לפענח את הכוח, לברוא עולם חדש" לאחותי, פוליטיקה פמיניסטית מזרחית 25 (שלומית ליר עורכת, 2007).

100 ד"ר שירן יוצגה על ידי ד"ר שמעון שטרית, אחד המשפטנים המזרחים הבודדים בשיח האקדמי דאז, וללא ספק היחיד בסגל האוניברסיטה העברית בירושלים. שטרית, המכיר היטב את השיח המשפטי ואת השופטים, נראה כבחירה פוליטית מודעת לייצוג בתיק. הדבר בולט במיוחד לאור עיסוקו האקדמי המובהק של שטרית והימנעותו ככלל מייצוג בבתי משפט.

101 הפקת הסדרה שבה גולמה הפליה זו נעשתה מתקציבי רשות השידור, ולכן מומנה מכספי הציבור. שירן טענה כי "יש בכך משום פגיעה בייעודיה ותפקידיה של רשות השידור כהגדרתם בחוק [...]" פרשת שירן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 376 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.

102 ראו הדין שם, בעמ' 376–385 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.

כך יכלה, לדוגמה, לעלות מול דברי העותרים הטענה, השוללת תפיסתם והמתבססת על כך שגישה אינטגרטיבית, המושתתת על אמונה באחדות העם, אינה זקוקה למפתח עדתי – במתכונתו של המפתח המפלגתי לפיו יתחלקו התמונות או התיאורים שבמישדר; נהפוך הוא, כל שנעשה בכל אתר ובכל הזמנים הוא בגדר הוויה וחווייה של העם כולו, אשר כולם שותפים להן, ואשר כולם זכאים להתברר בהן או להתאבל עליהן, הכול לפי טיבן ומהותן, וכי אין בודקים בציציות העדתיות של פלוני, שהוא דמות מופת, או של פלמוני, שהוא קרבן של מעשה איבה. דומה כי גישה זו – המעוגנת בהשקפה לפיה ישראל ערבים זה לזה הייתה במשך דורות ארוכים נחלתם של רבים וטובים [...].¹⁰³

תחת אשר יקשיב בית המשפט לטענת ההפליה שהעלו העותרים, נמצא הוא בדברים אלה מנצל את ההזדמנות שלפניו להשתמש בשיח של אחדות ולהטיף לעותרים על חשיבות שימור הקו המחבר של יהודיות, המקשר בין חלקי העם, יהא מוצאם העדתי אשר יהא. הטפה זו מעידה אף היא על התייחסותו של שמגר אל העותרים כמי שבצעם העלאת העניין העדתי זורעים מדון ומחלוקת בעם ויוצרים אותם יש מאין. הגדילה לעשות בעניין זה השופטת בן-פורת, הרואה בטענת ההפליה המועלית לפניו משום עלבון לעם היהודי:

הטענה בעתירה, שהקבוצה שנפגעה היא "יהדות המזרח", יש בה כדי לקומם. יכולים יהודים לחיות במזרח או במערב, אך היהדות היא מושג כולל אחד ויחיד, החובק זרועות עולם. "יהדות המזרח" כמו "יהדות אשכנז" אינן אלא אברים של אותו גוף, שעליו יש לשמור מפני פיצול מזיק, שריח של פירוד לבבות נודף ממנו.¹⁰⁴

אם כן, בית המשפט לא רק שדחה את טענת החלוקה האי-שוויונית שהעלתה העתירה אלא אף שמת בדבריו את הלגיטימציה להעלאת טענת קיומן של קטגוריות זהות פנים-יהודיות. עמדה זו משתלבת היטב באווירה ששלטה לאחר עליית מפלגת הליכוד לשלטון בעקבות גיוסו האלקטורלי של הקול המזרחי. תקופה זו מזהה מני מאוטנר כ"תקופת חרדה" שאחזה באליטה האשכנזית, אשר בצר לה ביקשה את סיועו של בית המשפט העליון באיזון תבוסתה האלקטורלית, וזה שיתף עמה פעולה.¹⁰⁵ לפעולה זו הייתה ככל הנראה אפקטיביות משתקת ומשתיקה במיוחד, באשר נקודת המפגש השלישית והבאה של השיח המזרחי עם המשפט הגיעה רק לאחר שני עשורים.

103 שם, בעמ' 384–385 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.

104 שם, בעמ' 388 לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

105 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 197–198, 201–203 (2008).

3. התקופה השלישית: שיח לא־זהותי אסטרטגי

נקודת המפגש השלישית של המשפט עם השיח המזרחי נתפסת ללא ספק כנקודת הצלחה מונומנטלית בתולדות המאבק לשוויון של קבוצה זו דרך המשפט. בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות,¹⁰⁶ המוכר בשמו "בג"ץ הקשת", נקרא בית המשפט העליון להכריז על סדרת החלטות להקצאת קרקעות בישראל כמפלוח. העתירה הוגשה על ידי "הקשת המזרחית הדמוקרטית", ארגון מרכזי – ואז יחיד, בחברה האזרחית בישראל – להנהגת דפוסי צדק חלוקתי בישראל, ועל ידי קבוצה שעמה נמנו מבוטטי האינטלקטואלים המזרחים דאז.¹⁰⁷ העתירה נסבה על סדרת החלטות של מינהל מקרקעי ישראל אשר היו חלק מרפורמה כללית שמשמעותה הייתה חיזוק ניכר של זכויותיהם של מחזיקי קרקעות שהוגדרו חקלאיות. רפורמה זו אופיינה בטקטיקה של שינוי ייעוד קרקע מחקלאית-ציבורית לקרקע לבנייה ופיתוח, שחלק הארי שלה הוענק, ללא מכרז ובהנחות כספיות מופלגות, למחזיקיה בפועל.¹⁰⁸ בכך היטיבה הרפורמה באופן מובהק ובלתי שוויוני עם אוכלוסיית בני המושבים הקיבוצים, המונה בעיקר אשכנזים.¹⁰⁹ טענת חוסר סבירות זו חוזקה בטענת הפליה שלה טענו העותרים, ולפיה בד בבד עם מתן הטבות מרחיקות לכת אלה לקבוצה האמורה, נוקטת המדינה מדיניות כספית דווקנית ובלתי הוגנת כלפי דיירי הדיוור הציבורי בישראל, המרוכז בעיקר בעיירות הפיתוח והמאכלס בעיקר דיירים ממוצא מזרחי. הגם שהעתירה הוגשה במסגרת שיח מזרחי נגד-הפלייתי מובהק, החליטו מנסחיה כי זאת הפעם היא תנוסח בצורה שלא תפגע בסיכוייה ואשר תאפשר דיון בה שלא ייחסם בשל ניהולה דרך שיח מזרחי.¹¹⁰

106 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו" 25 (2002) (להלן: בג"ץ הקשת).

107 כך כוללת הרשימה אנשי אקדמיה ופעילים חברתיים כדוגמת ד"ר יוסי דהאן, ד"ר ויקי שירן, ד"ר פנינה מוצפי-האלר, ד"ר יוסי יונה, ד"ר יצחק ספורטא, פרופ' יהודה שנהב ועוד. עוד הורכבה הקבוצה מאנשי אקדמיה שאינם מזרחים, אך חשיבות העתירה עמדה לנגד עיניהם, כמו ד"ר גד ברזילי, ד"ר סנדי קדר ופרופ' אריה רטנר.

108 להרחבה על הרפורמה ופרטיה ראו יפתחאל וקידר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 84–86.

109 ברי כי התיישבויות חקלאיות מנו גם מתיישבים ממוצא מזרחי, אלא שכאן חשוב לא רק להבחין במשמעות הזהותית-כמותית של הנהנים מן ההטבה, שעמה נמנו גם מזרחים, אלא גם לבחון את משמעותה הכלכלית בערכים של רווח שולי. הרווח מן הרפורמה היה בלתי אחיד לכלל היישובים, שכן הוא עמד ביחס ישר לערך הקרקע שבה היה היישוב. היישובים שבהם היה הרווח מרפורמת הקרקעות רב במיוחד הם במרכז הארץ. לעומת זאת יישובי המזרחים אופיינו במקומם בפריפריה הגאוגרפית של ישראל, בעיקר במה שמוכר כ"מושבי עולים". ראו שלום שטרית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 94. על יסוד הבדל גאוגרפי שיטתי זה, ברי, למשל, כי לא הרי הרווח שבו זכו תושבי קיבוץ שפיים מההסדר החדש כהרי הרווח שלו זכו תושבי מושב מרגלית, הקרוב לגבול לבנון.

110 המשגה מקצועית לדילמת העותרים יכולה להיות שהם למעשה גילו מעין סתירה בין שלב הזהוי בשיום הזכות (Naming) לבין שלב התביעה בשם הזכות (Claiming). שלבים חיוניים אלה בגיבוש

החלטה זו התקבלה גם בהסתמך על ניסיון העבר של אחת מן העותרות המרכזיות גם כאן, ד"ר שירן.¹¹¹ בית המשפט הגיב אפוא בפסק דין אוהד, הדין בסוגיית ההפליה בין "הסקטור החקלאי" ל"סקטור העירוני" בישראל שיוצרת הרפורמה. בחירה זו מעלה תמיהה אנליטית רבה: טענת העותרים אמנם כוונה לחלוקה בלתי שוויונית בין סקטורים אלה, אולם היא כיוונה בדבריה לאוכלוסייה המזרחית המתגוררת בדיור הציבורי בישראל, וודאי שלא כיוונה בדבריה להפליית הסקטור העירוני בישראל ככלל, דוגמת בעלי הבתים בערים הגדולות והעשירות, אשר ברי כי אינו סובל מהפליה כלשהי בבעלות על רכוש. תוצאה זו שאלה מגיע פסק הדין, אף שהיא תולדה של מעין הדרכה מטעם התובעים, עדיין מעלה קושי רב, המחזק עוד יותר את ההשערה כי מקורה בניסיון להימנע מלזהות נכוחה את הצדדים אשר הרפורמה נגעה להם ישירות. נקודה נוספת, חשובה, בדבר ההתעלמות מהרכיב המזרחי המובהק של העתירה חושפת קלריס חרבון. בביקורתה את פסק הדין בחנה חרבון את גוף העתירה שהוגשה לבית המשפט העליון וגילתה כי ארגון "הקשת" העלה את זיהויו המזרחי בכתב העתירה. נוהג מקובל הוא כי כאשר בית המשפט העליון מציג את הצדדים לפניו בפסק דינו הסופי, משתמש הוא בכתב העתירה כדי להביא ממנו, בלשונו, את זהות העותרים לפניו. כך היה גם כאן. השופט אור מפנה בתחילת פסק הדין אל כתב העתירה כדי לתאר את העותרת. נביא את תיאורו כלשונו:

העותרת 1 בבג"ץ 244/00 הינה עמותת "שיח חדש" אשר מגדירה עצמה כתנועה חברתית אל-מפלגתית וחוף-פרלמנטרית. כנוכר בעתירה, בין יתר מטרתיה, העותרת מחויבת "להיאבק למען מימוש זכויות הפרט הפוליטיות, התרבותיות והחברתיות-כלכליות של כל אזרחי החברה הישראלית [...] תוך נקיטת עמדה של חלוקת משאבים צודקת ורחבה בין כל קבוצות האוכלוסייה בישראל".¹¹²

בדיקתה של חרבון העלתה כי אותן שלוש נקודות שבהן השתמש השופט אור באמצע תיאור העותרת באו במקום טקסט מן העתירה, שאותו השמיט, הקובע כי "העמותה

עילה משפטית מוכרים מכתובה העוסקת בניתוח שלבי היווצרותו האזרחית של הסכסוך המשפטי, ומקורו הסוציולוגי הלא-משפטי. ראו: William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc. Rev. 631 (1980-1981). טענתי היא שתופעה זו טיפוסית לשימוש אסטרטגי במשפט לשם שינוי חברתי, שבו נמנעת עורכת הדין החברתית מפוליטיזציה של העילה המשפטית כדי לא לשבש את יכולתה לקבל הכרה בזכות תביעתה.

111 מידע זה קיבלתי מראיונות שערכתי עם מי שנטלו חלק בניסוחה של העתירה. תודתי שלוחה לד"ר האני זובידה, לד"ר יוסי דהאן ולד"ר ויקי שירן ז"ל על שיתופי במידע זה ובאופן ההתנהלות הטקטית של העותרים טרם הגשת העתירה.

112 בג"ץ הקשת, לעיל ה"ש 106, בעמ' 47 לפסק דינו של השופט אור.

הוקמה על-ידי נשים וגברים, דור שני ושלישי ליהודים ממדינות ערב". משמע, תיאור זהותה המזרחית של העמותה שהובא על ידיה בעתירתה היה מלא וקונטקסטואלי מזה שבו בחר השופט אור להציגה. בגוף פסק הדין השמיט השופט אור רכיבי זהות מרכזיים אלה בין כבלתי רלוונטיים ובין כבלתי לגיטימיים. הם הוחלפו בשלוש נקודות.¹¹³ בכך ניכר כי גם המעט מן ההקשר המזרחי שהוכנס לעתירה הוצא ממנה בכוח פסק הדין. השיח הפורמליסטי שדרכו בית המשפט מעבד את בעיית ההפליה ואת הטענות כלפיה בתקופות הקודמות מצא דרכו גם אל פסק דין זה, אפילו לכאורה נרמה הוא יצירתי וחדשני. יוסי דהאן, אשר בחן את פרדיגמות הצדק המעצבות את פסק הדין, טען כי למרות השימוש המובהק של בית המשפט בשיח החדשני והחברתי של צדק מחלק עובדו טענות צדק אלה על ידיו לדפוסי שפיטה מנהליים פורמליסטים במיוחד בפסק דין שאותו הוא מכנה "נוהלי טהור".¹¹⁴

4. התקופה הרביעית: חזרה לשיח הזהות?

את נקודת המפגש הרביעית בין השיח המזרחי למשפט מציין חיקוקו של חוק איסור הפליה, אשר יועד בעיקר להתמודד עם התופעה של אי-הכנסת מזרחים צעירים לבילויים במועדוני לילה בישראל. נקודה זו תידון בהרחבה בפרק הבא. סיכום נקודות המפגש עד כה בין השיח המזרחי למשפט בישראל מציג תמונה בעייתית שבמסגרתה נמנעו בתי המשפט מלהתמודד ישירות עם טענת ההפליה או הקשר ההפליה שממנה סובלים מזרחים בישראל. הרובד האתנוקרטי והאירוצנטרי של החברה הישראלית נדחקו במפגשים אלה לשוליים והומרו בשיח פורמליסטי טכנוקרטי על סבירות וסמכות. אל רקע זה של דלגיטימציה להעלאת טענות הפליה נכוחות והימנעות נמשכת מלדון בהפלייתם של מזרחים בישראל באופן גלוי, מגיעים התובעים המבקשים בישראל של שנות האלפיים להפעיל להגנתם את חוק איסור הפליה למניעת הפלייתם בכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים. על רקע זה גם ייעשה דיוננו בפרק הבא, שבו נבחן את מגבלות השימוש בכלי זה ככלי איסור-הפליה בהקשר המזרחי.

ג. חוק איסור הפליה – הדיסוננס: למגר הפליה של מי שאינו נחשב מופלה

113 שם.

114 יוסי דהאן "של מי האדמה הזו? – על זכויות ותפיסות צדק חלוקתי" משפט וממשל ח 223, 244–254 (2005).

חוק איסור הפליה, אשר חוקק בשנת 2000, קובע איסור מרכזי על הפליה בהספקת שירות או מוצר ציבורי ובמתן כניסה למקום ציבורי על רקעים שונים.¹¹⁵ בכך החוק מבטא הגנה ישירה על הזכות לשוויון דרך דיני הנוזיקין הפרטיים.¹¹⁶ בדיקת ההקשר ההיסטורי שבתוכו נוצר חוק איסור הפליה מגלה כי המניע העיקרי לחיקוקו היה מיגור התופעה החברתית שפשתה בתחום הבילוי בישראל והיא איסור הכניסה למקומות בילוי ציבוריים על קבוצות מסוימות באוכלוסייה בדרך המוכרת כ"סלקציה".¹¹⁷ כעולה מהצעת החוק גופה, יועד החוק למגר את התופעה כמי שפגעה בראש ובראשונה בקבוצת המזרחים.¹¹⁸ יתרה מכך, הוגה החוק, חבר הכנסת אלי בן-מנחם, הוא עצמו ממוצא מזרחי, העלה את הדברים מפורשות על דוכן הכנסת כאשר עמד החוק להצבעה שנייה ושלישית. בדבריו בכנסת השתמש בן-מנחם, לשם הצדקת החוק, במסגרת שיח טיפוסית של אותה דיאלקטיקה ערבית-יהודית שבה עסקתי בתחילת דבריי. הוא מבקש לזעזע את חבריו למליאה בציינו כי המציאות היא שחיילים ממוצא מזרחי, הלוחמים שכם אל שכם עם חבריהם ממוצא אשכנזי – נגד "האויב הערבי המשותף", אין צורך לומר – מוצאים עצמם מוקעים מן החברה הישראלית ברגע שהם פושטים את מדיהם והופכים ל"סתם" אזרחים ממוצא מזרחי.¹¹⁹ במהלך קלסי של אסימילציה כפתרון לסגרגציה השתמש בן-מנחם בטענת התרומה שתורמים מזרחים לחברה הישראלית-יהודית, דמיונם לקבוצה ההגמונית ואחרותם מהקבוצה הערבית. טיעון זה הוכח כמנצח כאשר על יסודו התקבל החוק ללא כל התנגדות. משמע, החוק נמצא מעיד על חברה ישראלית, כפי שעמדותיה

115 סעיף 3(א) לחוק, שכותרתו "איסור הפליה", מעגן איסור זה במילים האלה: "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות". איסור משני לאיסור זה חל על פרסום מודעות של אותם עוסקים בנוגע לעסקם שיש בהן משום הפליה כאמור, והוא קבוע בסעיף 4 לחוק, וכך גם האיסור על הפליה בטיפול רפואי, הקבוע בסעיף 14 לחוק ומתקן את חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

116 להבחנה בין הגנה ישירה על הזכות לשוויון בדיני הנוזיקין להגנה עקיפה עליה ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנוזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי כח" משפטים לח 145 (2007).

117 השימוש בביטוי זה נפוץ ושגורתי ומופיע אף בלשון ההצעה לחוק. שימוש לכאורה נורמלי בביטוי כה טעון היסטורית, דווקא במדינת היהודים, מלמדנו באופן אירוני על ההבנה הברורה של תופעה חברתית זו כנגועה בגזענות, אפילו זו מוכחשת.

118 "בעת האחרונה נודע כי במקומות בילוי, למשל, נמנעה כניסה מאנשים בעלי חזות מזרחית". הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370.

119 ראו דברי חבר הכנסת בן-מנחם בהצבעה השנייה והשלישית על החוק, מיום 11 בדצמבר 2000, ד"כ כט 7740 (התשס"א). שיח זה חזר ביתר שאת בדיונים שנערכו בכנסת במלאת ארבע שנים לחוק. ראו ד"כ 146 149-152 (התשס"ד) מיום 23 ביוני 2004.

משתקפות בדיוני הכנסת ובהסדר החקיקה, המודעת להפליה המופעלת נגד מזרחים ומבקשת, כמתחייב בחברה דמוקרטית השואפת לשוויון, למגרה, אף אם בצורה מוגבלת.¹²⁰ אלא שהדבר נעשה כאמור בתוך אותה דינמיקת הכחשה של אותה הפליה בדיוק. דיסוננס זה נותן את אותותיו כבר בניסוח החוק. לשון החוק, אשר הפליית מזרחים הייתה המניע לחיקוקו, אינה רואה ב"מזרחיות" או ב"מוצא עדתי" סיבה להפליה. ברשימה המופיעה בסעיף 3(א) לחוק מפורטים יסודות ההפליה המוכרים בחוק:¹²¹ "[...] גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות". כלום אפשר לזהות יסוד הפליה מובהק להגנה על מזרחים ברשימה נקובה זו בחוק? נראה כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. החוק נמנע משימוש פשוט, מידי ושימושי בקטגוריה מתבקשת ומוכרת יותר כמו "מוצא" למשל. היסודות שבהם אולי היה אפשר למצוא עיגון להגנה כזו הם אלה המגולמים בקטגוריות של "ארץ מוצא" ושל "גזע". אלא שהיסוד של "ארץ מוצא" נראה כמיועד למהגרים/עולים שארץ המוצא שלהם אינה ישראל, ובלתי רלוונטי לכלל המזרחים הצעירים שארץ לידתם היא ישראל.¹²² בהקשר מצומצם זה אפשר להצביע למשל על השימוש בביטוי "מוצא" בלבד כרחב יותר ובעייתי פחות.¹²³ ביטויים כמו "מוצא עדתי" או "מוצא אתני" נדמים אף הם כמי שהיו משרתים טוב יותר את הרעיון

120 אמירתי זו מיועדת לסייג את טווח השתרעות החוק והשתרעות כוונות מעצביו. החוק מגביל עצמו במובהק לעומת מה שנתפס כחירותם של בעלי עסקים לנהל את עסקיהם כרצונם. הוא גם מוגבל בשימוש בו למשל במסגרות פרטיות יותר, כגון השכרת דירה מבעלות פרטית ועוד. לסקירת מגבלותיו של החוק וקריאה ביקורתית של מגבלות אלה כבלתי ניתנות להצדקה במשטר דמוקרטי ראו ביטון, לעיל ה"ש 116, בעמ' 199–210.

121 שופטי בתי המשפט בערכאות הנמוכות חלוקים בשאלה אם מדובר ברשימה סגורה של יסודות הפליה אם לאו. ראו עיקר עיצוב המחלוקת בע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי 13, 16 (פורסם בנבו, 7.1.2008) (להלן: עניין מזרחי (מחוזי)). השופט רון שפירא סבור כי "סעיף 3(א) אינו קובע רשימה סגורה של פעולות המהוות הפליה אסורה". סגנית הנשיאה, השופטת שולמית וסרקרוג מעירה בצריך עיון ומסייגת במעט את דבריו של השופט שפירא. לטענתה גם אם הרשימה תחת סעיף 3(א) לחוק היא רשימה פתוחה, סוגי ההפליה בהם מדובר משתייכים לאלו המנויים בחוק או לדומיהם. על אף קיומה של מחלוקת זו, כעיקרון פרשני, עדיין ברי כי לבסיסי ההפליה המנויים בחוק יש עדיפות נורמטיבית על פני אלה הבלתי מנויים. תחום שבו מוכר עיקרון זה למשל הוא תחום הזכויות המנויות בחוקי-יסוד ובמשפט הקונסטיטוציוני. ראו למשל הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

122 סביר להניח כי חתך הגילאים של מי שמנסים להיכנס למועדונים הוא אכן נמוך. בהתחשב בכך שעיקר העלייה ממדינות ערב והאסלאם נסתיימה בתחילת שנות השבעים, לכל המאוחר, אפשר לקבוע שרוב אוכלוסיית היעד המזרחית היא של בנות ובני הדור השני ואף השלישי לעולים אלה. אלה נולדו, רובם ככולם, בישראל.

123 זהו הביטוי המופיע בתיקון לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, ס"ח 464, הקובע בסעיף 1(4) כי "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול לבזות אדם בשל [...] מוצאו [...]".

של איסור הפליה זה. קטגוריית הגזע המוצעת בחוק נתפסת אף היא כבעייתית, כפי שנראה בהמשך, אולם היא הסבירה ביותר לשימוש. בקצירת האומר רק יוזכר כאן כי מלבד הביקורת הקיימת נגד עצם ההכרה ב"גזע" שהוא קטגוריה מדומיינת ומומצאת, השימוש בה כמעט אינו רלוונטי בשיח התוך-יהודי, באשר היהודים נתפסים לא רק כבני אותו גזע שמי אלא אף כבני אותו עם, דת ולאום. יתרה מכך, אף אם אפשר לומר כי פרשנות תכליתית ומרחיבה של חלופות אלה הייתה יכולה בקלות לשמש את בתי המשפט בבואם להגן על מזרחים מפני הפליה, הרי שבפועל, כפי שיראה פרק זה, לא רק שבתי המשפט נמנעו כמעט כליל מלהשתמש בחלופות אלה ולא נתנו להן פרשנות ברוח זו, אגב שימוש בהן, הם אף בחרו לייצר חלופות חדשות שזוכן לא בא בגדר החוק, ושנראה כי היה אפשר "לעקוף" דרכן את הצורך לדון ישירות בזהותם המזרחית של מבקשי הגנת החוק. בכך אפשר לזהות שוב את עקבותיה של "דינמיקת ההכחשה" גם בשימוש בחוק זה.

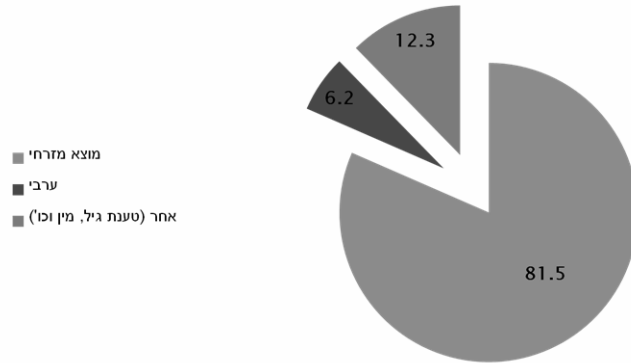
למרות הקושי הניסוחי והפרשני בהגנה מכוח החוק על מזרחים מפני הפלייתם ניתוח סטטיסטי של דפוסי השימוש בו מגלה את הקשר ההדוק בין הרקע לחיקוקו לשימוש התדיר בו: החוק אכן מופעל, באופן מובהק, לשם הגשת תביעות על ידי מזרחים נגד הפלייתם, ושיעורן של אלה הוא 69% מכלל התביעות מכוח החוק. במסגרת זו תביעותיהם מופנות בשיטתיות נגד בעלי מועדונים בשל אי-הכנסתם אליהם, והמחקר מגלה כי 79% מהתביעות נגד המועדונים הוגשו בידי מזרחים.¹²⁴ הסמליות המיוצגת בהעמדת המאבק בתופעת אי-ההכנסה למועדונים כמאבק בהפליית מזרחים בישראל כמעט בלתי נתפסת בראליזם שהיא מייצגת: המזרחים מתדפקים על דלתות המועדון החברתי, מבקשים להיכנס אליו, להיות שייכים, להיות חלק מהקבוצה העולצת שבפנים, אולם הדלת לעולם השייכות נטרקת בפניהם. הם אינם מתקבלים, אינם "מקובלים", ונותרים דחויים במובן הבסיסי ביותר.¹²⁵

124 כ-6% מהתביעות נגד הפליה בכניסה למועדונים הוגשו על ידי ערבים. אלא שמבט מדוקדק על תביעות אלה יגלנו שארבע מתוכן הוגשו על ידי אותו תובע. משמע, שיעור המשתמשים המזרחים בחוק גדול משיעור תביעותיהם, והוא 87%. עוד מעניין כי באחד המקרים הבודדים שהגיש תובע לא-מזרחי, העלה התובע – בחור ממוצא אוקראיני ששמו קאופמן – את הטענה כי לא הוכנס למועדון בשל מראהו המטעה, המזרחי. ראו תא"מ (שלום ת"א) 22249/06 קאופמן נ' מודה בר קלאב בע"מ (פורסם בנבו, 22.11.2009).

125 השימוש בלשון זכר רבים דווקא אינו מקרי פה. הסטטיסטיקות של פסקי הדין חושפות ש-100% מהתביעות על רקע מוצא מזרחי הוגשו על ידי גברים. מדובר אפוא בתופעה מגדרית לחלוטין, שבמסגרתה אין כל התנגדות לאשר כניסתה של האישה הלא-לבנה למקום בילוי בשל התפיסות הגזעניות המוכרות, המציגות אותה כמי שמיניותה מוכרת ומותרת. ראו WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. & NAN D. HUNTER, SEXUALITY, GENDER AND THE LAW 567 (2nd ed. 2004). אפשר עוד לשער כי בשל "הלבשת" טיעון ה"מסוכנות" של התובעים על סטראוטיפיזיה גזענית מתאפשר ביתר שאת לסמן את הגברים כקרבת הפליה זו. עוד על התרבות הכללית של נטל כבד יותר על גברים

הפליה במועדונים - התפלגות

התפלגות עילות ההפליה שנטענו במסגרת החוק (באחוזים)



לנוכח נתונים סטטיסטיים אלה עולה ביתר שאת העניין שבזיהוי השפעת היעדרו מן החוק של יסוד הפליה המותאם לזו שממנה סובלים מזרחים. לצורך כך בחנתי את מה שנראה ככלל פסקי הדין שניתנו עד היום מכוח החוק.¹²⁶ ניתוח פסקי הדין בתחום מגלה כי חוסר זה מגביל מאוד את יכולת השימוש בחוק להגנתם של מזרחים ומכתיב את הקשיים העולים ממנו כדפוסים חוזרים הניתנים לזיהוי במגוון פסקי הדין שניתנו בעניין זה. כאן יצוין כי בכמעט עשור של שימוש בו חוק איסור הפליה לא הניב פסיקה מרובה. חיפוש במאגרים האלקטרוניים העלה כי קיימים בסך הכול 56 פסקי דין שבהם נדונו תביעות לפיצוי מכוחו של חוק זה, וחלק הארי שלהם ניתן בשנתיים האחרונות.¹²⁷ חשוב עוד לציין כי מקורם של אלה בערכאות נמוכות, באשר החוק עדיין לא נדון על ידי בית

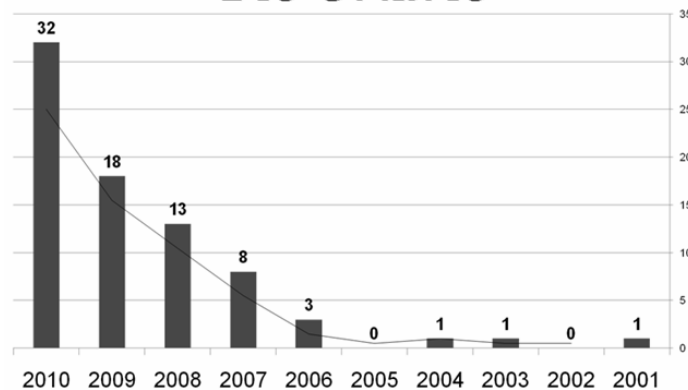
בישראל מאשר על נשים בתחום הבילוי אפשר ללמוד מפסק הדין בת"ק (שלום י-ם) 3043/09 גבעון נ' תימור (פורסם בנבו, 5.5.2010), שם קבע השופט טננבוים מבית משפט השלום בירושלים כי מתן העדרות כלכליות לנשים על פני גברים בכניסה למועדונים היא פרקטיקת הפליה המנוגדת לחוק.

¹²⁶ שיטת המחקר הייתה בעיקר בשימוש במאגרים ממוחשבים ובחיפוש מידע נוסף במעבר מדוקדק על תיקים שהתנהלו דרך פרסום בעיתונות, בארגונים חברתיים ועוד.

¹²⁷ מידע זה עולה ממחקר מקיף של כלל המאגרים המשפטיים הממוחשבים הרשמיים הקיימים בישראל העוסקים באיסוף שיטתי וכוללני של פסקי דין (להבדיל למשל מאיסוף פסק דין בתחום מסוים או על ידי משרד פרטי). 63 מתוך 78 מפסקי הדין ניתנו החל משנת 2008. חשוב עוד לציין כי אף שהחוק קובע איסור פלילי על הפליה, לצד זה האזרחי, לא נמצא ולו כתב אישום אחד שהוגש בגינו בעשור זה.

המשפט העליון, ואף לפתחו של בית המשפט המחוזי הגיע רק פעמים ספורות.¹²⁸ אלא שעובדה זו לא רק שאינה מחלישה את חשיבות ניתוחי, אלא בעיניי היא אף מגבירה אותה. למרות הגישה הרווחת כי פסיקה חשובה היא זו היורדת ממעל, מן הערכאה הגבוהה דווקא, העמדה הרווחת בגישה הביקורתית למשפט היא כי חשיבות רבה נודעת לשימוש בפסיקה מהערכאות הנמוכות כמשקפת בצורה הטובה ביותר את המציאות החברתית שבה מופעל החוק. פסיקה זו משקפת בצורה הטובה, העדכנית והמהימנה ביותר את הלך הרוח התרבותי בתחום הנבדק.¹²⁹ הלך רוח מבולבל מדחיק-מכיר זה ניכר בכמה וכמה מאפיינים של פסקי הדין, אשר יוצגו להלן.

חוק איסור הפליה – התפלגות פסקי הדין שניתנו לפי שנים



1. שימוש לא עקיב ונעדר-שיטתיות בחלופות יסודות ההפליה בחוק

¹²⁸ עובדה זו נובעת בין היתר מהמבנה הפרוצדורלי שלפיו בתיקים הנידונים בערכאה ראשונה נמוכה (בית משפט שלום ובית משפט לתביעות קטנות), לצדדים נתונה זכות ערעור אחת בלבד, ועליהם לבקש זכות לערער לבית המשפט העליון בתנאים מקשים מאוד. ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982). נתון זה, הנראה ניטרלי-טכני, יוצר אף הוא נחיתות מובנית של דיון בנושא בערכאה הנתפסת כחשובה ביותר במשפטנו. תודתי לצביקה טריגר על נקודה זו.

¹²⁹ לתפיסה ראיסטית זו של חקר המשפט ראו Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1949), in M.D.A. FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 679–682 (6th ed. 1994).

משהובנה החוק באופן שקיימת רשימת יסודות הפליה האסורים לפיו, היה אפשר לצפות כי במקרים דומים עובדתית ייעשה שימוש חוזר בקטגוריה מתאימה זו או אחרת. למשל, אישה שהופלתה בשל מינה, צפוי שתתבע בעילת ההפליה על יסוד "מין", וערבי המופלה בשל מוצאו, יתבע בגין עילת ההפליה על יסוד "לאום".¹³⁰ אלא שמעיון בפסקי הדין אפשר לזהות דפוסים של שימוש מבולבל וכוללני ביסודות ההפליה, שימוש לא עקיב ביסודות שונים או שימוש בהם בערבוביה. ודוק: בעיה זו ניכרת בהתנהלותם של סוכני משפט שונים שנטלו חלק בהליך המשפטי. למשל, השופטים עצמם, בבואם לזהות את יסוד ההפליה שלפניהם, עושים משתמשים בעילות ההפליה בערבוביה.¹³¹ אפשר לזהות בכתבתם שימוש משולב בקביעה כי התובע הופלה על יסוד "גזעו וצבע עורו",¹³² או אפילו שימוש בקביעה המשולשת המכילה יסודות חלופיים, ולפיה תובעים הופלו על יסוד "עורם הכהה, גזעם או ארץ מוצאם".¹³³ חוסר היכולת לזהות עילה ברורה הביא באחד המקרים שופט לידי קביעה כי התובע ואשתו הופלו בעצם אי-הכנסתם למסעדה שאלה הגיעו לאחר שהזמינו בה מקום מראש, וזאת אף על פי שאפשר למצוא בפסק הדין רמזים ברורים שהשופט מזהה את עילת ההפליה כמוצאם המזרחי של התובעים.¹³⁴ לכאורה נקט השופט פתרון פשוט ואלגנטי, הנמנע לחלוטין משאלות של זיהוי זהותם של התובעים, אשר בכתב תביעתם טענו כי הופלו על רקע מוצאם המזרחי. אלא שהנמקה זו לא עמדה כמובן במבחן הביקורת, ובערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי קבע זה כי יש לבטל את פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות, באשר זה לא פירט מהו היסוד שעליו הופלו התובעים, קביעה הנדרשת לפי תנאי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה.

בעיה זו מאפיינת גם את כתבי התביעה שמהם ניכר כי התובעים עצמם מתקשים "לבחור" בקטגוריה מתאימה, ולכן מפנים לכמה קטגוריות ומוסיפים קטגוריה

130 שני יסודות המופיעים בסעיף 3 לחוק. אפשר להעלות על הדעת טענה של הפליה על יסוד משולב, לאומי ומגדרי. כך היה למשל בת"א (שלום ב"ש) 2386/08 מלאחי נ' עיריית אופקים (פורסם בנבו, 19.7.2009).

131 "התובע הופלה] אך ורק מחמת צבע עורו או ארץ מוצאו". ראו: ת"א (שלום הרצ) 1004/05 לוי נ' אסקו בר-מסעדה בע"מ, פס' 7 לפסק דינה של השופטת מני-מגור (פורסם בנבו, 6.11.2006). ראו גם: ת"א (שלום חי) 12482/04 מזרחי נ' קיבוץ רמות מנשה (פורסם בנבו, 4.7.2006) (להלן: עניין מזרחי (שלום)).

132 עניין מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת וסרקרוג.
133 "[...] הפליה נגד אנשים שעורם כהה, המקפלת בחובה הפליה מטעמי גזע או ארץ-מוצא [...]". ראו תא"מ (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבח שלוש בע"מ, פס' 61 לפסק דינו של השופט פרידלנדר (פורסם בנבו, 26.9.2009).

134 כך למשל כותב השופט: "אלא שאפלייה זו פוגעת קשות ורבות ברבים שלא נולדו עם צבע העור המתאים, ולא חוננו במראה הנכון [...] (ההדגשות שלי – י"ב). ראו ת"ק (שלום י-ם) 5059/07 מור נ' "בר אייזן" חברה פרטית (פורסם בנבו, 7.5.2008).

"מבהירה" משלהם, כדוגמת תובע אשר טען שהופלה על יסוד "מוצא, צבע עור ומניעים גזעניים"¹³⁵. במקרים אחדים אף נמנעים התובעים כליל מהפניה לאיזו מן הקטגוריות תוך ציון העובדה שלא הוכנסו כמספיקה להעיד על הפלייתם. כשמוצאם הוא נתון עובדתי בקרב עובדות המקרה – גם אם לא מוצהר עליו – נראה כי תובעים אלה סומכים על ההבנה של יסוד הפלייתם בבית המשפט עצמו.¹³⁶ כמוצא מן הסבך המשפטי יש שהתובע נמנע משימוש בשפה המשפטית ופשוט מתאר את סיבת הפלייתו במציאות. כך, טענו תובעים בפרשה אחת שהופלו בשל "מראם החיצוני שאינו 'אשכנזי'".¹³⁷ תובעים בעלי תודעה פוליטית מעובדת יותר טענו פשוט להפלייתם בשל היותם "מזרחים",¹³⁸ חלק טענו להיותם בעלי "חזות מזרחית".¹³⁹ במקרה אחר נקט התובע המזרחי לשון בוטה ופשוטה בתלוחתו את הסיבה להפלייתו בהיותו "שחור". פשוט כך.¹⁴⁰ בית המשפט תרגם במקרה זה מיד אמירה לא-משפטית זו לגבולות החוק, על אף חמקמקותם המובנית, בקבעו כי התובע הופלה "מחמת גוון עורו או ארץ מוצאו".¹⁴¹ אלא שלא תמיד בית המשפט מוכן למלא תפקיד תרגומי זה, ואפילו בבית משפט לתביעות קטנות – שם בעיית התרגום חריפה במיוחד בהיעדר ייצוג מקצועי לתובעים – אפשר למצוא פסיקה הדנה לכף חובה תובעים שנמנעו מלציין את מזרחיותם כסיבה להפלייתם עוד בשלב ניסוח תביעתם. באחד המקרים ציינו התובעים ברורות בכתב תביעתם: "קשה מאד היא התחושה שרק חזותנו המזרחית, היא שגרמה לנציגי המועדון למנוע מאיתנו להיכנס".

135 ראו ת"א (שלום ת"א) 11021/07 עופר נ' בלנד בע"מ (פורסם בנבו, 14.9.2008). במקרה אחר למשל פירטו התובעים כי הופלו בשל "מניעים פסולים וגזעניים" מבלי לומר דבר וחצי דבר על מוצאם. ראו ת"א (שלום ת"א) 18362/06 סולן נ' חמסה חמסה בע"מ, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ינון (פורסם בנבו, 9.12.2007).

136 ראו למשל ת"ק (שלום רח') 1526/09 עוקבי נ' אטיאס (פורסם בנבו, 15.9.2009). שם, כעולה מדברי בית המשפט, לא ציינו התובעים את היסוד להפלייתם באי-הכנסתם למועדון. עם זאת, שמות התובעים מרמזים כי מדובר בתובעים ממוצא מזרחי (איציק עוקבי ואופיר מוסאי).

137 ראו ת"א (שלום ת"א) 21899/07 קרפאק נ' שיא הצלחה בע"מ, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ינון (פורסם בנבו, 24.6.2009).

138 ת"ק (שלום הרצ') 7203-03-10 אבודרהם נ' א.ע. פרח בע"מ (פורסם בנבו, 18.7.2010). ההתייחסות למוצא התובע מופיעה בעמוד הראשון. בכתב התביעה ההתייחסויות להפלייתו של התובע שגיא עקב מוצאו מופיעות בעמוד השני. בחלק ממקרים אלה – כמו בכתב התביעה שהוגש בתיק זה – דובר בתובעים אשר הודרכו בסדנה מטעם "מרכז תמורה למניעת הפליה" כיצד לנסח את כתב התביעה שלהם, כדי שעניין זהותם המזרחית יוצג בה באופן בולט וברור.

139 ראו למשל ציטוט השופטת מכתב התביעה בת"ק (שלום ת"א) 643/07 לוי נ' חמסה חמסה בע"מ (פורסם בנבו, 30.1.2008).

140 ת"א (שלום עפ') 353-08-07 לירן נ' קיבוץ רמת דוד, פס' 21, 26 לפסק דינו של השופט בן-חמו (פורסם בנבו, 5.1.2009), שם מצוטט התובע כגורס זאת.

141 שם.

בית המשפט קבע בתגובה כי אין בציון "תחושת" התובעים כדי לספק את דרישת החוק לציין ברורות מהי עילת ההפליה שבגינה הם תובעים.¹⁴² במקרה אחר התובע אמנם השתמש בשלל קטגוריות העשויות להיות רלוונטיות לו ובין היתר פירט כי הופלה "מחמת מוצא ו/או גזע", אך אז היה לו הדבר לרועץ דווקא: בקבל בית המשפט חלקית את דרישת הנתבעים – למחוק את התביעה נגדם מחמת היעדר עילה – הוא קבע מפורשות כי היה על התובע לפרט בכתב התביעה מהו מוצאו שבגינו טוען הוא כי הופלה.¹⁴³ אלא שגם ציון המוצא הספציפי של התובעים – הודי – במקרה אחר, לא סייע להם, כאשר בית המשפט דחה את תביעתם כשקבע כי לא הבהירו לאיזו קטגוריה של איסור ההפליה בחוק נכנס מוצאם זה.¹⁴⁴ פסיקות אלה מדגימות לא רק את הקושי המבני של החוק אלא גם את פוטנציאל תוצאתו החלוקתית הקשה למזרחים התובעים.

2. המצאת חלופות חדשות – חקיקה שיפוטית

אחת הדרכים להתמודד עם חוסר בחוק או להימנע מפרשנות רחבה לו היא להניח כי הקטגוריה החסרה היא חלק מהחוק אף אם לא פורשה בה. דרך אחרת היא לזהות חוסר זה כלקונה הדורשת השלמה.¹⁴⁵ בהיעדר קטגוריית הפליה דה יורה המתאימה בפשטות להפעלה להגנת מזרחים, ובהיעדר רצון לפרש את הקטגוריות הקיימות פירוש שיחייב עיסוק בזהות המזרחית מחד גיסא, וברצות בית המשפט להביא למיגורה של ההפליה הפסולה דה פקטו נגד מזרחים מאידך גיסא, הפעיל הוא שתי טקטיקות אלה כדי להחיל על מקרים שהובאו לפניו קטגוריות שאינן נמצאות בתחומי החוק. בשתי הטקטיקות המטרה הייתה דומה: מציאת פתרון לחוסר האפקטיביות של החוק כלפי מזרחים תוך הימנעות משימוש מובהק בזיהוי מזרחיות התובעים כיסוד להפלייתם.

א. המצאת קטגוריית "צבע עור": ראשון ומשפיע במיוחד בהקשר זה הוא פסק הדין קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי.¹⁴⁶ בפרשה זו תבע אדם ששמו יצחק מזרחי – שבאופן אירוני לא הוביל שמו לזיהויו כ"מזרחי" – מועדון שמנע את כניסתו אליו בשל מוצאו המזרחי. עיון בכתב התביעה של מזרחי מגלה שהוא עצמו העלה את מוצאו כסיבה

142 ת"ק (שלום י-ם) 3692/09 כהן נ' צעצוע בר בע"מ, פס' 4-5 לפסק דינו של השופט רון (פורסם בנבו, 12.1.2010).

143 ב"ש"א (שלום י-ם) 4168/01 מועדון האומן 17 נ' אברהם (פורסם בנבו, 22.7.2001). לכן התיר בית המשפט לתובע לתקן את כתב תביעתו, אולם מחיפוש במאגרים עולה כי תביעה כזו לא הוגשה.

144 ת"ק (שלום רח') 2191/09 לב נ' חברת לילה לבן ק.ט.ר. בר בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.2010). השופט קבע אפוא כי תביעתם של התובעים בתיק זה אינה מגלה עילה בחוק.

145 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 397 (2003).

146 לעיל ה"ש 121.

להפלייתו.¹⁴⁷ בית המשפט המחוזי (בחיפה) קיבל את תביעתו, אולם לשם כך קבע, בדעת רוב, כי התובע הופלה בשל צבע עורו. דא עקא, ש"צבע עור" אינו מופיע בחוק כקטגוריה שהיא יסוד להפליה פסולה, ובפועל דובר בפעולת אקטיביזם שיפוטי מובהקת. עם זאת בית המשפט אינו מתייחס לפסיקתו כיוצרת קטגוריה חדשה יש מאין אלא קובע בכלליות כי הוא פועל בגבולות הקטגוריות שמציע החוק – זאת אף כי זכור אין הוא מצביע על מי מהן כחלה על המקרה.¹⁴⁸ יתרה מזאת, היה זה דווקא שופט המיעוט אשר טען כי רשימת עילות ההפליה – אותן קטגוריות של מופלים – אינה ממצה, וכי אפשר לקרוא אל בינות החוק יסודות הפליה אחרים כאסורים על ידיו. המהלך שהובילה השופטת וסרקרוג, שכתבה את דעת הרוב, לשימוש בקטגוריית צבע העור נדמה אפוא "טבעי" ומתבקש מלשון החוק אף כי לא עוגן בה. רקע הדברים שאליהם הפנתה השופטת יכול אולי להסביר זאת: בסקירת החוק התייחסה השופטת מפורשות לעניין הפלייתם של מזרחים בכניסה למועדונים כהקשר ההיסטורי לחיקוקו.¹⁴⁹ עוד הוסיפה השופטת וציטטה מדברי ההסבר להצעת החוק, אשר מבחירים כי מטרתו להגן על קבוצות שיש להן היסטוריה של סבל מהפליה. מסיבה זו סביר שהבחירה ב"צבע עור" כיסוד להפליה נראתה לשופטת פשוטה ומותרת. למרות מהלך "טבעי" זה שעשתה השופטת קשה לראות כיצד אפשר להגדיר קבוצה מובחנת של בעלי "צבע עור כהה" בחברה הישראלית, וודאי שאין תקדים מוכר להכרה בקבוצה שכזו בשיח איסור-ההפליה המוכר, במנותק ממוצאם האתני של חבריה.¹⁵⁰

על פני הדברים נראית הבחירה בקטגוריה של צבע עור ראויה. אין ספק כי הפליית אדם על רקע צבע עורו (הכהה, זאת יש לומר) יוצרת קו ישר בין הפעולה המפלה להיותה נטועה בגזענות אסורה. לא בכדי עולה כי השימוש בקטגוריית צבע העור נעשה רק בתיקים שבהם נטען כי ההפליה הייתה על רקע מוצאו המזרחי של התובע. אלא שקטגוריה זו מוגבלת בשימושה ככל שהיא מיועדת להגן על מזרחים. מזרחים מופלים בכניסה למועדונים בשל היותם מזרחים ולא בשל צבע עורם, ולעתים רבות – למרות צבע עורם. רבים הם המזרחים שצבע עורם בהיר הוא ביותר, ועדיין הפלייתם תהיה

147 עולה מתוך פסק הדין שניתן בבית המשפט השלום באותו עניין, עניין מזרחי (שלום), לעיל ה"ש 131, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ג'דעון.

148 בית המשפט מבהיר מפורשות כי הוא מעדיף להותיר בצריך עיון את שאלת היות רשימת העילות פתוחה. פרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121, פס' 27 לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג.

149 שם, פס' 19 לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג. ההקשר העדתי הברור עולה גם בפסקת הסיום של שופט המיעוט, הגוער בבעלי המועדון, אנשי הקיבוץ, באמרו כי תמה הוא כיצד קיבוץ שמקימו סבלו מההפליה הקשה בתולדות האנושות, מפלים בעצמם. סביר ביותר שבדבריו רמז השופט להרכבה האשכנזי-אירופי של אוכלוסיית הקיבוץ, שהייתה של ניצולי שואה. ראו שם.

150 כך למשל, ניתוח הריכוז החברתי בישראל אינו מכיר בריכוז בין קבוצות בעלות עור כהה ועור בהיר. זיהוי זה גם מטשטש ריכוז ברור אחר הקיים בחברה הישראלית בין קבוצת יוצאי אתיופיה למשל, לישראלים ותיקים ועולים שעורם כהה.

נעוצה בהתייחסות גזענית כלפיהם. הקטגוריה של צבע עור פועלת בהתאמה למיגור הפליה נגד מזרחים כאשר יש בה כדי לאותת על מוצאו המזרחי לכאורה של המופלה. למשל, יכול גם מי שמוצאו אינו מזרחי ליהנות מהגנת קטגוריה זו ככל שהיא מרמזת שבשל צבע עורו הוא נתפס כמזרחי בעיני מי שסירבו להכניסו.¹⁵¹

קטגוריית צבע העור מושכת מאוד גם במובן זה שהיא נוחה להפעלה שיפוטית קלה: שחום או בהיר. אף שקטגוריה מבדלת זו נחשבת בגדר טאבו בחברה הישראלית, היא בעלת דומיננטיות של ממש בשיח הציבורי כמסמנת גבולות אתניים.¹⁵² קטגוריה זו, אשר זוהתה בספרות הסוציולוגית כלא משתפת פעולה "עם הרצון להשתיק את הנושא העדתי בישראל",¹⁵³ שלא במפתיע משמשת תכופות את בתי המשפט בזיהויה של מזרחיות. מתוך פסקי הדין שנבחנו עולה כי ברבים מהם מתייחס בית המשפט ישירות ומפורשות לצבע עורם של התובעים – ולעתים אף לזה של העדים – ככלי להוכחת טענת ההפליה ואף להערכת מהימנות הראיות.¹⁵⁴ אלא שמדד זה טומן בחובו, בדיוק מסיבה זו, מורכבות קשה. "צבע" הוא עניין סובייקטיבי, הדורש שימוש ב"דמיון" של מזרחיות. תובעים מזרחים מסתכנים בקטגוריה זו באי-הכרה בהם כ"מזרחים מספיק" מבחינת צבע עורם. מצב בעייתי זה ניכר למשל באחת הפרשות שבה עולה מפרוטוקול בית המשפט כי כאשר העלה בפניו התובע את הטענה כי הופלה על רקע מוצאו, השיב לו השופט: "אבל אתה יותר לבן ממני".¹⁵⁵ במקרה אחר השתית התובע את תביעתו על מוצאו כבן להורים ממרוקן ועיראק, ואילו השופטת תרגמה את שיח מוצא זה לטענת הפליה על יסוד צבע עור. אלא שאז המשיכה ופסלה אותה כבלתי מתאימה לגון עורו של התובע, שלטעמה לא היה "כהה", ולכן קבעה כי לא ייתכן שהופלה.¹⁵⁶ בכך "פשטותה" (או שמא

151 ראו למשל פרשת קאופמן, לעיל ה"ש 124, שם זכה התובע, ממוצא אוקראיני, אך בעל חזות מזרחית, בתביעה שהגיש נגד המועדון שסירב להכניסו. בית המשפט השתמש בקטגוריה זו בהבהירו מפורשות כי עניין צבע עורו הנהה של התובע רלוונטי במובן זה ש"הפליה נגד אנשים שעורם כהה, מקפלת בחובה הפליה מטעמי גזע או ארץ-מוצא [...] וקישר הפליה זו להפליית מזרחים בישראל.

152 שוון-לוי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 110. ראו גם יונית נעמן "ידוע שהתימניות חמות במיטה: על הקשר בין צפיפות הפיגמנט לשם התואר פרח" תיאוריה וביקורת 28, 185 (2006).

153 שוון-לוי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 110. הציטוט שם מובא מעבודת המחקר של עליזה פרנקל שחור זה יפה? צבע העור של נשים מזרחיות כאתר חווייתי וזהותי (עבודת גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן – התכנית הבינתחומית ללימודי מגדר, 2006).

154 ראו למשל השימוש המסיבי בתיאור צבעם של התובעים והעדים בפרשת צדוק, לעיל ה"ש 133, וכן בפרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121.

155 התנהלות זו עולה מהבקשה לפסילת אותו שופט שהגיש נגדו התובע, בין היתר בעקבות דברים אלה. ראו ת"א (שלום ת"א) 11021/07 עופר נ' בלנד בע"מ (פורסם בנבו, 29.3.2007), החלטה בבקשה לפסילת שופט. החלטת בית המשפט לדחות את בקשת הפסילה אישרה את העובדה שמראה העיניים למול השופט הוא הקובע את מידת הצדק של טענה בדבר צבע עור.

156 ת"ק (שלום ת"א) 34722-01-10 שלם נ' תל אביבה בר מסעדה (פורסם בנבו, 21.7.2010).

פשטנותה) של הקטגוריה מצמצמת טענות רחבות ומורכבות יותר על אודות הבדלים בין אשכנזיות לבין מזרחיות למדד צפיפות הפיגמנטים בתאי העור.¹⁵⁷ עם זאת אין לכהד כי במקרים שבהם אכן מדובר בתובע מזרחי שצבע עורו כהה, השתתת תביעתו על מדד שטוח וחד-ממדי זה תחזק את תביעתו. לפי דינמיקת ההכחשה, השימוש בקטגוריה זו יטיל על תובעים העומדים בקריטריון זה נטל קל בהרבה משיטיל שימוש בקטגוריות הגזע או ארץ מוצא. אלא שכמובהר כאן, המצאת קטגוריית צבע העור בפרשת מזרחי נועדה לשמש את דינמיקת ההכחשה והיא אף נובעת ממנה.¹⁵⁸ מכאן שימוש בה יסב נזק דיסקורסיבי רחב למאבק המזרחי לשוויון נוסף על הנזק המעשי שיגרום באי־פיעוים של מי שאינם כהי עור במובהק.

157 דוגמה מצוינת נוספת לרדוקצייה שכזו אפשר למצוא בפרשת קרפאק, לעיל ה"ש 137, שם התובעים טענו כי הופלו בכניסה למועדון בשל "מראם החיצוני שאינו 'אשכנזי'" (פס' 2 לפסק דינה של השופטת ינון). השופטת עצמה אימצה תיאור זה בפסק הדין, אלא שעל קביעתה כי התובעים לא הופלו בשל מראם מוסיפה היא שלא הופלו גם "עקב היותם 'בעלי עור כהה'" (פס' 60 לפסק דינה). שימושה של השופטת בקטגוריה הנוספת באה כמו "לתרגם" את הקטגוריה העשירה יותר והמעניינת יותר שהציגו התובעים ולצמצמה לשאלה של טונים של פיגמנטציה.

158 בשולי דיוני בהתפתחותה של קטגוריית "צבע העור" ברצוני להפנות את תשומת הלב לדינמיקה מרתקת שהתרחשה ברקע מתן פסק הדין בפרשת מזרחי, המסתמן כפסק הדין המכונן כיום בסוגיית אופייה של רשימת יסודות ההפליה שבחוק. במסגרת תחקיר שעשה עיתון "מעריב" על מעמדם של מזרחים במערכת המשפט הישראלית פנה כתב מטעמו – מר אריק וייס – אל לשכת עורכי הדין בבקשה כי ייחשפו בפני העיתון נתוני מוצאם של שופטי ושופטות ישראל. הערכת העיתון הייתה כי יהיה אפשר למצוא מיעוט חסר פרופורציה של שופטים ושופטות אלה ממוצא מזרחי. תחילה שיתפה לשכת עורכי הדין פעולה עם היוזמה, ומכתבים מטעם יו"ר הלשכה הופנו לנשיאי ונשיאות בתי המשפט השונים, שבהם נתבקש סיועם במתן הערכה של זהותם העדתית של השופטים והשופטות שבפיקוחם. אלא שאז הגיעה לידי מערכת העיתון תגובתה של נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה, ובה הודיעה היא כי היא מתנגדת לשתף פעולה כנדרש ממנה. במכתבה – אשר הועבר ללשכה המרכזית אך מוען בראש ובראשונה לשופטי ולשופטות בית המשפט המחוזי בחיפה – טענה הנשיאה כי לא ייתכן שבימינו אנו ייעשה שימוש במוצא מזרחי כקטגוריה לגיטימית להבחנה כלשהי. עוד הוסיפה הנשיאה וקבעה נחרצות כי אין עוד מקום לזיהוי קטגוריות של מזרחים ואשכנזים בישראל, וכי משמעותן של אלה פסה מן העולם עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת. הנשיאה סיימה את מכתבה בקריאה לשופטים ולשופטות שבנשיאותה שלא לשתף פעולה עם המיום התחקירי של עיתון "מעריב". זמן קצר לאחר מכן ניתן פסק הדין בפרשת מזרחי בידי הרכב של שלושה שופטים הכפופים לאותה נשיאה, ובו נדרשו לדון בטענה כי אדם הופלה על רקע היותו ממוצא מזרחי (פסק הדין בפרשת מזרחי הוא מיום 7.1.2008. הכתבה, "לבן, שחור" מאת אריק וייס, במוסף "סופשבוע" של עיתון "מעריב", פורסמה ביום 2.11.2007, והתחקיר נערך בסמוך מאוד למועד זה). על אף חזותה הלב-משפטית דינמיקה זו היוותה כמובן רקע לפסיקת בית המשפט בתיק באופן המחייב להסב את תשומת הלב אליה כמי שיכול שהשפיעה על תוכנה. ראו עניין מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121.

נקודה מעניינת אחרת שמעלה השימוש ב"צבע עור" כקטגוריה נוגעת לטענתו הביקורתית של הפילוסוף והפסיכואנליטיקן פרנץ פנון כי השחור חי את חייו בעור שחור, אולם שואף לעטות, ככל שיוכל, מסכה לבנה, משמע מנסה להידמות במראהו, במעשיו ובלשונו ללבן.¹⁵⁹ ניסיונו המתמשך להתקלף מעורו האמתי כמובן איננו צולח ומוביל אותו לעיסוק בפעילות נואשת, שתוצאותיה המתסכלות ידועות מראש: הוא לעולם לא יהפוך לבן. דוגמה מצמררת להפעלת רעיון זה ממש אצל מזרחים בעלי עור כהה מצויה בפרשת דוד.¹⁶⁰ שם מתאר בית המשפט כיצד התובע מנסה "לצאת מעורו", פשוטו כמשמעו, כדי לקבל אישור כניסה למועדון שאליו הגיע. במקרה זה טענת הסלקטור בכניסה הייתה כי התובע לבש בגדים בעייתיים וכי שערו היה מסורק בצורה המרמזת אף היא על ה"סכנה" שבו. בהליך מופרך ומשפיל במיוחד ניסה התובע בפתח המועדון להתפשט מעורו: הוא החליף בגדים ואף שעון עם חברו האשכנזי ושינה את תסרוקתו. הוא לבש "מסכה לבנה". אלא שכחזונו של פנון, פעולה זו לא צלחה בידי, והוא נותר מסורב-כניסה, מחוץ למועדון. כאן נחשף העיוות והשקר שבהתליית העור החיצוני (הבגד) במהותו האמתית של העור הפנימי (עור הגוף) כמה שמנע את כניסת התובע למועדון. עוד עולה מעובדות פסק הדין, באופן סימבולי במיוחד, כי חברו האשכנזי של התובע, העוטה כעת את בגדי חברו כזכור, שבגינם לכאורה נאסרה כניסתו מלכתחילה, נכנס לאותו מועדון ללא קושי.

ב. המצאת קטגוריית "מקום מגורים": פרץ היצירתיות של בית המשפט המחוזי בחיפה לא פסק כאן. באחד מפסקי הדין שניתנו לאחרונה קבע בית משפט זה כי הפליה על יסוד מקום מגורים נכנסת אף היא לקטגוריית ההפלות האסורות בחוק.¹⁶¹ במקרה זה טענו התובעים כי הסירוב להכניסם למועדון בקיבוץ רמת דוד מקורו בהיותם תושבי קצרין. טענה זו גרמה לדחיית תביעתם בערכאה הראשונה, שם קבע בית המשפט כי משלא הפנו התובעים לעילה מוכרת מעילות החוק, הרי שתביעתם חסרה ודינה להידחות.¹⁶² בבית המשפט המחוזי כאמור התקבל הערעור. על סמך פרשנות תכליתית של החוק כאוסר הפליה מכל סוג כלפי כלל האוכלוסייה קבע בית המשפט כי החוק מציג רשימה פתוחה של יסודות הפליה ובחר להכיר ב"מקום מגורים" כסיבה מספקת לביסוס הפליה אסורה.¹⁶³ למרות שיח ניטרלי זה, מקריאת גוף פסק הדין עולה כי בית המשפט

159 פרנץ פנון עור שחור, מסכות לבנות (תמר קפלנסקי מתרגמת, 2004). פנון מציע ניתוח פסיכואנליטי של הנירוזה היום-יומית-קיומית שאליה נקלע השחור החי בתוך עור שחור, אך מנסה – ללא הצלחה כמובן – להיות לבן.

160 לעיל ה"ש 140.

161 ע"א (מחוזי חי') 198/09 סרור נ' חברת רזידנט מיזיק בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2009).

162 ת"א (שלום נצ') 2014/07 סרור נ' חברת רזידנט מיזיק בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2009).

163 "מסקנתי היא, הפליה על רקע מקום מגורים הינה הפליה פסולה שהחוק בא להגן מפניה". פרשת סרור, לעיל ה"ש 161, פס' 2 לפסק דינו של השופט כהן, תחת הכותרת "דין והכרעה".

הבין היטב את זיהוי מקום המגורים עם מוצאם של התובעים. רמז לכך אפשר למצוא בציטוט מכתב התביעה של התובעים, שאליו מפנה בית המשפט, ובו כתבו אלה מפורשות כי העיר קצרין מאופיינת באוכלוסייה מזרחית הסובלת מאפיון חברתי-כלכלי נמוך וסובלת מסטראוטיפ חברתי שלילי.¹⁶⁴ יוצא אפוא שהשימוש בקטגוריית מקום המגורים היה אף הוא תחליף לשימוש בקטגוריית ה"מזרחיות" בידי בית המשפט. תופעת הוספת שתי הקטגוריות שהוצגו לעיל עוצבה בפסיקה כחלק משאלה טכנית על אודות מבנהו של החוק; אם מבסס הוא רשימה סגורה של עילות הפליה אם לאו. הטענות השונות שהועלו בהקשר זה נטענו ברוב להט, אשר יצר בפועל שני מחנות מובהקים של מצדדי הרשימה הסגורה מן הצד האחד, ושל המצדדים בהרחבתה מן הצד האחר.¹⁶⁵ אלא שתפיסה זו של הדיון כנסב על מבנה החוק אינה אלא מלבוש פורמליסטי לבעיה מהותית. ברי כי שתי עילות התביעה החדשות שהחילו בתי המשפט אינן מרמזות על קושי מהותי של החוק, שהרי חלק ניכר מהקטגוריות המנויות בו מיועדות למנוע הפליה על רקע מוצא כפי שביקשו לעשות, בסופו של דבר, הקטגוריות החדשות. עובדה היא גם שקטגוריות חדשות אשר הוצעו בהקשרים אחרים – נדחו.¹⁶⁶ יתרה מזאת, עמדתם של הטוענים כי רשימת הקטגוריות שבסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה היא סגורה נראית לי משכנעת יותר, פורמלית.¹⁶⁷ לפיכך יהא נכון יותר לקרוא את הדיון האמור בצורה ישירה ביותר, כדיון הנוגע ללב לבו של הקושי שבהיעדר קיומה של קטגוריה מתאימה להכרה בהפלייתם של מזרחים. בהיעדר קטגוריה מתאימה מעין זו מבקש בית המשפט למצוא אחרות תחתיה. פשוט וקל.

3. שימוש במדדי אי־שירותיות לשם השגת תוצאת אי־הפליה

אחת הדרכים הרטרוריות לא לעסוק ישירות בבעיה מסדר ראשון היא כמובן לפתור אותה בפתרון מסדר שני. פתרון מסדר שני משמעו נטרול אפשרות ההגעה לעיסוק בבעיה מן הסדר הראשון. דפוס פעולה זה מוכר למשל ביהדות, שבה נקבעים גדרות רחוקים

164 בית המשפט מצטט מתוך כתב הערעור את הנתון שהציגו התובעים בכתב התביעה, ולפיו: "תושבי קצרין מאופיינים בקהילה גדולה יוצאת ארצות מוצא מזרחיות, מרביתם בעלי חזות מזרחית, אפיון סוציו-אקונומי נכשל [צ"ל "נחשל" – י"ב] וסטריאוטיפ חברתי שלילי כללי [...]". שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט כהן.

165 שם. ראו גם פרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121.

166 להפליה על רקע גיל ראו ת"ק (שלום י-ם) 3412/08 יונה נ' אפרתי (פורסם בנבו, 18.10.2009) ולהפליה על רקע סטודנטיאלי ראו ת"ק (שלום י-ם) 2641/07 כץ נ' בר-מסעדה "יהושע" (פורסם בנבו, 4.9.2007).

167 בעיקר מעניין הטיעון שמצדדי גישה זו מעלים בדבר היות איסור הפליה בעל משמעות פלילית, נוסף לזו הנוזקית. לפי טיעון זה, לא ייתכן לקבוע באיסור פלילי דבר מה שלא הוגדר מראש, בשל הניגוד שבו לעקרונות החוקיות. ראו פרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121.

לאיסורי התורה כדי למנוע כליל ומראש עימות ישיר עם הסוגיה הבוררת.¹⁶⁸ דפוס פעולה זה ניכר בפעולותיהם של שני סוכנים מרכזיים המבקשים למנוע את ההפליה במועדונים: המחוקק ובתי המשפט. במסגרת ניסיונותיהם של אלה למגר את ההפליה נגד מזרחים מחד גיסא אבל להימנע מעיסוק ב"סוגיה המזרחית" מאידך גיסא, אפשר לזהות את השימוש בהסדרים הנראים בעייתיים ביותר והעולים אף כדי שרירותיות. אלא שכאשר הסדרים אלה, הנדמים כהסדרים מסדר ראשון, נקראים מחדש כהסדרים מסדר שני להתמודדות עם בעיית ההפליה, שבים אליהם הטעם וההיגיון. שתי דוגמאות ימחישו שימוש בכלים אלה: האחת עניינה בקביעת בית המשפט כי כל הפליה של אדם בכניסה למועדון תיחשב פסולה, והשנייה עניינה בתיקון החוק באופן שכל הכנסה שלא לפי סדר הגעה תיחשב הפליה.

כאמור, מבנה החוק הוא כזה שיש בו רשימה של יסודות הפליה אסורים. במסגרת הדיון בשאלת היות יסודות אלה רשימה סגורה של הפליה אסורה או פתוחה, הועלתה מפי תומכי פרשנות הרשימה הפתוחה הסברה שכל הפליה בהכנסה למועדון פסולה היא בשל רצון המחוקק למנעה. שופטים אלה טוענים למעשה שכל שרירותיות בהכנסה למועדון אסורה באשר היא.¹⁶⁹ הדוגמה השנייה לשימוש בכלי שרירותי לזיהוי הפליה מצויה בהצעת חוק לתיקון חוק איסור הפליה, אשר עברה זה מכבר בקריאה ראשונה בכנסת. מדובר בהצעתם של חברת הכנסת שלי יחימוביץ' ושלמה מולה לקבוע חזקה עובדתית שלפיה אדם הופלה אם לא הוכנס למועדון לפי סדר הגעתו או פנייתו.¹⁷⁰

168 דוגמה לכך היא חלק מאיסורי שבת. הרמב"ם אומר בזמנים, הלכות שבת, פכ"א, א' כי הרבה מאיסורי שבת הם איסורים שאסרו חכמים משום שבות. הוא מוסיף שחלק מהאיסורים נגזרו מהחשש שביצוע מעשים יוביל לביצוע עבירה מדאורייתא. כלומר, קיימים איסורים שגזרו חכמים כדי להוות גדר בפני ביצוע מעשים האסורים מדאורייתא. הלחם משנה מוסיף כי איסורי שבת שאסרו חכמים כוללים גדרות נוספים שאינם שבות בלבד.

169 גישה זו מזוהה זיהוי מובהק ביותר עם הנמקתו של השופט שפירא בפרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121. עמדת השופט שפירא הייתה כי לא הוכח כי כניסתו של מזרחי למועדון נמנעה בשל צבע עורו, אולם הוא חשב כי למרות זאת ראוי לתביעתו להתקבל בשל העובדה שבפועל הופלה מזרחי בכניסה למועדון ולא ניתן הצדק מספק לכך. עמדתו מתומצתת בדבריו כך: "[...] [ש]כל אירוע בו ניתן יחס שונה לשווים [...] הוא בגדר של הפליה אסורה, גם אם אינו נכלל באופן מפורש תחת אחד מתת סוגי ההפליה שבסעיף 3(א) לחוק".

170 הצעת החוק, מיום 2.7.2008 קובעת כך: "תיקון סעיף 6 – 2. בסעיף 6 לחוק, אחרי פסקה (3) יבוא: (4) הנתבע סיפק מוצר או שירות ציבורי, אפשר כניסה למקום ציבורי או סיפק שירות במקום ציבורי, שלא לפי סדר הפניה או ההגעה, לפי העניין". בדברי ההסבר לתיקון זה נאמר: "כדי למנוע מצב שבו ניתן לעקוף את כוונת המחוקק באמצעות שיטת ה'סלקציה', מוצע לקבוע חזקה עובדתית, שלפיה יראו באדם שאינו מאפשר כניסה למקום ציבורי לפי סדר הגעה כמי שנוקט בהפליה על פי החוק, אלא אם יצליח להראות שטעמים אחרים עומדים ביסוד התנהגותו. והוא הדין לגבי מי שמספק שירות ציבורי או מוצר שלא לפי סדר הפניה או ההגעה. (הוספת סעיף 6(4) לחוק)". הצעת חוק איסור

התיקון לחוק מבקש למנוע את השימוש במדד הפלייתי להכנסתם של באי מועדונים תוך התכנסות באצטלות שונות, כאילו תמימות, המסבירות לכאורה את עיכובם בחוץ של מי שאינם מוכנסים למועדון. אלא שמבט על הסדר זה יוצר תחושה של אי-נוחות בהגזמה שהוא מייצג בהתערבות באופני פעולה, הנדמים טכניים למדי, של בעלי מועדונים. מה עומד מאחורי הצעת התערבות זו? מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי כמעט עשור של קיום החוק נותן את התחושה שקשה מאוד לתובעים להסביר מדוע נותרו מחוץ למועדון.¹⁷¹

שני הסדרים אלה נראים כנוגעים במהותם לבלבול מושגי של מציעיהם בין רעיון השוויוניות ורעיון ההפליה. ההסדרים מבקשים להתמודד עם בעיה של שוויוניות, ולא של הפליה, בהציעם מדדים שוויוניים לזיהוייה של הפליה. המשותף לשתי ההצעות הוא שהן מטילות איסור על אי-הכנסת אדם למועדון, ובכך ממוטטות את בסיסו הרעיוני של החוק, אשר ביקש להתמודד עם התופעה של הפליה ולא עם תופעה של שוויוניות. ההבדל בין הפליה לשוויוניות דורש הבהרה; מושג ההפליה נוגע לדפוס קבוע של פגיעה שיטתית בקבוצות אוכלוסייה המצויות במקום נחות בתוך מארג חברתי של יחסי כוחות, ואילו שוויוניות נבחנת לאור שאלת תת-תחולה או יתר-תחולה של כלל על קבוצות שונות.¹⁷² אף על פי שלעיתים ניכר כי גם הפסיקה הישראלית לוקה בבלבול מושגי זה¹⁷³ ומתייחסת למדדי אי-שוויוניות כמדדי אי-שוויון, עדיין קיימים הקשרים שבהם ניכרת בה הבנה של הפער החשוב בין שוויוניות, שעניינה הבחנה פסולה בין דומים, הפסולה בעיקר מן ההיבט הציבורי-מנהלי, לבין הפליה אסורה, שפסלותה היא בעלת ערך חוקתי.¹⁷⁴ כעולה מדברי

הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – קביעת תנאים שלא ממין העניין), התשס"ט–2009, ה"ח 1040.

171 ובלשון דברי ההסבר להצעה: "כיוון שהוכחה של הפליה היא קשה, ודורשת ידיעה של עובדות רבות, המצויות רובן ככולן, דווקא בשליטתו של המפלה, נקבעו בחוק חזקות שמעבירות את נטל השכנוע על הנחבע". שם.

172 להבחנה הראויה בין שוויוניות להפליה ראו Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection* Clause, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 157 (1976).

173 ראו למשל דברי הנשיא ברק בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 343–344 (2000). שם הוא נדרש לפרשנות המושג הפליה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ולשם כך משתמש בנוסחתו של אריסטו, אשר פורשה לפרקים כמכוננת דפוס של התנגדות לדיכוי ולעיתים כמכוננת דפוס של התנגדות לשוויוניות. דפוס נוקשה עוד יותר של פרשנות זו, המשווה מפורשות בין שוויוניות להפליה, אפשר למצוא בדבריו בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 759–760 (1994). שתי פרשנויות אלה מוכרות כבעלות שימוש חלופי, מבלבל ומבולבל עוד מהפרשנות לנוסחת השוויון של אריסטו במשפט האמריקני, שממנו אומצו גם למשפטנו. ראו Fiss, לעיל ה"ש 172.

174 ראו למשל דברי השופט דורנר בפרשת מילר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 141 לפסק דינה ודברי הנשיא (דאז) ברק בפרשת קעדאן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 274 לפסק דינו. דבריהם יוצרים הבחנה בין הפליות

ההסבר לחוק, הוא נחקק בתוך הקשר ברור של דפוס הפליה בחברה הישראלית, והוא חוליה בשרשרת חקיקתית כלל-עולמית המזוהה כחקיקת זכויות אדם.¹⁷⁵ זאת ועוד, ההצדקות להתערבות המחוקק באוטונומיה לכאורה של שחקנים בשוק הפרטי נגזרות בדיוק מחשיבותו החוקתית של ערך השוויון שעומד בבסיס חקיקה מתערבת זו.¹⁷⁶ מסיבות אלה ברי כי תכלית החוק לשמש הגנה מפני הפליה דווקא ולא לשם הגנה מפני שרירותיות "סתם". כיצד אפשר אפוא להסביר את השימוש בכלים האמורים בידי שני סוכני משפט כה מקצועיים? הצעתי היא כאמור לקרוא מחדש הסדרים אלה כהסדרים מסדר שני, המונעים עיסוק בבעיה מסדר ראשון. השימוש בשרירות כמדד להפעלת האיסור בחוק ימנע דיונים בבית המשפט על אודות טיבה המהותי של הפליית התובעים ויעביר את הדיון בסוגיית ההפליה לתחום טכנוקרטי מאוד ו"רזה" מהותית. תובע לא יידרש עוד להוכיח מדוע לא הוכנס אלא אך שלא הוכנס. במציאות שבה עיקר המגישים

חוקתיות לאחרות. ראו עוד קודם לכן ניצנים לחשיבה זו בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978). שם השופט (כתוארו אז) שמגר קובע: "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי [...] לאום [...] דת [...] הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפישות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן".

175 למשל, בארצות הברית קובע סעיף 201(a) ל- Title II של § 42 U.S.C של Civil Rights Act of 1964, 2000a איסור על הפליה במקומות ציבוריים, מטעמים שונים, ואיסור זה נאכף גם על מקומות שאינם ציבוריים מובהקים כמו מסעדה פרטית, בית מלון ועוד; לפרשנות המרחיבה שניתנה בפסיקה לתחולת החוק ראו BELL, לעיל ה"ש 67, בעמ' 123–126. החריג לתחולה זו קבוע בסעיף 201e לחוק, שלפיו הוא אינו חל על "מועדון פרטי או כל מוסד שבעצם אינו פתוח לציבור". אולם חריג זה פורש בצמצום רב. שם, בעמ' 137–139. במקרים שבהם היה המקום "נגוע" באספקט ציבורי – כגון שהושכר מרשות ציבורית – היה בכך כדי לאפשר החלת החוק עליו, אם כי הפסיקה אינה אחידה בנושא; שם, בעמ' 144–150. דרך עקיפה אחרת לאכוף איסורי הפליה על גורמים פרטיים הייתה הוראה של בית המשפט לשלול מהם הטבות מס שהעניקה המדינה לארגונים פרטיים. לסקירת הפסיקה בתחום ראו שם, בעמ' 150–157. בבריטניה נקבע איסור דומה בשני הסדרי איסור הפליה מרכזיים: סעיף 20 ל- Race Relation Act, 1976, c. 74 (U.K.) וסעיף 29 ל- Sex Discrimination Act, 1975, c. 65 (U.K.), הקובעים שניהם איסורים על הפליה על יסודות שונים במקומות ציבוריים. בתיקון שנעשה בחוק יחסי הגזע נקבעה גם זכות לפיצוי למי שסבל הפליה שכוו. סכום הפיצוי הקבוע בחוק עומד כיום על 18 אלף ליש"ט. גם בקנדה נאסרת הפליה בהספקת מצרכים, שירותים ומתקנים הנגישים ברגיל לכלל הציבור במסגרת H-6, Canadian Human Rights Act, 1977, R.S.C 1985, c. 48; תביעות בנוגע לחוק מופנות לטריבונל מיוחד לעניין המוסמך לפסוק פיצויים טובת הנפגע מההפליה.

176 ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 2.

תביעות אלה הם מזרחים, ישפיע מנגנון זה לטובה בעיקר עליהם ויפחית את הקושי הזהותי שמעוררות תביעותיהם.¹⁷⁷

4. הגחכת פועלו החברתי של התובע

אחד המחירים שיש לשלם בדרך למיגורה של ההפליה הוא עצם הצורך להכיר בקיומו של "גזע" במציאות שבה ההפליה מוכחשת. שיח איסור-ההפליה נדרש להתמודד עם הכיעור שבשימוש בדפוס חשיבה וסיווג גזעניים המובילים את פרקטיקת ההגזעה.¹⁷⁸ קושי זה עולה בכל שיח איסור-הפליה המתנהל בחברה המבקשת להעריך אנשים לאור איכויותיהם ובהתעלם ממוצאם, אולם הוא פועל במקרה שלפנינו ביתר שאת. בסביבה שקיימת בה הדחקה והכחשה של ההפליה עלול מי שיוצא נגדה להיתפס כמי שבמו הבל-פיו יוצר אותה. דינמיקה זו הופכת תדיר את התובעים למי שמסתכנים בתיוגם כגזענים. לפיכך לא היה מפתיע לגלות כי טקטיקה בולטת אצל נתבעים בתיקים אלה היא להפנות את חצי הגזענות כלפי התובעים, הנתפסים כמי שמשתמשים בדפוסים גזעניים כדי לבסס את תביעתם. למשל, אפשר לראות טיעונים שלפיהם הואשם תובע בתחום בהיותו מי "שהוא אינו בוחל בשימוש ציני בטיעונים גזעניים".¹⁷⁹

התייחסות לא אוהדת אל אופיים החברתי של מעשי התובעים בתיקים אלה כתיקים "מחפשי גזענות" שלכאורה אינה קיימת עוד, עולה גם מהמשקל שמייחס בית המשפט לעובדה שהתובעים "יזמו" עימות מתועד או מתוכנן מראש עם בעלי המועדונים. כך השתרשה התפיסה כי תובע המבקש להוכיח במעשהו קיומה של הפליה שיטתית בתחום יקבל פיצוי נמוך. בפרשת עקיבא נאמר מפורשות: "אין הגעה למועדון שתכליתה לאסוף ראיות לצורך תביעה, כהגעה לצורך בילוי שהסתיימה במפח-נפש".¹⁸⁰ בדפוס חשיבתי זה יש משום היפוך של כללי המשחק שקבע החוק. אף על פי שהחוק מנוסח באופן המעיד על כוונתו למנוע הפליה, משמע כזו שהסיבה לה היא אחת מאלה המנויות בחוק, הרי שבפועל נבחנת כוונת ההפליה מצד המופלה דווקא ולא מצד המפלה, כמקובל. בכך יוצר בית המשפט מעין הבחנה שאינה מוכרת בעקרון השוויון, ולפיה בשני מקרים נפגע השוויון באותה המידה ועל יסוד אותה פעולה, ולמרות זאת התוצאה תהיה שונה. בפסק

177 בשולי הדברים ייאמר שלא נראה שהצעת החוק תביא מזוור אמתי למזרחים שיבקשו להשתמש בה, שכן היא מוגבלת למבנה החוק, הקובע כי כדי להפעיל את החוקה העובדתית האמורה חובה להוכיח כי היא הופעלה כלפי מי שנמנה על קבוצה מופלית, כפי שהגדיר אותה החוק.

178 ראו הדין אצל Michael O. Hardimon, *The Ordinary Concept of Race*, 9 J. PHIL. 437 (2003).

179 ראו ציטוט מתוך כתב התביעה כפי שהוא מובא על ידי בית המשפט בעניין לוי, לעיל ה"ש 131, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת מני-מגור.

180 ת"א (שלום חי) 2786/07 עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ, פס' 21 לפסק דינו של השופט פרידמן (פורסם בנבו, 14.1.2010). במקרה אחר הבהירה השופטת כי במקרים כאלה יש לתת פיצוי סמלי בלבד. ת"א (שלום חי) 23991/06 אלגאני נ' גובי דנס בר בע"מ 7 (פורסם בנבו, 11.1.2010).

דין אחר התריע בית המשפט מפני ממדיה של תופעת התביעות בתחום זה, המתגברת כאילו הייתה היא הפסולה ולא ההפליה שאותה היא מבקשת לחשוף ולמגר: "ריבוי תובענות בעניין סירוב להכנסת אורחים למועדוני בילוי, כשלצידן דרישות פיצוי של מאות אלפי שקלים, עלול לגרום למלאכותיות מכוונת [...] דבר הנראה פסול מעיקרון[...]". צוין בפסק הדין.¹⁸¹ לפיכך התביעה נדחתה והשופטת חייבה את התובעים בהוצאות משפט גבוהות בסך 10,000 שקלים.¹⁸² הגדילה לעשות שופטת בית משפט השלום בחיפה, אשר הביעה עמדתה כי אין מקום כלל לתביעות נזיקיות בתחום בקבעה כי "יש מקום להניח, כי [...] חשיפה בתכניתו של מר אמנון לוי או ב'כלבוטק' תביא לתוצאות המקוות על ידי התובע". למען ההגינות יצוין כי השופטת ציינה קודם לדבריה אלה כי התובע עצמו הבהיר שחשב לעשות כן במצאי. אלא שבפסק דינה היא מטמיעה חשיבה הדיוטית זו בשיח המשפטי בקבעה כי אכן היה עדיף לו אילו כך עשה תחת אשר יגיש תביעת פיצויים מכוח החוק, אף שזו זכותו.¹⁸³

5. התייחסות נקודתית-פרטנית אל תביעה חברתית

חוק איסור הפליה הובנה כבן-כלאיים (היבריד) בעל אופי פרטי וציבורי כאחד. מאפייניו השונים הם שמעניקים לו ייחוד זה, והבולטים שבהם הם הענקת זכות תביעה אישית נזיקית לנפגע מהפליה, המסמנת אותו כ"פרטי" מחד גיסא, והגנתו הישירה על ערך השוויון ומתן זכות עמידה לארגון חברתי, המסמנים אותו כ"ציבורי" מאידך גיסא.¹⁸⁴ אופי זה של בן-כלאיים מאפשר לנהל תביעה פרטית על רקע דפוס הפליה חברתי-ציבורי.¹⁸⁵ אולם עיון בפסקי הדין מגלה כי הללו מتركזים יותר בשיח אינדיווידואלי לביורר התביעה, המחליש מאבק קבוצתי לשוויון.¹⁸⁶ תחת אשר תאפשר התביעה חשיפת טענה רחבה בדבר הפלייתם של מזרחים בחברה הישראלית, כל דיון הופך בתביעות אלה לאישי ולפרטני. התובע צריך להוכיח כי לא הוכנס בשל מוצאו, ובית המשפט בודק את צבע עורו – מרכיב אישי-ביולוגי, אינדיווידואלי; הוא טוען כי מזרחיותו עמדה לו לרועץ, אך נדרש למגר טענות בדבר לבושו, היותו "מסוכן" או נחזה

181 פרשת קרפאק, לעיל ה"ש 137.

182 שם, בפס' 62 לפסק דינה של השופטת ינון.

183 פרשת אלגאני, לעיל ה"ש 180.

184 להרחבה על מבנה זה של בן-כלאיים ראו ביטון, לעיל ה"ש 116, בעמ' 210.

185 זוהי טענתו החשובה של אנדרו מוריס, אשר ביקש ליישב סתירה לכאורית זו בדיני הנזיקין שמעלים חוקי איסור הפליה מסוג זה שלפנינו. Andrew Morris, *On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 199 (1995).

186 תופעה זו מאפיינת את שיח איסור ההפליה גם כשהוא נעשה במישור הציבורי, ככתביעה חוקתית. ראו Fiss, לעיל ה"ש 172, בעמ' 123–127.

כמסוכן;¹⁸⁷ הוא טוען כי מזרחים הם הקרבן התדיר להפליה, אך נדרש להסביר מדוע מזרחים אחרים הוכנסו למועדון הנתבע;¹⁸⁸ הוא מבקש פיצוי על נזקי הפליה, ומוצעת לו "סולחה" בסגנון של כניסה למועדון שהפלה אותו.¹⁸⁹ שלל דוגמאות אלה מצביעות על השיח המתנהל בעניין תביעות אלה כשיח של הצדקה פרטנית ולא של פירוק מבנה חברתי כוחני.¹⁹⁰ כמו בשדות אחרים שבהם מופלים מזרחים, בתי המשפט מאמצים את הדפוס היחידני, הלא-קבוצתי, ומנסים לספק הסבר מריטוקרטי-ענייני להפלייתם. מיקומו של איסור ההפליה במסגרת חקיקה נזיקית מעצים עוד יותר התנהלות פרטית-פרטנית זו. בכך, בתי המשפט מבצעים את הקישור הטיפוסי שבין צדק מתקן והפליה נקודתית שעליו מצביע הפילוסוף אנדרו מוריס.¹⁹¹ היעדר הממד הקבוצתי-קולקטיבי מותיר את ההפליה העקיפה-קבוצתית, הנתפסת כפרדיגמטית לצדק חלוקתי, מחוץ לשיח ה"פרטי" המתנהל בבית המשפט. ובל נטעה, דפוסים חוזרים אלה אינם ייחודיים להפליה בכניסה למועדונים, ולא הוא המבנה אותם. בהיותם סימפטום למחלה שבה לוקה החוק על רקע המציאות הישראלית אפשר לזהותם גם בהקשרים שמחוץ לסצנת המועדונים, למשל במאבק שנוהל על-ידי משפחות מעמנואל אשר בנותיהן תויגו כמזרחיות ולכן הופרדו מחברותיהן האשכנזיות בבתי ספר נפרדים,¹⁹² ובמאבקם התקדימי של שני גברים הטוענים כי הופלו בעבודתם על רקע מוצאם המזרחי.¹⁹³ בתיקים אלה הגיעו הדברים לכדי כך שנדרשה חוות דעת מומחה להוכחה כי קיימת קבוצה המזוהה כ"מזרחית" ושהנמנים עליה עלולים לסבול מהפליה בשל השתייכותם אליה.¹⁹⁴

187 ראו למשל פרשת מזרחי (מחוזי), לעיל ה"ש 121.

188 שם, בעמ' 8.

189 מוטיב זה עולה לרוב מטענות/הצעות הנתבעים לפשרה, אבל בהחלט יש לו מצדדים גם בבית המשפט. ראו למשל הצעת הפשרה שהעלה בית המשפט בפרשת עופר, לעיל ה"ש 135, ויש פרשות אחרות שבהן הזמין בית-המשפט את התובעים לבלות במועדון כחלק מהסדר הפשרה בין הצדדים.

190 אפשר להצביע על רעיון ה"סולחה" כפתרון כמעיד על כתיבת השופטים בתוך הדיסוננס הקוגניטיבי המסרב לעסוק בשאלה המזרחית מחד, אבל משתמש בדפוסים של תפיסה סטראוטיפית של מזרחים ושל אוריינטליזם מאידך. לרעיון השימוש המתכחש למזרחיות אך מכיר בה בסביבה פתולוגית ראו שוחט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 73-74.

191 מוריס, לעיל ה"ש 185.

192 ת"א (מחוזי ת"א) 18228/08 זלינגר נ' בית-יעקב (טרם פורסם, 19.7.2011).

193 ע"ב (אזורי ת"א) 3816/09 מלכה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פורסם בנוב, 24.12.2009) (תביעה לפיצוי של גבר מזרחי הטוען כי בשל שמו המזרחי נפסלה מועמדותו לשמש בתפקיד של פראמדיק בתעשייה האווירית).

194 בשני התיקים הוגשו חוות דעת מומחים בעניין. בפרשת זלינגר, לעיל ה"ש 192, הוגשה חוות דעתו של פרופ' יוסי יונה על אודות הפליית מזרחים בתחום החינוך, ובפרשת מלכה, לעיל ה"ש 193 הוגשה חוות דעת של ד"ר יוסי דהאן על אודות הפליית מזרחים בשוק העבודה וכן חוות דעת בעלת אופי "תרבותי" מאת מנכ"ל ארגון "הקשת המזרחית הדמוקרטית".

למרות הניתוח הכללי דלעיל אפשר למצוא עדויות בפסיקה לשימוש בחוק ככלי פרטי לשירוש נגע ההפליה הציבורי נגד מזרחים. בולטת במיוחד בעניין זה היא פרשת צדוק. שם אף שבית המשפט עסוק בפרויקט הפרשני של הצדקת שימושו בקטגוריות של "גזע או ארץ-מוצא" להחלה על התובע, הוא אינו מהסס להבהיר בד בבד את שורשי הגזענות האמורה כעניין ציבורי בשפה חסרת תקדים בבהירותה:

אין צורך להכביר מילים על ההתייחסות הגזענית אשר מן המפורסמות כי רווחה בקרב יהודים ממוצא אירופי כלפי יהודים ממוצא מזרח-תיכוני, צפון-אפריקאי ואסיאתי[...].¹⁹⁵

6. שיח הכרתי או זהותי?

פסקי הדין בעניין הפליית מזרחים נעים לאורך שני צירים מרכזיים: הציר החלוקתי והציר ההכרתי. לצורך הבנת שני צירים אלה אעשה אתנחתה מתודית קלה כדי להבהיר את טיבם. ננסי פרייזר הייתה הראשונה להצביע על המתח לכאורה הקיים בין שני רכיבים אלה המלווים מאבקים לשוויון צדק.¹⁹⁶ פרייזר טוענת כי קבוצה המבקשת להילחם על הכרה בה דוחקת עצמה בהכרח למסלול של הבחנות והבדלות, ובכך ממצבת עצמה כ"אחר" החברתי. "אחרות" זו עומדת בסתירה לתביעת הקבוצה לחלוקה שוויונית, שכן ההנחה היא כי שוויון בחלוקה ניתן ל"דומים", כמצוות התאוריה האריסטוטלית בדבר אופי השוויון. ניתוח זה של פרייזר זכה לביקורות רבות, והבולטת שבהן היא של איריס יונג, אשר גורסת כי צדק דמוקרטי ניתן להשגה רק אם יומשג כמורכב משילובה של הכרה בהבדל שבין קבוצות מיעוט לקבוצת הרוב עם דרישה לחלוקה מחדש של הרווחה והפריבילגיות בין קבוצות אלה.¹⁹⁷

ניתוח שלבי המאבק המזרחי בהפליה דרך המשפט נראה כמציג חשיבה המייצגת דרך ביניים חדשנית בין טענותיהן של פרייזר ויונג. בשלב הראשון של המאבק המזרחי הוא נראה כמעיד על מצב שבו באין הכרה אין חלוקה, כעמדתה של יונג. כלומר, הוא מעיד על קשר הדוק ומלא בין שתי דרישות אלה, ולפיו באין הכרה בקיומה של הקבוצה כיסוד להפלייתה, קשה מאוד להכיר בזכותה לחלוקה שוויונית ככזו. בהקשר הנדון לפנינו, בשלב הראשון – המורכב מהתקופה השנייה שבה הוצגה דרישה ישירה לשוויון בבג"ץ שירן – ביקשו העותרים המזרחים הכרה בהם כקבוצה מאובחנת ונדחו, וממילא נדחתה גם בקשתם לחלוקה שוויונית. בשלב זה דרישותיהם נשאו אופי קולקטיבי. כדי

195 פרשת צדוק, לעיל ה"ש 133, פס' 32 לפסק דינו של השופט פרידלנדר.

NANCY FRASER, JUSTICE INTERRUPTUS: CRITICAL REFLECTIONS ON THE 196 "POSTSOCIALIST" CONDITION (1997).

.IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 83–120 (1990) 197

להימנע ממצב זה הם עברו בשלב השני לדרישה המתרחקת מהתביעה להכרה זהותית, כעולה מבג"ץ הקשת. הדבר נעשה לאחר שהתובעים איתרו כשל בין שלב זהו העוולה (naming) לשלב של תביעת זכותם (claiming), בהבינם כי שימוש בזיהוי האמתי של העוול – הפליית מזרחים (name) – עלול להביא להכשלת התביעה (claim) שהייתה בידם. כעת נראה כאילו המשפט מתנהג בהתאמה מוחלטת עם התאוריה של פרייזר, שלפיה ברגע שנזנחת טענת ההכרה, מתחזק פוטנציאל החלוקה השוויונית, והעותרים זכו.¹⁹⁸ בשלב האחרון והנוכחי נושא מאבק איסור-ההפליה אופי חלוקתי מינימלי ביצאו מהמרחב הקבוצתי ומעברו למרחב התביעה האישית של כל אינדיווידואל, כנגד אי-הכנסתו למועדון, הפלייתו בקבלה לבית הספר, ועוד. כאן התובעים אינם מבקשים עוד "הכרה" במובן הקבוצתי שאליו מכוונת פרייזר אלא הכרה במובן הבסיסי ביותר בעצם היותם חלק מקבוצה. שלב זה הוא מקדים לזה שבו דנה פרייזר. זהו שלב שבו התובע מנסה להוכיח קיומה ככלל של קבוצה מזרחית. בית המשפט נראה כדוחה עמדה זו, או למצער מנסה לא להתמודד עם דרישה להגדרה שכזו. הוא פשוט ניגש ישירות לטענת ההפליה, ולרוב מקבלה.

נחזור אל ממצאי ניתוח פסקי הדין. אלה מגלים כי בתי המשפט, אשר ביקשו להכיר במזרחים המופלים בכניסה למועדונים כדי למגר הפליה זו, הוגבלו מאוד בשימוש החלוקתי בחוק בדיוק בשל הבעיה שבהכרה בקבוצה המזרחית. אי-יכולתם להגדיר את הפרט המופלה כמופלה על רקע שיוכו הקבוצתי לאוכלוסייה המזרחית היא ששמה בפניהם מכשול בבואם לפצותו. במובן זה אי-ההכרה בקבוצה הוא בדיוק מה שמונע מבתי המשפט את החלוקה המתחייבת ממנה. כאן ניכרת חולשת טיעונה של פרייזר, אשר מתרחק מאופיו של הכלי המשפטי אוסר ההפליה. הכלי האוסר הפליה במשפט כה מכון לזהות "אחרות", עד שהוא חסר אפקטיביות במקום שבו היא נעדרת. כלומר, כאשר ה"אחרות" של הקבוצה המבקשת להשתמש בכלי איסור-ההפליה מטושטשת ואיננה ברורה, הדבר פוגע ביכולת שלה להפיק רווח חלוקתי מכלי זה. חשבו לרגע כמה קל היה לתובע/ת ערבית/ת או אתיופית/ת להעלות טענת הפליה מעין זו. המשתייכים לקבוצות אלה אינם צריכים כלל להוכיח, בכל משפט מחדש, קודם לכול את "אחרותם" המובילה לזכאותם המשפטית במסגרת דיני איסור-הפליה. אחרותם הבולטת היא בדיוק הסיבה שבגינה מבקש החוק להגן עליהם דרך דינים אלה.¹⁹⁹ עם זאת חלק ניכר מפסקי הדין מוכיח כי אפשר לקבל תביעה בדבר הפליה גם במקרה של אי-הכרה ברורה בקבוצה המופלית.

סיכום פועלם של בתי המשפט בנושא מיגור הפליית מזרחים באמצעות חוק איסור הפליה מעלה אפוא תמונה מורכבת, שלא לומר סותרת. מן הצד האחד בתי המשפט אינם

198 אפשר לסייג את הדברים בכך שהעותרים המזרחים בהחלט מיצבו את תביעתם הקולקטיבית תחת "כותרת זהותית", אלא שהיא פשוט לא הייתה "מזרחית".

United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, n. 5 (1938).

נוקטים גישה ישירה להכרה בהפליית מזרחים, נמנעים מלקרוא לה בשם, ובאופן כללי "מיישרים קו" דיסקורסיבי עם מודל ההכחשה הישראלי-ציבורי. מן הצד האחר ניכר בבתי המשפט כי הם מעוניינים למגר הפליה זו. סטטיסטית, תביעות של מזרחים בדבר הפליה בכניסה למועדונים נתקבלו יותר מאשר נדחו.²⁰⁰ יתרה מזאת, מבחינה מהותית אפשר לזהות בפועלם של בתי המשפט מקוריות ויצירתיות בניסיונם להכיר בהפליה ובנזקיה למרות אי-ההודאה בפה מלא בקיומה. לרוב, דיסוננס רעיוני מעין זה אינו מוכר בתביעות הפליה. לכאורה משאין הכרה בהפליה עצמה, אמור הדבר לגרור אי-הכרה בזכות לסעד שוויוני. דוגמה מובהקת לדפוס כזה היא מאבקן של נשים בארצות הברית לשוויון. במסגרת מאבק זה אחת התביעות המונומנטליות שבה דן בית המשפט העליון נגעה להפלייתן של נשים בחברת ג'נרל אלקטריק. על פי תכנית הביטוח הבריאותי שהציעה החברה לעובדיה ועובדותיה, היו אלה זכאים לכיסוי ביטוחי בגין כל היעדר כושר עבודה מסיבה בריאותית, למעט בשל היריון.²⁰¹ בית המשפט העליון לא החשיב הבחנה זו כמושתתת על מגדר (ולכן אסורה בחוק), אלא ראה בה הבחנה על יסוד היריון (שאינה אסורה בחוק), וממילא שלל את פיצוין של נשים אלה. לעומת זאת בענייננו על אף אי-ההכרה במקור ההפליה יש הכרה בפגיעתה, ופיצוי בגינה.²⁰² לכן תופעה זו מכוננת דפוס חדש של מתח בין הכרה לחלוקה.

ד. לתקן את העוולה, לאפשר תיקון העוול

ניסיון להבין את המנגנונים המשולבים – חברה ומשפט – הקובעים את דפוס ההכרה-הכחשה של הפליית מזרחים בישראל מחייב התייחסות אל שני מנגנונים אלה כפועלים במשותף. מן הצד האחד ניצבת החברה הישראלית, ועמה תפיסות ההפליה הייחודיות שהיא מפעילה כלפי מזרחים, המערבות הכחשה והכרה מוגבלת בו זמנית. מן הצד האחר נמצא המשפט, היבש, התמציתי, הרדוקטיבי. שני אלה יחד יוצרים במפגש ביניהם את ההגנה הלקויה על זכותם של מזרחים לשוויון. אם בחלקים הקודמים של מאמר זה הודגש תפקידה של החברה בהגנה לקויה זו, ברצוני להפנות בחלק זה את הזרקור אל מערכת המשפט דווקא, ובעיקר אל תחום דיני איסור-הפליה כדינים מוגבלים ביותר בשימוש בהם להגנה על קבוצות מוחלשות.

200 ממחקרי עולה כי מתוך 46 פסקי דין שעוסקים בתביעות בגין אי-כניסה למועדונים על רקע מוצא מזרחי התקבלו 25 תביעות, שהן 54%, לעומת 21 תביעות שנדחו שהן 46%.

201 *General Electric Company v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976). תוצאת פסק הדין הייתה כה שערוייתית, עד שגררה תיקון של חוק הזכויות האזרחיות והכנסת העילה של היריון כסיבה אסורה להפליה.

202 תודתי נתונה לפרופ' פרנסס רדאי על הרעיון להשוואה זו.

כותבים וכותבות בתחום הביקורת הגזעית על המשפט (critical race studies, CRS) התריעו רבות על תפקידו המכונן של המשפט בעיצוב זהויות גזעיות, ביצירת "גזעים נחותים" ובהחרגתם אל שולי החברה והמשפט גם יחד.²⁰³ בגדר כתיבה עשירה זו פותחה אחת הביקורות המורכבות והמשפיעות ביותר על המשפט – הביקורת על מפגש זהויות במשפט (intersectionalism). ביקורת זו, אשר הוטבעה בכתיבתה של קימברלי קרנשאו (Kimberle Crenshaw), מצביעה על אחת מחולשותיו העיקריות של המשפט בהגנתו על מיעוטים דרך חוקי איסור-הפליה.²⁰⁴ חולשה זו מגולמת בחוסר מסוגלותו של המשפט להכיל את מורכבות חוויית חייהם של מיעוטים ולתרגמה להגנה אפקטיבית עליהם מפני הפליה, בכלים המוכרים. במאמרה המכונן בנושא מנתחת קרנשאו את כלל איסור-ההפליה המעוגן בחוק הזכויות האזרחיות משנת 1967.²⁰⁵ קרנשאו מראה כיצד ניתן לפרש חוק זה כמגן על נשים לבנות בלבד מפני הפלייתן במקום העבודה. החוק צפוי להתקשות בהגנה על נשים שחורות מפני טענה של הפלייתן בעבודה על רקע היותן השילוב הייחודי של היותן נשים עם היותן שחורות. תחת שיאפשר טענה מורכבת מעין זו, החוק מגן בנפרד מפני שתי קטגוריות נפרדות כיסוד להפליה: גזע ומין. תחת מבנה זה שלו, טענות מורכבות מהסוג שמעלות נשים שחורות צפויות להיכשל: את הטענה הפשטנית שנשים כאלה הופלו על בסיס מגדרן ניתן לפטור בקביעה כי נשים ככלל אינן מופלות לרעה בחברה הנתבעת. את הטענה הפשטנית כי הופלו כשחורות, ניתן לפטור בקביעה כי שחורים ככלל אינם מופלים בה. בכך חושף החוק את הקושי המובנה של המשפט להכיל מורכבות, אשר לנשים שחורות אין פשוטה ממנה – הן נשים, ושחורות, ולפיכך סובלות מדפוסי הפליה הייחודיים להן ככאלה.²⁰⁶ חוק הזכויות האזרחיות האמור להגן על נשים אלה אוסר על הפליה בעבודה בשל מין או בשל גזע. הוא אינו אוסר על הפליה בשל השילוב מין-גזע. בביקורתה את החוק חושפת קרנשאו את

- 203 RICHARD DELGADO & JEAN STEFANCIC, להיכרות עם תחום מחקר זה ראו אסופת המאמרים, CRITICAL RACE THEORY: AN INTRODUCTION (2001); CRITICAL RACE THEORY: THE KEY WRITINGS THAT FORMED THE MOVEMENT (Kimberle Crenshaw et al. ed., 1995).
- 204 Kimberle W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331 (1988); Kimberle W. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, 43 STAN. L. REV. 1241 (1991) (להלן: Crenshaw (1991)).
- 205 Kimberle W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139 (1989).
- 206 PATRICIA HILL COLLINS, *BLACK FEMINIST THOUGHT: KNOWLEDGE, CONSCIOUSNESS, AND THE POLITICS OF EMPOWERMENT* (1990). מונה את מפגשי הזהויות כגורמי הגברת הפליה "Interlocking systems of oppression". שם, בעמ' 221–238.

הרדוקטיביות של המשפט ככלי להגנה על מיעוטים, על מורכבות חייהם. מורכבות זו, למותר לציין, אינה נשלטת על ידיהם אלא היא תולדה של מנגנוני הנחשול והדיכוי שלהם. כך למשל גילתה קרנשאו דפוסי דיכוי שונים שמהם סובלות נשים מוכות שחורות לעומת נשים מוכות לבנות.²⁰⁷

על רקע ניתוח תאורטי זה אפשר לנסות ולקרוא אחרת את הקושי שבהכרה במזרחים כקטגוריה מופלית במשפט הישראלי. קריאה זו תגלנו כיצד גם כאשר מחוקק חוק שמטרתו העיקרית והמוכרת היא להגן על מזרחים מפני הפליה, הוא מתקשה להתאים עצמו למציאות הישראלית המורכבת, שבה הקטגוריה המזרחית מומצאת אך אפקטיבית. המשפט מתקשה להתאים עצמו לעושר ולמורכבות של חוויית המזרחיות במציאות הישראלית וממשיך להפעיל עליה את מנגנוני הרדוקציה המוכרים לו של "גזע", "דת", "לאום" וכיוצא באלה קטגוריות "מוכרות וטובות". גם בתי המשפט נראים כנמשכים אל מלכודת דבש זו, בנסותם לחלץ את החוק מהיעדרה של קטגוריה מתאימה. היאחזותם בקטגוריה החדשה של "צבע עור", בין בגלוי ובין בעיסוק בשאלת צבע עורם של התובעים אגב כתיבת פסק הדין, מבטאת שוב את הנטייה לשימוש במרכיב רדוקטיבי של זהות מזרחית מורכבת ושל טיב ההפליה נגד מזרחים בישראל.²⁰⁸

האם בתנאים אלה אפשר אפוא להצביע על דרך ראויה יותר לעיבוד טענות ההפליה של מזרחים בישראל לפי חוק איסור הפליה?

1. הפתרון: שימור קטגוריית הגזע, שינוי השיח להגזעה והוספת קטגוריית "מוצא"

ביצאנו מנקודת מוצא רעיונית שלפיה המשפט סובל מרדוקטיביות טבועה, נראה כי הפתרון המעשי לקבלת תביעות הפליה של מזרחים טמון בהליך של הכלת מורכבות ההפליה שאותה מנסה המשפט למגר. הכלה זו עוברת דרך ההכרה בכך שמזרחים בישראל מופלים על רקע "הגזעתם" ולא על רקע מה שמכנה החוק בתמצית רדוקטיבית טיפוסית: "גזע". יהודה שנהב ויוסי יונה טוענים כי הפליית המזרחים אמנם קשורה בשורשיה לרעיון ה"גזע" הישן, אולם היא במהותה פרקטיקה חדשה ומורכבת של גזענות. הגזענות ה"ישנה" נתפסת כפרקטיקה של הבניות חברתיות הנשענות על הביולוגיה, ולעומתה בגזענות ה"חדשה" ההבניות התרבותיות משמשות כלי לייסודה. גזענות זו מכירה בהיותו של רעיון קיומו של "גזע" תולדה של פעולת המצאה ודמיון אנושית-תרבותית, ולכן היא מעדיפה לעסוק בתופעה של "הגזעה" ולא של גזענות.²⁰⁹

207 ראו (Crenshaw 1991), לעיל ה"ש 204.

208 ראו דיוני לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 124.

209 אפשרות אחרת, מדויקת פחות לטעמי, מציעה לזהות את פרקטיקות ההפליה נגד מזרחים כנובעות מהתנהלות המצויה על הרצף שבין גזענות לאתניות. ראו ששון-לוי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 113.

ההגזעה היא "תהליך של הבניה חברתית על בסיס של תפיסת גזע ומסמניו השונים".²¹⁰ בכך היא נבדלת מפעולת גזענות גרדא, שבה אמונה בקיומו של "גזע" נבדל, בעיקר מהבחינה הביולוגית, היא שמדריכה את הפועל. ניסיון לחבר טיפולוגיה סוציולוגית זו עם הטיפולוגיה המשפטית יזהה באופן מובהק יותר את ההפליה הישירה והמכוונת עם הגזענות הישנה, ואילו את זו המוסווית או התוצאתית – עם זו החדשה. סיווגים דומים במשפט אכן הגדירו את ההפליה מהסוג הראשון כ"דור ראשון של הפליה", ואילו את ההפליה מהסוג השני כ"דור שני של הפליה".²¹¹ נראה כי על סמך מבנה זה אפשר לזהות ולהוסיף לשני אלה "דור שלישי של הפליה". הדור השלישי של ההפליה מאופיין בהתרחקותו משאלות של גזענות והגזעה. מהגזענות הוא מתרחק באשר אין לו קשר אמתי לגזע כלשהו. למשל, הטענה הבסיסית ביותר של השיח המזרחי היא שזהות מזרחית אינה יוצרת זהות גאוגרפית-תרבותית בין חברי הקבוצה, אלא פוליטית. שיח הפליית מזרחים למשל כמעט שאינו מתקיים מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל ושל ישראלים. הוא נוצר בהקשר ההיסטורי והמקומי של ישראל, ושם בעיקר הוא רלוונטי.²¹² שיח הדור השלישי אינו מאופיין רק בהיותו תוצאתי, ואינו מכוון בהכרח. הוא מאופיין בפרגמנטריות שלו, וכמעט, אפשר לומר, בחוסר הממשות שלו. למשל, השימוש בצבע עור כמדד להפליה, כפי שהראיתי לעיל, יכול לפעול רק אצל חלק מהאוכלוסייה המזרחית, ואף אצל לא-מזרחים הנדמים כמזרחים.²¹³ יתרה מכך, פרגמנטריות זו יכולה להתבטא גם בתוך אותה ישות אנושית. למשל, בהקשרם של ילדים שהוריהם ממוצא מעורב יכול "האלמנט המפלה" שבהם להיות רלוונטי רק בהקשרים מסוימים ובאחרים לא. למשל, גבר בעל "מראה מזרחי", הנושא שם משפחה שאינו מזרחי, אינו מועד להפליה בבקשה להתקבל לראיון עבודה על יסוד קורות חייו.²¹⁴ לעומת זאת הוא עלול להיות מופלה בשלב הריאיון בקבלה לעבודה או בכניסה למועדון. גם שם אפשר שיוכל לבטל את השפעת ההפליה באמצעות הצגת תעודה מזהה וכן הלאה וכן הלאה. למשל, בתיק המתנהל בימים אלה תוך שימוש בחוק בשל הפליה בחינוך החרדי נגד תלמידות מזרחיות, התובעות הן בעלות שם אשכנזי שאותו ירשו מאביהן, אבל שובצו כתלמידות

210 שנהב ויונה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 16.

211 להבחנה הסטרוקטורלית בין שני סוגי ההפליה ראו: Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COLUM. L. REV. 458 (2001).

212 ששון-לוי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 106–107.

213 לפי קטגוריית ההגזעה אפשר למשל להצדיק את פסק הדין שניתן לטובתו של תובע יוצא אוקראינה, אשר "נתפס" בעיני אותה סלקטורית במועדון כמזרחי. ראו פרשת קאופמן, לעיל ה"ש 124, בעמ' 3. למהלך דומה של הבנת המחוקק/ת את עקרון ההגזעה ראו סעיף 8(ד) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, ס"ח 152, אשר קובע שהוראות החוק יחולו גם על מי שנחשב לאדם עם מוגבלות, אפילו איננו בעל מוגבלות באמת. תודה לחברי מערכת כתב העת על רעיון השוואתי זה.

214 דוגמא זו מבוססת על עובדות כתב התביעה שהוגש לבית המשפט לעבודה בעניין מלכה, לעיל ה"ש 193.

בכיתה ה"ספרדית" בשל צבע עורן הכהה, שאותו ירשו מאמן.²¹⁵ דוגמאות מעין אלה ממחישות כמה מוקשה הוא שיח ההפליה הגזענית מהדור הראשון, ואולי אף מהדור השני, למי שמבקשות להשתמש בכלי איסור-ההפליה שמספק המשפט הישראלי להגנתן.

בנקודה זו היה אפשר לכאורה להעלות טענה כלפי התובעים, ולפיה ככל ש"מרקו" את זהותם בדור השלישי של הפליה יכול שיופלו פחות.²¹⁶ ואכן, תופעת ההיטמעות (האסימילציה) מוכרת בעיקר בשל כוחה למנוע עימותים על רקע אתני, וככלל נראה כי זהו קסמה האמתי.²¹⁷ אלא שלתהליכי היטמעות מחיר חברתי ואישי כבד. חוקרי משפט וגזע שוללים פרקטיקה זו כמנוגדת לרעיון קבלת ה"אחר" בחברה רב-תרבותית ראויה וכיוצאים קבלה מותנית שלו – רק אם יהיה "לבן" ויתנער מרכיבי זהותו.²¹⁸ עוד מוכרת האזהרה מפני התנכרותם של מי ש"מצליחים לעבור" כחלק מההגמוניה לקבוצת המקור שלהם, הממשיכה לסבול מיחסי הכוחות החברתיים.²¹⁹ למשל מוכרת התופעה של מזרחים שעברו תהליכי "השתכנונות" ומספרים על חוויה כואבת של ניתוק ושנאה עצמית נרכשת.²²⁰

מהלך מחשבתי דומה מאוד לזה המוצע כאן – של שימוש בשיח הגזעה – הופעל לאחרונה בפרשת צדוק, שבה הטיל השופט שלמה פרידלנדר בפסק דין מנומק ומעמיק אחריות על בעלי מועדון בשל הפליית תובעים ממוצא מזרחי בכניסה אליו. פסק הדין, שנכתב לאחר פרשת מזרחי, ואשר מכיר בזהותם המזרחית של התובעים כגורם להפלייתם, אינו מסתפק בשימוש הסתמי בקטגוריה של "צבע עור" שאותה קרא בית המשפט המחוזי בחיפה אל תוך החוק. תחת זאת מבקש השופט לחבר "צבע עור" עם הגזעה. לפי מהלך זה, השימוש בצבע עורו של אדם ככלי להפלותו נתפס בעיני בית המשפט כסמן מובהק של הגזעה. משכך הוא, כך נמשך הטיעון, הרי שאין פה משום קטגוריה חדשה אלא רק פיתוח של קטגוריית ההפליה על יסוד "גזע". בכך מרחיב השופט את קטגוריית הגזע המיושנת אל דפוס הכרה בתהליך הנמשך, המגוון והמורכב של הגזעה. האיסור על הפליה על יסוד גזע הופך לפי דפוס חשיבה זה לאיסור על גזענות,

215 אלו הן עובדות עניין זלינגר, לעיל ה"ש 192.

216 טענה זו מתאימה לסוג זה של הפליה שהינו "פלוואידי". כך, אם החוק הוא זה שקובע הפליה, "מירוק" חיצוני לא יסתייע בידי נמען ההפליה. למשל, כאשר נאסרה עבודת נשים בלילה, אשה שהייתה נחזת כגבר לא יכולה הייתה לנצל "מירוק" זה לטובתה.

217 Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 730–731 (1985)

218 Ian F. Haney Lopez, *The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice*, 29 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 10 (1994).

219 Crenshaw, לעיל ה"ש 204, בעמ' 1283–1382.

220 ראו: הנרייט דהאן-קלב "כמה שאת יפה, לא רואים שאת מרוקאית" מורות בישראל: מבט פמיניסטי

174 (מיכל צלרמאיר ופנינה פרי עורכות, 2002) וכן אריאלה אזולאי "שפת אם, שפת אב" חזות

מזרחית 159 (יגאל נורי עורך, 2004).

במובנה הרחב יותר, ולמעשה על הגזעה. קריאה זו היא קריאה נכונה יותר של האיסור בחוק, המתיישבת היטב עם חוק האוסר על הפליה. מפני הפליה בדור השני והשלישי שלה אמור החוק להגן. כדי שזו תמוגר כראוי יש אפוא לקבל את דפוס ההגזעה כאדן שעליו היא נשענת. עוד חשוב לציין כי כאשר נעשה שימוש מודע בקטגוריה זו, כמעט שאין קושי ממשי לתובעים להוכיח הפלייתם, שכן הוכחת מזרחיותם היא עניין פשוט למדי, ומרגע שקיימת הכרה משפטית בהיותם משתייכים אפוא לקבוצה מופלית, קשה לראות כיצד לא תתקבלנה תביעותיהם. הערכתי היא כי אז יתייחס בית המשפט לטענת זהותם הברורה ביתר טבעיות, כפי שהוא נמנע למשל מלערער על טענות זהות של ניזוקים ממוצא ערבי או אתיופי התובעים מכוח החוק.

קטגוריית הגזע הפשטנית, הקיימת כיום בחוק כיסוד הפליה, נחשפת בפסיקה זו של בית המשפט כאלמנט "מטהר" של משהו מורכב בהרבה, ובכך נחשפת חולשתה. ברוח משנתו של הסוציולוג לאטור, שלדעתו התקופה המודרנית מתאפיינת בפעולות בד בבד של הכלאה (hybridization), הנחווית במציאות היום-יומית, וטיהור (purification) מושגי של שדות ידע, משמש החוק למניעת הפליה כלי לפישוט, ויש שיאמרו כלי פשטני, של תופעה חברתית מורכבת.²²¹ כאחד ממייצגיה הבולטים של המודרנה החוק משמש בתפקיד החשוב של מערכת לטיהור מורכבויות חברתיות ופישוט שלהן לכדי שדות ידע נבדלים, מדעיים ואובייקטיביים.²²² לעומת זאת המציאות החברתית מייצרת התנסויות וישויות מורכבות, בנות-כלאיים. למשל, בקביעת הקטגוריות בחוק איסור הפליה השתמש המחוקק במה ש"מוכר" לו ממסגרות שיח איסור-ההפליה באשר הן, אולם המציאות הישראלית אינה מנהלת שיח גזעי אפילו כלפי המופלים ביותר בקרבה, הפלסטינים, הנתפסים כמי שחולקים עם היהודים את אותו גזע שמי, ותחת זאת היא מנהלת פרקטיקה של הגזעתם.²²³ החוק אפוא מפעיל מאמץ מודרני קלסי לטהר את תפיסת ההפליה בישראל תחת אשר יעשה מאמץ להתאימו לדפוסי מורכבות ההפליה בחברה הישראלית. לעומתו, בית המשפט מבצע בפרשת צדוק פעולה של "עיבוי" מושג זה דרך השימוש בעקרון ההגזעה, המורכב יותר, ובכך קורא תיגר על דיכוטומיה מודרנית סותרת זו שעליה מצביע לאטור. בדרך ברורה וחדשנית קובע השופט: "על יסוד תוכנות משפטיות וסוציולוגיות קבעתי כי [...] התובעים [...] נפלו קורבן להפליה גזעית".²²⁴

221 להבנת תמצית משנתו של לאטור אפשר לעיין בתרגום המוצע אצל ברוננו לאטור "מעולם לא היינו מודרנים: מסה באנתרופולוגיה סימטרית – מבחר פרקים" תיאוריה וביקורת 26, 43 (אבנר להב תרגם, 2005).

222 Martha Minow & Elizabeth V. Spelman, *In Context*, 63 S. CAL. L. REV. 1597 (1990). המחברות רואות במשפט כלי חברתי המנטרל משמעות של הקשר, היסטוריה, תרבות וכיו"ב גורמים המשפיעים על תפיסתנו את עולמנו כמורכב.

223 שנהב ויונה, לעיל ה"ש 19.

224 פרשת צדוק, לעיל ה"ש 133, פס' 79 לפסק דינו של השופט פרידלנדר.

נוסף על כל אלה, קטגוריית ההגזעה מאפשרת לחשוף את האדנים הרעועים והשקריים שעליהם בנוי מיתוס הגזע תוך שהיא מכירה בתוצאותיו הקשות ובאפקטיביות הפוגענית שלו. היא פוטרת את בתי המשפט מן העול ופותרת את הדיסוננס שבמסגרתו מחד גיסא קיים רצונם לבער את נגע ההפליה בחברה, ומאידך גיסא קיימת רתיעתם מהאפשרות שהכרתם בקיומה של הגזענות תאשש בדרך כלשהי את עצם קיומה. זהו השימוש בפועל במהותניות, כפי שהציעה ספיבק, כעניין אסטרטגי בלבד.²²⁵ שנהב ויונה מתארים דיאלקטיקה משתקת זו באשר לקטגוריית הגזע כך: "גזע" נתפס כקטגוריה אפיסטמולוגית גם על-ידי אלו שמבקשים לדחות את מעמדו האונטולוגי.²²⁶ שיח ההגזעה המוצע כפרשנות ראויה לקטגוריית הגזע שבחוק מאפשר הקלה בהתמודדות עם קושי מובנה זה. השימוש באפיסטמולוגיה של הגזעה גם ישחרר את בית המשפט מדפוסים חשיבה קטגוריאליים וסטראוטיפיים – למשל כאלה הקובעים כי מזרחים הם שחומי עור, מדברים בח' וע' גרוניות ונראים "ילדים רעים" במקרה הטוב ו"ערסים" במקרה הרע. ודוק: תובנה זו מאפשרת גם שחרור של מזרחים מאותם סטראוטיפים, גם בתוך שיח שבו הם נאלצים לחזור אל קטגוריות שמהן הם מבקשים לברוח.²²⁷ למשל, לאורה של תובנה זו היה אפשר לראות סמן שלילי בפסק דין שבו סירבה השופטת להכיר בטענתם של התובעים כי הופלו על רקע היותם מזרחים בנמקה כי התובעים נראים "בחורים נאים, צעירים מנומסים, לבושים יפה, מדברים בנועם, ולא נראית כל סיבה מיוחדת להפלותם[...]...", ולכן לא סביר שהופלו על רקע זה.²²⁸

נוסף על מהלך של פירוש קטגוריית הגזע בחוק כהגזעה נראה כי פתרון נוסף יהיה אפשר למצוא בתיקון רשימת הקטגוריות בחוק בצורה שתאפשר למזרחים שימוש אפקטיבי יותר בהן. כאן אני מחזירה את הקורא/ת אל הצעתי להשתמש בקטגוריה הרחבה של מוצא במקום זו המצומצמת של ארץ מוצא, ובכך לאפשר למוצאם של מזרחים כפי שהוא מתבטא במראם, בשמם, בשם משפחתם ועוד, ולא רק בארץ שבה נולדו הם או הוריהם, להיות הבסיס להגנה עליהם מפני הפליה.

2. בג"ץ עמנואל – תחילתו של שינוי מיוחל?

בתחומי הזמן והעניין של מאמר זה נראה חיוני לדון – גם אם בקצרה – בתרומתו לסוגיה של פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת עמנואל. לפסק הדין נגיעה ישירה לטענותי כי מיגור ההפליה נגד מזרחים בישראל על יסוד הכרה בהקשר הרחב של מיקומם

225 Spivak, לעיל ה"ש 34.

226 שנהב ויונה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 15.

227 הרעיון הוא כמובן שמזרחים מבקשים לברוח מהזהות המזרחית ככל שזו מלאה בסטראוטיפים פוגעניים וגורמת לחשיפתם להפליה על פיה.

228 תא"מ (שלום הרצ') 7755/06 זרביב נ' ב.ת.א 5 החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2208).

החברתי הנמוך תיתן בידיהם ובידי בתי המשפט כלים טובים יותר לזיהויה של הפליה זו ולהתמודדות שיטתית עמה. בבג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך²²⁹ נדונה פרשת הפרדתן הבוטה של תלמידות מזרחיות מתלמידות אשכנזיות בבית הספר החרדי שבעיר עמנואל. בדחותם את הטענה לבסיס דתי-רב-תרבותי להפרדה קבעו שלושת שופטי ההרכב פה אחד כי מדובר בהפליה אסורה. מבחינה זו הושגה מטרת הפסקת ההפליה בקביעה חדה זו. אלא שעיון מקרוב בעמדות השופטים מגלה את השוני בשיח שהובילם להחלטתם ואת משמעותו של שוני זה לשיח המאבק בהפליית מזרחים בישראל. השופט אדמונד לוי, שאל עמדתו הצטרפה השופטת ארבל, תיאר את ההפליה שלפניו במונחים המוכרים מעולם הדת, מושגים בעלי משמעות א-פוליטית, בדבר תלמידות ממוצא ספרדי אשר הופרדו מחברותיהן ממוצא אשכנזי. משכך, אין השופט לוי מסווג את ההפליה שלפניו כעדתית אלא פונה ישירות למיגורה תוך שימוש בכלים מנהליים לא-חוקתיים בדבר החובה להעניק חינוך באופן שוויוני.²³⁰ לעומתו, השופט מלצר מציג שיח אחר לחלוטין. מיד בפתח דבריו הוא מזהה את היסוד להפליה הנדונה כ"מוצא עדתי", ובכך מחלץ עצמו מהשיח העדתי-דתי של "ספרדים ואשכנזים".²³¹ על כך יש להוסיף את שימושו בביטוי הפוליטי "תלמידות ממוצא מזרחי" לתיאור המופלות תחת שיתייחס אליהן, כקודמיו, כ"ספרדיות".²³² גם במישור ההנמקה פורץ השופט מלצר את גבולות הניתוח הטכני-למחצה של חבריו להרכב ומטפל בסוגיה בראש ובראשונה כחוקתית. הוא מזהה את ההפליה העדתית שלפניו כמשפילה וכפוגעת פגיעה אסורה בזכות החוקתית לכבוד. רק אז פונה השופט לדיון במישור המנהלי-טכנוקרטי

229 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009) (להלן: פרשת עמנואל).

230 השופט לוי ממקד את ניתוחו בזכותן של קהילות לקיים מסגרות חינוכיות התואמות את תפיסת עולמן (שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט לוי), והוא אינו נוקק כלל בניתוחו לחוק-יסוד כלשהו. רק בשולי דבריו מכנה השופט לוי את ההפליה שלפניו "הפליה עדתית" (שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי הוא מדבר על "שיוך עדתי" ככזה שאסור שישמש בסיס לאי-קבלה לבית הספר). ניתוחו את חובת השוויון והזכות לחינוך נעשה עוד בטרם זיהוי זה. השופטת ארבל אף היא מכנה את המקרה באופן סתמי כ"הפליה" מבלי לקטלגה כבעלת יסוד של מוצא עדתי.

231 השופט מלצר מפנה בפסק דינו אל חוק איסור הפליה, כמקור נוסף לאיסור הפליה על-ידי בית הספר. שם, כמה מעניין, הוא בוחר להדגיש דווקא את החלופה של "ארץ מוצא" כרלוונטית למקרה שלפניו. בחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ס"ח 402, אליו הוא מפנה גם כן, לעומת זאת, הוא מדגיש את חלופת איסור ההפליה מ"טעמים עדתיים" דווקא. שימוש זה בקטגוריות שונות מתיישב היטב עם התופעה שהוצגה קודם, לעיל ה"ש 151 והטקסט הסמוך לה.

232 השופט מלצר מבהיר זאת מפורשות בהבדילו את ההפליה העדתית מהנמקת הנתבעים, אותה הוא מכנה "כאילו-דחית". שם, בפסק דינו של השופט מלצר. עם זאת, יש לציין כי פסק דינו של השופט מלצר לא חורג מתחומי המקרה אל הצגת הפלייתם של מזרחים בחברה הישראלית באופן רחב יותר, והוא נותר בתחומי החינוך החרדי בבית הספר הזה לבדו.

העולה מן המקרה, שלפיו אין ההפרדה יכולה אלא להיחשב הפליה ומחייבת את התניית המשך מתן הרישיון לבית הספר בהפסקתה. דומני כי לאור הניתוח שהוצג במאמר זה יהיה אולי אפשר לסמן פסק דין זה כמפגש נוסף של המאבק המזרחי בהפליה, שבו יצר השופט מלצר פתח לשיח חדש, רחב יותר, על אודות הפליה זו. נקל לראות כיצד יוכל פסק דינו לשמש במאבקים מזרחיים אחרים בתחומי חיים אחרים בצורה אפקטיבית יותר מזו שבה יהיה אפשר להשתמש בפסקי דינם של חבריו להרכב. לחיזוק טענה זו אפשר להשוות את פסק הדין המינוני בעניין עמנואל לפסק דין דרמטי שניתן כשנה לאחריו בבג"ץ טבקה נ' שרת החינוך בעניין הפליה בקבלה לבית הספר של תלמידים ממוצא אתיופי – קטגוריה מוכרת בשיח החברתי והמשפטי בישראל.²³³ פסק הדין הוא כולו מניפסט חוקתי של הכרה בזכות לשוויון של אנשים ממוצא אתיופי בישראל. משפט הפתיחה שלו – "בענייננו, מדובר בשאלה עקרונית בעלת ממד חוקתי, שעניינה שוויון ומניעת הפליה בחינוך" – אומר הכול על התפיסה הראויה של המקרה כבעל משמעות חוקתית-חברתית-מוסרית קולקטיבית.²³⁴ בה בעת מסמנת אמירה זו בצורה ברורה ושונה את דינו של אותו בית משפט, רק שנה קודם לכן, בסוגיה זהה, אז נפתח הדיון בהכרעה במשפט בשיח טכנוקרטי על אודות מרכיביו של חוק חינוך חובה.²³⁵

סיכום

- 233 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).
- 234 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, תחת הכותרת, "הכרעה". חשיבות הנושא הייתה כה רמה בעיני בית המשפט, עד כי ראה בה הצדקה לדון בעתירה, אף שהפכה תאורטית בעת מתן פסק הדין. את בחירתו לדון בעתירה בכל זאת מנמק בית המשפט כך: "ראינו מקום ליתן הכרעה עקרונית בסוגיות העולות בעתירה, כדי להבהיר באמצעותה את אמות המידה המשפטיות, אך גם החברתיות והמוסריות, הנלוות לערך השוויון ואיסור הפליה בחינוך".
- 235 הציטוט המדויק הוא: "מושכלות יסוד הם, כי במדינת ישראל זכאים הילדים ובני הנוער לחינוך חינוך, מכוח סעיף 7 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949". פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 229, פס' 9 לפסק דינו של השופט לוי. הברדל בולט נוסף בין פסקי הדין הוא העימות הישיר בסוגיה שניהל בית המשפט בפרשת טבקה, לעיל ה"ש 233, עם משרד החינוך והרשויות המקומיות ואחריותם לטפל במחדל הפליה. בית המשפט הקדיש פרק שלם בפסק הדין למה שכינה "האמצעים הנתונים בידי הרשויות המוסמכות למניעת מצבים של הפרת הזכות לשוויון בחינוך". בכך יצר חיבור מלא בין "הסיפור הפרטי" של העותרים והאחריות החברתית שמוסדות המדינה חבים בה כלפי כלל האוכלוסייה ממוצא אתיופי. למול זה, ההתייחסות לחובות משרד החינוך בפרשת עמנואל, שם, הייתה מינימלית ביותר. במקביל, העיסוק הישיר מול הורי התלמידות האשכנזיות במסגרת ההתפתחויות הדרמטיות של אכיפת פסק הדין תרם, לעניות דעתי, להתייחסות המקומית-פרטית לסוגיה, ולתפיסתה כשייכת "לעולם החרדי" בלבד. כאן חשוב לציין כי ההבדלים האמורים אינם נוגעים לפסק דינו של השופט מלצר שישב גם בשני ההרכבים, וראה לנוכח בעצמו לחבר בין שני המקרים כדומים.

זיהויה של קבוצה כקבוצה מופלית חיוני לפרטיה בבואם לבקש סעד איסור-הפליה בבית המשפט. הוא חיוני לשם התחקות על שורשי ההפליה וזיהוי דפוסי השיטתיים. הקבוצה המזרחית לא זכתה להכרה כזו מידי של המשפט הישראלי. אי-הכרה זו דורשת חקירה מעמיקה של שורשיה, אך קווי המתאר של התהוותה נראים מורכבים משלבים שונים: בשלב הראשון התעלם המשפט מקיום הקבוצה, בשלב השני סירב מפורשות להכיר בקיומה, ובשלב השלישי הפנים את דינמיקת ההכחשה בציבוריות הישראלית בעקפו בכל פעם מחדש את "מכשול" ההכרה בקבוצה תוך שהוא עוסק שוב ושוב בתביעות הפליה שמביאים לפניו חבריה. חברי הקבוצה עצמם השפיעו אף הם על התנהלות זו והושפעו ממנה, ואפשר לזהות בתביעותיהם פעולה בתיאום עם דינמיקת ההכחשה וההתנגדות לה כאחד. חוק איסור הפליה משמש כיום נקודת שיא, כרונולוגית ומעשית, להמחשת מורכבות זו. כשאר חוקי זכויות האדם המבקשים להגן על עקרון השוויון הוא מיועד לא רק לפצות בגין הפליה מזיקה אלא גם לשרשה מחברה דמוקרטית שוחרת שוויון. המאמר ביקש לבחון כיצד מושפעת הפעלת חוק זה, האמור לשרת ייעודים אלה, מהדינמיקה החברתית שבה הוא נוצר וממומש. במובן זה סיפורה של הקבוצה המזרחית ממחיש את אחד הכשלים המרכזיים המוטמעים במשפט בכלל ובשיח איסור-הפליה שאותו מייצג חוק זה בפרט, וההופכים אותו לכלי צר מלהכיל את מגוון צורות ההפליה שהמציאות המורכבת מייצרת. הקבוצה המזרחית מאתגרת את המשפט דרך התרבות הישראלית הייחודית, שבה זיהויה מוכר, אך ההפליה שממנה סובלים חבריה וחברותיה אינה מוכרת בשל דינמיקת ההכחשה הפועלת נגדם. המשפט מביא אפוא אל מפגש זה את המסגרות המסורתיות להכרה בהפליה, המעוצבות באופן הצר מלהכיל את מורכבות ההפליה שיוצרת אותה דינמיקת הכחשה. על רקע מפגש זה קשה שלא להעריך את מאמצייהם הכנים של רוב בתי המשפט למגר את תופעת ההפליה במועדונים נגד מזרחים. אלה נאלצים לפעול בתוך המרחב המצומצם שקטגוריות החוק הרדוקטיביות מאפשרות להם מחד גיסא, והמרחב התרבותי הצר שמאפשרת להם דינמיקת ההכחשה מאידך גיסא. מרחבים אלה מכתיבים דפוסים חוזרים של בעייתיות ביישום החוק, כפי שעולה מסקירת פסקי הדין שניתנו מכוח החוק. הצעתי היא שתחת שיתאימו את מהלכיהם למרחבים מצומצמים אלה, יפרצו להם בתי המשפט מרחב חדש, אחר, המאפשר הכלה של המורכבות והשינוי התדיר של אופני ההפליה של מזרחים בישראל. מרחב חדש זה יכול להתקיים אף בלא תיקון החוק, המוצע על ידי. הוא מצוי בהמשגת הגזעה כפרקטיקה מורכבת, מודרנית ובעלת מגוון רחב של פעולות, אשר תאפשר טיפול אפקטיבי יותר במעמד הנחות של אלה הסובלים ממנה. במובן זה חשיבות יצירת המרחב החדש מגעת הרבה מעבר לטווח עניינם של מזרחים ומזרחיות, והיא תאפשר התמודדות איכותית ואפקטיבית של המשפט עם תופעות הפליה מורכבות בישראל המשנות תדיר פנים, נסיבות וסובייקטים.²³⁶

236 אפשר למשל לטעון כי גם הפליה נגד מהגרי עבודה אינה מוגנת כולה על ידי החוק כלשונו. במקרים

רבים ארץ המוצא אינה רלוונטית או אינה ידועה למפלה. "גזעם" של המופלים לא תמיד משנה או ניתן לאבחון (אצל מהגרות ומהגרי עבודה מרומניה, למשל) וכו'.