

על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית- המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?

משה כהן-אליה*

בפסיקת בית-המשפט העליון ב-25 השנים האחרונות חל שינוי ברור בתפיסה של עקרון איסור ההפליה בנוגע לקבוצות מוחלשות – מעבר מעיקרון האוסר כוונות מפלות לעיקרון האוסר תוצאות מפלות. מאמר זה עורך טיפולוגיה של טענות הפליה שנדונו בפסיקה, וממקם טענות אלה בין גישות ממוקדות-כוונה לבין גישות ממוקדות-תוצאה לעקרון איסור ההפליה. המאמר טוען כי רטוריקת השוויון התוצאתי בפסיקת בית-המשפט העליון ממלאת לרוב ערך מכשירני לחשיפת מצב תודעתי של כוונה מפלה, ואין היא מבטאת מחויבות טבועה לעקרון השוויון בתוצאות. נוסף על כך, המאמר מפתח מושג חדש בתחום דיני ההפליה – "אדישות מפלה". אדישות מפלה מתקיימת כאשר מקבל ההחלטה חותר להשיג מטרה לגיטימית שיש לה תוצר-לוואי מפלה לגבי קבוצות מוחלשות. המאמר טוען כי כאשר המדינה אדישה לחלוטין לתוצר המפלה, היא מבטאת אמפתיה בְּרִינִית, שאינה אלא חוסר כבוד כלפי החברים בקבוצה המוחלשת, באופן שקרוב לחוסר הכבוד שכוונה מפלה מבטאת.

מבוא. א. היסודות העיוניים של גישת הכוונה המפלה ושל גישת התוצאה המפלה: 1. גישת הכוונה המפלה; 2. גישת התוצאה המפלה; 3. כוונה ותוצאה – ציבורי ופרטי. ב. כוונה מפלה לעומת תוצאה מפלה בפסיקת בית-המשפט העליון: 1. כוונה מפלה בפסיקה; 2. השימוש המכשירני של הפסיקה בגישת התוצאה המפלה. ג. אדישות מפלה: 1. ייצוג הולם; 2. התאמות סבירות; 3. קריאה מחודשת של קטגוריות מורכבות; 4. בין אדישות לבין כוונה. ד. סיכום.

* נשיא, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודה למורן רגב על עבודת מחקר מעולה. אני מבקש להודות גם ליפעת ביטון, לעידו פורת, לגילה שטופלר וליופי תירוש על הערות מועילות לגרסאות מוקדמות של מאמר זה. תודה לעורכי כתב-העת משפט וממשל וכן לקוראים החיצוניים על הערות מצוינות, שחלקן השפיעו על קו הטיעון של מאמר זה.

מבוא

בפסיקת בית-המשפט העליון בעשרים וחמש השנים האחרונות ניתן להבחין בשינוי בתפיסה של עקרון איסור הפליה בנוגע לקבוצות מוחלשות – מעבר מעיקרון האוסר כוונות מפלות לעיקרון האוסר תוצאות מפלות. תמה חוזרת ונשנית בפסיקה היא שכוונות אינן קונקלוסיביות לצורך הוכחת קיומה של הפליה נגד קבוצה מוחלשת, וכי בית-המשפט חותר להשיג שוויון בתוצאות.¹ לפי גישת השוויון בתוצאות, ליסוד הנפשי של מקבל ההחלטה אין חשיבות מכרעת, והערך המוסרי של פעולתו נמדד ביחס לתוצאות בפועל. שינוי זה ברטוריקת ההנמקה מרמז למעבר מתפיסה דאונטולוגית של עקרון איסור הפליה, המטילה איסורים קטגוריים על

1 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333–334 (1988) ("השאלה אינה רק מהו המניע של המחליט; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון"); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 759, 749 (1990) ("כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית"); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241–242 (1994) ("קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על פי האפקט שדבר חקיקה משיג הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטראלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה... הפליה עשויה להיות 'נסתרת' ו'שיטתית', במובן זה שאין היא מופיעה 'על פני' הנורמה, אלא נובעת מ'האפקט' של הנורמה"); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 516 (1994) (להלן: עניין שדולת הנשים) ("רעיון 'ההעדפה המתקנת' (או: 'המקדמת', affirmative action) נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית" (ההדגשה במקור)); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 766, 749 (1994) ("אכן, ההפליה אינה נקבעת אך על-פי רצונו ומחשבתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה"); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279 (2000) ("התוצאה (ה'אפקט') של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט של ההחלטה או של המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה"); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351–352 (2000) ("העובד [ירי] נטל זה אם יוכיח כי הלכה למעשה מתקיימת אצל המעביד תוצאה של הפליה על בסיס של גיל"); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, פס' 45 לפסק-דינו של השופט חשין (1998) ("השאלה אם נוצרו אי-שוויון והפליה תיבחן – כפי שראינו – על-פי התוצאה, ולא על-פי הכוונה. כוונה טובה אין די בה להקדים יום יפה, אין די בה כדי להועיל, אם התוצאה המתקבלת היא תוצאה של הפליה"); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 51 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) ("כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי 'הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות'"); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006) ("הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה").

כוונות מפלות, לתפיסה הבוחנת את התוצאות המפלות בפועל, גם בהעדר הוכחה לקיומה של כוונה מפלה. מעבר כזה תואם שינויים בעלי אופי כללי במשפט הישראלי בכללותו, ובמשפט הציבורי בפרט, של ירידת הנמקות פורמליות וקטגוריאליות ועליית הצדקות מהותיות.² מאמר זה עורך טיפולוגיה של טענות הפליה, ובוחן את הזיקה שבין הסוגים השונים של טענות ההפליה לבין גישת הכוונה וגישת התוצאה. מסקנת הניתוח היא שקיימת קשת רחבה של סוגי הפליה על הרצף שבין כוונות לתוצאות, וכי היחסים בין כוונה לתוצאה אינם בינריים, אלא ליניאריים. מאמר זה מבקש לתרום לספרות שרטוט של תמונה מורכבת של המושג החמקמק "כוונה מפלה" והצגה שיטתית ומסודרת של כל קטגוריות המקרים שניתן לכלול בתוך מושג זה.

מסקנה מרכזית נוספת שעולה מניתוח פסקי-הדין המאמצים את דוקטרינת השוויון בתוצאה היא שנידירים המקרים שבהם בית-המשפט מטיל אחריות מוחלטת בגין הפרה של עקרון איסור ההפליה, וכי למרות הרטוריקה של שוויון בתוצאות, בית-המשפט מייחס חשיבות – במפורש או במובלע – למצב התודעתי של מקבל ההחלטה. במילים אחרות, השוויון התוצאתי בפסיקה בית-המשפט העליון הוא לרוב בעל ערך מכשירני (אינסטרומנטלי) לחשיפת מצב תודעתי מפלה, ולא בעל ערך טבוע (אינטרניזי), ואין הוא מבטא נטישה של התפיסה הדאונטולוגית של עקרון איסור ההפליה. כלומר, גם במקרים שבהם בית-המשפט פוסק כי לא הוכחה כוונה מפלה ועובר להנמקה של שוויון בתוצאות, הוא נשאר עדיין בתוך תפיסת שוויון ממוקדת-כוונות. נוסף על כך, המאמר מפתח מושג חדש בתחום דיני ההפליה – "אדישות מפלה". אדישות מפלה מתקיימת כאשר מקבל ההחלטה חותר להשיג מטרה לגיטימית שיש לה תוצר-לוואי מפלה לגבי קבוצות מוחלשות. במקרים שבהם הגורם השלטוני הפועל אדיש לחלוטין לתוצר המפלה, הוא מבטא אמפתיה ברינית (סלקטיבית), שאינה אלא חוסר כבוד כלפי החברים בקבוצה המוחלשת, באופן שקרוב לחוסר הכבוד שכוונה מפלה מבטאת.

המאמר מתקדם באופן הבא: פרק א מציג את שני קצות הקשת – גישת הכוונה הטהורה וגישת התוצאה הטהורה. הוא חושף את היסודות המוסריים העומדים ביסוד כל אחת מהגישות, ומגדיר את התפקיד שבתי-המשפט צריכים למלא כדי להגשימה. חלק זה גם מצביע על החולשות של כל אחת מהגישות – הן ביחס למידה שבה כל אחת מהן מגשימה את מטרותיו של עקרון איסור ההפליה, והן בנוגע לגבולות הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית המתפקדת במסגרת כל אחת מהן. פרק ב עושה שימוש בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון כחומר-גלם לזיהוי סוגים שונים של טענות הפליה על הרצף שבין כוונה לבין תוצאה, ביניהם זדון וכוונה רעה, חשיבה סטריאוטיפית בתום-לב, הבאה בחשבון של העדפות מפלות של לקוחות, הפליה סטטיסטית, וטענה בדבר עלויות כרציונליזציה של כוונה מפלה. חלק זה גם חושף את התפקיד

2 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993); מני מאוטנר "דברים בדיון 'עשרים שנה לספר 'ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי'" (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 5.3.2013), נגיש בכתובת www.tau.ac.il/law/mautner/lecture/lect.yeridat.ha-formalism.doc. לאפיון דומה של בית-המשפט העליון בעידן ברק ראו גם משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012).

המכשירני שרטוריקת השוויון התוצאתי ממלאת בפסיקת בית-המשפט העליון כדרך לחשיפת כוונות מפלות. פרק ג מתמקד בתביעות לשוויון שנושאות אופי תוצאתני מובהק יותר, כגון החובה להבטיח ייצוג הולם של נשים וערכים או הדרישה לערוך התאמות סבירות לאנשים עם מוגבלות. חלק זה מראה כי אפילו בתביעות תוצאתניות מובהקות מסוג זה בית-המשפט מייחס משקל למצבם התודעתי של מקבלי החלטות, וכי מצב תודעתי של אדישות, זלזול או אי-הפנמת קיומה של הנורמה השוויונית הוא שמוביל לפסילת החלטות שיוצרות חוסר שוויון בתוצאה. חלק זה גם מצביע על הקרבה המוסרית שבין האיסור לפעול על-פי כוונות מפלות לבין האיסור לגלות אדישות מוחלטת כלפי הנורמה השוויונית.

המהלך המרכזי במאמר, אם כן, אינו נורמטיבי, אלא תיאורי ואפיוני: הטענה היא שלמרות הרטוריקה של שוויון תוצאתי אשר בולטת בפסיקת בית-המשפט העליון, פסיקה זו אינה מבוססת על תפיסה של אחריות מוחלטת לתוצאה המפלה, וכי בפועל ניתן משקל משמעותי ליסוד הנפשי של מקבל החלטות, בין שמדובר בכוונות מפלות ובין שמדובר באדישות מפלה. אף שמאמר זה מסתפק במהלך תיאורי, הוא מונע גם מתפיסה שמזהה את הפרקטיקה של בית-המשפט כפרקטיקה מוצדקת, כלומר, כנובעת מאינטואיציה נכונה של השופטים שלפיה ביקורת שיפוטית בתחום של עקרון איסור ההפליה היא מוצדקת רק כאשר יש יסוד סביר להניח כי המצב התודעתי של מקבל החלטות היה פגום. עם זאת, במאמר זה לא אשטח את הטיעונים הנורמטיביים לטובת תפיסת הכוונה המפלה ונגזרותיה, ואני מותיר זאת למחקר עתידי.

א. היסודות העיוניים של גישת הכוונה המפלה ושל גישת התוצאה המפלה

קיימות שתי גישות עיקריות להבנת התפקיד של עקרון איסור ההפליה. האחת תופסת את עקרון איסור ההפליה ככלל משפטי האוסר באופן קטגורי קבלת החלטות המבוססות על כוונה מפלה. הגישה האחרת רואה בשוויון בתוצאות אידיאל שיש לחתור למימושו, ותופסת את עקרון איסור ההפליה כמנגנון לחלוקה-מחדש שוויונית, שתחולתו אינה תלויה בקיומה של אשמה, כוונה ומניעים מפלים מצד מקבל החלטה. שתי הגישות מבוססות על תורות מוסר שונות, אשר מעצבות היקף תחולה שונה של עקרון איסור ההפליה ומגדירות תפקיד שונה לבית-המשפט החותר למימושו.

1. גישת הכוונה המפלה

התפיסה הקלאסית של עקרון איסור ההפליה היא תפיסה הדורשת פעולה על יסוד כוונות לא-מפלות. לפי תפיסה זו, עקרון איסור ההפליה בא למגר קבלת החלטות שיסודן בתחושות של דחייה, עוינות, עליונות, גועל ורתיעה כלפי אנשים המשתייכים לקבוצות המזוהות כ"אחר" בחברה.³ ההיסטוריה מלמדת כי מאז ומעולם נטו קבוצות להבטיח את עליונותן על קבוצות

3 משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 197–199 (2005).

אחרות באמצעות קביעת מדרגים.⁴ ההצדקה למדרג נמצאה בדת או ב"חוקי הטבע", והוא הובטח באמצעות הקפדה על עקרונות של טהרה והפרדה.⁵ הדגם המובהק של דפוס חברתי זה הוא שיטת הקסטות (מבנה חברתי מדרגי) בהודו. אחד ההסברים המקובלים לקיומו של מדרג זה קשור לרצון להבטיח את מעמדם של העמים האינדו-אריים, שפלושו להודו לפני שלושת אלפי שנים, ביחס לאוכלוסייה המקומית.⁶ שיטת הקסטות אוסרת עירוב בין המעמדות השונים, ומבחינה ביניהם על יסוד עקרונות של טהרה וטומאה. חברי הקסטה הנחותה ביותר, "הטמאים", מילאו את התפקידים הבזויים ביותר בחברה, כגון פינוי אשפה, והוקרנו כלפיהם תחושות של גועל, דחייה וטומאה.⁷

החלטות פוליטיות המבוססות על כוונות ומניעים כאלה עושות דה-הומניזציה לקבוצות אוכלוסייה שלמות, ובספרות הן מכונות לעיתים "פוליטיקת הגועל".⁸ פוליטיקה זו הובילה את

DAVID R. HUGHES & EVELYN KALLEN, *THE ANATOMY OF RACISM: CANADIAN DIMENSIONS* 7 (1974).

עוגן דתי מרכזי לקביעת מדרג גזעי יציב הוא ההבחנה התנ"כית בין שלושת בניו של נח (שם, חם ויפת). על-פי הסיפור המקראי, חם חטא ועל-כן קילל אותו נח שצאצאיו יהיו "עבד עבדים" לאָחיו (בראשית ט 22–28). במדרשי אגדה מופיעה אמרה שלפיה על צאצאיו של חם הוטלה קללה ונגזר עליהם להיות שחורים (בראשית רבה, לו, ז). אמרה זו מקשרת בין חם וצאצאיו השחורים לבין תכונות פיזיות ומנטליות בלתי-רצויות. תפיסת האפריקאים שמדרום לטהרה כמקוללים וכמבזוים רווחה גם באסלאם באלף הראשון לספירה, ואותם שחורים קיבלו את המשימות המשפילות ביותר. ראו BERNARD LEWIS, *RACE AND SLAVERY IN THE MIDDLE EAST: AN HISTORICAL ENQUIRY* 53 (1992) (התפיסה הרווחת באסלאם הייתה שהאפריקאים מדרום לטהרה הם נחותים, נועדו לעבודות, ואינם שונים מבעלי-החיים הדוחים ביותר). הבחנה זו הייתה גם נחלת הנצרות בעידן המודרני. כך, במאה השבע-עשרה ציין האפיפיור ליאו העשירי כי השחורים האפריקאים הם צאצאיו של חם. המתרגם של כתביו לאנגלית קבע כי מדובר בעונש, ובכך העביר את המיתוס לתקופה המודרנית. Edith R. Sanders, *The Hamitic Hypothesis; Its Origin and Functions in Time Perspective*, 10 J. AFR. HIST. 521, 521–523 (1969). את אחד השרידים האחרונים של תפיסה גזענית-דתית זו היה אפשר למצוא במדיניות הקבלה של האוניברסיטה הדתית הפרטית "בוב ג'ונס" בארצות-הברית, אשר עד לאחרונה מנעה משחורים את האפשרות להתקבל ללימודים על יסוד האמונה הדתית הזו המבחינה בין שם, חם ויפת, כדי להבטיח שלא יהיה עירוב בין-גזעי. ראו Bob Jones University v. United States, 103 S.Ct. (1983) 2017.

Ananya Vajpeyi, *Subordinate and Marginal Groups in Early India*. Edited by Aloka Parasher-Sen, 63 J. ASIAN STUD. 1178 (2004). לתיאור היסטורי בהיר של הנטייה האנושית ליצור מדרגים קבוצתיים ראו יובל נח הררי *קיצור תולדות האנושות* 140 (בין אנשים חופשיים לעבדים), 140–141 ו-143–145 (שיטת הקסטות בהודו), 149–151 (בין גברים לנשים) (2011). MARTHA C. NUSSBAUM, *HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW* 89 (2004).

קיימת ספרות ענפה בתחום של "פוליטיקת הגועל", שהקו המאפיין אותה בא לידי ביטוי בניסיון להבין את התפקיד שהגועל ממלא בהוויה האנושית ואת השלכותיו על זכויות האדם ועל עקרון איסור ההפליה. ראו שם; Paul Rozin (1997); WILLIAM I. MILLER, *THE ANATOMY OF DISGUST* (1997); Dan M. Kahan, *The Progressive Appropriation of Disgust, in THE PASSIONS OF LAW* 63 (Susan A. Bandes ed., 1999); JULIA KRISTEVA, *POWERS OF HORROR: AN ESSAY ON ABJECTION* 1–32 (Leon S. Roudiez trans., 1982); IRIS M. YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* 144–147

האנושות בשתי המאות האחרונות לתוצאות הרוט-אסון, כגון רצח-עם, עבדות ומלחמות-עולם. תחולתן של תחושות אלה אינה מוגבלת לקבוצות גזע, אלא הן הוקרנו ומוקרנות גם אל נשים, ממזרים, הומוסקסואלים, אנשים עם מוגבלות, זרים וזקנים. זו "טומאת האחר".

(א) הפסיכולוגיה של ההפליה

שני מניעים פסיכולוגיים מרכזיים מובילים לתופעת ההפליה: רצונו של אדם להעצים את ערכו העצמי על-ידי הורדת האחר, והרצון להבין טוב יותר את העולם. המניע הראשון מתקשר לזרם הפסיכואנליטי בפסיכולוגיה, וראשיתו בתיאוריה הסמכותנית. לפי גישה פרוידיאנית זו, ילדים שעוברים חינוך נוקשה ומעניש מפתחים סופראגו חזק, שמוביל אותם להדחיק מאויים ותשוקות. אנשים כאלה עושים "הקרנה" (projection) של התסכולים המודחקים שלהם לעבר קבוצות אחרות, לרוב חלשות ודחויות, ומפתחים דעות קדומות.⁹ האטרקטיביות של תיאוריה זו, וכן של תיאוריות הֶנְיֵעִתוֹת (מוטיווציוניות) נוספות, דעכה החל בשנות השבעים של המאה העשרים, לנוכח הקושי למצוא לה תימוכין אמפיריים.¹⁰ הזרם הבולט בתחום הפסיכולוגיה בעשורים האחרונים הוא הפסיכולוגיה הקוגניטיבית. זרם זה אינו תופס פעולה על יסוד סטריאוטיפים כביטוי להֶנְיֵעִה "רעה", אלא כביטוי לתהליכים קוגניטיביים נורמליים המסייעים לבני-האדם להבין את המציאות המורכבת שמסביבם. לפי גישה זו, הסטריאוטיפים, כסוג של הכללות, הם כלי חיוני לצורך עיבוד מידע רב שבני-האדם נחשפים אליו בכל רגע מחייהם. כאשר אנחנו נתקלים לראשונה באדם, אנחנו נוטים לא לזכור את שמו, וזאת מכיוון שמשאבינו הקוגניטיביים מתועלים לסיווגו בתוך מערך של הכללות שעוזר לנו להבין טוב יותר אותו ואת הציפיות שלנו ממנו. ממצא חד-משמעי שעולה ממחקריהם של פסיכולוגים קוגניטיביים הוא שרובם המכריע של בני-האדם פועלים על-פי סטריאוטיפים או דעות קדומות, כולל אנשים הגונים אשר באופן כן מאמינים בערך השוויון

(1990). יאנג טוענת, על יסוד התיאוריה של קריסטבה, כי כשם שתינוק עושה שימוש ב"גועל" כדי לבדל בינו לבין אמו (אך בה-בעת מכיר בכך שהיא חלק ממנו), כך גם בני-האדם עושים שימוש בגועל כדי להעמיד גבולות ביחסים שבין קבוצות אוכלוסייה ("בינינו" לבין "האחר"). הדבר נכון במיוחד כאשר האחר אינו שונה באופן מהותי מאיתנו או כאשר יש איום על הזהות העצמית של "האני". תופעה זו יכולה להסביר את גילויי הגזענות הגדולים יותר בקרב החלקים המוחלשים של הגזעים ההגמוניים (תופעת ה-poor white racism), את הגילנאות ביחס לזקנים (הנובעת מהחשש מפני מותנו) או את היכולנות ביחס לאנשים עם מוגבלות (הנובעת מהחרדה ביחס לגורלנו).

THEODOR W. ADORNO ET AL., THE AUTHORITARIAN PERSONALITY (1950); GORDON W. ALLPORT, THE NATURE OF PREJUDICE (1954). 9

Roy F. Baumeister, Karen Dale & Kristin L. Sommer, *Freudian Defense Mechanism and Empirical Findings in Modern Social Psychology: Reaction Formation, Projection, Displacement, Undoing, Isolation, Sublimation, and Denial*, 66 J. PERS. 1081 (1998). 10

ושוללים סטריאוטיפים גזעיים ומגדריים.¹¹ חשיבה על-פי סטריאוטיפים, לפי גישה זו, היא אפוא ביטוי נורמלי לצורך של בני-האדם בהפשטה של מציאות מורכבת לצורך הבנתה. אך אם ההפליה אכן נובעת רק מהצורך האנושי להבין טוב יותר את המציאות, אזי לא אמור להיות הבדל בין בני-אדם בנטייתם להפלות. אבל המצב במציאות שונה, והפסיכולוגים הקוגניטיביים שמצדדים בגישת ההבנה מתקשים להסביר באופן משכנע מדוע בפועל הנטייה להפלות גדולה יותר אצל אנשים מסוימים בהשוואה לאחרים. במילים אחרות, קיים גם מרכיב הִנְיָעָתִי באופן שבו אנשים תופסים את העולם. המשפטן החוקתי ג'ון הרט אילי תיאר זאת באורח משכנע: "דעות קדומות הן כמו עדשה שמעוותת את המציאות";¹² בשל העוינות, הדחייה והחרדה ש"האחר" מעורר אצלנו, אנחנו נוטים להקציץ הכללות רציונליות. כך, במקום לומר כי "הסיכוי שאזרח ערבי יהיה מעורב בפעילות טרור הוא נמוך, אם כי מעט גבוה יותר בהשוואה לאזרח יהודי", רבים עלולים לגלוש לאמירה שלפיה "כל הערבים טרוריסטים". היסוד הרגשי משפיע אם כן על האופן שבו הקוגניציה שלנו פועלת. אכן, הגישה הרווחת כיום בקרב פסיכולוגים להבנת תופעת ההפליה מניחה העדר בלעדיות הסברית של גישה זו או אחרת, ומשלבת את גישת הִנְיָעָה עם גישת ההבנה.

אחד המודלים המקובלים כיום להבנת התהליכים הפסיכולוגיים בתופעת ההפליה הוא המודל של "הצדקה-דיכוי". לפי מודל זה, התהליך שבו אנשים מתמודדים עם סטריאוטיפים ודעות קדומות הוא דו-שלבי: בשלב הראשון, האוטומטי, אנשים מגבשים עמדות על יסוד דעות קדומות שליליות, שחלקן על סף המודעות או אף בלתי-מודעות; ובשלב השני הם מחליטים אם לרכא או להצדיק את הדעה קדומה שגובשה בשלב האוטומטי, בהתאם למערכת האמונות והעמדות שלהם.¹³

כאשר אין לאותם אנשים שתופסים את עצמם כשוויוניים דרך סבירה להצדיק את ההעדפה המפלה, הם יימנעו מההפליה. אחד המחקרים הראה כי עובר-אורח לבן, שהיה עד-הראייה היחיד לתאונה, עזר לקורבן שחור באותה מידה שבה הוא עזר לקורבן לבן, אולם כאשר עובר-האורח הלבן לא היה העד היחיד לתאונה, הוא היה נכון הרבה פחות לעזור לקורבן השחור (38%) בהשוואה לעזרה שנתן לקורבן הלבן (75%). ההסבר לפער קשור ליכולתו של עד-הראייה הלבן להצדיק את התנהגותו. כאשר עובר-האורח הלבן לא היה העד היחיד לתאונה, הוא יכול לטעון כי הוא הניח שעד-הראייה האחר יעזור לקורבן השחור. אבל אם הוא היה עד-

I.V. Blair, M.R. Banaji, *Automatic and Controlled Processes in Stereotype Priming*, 70 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 1126 (1996); M.R. Banaji & C. Hardin, *Automatic Stereotyping*, 7 PSYCHOL. SCI. 136 (1996); P.G. Devine, *Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components*, 56 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 5 (1989); B.A. Nosek, M.R. Banaji & A.G. Greenwald, *Harvesting Implicit Group Attitudes and Beliefs from a Demonstration Web Site*, 6 GROUP DYN-THEOR. RES. 101 (2002)

JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 157 (1980) 12

Christian S. Crandall & Amy Eshleman, *A Justification-Suppression Model of the Expression and Experience of Prejudice*, 129 PSYCHOL. BULL. 414 (2003) 13

הראייה היחיד, לא עומדת לרשותו דרך סבירה להצדיק אימתן סיוע לקורבן השחור. הימנעות מסיוע במקרה כזה הייתה עלולה להתפרש, על-ידי או על-ידי אחרים, כהטיה גזענית.¹⁴

(ב) הפליה ותורת מוסר

ככל שעקרון איסור ההפליה בא להתמודד עם כוונות ומניעים פסולים, הוא מתפקד במסגרת תורת מוסר דאונטולוגית המטילה איסור קטגורי על שימוש באדם כאמצעי בלבד להשגת מטרות.¹⁵ כך, בעלי העבדים בארצות-הברית תפסו את העבדים כקניין – כחפץ נטול סוכנות (agency) ונטול רצון אישי אשר ממלא תפקיד מכשירני בלבד. במקור נועד עקרון איסור ההפליה להתמודד עם הקשע הגלום בדה-הומניזציה שנעשית לבני-אדם, בגועל ובטומאה שמוקרנים כלפיהם, בהחפצתם ובאי-ייחוס כל משקל לקיומם ולרצונם החופשי. עקרון איסור ההפליה במובנו זה מטיל אילוץ דאונטולוגי על קבלת החלטות שיש להן השפעה שלילית על קבוצות מוחלשות, והוא מכונה לעיתים בספרות ובפסיקה "שוויון גנרי". מובן זה שונה מ"השוויון המנהלי", העוסק בהחלטות המבוססות על שרירות, נפוטיזם, כשלים הנובעים מפעולה של קבוצות-אינטרס או בעיות נציג.¹⁶

המובן הדאונטולוגי של עקרון איסור ההפליה אינו עיוור לתוצאות. להפך, עיקרון זה בא למנוע שני סוגים של נזקים: ראשית, את הנזק הפסיכולוגי שכרוך באות-הקלון (הסטיגמה) המוטבע על מצחו של המופלה;¹⁷ ושנית, את המבנה המרוכב של הקסטה שנגרם על-ידי פוליטיקת הגועל.¹⁸ העובדה שעקרון איסור ההפליה בא למנוע את הנזקים החמורים שנלווים לקבלת החלטות המבוססות על פוליטיקת הגועל אינה הופכת אותו לעיקרון תוצאתני. זאת, מכיוון שעל-פי התפיסה הדאונטולוגית יש להוכיח גם קשר סיבתי בין הכוונה שביסוד פעולתו

14 Samuel L. Gaertner & John F. Dovidio, *The Subtlety of White Racism, Arousal, and Helping Behavior*, 35 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 691 (1977)

15 IMMANUEL KANT, *FOUNDATIONS OF THE METAPHYSICS OF MORALS* (trans. with an introduction by Lewis White Beck, 1959)

16 אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 287 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003).

17 מקור המילה "סטיגמה" הוא ביוונית, ומשמעה לעשות קעקוע באדם. בעבר נהגו להשתמש בקעקועים לשם ענישה פלילית – לסמן את העבריין ולהשית עליו את הבושה. ראו NUSSBAUM, לעיל ה"ש 7, בעמ' 217. למחקרו של ארווינג גופמן הייתה ההשפעה העמוקה ביותר על הבנת המשמעות החברתית של אות-קלון בחברה. ראו ERVING GOFFMAN, *STIGMA: NOTES ON MANAGEMENT OF SPOILED IDENTITY* 5 (1963) (הטלת אות-קלון על אדם מסמנת כי הוא חרג מנורמות חברתיות מקובלות, שהוא סוטה, טועה או בלתי-רצוי; אדם שמוכתם באות-קלון חברתי אינו נתפס כיצור אנושי שווה-ערך. הכתמה כזו גורמת נזק חמור לרווחתו הפסיכולוגית של אדם, פוגעת באופן חמור בכבודו ובדימויו העצמי, ומובילה לנידויו מהשתתפות שווה בחברה). בית-המשפט העליון האמריקאי התייחס לנזק מסוג זה בפסקי-הדין הבאים: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (סגרגציה במערכת החינוך בין שחורים לבין לבנים מעבירה מסר של נחיתות של השחורים); *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879); על הנזק שנגרם על-ידי אות-קלון ראו עוד *ANDREW KOPPELMAN, ANTIDISCRIMINATION LAW AND SOCIAL EQUALITY* 62 (1996) *Cass R. Sunstein, The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 241 (1994)

של מקבל ההחלטה לבין התוצאה המפלה. במילים אחרות, בהעדר כוונה מפלה, אין אחריות לתוצאה המזיקה. הדבר הרע הוא הכוונה הפסולה, והתוצאה היא אינדיקטיבית לכוונה הפסולה. ההיצמדות לדרישת הכוונה מבטאת מחויבות לעקרונות של אינדיווידואליזם ושל אחריות אישית.¹⁹ על-פי גישה זו, יש להטיל אחריות בגין גזענות, מינניות (סקסיזם) או הומופוביה רק משום שהתוצאה המפלה שמלווה אותם נגרמה על-ידי מניעים וכוונות פסולים. עקרון איסור ההפליה, לפי המובן הדאונטולוגי, הוא אפוא עיקרון מודרך-כוונה.

המודל החוקתי הקרוב ביותר לדגם הדאונטולוגי הוא המשפט החוקתי האמריקאי. החוקה האמריקאית נתפסת כמכשיר שבא להטיל אילוצים דאונטולוגיים על תחשיב תועלתני של קבלת החלטות פוליטיות.²⁰ למרות הפופולריות של הגישה התוצאתנית של משפט וכלכלה בתחום המשפט הפרטי האמריקאי, היא לא הצליחה ליהפך לזרם מרכזי במשפט החוקתי האמריקאי, והיא אף נמצאת במתח תמידי עימו.²¹ דחיית תחולתן של תפיסות תוצאתניות על החוקה האמריקאית היא פועל יוצא מתפיסה דמוקרטית שלפיה הזירה לגיבוש מדיניות היא בפורומים הייצוגיים, והחוקה היא החריג לכלל. היא מטילה אילוצים דאונטולוגיים באותם מקרים שבהם ניתן לחשוש כי יתקיים כשל בהליך הדמוקרטי או ייפגעו זכויות חוקתיות מנויות.²² בהתאם לכך קבע בית-המשפט העליון האמריקאי כי הזכות החוקתית לשוויון מופרת רק כאשר מוכחת כוונה מפלה, ודחה את תחולתה של דוקטרינת ההפליה התוצאתנית על השוויון החוקתי.²³

19 YOUNG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149–151.

20 Ronald Dworkin, *What Rights Do We Have?*, in TAKING RIGHTS SERIOUSLY ch. 12 (1977) (הזכויות החוקתיות נועדו לבלום תחשיב תועלתני באותם הקשרים שבהם ההיסטוריה לימדה אותנו לחשוך בקיומו של תחשיב תועלתני פגום). ראו גם Peter Brandon Bayer, *Sacrifice and Sacred Honor: Why the Constitution is a "Suicide Pact"*, 20 WM. & MARY BILL RTS. J. 287, 348–351 (2011) (הטוען כי ההיסטוריה החוקתית האמריקאית תואמת את התפיסה הדאונטולוגית של קנט). על תפיסה אשר מטילה אילוצים דאונטולוגיים על תחשיב תועלתני, ומחילה זאת בהקשרים חוקתיים, ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (2010).

21 Robert C. Post, *Constitutional Scholarship in the United States*, 7 INT'L J. CONST. L. 416, 422 (2009) (אף שתיאוריות של משפט וכלכלה משגשגות בענפי המשפט הפרטי בארצות-הברית, תחולתן בהקשר החוקתי מוגבלת ושנויה הרבה יותר במחלוקת).

22 United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938). לפרשנות הליכית של חוקת ארצות-הברית ראו ELY, לעיל ה"ש 12. הגישה ההליכית בוקרה בארצות-הברית, והיא שנויה במחלוקת. ראו Paul Brest, *The Substance of Process*, 42 OHIO ST. L.J. 131 (1981); Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 NYUL. REV. 469 (1981); Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theory*, 89 YALE L.J. 1063 (1980). עם זאת, אין מחלוקת שבהשוואה למשטרים חוקתיים אחרים, העיסוק האמריקאי העיקש ורב השנים בגירעון הדמוקרטי ובקושי האנטי-רובני של הביקורת השיפוטית הופך את הגישה ההליכית לאטרקטיבית יותר בארצות-הברית מאשר במדינות אחרות.

23 Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976) (עם זאת, כפי שאראה בהמשך, בארצות-הברית יש לשוויון התוצאתי תחולה, אם כי מוגבלת, בפרשנותם של חוקי איסור ההפליה (Civil Rights Acts), בעיקר בתחום העבודה). בית-המשפט העליון ריכך מעט את הלכת *Davis* בפרשת *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp.*, 429 U.S. 252 (1977), וכלל גם התייחסות מוגבלת לתוצאות בקביעת הסטנדרט החוקתי.

זכויות חוקתיות – ובכלל זה עקרון איסור ההפליה – מתפקדות בארצות-הברית במידה רבה כ"טעמים מוציאים", כלומר, הן קובעות מהם הטעמים שאי-אפשר להביא בחשבון בעת גיבוש מדיניות ממשלתית.²⁴ עקרון איסור ההפליה כטעם מוציא הוא אם כן קטגורי באופיו, ומתבסס על אפיון וסיווג של מניעי הפעולה, להבדיל משאלות הנוגעות במשקל היחסי של הזכויות והאינטרסים המתנגשים. אי-אפשר לאזן כוונה גזענית, מיננית או הומופובית, ואי-אפשר להצדיקה בשום מקרה.²⁵

לסיכום, ההבנה של עקרון איסור ההפליה כעיקרון המטיל אילוץ דאונטולוגי על המדינה משרתת שתי מטרות: ראשית, היא מחדדת את הרוע הגלום בהפליה מכוונת נגד "האחר" בחברה, ומבדילה בינה לבין פגיעות אחרות, חמורות פחות, בעקרון השוויון; ושנית, היא מבוססת על תפיסה ברורה יחסית וקטגורית של הפרדת רשויות – בית-המשפט לא יהרהר אחר תבונתה של מדיניות חברתית-כלכלית אלא במקרים שבהם הוכח כי הרשות פעלה על יסוד כוונות או מניעים פסולים.

2. גישת התוצאה המפלה

תפיסה יריבה לגישה המתמקדת בכוונות המפלגות היא גישה השוללת תוצאות מפלות. לפי גישה זו, הוכחת כוונה אינה תנאי הכרחי לצורך ביסוסה של טענת הפליה. עקרון איסור ההפליה מופר, לפי גישה זו, גם במקרים שבהם למדיניות שהיא ניטרלית על פניה יש השלכות מפלות על קבוצה מוחלשת, אשר אין דרך לגיטימית להצדיקן.²⁶

Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711, 720, 722 (1994) 24

Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833, 842 (2002) 25
 מסייג את עמדתו בכך שאיזון יכול להיעשות בשלב של הגדרת הזכות, כך שניתן להגביל את הזכות עצמה במקרים חריגים ויוצאי-דופן. ראו גם Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427 (1997). אמנם, השיטה החוקתית האמריקאית מבחינה בין שלוש רמות של ביקורת שיפוטית בדרגות שונות של חומרה (מבחן קפדני, מבחן-ביניים ומבחן הקשר הרציונלי), המוחלות על שלושה סוגים שונים של הבחנות (מטעמים של גזע, מין ונטייה מינית, בהתאמה). אולם אפילו במקרים של הפליה מטעמי נטייה מינית, שבה אמור לחול המבחן המרוכך ביותר, בית-המשפט מחיל את המבחן (מבחן הקשר הרציונלי) באופן שמאפשר לו לחשוף מניעים הומופוביים פסולים. ראו, למשל, Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996) (שם נקבע כי התיקון החוקתי לחוקת קולורדו שאוסר על מחוזות במדינת קולורדו לאסור הפליה מטעמי נטייה מינית נעדר קשר רציונלי למטרה תקפה).

Amy L. Wax, *Disparate Impact*. ראו גם Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) 26
 דוקטרינת ההפליה התוצאתית שנויה במחלוקת Realism, 53 WM. & MARY L. REV. 621 (2011).
 בארצות-הברית, ובית-המשפט מכרסם מדי פעם בתחולתה. ראו, למשל, Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642 (1989), אך ראו גם את התיקון של הקונגרס משנת 1991 לפרק השביעי של ה-Civil Rights Act, אשר הרחיב מעט את תחולתה של דוקטרינת ההפליה התוצאתית. הוא בתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה. לאחרונה הוציא בית-המשפט העליון צו בירור (certiorari) לשמיעת עתירה בנוגע לתחולתה של דוקטרינת ההפליה התוצאתית על חוק השוויון בדירור – Fair Housing Act of 1968 (פרק 8 לחוק זכויות האזרח). ראו Mount Holly v.

ברק מדינה במאמרו, המתפרסם בחוברת זו, מסביר את משמעותה של גישה זו כך:

מציאות של אי-שוויון יכולה להספיק, במקרים המתאימים, לביסוסה של טענת הפליה, וזאת אף אם אין קשר סיבתי בינה לבין מדיניות שלטונית מסוימת. ביסודה של גישה זו מצויה התפיסה כי במקרים מסוימים הפגם הנעוץ בעצם קיומה של מציאות לא-שוויונית – בקיומם של פערים ניכרים במצב החברתי- הכלכלי או באפשרות המעשית לממש חירויות-יסוד שונות – הוא חמור במידה המצדיקה הטלת חובה על השלטון לפעול לצמצום אי-השוויון.²⁷

אכן, גישות ממוקדות-תוצאה בהקשר של איסור הפליה ישאפו למגר את נזקי ההפליה מבלי להתנות את תחולת העיקרון בהוכחת כוונה מפלה. במובן זה, הן עוסקות יותר בהבניה (structure) המפלה, ופחות בהוכחת מקרה פרטני של הפליה. הכתמת פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות באות-קלון אינה בהכרח תוצר ישיר של כוונה מפלה. אות-קלון יכול להיווצר גם אם מקבל ההחלטה לא פעל מתוך כוונה מפלה. כך פסק בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Brown*, בקובעו כי עצם ההפרדה הגזעית יכולה להיתפס כמטביעה אות-קלון, כמעבירה מסר של נחיתות, וזאת אף אם מניחים כי המדינה אינה פועלת מתוך כוונה מפלה.²⁸ גישה זו אמנם אינה מתעלמת מכוונות, אבל היא מסרבת להתנות את תחולתו של עקרון איסור ההפליה בהוכחת כוונה ישירה להפלות מצד מקבל ההחלטות. במילים אחרות, קיומה של כוונה מפלה אינו תנאי הכרחי להוכחת ההפליה.²⁹

אכן, תומכי התפיסה התוצאתנית של הפליה אינם שוללים את חשיבותה של הכוונה ביצירת "תופעת הקסטות" בחברות דמוקרטיות-ליברליות, כפי שנסטיין מכנה אותה (the anticaste principle), כלומר, הריבוד החברתי שמקשר גזע או מין למצב בתחומי התעסוקה, הדיוור וההשכלה.³⁰ אבל גם אם רוב הסוכנים פועלים בתום-לב ומכוונות טובות, הטענה תהיה שהם

Mt. Holly Gardens Citizens in Action, Inc., No. 11-1507 (העתירה נדחתה בשלהי 2013 לאחר שהצדדים הגיעו לפשרה).

27 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" בכרך זה, פרק ה, פסקה שלישית.

28 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494: "To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone". לפסיקה נוספת בארצות-הברית המבוססת על הרעיון שמטרתו של עקרון איסור ההפליה היא למנוע השתתת אות-קלון על שחורים ומיעוטים, ראו עניין *Strauder*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 308 (מניעת שחורים מלשמש מושבעים מניחה נחיתות של שחורים); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 357 (1978) (הבחנות גזעניות שיוצרות אות-קלון – כלומר, הבחנות שמניחות כי גזע אחד נחות מגזע אחר – הן פסולות לחלוטין).

29 יש הטוענים כי בפועל ריכך בית-המשפט העליון האמריקאי את דרישת הכוונה בסוגיות כגון בחירת מושבעים, חינוך ובחירות. ראו Daniel R. Ortiz, *The Myth of Intent in Equal Protection*, 41 STAN. L. REV. 1105 (1989).

30 לתמיכה בגישה תוצאתנית לעקרון איסור ההפליה ראו Sunstein, לעיל ה"ש 18. ראו גם Kenneth L. Karst, *The Supreme Court, 1976 Term – Foreword: Equal Citizenship under the*

פועלים בכל-זאת בתשתית חברתית אשר במקרים רבים נבנתה בעצמה על יסוד כוונות מפלות.³¹ התומכים בגישת השוויון בתוצאה יטענו כי עקרון איסור ההפליה במשמעותו הדאונטולוגית שם דגש גדול מדי ב"אשמה" אישית במקום באחריות מוסרית כוללת יותר. לטענתם, עקרון איסור ההפליה נועד לא רק להאשים את מי שפועל בכוונה להפלות, אלא גם להטיל חובה מוסרית, אחריות, על המדינה ועל כלל האזרחים, ולכוון אותם לשנות את דרכיהם מכאן ואילך.³² על רקע זה טוענת אייריס יאנג כי דיכוי במוכן הקיים בחברות המערביות אינו מתייחס לכוח עריץ שכופה על קבוצות חלשות לעשות פעולות או להימנע מלעשותן, אלא לפרקטיקות היומיומיות של חברה ליברלית עם כוונות טובות. לטענתה, מוצדק אמנם לא להאשים אדם שעשה פעולה מבלי שהתכוון אליה, אך נכון להטיל עליו אחריות להתנהגות בלתי-מודעת ובלתי-מכוונת שמעצימה פערים בין קבוצות. מושג האשמה צופה פני עבר, ואילו מושג האחריות צופה פני עתיד, ודורש מסוכנים לפעול מכאן ואילך לשינוי התנהגותם.³³ כך, בעוד הדאונטולוגים מבינים את עקרון איסור ההפליה כמתמקד ביסוד של אשמה ובטעמי הפעולה של מקבל ההחלטה, המצדדים בשוויון תוצאתי שמים דגש גדול יותר בקורבן ובהקשר, ופחות ביסוד הנפשי של המפלה.

הגישה התוצאתנית בוקרה בספרות. נטען כי מכיוון שקשה להעלות על הדעת מדיניות כלשהי שאין לה איזושהי השלכה מפלה על קבוצה מוגנת,³⁴ המשמעות של החלת גישת השוויון בתוצאות היא העברה מסיבית של שאלות של מדיניות מפורומים ייצוגיים לפורומים אנטי-רובניים דוגמת בית-המשפט. שופטים, ולא מחוקקים, הם שיקבעו איזה משקל יש להעניק לתוצאות השליליות לשוויון בהשוואה לתוצאות החיוביות למדינה. המקטרגים טוענים

Fourteenth Amendment, 91 HARV. L. REV. 1, 7 (1977) (הפליה לא רק גורמת נזק בדמות אות-קלון, אלא גם מונעת גישה שווה לטובין); Owen M. Fiss, *A Theory of Fair Employment Laws*, 38 U. CHI. L. REV. 235, 241 (1971); Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 157 (1976) (מטרתו של עקרון איסור ההפליה היא למנוע, בדרך של חזקה, כל חוק או פרקטיקה אשר מחמירים או מותירים את מעמד הכפיפות של קבוצות הנחשלות באופן בולט).

31 זו, למשל, טענתם של הלוחמים למען שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. ראו MICHAEL OLIVER, *THE POLITICS OF DISABLEMENT* (1990); שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" *עיוני משפט* לה 97, 106 (2012).

32 Alan Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049 (1978) (ביקורת מכיוונה של גישת ה-CLS (Critical Legal Studies) על המושג "אשמה אישית", אשר פוטר מאחריות כל מי שנתפס כלא-אשם, כלומר, כל מי שלא הוכח כי הביא בחשבון שיקולים גזעניים).

33 YOUNG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 150.

34 Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1, 5 (2000). Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317, 320-321 (1987); Theodore Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, 52 NYU L. REV. 36, 98. נימוק זה גם הובא בפסק-הדין בעניין *Davis*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 248, כטעם מרכזי לשלילת תחולתה של דוקטרינת ההפליה התוצאתית על הוראת ההגנה השווה בחוקת ארצות-הברית.

כי מצב דברים כזה אינו רצוי במערכות משפטיות הבנויות על תפיסה חזקה של הפרדת רשויות ועל חלוקת תפקידים ברורה בין שופטים לבין מחוקקים, שכן הוא מפר את עקרון הנשיאה באחריות של נבחרי הציבור, ולוקה בחוסר לגיטימיות דמוקרטית.³⁵ נוסף על הקושי הדמוקרטי, נטען כי לבתי-המשפט אין הראייה הכוללת והכלים המתאימים לעסוק באופן ישיר בשאלות של הקצאה. לכן, גם אם גישת התוצאה היא גישה ראויה יותר כעניין של מוסר פוליטי וצדק חברתי, הפורום המתאים יותר להגשימה הוא הפורום הייצוגי, ולא זה המשפטי. עם זאת, בתי-המשפט יכולים לבחון את הפרוצדורות של קבלת ההחלטות בשאלות של הקצאה³⁶ או לעסוק בהקצאה בעלת השלכה כלכלית שולית, ולא מרכזית.

מכיוון שהמוקד של מאמר זה אינו נורמטיבי, במובן זה שהוא אינו מתכוון לטעון כי גישת הכוונה עדיפה על גישת התוצאה או להפך, הטיעונים בעד ונגד הגישות השונות הוצגו כאן באופן מתומצת. כאמור, מוקד המאמר הוא תיאורי: להראות כי למרות הרטוריקה של השוויון בתוצאה שנושבת מפסיקה בית-המשפט העליון בעשורים האחרונים, ניתן להבין את הפסיקה בתחום איסור ההפליה כנטועה עדיין בתפיסה ממוקדת-כוונות.

3. כוונה ותוצאה – ציבורי ופרטי

המאמר מתמקד בהפליה של גורמים שלטוניים, ולא בהפליה מצד גורמים פרטיים. ככל שמדובר בהטלת חובה על גורם פרטי לא להפלות, גישה ממוקדת-כוונות נראית במבט ראשון מוצדקת יותר. מכיוון שהעלות של הסדרי איסור הפליה היא הגבלת חירותם של מושאי האיסור, צריכים להיות טעמים חזקים המצדיקים הגבלה כזו. הטלת אחריות משפטית על גורם פרטי בגין הפליה ללא אשמה עומדת במתח עם העיקרון הליברלי של אחריות אישית, ולפיכך קשה יותר להצדיקה. נוסף על כך, שיקולים של צדק חלוקתי מחייבים שבהעדר כוונה פסולה, כלל האזרחים – כלומר המדינה – יישאו בעלות של תיקון פערים חברתיים, ולא מושאו הספציפי של איסור ההפליה. למשל, בהעדר מנגנוני פיצוי מדינתיים, קשה יותר להצדיק מבחינה מוסרית הטלת חובה על מעביד לערוך התאמות לאנשים עם מוגבלות, וזאת משני טעמים: ראשית, יש מידה רבה של שרירותיות בהטלת החובה לשאת בעלות ההתאמה על מעביד מקרי, ולא על החברה בכללותה; ושנית, נראה שמנגנון יעיל יותר לחלוקה מחדש הוא שימוש במערכת המס, ולא שימוש בכללים משפטיים.³⁷

35 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004). הירשל מכנה זאת "יוריסטוקרטיה", ומקשר שינוי זה לנסיונות של אליטות להגן על האינטרסים שלהן באמצעות פורומים אליטיסטיים כבתי-המשפט. לדעה דומה בנוגע לישראל ראו מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002). השוו גם בורק, שמתאר תהליך של כפיית ערכים ליברליים על אזרחים: ROBERT H. BORK, COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES (2003).

36 לטיעון ברוח זו בהקשר של ביקורת שיפוטית בתחום של זכויות חברתיות ראו משה כהן-אליה "הכחולים, האדומים והשופט בתווך: גישה הליכית לביקורת שיפוטית 'עם שיניים' ביחס לזכויות חברתיות" משפט וממשל יב 407 (2009).

37 זו גם טענתם של קפלו ושוול, הסבורים כי יעיל יותר לעשות שימוש במערכת המס לצורך חלוקה מחדש. Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the*

מערכת השיקולים בעד ונגד מיקודו של איסור ההפליה בכוונות או בתוצאות נעשית מורכבת יותר ככל שמדובר בתחולתו של עיקרון זה על גורמים שלטוניים. מצד אחד, על הרשות השלטונית מוטלת חובה מוגברת לפעול כנאמן הציבור, ובניגוד לגורמים פרטיים, ביחס אליה לא מתקיימת העלות של הגבלת חירותם של מושאי איסור ההפליה, שכן למדינה אין חירות. שיקולים אלה מושכים לכיוון של החלת גישה מרחיבה יותר של איסור הפליה, כגון גישה ממוקדת-תוצאות, על גורמים שלטוניים. מצד אחר, גם ביקורת שיפוטית שמטילה חובה פוזיטיבית על המדינה לפעול כדי לצמצם תוצאות מفلות, אף בהעדר הוכחת קשר סיבתי ישיר בין התנהגות השלטון לתוצאות אלה, כרוכה בעלות בדמות סיכול העדפותיהם של רוב האזרחים, כפי שהן באות לידי ביטוי באמצעות נציגיהם. לכן הגירעון הדמוקרטי שבביקורת השיפוטית – במיוחד ככל שהיא חלה על חקיקה, להבדיל ממעשי מנהל – מושך לכיוון גישה צרה בהקשר של עקרון איסור ההפליה, כלומר, לכיוונה של גישה ממוקדת-כוונות. כאמור, גם שיקולים של חוסר מומחיות מוסדית בתחום של הקצאה יוצרים קושי בגישה ממוקדת-תוצאות. כאמור לעיל, במאמר זה איני מתכוון להכריע בסוגיית הרציות הנורמטיבית של גישת הכוונות לעומת גישת התוצאות בהקשר של איסור הפליה של קבוצות מוגנות. ההעדפה הנורמטיבית לטובת גישות ממוקדות-כוונה או ממוקדות-תוצאה היא גם קונטינגנטית במידה רבה – פועל יוצא מתרבות וממוסר פוליטי, אשר משתנים בין מערכות חוקתיות שונות. כך, בארצות-הברית יש נטייה חזקה יותר לכיוון של גישה ממוקדת-כוונות, בעוד באירופה יש נטייה חזקה יותר לכיוון של גישה ממוקדת-תוצאות.³⁸ מטרתו בפרק הראשון הייתה רק להציג את שתי הגישות, על יתרונותיהן וחולשותיהן, מבלי להכריע בנוגע לעדיפותה הנורמטיבית של אחת מהן, וזאת כתשתית לסיווגה ולאפיונה של פסיקת בית-המשפט העליון בנושא איסור הפליה.

ב. כוונה מפלה לעומת תוצאה מפלה בפסיקת בית-המשפט העליון

כיצד יש לקרוא את פסיקת בית-המשפט העליון בנוגע לעקרון איסור ההפליה? האם הפסיקה מבוססת על תפיסה ממוקדת-כוונות או על תפיסה ממוקדת-תוצאות? בפרק זה אבקש לטעון כי אף שהרטוריקה של הפסיקה מסמנת מעבר מתפיסה שממוקדת בכוונות מפלולת לתפיסה ששמה

C.W. Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity – A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797 (2000). למענה לביקורת ראו Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (2000). לדיון בהקשר של חקיקת-מגן בישראל ראו יורם מרגליות "האם ניתן להקטין אי שוויון בהכנסות באמצעות חקיקת מגן?" עבודה, חברה ומשפט ה' 191 (1991).

38 ראו Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* 64–80 (2012) (השוואה בין התפיסה החוקתית האמריקאית, שהיא מוכוונת-כוונה ולכן עוינת את דוקטרינת המידתיות, לבין הגישה הגרמנית-האירופית, שהיא מוכוונת-תוצאה ולכן מאמצת את המידתיות).

את הדגש בתוצאות המפלות, מוקד הפעולה של עקרון איסור ההפליה בפסיקה קשור לרצון למגר כוונות מפלות. הטענה המרכזית תהיה שכעניין תיאורי, במשפט הישראלי אין תפיסה של אחריות מוחלטת בגין תוצאות מפלות, ובית-המשפט מייחס חשיבות מכרעת למצב התודעתי של מקבל ההחלטות, וזאת למרות הרטוריקה החוזרת ונשנית של תפיסת השוויון התוצאתי. כמה הערות מתודולוגיות מקדימות. ראשית, המוקד כאן הוא פסיקה בית-המשפט העליון, ולא הסדרים נורמטיביים אחרים הקיימים בתחום איסור ההפליה, כגון חקיקת איסור ההפליה.³⁹ שנית, סקירת הפסיקה שתובא להלן לא תתייחס למה שמכונה לעיתים בפסיקה "השוויון המנהלי" (הפליה שרירותית נגד יחידים שאינם משתייכים לקבוצות מוחלשות), אלא רק לשוויון הגנרי, כלומר, לפסיקה איסור הפליה ביחס לקבוצות מוחלשות. זאת, מכיוון שהטענה שאני מבקש להוכיח במאמר זה היא שרטוריקת השוויון בתוצאה, ככל שהיא מתייחסת לטענות הפליה נגד קבוצות מוחלשות, ממלאת תפקיד מכשירני בלבד לחשיפת כוונה או מניע פסול.⁴⁰ שלישי, סקירת הפסיקה מתייחסת רק לאותם מקרים שבהם יש התייחסות מפורשת בפסק-הדין לדוקטרינה של "שוויון בתוצאה", ולא לכלל הפסיקה בתחום של עקרון איסור ההפליה נגד קבוצות מוחלשות. די בפסיקה זו להוכיח את טענתי כי התייחסות כאלה בפסיקה בית-המשפט העליון הן בגדר מכשיר לחשיפת מצב תודעתי פגום של מקבל ההחלטה, ואינן מבטאות מחויבות לתפיסת שוויון ממוקדת-תוצאות. רביעית, הפסיקה בנוגע ל"כוונות" המפלות תוצג על-גבי רצף של קטגוריות שבין זדון (כוונה רעה) לבין אדישות. לבסוף, תפיסת השוויון בכוונה עומדת לכאורה במתח עם מתודולוגיית שני השלבים המקובלת בפסיקה בית-המשפט העליון. על-פי מתודולוגיה זו, בשלב הראשון יש לקבוע אם נפגעה הזכות החוקתית, ובשלב השני יש לבחון את ההצדקה לפגיעה במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה.⁴¹ המתח נעוץ בכך שבעוד גישת שני השלבים מניחה כי זכויות אינן מוחלטות, לפי גישת הכוונה המפלה אי-אפשר להצדיק בשום מקרה החלטה שלטונית שמבוססת על מניע מפלה, ולכן הניתוח צריך להיות חד-שלבי, ולא דו-שלבי. תשובתי היא כפולה. ראשית, אין מתח הכרחי בין שתי הגישות, שכן גם לפי גישה ממוקדת-כוונות אפשר להצדיק טיפול שונה

39 עם זאת, דומה שחקיקת איסור ההפליה בישראל ממוקדת אף היא בכוונה, ולא בתוצאה, למעט היבטים מסוימים של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, המחייב מעבידים לערוך שינויים מבניים (בעלות סבירה) כדי להתאים את מקום העבודה לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות. ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 20, בעמ' 29 ("החקיקה בישראל, אשר עוסקת ברובה בקביעת איסורי הפליה בהקשרים מסוימים, מבטאת במידה רבה את הגישה הראשונה [האוסרת הפליה מכוונת נגד קבוצות מוחלשות – מ' כ"א]).

40 אני מודע לכך שבתחום המשפט המנהלי יש ביטוי לגישה שלפיה הרשות היא "נאמן הציבור", למשל בתחום דיני המכרזים, וככזו מחויבת לקדם את טובת הציבור ולכן כפופה גם לחובות שאינן מסתעפות מהאיסור החל על כוונה רעה. אולם גם בתחום המשפט המנהלי ניתן להטיל ספק עד כמה השימוש ברטוריקה של "נאמן הציבור" אכן מסמנת התנתקות בפועל מבדיקת כוונות ומניעים פסולים. מכל מקום, בחינה כזו חורגת ממטרתו של מאמר זה, המתמקד כאמור רק בקריאה ביקורתית של רטוריקת השוויון בתוצאות בהקשר של עקרון איסור ההפליה נגד קבוצות מוחלשות.

41 לאחר-מכן קיים שלב נוסף, הוא שלב הסעד. לדיון במתודולוגיית ניתוח זו ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 284–309 (2012).

(שלב ראשון – הפגיעה בזכות) באותם מקרים שבהם התכלית היא ראויה (שלב שני – הצדקת הפגיעה בזכות). כלומר, הפליה מתגבשת באותם מקרים שבהם מוכח בשלב השני כי התכלית הסובייקטיבית הייתה מפלה (מרכיב "התכלית הראויה" בפסקת ההגבלה). שנית, גם אם נניח כי בחינת הכוונה המפלה אינה חלק מהשלב השני, אלא חלק בלתי-נפרד ממהותה של הזכות עצמה (הוכחת הפגיעה בזכות), עדיין עשוי להתקיים פער בין הרטוריקה של בית-המשפט, שמעביר את הניתוח לשלב המידתיות, לבין מה שמניע אותו לפעולה הלכה למעשה. אכן, אראה כי ככל שהניתוח החוקתי בטענות של הפליה נגד קבוצות מוחלשות עובר לשלב השני של פסקת ההגבלה, בחינת מידתיותה של הפגיעה בשוויון ממלאת תפקיד מכשירני בלבד. למעשה, זה בדיוק הטיעון שאני מנסה לקדם כאן, דהיינו, שבחינת התוצאות בפועל של מדיניות החשודה כמפלה לא נועדה אלא לחשוף מצב תודעתי פגום של מקבל ההחלטות.

1. כוונה מפלה בפסיקה

התפיסה הקלאסית של איסור הפליה בישראל היא של איסור כוונות מפלות. פסק-הדין הראשון שקובע את סטנדרט הכוונה בהוכחת הפליה הוא פסק-הדין בעניין אדמות נצרת משנת 1955. כאשר בית-המשפט העליון נדרש לשאלה מה נחוץ לצורך הוכחת טענת הפליה בהפקעת אדמות נצרת לטובת הקמתה של נצרת עלית, הוא קבע כי "יש להראות שההפליה היתה מכוונת וזדונית"⁴². זהו סטנדרט מחמיר במידה רבה, שכן משתמע ממנו כי רק רצון לגרום "רע" הוא מניע פסול, ואילו פעולה על יסוד סטריאוטיפים אינה צריכה להיפסל כל עוד מקבל ההחלטה פועל מתוך מה שהוא תופס ככוונה טובה, כרצון "לעזור" למיעוטים. פסיקה זו בעייתית גם מכיוון שבית-המשפט לא ליווה אמירה זו בפעולה חקרנית אל נבכי הנסיבות והמניעים שעמדו ביסוד ההפקעה, והסתפק באמירות כלליות שהוא לא השתכנע כי מדובר בהפליה. השופט זלמן שניאור חשין, שהצטרף לדעת הרוב באותה פרשה, אשר דחתה את העתירה, החיל את אמת-המידה המסורתית של המשפט המנהלי, שלפיה "בית המשפט לא יתערב ולא יסתור את שיקול-דעתו [של הגוף הציבורי], אלא אם כן יהא משוכנע, כי הבחירה נעשתה בשרירות לב, מתוך קפריסה, ובכוונה מכוונת להזיק"⁴³.

השילוב של דרישת כוונה "רעה" (או זדון) עם החלת סטנדרט מנהלי בלתי-מתערב (deferential) עורר קושי בהגשמתו של עקרון איסור ההפליה במובנו הדאונטולוגי, שכן הוא לא העניק לשופטים את הכלים החקרניים לוודא קיומו של מצב נפשי מפלה אצל מקבל ההחלטות. ביטוי ראשון לגישה מתערבת יותר בזיהוי כוונות מפלות ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין חזין, שעסק בהוראה בהסכם קיבוצי שחסמה נשים באל-על מלמלא תפקיד בכיר בדרגת "דייל כלכל". באותה פרשה נפסק כי אין צורך להוכיח שההפליה הייתה "ביודעין ובזדון", וכי די בכך שהיא נבעה "מגישה מוטעית ומהרגלי מחשבה עמוקי שורש, שרק פעולה עקבית

42 בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1265 (1955) (להלן: עניין אדמות נצרת). לדיון ראו סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665, 684 (1998).

43 עניין אדמות נצרת, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1266.

וממושכת יכול ותעקרום".⁴⁴ כלומר, חשיבה סטריאוטיפית ודעות קדומות, אף אם אין הן מבוססות בהכרח על רצון לעשות רע, נכללות בגדר הכוונות הפסולות.⁴⁵ על בסיס זה היה בית-המשפט נכון להתערב ולפסול את ההוראה המפלה בהסכם הקיבוצי. באופן דומה נפסק בפרשת שקדיאל כי אין "כל נימוק שהוא שיצדיק פסילתה של העותרת מלהיכלל במועצה הדתית בירוחם – פרט לנימוק האחד שהיא אישה".⁴⁶ בית-המשפט הדגיש כי זדון או כוונה רעה אינם נדרשים לצורך הוכחת הפליה, וכי די בכך שמקבל ההחלטה הודרך על-ידי הנחות סטריאוטיפיות בנוגע לכישורים שונים של מועמדים הנובעים רק מעצם היותם חלק מקבוצה אחרת, אשר ההתייחסות אליה היא שונה ובעייתית (קבוצה מוגנת).

בתי-משפט הנתקלים בהבחנה גלויה בין קבוצות נוטים להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה כדי לוודא שביסוד ההבחנה לא עומדת כוונה מפלה. זה ההיגיון העומד ביסודה של דוקטרינת "ההבחנות החשודות" הנוהגת בארצות-הברית, אשר מחייבת את המדינה – כל אימת שבת-המשפט נתקלים בהבחנה חשודה – להראות כי היא הונחתה על-ידי תכלית חברתית חיונית, וכי קיים קשר הדוק בין האמצעים למטרות.⁴⁷ ביטוי ראשון להבניה נוסחתית כזו של דרישת הכוונה, אשר יובאה מארצות-הברית, ניתן למצוא בפרשת נבו, שבה נקבע – ביחס להסכם קיבוצי שקבע גיל פרישה שונה לעובד ולעובדת – כי "כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא בדעה קדומה".⁴⁸ המשמעות האופרטיבית של קיום הבחנה בין קבוצות היא העברת נטל ההוכחה אל שכמו של מי שנטען כלפיו כי הוא מפלה. היגיון זה בא לידי ביטוי בפרשת קעדאן, בנוגע למדיניותה של הסוכנות היהודית לא להחכיר אדמות שבניהולה לידי לא-יהודים. באותה פרשה נקבע כי "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה".⁴⁹ המילה "לכאורה" מקימה חזקה הניתנת לסתירה (בדרגות משתנות של נוקשות) לקיומה של הפליה, ומשמעותה האופרטיבית היא הסבת נטל ההוכחה אל הטוען להעדרה של הפליה.

הצעד המשמעותי ביותר לכיוון אימוצה של דוקטרינת ההבחנה החשודה בישראל נעשה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין הבית הפתוח, שם טענו נציגי "הבית הפתוח" כי

- 44 דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר נ' חזין, פד"ע ד 365, פס' 32 (1973).
- 45 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 492 (1997) (אין צורך להוכיח כוונה, ואפילו כוונה טובה אינה רלוונטית. אם התנהגותו של מעביד משקפת סטריאוטיפים מגדריים, יש בכך משום הפליה, גם אם הוא פעל מתוך כוונה "טובה"); בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, פס' 27 (פורסם בנבו, 27.8.2012) ("קיומה של ההפליה נבחן על פי תוצאת הדברים בפועל (ה-impact) ... [ו]העובדה שהמשיב לא התכוון להפלות אין לה השפעה על קביעת קיומה של הפליה").
- 46 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 239 (1988).
- 47 עניין *Carolene Products*, לעיל ה"ש 22; *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); (1985) 24 n. 24, 3249, 3274 S.Ct. 105 *Cleburne v. Cleburne Living Center*, (הבחנה על יסוד מוגבלות אינה חשודה).
- 48 פרשת נבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 761.
- 49 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276.

תבחיני התמיכות של עיריית ירושלים מפלים אותם לרעה בשל נטייתם המינית. בית-המשפט קבע כי "הפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה המבוססת על שיוך קבוצתי 'חשוד', וככזו היא נכללת ב'גרעין הקשה' של הזכות לשוויון... כאשר נורמה מסוימת פוגעת לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצות מסוימות באוכלוסייה, שומה על בית המשפט להפעיל את מבחן 'המיון החשוד' ('suspect classification') ולבחון את הנורמה בצורה קפדנית".⁵⁰

לדוקטרינת ההבחנה החשודה, בגרסתה האמריקאית, יש אופי ניטרלי, והיא אמורה להחיל ביקורת שיפוטית קפדנית בכל הנוגע בהבחנה גזעית, בין שהיא פועלת לרעת הקבוצה החלשה או לרעת הקבוצה החזקה. ביסודה של גישה כזו עומדת תפיסה בדבר "עוורון-צבעים", העוינת כל הבחנה על בסיס קבוצתי, ובכלל זה גם מדיניות של העדפה מתקנת. מתוקף תפיסה זו, המבחן הקפדני מוחל בארצות-הברית לא רק על הפליה נגד שחורים, אלא גם על מדיניות של העדפה מתקנת לשחורים.⁵¹ קיים פער בין תפיסת עוורון-הצבעים לבין תפיסה ממוקדת-כוונות ביחס לעקרון איסור ההפליה. מדיניות של העדפה מתקנת, המהווה הבחנה גלויה על יסוד גזע, אינה מבוססת על כוונה מפלה באותו מובן שעקרון איסור ההפליה בא למגרו.⁵² אין מדובר כאן בעוינות, בדחייה, בפוליטיקת גועל או בהטיות נגד קבוצות מוחלשות.⁵³ בתי-המשפט בארצות-הברית מודעים לפער זה, וכך, אף שבית-המשפט נותר נאמן באופן פורמלי לגישת עוורון-הצבעים ומחיל את המבחן הקפדני גם על העדפה מתקנת לטובת שחורים, בפועל מבחן זה מוחל באופן "מדולל" יותר, וכולל מרכיבי איזון שנעדרים בדרך-כלל מהנמקות בעלות אופי קטגורי יותר בהקשר של הפליה נגד שחורים.⁵⁴

- 50 ע"ס 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד (סד) 1, פס' 53 לפסק-דינו של השופט עמית (2010). דיון מוקדם, אך משמעותי, מופיע בפסק-דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1994).
- 51 City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989); Adarand Constructors v. Peña, 115 S.Ct. 2097 (1995).
- 52 Reva B. Siegel, *Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification*, 88 CAL. L. REV. 77 (2000); David A. Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 SUP. CT. REV. 99, 121 על רמת החשד האחידה שבית-המשפט מייחס להבחנות לטובתן או לרעתן של הקבוצות הפגיעות, ראו, למשל, LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1524 (1988) (ההנחה שההבחנות לטובת הקבוצות האתניות החלשות הן חשודות אינה נשענת על בסיס הגיוני, חוקתי או היסטורי). לביקורת בהקשר הישראלי על החלת הגישה של עוורון-צבעים ראו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזהרות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53 (2000).
- 53 Rubinfeld, לעיל ה"ש 25; ELY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 171.
- 54 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003). על רקע זה נטען כי המבחן הקפדני נהפך למבחן מאזן, ולא מבחן קטגורי. Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006) ראו גם Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1306 (2007) (אחת הגרסאות של המבחן הקפדני היא מבחן מאזן עם נטייה לטובת זכויות). עם זאת, בשנים האחרונות מוחל שוב המבחן הקפדני על העדפה מתקנת לטובת שחורים. ראו Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007); Fisher v. University of Texas, 570 U.S. ___ (2013).

ביטוי לדר-ערפיות הזו בארץ אפשר למצוא בפסק-הדין בעניין **הבית הפתוח**. הכותרת המופיעה מעל הדיון ברעיון ההבחנה החשודה היא "הקהילה הגאה כאוכלוסיה 'חשודה'".⁵⁵ כותרת זו מעבירה את המוקד מטיב ההבחנה (נטייה מינית) אל אפיון הקבוצה (הקהילה הגאה). נוסף על כך, בכל פסקי-הדין שבהם רימזו בית-המשפט לאימוצה של דוקטרינת ההבחנה החשודה, דובר בהבחנות שפגעו בקבוצה החלשה, ולא בקבוצה החזקה.⁵⁶ נדמה, אם כן, כי אף שביטוי-המשפט העליון בישראל מדבר על "הבחנות חשודות", הוא מתכוון למעשה ל"קבוצות חשודות" (אותן קבוצות מוחלשות שההבחנה פועלת עליהן בדרך של הפליה). אכן, בתי-המשפט בישראל נמנעו מלהחיל מבחן זה של הבחנות חשודות על העדפה מתקנת, שכן הפסיקה תופסת את רעיון ההעדפה המתקנת כמקדם את השוויון, ולא כסוטה ממנו.⁵⁷ בכך תפיסת ה"חשד" בישראל שונה ככל הנראה מהתפיסה האמריקאית, ועקיבה יותר ביחס להיגיון של עקרון איסור ההפליה, אשר נועד בעיקר למגר כוונות פסולות נגד קבוצות מוחלשות, ופחות להתמודד עם הכללות נגד קבוצות חזקות.

דוגמה למגמה זו ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט גרוניס בעניין גיוס בחורי ישיבות, שם הוא מעביר את מוקד הדיון באופן ישיר יותר מטיב ההבחנה לטיב הקבוצה. גרוניס, בדעת יחיד אמנם, נסמך על התיאוריה ההליכית לביקורת שיפוטית של אילי, וקבע באותה פרשה כי אין להחיל ביקורת שיפוטית במקרים שבהם הרוב מחליט להעניק למיעוט "זכות-יתר", או במקרה הנדון – זכות מסוג "פטור" משירות צבאי. לדעת גרוניס, בית-המשפט צריך להחיל ביקורת שיפוטית קפדנית באותם מקרים שבהם נפגעים מיעוטים כרוניים, ולהימנע מלהתערב באותם מקרים שבהם הרוב העניק למיעוט זכויות. במקרה האחרון אין כשל, שכן בידי הרוב מצוי הכוח לשנות את החלטתו, ועל-כן אין צורך בהתערבות שיפוטית.⁵⁸

בעיה חמורה נוספת בדוקטרינת ההבחנה החשודה האמריקאית נעוצה בכך שהיא חלה רק על הבחנות גלויות. בעידן שבו קיים פער דרמטי בין מחויבותם העקרונית של אנשים לשוויון לבין נטייתם להפלות (באופן מודע או בלתי-מודע), הרוב המכריע של מקרי ההפליה יהיו דווקא סמויים מן העין.⁵⁹ לעומת זאת, דווקא במקרים שבהם המדינה פועלת ממניעים תקינים

55 פרשת **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 50, לפני פס' 53 לפסק-דינו של השופט עמית.
56 פרשת **נבו**, לעיל ה"ש 1 (הפליה נגד נשים בקביעת גיל הפרישה); פרשת **קעדאן**, לעיל ה"ש 1 (הפליה נגד ערבים ביישובים קהילתיים); פרשת **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 50 (הפליה נגד להט"בים בתקצוב פעילות רווחה).
57 עניין **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 516 (רעיון "ההעדפה המתקנת" או "ההעדפה המקדמת" נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא העמדת אמצעי של מדיניות משפטית להשגת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית).
58 בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006). להערכת גישתו ההליכית של גרוניס ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521 (2007). לגישה דומה, הממקדת את מטרתו של עקרון איסור ההפליה בהגנה על הקבוצות החלשות, ראו את פסק-דינו של השופט גובראן ברע"א 8821/09 **פרו'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו, 16.11.2011).
59 דיון מעניין בנושא אפשר למצוא אצל גידנס, המבחין בין שלושה סוגים של התייחסות למיעוטים גזעיים: (1) הרובד המודע, שבו אין כמעט התייחסות סטריאוטיפית כיום; (2) הרובד המעשי, שכולל התייחסות מורכבת השולטת בתגובותיו הספונטניות של אדם ביחסיו עם אנשים אחרים – רובד שבו יש כיום הפליה; (3) הרובד של מערכת הביטחון הבסיסי בזהות ותחושת האוטונומיה,

– דוגמת הרצון להיטיב את מצבן של קבוצות מיעוט במקרים של העדפה מתקנת – נעשה שימוש מפורש בהבחנות גלויות. ביקורת שיפוטית חקרנית ומחמירה נדרשת דווקא באותם מקרים שבהם יש סיבות רציניות לחשוד כי מקבל ההחלטה פעל על יסוד מניעים פסולים, גם אם ההבחנה עצמה אינה גלויה. חשד כאמור מתעורר כלפי מדיניות שהיא ניטרלית על פניה אך מולידה תוצאה מפלה מבחינת קבוצת מיעוט שיש כלפיה היסטוריה של הפליה ואשר סובלת מדעות קדומות בהווה. באותם מקרים בחינה דווקנית של תוצאות מפלות ושל ההצדקות הניתנות להן יכולה לספק ראיה נסיבתית לחשיפת כוונות מפלות. כעת אעבור לדיון באופייה המכשירני של דוקטרינת התוצאות המפלות.

2. השימוש המכשירני של הפסיקה בגישת התוצאה המפלה

יש שתי דרכים להסתכל על גישת השוויון התוצאתי. האחת היא מכשירנית – לנוכח האתגר בהוכחת כוונה מפלה, התוצאה המפלה יכולה להיות אינדיקטיבית או ראיה נסיבתית לקיומה של כוונה מפלה. הגישה השנייה מעניקה לשוויון התוצאתי ערך טבוע, כלומר, היא גורסת כי חוסר שוויון בתוצאות הוא רע כשלעצמו. בפרק זה אתמקד באותם מקרים שבהם בחינת התוצאה המפלה היא בגדר מכשיר לחשיפת מדיניות אשר מבוססת על מניעים פסולים או מעצימה את אפשרות הפעולה על יסוד מניעים פסולים מצד מקבלי החלטות אחרים. בפרק ג אנתח פסיקה שמבוססת לכאורה על תפיסה של שוויון בתוצאות כבעל ערך טבוע.

(א) הבחנה מפורשת ושוויון בתוצאה

באופן מפתיע, פסקי-הדין הראשונים שבהם השתמש בית-המשפט העליון בדוקטרינת השוויון בתוצאות היו דווקא מקרים מובהקים של הפליה מכוונת. מדובר בהבחנות גלויות על יסוד

הנדרשים לשם פעולה קוהרנטית בהקשר חברתי – כאשר אדם חש איום על הביטחון הבסיסי וחרדה בנוגע לקיומו, נרשמת אצלו עלייה משמעותית בהתייחסויות הגזעניות כלפי האחר, המאיים. ראו ANTHONY GIDDENS, *THE CONSTITUTION OF SOCIETY* (1984). פער זה נתמך גם בממצאים אמפיריים. מחקרים בארצות-הברית מוכיחים כי חל שינוי עמוק בעשורים האחרונים במידת המחויבות המוצהרת של האמריקאים לשוויון לשחורים. כך, בעוד שבשנת 1942 רק 32% מהאמריקאים תמכו באינטגרציה בחינוך בין שחורים לבין לבנים, עד שנת 1995 עלתה התמיכה ל-96%. באופן דומה, התמיכה בשוויון הזדמנויות לשחורים בתחום העבודה בארצות-הברית עלתה מ-45% בשנת 1945 ל-97% בשנת 1972, ושיעור ההתנגדות לחקיקה האוסרת נישואים בין-גזעיים עלה מ-38% בשנת 1963 ל-87% בשנת 1998. ראו HOWARD SCHUMAN ET AL., *RACIAL ATTITUDES IN AMERICA: TRENDS AND INTERPRETATIONS* 104–107 (1997). לעומת זאת, מחקרים פסיכולוגיים מוכיחים כי התגובה האוטומטית של כל אדם כמעט, כולל אנשים שמחויבים באמת לעקרון השוויון, היא סטריאוטיפית ומפלה. ראו Irene V. Blair & Mahzarin R. Banaji, *Automatic and Controlled Processes in Stereotype Priming*, 70 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 1142 (1996); Mahzarin R. Banaji & Curtis Hardin, *Automatic Stereotyping*, 7 PSYCHOL. SCI. 136 (1996); Patricia G. Devine, *Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components*, 56 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 5 (1989); Brian A. Nosek, Mahzarin R. Banaji & Anthony G. Greenwald, *Harvesting Implicit Group Attitudes and Beliefs from a Demonstration Web Site*, 6 GROUP DYN-THEOR. RES. 101 (2002).

תכונות של לאום, דת ונטייה מינית – הבחנות שנהוג לכנותן "הבחנות חשודות", ואשר כפופות לביקורת שיפוטית קפדנית שתפקידה לוודא אם המניע העומד ביסוד ההבחנה הוא פסול. מקריאת אותם מקרים ברור כי השימוש שבית-המשפט העליון עושה ברעיון השוויון בתוצאות בא להתמודד עם קשיי ההוכחה של הכוונה המפלה, ואינו מסמך נטישה של תפיסה דאונטולוגית האוסרת כוונות מפלות לטובת תפיסה תוצאתנית של שוויון.

בפסק-דין פורז נדון סירובה של עיריית תל-אביב להוסיף אישה לגוף הבוחר של רב העיר.⁶⁰ החשש שהתעורר בעירייה הוא שרב עיר שייבחר על-ידי אישה, בניגוד להלכה, לא ייחנה מלגיטימיות מצד הרבנים הראשיים, ולפיכך לא יוכל להעניק שירותי דת יעילים לתושבי העיר. זהו טיעון אנלוגי לטענה בדבר "העדפות מפלות של לקוחות", אשר ככלל אינו טעם קביל במשפט הישראלי ובמשפטן של דמוקרטיות רבות, ואשר נהוג ככלל לסווגו לקטגוריה של כוונות מפלות.⁶¹ חרף זאת נמנע בית-המשפט מלפסוק כי מדובר בכוונה מפלה, והיה מוכן לראות בשיקול זה שיקול לגיטימי שניתן להביאו בחשבון במסגרת יישומו של חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א–1971. לכן נפסק כי "השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון".⁶²

גישה כזו הובילה את בית-המשפט לדחות את תחולתה של מתכונת הנמקה המטילה איסור קטגורי על הכוונה הפסולה, ולהעדיף את האיזון האופקי – מתכונת הנמקה משפטית אשר שמה על כפות המאזניים את יעילותם של שירותי הדת ואת התוצאות הלא-שוויוניות של מדיניות העירייה ובוחנת את משקלם היחסי של שיקולים אלה. תוצאת ה"איזון" בעניין פורז הייתה לטובת השוויון.⁶³ נראה, עם זאת, כי אף שבאופן מפורש הודרך בית-המשפט על-ידי מבחנים של איזונים, בפועל הוא הודרך על-ידי איסור קטגורי להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות.

ביטוי לתפיסה מכשירנית של השוויון התוצאתי ניתן למצוא גם בפסק-הדין בעניין נבו, אשר הוזכר קודם בהקשר של כוונה מפלה והפליה חשודה. גם במקרה זה, שבו נדונה הבחנה גלויה בין נשים לבין גברים בנוגע לגיל הפרישה, ולמרות החשד הברור בנוגע לקיומו של מניע סטריאוטיפי-מגדרי פסול, ציין בית-המשפט כי "כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך

60 פרשת פורז, לעיל ה"ש 1.

61 פעולה על יסוד העדפות מפלות של לקוחות היא מקרה מורכב יותר של כוונה מפלה, מכיוון שמקבל ההחלטה עצמו לא הודרך בהכרח על-ידי המניע הפסול. בעניין פורז השיקול שהנחה את הרשויות היה שיקול ענייני – מתן שירותי דת באופן היעיל ביותר. לדיון בקשר שבין האיסור החל על הבאה בחשבון של כוונות מפלות לבין האיסור החל על פעולה מתוך כוונות מפלות, ראו להלן חלק ב2(ג).

62 פרשת פורז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 333–334.

63 שם, בעמ' 336.

קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית.⁶⁴

אפילו בפסק-הדין בעניין קעדאן, שם נדונה הבחנה גלויה מטעמי דת או לאום, נמנע בית-המשפט מלקבוע כי מדובר בכוונה מפלה, אלא הסיט שוב את מוקד הדיון מהכוונה המפלה אל התוצאה עצמה. בלשונו של הנשיא ברק, "התוצאה ('האפקט') של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט של ההחלטה או של המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה".⁶⁵ גישה דומה עולה גם מפסק-הדין בעניין דנילוביץ – מקרה מובהק נוסף של הפליה גלויה ומכוונת (סירוב להעניק הטבה שניתנה לזוגות הטרנסקסואלים גם לזוגות הומוסקסואלים). גם שם נמנע בית-המשפט מלקבוע כי מדובר בכוונה מפלה. בלשונו של ברק, "אכן, ההפליה אינה נקבעת אך על-פי רצונו ומחשבתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה".⁶⁶ תחת זאת העביר ברק את מסלול ההנמקה מכוונה מפלה לבחינת ה"רלוונטיות" של ההבחנה. אם תכלית ההטבה היא מתן אפשרות לבני-זוג לשמר מסגרת זוגית, אשר עלולה להתערער עקב נסיעות חוזרות ונשנות של העובד לחוץ-לארץ, אזי אין רלוונטיות לעובדת היותו של בן-הזוג הומוסקסואל.

בכל המקרים האלה הקריאה הנכונה של השימוש ברעיונות של שוויון בתוצאה שבית-המשפט העליון משמיע מלמדת כי אין מדובר בנטישת הדרישה להוכחת כוונה, שכן פסיקה זו מתיישבת עם התפיסה הדאונטולוגית של עקרון איסור ההפליה, וכי הזדקקותו של בית-המשפט באותם מקרים לעקרונות השוויון התוצאתי היא רטורית בלבד.

(ב) העדר קשר אמצעי-מטרה וקיומו של אמצעי דרסטי פחות כחושפים כוונה מפלה (smoking out)

קטגוריה שנייה של מקרים שבהם בית-המשפט עושה שימוש ברעיונות של שוויון תוצאתי כוללת מקרים שבהם המדינה פועלת על יסוד מניעים פסולים נסתרים. באותם מקרים בית-המשפט בוחן את מידתיותם של האמצעים הננקטים כדי לקבוע אם המדיניות מפלה. גם כאן, מהסטת הדיון לנימוקים המבוססים על העדר רלוונטיות, חוסר רציונליות, אי-מידתיות או העדר קשר אמצעי-מטרה, תוך בחינת התוצאה בפועל, לא נובעת נטישה של גישת הכוונה המפלה לכיוון תפיסה של איסור הפליה תוצאתית כבעל ערך טבוע. השימוש במבחנים העוסקים בקשר אמצעי-מטרה כדרך לחשוף כוונות פסולות (smoking out) הוא אחד הביטויים המובהקים של השימוש המכשירני בדוקטרינת ההפליה התוצאתית, אשר אינו חורג מגישת הכוונה.⁶⁷

64 פרשת נבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 759.

65 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279.

66 פרשת דנילוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 766.

67 לשימוש המכשירני במבחני קשר אמצעי-מטרה, ובמבחנים המטילים ביקורת שיפוטית מוגברת, כדרך לזהות מניע פסול, ראו CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 30 (1993) (זמינותם של אמצעים דרסטיים פחות חושפת את האפשרות שהתכלית הציבורית שהציגה המדינה אינה אלא מסווה למניע פסול).

כך, פרשת *Griggs* – המקרה הראשון בארצות-הברית שבו הוחלה דוקטרינת ההפליה התוצאתית (disparate impact) בהקשר של חוקי איסור הפליה בעבודה – היוותה מקרה מובהק של הפליה חשודה.⁶⁸ בפרשה זו דובר במעביד אשר לאורך זמן נהג להפלות באופן ישיר נגד שחורים, אבל עם חקיקת חוק איסור הפליה בעבודה בארצות-הברית אימץ תנאי כשירות להעסקה שהם ניטרליים על פניהם: על הדרישה לתעודת-בגרות הוא הוסיף דרישה לציון גבוה במבחני משכל כתנאי לקבלה לעבודה. לדרישות אלה היה אפקט מפלה ברור על שחורים. לפני בית-המשפט לא הובאו ראיות ישירות להפליה מכוונת באימוץ דרישות אלה, ולנוכח הקושי להסתמך על ראיות היסטוריות להפליה שיטתית של המעביד בתקופה שבה ההפליה הפרטית הייתה חוקית עדיין, הסיט בית-המשפט את ההנמקה לפסים של תוצאה: העדר קשר רציונלי בין האמצעים (תעודת-בגרות ומבחני משכל) לבין המטרה (להעסיק את העובד המתאים ביותר), וזאת במסגרת הערכת "ההכרחיות התעסוקתית" (job necessity) של האמצעים. מכיוון שלא הוכח כל קשר רציונלי בין תנאים אלה לבין דרישות העבודה, פסק בית-המשפט כי מדיניות החברה מפלה.⁶⁹

שימוש במבחני קשר אמצעי-מטרה הוא ביטוי למכשירנות של דוקטרינת ההפליה התוצאתית. פסק-הדין בעניין *ועדת המעקב* הוא מקרה מובהק של שימוש כזה. באותה פרשה נטען כי המניע העומד ביסוד המדיניות של סיווג יישובים כ"יישובים של עדיפות לאומית" הוא מפלה, מהטעם שרק 4 מתוך 500 היישובים ברשימה הם יישובים ערביים. בית-המשפט קובע אמנם כי "אין בחומר שלפנינו דבר המצביע ישירות על כך שעצם הבחירה בקריטריון הגיאוגרפי או אופן התוויתו של הקו הגיאוגרפי, נעשו על מנת להפלות את בני הציבור הערבי", אבל ממשיך מייד לעורר תמיהות ביחס למניעים שמאחורי סיווג זה, שכן על-פי כל אחת מאמות-המידה הניטרליות שהמדינה טענה (מצב חברתי-כלכלי או ריחוק גיאוגרפי מהגבול) צריכים להיות יישובים ערביים רבים יותר ברשימה.⁷⁰ חרף זאת, בית-המשפט עובר למסלול הנמקה חלופי, של הפליה תוצאתית⁷¹ ושל העדר קשר אמצעי-מטרה במסגרת מבחני המידתיות, כדי לקבוע שעקרון השוויון הופר.

בעוד שבפרשת *ועדת המעקב* לפחות ניסתה המדינה לטעון לקיומן של אמות-מידה אובייקטיביות להקצאה (מרחק מהגבול, מצב חברתי-כלכלי), בפרשת *נסר* היא פשוט נמנעה

68 עניין *Griggs*, לעיל ה"ש 26.

69 שם, בעמ' 427 (עמידה בדרישת בחינת-הבגרות בעבר, באותו מקום עבודה, לא הייתה מנבא טוב של הצלחה בעבודה לגבי עובדים לבנים – בהשוואה בין לבנים עם תעודת-בגרות ללבנים ללא תעודת-בגרות – ולכן לא סביר שהיא תהיה מנבא טוב גם כעת לגבי שחורים).

70 פרשת *ועדת המעקב*, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק. בהמשכה של אותה פסקה אפשר למצוא ביטוי לחשדנות במניעים: "יודגש, כי הנחתנו זו, לפיה אופן תיחום אזורי עדיפות לאומית לעניין הטבות בחינוך נעשה אך על פי אמות מידה של ריחוק גיאוגרפי מהמרכז, ללא כל כוונה להטות עם מגזרים מסויימים, אינה מובנת מאליה בנסיבות המקרה... יש קושי בלתי מבוטל בקבלת עמדת המשיב לפיה המרחק הגיאוגרפי היה השיקול היחיד שגלגל בחשבון בתיחום האזורים".

71 שם, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("אכן, הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של הפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה").

מלטעון לאיזושהי אמת-מידה תקפה שיכולה להוות בסיס להקצאה.⁷² באותה פרשה נטען כי הטבות מס מתוקף סעיף 11 לפקודת מס ההכנסה ניתנו באופן שמפלה נגד יישובים ערביים בהשוואה ליישובים יהודיים. במקום שבית-המשפט יפסוק כי המדינה פעלה מתוך כוונה מפלה, הוא נדרש שוב לדוקטרינת השוויון בתוצאה. ראו את הציטטות הבאות מפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש:

על אף הקושי באיתור הקריטריון המבחין בין הקבוצות, ישנם מצבים, כדוגמת המצבים בחלק מן העתירות שלפנינו, בהם התוצאה המתקבלת מן החקיקה מצביעה באופן בולט על פגיעה בשוויון. זאת, בין אם הייתה כוונה מקורית להפלות בין הקבוצות ובין אם לאו...

...

גם אם היחס השונה לשווים אינו נובע מכוונת הפליה הרי די בתוצאה, אפילו היתה זו אקראית, כדי לקבוע כי בנסיבות העניין קיימת הפליה... בעניין שלפנינו מדובר בהפרה מובהקת של עקרון השוויון עקב פגיעה בקבוצת אוכלוסייה מודרת. הפליה זו נמנית עם ה'הפלות החשודות' הפוגעות בזכות החוקתית לשוויון, שכן הפגיעה קשורה בקשר הדוק וענייני לזכותם של התושבים לכבוד.⁷³

בפרשות *Griggs*, ועדת המעקב ונסר, לנוכח הנסיבות המחשידות שליוו אותן, נראה שדוקטרינת ההפליה התוצאתית קורסת לדרישה לכוונה לא-מפלה (אף אם בית-המשפט מצהיר באופן רטורי כי הוא מתבסס על תפיסה של שוויון בתוצאה). הרוע הכרוך בהפליה קשור לכוונה המפלה, וההבדל בין איסור הכוונה המפלה לבין איסור ההפליה התוצאתית בא לידי ביטוי רק בדרכים הננקטות לשם איתורו של המניע הפסול. אם קיימים אמצעים דרסטיים פחות שהם אפקטיביים באותה מידה להשגת התכלית המוצהרת (הראויה), וזאת בנסיבות של קבוצות אשר באופן היסטורי היו חשופות להפליה מכוונת, אזי אי-אפשר להבין את העדר הרציונליות של האמצעים הננקטים אלא בקיומו של מניע אחר, פסול, שאותו ביקש מקבל ההחלטה להסוות (או כפי שאראה בהמשך – גם באדישות מפלה כלפי אותן קבוצות). פרופ' סנסטיין ממחיש את הקשר שבין מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי הדרסטי פחות לבין החשיפה של מניעים פסולים:

Heightened scrutiny involves two principal elements. The first is a requirement that the government show a close connection between the asserted justification and the means that the legislature has chosen to promote it. If a sufficiently close connection cannot be shown, there is [a]

72 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).

73 שם, פס' 38 ו-50 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

reason for skepticism that the asserted value in fact accounted for the legislation. The second element is a search for less restrictive alternatives – ways in which the government could have promoted the public value without harming the group or interest in question. The availability of such alternatives also suggests that the public value justification is a facade.⁷⁴

(ג) העדפות מפלות של לקוחות

בעלים של מקום בילוי המסרב לאפשר לערבים, למזרחים או לאנשים עם מוגבלות לפקוד את שעריו מחשש שלקוחותיו ינטשו אותו אינו פועל בהכרח מתוך כוונה מפלה. המניע המרכזי שלו הוא מקסום רווחים, ואם כניסה של לקוחות המשתייכים לקבוצות מוחלשות אכן תוביל לנטישה של לקוחות המשתייכים לקבוצות חזקות, מתח הרווחים שלו עלול להיפגע, ולכן סירוב כזה עשוי לתאום את האינטרס הכלכלי הלגיטימי שלו, ואינו מבוסס בהכרח על כוונה מפלה.

אף שבמקרים כאלה הבעלים פועל באופן רציונלי, קיים כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות, כולל בישראל, איסור קטגורי להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות. כך בפרשת רגנט קבע בית-המשפט כי הבאה בחשבון של העדפת לקוחות לקבלת שירות מדיילים צעירים מהווה הפליה מטעמי גיל, וזאת אף שחברת אל-על עצמה הייתה אדישה לכך.⁷⁵ בפרשת שמסיאן נפסק כי החשש של בעלת מועדון פנויים-פנויות שלקוחות פוטנציאליים יירתעו מלפקוד את המועדון אם הוא יקבל לשורותיו אנשים עם מוגבלות (כלשון בעלת המקום: הם יחשבו שהמקום "ירד") מהווה הפליה פסולה.⁷⁶ למעשה, כמעט כל הפסיקה העוסקת בתופעת ההפליה בכניסה למקומות בילוי בנויה על משטר המטיל איסור קטגורי על הבאה בחשבון של העדפות מפלות, וזאת אף שבמקרים רבים בעל המקום עצמו אינו מודרך על-ידי כוונה מפלה, אלא פועל בתנאים שוקיים תחרותיים המאלצים אותו להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות.⁷⁷ כאמור, אפילו פסק-הדין בעניין פורז, שעסק בסירוב למנות נשים לגוף שבוחר את רב העיר תל-אביב, בנוי על יסוד הלוגיקה של איסור להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות. באותו מקרה, כזכור, טענה עיריית תל-אביב כי רב עיר שייבחר על-ידי נשים לא יוכל

74 SUNSTEIN, לעיל ה"ש 67, בעמ' 30.

75 פרשת רגנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 351 ("קבלת טענות המתחשבות בהעדפה של לקוחות... חותרת תחת הפילוסופיה הבסיסית העומדת ביסוד של איסור האפליה בעבודה").

76 ת"א (שלום ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי (פורסם בנבן, 12.1.1999).

77 לסקירה ולניתוח של הפסיקה ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'איך' כ'יש' משפטים מא 455 (2011). על ההיגיון של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים), ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003).

להעניק שירותי דת באופן יעיל לתושבי העיר, שכן הרבנים יראו בו רב עיר שנבחר באופן לא-לגיטימי ויסרבו לשתף איתו פעולה.⁷⁸

מכיוון שהאיסור להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות כרוך בעלויות מצד מקבל ההחלטה, ואינו מבוסס על כוונה מפלה ישירה של מקבל ההחלטות, יש לכאורה לסווג איסור זה במסגרת ההסדרים התואמים את הלוגיקה של השוויון התוצאתי במובנו הטבוע.⁷⁹ אבל סיווג כזה מבוסס על הבנה שגויה של ההיגיון של עקרון איסור ההפליה, ונכון יותר לסווג את האיסור הזה כשוויון תוצאתי במובנו המכשירני, ולא במובנו הטבוע. עקרון איסור ההפליה מבקש למגר כוונות מפלות, בין שהן מגיעות מבעל העסק ובין שהן נובעות מהעדפותיהם של הלקוחות עצמם – הכוונה המפלה היא הרוע שעיקרון זה מבקש למגר, ומקור הרוע חשוב פחות לצורך העניין. למעשה, ניתן ליצור כאן קונסטרוקציה שבה איסור ההפליה מכוון נגד הלקוחות עצמם, והדרך היעילה ביותר לעשות כן היא באמצעות הטלת אחריות על בעל העסק.⁸⁰ כמובן, בעולם אידיאלי של אכיפה מושלמת של עקרון איסור ההפליה, הלקוחות לא יוכלו לממש את העדפותיהם המפלות בשום מקום, כלומר, הם לא יוכלו לנדוד למקום בילוי אחר ולגרום נזקים כלכליים לבעל העסק המסרב לממש את העדפותיהם המפלות. בעולם אידיאלי כזה, אם כן, אפילו לא ייגרם נזק כלכלי לבעל העסק השוויוני.⁸¹ אבל גם אם נניח כי ייגרמו עלויות כספיות לבעל העסק בשל האיסור להביא בחשבון את ההעדפות המפלות של הלקוחות, מטרתו של איסור זה היא מיגורן של כוונות מפלות ודעות קדומות, ולא מימוש הערך הטבוע של איסור ההפליה התוצאתית.

בפרק ג להלן אחזור לנושא ההעדפות המפלות של הלקוחות, ואציע לו פרשנות נוספת המבוססת על תפיסה של "אדישות מפלה". טענתי תהיה שקיים קשר רעיוני בין כוונה מפלה לבין אדישות מפלה, וכי המצב התודעתי של מקבלי ההחלטות בשני המקרים מייחס משקל אפס לאינטרסים של מי שמשתייך לקבוצה מוחלשת.

(ד) הפליה סטטיסטית

הפליה סטטיסטית היא הפליה המבוססת על מתאם סטטיסטי מוכח בין השתייכות לקבוצה לבין מאפיין רלוונטי. שימוש בהשתייכות קבוצתית כמנבא של סיכונים ועלויות נפוץ במיוחד בחברות ביטוח, אשר פועלות באופן רציונלי וחותרות להקטנת סיכונים ולהתאמת פרמיות בהתאם לגובה הסיכון.⁸² חברות ביטוח אשר גבו פרמיה גבוהה יותר בעבור ביטוח חיים

78 פרשת פורז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317. ראו דיון לעיל בחלק ב(א).
 79 בפרשת *Wilson v. Southwest Airlines*, 517 F. Supp. 292, 304 (1981) השאיר בית-המשפט הפדרלי לערעורים ב"צריך עיון" את המשמעות המשפטית של האפשרות שעסק יקרוס מבחינה כלכלית אם לא יביא בחשבון את ההעדפות המפלות של הלקוחות.
 80 ראו Kelman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 848.
 81 Christine Jolls, *Commentary: Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 642, 686 (2001).
 82 הפליה סטטיסטית אינה ייחודית, כמובן, לתחום הביטוח. היא קיימת גם בהקשרים רבים אחרים, כגון בידוקים בטחוניים בשדות-התעופה. לדיון בתוקף הניכוי של הפליה סטטיסטית בהקשר של

מהומוסקסואלים בשנות השמונים לא פעלו מתוך כוונה מפלה, אלא מתוך רצון להתאים את גובה הפרמיה לגובה הסיכון, בתקופה שבה מגפת האיידס חוללה שמות בקהילה הגאה בארצות-הברית.⁸³ למרות זאת, הדין בארצות-הברית וברוב המדינות בעולם אוסר הפליה סטטיסטית.⁸⁴

מבחינה אנליטית, איסור הפליה סטטיסטית מסב למקבל ההחלטה ולחברה עלויות, ולכן נכון לשייכו לקטגוריה של אמצעים הננקטים כדי להשיג שוויון תוצאתי.⁸⁵ אבל במובן מסוים איסור ההפליה הסטטיסטית מקושר לתפיסה השואפת לעקור כוונות מפלות. ניתן להדגים זאת על-ידי התייחסות לאופן שבו אנחנו נוטים להבחין בין סוגים שונים של הפליה סטטיסטית. אף שהפליה סטטיסטית המכוונת נגד קבוצה מוחלשת עשויה להיות מבוססת על מתאם סטטיסטי תקף בין ההשתייכות הקבוצתית לבין המאפיין הרלוונטי, היא עלולה להזין כוונות מפלות בהקשרים אחרים. אם נחזור לדוגמה של ביטוח חיים להומוסקסואלים בארצות-הברית בשנות השמונים, העדר איסור הפליה סטטיסטית היה עלול להיות בעל משמעות אקספרסיבית ולהזין דעות קדומות וכוונות מפלות כלפי הומוסקסואלים בהקשרים אחרים (אורח-חיים "לא-מוסרי" שעלול להוביל להפליה מכוונת נגד הומוסקסואלים בתחום העבודה). לעומת זאת, במקרים שבהם הפליה סטטיסטית לא תגרום להעצמת דעות קדומות והפליה מכוונת בהקשרים אחרים, הנטייה היא להימנע מלקבוע איסורים.

נתון סטטיסטי ברור הוא שנשים מעורבות פחות בתאונות-דרכים מאשר גברים, וכי ערכים מעורבים יותר בתאונות-דרכים מאשר יהודים בישראל.⁸⁶ כלומר, השתייכות קבוצתית מגדרית ולאומית היא מנבא טוב של מאפיין רלוונטי בתחום הביטוח. אף שמתאם סטטיסטי כזה קיים בשני המקרים, אנחנו נוטים לתמוך בהחלה לא-סימטרית של עקרון איסור ההפליה, כלומר, לאסור הפליה סטטיסטית נגד ערכים ולא לאסור הפליה סטטיסטית נגד גברים. ביטוי לכך ניתן

בדיקות בטחוניות מחמירות לערכים בשדה-התעופה בן-גוריון, ראו יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" **משפט ועסקים** ה' 323 (2006). לדיון מעולה בתוקפה של ההפליה הסטטיסטית בהקשר של ההגבלה הגורפת לגבי איחוד משפחות עם בן-זוג פלסטיני, ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיג אתני' ומבחי פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט' 47 (2009). שאוואר משמיע טענה קונספטואלית שלפיה כל כלל משפטי רציונלי פועל כסוג של הכללה, כמו סטריאוטיפ, כך שלמעשה הפליה סטטיסטית מתפקדת כמו כלל משפטי. FREDRICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES, AND STEREOTYPES 55 (2003).

83 ראו דיון בנקודה זו במאמרי "שלוש הסתייגויות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 200.

84 Kelman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 848.

85 זו גם מסקנתו של קלמן, שם, בעמ' 850.

86 על-פי מחקר שנערך בעבור עמותת "אור ירוק", רק רבע מבין כלל הנהגים שהיו מעורבים בתאונות-דרכים בשנת 2013 היו נשים. ראו "נשים מהוות רק רבע מכלל הנהגים שהיו מעורבים בתאונות הדרכים בשנת 2013" **אור ירוק** (6.3.2014) www.oryarok.org.il/?p=4571. לגבי ערכים, על-פי נתוני משטרת ישראל, 45% מההרוגים בתאונות-דרכים בעשרת החודשים הראשונים של שנת 2013 היו בני החברה הערבית, ומחצית מהנהגים הצעירים שהיו מעורבים בתאונות-דרכים קטלניות הגיעו מהמגזר הערבי. ראו חסן שעלאן "תאונות דרכים: 45% מההרוגים הם ערכים" **ynet** (18.11.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4455010,00.html

למצוא בתפיסות ציבוריות רווחות. כאשר חברת הביטוח AIG יצאה במסע פרסום המדגיש את הפרמיה הנמוכה יותר שנשים משלמות בהשוואה לגברים, כלומר במסע פרסום שמאשר כי החברה נוקטת מדיניות של הפליה סטטיסטית לרעת גברים, לא עורר הדבר ביקורת ציבורית, ואף לא הגיע לפתחו של בית-המשפט. באותן מדינות שבהן אכן הגיע הדבר לבית-משפט, דוגמת קנדה, סירב בית-המשפט לפסול את המדיניות הזו.⁸⁷ לעומת זאת, כאשר פורסמו בעיתונות כתבות על מקרים של הפליה סטטיסטית של חברות הביטוח נגד ערבים, נסוגו חברות הביטוח ממדיניות זו מייד, והאשימו את הסוכנים כמי שפעלו על דעת עצמם ובניגוד למדיניות המוצהרת של החברה.⁸⁸ סביר להניח כי אילו הגיעה מדיניות כזו לבית-המשפט, היא הייתה נפסלת בהיותה מנוגדת לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים.

ההצדקה לחוסר הסימטרייה בהתייחסות לשני הסוגים של הפליה סטטיסטית קשורה למשמעות האקספרסיבית של ההפליה הסטטיסטית בשני המקרים.⁸⁹ מכיוון שגברים אינם משתייכים לקבוצה מוחלשת, הפליה סטטיסטית נגדם אינה כרוכה בנזק נלווה, במובן זה שאין היא מעצימה דעות קדומות וסטריאוטיפים בהקשרים אחרים או מעבירה מסר של נחיתות.⁹⁰

87 Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Comm.), 16 C.H.R.R. D/255 (S.C.C.) (1992). לאחרונה מסתמן שינוי חלקי בגישה זו באירופה. ראו, למשל, את הנחיית הנציבות האירופית משנת 2011 לא להתיר הפליית ביטוח נגד גברים: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1581_en.htm

88 ראו, למשל, יובל קרני "ערבי? תשלם יותר" *ynet* 7.3.2004, www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-7.3.2004; www.mako.co.il/2885349,00.html; "להפסיק את האפליה הבוטה בדואר" *mako* 16.8.2011, www.mako.co.il/16.8.2011; news-israel/local/Article-fb1dba31123d131017.htm (הפליית ערבים בשירותי ביטוח רכב שרשות הדואר מציעה). בעקבות המקרה הוגשה בקשה לתובענה ייצוגית בגין הפליה בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, אבל הבקשה נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי בנצרת. ראו ת"צ (מחוזי נצ') 19886-07-12 אבו אסחאק נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.2013).

89 על גישה אקספרסיבית לעקרון איסור ההפליה ראו Hellman, לעיל ה"ש 34 (חוקים מפרים את עקרון איסור ההפליה אם משמעותם מתנגשת בחובה של המדינה לנהוג כלפי כל אדם בדאגה שווה). ראו גם Richard H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1988); Edwin Baker, *Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection*, 131 UNIV. PA. L. REV. 933 (1983) (כאשר בית-המשפט העליון מדבר על כוונה, יש להבין זאת לא רק באופן סובייקטיבי, אלא גם באופן אובייקטיבי, כלומר, לבחון את פעולת הסוכן לפי המשמעות החברתית שלה). גישות אקספרסיביות חשופות עם זאת לביקורת על כך שהן קשות להגדרה וליישום אובייקטיבי וניטרלי. ראו Matthew D. Adler, *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, 148 U. PA. L. REV. 1363 (2000); Michael W. McConnell, *Religious Freedom at the Crossroads*, 59 U. CHI. L. REV. 115 (1992); Steven D. Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 MICH. L. REV. 266 (1987).

90 ראו גם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 73 (הנכונות הקיימת להסכיך לפרמיית ביטוח רכב דיפרנציאלית – כזו המעדיפה נשים נהגות על נהגים גברים, או נהגים מבוגרים על נהגים צעירים – אינה מכשירה כלל את קבלתו של תיוג בטחוני של אזרחים ערבים. הדיפרנציאציה כפוליסת הביטוח מגלמת מצב שבו "הקבוצה החשודה" – הנשים – היא דווקא המוטבת של אותה דיפרנציאציה. בדוגמה השנייה הדיפרנציאציה משקפת יחס מיטיב לנהגים המבוגרים, שהיו פעם

לעומת זאת, הפליה סטטיסטית נגד קבוצה מוחלשת עלולה להיות כרוכה בנוק נלווה, קרי, להעצים הפליה מכוונת במקרים אחרים (כפי שעולה גם במקרה של הפליה ביטוחית נגד הומוסקסואלים), ואף לתת הסבר "רציונלי" לעמדת הנחיתות המוסרית והמטריאלית שלה.⁹¹ במילים אחרות, אף אם אין כוונה מפלה ביסוד ההפליה הסטטיסטית, היא עלולה להעצים כוונות מפלות בהקשרים אחרים.

ככזו, בחינת חוקיותה של ההפליה הסטטיסטית אינה עוסקת בבחינה צופה פני עבר של כוונות, אלא היא צופה פני עתיד, כלומר, היא בוחנת את המסר שנובע מקיומה של הפליה סטטיסטית, ואת הנזק שהיא עלולה להסב למפעל השאפתני של מיגור הדעות הקדומות והסטריאוטיפים שיובילו להפליה מכוונת בעתיד. בפרק ג אראה כי ניתן להציע דרך נוספת לבחינת הלגיטימיות של ההפליה הסטטיסטית, והיא באמצעות זווית-הראייה של האדישות המפלה.

(ה) טענת "עלויות" כרציונליזציה של כוונה מפלה

בחלק 2(ב) נטען כי העדר קשר רציונלי בין האמצעים למטרות או קיומו של אמצעי דרסטי פחות יכולים להיות אינדיקטיביים לכוונה מפלה. אך מה הדין במצבים שבהם האמצעי החלופי אפקטיבי פחות בהשגת התכלית המוצהרת הראויה או במצבים שבהם הוא יקר יותר? במקרים אלה הסקה סבירה תהיה שהמדינה פעלה ממניעים לגיטימיים של הקטנת עלויות או של מימוש אפקטיבי של תכליות לגיטימיות אחרות. לכן, אם בית-המשפט מקבל טענה בדבר הפרת השוויון גם במקרים שבהם המדינה טוענת לעלויות מוגברות, הדבר נתפס כמשתלב עם תפיסה של שוויון תוצאתי במובנו הטבוע, ואי-אפשר לעשות כאן רדוקציה לכוונה מפלה. אבקש להראות כאן כי באותם מקרים שבהם העלויות הכרוכות במימוש האמצעי שתוצאתו מפלה פחות הן זניחות או מהוות רק עלויות מעבר, יש יסוד סביר לחשד שהשתתת הבחירה באמצעי האפקטיבי מעט יותר על שיקול העלויות אינה אלא רציונליזציה של כוונה מפלה.

צעירים ועתה יש להם ילדים צעירים, אשר בהמשך ייהפכו למבוגרים וייהנו מאותה הטבה; אבל אין יהודים שהיו ערבים או יהיו ערבים, ועל-כן ההחלטות הפוגעות באחרונים צריכות להיבחן תחת חשד).

91 *Fiss, Groups and the Equal Protection Clause*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 157, Sunstein; לעיל ה"ש 18, בעמ' 2418; שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131, 145 (2002) (בעוד שבעבר השתייכות מגדרית הייתה מנבא אפקטיבי של מחויבות בשוק העבודה, אכיפה ממשית של עקרון איסור ההפליה בתחום העבודה עשויה להוביל להחלשת תוקפו של המנבא). ראו גם את דבריו של השופט ריבלין בע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פס' 37 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 27.9.2005), המתייחס לקשר שבין סטריאוטיפים אמפיריים לבין סטריאוטיפים נורמטיביים ("השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי, הגזעי או האתני של הניזוק, נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. הוא אינו ראוי נורמטיבית"). לדין בהבחנה ראו גם K. Anthony Appiah, *Stereotypes and the Shaping of Identity*, in ROBERT C. POST ET AL., *PREJUDICIAL APPEARANCES: THE LOGIC OF AMERICAN ANTIDISCRIMINATION LAW* 55 (2002).

הניחו כי מורה סבור שמטעמי אסתטיקה נכון יותר להושיב את התלמידים הלבנים בטורים נפרדים מהתלמידים השחורים. התכלית המוצהרת, האסתטית, היא כמובן תכלית תקפה, ונוסף על כך קיים קשר הדוק בין האמצעי (הושבה בטורים נפרדים) לבין המטרה המוצהרת (אסתטיקה), אבל מכיוון שהתכלית האסתטית היא כה זניחה בהשוואה לנזק (אות-קלון לשחורים), יש סיבות רציניות לחשוד שהמטרה האמיתית מאחורי ההפרדה היא כוונה מפלה.⁹² חשד זה חזק במיוחד כאשר המדינה טוענת לקיומן של עלויות מעבר זניחות.⁹³ למשל, בעניין מילר טענה המדינה כי אין לגייס נשים לקורס טיס בשל עלויות עורפות ושיקולים לוגיסטיים, הכרוכים בהתאמת מערך הטיס לקליטת נשים. בית-המשפט דחה את טענת העלויות, תוך שהוא עושה שימוש ברטוריקה של "זכויות אדם עולות כסף",⁹⁴ המרמזת לכיוון של שוויון בתוצאות. אבל בדחייה זו טמון גם החשד שטיעון העלויות, במיוחד כאשר מדובר בעלויות זניחות או בעלויות מעבר, אינו יותר מאשר רציונליזציה של מניע נפסד מצד המדינה, המגולם במימרה המגונה "הטובים לטיס, הטובות לטייסים".⁹⁵ כאשר על כפות המאזניים ניצב רווח גדול מאוד לשוויון מול חיסכון קטן מאוד בעלויות, יש כאן מה שלובן וגם ביטי מכנים "תחלוף של קטן מול גדול" (small-large trade-off).⁹⁶ בנסיבות כאלה קשה לנו להבין כיצד מקבל החלטות רציונלי יערוך איזון כה שגוי, אלא אם כן מדובר בהקשרים "חשודים", כגון החלטות שנוגעות בנשים או במיעוטים, שאז יש לנו בסיס להניח כי המדינה פעלה על יסוד כוונה מפלה.

ניתן להציע קריאה דומה גם לפסק-הדין עדאלה בעניין חוק הכניסה לישראל (איחוד המשפחות). באותה פרשה טענה המדינה כי תכלית החוק, המגביל באופן גורף איחוד משפחות בין אזרחי מדינת-ישראל הנישאים לבין תושבי השטחים הכבושים, היא התכלית הבטחונית, וזאת לנוכח מקרים אחדים שבהם תושבי השטחים שקיבלו מעמד שהייה בישראל לאחר נישואיהם היו מעורבים בפעילות טרור נגד המדינה.⁹⁷ באותו מקרה התעורר חשד שהמדינה פעלה כדי לקדם מטרה אחרת, היא המטרה הדמוגרפית, כלומר, שמטרת החוק הייתה למנוע

92 PAUL BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING 489 (1975).
 93 הטיעון לגבי עלויות מעבר חל לא רק על עלויות זניחות. לעיתים אנחנו מטילים עלויות מעבר גם על מי שאינו פועל על יסוד כוונה מפלה, וזאת כדי למגר הפליה גזענית. היגיון דומה חל גם לגבי האיסור להביא בחשבון העדפות מפלות של לקוחות. ראו לעיל דיון בחלק 2(ג).
 94 פרשת מילר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 113.
 95 שם, בעמ' 144 (פסק-דין של השופט דורנר).
 96 David Luban, *Incommensurable Values, Rational Choice, and Moral Absolutes*, 38 CLEVELAND ST. L. REV. 65, 75 (1990) (רוב המקרים של התנגשות בין ערכים שאינם בני-המרה כרוכים בתחלוף פשוט של "קטן" מול "גדול"); DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 169 (2004) (מבחני המידתיות ניתנים להצדקה משום שיישומם כרוך במקרים רבים בתחלוף של קטן מול גדול). ביטי מביא כדוגמה לתחלוף כזה את פסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) (דקות ספורות של הארכה בנסיעה מבחינת החילונים בתמורה לרווח גדול מאוד במונחים של הגנה על רגשות דתיים). ראו גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004) (ניתוח במונחים של "קטן מול גדול" במסגרת מבחן המידתיות השלישי).
 97 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 1.

הגירה משמעותית של פלסטינים למדינת-ישראל, אשר תסכן את הרוב היהודי בישראל.⁹⁸ במנותק מהשאלה אם התכלית הדמוגרפית היא חוקתית אם לאו, המבנה של הסיטואציה כאן דומה לזה שבפרשת מילר, שכן במימוש האמצעי הפוגעני פחות בזכות יש עלויות עודפות, בין שמדובר בעלויות הכספיות הכרוכות בבדיקות פרטניות ובין שמדובר בעצם קיומו של הסיכון העודף (עם בדיקות פרטניות או בלעדיות).⁹⁹

אבל נקיטת אמצעי שהוא אכן אפקטיבי בהקטנת סיכונים אינה מסירה עדיין את החשד לקיומו של מניע פסול. הדבר נכון במיוחד אם קיימים סיכונים אחרים שביחס אליהם איננו נוקטים אמצעים מקטיני סיכונים שפוגעים גם בזכויות "שלנו". כך, למשל, ניתן לנקוט שלל אמצעים דרסטיים כדי להקטין את הסיכון הכרוך בנהיגה במכוניות, אבל איננו עושים זאת מכיוון שמחיר השימוש באמצעי הפוגעני מתפזר גם עלינו. מה שמחשיד בהקשר של נקיטת אמצעי דרסטי להקטנת סיכונים בפרשת עדאלה הוא שהקבוצה שנושאת במחיר של הפחתת הסיכון היא קבוצת מיעוט. זהו מצב קלסי של אמפתיה ברירנית (selective empathy), שמתעוררת בסיטואציות של דיכוטומיה שבטית של אנחנו-הם (we-they), והיא אינדיקטיבית למניע פסול.¹⁰⁰

את הימנעותו של בית-המשפט מלבסס את פסיקתו על כוונה מפלה אפשר להסביר כבחירה פוליטית-אסטרטגית כנה, לנוכח המשמעות הפוליטית הטעונה של חשיפת הכוונה הפסולה. חשיפת "התכלית הדמוגרפית" אשר ייתכן שעמדה על הפרק בעניין עדאלה, או חשיפת המניע המפלה שעמד מאחורי הוצאת היישובים הערביים מכלל הזכויות לעדיפות לאומית בעניין ועדת המעקב, הן מהלכים טעונים מאוד מבחינה פוליטית. אך בכך אין כדי להפריך את טענתי כי מה שעמד על הפרק בשני המקרים הוא חשד עמוק בטיב המניעים של המדינה, ועל-כן לא נכון לראות בפנייה לאפיק ההנמקה התוצאתי משום נטישה של מתאר הניתוח הדאונטולוגי, מודרך-הכוונות.

לסיכום, בקיומה של עלות להימנעות מהפרקטיקה המפלה אין כדי לשלול את קיומה של כוונה מפלה. לעיתים העלות העודפת אינה אלא רציונליזציה של מניע מפלה ביחס לקבוצות מיעוט שמייצגות את "האחר" בחברה.

98 ראו שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופס' 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. לניתוח פסק-הדין והתפקיד שהשיקול הדמוגרפי מילא בו ראו יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" משפט וממשל י' 47 (2006).

99 לטיעון שלפיו אי-אפשר לראות בשאיפה של המדינה לצמצם כל סיכון, ללא קשר למחיר, משום תכלית ראויה, ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 66.

100 לניתוח לאורך קווים אלה ראו Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2011). אפשר להציג קריאה דומה גם בנוגע לפסק-הדין בפרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 96. תוואי הגדר, החודר מזרחה לקו הירוק, יכול אמנם להקטין סיכונים בטחוניים, אבל את המחיר של נקיטת אמצעי מקטין-סיכונים זה לא היינו מוכנים לשאת בעצמנו אילו הושת עלינו, ולא על אחרים. ראו גם David A. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, 56 U. CHI. L. REV. 935, 956-965 (1989) (עקרון איסור ההפליה מופר באותם מקרים שבהם מקבל ההחלטה לא היה מוכן לשאת באותו נטל שהוא מוכן להשית על "האחר", גם אילו התקיימה הצדקה עניינית להסבת הנטל עליו). ראו גם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 72.

ג. אדישות מפלה

בנקודה מסוימת אי־אפשר עוד לעשות רדוקציה של דוקטרינת ההפליה התוצאתית לרצון למגר כוונות מפלות. חלק לא־זניח של הפסיקה בישראל בנוגע להפליה התוצאתית אינו קשור, כך נראה, לרצון למגר כוונות מפלות, ובאופן טבעי יותר הוא מקושר לתפיסות שוויוניות תוצאתניות, שאינן מתעניינות במצבו הנפשי של הפועל, ואשר הדבר היחיד שמעניין אותן הוא התוצאות בפועל.¹⁰¹ למעשה, מגישות תוצאתניות טהורות נובעת גישה המטילה אחריות מוחלטת על מקבלי ההחלטות, שכן מה שחשוב זה התוצאות בפועל, ולא המצב הנפשי של מקבל ההחלטות.

ביטוי לתפיסה הגוזרת אחריות מוחלטת מתפיסה של שוויון בתוצאות כבעל ערך טבוע אפשר למצוא בביקורתה של השופטת אוקונור (O'Connor) על דוקטרינת ההפליה התוצאתית (disparate impact) בארצות־הברית. לטענתה, המשמעות של דוקטרינה זו היא הטלת אחריות כל אימת שאין ייצוג מספרי יחסי לקבוצות מיעוט במקומות עבודה, וזאת מבלי לדרוש יסוד נפשי כלשהו כבסיס לאחריות משפטית. כדי להימנע מאחריות כזו, לא תהיה בררה למעבידים אלא לגבש מדיניות של מכסות, שבה מקבלים אנשים ללא קשר לכישוריהם:

If quotas and preferential treatment become the only cost-effective means of avoiding expensive litigation and potentially catastrophic liability, such measures will be widely adopted. The prudent employer will be careful to ensure that its programs are discussed in euphemistic terms, but will be equally careful to ensure that the quotas are met.¹⁰²

הטענה היא שהבטחת מכסות נובעת באופן מעשי, ואפילו לוגי, ממחויבות לגישה של שוויון בתוצאות כבעל ערך טבוע, וכי למעשה ניתן לעשות רדוקציה של גישה כזו לתפיסה של אחריות מוחלטת, דבר הפוגע באופן חמור בתפיסה של אחריות מוסרית אישית של שחקנים עם כוונות טובות.¹⁰³

בפרק זה אבקש לטעון כי כעניין תיאורי ניתן להסביר חלק משמעותי מפסקי־הדין העוסקים בשוויון תוך שימוש בהנמקה מבוססת־תוצאה כמבטאים תפיסה המבטאת מאבק בביטוייה של אדישות כלפי מצבם של אנשים המשתייכים לקבוצות מוחלשות, וזאת להבדיל מתפיסה של

101 ראו, למשל, Kelman, לעיל ה"ש 25, הטוען כי גישת ההפליה התוצאתית ניתנת אמנם להבנה במקרים רבים כמקדמת יעילות עסקית ומונעת הפליה לא־רציונלית, אבל אלה אינם המקרים היחידים שבהם הדוקטרינה חלה. היא חלה גם במקרים שבהם לא הייתה כוונה מפלה.

102 *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 993 (1988).

103 להבנה כזו של דוקטרינת ההפליה התוצאתית ראו Elaine W. Shoben, *The Use of Statistics to Prove Intentional Employment Discrimination*, 46 LAW & CONTEMP. PROBS. 221, 231 (1983); Nadine Taub & Wendy Williams, *Will Equality Require More than Assimilation, Accommodation or Separation from the Existing Social Structure?*, 37 RUTGERS L. REV. 825, 837 (1985).

אחריות מוחלטת. אדגים זאת בעיקר תוך התייחסות לדוקטרינות "הייצוג ההולם" ו"ההתאמות הסבירות", כפי שהתפתחו בחקיקה ובפסיקה שלנו, שהן שתיהן דוקטרינות מובהקות של שוויון בתוצאה, להבדיל משוויון בכוונות. לבסוף אטען, על יסוד כתיבתי המשותפת עם עידו פורת, כי תפיסה האוסרת "אדישות מפלה" קרובה מבחינה רעיונית לאיסור הדאונטולוגי החל על כוונה מפלה, וכי גם היא מבוססת על תפיסה האוסרת שימוש באדם כאמצעי בלבד.

1. ייצוג הולם

שתי הנחות מקובלות בדיונים על העדפה מתקנת הן שמקבל ההחלטות עצמו אינו אשם בהפליה,¹⁰⁴ וכן שיש לה, למדיניות זו, מחיר לכאורי מבחינת בני הקבוצות האחרות (אלה שאינן מושאיה של מדיניות ההעדפה המתקנת). אשר על-כן יש צורך בהצדקה מוסרית מיוחדת על-מנת להשית על מקבל ההחלטות אחריות או חובה בגין פערים חברתיים אשר לא הוא אחראי להם. עם זאת, לא יהיה זה מדויק לומר כי שאלת האשם נעדרת לחלוטין מדיונים על העדפה ומתקנת. היא נוכחת במיוחד כאשר מועלות הצדקות מכיוון של צדק מתקן לנקיטת העדפה מתקנת. התומכים בתפיסת הצדק המתקן יצדיקו העדפה מתקנת רק באותם מקרים שבהם נהגה בעבר הפליה מכוונת נגד קבוצה.¹⁰⁵ על-פי גישה זו, כדי להשיג שוויון מהותי, יש לסטות מעקרון עוורון-הצבעים, על-מנת להשיג עוורון-צבעים לאחר התיקון.¹⁰⁶ גישה מתקנת "חזקה" יותר קיימת בפסיקה האמריקאית. כך, במשפט האמריקאי ניתן להצדיק העדפה מתקנת במקום עבודה פרטי רק כאשר המעביד עצמו מוכיח, על יסוד ראיות לכאורה, כי במקום העבודה הספציפי נהגה בעבר מדיניות המבוססת על כוונות מפלות כלפי קבוצות מוחלטות.¹⁰⁷ לנוכח ההיסטוריה האמריקאית של עבדות והפרדה גזעית, מדיניות של העדפה מתקנת כלפי שחורים בארצות-הברית היא מקרה פרדיגמטי של צדק מתקן.

104 יש לסייג אמירה זו. מחקרים מראים כי אם מציגים ללבנים שאלה בנוגע למידת תמיכתם במדיניות של העדפה מתקנת, די בכך להעלות את הסיכוי שהם יתפסו שחורים כעצלים או כחסרי אחריות. PAUL M. SNIDERMAN & THOMAS PIAZZA, *THE SCAR OF RACE* 103 (1993). על רקע זה טוען רנדל קנדי כי יש סיבות לחשוד שההתנגדות החריפה להעדפה מתקנת מבוססת כשלעצמה על מניעים גזעניים. Randall Kennedy, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, 99 HARV. L. REV. 1327 (1986). ראו גם Richard Delgado, *Ten Arguments Against Affirmative Action: How Valid?*, 50 ALABAMA L. REV. 135 (1998). לביקורת על גישת הצדק המחלק בהקשר של העדפה מתקנת ולטיעון לטובת גישה של אנטי-דיכויו ראו YOUNG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 3.

105 Thomas Nagel, *Equal Treatment and Compensatory Discrimination*, 2 PHIL. & PUB. AFF. 348 (1973). לדיון ביסודות התיאורטיים של הדיון בהעדפה מתקנת ראו גם EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT (Marshall Cohen, Thomas Nagel & Thomas Scanlon eds., 1977).

106 Amy Guttman, *Responding to Racial Injustice*, in K. ANTHONY APPIAH & AMY GUTTMAN, COLOR CONSCIOUS: THE POLITICAL MORALITY OF RACE 106 (1996) (כדי להגשים את האידיאל של עוורון-צבעים, יש צורך לנקוט בשלב-ביניים מדיניות של מודעות לצבעים).

107 Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987).

לעומת זאת, התומכים בתפיסת הצדק המחלק יראו במדיניות של העדפה מתקנת אמצעי קריטי להשגת שוויון בתוצאות במנותק משאלות של אשמה, כוונות רעות או אחריות אישית. חברה צודקת היא חברה שבה לכל אדם יש שוויון אפקטיבי בהזדמנויות, בין אם מצבה הנחות של הקבוצה שהוא משתייך אליה נובע מהפליה מכוונת בעבר ובין אם לאו.¹⁰⁸ על יסוד גישה כזו ניתן להצדיק, למשל, מדיניות של העדפה מתקנת כלפי מהגרים היספנים לארצות-הברית, גם בטרם הופלו ובהעדר היסטוריה של הפליה בעבר.

אבל עיון בפסיקת בית-המשפט העליון בנוגע לדוקטרינה המרכזית במשפט הישראלי המבטאת את עקרונות ההעדפה מתקנת, היא דוקטרינת הייצוג ההולם, מגלה גישת-ביניים להעדפה מתקנת. גישה זו אינה אובססיבית לגבי כוונות, מצד אחד, אבל מייחסת משקל ליסוד הנפשי של מקבל החלטות, מצד אחר. בפרק זה אטען כי דוקטרינת הייצוג ההולם בישראל מגלה עוינות כלפי סירוב של מקבל החלטות לפעול לייצוג הולם של נשים או ערבים מטעמים של אדישות מוחלטת כלפי הנורמה השוויונית. אדישות מוחלטת כזו קיימת כאשר מקבל החלטות מסרב לנקוט אמצעים שהם דרסטיים פחות אך אפקטיביים באותה מידה – או כמעט באותה מידה – להשגת מטרותיו; או כאשר הוא מסרב לעשות אפילו מאמץ מינימלי לאתר מועמד מתאים מהקבוצה המוחלטת.

מצב נפשי של אדישות כלפי הנורמה נובע ממצב רגשי של אמפתיה ברירנית או בשל אי-הפנמת נורמה משפטית או מוסרית חדשה. איסור אדישות מפלה נועד, בין היתר, להעלות לרמת המודעות את החובה לנקוט פעולה אקטיבית כדי למצוא מועמד ראוי מתוך הקבוצה החלשה. נוסף על כך, כאשר מקבל החלטות יכול לנקוט אמצעי דרסטי פחות שהוא אפקטיבי באותה מידה או כמעט באותה מידה אבל בוחר לא לעשות כן, הדבר עשוי לשקף מצב נפשי של אדישות מוחלטת כלפי הנורמה החוקתית.

לטענתי, מצב נפשי כזה של מקבלי החלטות התקיים במקרה שנידון בעניין שדולת הנשים.¹⁰⁹ באותה פרשה היה שר התעשייה והמסחר אמור למנות דירקטורים לחברות ממשלתיות תוך ניסיון לתת "ייצוג הולם" לנשים. האם ניתן לומר כי השר פעל בהתאם לנורמה החוקתית אם הוא השקיע מאמץ מינימלי בלבד באיתור מועמדת מתאימה? השר לא פעל אמנם מתוך כוונה מפלה, אבל מגסיבות העניין עולה כי הוא לא באמת הפנים את קיומה של הנורמה השוויונית, ולא הביע מידה של כבוד כלפיה. העדר אכפתיות כלפי הנורמה השוויונית, שמשקף במאמץ מינימלי או בהעדר כל מאמץ לאתר מועמדת מתאימה, מהווה הפרה של הנורמה החוקתית. הפרה כזו אינה מבוססת על תפיסה של אחריות מוחלטת, שכן אם השר היה מראה כי הוא השקיע מאמצים באיתור מועמדות וחרף זאת לא נמצאה מועמדת מתאימה, פעילותו לא הייתה מהווה הפרה של הנורמה המחייבת ייצוג הולם לנשים.

108 Cheryl I. Harris, *Whiteness as Property*, 106 HARV. L. REV. 1707 (1993). הריס טוענת כי יש שתי בעיות מרכזיות בדגם של צדק מתקן: ראשית, הנהנים של ההעדפה המתקנת כיום אינם קורבנותיה של ההפליה בעבר; ושנית, מי שנושא כיום בנטל אינו מי שאשם באותה הפליה שנהגה בעבר. עם זאת, ניתן לדעתה להצדיק העדפה מתקנת על בסיס עיקרון של צדק חלוקתי.

109 עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 1.

בפסק-הדין בעניין שדולת הנשים קבע בית-המשפט את סטנדרט הפעולה הנדרש, קרי את הפרוצדורות הנדרשות, כדי לקבוע ששר עמד בחובה להבטיח ייצוג הולם לנשים:

מסקנה נוספת המתחייבת מכאן היא, שהנטל להוכיח כי בנסיבותיו של מקרה פלוני לא היה ניתן למנות אישה, רובץ על שכמו של השר הממנה. נטל זה איננו קל. כדי לשאתו מוטל על השר הממנה להראות כי בדק את האפשרות למנות מועמדת מתאימה אך נוכח כי בנסיבות העניין הדבר אינו ניתן. אף חובת הבדיקה החלה עליו אינה קלה. כדי לעמוד בה מוטל על השר לנקוט אמצעים סבירים לאיתורה של מועמדת מתאימה. היקף האמצעים תלוי בסוג המינוי העומד על הפרק. מקום שעליו למנות דירקטור מקרב עובדי משרדו, תקיף הבדיקה את כלל העובדות במשרדו שלכאורה הינן בעלות הכישרים הראשוניים הנדרשים. ואם בידו לבחור את המועמד מקרב הציבור הרחב, חייבת בדיקתו להתייחס למיגזרי האוכלוסייה שבקרבתם עשויה להימצא המועמדת הנאותה.¹¹⁰

סטנדרט הפעולה הזה נועד להתמודד עם מצב שבו המדינה לא הפנימה את קיומה של הנורמה ומגלה אדישות כלפיה. המדינה טענה באותה פרשה כי "מדובר בהוראת חוק חדשה וחדשנית, שאם לא יושמה כהלכה במקרים הנדונים יש לייחס זאת לשגגה ולחוסר מודעות מספקת למהות החובה שנקבעה ולהיקפה".¹¹¹ הדרישה לנקיטת צעדים לאיתור נשים מתאימות למשרה קובעת אפוא מנגנון שבא למנוע זלזול בנורמה, חוסר אכפתיות או אדישות, ולהחדיר את הנורמה למודעותם של קובעי מדיניות.¹¹²

פסק-הדין בעניין עמותת איתן מדגים אף הוא את ההיגיון של איסור אדישות מפלה ואת החובה שמקבלי החלטות יפנימו את קיומן של נורמות שוויוניות.¹¹³ העתירה תקפה את אי-ייצוגם של ערבים בוועדת טרכטנברג לשינוי חברתי וכלכלי, שהוקמה בעקבות המחאה החברתית של קיץ 2011. המדינה טענה בתגובה על העתירה כי אף שסוגיית הייצוג ההולם של ערבים נמצאת בסדר-היום הממשלתי, יש מנכ"לים שלא הפנימו את הוראות החוק הדורש ייצוג הולם גם לערבים. השופט רובינשטיין, שכתב החלטה קצרה התומכת בעתירה, ציין: "עינינו הרואות כי הנושא מצוי באופן שוטף על שולחן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. הקושי האמיתי הוא כמובן הפנמתו והטמעתו כדי שיימצא תדיר בתודעת ממני ועדות וממנים בכלל. על כך – הן באשר לנשים והן באשר לאוכלוסייה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית –

110 שם, בעמ' 529.

111 שם, בעמ' 514.

112 ראו גם את דבריו של השופט פוגלמן בבג"ץ 5660/10 עמותת איתן – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 20 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 22.8.2010) בעניין ייצוג הולם לנשים בוועדת טירקל ("על המשיבים היתה מוטלת, מכוחו של סעיף 1ג6 (ב) לחוק שיווי זכויות האישה, חובה לפעול בשקידה הראויה לייצוג הולם של נשים בוועדת טירקל, שהיא וועדה ציבורית").

113 בג"ץ 5980/11 עמותת איתן משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.8.2011).

על הרשויות לשקוד".¹¹⁴ גם במקרה זה לא פעלה המדינה מתוך כוונה מפלה נגד ערבים, אלא מתוך אדישות או חוסר אכפתיות, שנובעות מאמפתיה בכירנית או מאי־הפנמת הנורמה. מצד אחר אין מדובר בגישה תוצאתנית, אשר אדישה לחלוטין לכוונות או למצב הנפשי של מקבל ההחלטה, מכיוון שאילו הראתה הרשות השתדלות ראויה, לא הייתה פעולתה נפסלת גם אם בפועל, במבחן התוצאה, לא היו ממנים לוועדה אישה או אזרח ערבי.

אדישות יכולה ללבוש שתי צורות: (1) אדישות להשלכותיה של המדיניות על חברים בקבוצות מוחלשות (תופעת האמפתיה הכירנית); (2) אדישות ביורוקרטית כללית, שנובעת מהסתמכות עצלה של קובעי מדיניות על נוהלי העבר (path dependency).¹¹⁵ ייתכן שהפנייה למועמדים שהם גברים יהודים נבעה מהישענות על רשימת שמות קודמת, שהייתה מורכבת רובה ככולה מגברים יהודים. אדישות מסוג זה מתעלמת כמובן מנשים ומערבים, אבל היא נובעת מהתעלמות מכל מי שאינו נמצא ברשימות קודמות, רק מכיוון שמסלול פעולה ביורוקרטי כזה הוא הזול והנוח ביותר למנהל.¹¹⁶

2. התאמות סבירות

תביעות להתאמות סבירות נראות במבט ראשון כחורגות באופן מהותי מתפיסת הכוונות המפלגות. האינטרס שעומד מול התביעה להתאמה הוא אינטרס לגיטימי של משאבים מוגבלים, וכאן לא יכול לחול איסור קטגורי מהסוג הקיים לגבי כוונות פסולות. לצורך הדיון כאן אניח כי טענת העלות העודפת אינה משמשת רציונליזציה של מניע נפסד, מהסוג שניתן לייחס למדינה בפרשת מילר.¹¹⁷ הנחת־העבודה שלי בנוגע לחיוב התאמות סבירות היא שסירובם של המדינה או של המעבידים לערוך התאמות נובע משיקול לגיטימי של משאבים מוגבלים, ולא מתוך כוונה להפלות. לכן החוק האמריקאי שמגן על זכויות של אנשים עם מוגבלות – ה־ Americans with Disabilities Act, 1991 (ADA) – נתקל בביקורת חריפה בארצות־הברית, בעיקר בשל הניתוק שהוא מייצג לכאורה מהתפיסה של איסור כוונות מפלות, שמאפיינת את המשפט האמריקאי.¹¹⁸

114 שם, פס' ו לפסק־דינו של השופט רובינשטיין.

115 Jörg Sydow, Georg Schreyögg & Jochen Koch, *Organizational Path Dependence: Opening the Black Box*, 34 ACAD. MGMT. REV. 689 (2009).

116 תודה לקורא החיצוני שהציע הסבר כזה לתופעת האדישות בהתנהלות שלטונית שיש לה תוצא פוגעני על מיעוטים.

117 פרשת מילר, לעיל ה"ש 50. כן ראו דיון לעיל בחלק ב(ה).

118 Samuel Issacharoff & Justin Nelson, *Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?*, 79 N.C. L. REV. 307, 310–311 & nn. 21–22 (2001); Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1, 2–4, 9 (1996); Linda Hamilton Krieger, *Foreword-Backlash Against the ADA: Interdisciplinary Perspectives and Implications for Social Justice Strategies*, 21 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 1, 3–4 (2000) לטיעון דסקריפטיבי שלפיו עקרון איסור ההפליה האמריקאי אכן כולל תביעות להתאמות ולכן ה־ ADA אינו סותר את הלוגיקה של עיקרון זה ראו Jolls, לעיל ה"ש 81. לטיעון נורמטיבי לטובת ה־

על יסוד גישה של מאבק באדישות, אני רוצה להציע כאן קריאה שונה של הדרישה להתאמות סבירות. התאמה שהמדינה או מעבידים נדרשים לערוכה היא סבירה אם היא משקפת מצב תודעתי שמבטא את הפנמת הנורמה לשילוב אנשים עם מוגבלות בחיים המשקיים והציבוריים של המדינה. בית-משפט שמחיל גישה כזו להתאמה סבירה מתמקד בבחינת פרוצדורות ההחלטה של הרשות או של המעבידים, במטרה לאמוד באיזו מידה הם הפנימו את הנורמה החוקתית, ופחות בתוצאות האיזון ובהיקף העלויות הנדרשות לשם מימוש הנורמה. פסק-הדין התקדימי בעניין בוצר מבטא היטב הבנה כזו של הדרישה להתאמות סבירות.¹¹⁹ באותו מקרה תבעה משפחתו של תלמיד בבית-ספר יסודי ביישוב מכבים-רעות את הרשות המקומית על העדר הנגשה מספקת של בית-הספר לצרכיו של תלמיד אשר ישוב על כיסא-גלגלים. פסיקת בג"ץ ניתנה לאחר התנהלות ארוכה של העותרים עם הרשות, ולאחר שהצדדים כבר הגיעו להסכמות ביחס לשורה של התאמות בבית-הספר. המחלוקת העיקרית שנותרה נגעה בסוג ההתאמה הנדרש כדי להנגיש את העותר לחדר השירותים שנמצא בקומה שונה מקומת הכיתה שלו. שימו לב לדבריו של הנשיא ברק:

כל שנדרש הוא יצירת קשר אפקטיבי בין שתי הקומות. קשר כזה ניתן ליצור גם בלא אחדות של מקום. דומה שעניין זה מקובל גם על המועצה המקומית והוועדה המקומית. דא עקא, שבעיניהם שלהם נתפס הדבר כמעשה חסד שהן עושות לטובת העותר. ולא היא: לא חסד מבקש העותר, אלא על הגשמת זכותו הוא עומד. על-פי התקנות הוא זכאי לקיומו של קשר אפקטיבי בין שתי הקומות, והשאלה הינה כיצד להבטיח דבר זה. בעניין זה מציע העותר התקנתה של מעלית בין הקומה השנייה לשלישית. המעלית מהווה מבחינת הנכה תחליף לאחדות המקום. מחירה של זו כ-380,000 ש"ח. לעומתו מציעים המשיבים התקנתו של "אנכון". מחירו של זה הוא 250,000 ש"ח. המשיב השלישי (משרד החינוך והתרבות) מוכן להקציב לשינוי הנדרש סכום של 240,000 ש"ח.¹²⁰

אף שלא הייתה כאן מחלוקת מהותית מבחינת היקפי הסכומים הנדרשים להשקעה, בסופו של דבר העביר בית-המשפט את ההכרעה בשאלה בחזרה לרשות, תוך שהוא מדגיש את ההכרח לשקול את הנושא מחדש בנפש חפצה, ומתוך הבנה שנקודת המוצא בשקלול האינטרסים צריכה להיות כזו שמעניקה לתביעת העותר מעמד של זכות, ולא של חסד:

בחירתן של שאלות אלה ואחרות, כמו גם בחינתם של אמצעים טכניים אחרים, מוטלת על הוועדה המקומית. עליה לבחון את האפשרויות הטכניות וההשלכות

ADA, המבוסס על האופי הטרנספורמטיבי של עקרון איסור ההפליה ראו Samuel R. Bagenstos, "Rational Discrimination", *Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825 (2003).

119 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996).

120 שם, בעמ' 28.

הכספיות. עליה לאזן ביניהן ולהחליט מהו השילוב הראוי ביותר במסגרת התקנות, שיש בו כדי ליצור קשר אפקטיבי בין קומת הכיתות לבין קומת השירותים. כל אלה יהא עליה לשקול בלב פתוח, משוחרר מעמדתה הראשונית, אשר התבססה על פרשנות מוטעית של התקנות.¹²¹

נקודת המוצא בפסיקה זו היא שלתלמיד עם מוגבלות עומדת זכות אדם ללמוד במסגרת חינוכית אינטגרטיבית. האיזון בין זכותו של התלמיד לבין האינטרסים הלגיטימיים של המדינה בשמירה על משאבים מוגבלים צריך להיות מוכרע על-ידי המדינה, אולם רק לאחר שזו הפנימה את דבר קיומה של אותה זכות חוקתית של התלמיד. התעלמות מהנורמה, הבנה שגויה שלה (כחסד, ולא כזכות) או אי-אכפתיות כלפיה מבטאות זלזול בנורמות החוקתיות, קרי אדישות מפלה, אשר אינה קבילה. זוהי ביקורת שיפוטית המתמקדת יותר בפרוצדורות של עריכת האיזונים, ופחות באפקטיביות של האיזונים עצמם.

3. קריאה מחודשת של קטגוריות מורכבות

בפרק ב של המאמר אפינתי קטגוריות של מקרי הפליה היוצרים מורכבות בסיווגם כמקרים של הפליה מכוונת. כך, הבאה בחשבון של העדפות מפלות של לקוחות אינה מבוססת בהכרח על כוונה מפלה, אלא על הרצון למקסם רווחים על-ידי הבאה בחשבון של העדפות מפלות של לקוחות. גם הסתמכות של חברות הביטוח על מתאם סטטיסטי בין השתייכות קבוצתית לבין סיכון ביטוחי אינה מבטאת מצב תודעתי של כוונה להפלות מצד חברות הביטוח, כי אם ניסיון להתאים את הפרמיה לסיכון להתקיימותו של אירוע ביטוחי. טענתי קודם כי ניתן לקשר בין שתי קטגוריות אלה לבין הרצון למגר כוונות פסולות בשני אופנים: (א) איסור ההבאה בחשבון של העדפות מפלות של לקוחות בא למעשה למגר את הכוונות הפסולות של הלקוחות, אך משיקולים של נוחות מנהלית הדבר נעשה באמצעות הטלת אחריות על בעלי העסקים; (ב) איסור ההפליה הסטטיסטית (החל על חברות הביטוח, למשל) אינו צופה פני עבר (כלומר, הוא לא נועד למגר כוונות מפלות, שכן סביר להניח כי חברות הביטוח אינן פועלות על יסוד כוונה

121 שם, בעמ' 29. פסיקה זו קשורה לעיקרון כללי במשפט המנהלי אשר אוסר על הרשות להיות מקובעת בעמדה מסוימת, ומחייב אותה לשקול את האפשרויות העומדות לרשותה בלב פתוח ובנפש חפצה. ראו, למשל, בג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פ"ד לו(3) 1, 13 (1982); בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה(2) 85 (1980). ראו גם את חיבורו דיזנהאוס, התומך בגישה "מנהלית-פרוצדורלית" בהחלת מבחני המידתיות בשאלות חוקתיות: David Dyzenhaus, *Proportionality and Deference in a Culture of Justification*, in *PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING* 234 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014). ראו גם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 90-91 (הדרישה כי החוק – ולא רק הפגיעה בזכות-היסוד – נועד לתכלית ראויה" מורה למחוקק להעמיד לנגד עיניו את מגוון התכליות הרלוונטיות לתחום המוסדר על-ידי ואת שאלת איזון. דרישה זו דומה לחובה המוכרת המוטלת על הרשות המנהלית להעמיד לנגד עיניה את מכלול השיקולים הראויים ואת מכלול התכליות הרלוונטיות להכרעתה, ובכלל זה את החובה לשמור ככל האפשר על זכויות האדם, משמע, לשמור על האיזון הראוי בין לבין התכליות האחרות, ככל שהן מתחרות).

מפלה, אלא על יסוד רצון להקטין סיכונים כלכליים), אלא צופה פני עתיד: הוא בא להתמודד עם המשמעות האקספרסיבית השלילית שיש להפליה הסטטיסטית על נשים ועל מיעוטים, במובן זה שהיא מעצימה דעות קדומות וסטריאוטיפים נגד קבוצות מוחלשות ויוצרת את התנאים להפליה מכוונת בעתיד.

ההמשגה שנערכה בפרק זה של המצב התודעתי של "אדישות מפלה" מאפשרת קריאה נוספת של קטגוריות אלה – קריאה אשר אינה שוללת את המהלכים הקושרים בינן לבין הכוונה המפלה, אלא משלימה אותם. לטענתי, ניתן להבין את המצב התודעתי של מעביד אשר מודרך אך ורק על-ידי הרצון למקסם רווחים כמבטא הלך-רוח של אדישות מוחלטת להשלכות של מדיניותו על נשים ומיעוטים. גם חברת ביטוח אשר מקיימת מדיניות המבוססת על הפליה סטטיסטית שיש לה השלכות קשות על יחידים המשתייכים לקבוצות מוחלשות (למשל, סירוב לבטח הומואים בביטוח בריאות או קביעת פרמיה גבוהה באופן משמעותי לערבים בביטוח רכב) מצויה במצב תודעתי של אדישות מפלה, כזו שמעניקה משקל אפס לאינטרס של הפרטים באותן קבוצות.

מצב תודעתי של אדישות מפלה אינו זהה למצב תודעתי של כוונה מפלה. ההבדל בין השניים קשור לקיומו או להעדרו של רצון שתיגרם תוצאה מסוימת. מי שפועל מתוך כוונה או מניעים מפלים מעוניין – במודע או אפילו לא במודע – שמיעוטים יופלו, שמעמדם החברתי יהיה נחות. לעומת זאת, מי שפועל מתוך אדישות מפלה אינו מעוניין שתיגרם התוצאה המפלה; הוא פשוט אדיש לאפשרות קיומה של תוצאה כזו.¹²² עם זאת, גישה של אדישות מפלה נבדלת מגישה המטילה אחריות מוחלטת על מקבל ההחלטות רק משום שתוצאות התנהגותו מפלות. בניגוד לגישה האחרונה, על-פי גישה של אדישות מפלה, על בית-המשפט לבחון את המצב התודעתי של מקבל ההחלטות על יסוד ראיות פנימיות וחיצוניות.

דוגמה מובהקת לראיות שחושפות מצב תודעתי פגום היא הימנעות מנקיטת דרכי פעולה חלופיות שפוגעות פחות באינטרסים של יחידים בקבוצות המוחלשות ואשר אפקטיביות באותה מידה או כמעט באותה מידה לצורך השגת המטרה הלגיטימית של מקבל ההחלטה. בפרק ב טענתי כי הימנעות מבחירה באמצעי שפגיעתו בנשים ובמיעוטים פחותה יכולה להיות אינדיקטיבית לקיומו של מניע נסתר – כוונה מפלה – של מקבל ההחלטה. המשגת האדישות המפלה מאפשרת קריאה נוספת של המצב התודעתי העומד מאחורי בחירה באמצעי דרסטי יותר. כך, ייתכן שבחירה זו נובעת גם מאדישות מוחלטת כלפי האינטרסים של מיעוטים ונשים. אדישות זו – שיכולה לנבוע, כאמור, מאמפתיה בךירינית או מעצלות מנהלית המתבטאת בהסתמכות על העבר (path dependency) – אינה מתמרצת את מקבל ההחלטה לבחור דרכי פעולה אחרות, פוגעניות פחות, להגשמת המדיניות הלגיטימית שלו.¹²³

122 יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" עלי משפט ה 109, 110–109 (2006).

123 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Knobe Effect, Indifference, and Constitutional Law*, 123 *LAW & ETHICS HUM. RTS.* 229 (2015) 9 (העדפה להגביל בצורה מוחלטת את הזכות להפגין, במקום להטיל הגבלות של זמן, צורה ומקום, מבטאת אדישות מוחלטת של המשטרה כלפי הנורמה החוקתית המחייבת הגנה על חופש הביטוי של המפגינים).

בתת-פרק הבא אבקש להראות כי אף שקיים פער בין כוונה מפלה לבין אדישות מפלה, שכן המושג "כוונה" הוא מושג חפצי (מבטא יחס חפצי חיובי בנוגע להשגת תוצאה מסוימת) ואילו המושג "אדישות" אינו כזה, איסור הכוונה המפלה מבוסס על רעיונות דאונטולוגיים דומים לאלה המבססים את איסור האדישות המפלה, ובעיקר על האיסור הקנטיאני להתייחס לבני-אדם כאל אמצעים בלבד.

4. בין אדישות לבין כוונה

עיקר מרכזי בתפיסת מוסר קנטיאנית דאונטולוגית הוא שמי שמודרך על-ידי גזענות, מיניות, הומופוביה ומניעים דומים מתייחס לאדם הנחות כאל אובייקט נטול מאויים אוטונומיים, כאל יצור נחות ולעיתים אף תת-אנושי, ולכן הוא לא יהסס להשתמש בו כדי לקדם את האינטרסים שלו.¹²⁴ אם לבני-אדם אין ערך מוסרי שווה, אם חלק מהם יצורים נחותים, אזי הדרך סלולה להתייחסות מכשירנית אליהם, תוך שלילת ערכם הטבוע כיצורים רציונליים ואוטונומיים.¹²⁵ אם זו אכן הלוגיקה מאחורי האיסור הדאונטולוגי המוחלט של כוונות מפלות, אזי היא עשויה לחול במובנים מסוימים גם בהקשרים של אדישות מפלה.¹²⁶ מצב תודעתי של אדישות מפלה מעניק משקל אפס לאינטרסים של מיעוטים. מקבל החלטות שמודרך על-ידי אדישות מפלה אמנם אינו מעוניין במקרה הנוכחי להפלות את המיעוטים, אבל אם המשקל שהוא מייחס לאינטרסים של המיעוטים הוא אפסי, אזי במקרים עתידיים לא תהיה לו בעיה מוסרית לעשות שימוש מכשירני באותם פרטים. אם המטרה של עקרון איסור ההפליה היא למגר כוונות מפלות, אזי אי-אפשר להתיר גם פעולות שמודרכות על-ידי אדישות מוחלטת כלפי הנורמה השוויונית. עמד על כך שלי קגן בהתייחסו לפגם המוסרי של אדישות לגורלם של אחרים:

There is certainly a strong temptation to insist that to intend the harm of another is to fail to accord that individual the respect which is his due...

124 עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים שבהם גזענות אינה קשורה לשימוש מכשירני באנשים – למשל, מקרה שבו ההעדפות הגזעניות של אנשים באות לידי ביטוי ברצון להקים מועדון חברים של גזענים. עם זאת, כפי שדוורקין טוען, התבדלות גזענית במקרה כזה היא טפילה על התייחסות מכשירנית כלפי שחורים במקרים אחרים. RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 236. (1977) John H. Ely, *Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction*, 1983 DUKE L.J. 959, 963–964.

125 טענה כזו פיתחתי במקום אחר בכתיבה משותפת עם ד"ר עידו פורת. ראו COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 38, פרק 4.

126 ניתן גם להעלות את הטענה כי הימנעות מלפעול כדי למנוע תוצאות מפלות לא רק מבטאת אדישות, אלא גם מהווה אקט רשלני. ראו David B. Oppenheimer, *Negligent Discrimination*, 141 U. PA. L. REV. 899 (1993). אף שבאופן רגיל יש נטייה בקרב אנשי משפט וכלכלה לראות בעוולת הרשלנות זירה מובהקת של תחשיב תועלתני של עלות והפסד, ניתן גם להבין עוולה זו כמתיישבת עם חובות של מוסר דאונטולוגי. לניסיון ליישב בין רשלנות לבין דאונטולוגיה בעוולת הרשלנות בנויקין, ראו, למשל, Heidi M. Hurd, *The Deontology of Negligence*, 76 B.U. L. REV. 249 (1996).

[T]his will again prompt the reply that indifference to the fate of a person seems a sure sign of disrespect (or, at least, the absence of respect).¹²⁷

הקישור שבין אדישות מפלה לכוונה מפלה נתמך גם על-ידי מחקרים מתחום הפילוסופיה הניסויית (experimental philosophy).¹²⁸ פילוסופיה ניסויית היא זרם חדש בתחום הפילוסופיה שעושה שימוש במחקרים אמפיריים ובשאלונים כדי לזהות את המוסר של השכל הישר (commonsense morality), כנקודת התחלה בדיונים על מוסר. אחת התופעות המרתקות שחשף זרם זה מכונה "אפקט נוב" (The Knobe Effect), על-שם החוקר שחשף את התופעה.¹²⁹ לפני אנשים הוצג מקרה שבו מנכ"ל המודרך אך ורק על-ידי שיקול של מקסום רווחים מחליט לאמץ מדיניות שהוא יודע כי תפגע בסביבה. רוב האנשים העריכו כי המנכ"ל פגע בכוונה בסביבה. אבל כאשר הוצג לפניו מקרה זהה עם שינוי יחיד, והוא שהמנכ"ל (המודרך עדיין אך ורק על-ידי שיקול של מקסום רווחים) מחליט לאמץ מדיניות שהוא יודע כי תתרום לסביבה, רוב האנשים סברו כי המנכ"ל לא פעל בכוונה לתרום לסביבה. אי-הסימטרייה הזו בייחוס כוונות הופיעה באופן עקבי גם במחקרים נוספים שנערכו לאחר-מכן.¹³⁰

את חוסר הסימטרייה ניתן להסביר כטעות קוגניטיבית של אנשים, כלומר, שאנשים מייחסים בטעות כוונות לסוכנים אדישים אם תוצאות-הלוואי רעות, אבל נמנעים מלייחס כוונות לסוכנים אדישים כאשר תוצאות-הלוואי טובות. אבל אפשר גם להצדיק אותה מבחינה נורמטיבית על יסוד ההבחנה בין "פעולה על-פי הנורמה" לבין "פעולה נגד הנורמה" (הכוונה לנורמה משפטית או חברתית). ריצ'רד הולטון טוען כי כדי לפעול בהתאם לנורמה, אדם צריך להתכוון להיות מודרך על-ידי הנורמה, ותוצאה מקרית התואמת את הנורמה, בלא התכוונות, אינה יכולה להיחשב פעולה בהתאם לנורמה, ולכן אנשים אינם מייחסים כוונה במקרה של אדישות שמובילה לתוצאת-לוואי שתואמת את הנורמה. לעומת זאת, כדי להפר את הנורמה, די בכך שתוצאת ההתנהגות של הסוכן אינה בהתאם לנורמה, ואין צורך להראות שהוא הודרך על-ידי הרצון לפעול בניגוד לנורמה.¹³¹ לפי הסבר זה, ייחוס כוונות במקרה שבו מקבל ההחלטה אדיש לגבי התוצאות המפלות הוא מוצדק מבחינה נורמטיבית, מכיוון שכאשר אנחנו מדברים על הפרת נורמה, די בכך שאדם מודע לה ופועל בניגוד לה.

127 SHELLY KAGAN, THE LIMITS OF MORALITY 171 (1989). ראו גם BREST, לעיל ה"ש 92, בעמ' 7-8, הטוען כי אמפתיה בפרירנית או אדישות הן גרועות מבחינה מוסרית בדיוק כמו עוינות כלפי קבוצת גזע מסוימת. ברסט מגדיר אדישות ואמפתיה בפרירנית כך: "By the phenomenon of racially selective sympathy and indifference I mean the unconscious failure to extend to a minority the same recognition of humanity, and hence the same sympathy and care, given as a matter of course to one's own group"

128 Joshua Knobe & Shaun Nichols, *An Experimental Philosophy Manifesto*, in EXPERIMENTAL PHILOSOPHY 3 (Joshua Knobe & Shaun Nichols eds., 2008).

129 Joshua Knobe, *Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*, 63 ANALYSIS 190 (2003).

130 Joshua Knobe, *The Concept of Intentional Action: A Case Study in the Uses of Folk Psychology*, 130 PHIL. STUD. 203 (2006).

131 Richard Holton, *Norms and the Knobe Effect*, 70 ANALYSIS 417 (2010).

הביקורת המרכזית נגד ייחוס כוונות במקרים של אדישות מפלה היא שתפיסה כזו קורסת לתוך תפיסה של תוצאות, של אחריות מוחלטת, וזאת מהטעם שתתעורר תמיד שאלה בדבר דרגת האדישות ועוצמת המשקל שמקבל ההחלטה מייחס לנורמה החוקתית. לכן לא יהיה אפשר להימנע מאיזונים ומבחינת תוצאות בפועל. כך, בפרשת בוצר ההכרעה בנוגע להיקף ההתאמות הסבירות הנדרשות לשם הנגשת בית-הספר לתלמיד עם מוגבלות תהא כרוכה תמיד בתחשיב של עלות-תועלת. קושי דומה מתעורר גם בנוגע להכרעה בדבר היקף הדרישה לייצוג הולם, אשר גולשת גם היא עד-מהרה לשאלות של איזונים ומידתיות.

אבל ביקורת זו מחטיאה את המטרה ואת המשמעות של איסור האדישות המפלה. כשם שאנחנו בוחנים לעיתים תוצאות מפלות כדי לחשוף מניעים פסולים, דהיינו כוונות מפלות, אנחנו עשויים לבחון תוצאות ושאלות של "דרגה" בניסיון לזהות מצב תודעתי של אדישות.¹³² בשני המקרים בחינת התוצאות משמשת אמצעי לזיהוי מצב תודעתי פסול, ואינה מבטאת מחויבות לזיהוייה של הפליה באמצעות המובן הטבוע של השוויון בתוצאות.

כך, בפסק-דין בוצר בחר בית-המשפט לא להתערב בשאלה אם התקנת אנוכין בבית-הספר, שהיא אפשרות זולה יותר מהתקנת מעלית, עולה בקנה אחד עם דרישות החוק להתאמה סבירה. מה שהטריד אותו היה המצב התודעתי של מקבלי ההחלטות ברשות המקומית, אשר יצאו מנקודת מוצא שלפיה השקעת משאבים בהנגשת בית-הספר לילדים עם מוגבלות היא בגדר מעשה "חסד" של הרשות. בית-המשפט פעל כדי לגרום להפנמת הנורמה החוקתית החדשה שלפיה הנגשת בית-הספר היא זכות, ולא חסד. התוצאה בפועל של האיזון בין האינטרסים השונים עניינה פחות את בית-המשפט. היה חשוב לו יותר שהרשות המקומית, ורשויות נוספות בעתיד, יפנימו את קיומה של הנורמה החוקתית.¹³³

¹³² יש מערך של טענות דומות בנוגע לביקורת שיפוטית מבוססת-כוונות. לדיון בטיעונים השונים ראו Eisenberg, לעיל ה"ש 34, בעמ' 116 (בית-המחוקקים מורכב ממספר רב של נבחרים. לכל אחד מהם אפשר שיש מניע שונה. כיצד ניתן לקבוע בנסיבות אלה מהו המניע של המחוקק? קושי נוסף הוא קושי מוסדי. נבירה לתוך המניעים הפסיכולוגיים של המחוקקים אינה הולמת יחס של כבוד בין רשויות. ההנחה היא שיש להעדיף את האנליזה של החוק על הפסיכואנליזה של המחוקק. הקושי האחר הוא קושי מעשי. ייתכן שנוסחו של החוק עצמו הוא חוקתי לחלוטין, אף שהוא מבוסס על מניעים פסולים. אין זה הגיוני לבטל את החוק רק בשל מניעיו, ולחוקק אותו חוק בדיוק לאחר-מכן, אלא שהפעם ממניעים לגיטימיים). אבל כפי שטרייב מצייין, בתי-המשפט בוחנים ברגיל את הפרוטוקולים של ישיבות הקונגרס כדי לעמוד על תכלית החוק. קיימים גם מבחנים משפטיים שונים כדי לקבוע מהו המניע העיקרי שהניע את הגוף המחוקק. Tribe, לעיל ה"ש 52, בעמ' 822-823.

¹³³ ייתכנו כמובן מקרים שבהם בית-המשפט לא יסתפק בבחינה פרוצדורלית שנועדה לטייב את ההחלטות, אלא יקבל בעצמו את ההחלטה הנכונה. על רקע זה יכולה לעלות הטענה כי אילו חשב בית-המשפט שהסירוב להתקין מעלית במקום אנוכין היה בלתי-מוצדק, הוא היה מקבל את ההחלטה בעצמו ומורה לרשות להתקין מעלית. כך, בית-המשפט העליון בעע"ס 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (פורסם בנוב, 9.9.2014) לא הסתפק בחובה לקיים הליך תקין, אלא הכריע באופן מהותי לטובת הקמת מקווה בשטח המועצה המקומית. לטענה דומה לטובת חקר סוקרטי פרוצדורלי במסגרת מבחני המידתיות ראו Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality*. Review, 4 LAW & ETHICS HUM. RTS. 141, 143 (2010).

עיון בפסקי-הדין בנוגע להיקף הדרישה לייצוג הולם מלמד אף הוא כי בית-המשפט מתמקד בשאלת הפנמתה של הנורמה על-ידי הרשויות, ופחות בשאלת ההיקף הנדרש.¹³⁴ הביקורת השיפוטית בהקשר זה מזכירה את דיני שיקול-הדעת במשפט המנהלי, המתמקדים בפרוצדורות של קבלת ההחלטה, ופחות בתוכנה.¹³⁵ האם הרשות שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים? האם הובאו לפני העובדות? האם היא נקטה פעולות אקטיביות לאיתור מועמדים מקבוצת המיעוט? וכולי.¹³⁶ רשות שנוקטת צעדים אלה פועלת בהתאם לנורמה החוקתית של ייצוג הולם, גם אם התוצאה בפועל היא אי-מינוי נציג של קבוצת המיעוט. מכאן שהסטנדרט החוקתי אינו של אחריות מוחלטת – כמתחייב מהמובן הטבעי של השוויון בתוצאות – אלא סטנדרט התובע מצב תודעתי של כבוד לבני-האדם ולנורמה החוקתית המגינה עליהם. אי-נקיטת הצעדים האמורים היא ביטוי לזלזול, לחוסר אכפתיות ולאדישות כלפי המופלה וכלפי הנורמה החוקתית, ולכן הוא פסול.¹³⁷

ד. סיכום

טענתי במאמר היא שרטוריית ה"שוויון בתוצאות", הבולטת בפסיקת בית-המשפט העליון, אינה מבטאת מחויבות למובן הטבעי של השוויון התוצאתי. נכון יותר לקרוא את התמקדותו של בית-המשפט העליון בשוויון בתוצאות כמכשיר לזיהוי ולסילוק של מצב תודעתי פסול של מקבל ההחלטה. מצב תודעתי פסול מתקיים כאשר מקבל ההחלטה פועל על יסוד מניעים מפלים – מודעים או לא-מודעים, גלויים או נסתרים – או כאשר האפקט של פעולתו הוא העצמת דעות קדומות או סטריאוטיפים שליליים כלפי מיעוטים, גם כאשר הוא עצמו אינו פועל

134 עם זאת, יש מקרים שבהם החוק קובע חובת ייצוג הולם קטגורית, ואינו מסתפק רק ב"חובת השתדלות". ראו, למשל, חוק בתי המשפט (תיקון מס' 74), התשע"ד–2014, ס"ח 274, אשר הוסיף את ס' 6(א) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד–1984. תיקון זה מחייב כל אחד מהגופים השולחים נציגים שיכהנו כחברים בוועדה לבחירת שופטים (בית-המשפט העליון, הממשלה, הכנסת ולשכת עורכי-הדין) לכלול בין נציגיו אישה אחת לפחות.

135 איתי בר-סימנטוב מכנה ביקורת שיפוטית מהסוג הזה ביקורת שיפוטית "חצי-פרוצדורלית". ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012). בר-סימנטוב מביא כאחת הדוגמאות לגישה כזו את פסק-הדין של בית-המשפט האירופי לזכויות האדם *Evans v. the UK*, [GC] (App. No. 6339/05) Reports2007-I, para. 86.

136 בארצות-הברית נטען כי ניתן לראות בקביעת סטנדרטים כאלה משום קביעת חובת זהירות מושגית במסגרת עוולת הרשלנות בנוזיקין. ראו Oppenheimer, לעיל ה"ש 126.

137 אביא כאן את הערתו של הקורא החיצוני של מאמר זה על אדישות מפלה, שהיא מאירת-עיניים: "בעבר התמקדו בתי-המשפט ביסוד הכוונה, שכן הייתה הרבה יותר הפליה בחברה והיה צורך אקטי לשרש אותה. דווקא המעבר לאדישות מפלה מעיד כי יש שיפור חברתי בהטמעת הנורמה החברתית של איסור הפליה. בעוד שפעם רבים התכוונו להפלות, כיום אותם רבים הפנימו את הנורמה האוסרת הפליה, לפחות ברמת הכוונה. אבל כדי לעקור את ההפליה מן השורש, צריך לטפל עתה ברמה המערכתית-המבנית שאינה מלווה כוונה. כן ניתן לטעון כי הצלחה בביעור הכוונה מעידה שתהיה גם הצלחה עם נוסחת האדישות המפלה".

על יסוד כוונה מפלה, כמו במקרים של הבאה בחשבון של העדפות מפלות של לקוחות או במקרים של הפליה סטטיסטית.

מאמר זה חושף מצב תודעתי נוסף – אדישות כלפי הנורמה השוויונית. אדישות כזו מתקיימת כאשר מקבל ההחלטה אינו מעוניין אמנם בתוצאה המפלה אבל מעניק משקל אפסי או נמוך לנורמה החוקתית השוויונית. הדגמתי מצב תודעתי זה תוך התייחסות לשתי דוקטרינות מובהקות של שוויון בתוצאות: החובה למתן ייצוג הולם למיעוטים ולנשים, והחובה לערוך התאמות סבירות לאנשים עם מוגבלות. ניתוח הפסיקה בנוגע לדוקטרינות אלה מלמד שגם במקרים אלה בית־המשפט מתמקד במצב התודעתי של מקבל ההחלטה ובפרוצדורות של קבלת ההחלטה, ולא בתוצאת האיזון בין האינטרסים המתנגשים.

הטיעון כאן אינו נורמטיבי, אלא הסברי־אפיוני. הוא חושף את האופי המכשירני של רטוריקת השוויון בתוצאות בפסיקת בית־המשפט העליון. אבל הוא מתחיל במלאכת בנייתה של התשתית לטובת טיעון דאונטולוגי בנוגע למטרתו של עקרון איסור ההפליה: עיקרון זה אינו מנגנון נוסף של צדק חלוקתי, אלא מנגנון של צדק מתקן, שבא למגר את ההשפעה הלא־הוגנת שיש להטיות לא־רציונליות, לכוונות פסולות, לאמפתיה בכירנית ולמצב תודעתי של אדישות מוחלטת כלפי הנורמה השוויונית על האינטרסים של מיעוטים ונשים בחברה; הערך הטבוע של עקרון איסור ההפליה מתמקד במצב התודעתי של מקבל ההחלטות, ולא רק בתוצאות פעולותיו.