

## בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרורגנית ורבודה

ברק אתירס\*

מונחים כגון "מזרחי", "אשכנזי" "מזרחי מחמד" "משתכנז", הגם שהם נפוצים ברחוב הישראלי, מעוררים סלידה ואי-נעימות רבה. קשה עד בלתי-אפשרי לאתר את המאפיינים המרכזיים שמפרידים בין חברי הקבוצות השונות, ולעיתים נדמה שהחלוקה חסרת כל משמעות, בוודאי שנים כה רבות לאחר קום המדינה ולנוכח קיומם השכיח של נישואים בין-עדתיים. אין זה ברור גם מהו הטעם בבחינה זו. רבים סבורים כי יש להשאיר את הפליית-העבר מאחור, ולקדם ניעות חברתית מבלי לפשפש במאפייניו האתניים של כל אזרח ובהשפעתם של מאפיינים אלו על התקדמותו. אדם אינו חייב לשמור על "מזרחיותו", שגם היא עצמה מורכבת ולא-ברורה, ומי שאינו מדגיש את מאפייניו המזרחיים והגיע למשרה רמה אינו בהכרח "עלה תאנה", "מזרחי מחמד" או "משתכנז". עם זאת, יש בפרספקטיבה מזרחית עממית זו כדי לקרוא תיגר על תפיסה סטטית וחד-ממדית של הפליה, ברומזה "בקול" לקיומן של הדחקה והסוואה, אשר נוכחות היטב בדיני התאגידים, כפי שמאמר זה ימחיש. הפליה יכולה להתאפיין ברבדים שונים, עם השפעות ממספר רב של משתנים, עם השלכות מורכבות ולא-אחידות, ובמקרים רבים תוך הישענות על מבנים ואסטרטגיות של הסוואה, גם תאגידיים. כך, לדוגמה, לפרקטיקה מפלה בתאגידים פרטיים של קבלת נשים למשרות בכירות אך רק כאלה שמראן מצודד או שאינן דעתניות – התניות שגברים לא יהיו חשופים אליהן – יהיו השלכות מגדריות ניכרות, הגם שבחינה אמפירית או סטטיסטית תתקשה לחשוף

\* מרצה בכיר, דיני חוזים וחברות, המכללה האקדמית ספיר. מאמר זה לא היה נכתב אלמלא השאלות הסקרניות של תלמידיי בבית-הספר למשפטים של מכללת ספיר, אשר חיפשו תמיד אחר הרקע האנושי והחברתי שעמד בבסיסו של כל פסק-דין שלמדנו, ובעיקר של פסק-הדין בעניין **פלטיין**, להלן ה"ש 2. רוח זו, המשלבת את המחקר המשפטי עם מעורבות חברתית, ניטעה בתלמידים על-ידי מייסד בית-הספר פרופ' עמרי ידלין, ואני מודה לו על כך ועל העידוד שנתן לי בכתיבתו של מאמר זה. על הצעות והערות שתרמו רבות למאמר זה אני מבקש להודות גם לשרון חנס, ליפעת ביטון, לקארין כרמית יפת, לעוזרת-המחקר רינת פיה ולחברי המערכת של כתב-העת **משפט וממשל**. תודה מיוחדת אני חב לאילנה וגרשון פלטיין, על נכונותם לחלוק עימי מידע, מסמכים ורגשות.

את ההפליה, את השלכותיה ואת חלקו של המבנה התאגידי בהפליה זו. אם בכך לא די, מערכת המשפט הישראלית, כפי שכתבתה הביקורתית של יפעת ביטון היטיבה לחשוף, לוקה בדינמיקה של הכחשה, ואינה מכירה – ולכן גם אינה מטפלת – בהפליית מזרחים. לכך יש שתי השלכות שלובות, שמאמר זה יעסוק בהן. האחת היא פגיעה ביכולתם ובתמריציהם של הבאים בשעריה של מערכת המשפט להעלות טענות העוסקות בהפליות מורכבות בכלל, ולא רק בהפליית מזרחים, מה שפוגע בהתפתחותם של דיני ההפליה הרבודה וההטרונגנית. ההשלכה האחרת היא התחזקות הלגיטימיות של שימוש במסגרות משפטיות "ניטרליות", כגון מסגרת השיח התאגידי, שבהן מעטפת מקצועית ואובייקטיבית משמשת מסווה לקיומן של הפליות מורכבות. בדרך זו הדיון המשפטי מוסט מחוויית ההפליה האנושית לשיח מקצועי נטול צבע, מגדר או מוצא. טענה זו תיבחן במאמר זה באמצעות השוואה בין הדיון בזכויות האדם בעניין **קעדאן** לבין הבחינה הטכנוקרטית של שינוי תקנון התאגיד בעניין **פלטין**, שעסק בהדרת אם צעירה ממקום הולדתה ובהפרדתה מהוריה.

**מבוא. א. היסטוריה של הפליה רבודה, מוסויות ומאחדות:** 1. הפליית-העבר ולבושה בימינו; 2. חברות בהווה – הפליה הטרונגנית, מוסויות ומאחדות; 3. רבדיה של ההפליה וסייגיה. **ב. בין הזכות לשוויון בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטין – מסלולים שונים לנסיבות דומות?** 1. תאגיד כאישיות נטולת הקשר; 2. קעדאן – הפליה גלויה, אחריות המדינה ותפקיד בית המשפט; 3. הפליה סמויה ורבודה – שינוי תקנון התאגיד בעניין פלטין; 4. פלטין כמקרה-בוחן להפליה במבנים תאגידיים; 5. אחרות בפלטין; 6. ועדות קבלה והשוואה תאגידית לאחר פלטין. **ג. סיכום.**

## מבוא

ד', אשר נולדה וגדלה בקיבוץ באזור הצפון שהוקם על-ידי עולים מרוסיה, מליטא ומלטביה, וב' חבר קיבוץ באזור שדרות שהוקם על-ידי עולים ממצרים ובהמשך מברזיל, התאהבו ונהפכו לבני-זוג. ככלל, המגזר החקלאי מאוגד כמעט כולו במסגרתן של אגודות שיתופיות, וכאשר הרתה ד', ובני-הזוג החליטו להקים את ביתם המשותף בסמיכות למשפחתה בקיבוץ ובתמיכתה, הם נדרשו להתקבל כחברים באותו מבנה תאגידי, קרי, כחברים באגודה השיתופית. בדין הישראלי אין לכאורה כל הגבלה בחוק או בפסיקה בנוגע לבחירתו של אדם בקהילתו, ובוודאי באהבתו, גם אם מדובר במי שמוצאו האתני שונה והוא בן קיבוץ אחר. עם זאת, כדי לחבור לקהילתה של ד', נזקקו בני-הזוג לאישורם של חברי האגודה. לאחר תקופת ניסיון של כשנתיים, שבה הם התגוררו בקיבוץ, התקיימה הצבעה חסויה בעניינם, שבה רוב החברים (53%), כדרישת תקנון האגודה השיתופית, תמכו בקליטתם כחברים. עם זאת, לאחר ההצבעה דרשה מהם הנהלת הקיבוץ לעזוב את הקיבוץ ולהיפרד ממשפחתה של ד' וממקום הולדתה, בטענה שרוב זה אינו מספק, וזאת בשל קיומו של נוהג ובו דרישה לרוב מיוחס (66%). בין השיטין עלו בסביבת משפחתה של ד', היא משפחת פלטין, טענות – נעדרי הוכחה – לקיומם של מניעים ושיקולים פסולים, דוגמת בחירתה של ד' במי שאינו בן הקיבוץ ודעתנותה

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

האופוזיציונית של אמה. עם זאת, שיקולים פסולים שמובילים להפליות שונות, אם על בסיס גיל, נטייה מינית, עודף משקל, דת, לאום או מוצא אתני, פועלים במחשכים, וקשה עד־מאוד להוכיחם. אין בנמצא מנגנון אפקטיבי שיוכל לחשוף את אשר אנשים חושבים ואת האופן שבו נטיות מפלות משפיעות – בצורה מכרעת או חלקית – על כניסה לקהילות שונות. כך, קשה עד־מאוד לחשוף מניעים פסולים לשלילת כניסה למקומות פנאי וביילוי, לאי־קבלה למקום עבודה או לאי־קליטה ביישוב קהילתי, כמו בנסיבות ענייננו. אין גם כל דרך להבחין ולהפריד שיקולים אלו משיקולים רציונליים המבוססים על אמינותם של המועמדים, יושרם, חריצותם, נימוסיהם, מוסריותם ונעימות הליכותיהם. בעניין **קעדאן** המוכר נאמר למועמדים באופן ישיר כי ערבים אינם מתקבלים ליישוב, אולם ברובם המכריע של המקרים תסתתר הנמקת הדחייה תחת מעטה סמיך של מושגי־שסתום פתוחים, כהתאמה קהילתית, יושרה וחריצות, שאף פוגעים ומטילים ספק באופיים ובמאפייניהם של המועמדים. מועמדים שהוטל ספק באיכויותיהם יירתעו מלנקוט הליכים משפטיים, שבהם תימשך הטלת הדופי באיכויותיהם, והמשפט יאבד את יכולתו לחשוף ולצמצם את הפגיעה בעקרון השוויון.<sup>1</sup> אם בכך לא די, בעניין **פלטיין** סיפקו המבנה והשיח התאגידי רובד נוסף להסוואת ההפליה ולהסתת הדיון לשאלת שינויו של תקנון האגודה השיתופית.<sup>2</sup>

אף שעניין **קעדאן** ועניין **פלטיין** הגיעו לפתחו של בית־המשפט הגבוה לצדק באותה שנה, דחיית המועמדים בעניין **פלטיין** נשענה כולה על שיח תאגידי פורמלי, והנמקת בית־המשפט, כמו־גם השיח המשפטי שהתקיים בעקבותיו, סטו לגמרי מהסוגיות המרכזיות שהיה ראוי שינחו את הדיון המשפטי: זכויות אדם חוקתיות, עקרון השוויון, הפליה סמויה, זכויות קניין והיחס בין זכויות הפרט לקהילה. ניתוח עניין **פלטיין** חושף את יכולתם של השיח והמסגרת התאגידיים־הפרטיים לשמש וילון שמסווה פגיעה בעקרונות־יסוד חוקתיים והפליה. במאמר זה אטען כי ההיסטוריה של הכחשת הפלייתם של המזרחים, כמו־גם מופעה העכשוויים, מספקים פרספקטיבה הכרחית להבנת המנגנונים שמשטשים את מניעי ההפליה והשלכותיה, דוגמת מסגרת השיח התאגידי. פרספקטיבה זו, כך ייטען במאמר, מרחיבה את מעגל המופלים הפוטנציאלי, ומתרחקת מהישענות מוחלטת על מאפיינים שקשה לאפיין ולבודד, כגון צבע עור, תווי פנים, מבטא או מוצא אתני.

החלק הראשון של המאמר יבחן את הפלייתם ההיסטורית של יוצאי ארצות המזרח, את מאפייניה העיקריים ואת הפרספקטיבה הטרוגנית והרבודה שהיא מעמידה. לאחר־מכן תיבחן ותועמק פרספקטיבה זו לנוכח הדיונים בימינו על הפליית מבלים בכניסה למקומות בילוי ופנאי והנסיגות החוזרות להסוות הפליה זו. המשך המאמר ינתח את נסיבות **קעדאן** ואת הנמקת בית־המשפט באותו מקרה אל מול השיח התאגידי הסטרילי – ובעקבותיו הסוואת ההקשר, הזהות והפגיעה בעקרונות־יסוד חוקתיים – בסוגיית **פלטיין**. לבסוף יבקש המאמר להעמיד ביקורת כללית – שנובעת מהנטייה העקבית של המשפט הישראלי להכחיש את הפליית המזרחים – בדבר האופן שבו השימוש בשיח התאגידי יכול להסוות הפליה רבודה של קבוצות מוחלשות בכלל.

1 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000).  
2 בג"ץ 4222/95 **פלטיין נ' רשם האגודות השיתופיות**, פ"ד נב(5) 614 (1998).

## א. היסטוריה של הפליה רבודה, מוסווית ומאחדת

## 1. הפליית-העבר ולבושה בימינו

הכרה ושימוש בקטגוריות חברתיות-תרבותיות שמפרידות בין אנשים על בסיס צבע עור ומוצא אתני, כגון חזות אשכנזית וחזות מזרחית, מעוררים כעס ואי-נוחות רבה בקרב כל חלקי הציבור, ובמיוחד בקרב אלה שמעוניינים להשתלב בחברה הישראלית אך מופלים.<sup>3</sup> על כך יש להוסיף כי אין בנמצא קו ברור או תכונה חיצונית משותפת אשר יקשרו בצורה גלויה בין החברים בקבוצות השונות, במיוחד שנים רבות כל-כך לאחר קום המדינה ולנוכח קיומם השכיח של נישואים בין-עדתיים. החלוקה העדתית – בוודאי בימינו אך גם בעבר – נעדרת בסיס תרבותי, היסטורי או אחר שיפריד בין אלה המשתייכים לקבוצת ה"מזרחים" לבין אלה הקרויים "אשכנזים". שרטוט קווי המתאר של קבוצת המזרחים – שבה נהוג מבחינה סוציולוגית לכלול אנשים שהגיעו מארצות ערב והאסלאם, כעיראק, מצרים, תימן, מרוקו או איראן – נשען בעיקר על תפיסת המזרחים על-ידי ההנהגה הציונית בשלבי הקמתה של המדינה כ"אחרים" שאינם שותפים לחזון המערבי ביחס למדינת-ישראל,<sup>4</sup> ולא על בחינה מעמיקה או אף שטחית של המשותף או השונה בין הקבוצות השונות.

בשפתו של סמי סמוחה, "כל זהות דורשת בידול מזהויות אחרות שהיא מתרחקת מהן. כל 'אני' זקוק לאחר שלילי שיבחין אותו".<sup>5</sup> התנועה הציונית, שצמחה באירופה, ראתה בבני המזרח פרימיטיביים אלימים ונחשלים, אך לא מתוך היכרות, ניתוח או בחינה מעמיקה של מאפייניהם של יהודי המזרח. המטרה העיקרית בדחיית האחר הייתה בנייתה של זהות יהודית חדשה, מערבית, וזאת בדרך של הנגדה לכלל הזהויות ה"אחרות", תוך הכללתן וגיחוכן.<sup>6</sup> כאשר הבהיר המנהיג הציוני זאב ז'בוטינסקי כי "לנו ליהודים אין שום דבר משותף – תודה לאל – עם המזרח... עלינו לשרש מקרב יהודי ארץ-ישראל היום ובעתיד כל עקבות של הנשמה המזרחית",<sup>7</sup> הוא לא ביסס את דבריו על מידע מקיף בדבר קהילות יוצאי המזרח, תרבותם או

3 לעניין זה יפים דבריו הבאים של השופט נאסר ג'השאן בנוגע להתמודדות עם מקרי ההפליה הרבים בכניסה למועדונים: "לדאבוננו, שוב ושוב נדרשים בתי המשפט לשאלות מן הסוג הזה בתיקים דומים הבאים לפתחם, כאשר בסכסוכים כגון אלה, הטרמינולוגיה שבה נאלץ בית המשפט להשתמש בדרכו להכרעה רוויה מושגים כגון 'צבע עור', 'כהה עור', 'בהיר עור', 'שחור', 'לבן', 'ארץ מוצא', 'בעל חזות תימנית', 'בעל חזות מזרחית', 'בעל חזות אשכנזית'... חקיקת החוק בשנת 2000 והאירועים שהביאו לחקיקתו... מוכיחים כי מושגים אלה לא פסו מן העולם, והם עדיין שרירים וקיימים, ואין אלא לקוות שככל שינקפו הימים, פסקי הדין שישתמשו במושגים אלה ילכו ויתמעטו עד שיעלמו כליל". ראו ת"א (שלום חד') 46945-05-10 סייאג נ' קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ, פס' 16 לפסק-הדין (נבו 23.9.2011).

4 לגבי הציונות נטען כך: "הציונות, שראתה עצמה כאנטי-תזה של ה'מזרח' (orient), שנתפס בעיניה כפרימיטיבי ונחשל, ראתה בייחוד המרחב את אחד מתפקידיה העיקריים, ושאפה למחוק מן המרחב, עד כמה שניתן, את היבטיו המזרחיים". ראו יששכר (איסי) רוזן-צבי "מקום הצדק": משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט כח 417, 466–467 (2004).

5 סמי סמוחה "היהודי המזרחי בישראל כאחר וכיהודי חדש" אפיקים קלב-קלג 13 (2009) (להלן: סמוחה "היהודי המזרחי בישראל").

6 שם.

7 סמי סמוחה "ניכור תרבותי בישראל" אפיריון 2, 28, 28 (1984).

הגותם. כך גם שר החינוך דאז אבא אבן, שקבע כי "רחוקים אנו מלראות את העולים שלנו מארצות המזרח בתור גשר לשילובנו בעולם דובר הערבית. מטרתנו היא לטעת בהם רוח מערבית ולא להרשות להם לסחוף אותנו למזרחיות בלתי־טבעית"<sup>8</sup>. הגם שהיה דובר ערבית, הוא לא יכול וגם לא ניסה לחקור ברצינות או אף להבין את מורכבות ההיסטוריה וההגות המגוונת של יהדות ארצות המזרח. לכן את דבריו של ראש הממשלה הראשון דוד בן־גוריון, שלפיהם "ליהודי מרוקו אין חינוך. מנהגייהם של ערבים... היהודי המרוקאי קלט הרבה מהערבים המרוקאים. אינני רוצה לראות כאן את תרבות מרוקו. אינני רואה איזו תרומה יכולים לתרום יהודי פריס"<sup>9</sup>, צריך לפרש על בסיס הנסיבות החברתיות של אותה תקופה.

ההכללה המשפילה של כלל יוצאי ארצות המזרח בדבריהם של אבא אבן, זאב ז'בוטינסקי ודוד בן־גוריון לא נעשתה על בסיס הכרת מורכבותן של התרבויות שהגיעו מהמזרח, ולכן יש להניח שהיא לא נבעה משנאה או מגזענות. מטרתם המרכזית, כך לפחות אני מבין אותה, הייתה ליצור זהות משותפת שבה לכולם יהיה חלק, אך זאת תוך נקיטת אסטרטגיה של הנגדה לאפשרויות המתחרות והגחכתן. קל, וכמעט טבעי, להכיר ולהעריך את מה שקרוב אלינו, את מה שגם נתפס כחלק ממי שאנחנו; קשה, לעומת זאת, לאתגר את עצמנו במה שאיננו מכירים, ואף להעריך את ה"אחר" ולכלול אותו בסופו של תהליך למידה במי שאנחנו. בחטא זה, אני מניח, רובנו חוטאים. נכון שאי־הכרת תרבות ה"אחר" מאפיינת הפליות אתניות רבות, אלא שבהפליית המזרחים הועצם מאפיין זה בשל נסיבותיה המיוחדות של הקמת המדינה.<sup>10</sup> אוכלוסיית יהודי ארצות ערב בשילוב עם תושבי הארץ הערבים העמידו רוב לתרבות ולשפה, אך אלה לא הובנו כלל על־ידי מובילי התנועה הציונית ונעדרו מהכרתם.<sup>11</sup> אין מדובר לכן בהפליה שנובעת מהתעלמות אגבית, ואולי גם ללא מחשבה, מתרבותה של קבוצת מיעוט זניחה. מדובר בהתעלמות מופגנת, יסודית ושיטתית מאפשרות קיומם של מאפיינים תרבותיים בעלי ערך בקבוצת הרוב בחברה הישראלית.<sup>12</sup> מדובר לכן בתופעה בקנה־מידה היסטורי לאומי שבמסגרתה נטלה המדינה חלק במנגנון דיכוי תרבותי, חברתי וכלכלי של מרבית האוכלוסייה,

8 ש.ם.

9 דבריו של דוד בן־גוריון בריאיון משנת 1965, מצוטט ש.ם.

10 על האופן שבו אי־הכרת תרבותו של ה"אחר" מחזקת את הפלייתן של קבוצות אתניות רבות ראו משה כהן־אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית־המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147, 152–153 (2016).11 אדוין סרוסי ממחיש זאת באמצעות עימות שהתגלע בישיבת ממשלה בשנת 1953 כאשר בכור שטרית, השר ה"ספרדי" היחיד בממשלת בן־גוריון, דרש מימון לנסיעת משלחת של הקהילה הספרדית לכינוס הפדרציה הספרדית העולמית בפריז, כפי שמומנו נסיעות של התזמורת הפילהרמונית. בתגובה על דרישה זו ענתה גולדה מאיר: "איך הוא יכול להשוות את הנסיעה הזאת... לראות את פריס לנסיעתה של התזמורת הפילהרמונית?!". בעקבות חילופי דברים אלו קבע השר שטרית כי "מתחת לסף הכרתכם כולכם נגד העדות שלנו". ראו אדוין סרוסי "חנה'לה התבלבלה" **תיאוריה וביקורת** 12–13, 269, 269 (1999).

12 דוגמה לאפשרות קיומם של מאפיינים תרבותיים משותפים לחברי קבוצת הרוב (מזרחים וערבים) מצויה בהבחנה שבין הוויה תרבותית קולקטיבית להוויה תרבותית פרטנית. ראו לעניין זה שם, בעמ' 269.

תוך הסוואתו בכינונה של זהות משותפת מודרנית.<sup>13</sup> מנגנון זה, כפי שנראה, נמשך להפליה שהשלכותיה חורגות מגבולות הגזרה של קבוצה אתנית יחידה ומחלחלות לחברה כולה, גם בימינו.

הגם שהזהות המשותפת ביקשה להכיל את כלל היהודים, האופן שבו ביקשו לעצבה הוביל לחסרונות ברורים. מדיניות "כור ההיתוך" נשענה בעיקרה על הטמעה כוחנית והמרה הדרגתית של זהותם של יוצאי ארצות המזרח בזהות אירופית חילונית.<sup>14</sup> אלא שבבוחרם את הזהות האירופית כמודל משותף, ובהגחכים את הזהות המזרחית כחלופה מתחרה, הובילו מוסדות המדינה, בשלבי הקמתה, לסטריאוטיפיזציה שלילית ומשפילה של זהותם של יהודי המזרח ושל זאת הקרובה לה – הזהות הערבית. בניגוד לדבריו של אבא אבן, מחיקתם ההדרגתית של מאפייניהן של תרבויות אלו, כשפה הערבית, פגעה בגשרים שהיו יכולים לחבר את ישראל לעולם הערבי שהקיף אותה מבחוץ כמורגם לעולם הערבי שבתוכה פנימה. ובכלל, הכלתן והערכתן של התרבויות השונות בחברה הישראלית הייתה יכולה לשמש צומת של חיבור, למידה והפריה הדדית של כלל התרבויות בישראל – אלה שנתפסו כ"אחרות" ואלה שנתפסו כשייכות למודל המשותף.

יוצא אפוא שהגדרתה של קבוצת המזרחים בעבר – ולמעשה גם כיום – לא נשענה כלל על בדיקה או ניתוח מעמיקים של המאפיינים שייחדו קבוצה זו, אלא רק על קיבוצן של עדות נפרדות שכל המשותף להן היה שונותן מהדגם האירופי החילוני. כיצד ניתן אם כן להוכיח – או אף להבין – את הפלייתו של פלוני על בסיס מזרחיותו כאשר מזרחיות זו אינה נושאת מאפיינים ברורים? אם בכך לא די, פרדיגמת כור ההיתוך, חובת השירות הצבאי, העדרו של סיכון בטחוני שיצדיק את ההבחנה וההיסטוריה רווית הקשיים של הקהילות היהודיות בגולה שוללים כל הצדקה גלויה, ולו אף לכאורית, להפליה על בסיס מזרחיותו או מוצאו של פלוני. הפליית מזרחים היא הפליית "אחרות" טהורה, שכן היא אינה יכולה להישען על היסטוריה של סכסוך לאומי, על שיקולים או סיכונים בטחוניים, על קונפליקט דתי או על איום טריטוריאלי.<sup>15</sup> בן העדה המזרחית, כמי שהוא בן הדת היהודית אך גם בעל זהות ערבית, מאיים על ההגמוניה

13 הציבור המזרחי בישראל לא נותר אדיש לדיכוי התרבותי-הכלכלי מצד ההגמוניה הציונית האשכנזית. למעשה, החל בהקמת המדינה נאבק ציבור זה באותו ניכור בכלים שונים – אם בפעילויות מחאתיות, כמרד ואדי סאליב ותנועת הפנתרים השחורים, ואם בהתארגנויות מפלגתיות, כהקמת תמ"י ועליית ש"ס. ראו סמי שלום שטרית **המאבק המזרחי בישראל – בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה 1948–2003** (2004).

14 סמי סמוחה, בביקורתו על תפיסת כור ההיתוך, מבהיר כי "רעיון 'כור ההיתוך' לא היה רלבנטי כלל ועיקר לגבי יהודי המזרח... הציונות דגלה ברעיון של יצירת יהודי חדש... לפי דגם מוכתב מראש... הדגם... היה של יהודי אירופי חילוני... במקום כור ההיתוך, הפעילה המדינה מודל של 'הטמעה בכוח' שהיה מיועד לשמר את השליטה התרבותית, הפוליטית והמעמדית של הוותיקים האשכנזים ולשמור על יציבות פוליטית ושקט עדתי נוכח העלייה ההמונית של היהודים מארצות האסלאם". ראו סמוחה "היהודי המזרחי בישראל", לעיל ה"ש 5, בעמ' 14.

15 יש גם לציין כי שילוב בקולקטיביות הישראלית שמחייב את מחיקת ההיסטוריה, התרבות והזהות הוא בבחינת סתירה לוגית, שהרי אי-אפשר לשלב בן דת אחרת אם דורשים את המרת דתו. על היחס הדו-ערכי ליהודי המזרח ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כיש" **משפטים** מא (2011) 468–466, 455.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

התרבותית בעצם ה"אחרות" שבו, ואף ביתר שאת אם זהות זו תשתלב עם הזהות הערבית.<sup>16</sup> מבלי להבינה או להכירה, סומנה הזהות המזרחית כעדתית, כקדם-מודרנית, ולכן ככזאת שחייבת להיעלם עם כינונה של הזהות המשותפת המודרנית שאותה ביקשה ההגמוניה הציונית לקדם.<sup>17</sup> זאת כנראה גם הסיבה לכך שההדרה השיטתית של יהדות המזרח ממוקדי הכוח היא הפליה רבודה והטרוגנית – הפליה שנשענה בהכרח על הסוואה מסיבית של מניעה, השלכותיה ועצם קיומה,<sup>18</sup> ואשר הופחתה ככל שיהדות המזרח התנערה ממאפיינים שנתפסו כלא-רצויים.

האתר שבו היה אפשר לסבור כי הדרת יוצאי ארצות המזרח תפחת בהשוואה ליתר מוסדות השלטון – אם בשל עקרון השוויון, אם הודות לחשיבות של כלליות החוק ואם לנוכח יכולתו לכוון את התנהגותם של כלל אזרחי המדינה – הוא מערכת המשפט. עם זאת, כאשר ביקש בן-גוריון לקדם את מינויו של יוצא ארצות המזרח לבית-המשפט העליון, אשר שנים רבות נשען על הגמוניה אתנית אשכנזית טהורה, הוא נתקל בהתנגדות חריפה. ניר קידר מסביר כי כעסו של בן-גוריון נבע מההירות המקצועית של שר המשפטים ושופטי בית-המשפט העליון, אשר לא היו רגישים מספיק לתחושות הקיפוח וההפליה של יוצאי ארצות המזרח.<sup>19</sup> עם זאת, מדוברי בן-גוריון, המצוטטים במחקרו של קידר, ניתן ללמוד כי לבן-גוריון הייתה גם השקפה ביקורתית מעמיקה אשר ראתה את הצדקת ההדרה בטענת המקצועיות כהסוואה מתחכמת של הפליית ה"אחר". זאת ככל הנראה הסיבה שבן-גוריון הדגיש בתגובתו לשר המשפטים כי הוא אינו יכול להצטדק בטענת מקצועיות כאשר הוא מגביל את בחינת המקצועיות האמורה לאלה שמשתייכים לקבוצתו הקרובה.<sup>20</sup>

אף שמעולם לא שימש שופט, טענתו של בן-גוריון נכוחה גם מפרספקטיבה פנימית ל"מקצועיות" המערכת המשפטית. אם הביקורת על הבנתם של שופטי בית-המשפט בסוגיות כלכליות ומימוניות הובילה להקמתה של מחלקה כלכלית,<sup>21</sup> קשה להבין מדוע סוגיות

- 
- 16 לטענה ההיסטורית כי המזרחים נכללו בלאום היהודי, אך במחיר התנערותם מזהותם הערבית, ראו יהודה שנהב **היהודים-הערבים – לאומיות, דת ואתניות** (2003).
- 17 ראו שלמה סבירסקי **לא נחשלים אלא מנוחשלים – מזרחים ואשכנזים בישראל: ניתוח סוציולוגי ושיחות עם פעילים ופעילות** 4 (1981).
- 18 על ההסוואה וההכחשה של קיום "מזרחים" במשפט ראו ביטון, לעיל ה"ש 15.
- 19 ניר קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית-המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 515, 530 (2003).
- 20 כאשר לטענת המקצועיות הבהיר פרופ' קידר כי בן-גוריון "דחה מכל וכל את טענות שר המשפטים לגבי רמתם המקצועית של המועמדים הספרדיים בטענה שאין להתחשב רק באמות-מידה משפטיות מקצועיות, מאחר שהן נקבעו מתוך הפרספקטיבה הצרה והמוגבלת של מערכת המשפט. הראיה לצרותן של אמות-המידה המשפטיות המריטוקרטיות – תקף בן-גוריון את שר המשפטים – היא כי 'אתה מחפש שופטים [רק] בין האנשים שאתה מכיר אותם, אתה יודע מה אפשרותם'". שם.
- 21 ראו סי' 11 לפרק ב לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ובפרט את ס' 42ד(ב) לחוק זה, אשר מורה לנשיא בית-המשפט העליון, בהתייעצות עם נשיאי בתי-המשפט המחוזיים, למנות למחלקה הכלכלית שופטים בעלי ידע וניסיון מקצועי בתחום. על הטענה כי יש חשיבות בממוחיות והבנה כלכליות בשיפוט הנוגע בעולם המסחר ראו אוריאל פרוקצ'יה "מאחורי

חברתיות מורכבות, כקשייהן של אוכלוסיות מוחלשות, נתפסות כפשוטות יותר או כבוערות פחות, למעט העובדה שקולן של אוכלוסיות מוחלשות נשמע פחות במוקדי הכוח החברתיים הפוליטיים. יתר על כן, אין זה ברור כיצד מערכת משפט שמדירה את מרבית חלקי האוכלוסייה תוכל ליהנות מתמיכת הציבור בהחלטותיה,<sup>22</sup> וכיצד הדרה זו תשפיע על הנגישות והרלוונטיות של המערכת המשפטית לכלל האוכלוסייה.<sup>23</sup> מעבר לפגמים הברורים ביכולתה של מערכת משפטית שהרכבה מתאפיין בהדרה אתנית למלא את תפקידה כהלכה, הכללים והדוקטרינות המשפטיות עצמם, כמו־גם יישומם על־ידי שופטי בתי־המשפט, נשענים במידה רבה על הנחות הנוגעות במציאות התרבותית־החברתית בישראל.

גיוון – כבסיס להפריה הדדית, לביקורת פנימית ולצמיחה – אינו רק תנאי הכרחי לאקדמיה איכותית, אלא יש בו גם כדי להשפיע על עושר השיח שיתפתח בין כותלי בית־המשפט. חלקים רחבים של המשפט הישראלי מבוססים על תפיסת הסביר או הראוי בחברה הישראלית. יש לתהות לכן אם בית־משפט שמתאפיין בזהות הומוגניות יוכל ליהנות מלגיטימיות ציבורית, לכוון את התנהגות הציבור ואף להיות מקצועי מספיק כאשר הוא מספק החלטות המבוססות על תפיסתו בנוגע לציבוריות הישראלית. שופטים הם בסופו של יום בני־אדם המושפעים מתבנית נוף מולדתם, ואם הרכבם יכיל רק בני זהות אחת – למשל, גברים בלבד – להומוגניות זו עלולות להיות השלכות שליליות. כך, יכול שהיא תשפיע במידה מסוימת על הטענות שיעלו הצדדים בבית־המשפט, על הדיון שיתפתח ועל יכולתו של המשפט לכוון את התנהגות הציבור. מעבר לכך, החלטות שיפוטיות שניתנות על־ידי מוסד שהרכבו הומוגני יכול שיהיו חשופות לביקורת המבוססת על זהותם של שופטי בית־המשפט, במיוחד אם זהות זו מתקשרת גם למעמד חברתי־כלכלי אחד. כך, כשם שניתן לבקר את העדר ההבנה הכלכלית של שופטי בית־המשפט, ניתן לתהות על ההבנה החברתית של בית־משפט שהרכבו הומוגני בשרטוט הקו שמעבר לו יסתור חוזה את תקנת הציבור;<sup>24</sup> בקביעת האופן שבו "רתיחת דמו" של ישראלי ממוצע ראוי שתשפיע על טענת הקנטור;<sup>25</sup> בבחינת הלחצים החברתיים שיש בהם כדי להרוג

הקלעים" משפטים לב 303, 306–310 (2002); זוהר גושן "בית משפט כלכלי הוא אינטרס לאומי" עורך הדין 5, 36, 38–39 (2009).

22 על חשיבות התמיכה הציבורית בפסיקה בתי־המשפט ראו ברק אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" משפט וממשל כ 47, 55–57 (2019).

23 על בעיית נגישותה של מערכת המשפט ראו יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003).

24 ראו, לדוגמה, ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 532 (1992), שם קבע בית־המשפט כי הדיבור "תקנת הציבור" עמום, וכי בכואו לצקת תוכן במושג־שסתום זה, "בית המשפט חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה שבה הוא חי ופועל". אלא שעולה השאלה כיצד יוכל בית־המשפט לעשות זאת, בצורה שתשכנע ותכוון את התנהגותו של כלל הציבור, אם הוא אינו מכיר תפיסות מתחרות – אחרות או מורכבות – של החברה שבה הוא פועל או לא פתוח מספיק לקבלן.

25 ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573, 580 (1996), שם קבע בית־המשפט, בכוחנו את הגנת הקנטור בנסיבות שבהן גבר רצח את בת־זוגו ושכנו, כי "דמו של הישראלי המצוי ודמה של הישראלית המצויה עלול לרתוח, כאשר הם רואים את בת הזוג או את בן הזוג שלהם בבגידה... המבחן האובייקטיבי... בא למנוע אות קין של רוצח מנאשם אשר הגיב כפי שרוב האנשים עלולים היו להגיב. הוא ביטוי לחולשת הטבע האנושי". דברים אלו יוצרים את

מהסביר ולהוות כפייה שתוביל לביטול החוזה;<sup>26</sup> בניתוח הדרך שבה צדדים למשא-ומתן מביעים את גמירות-דעתם לכריתת חוזה;<sup>27</sup> וכן בקביעת מצבו הנפשי של נאשם על בסיס מוצאו האתני.<sup>28</sup> מעבר לכך, מקצועיותו של בית-המשפט שלובה עם הלגיטימיות הציבורית

הרושם שמדובר בתגובה שרוב האנשים היו עשויים לנקוט, אך כמעט מתעלמים מכך שמדובר במי שאיים לרצוח את אשתו ואף חנק אותה, בהתאם לתלונת בנו במשטרה. כל זאת לאחר שאשתו ביקשה גירושים ודחתה את בקשת בעלה לשלום-בית. בית-המשפט מציג את הנחותיו לגבי "הישראלי המצוי", אך מתעלם לחלוטין מבעיות ורוחות בציבור הנוגעות במסורבות גט ובהליכי גירושים.

26 ראו, לדוגמה, ע"א 5493/95 **דיוור לעולה (ע.א.ק.) בע"מ נ' קרן**, פ"ד נ(4) 509 (1996). במקרה זה, כדי לשכנע שכנים בבית משותף שסירבו להצטרף להסכם פינוי-בינוי והעמידו דרישות סחטניות, פעלו יתר השכנים בשני שלבים: בשלב הראשון הם התאספו מחוץ לסוכתם של השכנים הסרבנים, חסמו את הכניסה אליה, קראו לעברם קריאות גנאי והשמיעו איומים כלפיהם; בשלב השני, לאחר שהשכנים הסרבנים ניאוו לחתום בעקבות הלחץ אך לאחר-מכן חזרו בהם מהסכמתם, חתכו השכנים את צמיגי מכוניתם, שפכו זבל בפתח דירתם, הציפו את גג דירתם, וכל זאת לצד אלימות מילולית. בית-המשפט הניח כי הדברים שנעשו בשלב הראשון אינם עולים כדי כפייה, שכן רק לאחר כריתת החוזה, בשלב השני, נעשו הדברים האלימים יותר. בית-המשפט הוסיף כי העובדה שהשכנים הסרבנים שיפרו את תנאי החוזה למרות פעולותיהם של יתר השכנים מעידה כי הם לא הושפעו מלחצם. כל אלה הן הנחות הנוגעות באופן שבו אנשים שונים מגיבים על איומים והפחדות, וזאת ללא כל בסיס פסיכולוגי או היכרות משמעותית עם המציאות האנושית של חיים בבתים משותפים ועם הבעיות הרווחות במציאות זו, ביניהן בעיית האלימות הרווחת בשכונות-מצוקה.

27 ראו, לדוגמה, את ניתוח גמירות-הדעת של השופט בכך בע"א 532/82 **גרדוס נ' גרדוס**, פ"ד לט(3) 617 (1985), שם מצא השופט בכך כי פנייה קצרה במיוחד של אישה גרושה במכתב ששלחה לבעלה לשעבר מעידה על גמירות-דעת, אף שבמכתב היא מבקשת כי שניהם ישכרו עורכי-דין, מאחר שמדובר באנשים שהתגרשו וחיים בארצות נפרדות: "בא-כוח המערערת טוען... כי כאשר המדובר... בהתכתבות בין בני משפחה, הרי קיימת הנחה, כי אין הכוונה להקשר יחסים משפטיים... לטענת בא-כוח המערערת, יש להתחשב במקרה שלפנינו בעובדה, שהיחסים בין בני הזוג נשארו תקינים אף אחרי הפרידה, שנוסח ההתכתבות ביניהם הוא ידידותי, וכי יש להם עניין משותף בתכנון עתידה של בתם ובהבטחתו, ולפיכך יש מקום להפעלת ההנחה האמורה. טענה זו אינה מקובלת עליי. לא רק שבני הזוג נפרדו וחיים בארצות שונות אלא שאף התגרשו, והבעל נישא **מחדש**". ראו שם, בעמ' 622–623 (ההדגשה הוספה). עם זאת, השופט בכך אינו מבהיר על מה הנחותיו בנוגע ליחסיהם ה"משפחתיים" של הצדדים מבוססות. לעומתו, המשנה לנשיא בן-פורת ציינה שם, בעמ' 626, כי "ספק רב בלבי, אם אמנם הוכיח התובע-המשיב במידת הוודאות הנדרשת במשפטים אורחיים, כי מכתבה של המערערת הכיל הצעה ליצור יחסים משפטיים מחייבים".

28 ראו, לדוגמה, ע"פ 172/62 **גראמה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 925 (1963), שם נדונה השאלה אם ההפרעות הנפשיות של מי שהואשם ברצח, יוצא תימן, הגיעו לדרגה של מחלת נפש. בחוות-הדעת הרפואית מטעם הקטגוריה נטען כי המערער אינו חולה במחלת נפש, מה שהוביל לאשמתו בדין, וזאת, בין היתר, משום שמצבו אינו חריג לנוכח אמונתה של כלל העדה התימנית בשדים וברוחות. אמירות אלו נזרקו כך סתם, ללא כל הצגה של בסיס מחקרי או אף היכרות, ולו חלקית, עם יוצאי תימן. בחוות-הדעת הרפואית, שבסיסה הוצג ללא כל ביקורת, נקבע כי "יש שלושה גורמים לגבי המקרה הנדון: א. הרקע העדתי עם האמונה התפלה בשדים ורוחות... אך כל זה איננו בגדר מחלת-רוח. יש רגעים של חוסר שליטה עצמית אך איננו יוצא דופן בעצמו, כי כל העדה פגועה באמונה התפלה". ראו שם, בעמ' 933. היה אפשר לצפות ששופטי בית-המשפט ידרשו ביסוס לטענות עדתיות אלו, אלא שבמקום זאת בית-המשפט מניח כנתון עובדתי, ללא כל

שלו, ובית-משפט שהרכבו נתפס כהומוגני ומדיר עלול להתקשות באכיפת עקרון השוויון ואיסור הדרתן של קבוצות מוחלשות ממוסדות ציבוריים.<sup>29</sup>

בן-גוריון כשל במאבקו לגיוון הרכבו האתני של בית-המשפט העליון. עם זאת, הלחץ הציבורי-הפוליטי הוביל עם השנים לגיוון הרכב השופטים כך שיכלול מזרחים וגם נשים.<sup>30</sup> אלא שגם כאן הניסיון להסוות את הדרת המזרחים לבש אסטרטגיה מורכבת ורבודה. כך, עלי זלצברגר מסביר כי עד לשנת 1982 בחר בית-המשפט להושיב על הכיסא ה"ספריי" רק שופט שהיה ספרדי טהור ומושרש בארץ דורות רבים, כזה שמעמדו החברתי-הכלכלי ואף האתני לא היה נחות מזה של יוצאי אירופה.<sup>31</sup> במובן זה נשענה אסטרטגיית ההפליה על השונות הרבה בקטגוריית המזרחים, אשר אפשרה קבלתו של מזרחי שלא ייצג כלל "אחרות", לפחות לא כזאת שתאגדר בצורה משמעותית את האליטה המשפטית. יוצא שבמסגרת הדרתם של יוצאי ארצות המזרח העמידה מערכת המשפט תניות שיוחדו למזרחים, ביניהן השתייכות למעמד חברתי-כלכלי גבוה וחינוך בארץ. כך, בהפליה רבודה, כזאת שמוסיפה תנאים מורכבים לקבלתם של חברי הקבוצה המוחלשת, מנע בית-המשפט את כניסתם של מי שהשתייכו לקהילה מוחלשת מבחינה חברתית-כלכלית, וכאלה, בשנים האמורות, היו רוב יוצאי ארצות המזרח.<sup>32</sup> יש לציין כי הפליה רבודה – כזאת שמוכנה לקבל "אחר" רק על בסיס קיומם של תנאים נוספים, כקרבתו החברתית-הכלכלית לקבוצה החזקה, שיבטיחו כי הוא לא יוכל לאתגר את מערכת המשפט בתפיסות-יסוד מתחרות – היא הפליה רציונלית, שכן היא משמרת את הריבוד האתנו-מעמדי ומחזקת את הטענה הראשונית כי אין כלל צורך בגיוון וכי אין בגיוון זה כדי להשפיע על מקצועיותם של השופטים.

למרות עצימת העיניים המשפטית וההסוואה המתוחכמת של הדרתם והפלייתם של יוצאי ארצות המזרח ממוקדי הכוח הפוליטיים והחברתיים בישראל, יש להפליה זו עדויות רבות – בוודאי בשלבי הקמתה של המדינה אך גם כימינו-אנו.<sup>33</sup> נדבך משמעותי מההפליה של ימינו נובע מהפליית-העבר בחלוקת המשאבים הציבוריים ומהשלכותיה רחבות-ההיקף. בהחלטתה ליישב באופן כוחני את העולים שהגיעו בשנות החמישים ממדינות אסיה וצפון אפריקה בעיירות-פיתוח ובמושבי עולים בצפון הארץ ובדרומה, קיבעה המדינה מסלולים שתוצאתם

בסיס אמפירי או אחר, כי העדה התימנית כולה מחזיקה באמונה תפלה שקיימים בעולם שדים ורוחות, ובצורה מפתיעה מאשש נתון חסר בסיס זה, אשר משפיע ישירות על הכרעת הדין ועל אשמתו של המערער.

29 ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (נבו 6.8.2009).

30 ראו עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון בישראל – בית המשפט בין שועל לקיפוד" מחקרי משפט טז 150, 141 (2000).

31 שם, בעמ' 152.

32 שם.

33 על הקשר שבין יהדות יוצאי המזרח לבין הזהות הערבית ניתן ללמוד מדבריו של בן-גוריון בריאיון משנת 1966: "אנחנו איננו רוצים שהישראלים ייהפכו לערבים. שומה עלינו להיאבק נגד רוח הליבנט אשר משחיתה יחידים וחברות ולשמר את הערכים היהודיים האותנטיים כפי שהתגבשו בגולה". מצוטט אצל סמוחה "ניכור תרבותי בישראל", לעיל ה"ש 7, בעמ' 28–29. ראו גם את דבריו של בן-גוריון בריאיון משנת 1965 המצוטטים לעיל ליד ה"ש 9, וכן את דבריו של ז'בוטינסקי המצוטטים לעיל ליד ה"ש 7.

ניכרת גם בימינו. עם עתודות קרקע מצומצמות ומחוץ למסגרות של הקיבוצים ומושבי העובדים, הובילה המדינה את אוכלוסיית העולים לשנים רבות של בידול אתני, כלכלי, תרבותי, מגורי וחינוכי.<sup>34</sup> בידול ארוך-טווח זה נקשר לסטריאוטיפיזציה השלילית שקישרה בעבר בין הזהות המזרחית לפרימיטיביות, לאלימות ולנחשלות.<sup>35</sup>

הגם שההפליה של יוצאי ארצות ערב והאסלאם לא הייתה אחידה בהיקפה ובעוצמתה, הדרתם ההיסטורית של רובם ממערכת ההשכלה, החינוך והתרבות בישראל הובילה בהכרח להפליה סטטיסטית, שמכוחה חוזקו והוצדקו הסטריאוטיפים השליליים שיוחסו לזהות המזרחית, כגון בערות, אלימות ונחשלות.<sup>36</sup> במובן זה, כל מי שנשא זהות מזרחית גלויה, אם בצבע עור או בשפה, היה חשוף לכן לסיכון שייוחסו לו תכונות שליליות על בסיס אותם תיוגים שליליים וסטריאוטיפים, גם אם בסופו של יום הוא לא הופלה כלל. השלכות ההפליה מעולם לא היו אחידות, ואת ההפליה חוו מקטעים שונים בקטגוריה המזרחית, אם על בסיס שנת עלייתם, מקום מגוריהם, שפתם וחזותם החיצונית. היבט זה הערים ומערים קשיים על מי שמבקש לאתר הפליה זו ולטפל בה.

34 על יישובם ככוח של יהודי אסיה וצפון אפריקה בעיירות-הפיתוח ראו אורן יפתחאל וארו צפדיה **מדיניות וזהות בערי הפיתוח: השפעת התכנון והפיתוח על יוצאי צפון אפריקה, 1998–1952** 31–35 (1999); אלישע אפרת **עיירות הפיתוח בישראל – עבר או עתיד?** (1987); ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" **משפטים** לד 197 (2004). על יישובם הכוחני של העולים במושבי עולים ראו אדריאנה קמפ "נדידת עמים' או 'הבערה הגדולה': שליטה מדינתית והתנגדות בספר הישראלי" **מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש** 36 (חגן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי-האלר עורכים 2002).

35 לעניין זה נטען כי "הגישה הפטרנליסטית של האשכנזים כלפי יוצאי המזרח היא בעלת שרשים היסטוריים עמוקים. היא ינקה מהזדהות בני היישוב החדש האשכנזים עם היחס המתנשא של עמי אירופה כלפי עמים לא-אירופאיים, וכן מיחסם הדוחה כלפי ערביי ארץ-ישראל והיישוב הישן. לפי אידיאולוגיה זו יהודי המזרח הם לא-מודרניים, מפגרים, יכולתם מוגבלת ועל כן אינם מסוגלים להיות שותפים שווים במפעל הלאומי. הם אובייקט לעזרה ולטיפוח, אבל עד שלא יוכיחו את עצמם אין לתת בידיהם עמדות ניהול והנהגה... גם דור הבנים הוא בעייתי. נותר עדיין הקושי המהותי, כדברי הרמטכ"ל לשעבר, מרדכי גור, של מנטליות מפגרת מושרשת ודפוסית-חשיבה נחשלים, שגם מזרחים בוגרי אוניברסיטה אינם משתחררים מהם בצורה מספקת... פסילה קטגורית-אלית זו של המזרח ותרבות יהדות המזרח לא יכלה שלא לעצב את המדיניות התרבותית ביישוב ובמדינה. ההכתמה הסיטונית הזו מהווה את היסוד שעליו בנויה ההגמוניה התרבותית בישראל. יתרה מזו, היא מספקת את הלגיטימציה לריבוד העדתי, שהרי אם המזרחים ממוקמים ברבדים הנמוכים של הסולם החברתי זה משום שבאו מרקע נחשל, המנטליות שלהם פרימיטיביות ונשאר – למרות המאמצים הממשלתיים – 'טעוני טיפוח'". סמוחה "ניכור תרבותי בישראל", לעיל ה"ש 7, בעמ' 28–29.

36 על הדרת המזרחים בעבר כותב סמי סמוחה, שם, בעמ' 29, כך: "אחוז זעום יש ליוצאי המזרח בקרב סגל ההוראה והמחקר במוסדות להשכלה הגבוהה; בקרב הסופרים, המשוררים והעתונאים; בקרב חברי מליאת רשות השידור, השדרנים, המפיקים והבמאים"; בקרב העתונאים בעתונות הכתובה; בקרב צמרת משרד החינוך, לרבות המזכירות הפדגוגית, המועצה להשכלה גבוהה והמועצה הציבורית לתרבות ואמנות; בקרב חברי האקדמיה הלאומית למדעים; בקרב מקבלי פרס ישראל; וכו'. הרכב חדר-עדתי זה של האליטה התרבותית הוא הערוכה הטובה ביותר למיסודה של הגמוניה תרבותית".

הפליית "מזרחים" בישראל היא הפליה מורכבת, כאמור, שמעוררת קשיים תיאורטיים ומעשיים. מבחינה מעשית מעטים הם מקרי ההפליה שבהם ניתן להצביע על מניע עדתי גלוי או על קיומם של הבחנה ושיקולים אתניים בבסיסו של מנגנון קבלת ההחלטות. בשל העדרה של לגיטימיות ציבורית, החלטות שִפלו מזרחים יסו את האופן שבו שיקולים אתניים פסולים הטו את מנגנון קבלת ההחלטות, וייעזרו בהצדקות גמישות שקשה לבקרן, כגון התאמה למרקם החברתי. מבחינה תיאורטית, השונות הרבה שקיימת בקבוצת ה"מזרחים", אם בחזות חיצונית ואם במאפיינים תרבותיים התנהגותיים, מקשה ער־מאוד את הגדרת נשאי הזהות המזרחית, וקל כאמור לקבל "מזרחי" שאינו שונה בחזותו או במאפייניו מהקבוצה המועדפת. כך יוצא שמבחינה מעשית ותיאורטית קשה עד בלתי־אפשרי לחשוף את עצם השפעתם של שיקולים פסולים המבוססים על העדפות אתניות.

עם זאת, ולצד הקושי שקיים בה, המחקר בתחום הכיר בחשיבותה האסטרטגית של ההכרה בזהות המזרחית. בהתאם לשיח המזרחי, הכרה בקטגוריה אתנית מורכבת ומגוונת חשובה בשל מהותנות אסטרטגית שמבקשת להכיר בקטגוריה אתנית פסולה כדי שיהיה אפשר לפרקה, לבקר את הפעלתה ולתקן את עוולותיה.<sup>37</sup> גם אם לקטגוריה זו לא היה כל בסיס, ההדרה וההכפפה של קבוצה נעדרת אחדות יכול שהובילו להיסטוריה וחוויות תרבותיות משותפות ולתחושה קהילתית מאחדת.<sup>38</sup> אם בכך לא די, ההכרה בהפליית המזרחים, כהפליה שיכולה להימשך גם בימינו, פותחת צוהר לתפיסה גמישה, דינמית ומרובדת של הפליה בכלל.

בהתאם לפרספקטיבה זו, אשר נשענת על ההיסטוריה הישראלית והפליית המזרחים בשלבים הראשונים של הקמת המדינה, כמו־גם על מופעי העכשוויים של הפליה זו, הזהות המזרחית נוצרה על־ידי ההגמוניה הציונית היהודית בשלבי הקמתה של המדינה מבלי שהגמוניה זו ביקשה להכיר או להבין את מורכבות רכיביה ומאפיינייה הפנימיים. קטלוגם של המזרחים כ"אחר" – כאנטיתזה לצינונות, שנשאה חזון מערכי – נלווה להטבעתו של ערך שלילי בזהות מורכבת ומגוונת. הסטריאוטיפיזציה של אותו "אחר" חרף היותו מורכב, מחולק ועשיר הובילה להדרה הטרוגנית, רבודה וסמויה של זהויות רבות ממוקדי הכוח החברתיים, הכלכליים והפוליטיים, מלימודי ההיסטוריה הישראלית, מתוכני החינוך וההשכלה הגבוהה, מהתרבות ואף מהדור. במילים אחרות, העובדה שהפליית ה"מזרחי", כפי שמוסגר בשנות ההתהוות של המדינה, פגעה בכל מי שלא השתייכו למודל האירופי, גם אם בצורות ובמידות שונות, מספקת פרספקטיבה מורכבת ודינמית להבנת מופעי ההפליה הרבודה וההטרוגנית כיום. כפי שנראה, בסופו של יום כולנו יכולים להיות ה"אחר" שמצוי בשולי החברה, אם כשאנחנו מזדקנים, נחלשים, יורדים מנכסינו, נדבקים במחלות או מפגינים דעתנות ועומדים לבדנו מול כוחו של הרוב. המבנים ששימשו להכחשת ההפליה והפגיעה בזכויות־היסוד של ה"אחר" – מבנים

37 ביטון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 464–465.

38 את הצורך בזיהויה של קטגוריה למרות מורכבותה ועושר גוניה היטיבה לתאר קארין כרמית יפת: "נשים מזרחיות הן קבוצה הטרוגנית, בעלת זהויות מפורצלות ועשירות, אולם קבוצה זו חולקת – חרף המגוון שבה... היסטוריה משפטית שאיחדה בינינו בדרכים רבות, ובכלל זה הכפפה למנגנוני הדרה והחלשה ולחסימי ניעות חברתית". ראו קארין כרמית יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזרחות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפליה" ה" עיוני משפט מא 689, ה"ש 36 (2019).

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור הפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

שהקהו את רגישותנו לכאבם של החלשים – סופם שיחרגו מאטימות לסבלה של קבוצה אתנית יחידה ויפגעו בלכידות ובאנושיות של החברה כולה.

## 2. חברות בהווה – הפליה הטרוגנית, מוסוית ומאחדת

יש להניח שהעדרה של לגיטימיות ציבורית להפליה, הקושי לאתר מכנה משותף וגלוי שיפריד בין כלל הקבוצה ה"מזרחית" לזאת ה"אשכנזית" וכן העובדה שלא כל המזרחים נחשפו להפליה, בוודאי לא באותו היקף ובאותה עוצמה, שימשו הצדקה למחיקת המונחים והשפה של שיח הפליה המזרחי מהספרה המשפטית.<sup>39</sup> עצם קיומן של הקטגוריות האשכנזית והמזרחית, לצד התכונות והסטריאוטיפים המיוחסים להן והשלכותיהן על המשפט וחיי החברה והתרבות בישראל, הושארו לאדם ברחוב. בתי-המשפט והאקדמיה המשפטית נשארו נקיים ממונחים אלו, ומיעטו לבחון את הסכסוך הזה ואת השלכותיו. אסטרטגיה זו גם סייעה להם ככל הנראה להתחמק מביקורת עצמית על חלקם בהפליה הנדונה.

הסוגיה המשפטית העיקרית שבה ניתן למצוא התייחסות מעמיקה יותר להפליה על בסיס מוצא אתני בישראל, אשר מאפשרת לכן גם את בחינת מאפייניה והשלכותיה המשפטיות, היא הפליה הגזענית בכניסה למועדונים והחלתו בעניין זה של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה). חוק זה – שנוצר בעקבות תלונות רבות של יוצאי ארצות המזרח בדבר התנהגות שיטתית של הפליית מזרחים על בסיס חזותם בכניסה למקומות בילוי ופנאי<sup>40</sup> – חשף, בין היתר, את הדיסוננס החזק שנוצר כאשר מי שמשרת בצה"ל, נושא נשק ומגן על גבולות המדינה ותושביה מודר ממקומות הפנאי והבילוי כאשר הוא פושט את מדיו.<sup>41</sup> דיסוננס זה והלחץ

39 כך, לדוגמה, בשאלת אימוצו של ילד ממוצא אתיופי מבחירה המשנה לנשיא נאור כי יש עדיפות טבעית לקשר הדים הן לגבי ילדים ממוצא אשכנזי והן לגבי ילדים ממוצא מזרחי, אך זאת מבלי לתאר או לחדד את השוני שקיים בכל-זאת בהתייחסות לכל אחת משתי הקבוצות האמורות בהקשר של אימוץ ילדים ואת השלכותיו על המקרה הנדון או על שאלת האימוץ באופן כללי. ראו דנ"א 6211/13 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלוגית** (נבו) 23.12.2013. גם בפרשת עמנואל המפורסמת (בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009)) נערך הדיון בהבחנה בין הקבוצה האשכנזית למזרחית כלאחר-יד ומבלי לנתח את שורשי ההבחנה ומניעיה.

40 כך, בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "אחת הבעיות הקשות בתחום החברתי היא הפליה בהספקת מוצרים ושירותים ובכניסה למקומות ציבוריים... בעת האחרונה נודע כי במקומות בילוי, למשל, נמנעה כניסה מאנשים בעלי חזות מזרחית. חוק איסור הפליה... נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסיה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים, משירותים וממקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב". ראו דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס–2000, ה"ח 370.

41 החוקרת יפעת ביטון מחדדת בהקשר זה כי "הוגה החוק, חבר הכנסת אלי בן-מנחם... העלה את הדברים מפורשות על דוכן הכנסת... הוא מבקש לזעזע את חבריו למליאה בציינו כי המציאות היא שחיילים ממוצא מזרחי, הלוחמים שכם אל שכם עם חבריהם ממוצא אשכנזי... מוצאים עצמם מוקעים מן החברה הישראלית ברגע שהם פושטים את מדיהם והופכים ל'סתם' אזרחים ממוצא מזרחי". ראו ביטון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 486.

החברת הפוליטי שנוצר בעקבותיו חייבו את מערכת המשפט לפתוח את דלתותיה לטענות העוסקות, בין היתר, בהפליית מזרחים בניגוד לחוק איסור הפליה.<sup>42</sup> הסיכון שעלול להיווצר כתוצאה ממתן נשק לאדם שאינו ראוי לכך חמור כמובן בהרבה מהסיכון שעלול להיווצר כתוצאה מכניסתו של אותו אדם למקום בלוי. עם זאת, שירות בצה"ל אינו שיקול רלוונטי בביעור הגזענות וההפליה. אין זה סביר שמקום ציבורי ישפיל אנשים באשר הם אנשים, בלא קשר לשאלה אם הם שירתו בצה"ל אם לאו. מדוע שכל אדם, ואין זה משנה מה הוא עושה בחייו, יושפל בסלקציה מכוערת, אשר מפרקת את החברה הישראלית ומרדדת את הקיום האנושי לרכיבים של צבע עור, גזע וארץ מוצא? מדוע שהחברה הישראלית תחונך במקומות הפנאי והבילוי שיש מי ששווה יותר – מי שרוצים לשהות במחיצתו ולהכירו – ויש כאלה ששווים פחות?

עד לחקיקתו של חוק איסור הפליה לא זכתה מורכבותה של הקטגוריה המזרחית בהתייחסות משפטית ראויה, ולכן נותרה מחוץ לגדריו של השיח המשפטי-החברתי. הדיסוננס החברתי האמור והלחץ שהתעורר בעקבותיו חשפו את בית המשפט לקטגוריה מורכבת של הפליית מזרחים, לנוכח הקשיים באפיון הזהות המזרחית ומאפייניה, ולכן אפשרו לו להתמודד ישירות עם מופעי ההפליה המזרחית ועם מורכבות ההפליה בכלל.<sup>43</sup> כך, בפסיקה זו ניתן למצוא – לצד עדויות חיות לקיומה הממשי של זהות מזרחית בימינו – הכרה משפטית במורכבות גבולותיה ומאפייניה של קבוצת המופלים וכן התמודדות עם הקשיים בחשיפת מניעי ההפליה והמנגנונים המורכבים המסווים אותה.<sup>44</sup> אחת הסוגיות שעלו בפסיקה זו היא

42 הדיסוננס האמור ניכר גם בפסיקה בתחום, שכן לא פעם בתי המשפט מתייחסים לשירותו הצבאי של המבלה שהופלה בכניסה למועדון. כך, בעניין לירן פותח בית המשפט את תיאור העובדות בכך שהתובע "בשנות ה-20 לחייו, לאחר שירות צבאי מלא". ראו ת"א (שלום עפ') 353-08-07 לירן נ' קיבוץ רמת דוד (נבו 5.1.2009). בעניין קיבוץ רמות מנשה הבהירו התובעים כי הנתבעים מנעו את כניסתם למועדון של "שחומי-עור" בלבד, שחלקם אף היו חיילים בשירות קרבי. ראו ע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי, פס' 8 לפסק-הדין (נבו 7.1.2008). בית המשפט ציין בהקשר זה כי "ספק אם יש בפיצוי כספי בכלל, לפצות על פגיעה בכבודו של אדם... אין להתעלם מן העובדה כי המשיב חיכה שעה וחצי מחוץ למועדון ובסופו של דבר לא נכנס אליו, למרות היותו חייל באותו מועד, למרות שהמועדון היה פתוח לחיילים, ועל אף שבדיקת תעודה יכולה הייתה להעיד גם על שירותו הצבאי" (שם, פס' 18 לפסק-הדין).

43 חוק איסור הפליה מאפשר לאזרחים החשים מופלים על בסיס זהותם המזרחית לנסות להוכיח זאת בבית המשפט, ותוך כדי כך לחייב את בית המשפט להתמודד עם עובדת קיומה של קטגוריה מזרחית בזמננו-אנו. יפים לעניין זה דבריו של השופט רונן פלג: "עובדתית, התובעים... הם ממוצא מזרחי ובעלי חזות מזרחית. אני מקבל את העדויות שכניסתם של התובעים למועדון נמנעה פעמיים ללא הסבר מניח את הדעת... מסקנתי היא שעלה בידי התובעים להוכיח את תנאי החלופות השונות של סעיף 6 לחוק איסור הפליה, באופן היוצר חזקה כי הנתבעים או מי מהם או מי מטעמם פעלו בדרך של הפליה אסורה. החזקה היא שכניסתם של התובעים למועדון נמנעה על רקע חזותם המזרחית". ראו ת"א (שלום כ"ס) 34917-03-15 קוממי נ' בליס גולד הפקות בע"מ, פס' 30-31 לפסק-הדין (נבו 19.3.2018).

44 הגם שבית המשפט אינו מפרט מהי חזות מזרחית, הוא מכיר בה בצורה מפורשת. כך, השופטת יעל בלכר מציינת כי "רלבנטי לענייננו נושא ארץ המוצא, שכן טענת התובעים היא כי כניסתם למועדון לא הותרה בשל צבע עורם הכהה וחזותם המזרחית... אני נאלצת, מכורח טיבו של העניין הנדון, לציין את התישמותי מחזותם של התובעים, שאין חולק כי מוצא הוריהם 'מזרחי'. חזותית,

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור הפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

קיומה של הפליה הטרוגנית, או במילים אחרות – הפליה שאינה ננקטת בצורה אחידה כלפי כלל קבוצת המופלים. כך, במקרים רבים שבהם התמודד בית-המשפט עם יישומו של חוק איסור הפליה התרחשה הפליית מזרחים במקום בילוי שבו חלק מבעליו כמו-גם שיעור נכבד מלקוחותיו הם מזרחים.

בעניין צדוק, כמקרה-בוחן, נמנעה הכניסה מיוצאי ארצות המזרח למועדון בילוי. עילת הסירוב הרשמית הייתה שהם אינם נמצאים ברשימת ההזמנה, אולם אורחים שעורם בהיר נכנסו למועדון ללא עיכובים וללא בדיקת קיומה של הזמנה.<sup>45</sup> הקושי המרכזי שאיתו נדרש בית-המשפט להתמודד הוא שחלק משמעותי מהמבלים הקבועים במועדון זה היו ממוצא מזרחי ובעלי עור שחום בעצמם. יש לציין כי לא התובעים ולא הנתבעים אחזו בתעודה כלשהי שמעידה על השתייכותם הקבוצתית לקטגוריית המזרחים, ועילת הסירוב המוצהרת לכניסתם למועדון לא התייחסה כלל לזהות זו.<sup>46</sup> עם זאת, העדויות שנשמעו בבית-המשפט חשפו מציאות שבה לבהירי-עור הותרה הכניסה, בעוד שכהירי-עור בעלי חזות מזרחית נחשפו להפליה לא-אחידה בכניסה בנימוק שהכניסה מותרת למוזמנים בלבד.<sup>47</sup> כלומר, בעוד שבהירי-עור לא נחשפו לכל הפליה, כהירי-עור נאלצו להתמודד עם הפליה הטרוגנית.

בבואו להתמודד עם הפליה מוסווית בנסיבות שבהן קטגוריית המופלים מורכבת והיחס לחברי קבוצה זו אינו אחיד, ציין השופט שלמה פרידלנדר כי מארכת המועדון הבחינה בין אלה שצבע עורם שחום קמעא לבין אלה, כמו התובעים, שצבע עורם שחום כהה. השופט גם הרחיב בבחינת הטרוגניות הפליה, וחיידר כי הפליה היא עניין של מידה, ובישראל מי שעורו כהה יותר, כאנשים ממוצא אתיופי, יסבול יותר מהפליה, לעיתים אף מצד אלה שמופלים בעצמם כמזרחים. בעניין צדוק נחשפה הטרוגניות של הפליה בצורה גלויה במילות השופט:

עיניה של המארכת... לא היו רעולות. הן גם לא היו עוורות-צבעים. אדרבא, הן גילו הבחנה דקה בין גוונים שונים של הצבע השחום. הן הבחינו בין מי שצבע עורם שחום-קמעא, באופן המזוהה עם הקבוצה הרחבה, והמעורה ב'סצינת

התובע 1 בעל גוון עור שחום שאינו בולט ועיניו בהירות. התובע 2, הינו בעל רעמת שיער שחורה, עיניו כהות וצבע עורו שחום יותר... אני מקבלת את גרסת התובעים... שלפיה... הכניס המארח אנשים שלא הייתה להם חזות מזרחית". ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 39454-08-10 שרגא נ' קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ, פס" 9, 12-13 לפסק-הדין (נבו 24.5.2012).

45 תא"מ (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבח שלוש בע"מ (נבו 26.9.2009).  
46 רק במקרים נדירים יחשוף הסלקטור קיומם של מניעים גזעניים להדרת קבוצות מוחלשות. כך, לדוגמה, בעניין חודד מנע הסלקטור את כניסת התובע בהצהירו כי "יש לי בעיה איתו הוא שחום". עם זאת, גם במקרה זה הכחיש הנתבע, מנהל המועדון, את אפשרות קיומה של הפליה על בסיס צבע עור. ראו ת"ק (שלום פ"ת) 3620-09-11 חודד נ' לוי (נבו 28.2.2012).

47 כך, בעניין צדוק השתכנע בית-המשפט כי מקום הבילוי אינו מפלה מזרחים או אנשים כהירי-עור בצורה אחידה. "אני מוכן להניח, לטובת מר לוזון ושאר הנתבעים, כי הנתבעים או מי מהם אינם נוקטים בהפליה גורפת ומכוונת נגד אנשים ממוצא מזרחי, או נגד אנשים שעורם שחום, באשר הם". ראו עניין צדוק, לעיל ה"ש 45, פס' 21 לפסק-הדין.

המועדונים', של בני עדות המזרח בכללותם – לבין מי שצבע עורם שחום-כהה, כדוגמת התובעים, אשר כלפיהם הופעלו מנגנוני דחייה.<sup>48</sup>

למאפיינים גזעיים, כצבע עור ומוצא, הוצמדו עם השנים סטריאוטיפים תרבותיים שליליים, כגון עצלות, אלימות, בערות וחוסר מוסר,<sup>49</sup> אשר העניקו להפליה הצדקה נפרדת שבמקרים רבים הסוותה את מקורה הגזעני. ברבות השנים נהפכו המזרחיות וצבע העור השחום למניע סמוי להפליה אשר המניע הישיר לה היה הסטריאוטיפים שנלוו למי שנושא מאפיינים גנטיים אלו,<sup>50</sup> ולצידם העדפות חברתיות, רציונליות לכאורה, ליופי ולהצלחה חברתית-כלכלית שהוצמדו למי שמראהו בהיר ומערבי יותר.<sup>51</sup> באופן זה גם המפלה עצמו היה עשוי לא לחוש שהחלטתו המפלה מבוססת על צבע עור או מוצא, במיוחד אם הוא עצמו ממוצא מזרחי. מאפיינים גזעיים כצבע עור ומוצא אתני נהפכו לסיגנל חברתי-תרבותי לתכונות סטריאוטיפיות של נחשלות ואלימות, שבבסיסן עומדות הנחות חברתיות-כלכליות בנוגע לאלה שנושאים סימני היכר מזרחיים.

יתרונה המשמעותי של הפסיקה שדנה בחוק איסור הפליה טמון ביכולתה לחשוף את הטרנספורמציה האמורה במאפייני ההפליה. להבדיל מריאיון למקום עבודה או לקבלה ליישוב קהילתי – שבהם קשה לבודד את השפעת הסטריאוטיפים על התרשמותו של המראיין מהמועמד, וזאת בשל קיומם של מוקדי התרשמות נוספים, דוגמת השיחה שנוהלה בריאיון, קורות החיים שסיפק המועמד, חומרים שהוא העביר לבחינת המראיין וכיוצא בהם – בכניסה למועדון אין לסלקטור/ית על מה להסתמך לבד מחזותו החיצונית של המועמד. גם אם המניע לסלקציה לגיטימי, כגון שלילת כניסתם של אנשים שנוטים להשתכר ולנהוג באלימות, בזמן

48 שם, פס' 28 לפסק-הדין.

49 יהודה שנהב ויוסי יונה "מבוא: גזענות מהי?" **גזענות בישראל** 13, 41 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים 2008).

50 בשפתו של השופט פרידלנדר בעניין **צדוק**, לעיל ה"ש 45, פס' 34–35 לפסק-הדין: "קיימת נטייה לייחס לבני הקבוצה הנתפסת-כנחותה, באופן מכליל, גם תכונות תרבותיות שליליות; כגון פראות, אי-רציונאליות, עצלות, בערות... נטייה זו גורמת לעתים להתגלגלותה של גזענות ביולוגית ל'גזענות תרבותית'. הסטריאוטיפים האמורים הופכים מתוצאת הגזענות – לסיבתה. כלומר, אנשים שאינם מזדהים עם הגזענות הביולוגית, אולם הפנימו סטריאוטיפים גזעניים, מצדיקים את יחסם לקבוצות מסוימות בתכונות השליליות המאפיינות אותן כביכול".

51 כך, לדוגמה, מבהירה השופטת אירית מני-גור כי "מנהג הרווח במקומות בילוי ובידור במחוזותינו להעסיק שומר/שומרת סף הקרוי בכינוי 'סלקטור', שתפקידו לחלוף במבטו על הקהל הצובא על פתחי המועדון ולהחליט בהבל פה, מי נכנס ומי יוותר בחוץ... לעיתים, מדובר בסלקציה הנערכת לפני רכישת כרטיסים כמו בדיסקוטק, ולעיתים קרובות בפתח המועדון, מקום אליו נכנסים ללא רכישת כרטיס... יש להניח כי תופעת 'הסלקציה' הנערכת ע"י 'סלקטורים' לא נובעת תמיד ובהכרח משיקולים של העדפות והשקפה בלתי שיוויונית של בעלי המועדון, אלא נובעת משיקולים כלכליים גרידא. על מנת להאדיר את יוקרת המקום והביקוש אליו, בוחרים בעליו להכניס קהל 'יפה' הקולע לטעמם של באי המועדון וקהל היעד. ולפיכך, תעדיף הסלקטורית במבטה הבוחן את גבוהי הקומה והתואר, את בהירי העור והשיער, את צרי המותן ואם אפשר את מי שידו משגת לרכוש את הבגד הנכון עם סימן המותג הנכון בצד הנכון של הבגד". ראו ת"א (שלום הרצ') 1004/05 **לוי נ' אסקו בר-מסעדה בע"מ**, פס' 3א–5א לפסק-הדין (נבו 6.11.2006).

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

הקצר שבו המבלה עומד מחוץ לכניסה לאותו מקום אין לסלקטור אפשרות ממשית להבחין בין המבלים השונים לבד מייחוסם של תכונות וסטריאוטיפים שליליים לצבעו של המבלה ולזהותו המזרחית. בהתאם לכך, בעניין לוי מבהירה השופטת אירית מניגור כך: <sup>52</sup>

מר כהן שעמד ביחד עם התובע, ואשר צבע עורו בהיר לאין ערוך משל התובע, זכה להיכנס בשערי המועדון ללא כל בדיקה אחרת ונוספת. אף אחד מבאי המקום לא נשאל על השכלתו, העדפתו, ארץ מוצאו, וכיוצ"ב. "הסלקטורית" שעמדה בפתח המועדון ועוד לפני שבאי המקום עברו בדיקה בטחונת, החליטה אך ורק מתוך הצצה על פניהם של באי המקום, מי יכול להיכנס ומי לא. לא יכול להיות כל הסבר אחר לאי הכנסתו של התובע למקום למעט צבע עורו וחזותו. לא שמעתי כל טענה כי קיים היה חשש שמדובר באדם אלים או אדם המסכן את בטחון הציבור, וטוב שכך. שכן לא ניתן לעמוד על אופיו של אדם אך ורק מתוך הסתכלות על דמותו מבלי לעמוד על טיבו וטבעו. <sup>53</sup>

במילים אחרות, הליכי קבלה וסינון למקומות בילוי, למקומות עבודה או ליישובים קהילתיים מבקשים לחשוף עדויות למאפיינים שליליים בקרב המועמדים, אלא שבאופן מודע או לא-מודע עלולים להתגנב למנגנונים אלו סטריאוטיפים ותכונות שליליות שיוצמדו לבעל החזות המזרחית. כך, בכניסה למועדון תשליך הזהות המזרחית על בחינת סגנון דיבורו של המבלה, לבושו, תכשיטיו, מעמדו הכלכלי ותסרוקתו. <sup>54</sup> בעוד שבמקום בילוי יהיה קשה לבסס את הצדקת הסטריאוטיפים האמורים והתכונות שיוצמדו למבלה, וזאת בשל העדר בחינה מהותית ובשל הזמן הקצר שבו המבלה עומד בכניסה למועדון, בקבלה למקומות עבודה או ליישובים קהילתיים יהיה קשה עד-מאוד להוכיח את עצם השפעתם ואת מידת השפעתם של סטריאוטיפים מפלים.

### 3. רבדיה של ההפליה וסייגיה

הפסיקה שפתחה את כותלי בית-המשפט להפליית מזרחים חשפה תופעה נרחבת של סטריאוטיפיזציה שלילית של הזהות המזרחית. תופעה זו מובילה להעדפות אתניות שמשפיעות על הציבור כולו, וכך גם על בעלי המועדון והסלקטורים שיבקשו לכבד את העדפותיהם

52 שם. במקרה זה הופרדו זוג מבליים, על בסיס צבע עור, בכניסה למקום בילוי שאחד מבעליו הוא טריפוליטאי ואשר חלק ניכר ממוזמניו משתייכים לעדות המזרח. בעל העור הבהיר נכנס ללא כל שאלה וברור, ואילו משחום-העור נמנעה הכניסה.

53 שם, פס' 7 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה).

54 כך, בעניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 42, פס' 7 לפסק-הדין, מנע הבודק את כניסת התובעים בנימוק ש"הם לא נראים לו". לעומת זאת, בעניין לירן, לעיל ה"ש 42, פס' 24 לפסק-הדין, התנתה הנתבעת את כניסתו של מבלה כהה-עור בעל חזות מזרחית ב"הורדת החולצה, הורדת השעון ושינוי תסרוקתו", הגם שתנאים אלו לא נדרשו מחבריו, ואף שהתובע פשוט החליף חולצות עם חברו.

המפלול של לקוחותיהם.<sup>55</sup> הסטריאוטיפים והתיוגים השליליים הגזעניים שנצמדים לבעלי חזות מזרחית עומדים כחזקות לנחשלות תרבותית, לפראות, לאלימות ולחוסר מוסר, שאותן ידרשו המזרחים להפריך אם יבקשו להתקבל למסגרות חברתיות שונות, כאתרי פנאי ובילוי. כך, נתונים חיצוניים נוספים יכולים לסייע בהפרכת חזקות אלו, כגון זהות מגדרית, מעמד כלכלי או היכרות אישית, ולכן להקל בכניסתם של חלק מהמופלים למסגרות חברתיות מדירות.<sup>56</sup> אלא שבדרך זו נוצרים רבדים נוספים שמשפיעים על מאפייני ההפליה המזרחית והשלכותיה, ורבדים אלו, המסייגים את תחולת ההפליה, מקימים משוכה נוספת בהוכחת קיומה של ההפליה.

לדוגמה, בעניין לוי סויגה ההפליה במעמדו הכלכלי של המבלה. בעוד שבעלי עור בהיר לא הופלו בכניסה למקום הבילוי, בעלי העור הכהה נדרשו לעמוד בתנאי־סף כלכליים. ככל שהמבלים כהי־העור הזמינו מראש ארוחת־ערב יקרה, הם יכלו להיכנס ללא עמידה בסלקציה כלשהי, אולם אם הם לא הזמינו מראש ארוחה כאמור, הם נאלצו לעבור סלקציה שמפרידה בין אנשים על בסיס צבע.<sup>57</sup> במילים אחרות, מעמדו הכלכלי של המבלה או כמות הכסף שבכיסו אפשרו לו להתגבר על השפעתם של אותם סטריאוטיפים שליליים ולהיכנס למקום בילוי שככלל מפלה אנשים בעלי חזות כשלו. בדומה לכך, בעניין קיבוץ רמות מנשה סויגה הפליית כהי־העור בתנאי־סף שהוטל אך ורק עליהם, ולפיו כהי־עור עם קרבה לבעלי ההשפעה במקום הבילוי או היכרות אישית עימם דילגו מעל הסלקציה.<sup>58</sup> הפליה הטרוגנית זו הגיעה לאבסורד כאשר התובע עצמו הורשה להיכנס למקום הבילוי כאשר הכיר את המארגנים של אותו ערב אך ביתר הפעמים נשללה כניסתו בשל צבע עורו.<sup>59</sup>

נובע מכך שבהפליית מזרחים לא כל מי שמשתייך לקטגוריית המזרחים יופלה בהכרח, ולכן מי שביקש לבחון או להוכיח קיומה או העדרה של הפליה אתנית עשוי לסבור כי המניע

55 ראו משה כהן־אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 21 (2003).

56 בעניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 42, פס' 16, 27 לפסק־הדין, בהחירה סגנית הנשיאה שולמית וסרקרוג כי "ככל שיש היתר ל'כהי העור' או ל'שחומי עור' להיכנס למועדון, הרי זה מותנה בכך שהבודקים מכירים אותם", וכן כי "העובדה שבמקרה דנן היו בין באי המועדון, גם שחומי עור אין בה כדי להעיד על אי־קיומה של הפליה, מאחר שהוכח שאלה שנמנו על אותה קבוצה, נדרשו לתנאי נוסף לצורך כניסתם, תנאי שלא נדרש מבהירי העור. גם העובדה שהמשיב עצמו נכנס למועדון בעבר, אין בה כדי לשנות מן המסקנה האמורה, מאחר שכניסתו הייתה חד פעמית ומותנית הייתה באותו מועד, בהיותו מוכר לעורכי המסיבה".

57 על התגברותו של מעמד כלכלי וכסף על צבע עור ומוצא ניתן ללמוד מדברי השופטת אירית מני־גור בעניין לוי, לעיל ה"ש 51, פס' 9 לפסק־הדין: "מרגע שהזמנת מקום במסעדה לארוחת ערב שעלותה מינימום כ־110 ש"ח, צבע עורך איננו רלבנטי יותר. שהרי לכסף כידוע אין צבע ואין ריח... ואולם, אם ברצונך להיכנס חנינם לאסקו־בר שהופך לאחר חצות לדאנס־בר מבוקש וידוע, או אז עליך להתאים לטעמו של קהל היעד וכניסתך מוטלת בספק".

58 לדברי סגנית הנשיאה וסרקרוג בעניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 42, פס' 17 לפסק־הדין, "התובע [הוכיח] כי כניסת שחומי העור מותנית בתנאי היכרות או קרבה ל'בודקים' – תנאים פסולים – וכי הוא נמנה על קבוצת 'כהי העור'".

59 שם, פס' 27 לפסק־הדין: "כניסתו הייתה חד פעמית ומותנית הייתה באותו מועד, בהיותו מוכר לעורכי המסיבה. בכל הפעמים הבאות בהם ניסה להיכנס לאותו מועדון, ומדובר בחמש פעמים, היה מגיע למקום מנסה להיכנס, וכניסתו לא הותרה, באמירה 'אתה לא נראה לי'".

לשליטת כניסתם של מזרחים אינו יכול להיות קשור למזרחיותם.<sup>60</sup> על כך יש להוסיף את הקשיים המשמעותיים ביישום בחינה סטטיסטית שתבוסס על גון העור או מידת הקרבה של המועמד למקבלי ההחלטות, במטרה לחשוף את שיעור כהי העור שמהם נמנעה הכניסה בהשוואה לבהירי העור, וכך להוביל ליישומו של חוק איסור הפליה במקרים שבהם רק מחלק מחברי הקבוצה המופלית נמנעת הכניסה למקומות הבילוי.<sup>61</sup> אם בכך לא די, כיצד ניתן לערוך בחינה סטטיסטית שתבוסס על חזות מזרחית ברורה שמצטרפת לגון עור בהיר?<sup>62</sup> למרות קשיים אלו מצאו בתי המשפט הישראלי הפליה על בסיס מוצא או צבע עור בנסיבות שבהן קבוצת חברים הגיעה במשותף למקום בילוי אך פוצלה בשער הכניסה על בסיס צבע עור או מוצא. כלומר, כאשר כמה אנשים הגיעו למקום הבילוי יחד, באותו זמן ובאותן נסיבות כלליות, התקשו בעלי המקום להסוות את ההפרדה בין אותם חברים באמצעות טענות בדבר עומס במקום הבילוי, קיומה של רשימת מזומנים או התנהגות מאיימת של המבלה. כך, בעניין **קיבוץ רמות מנשה** הגיעו חמישה חברים יחד למקום הבילוי, אך שניים מהם, שהיו כהי עור, לא הוכנסו.<sup>63</sup> נסיבות דומות התרחשו בעניין **ירימי**,<sup>64</sup> בעניין **לוי**,<sup>65</sup> בעניין **שוורץ**,<sup>66</sup> בעניין **נגים**,<sup>67</sup> ובסטייה קלה גם בעניין **צדוק**.<sup>68</sup> כלומר, כאשר אנשים שהגיעו יחד הופרדו

- 60 העובדה שחלק מכהי העור נכנסו למועדון ביססה את עמדתו של השופט רון שפירא בעניין **קיבוץ רמות מנשה** שלפיה הפליית התובעים לא נבעה מצבע עורם, וזאת אף שהבורדק הצהיר כאשר מנע את כניסתם "אתם לא נכנסים, אתה לא נראה לי בעין". על כך אמר השופט יצחק כהן כי "המשיב לא הורשה להכנס למועדון... משום שדמותו, כפי שניצודה בעיניו של הבורדק בכניסה, לא נראתה לבורדק. לא ראינו, כי במצחו של המשיב הייתה קבוצה קרן. לא הוכח, שבגדי המשיב היו קרועים ובלויים. לא נטען, שאוזני המשיב היו ארוכות מאוזניו של 'האדם הסביר'... מה היה איפוא הדבר אשר צד את עינו של הבורדק... על כך השיב בית המשפט קמא, וקבע, כי המשיב לא הורשה להכנס על שום צבע עורו הכהה". ראו עניין **קיבוץ רמות מנשה**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 14–15.
- 61 בהתייחסה למניעת הכניסה מחלק מהמבלים בעלי החזות המזרחית, ציינה השופטת נאוה ברורמן כך: "לדידי, אין הכרח כי הפליה בכניסה למועדונים תתבטא במניעה גורפת של כניסת אנשים המזוהים עם שיוך קבוצתי מסוים, כגון צבע עור, די בכך שאנשים כאמור יהיו חשופים להפליה יותר מאחרים. שהרי, החוק נועד להגן על קבוצות בסיכון להפליה". ראו ת"א (שלום ת"א) 35199-09-12 **בן משה נ' א.ב.ג. רוטשילד בע"מ**, פס' 53 לפסק-הדין (נבו 12.7.2015).
- 62 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ת"א) 22225/07 **ירימי נ' ב.ת.א 5 החזקות בע"מ**, פס' 11 לפסק-הדין (נבו 27.2.2008), שם הכיר בית המשפט בהפליית מבלה יוצא עדות המזרח שחזותו מזרחית אך גון עורו בהיר, וקבע כך: "במקרה דנן, גוון עורו של התובע הוא אמנם בהיר למדי, אך יש לו חזות מזרחית מובהקת, כפי שהוא העיד על עצמו וכפי שהתרשמתי אף אני. פרוש תכליתי של החוק מוביל לכלל מסקנה כי חל איסור על הפלייתם של אנשים בעלי חזות מזרחית, גם אם גוון עורם בהיר".
- 63 עניין **קיבוץ רמות מנשה**, לעיל ה"ש 42, פס' 5–7 לפסק-הדין.
- 64 עניין **ירימי**, לעיל ה"ש 62, פס' 2 לפסק-הדין.
- 65 עניין **לוי**, לעיל ה"ש 51, פס' 10 לפסק-הדין.
- 66 ע"א (מחוזי ת"א) 41592-04-12 **שוורץ נ' גלינה בר בע"מ (בפירוק/עיצוב הליכים)**, פס' 2 לפסק-הדין (נבו 16.10.2013).
- 67 ת"א (שלום נצ') 30239-04-17 **נגים נ' בית המזרח** (נבו 12.6.2018). במקרה זה ביקשו חמישה חברים – שלושה ערבים ושני יהודים – לחגוג את יום הולדתו של אחד החברים. תביעתם הוגשה נגד מקום בילוי שמנע כניסה של חלק מהם על בסיס זהותם הערבית. המעניין הוא שמעיון בעובדות פסק-הדין מתברר שקודם לכן הם ניסו להיכנס למועדון אחר, אשר שלל את כניסתם של

בכניסה למקום הבילוי לאחר בחינה חיצונית וללא כל הסבר, קיבל בית-המשפט את טענת התובעים שההבדלים החיצוניים בחזותם, ובפרט צבע עורם ומראם המזרחי, הם שהובילו להפרדה ולכן גם להפליה ולהפרת חוק איסור הפליה.

אלא שנסיבות אלו מעלות חשש כבד לשימוש באסטרטגיה מתוחכמת יותר, אשר ייתכן מאוד שכבר נעשה בה שימוש, והיא שלילת הכניסה מכלל קבוצת החברים, בבחינת אמור לי מי חבריך ואומר לך מי אתה. כשם שכהה-עור יכול להיכנס למקום שמקבל בהירי-עור בהינתן קרבה למקבלי ההחלטות או היכרות עימם, כך אפשר גם שמבהיר-העור תישלל הכניסה בשל קרבתו לאלה שסובלים מהדרה. במילים אחרות, מקומות בילוי שיבקשו להקטין את אפשרות יישומו של חוק איסור הפליה בעניינם ימנעו את כניסתם של כלל החברים שהגיעו יחדיו כקבוצה, בהירי-העור לצד כהי-העור, תוך שימוש בהנמקות מורכבות כגון תפוסה מלאה או קיומה של רשימת מוזמנים. שלילת הכניסה מקבוצת חברים שחלקם כהי-עור תסווה בצורה אפקטיבית את סיבת ההפליה, מכיוון שהיא תקשה על המבלים עצמם להבין את הסיבה להפלייתם, לא כל שכן להוכיחה בבית-המשפט.<sup>69</sup>

התשובה המתבקשת של המשפט צריכה להכיר בכלל הקבוצה, בהירי-העור והכהים, כקבוצה מופלית. מטרת החוק היא לקדם שוויון ולמנוע הפליה,<sup>70</sup> ולכן ראוי שחוק זה יפורש בצורה שמעודדת את בני הקבוצה החזקה להתנגד לעדיפותם הפסולה ולהילחם בהפליה. על כך יש להוסיף כי כמי שרגילים להיכנס למועדון כאשר הם אינם בלוויית בעלי עור כהה, הם גם יחזיקו במידע הנדרש להוכחת ההפליה. כשם שבית-המשפט הרחיב את החזקות המצויות בסעיף 3 לחוק איסור הפליה כך שיכללו גון עור,<sup>71</sup> כך יש להרחיב את חזקות הגזע וארץ המוצא כך שיכללו את אלה שבהתנהגותם מתחברים לקבוצה מוחלשת ומופלים לכן באותה מידה. כשם שמזרחי יכול להיכנס למקום בילוי שמפלה מזרחים אם הוא "קרוב" לסלקטור או למי שמארגן את המסיבה, כך גם בהיר-עור ששם משפחתו הוא שוורץ יכול ליפול קורבן להפליה ואף לאלומות ממש אם הוא מאתגר את גבולות הגזרה הקהילתיים ומתקרב לחבר

כלל החברים בטענה שהמקום נמצא בתפוסה מלאה – טענה שלמבלים הנמצאים מחוץ למועדון קשה מאוד להפריך, במיוחד אם משלבים אותה בשימוש ברשימת הזמנה. על כך יש להוסיף כי הכניסה למקום הבילוי שאותו הם תבעו התאפשרה בתחילה לאחד מהם, ערבי שחזותו מערבית, אולם כניסה זו נשללה משהובנה זהותם של היתר.

68 עניין צדוק, לעיל ה"ש 45, פס' 16–17, 51–56 לפסק-הדין. בעניין זה הורשתה כניסתה של ידידת התובעים, למרות צבע עורה, בשל היותה אישה. עם זאת, העובדה שהיא נכנסה אפשרה לה להביע את דעתה על מדיניותו של מקום הבילוי ולכן לשכנע את בית-המשפט שלא היה כל מניע לגיטימי שיצדיק את שלילת הכניסה מחבריה.

69 ייתכן מאוד שזאת הסיבה לכך שבעניין נג'ם, לעיל ה"ש 67, פס' 2 לפסק-הדין, לא הוגשה תביעה נגד המועדון ששלל את הכניסה מכלל הקבוצה.

70 ס' 1 לחוק איסור הפליה במוצרים.

71 בהתאם לכך הובהר כי "חוק איסור הפליה כלל אינו דן בגוון עורו של אדם, משום שמה שקובע הוא האיסור להפלות אדם מטעמים של גזע ומוצא. בדרך כלל, גוון עור מסויים מעיד על גזע או מוצא, אך לא בהכרח, והמקרה הנוכחי יוכיח". ראו עניין ירימי, לעיל ה"ש 62, פס' 11 לפסק-הדין.

ששם משפחתו הוא וודגה ומוצאו הוא מאתיופיה.<sup>72</sup> יתר על כן, ההיסטוריה של הפליית בני עדות המזרח מלמדת על יצירתה המלאכותית של הזהות המזרחית. אל לו למשפט שמבקש לתמוך במאבק בהפרדה אתנית מלאכותית באמצעותו של חוק איסור הפליה להיאחז בתפיסה סטטית ואחידה של זהות קהילתית. אנשים יכולים לבחור לנוע מקבוצה אחת לרעותה, לאמץ ולעצב לעצמם זהות דתית, היסטורית, תרבותית וגם קהילתית כרצונם. הכרה בזכות התביעה של שוורץ אינה פוגעת באיזון שבין עקרון השוויון לחירות. הפגיעה באדם שמופלה בשל האופן שבו הוא בוחר ומעצב את זהותו הקהילתית אינה דווקא פגיעה ברגשותיו האישיים. את תקיפת שוורץ בשל בחירתו הקהילתית ניתן לראות כפגיעה בקהילה המוחלשת, בהשתייכות לקהילה זו וביכולתה הדינמית של קהילה זו לעצב את גבולותיה למרות משוכות של צבע ומוצא.<sup>73</sup>

מעבר לכך, הכרה בזכות התביעה של שוורץ על בסיס חוק איסור הפליה תתמוך בהתמודדות טובה יותר עם דרכים מורכבות לעקיפת החוק, וגם תקל את תביעתן של קבוצות מעורבות שיופלו בכניסתן למועדונים בשל כך שחלק מחבריהן משתייכים לקבוצה מופלית.<sup>74</sup> אם בכך לא די, באמצעות פירוש זה נכיר במציאות המורכבת של גזע בישראל. כידוע, צבע עור הוא נתון גנטי אשר לאדם אין שליטה בו. עם זאת, בחינה מעמיקה בפסיקה סביב חוק איסור הפליה מטילה ספק באמירה זו, ואף ממחישה כי להבדיל מגנטיקה, תהליך החברות בחברה הישראלית מאפשר לאנשים להתגבר על צבעם ומוצאם אם יש בכיסם את הממון לכך או אם הם מקושרים מספיק למוקדי הכוח בקבוצה החזקה.<sup>75</sup> אם השפעתו השלילית של צבע עור כהה ניתנת לשינוי, כך שכהה-עור יזכה באותו יחס הניתן לאדם בעל גון עור בהיר, גם אדם לבן יכול להיחשף בשל התנהגותו לאותו יחס מפלה שמופנה כלפי כהה-עור.<sup>76</sup> נכון שיכולת המעבר בין

72 במקרה זה ספג שוורץ אגרוף מאחד ממאבטחי המועדון בשל דין ודברים שהתפתח בינו לבין בעקבות שלילת הכניסה מחברו וודגה. ראו עניין שוורץ, לעיל ה"ש 66, פס' 3 לפסק-הדין.

73 על ההבחנה שבין פגיעה ברגשות הפרט לבין הדרה בשל השתייכות קהילתית – הדרה העומדת בבסיסו של חוק איסור הפליה – ראו מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109 (2013).

74 על פרשנותם של דברי חוק בהתאם לעקרון השוויון ראו בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 139, 148–149 (1995).

75 במובן זה האמירה של השופט חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 659 א (1998). שלפיה "אין לאדם שליטה על מינו... על צבע עורו... [אן] על שלמות גופו... האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו", היא אמירה חלקית. נכון שאדם יכול להיות מופלה בשל צבע עורו למרות השכלתו וטיבו, אלא שבה בעת הוא יכול להתגבר על צבע עורו דווקא באמצעות גורמים פסולים נוספים, כממונו וקשריו.

76 חשוב לציין כי יש קשר גורדי בין השתייכות לקהילה מוחלשת לבין מעמד חברתי-כלכלי נחות. ההדרה ממוקדי הכוח החברתיים כרוכה בהכרח גם בקשיים כלכליים ובהעדרם של קשרים פוליטיים חברתיים. לכן, בשל העדר ממון או קשרים חברתיים, ברוב המקרים לא יוכלו אנשים שמשתייכים לקהילה מופלית להתחמק מהפלייתם באמצעות ממון או קשרים. אין זה מפתיע לכן שגם בימינו ניתן למצוא את אותותיה של אותה הפליה שהחלה בהקמת המדינה. למופעיה העכשוויים של ההפליה האמורה ראו נטע זיו, תמר קריכליכץ ואיסי רוזן-צבי "החלום ושברו –

הקבוצות הקהילתיות השונות אינה סימטרית, וקל יותר למי שמשתייך לקבוצה "חזקה" לבחור את השתייכותו הקהילתית. עם זאת, גם בקרב קבוצת המזרחים יש מי שעניניהם בהירות וחזותם מערבית, ולכן המעבר בין הקבוצות השונות קל להם יותר. ראוי שהמשפט יעודד לחימה בהפליה ויכיר במחיר החברתי הכרוך בהתנגדות להפליה שיטתית. ניתן גם להפעיל את חוק איסור הפליה במצבים שבהם ההיקשרות לזהות קהילתית מוחלשת אינה עניין פעוט או זמני ויש בה מידה של קביעות, כגון קשרי משפחה או מאבקים חברתיים ממושכים בהשלכותיה של הפליה. על כך יש להוסיף כי אין כל סיבה להישענות סתמית על ארץ מוצא בהינתן שבשלב הקמתה של המדינה, כאשר עוצבה הזהות המזרחית, לא הייתה כל הבנה ולו שטחית של החברה, התרבות וההיסטוריה של יוצאי ארצות המזרח, וגם כיום אין הבנה רבה בנושא. המזרחיות לא הוגדרה על בסיס מאפייניהם המשותפים של חברי הקבוצה. מזרחיות הוגדרה על בסיס היחס המפלה שקיבלו אלה שלא נכנסו לתבנית האירופית החילונית. היסטוריית המאבקים החברתיים בארצות-הברית מלמדת אותנו שיעור דומה, והוא שמי שביקש לסייע לקבוצות מוחלשות, ובכך "חצה את הקווים" הגזעיים, נחשף במקרים רבים לאותו יחס של הפליה, הדרה והתעמרות שחווה קבוצת המוחלשים.<sup>77</sup> ההיסטוריה של הפליית מזרחים בארץ שוללת לכן הישענות דקדקנית על גבולות טכניים של מזרח או מערב, ובמקום זאת תומכת בהכרה ב"אחרותו" של המופלה. בעניין שוורץ התנהגותו של התובע, שנפגע מהפליית חברו שחום-העור, הפכה אותו ל"אחר", למי שאינו מקבל את הנורמות הקיימות ואת הריבוד המעמדי, ואף יותר מכך – למי שבשל צבע עורו הבהיר מערער ומאתגר אותו. שוורץ נהפך באותו ערב למזרחי וחווה את החוויה המזרחית, הגם שהוא היה יכול לצאת ממנה בקלות, כפי שהמזרחי בעל הממון והקשרים בעניין לוי נהפך בערב שבו בילה במועדון לבהיר-עור שזוכה ביחס מיטיב בשעה שאחרים עומדים מחוץ למועדון מופלים ומודרים.

כשם שהגדרת החזות שנתפסת כמזרחית היא מורכבת, כך גם הגדרתה של קהילת ההשתייכות המזרחית.<sup>78</sup> שלילת כניסה של חבריך או של בני משפחתך היא במקרים רבים שלילת כניסה של חלק מרכזי במי שאתה. הקהילה שעוטפת את חיינו מעצבת במידה רבה את זהותנו האישית. לכן סביר להניח ששוורץ, אשר ביקש לבלות עם חברו, נפגע באופן ישיר משלילת הכניסה של חברו. האם הורים בהיר-עור שיבקשו להיכנס עם בנם המאומץ שחום-

דפוסי אי-שוויון וריבוד בקרב בוגרי משפטים בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" **משפט ט 99** (2017).

<sup>77</sup> כך, לדוגמה, היו מקרים שבהם מוחים לבנים ש"חצו את הקווים" המפרידים בין הגזעים, והצטרפו למאבקה של הקהילה האפרו-אמריקאית לשוויון בארצות-הברית, נרצחו: "Reverend James Reeb, a Boston minister, had his skull crushed from behind on March 9, 1965 as he was leaving Eddie Walker's cafe in Selma, a restaurant frequented by participants in the movement... Viola Liuzzo, a Detroit housewife, was shot and killed while riding in an automobile with a black man on U.S. Highway 80 between Selma and Montgomery the night of the completion of the Selma-Montgomery March, March 25, 1965" C. Amaker, *De Facto Leadership and the Civil Rights Movement: Perspective on the Problems and Role of Activists and Lawyers in Legal and Social Change*, 6 S.U. L. REV. 225, 274–275 n. 175 (1979).

<sup>78</sup> להכרה בחזות מזרחית שמנותקת מגוון עור ראו עניין ירימי, לעיל ה"ש 62, פס' 11 לפסק-הדין.

העור לא ייפגעו בדיוק כמו ילדם במקרה של הפליה? האם בני-זוג מעורבים לא ייפגעו שניהם בגין שלילת כניסתו של אחד מהם? האם חברים שהגנו בחייהם זה על זה בשירותם הצבאי לא יחושו כך? התנהגותו של שוורץ באותו ערב העידה כי הוא חש פגוע, אולי אף יותר מחברו, אשר ייתכן שכבר התרגל להפלייתו. על ההשלכות הנובעות מפגיעה קשה בנפשו של אדם כאשר מפלים אותו בכניסה למועדון ניתן ללמוד מעדויות התובעים בעניין **בן משה**, שעסק בשלילת הכניסה למועדון של מבלים שחומי-עור ממוצא מזרחי לעומת הכניסה החופשית של מבלים בעלי חזות אשכנזית שצבע עורם היה בהיר.<sup>79</sup> באותו מקרה סירב בתחילה התובע לנסות להיכנס למועדון משום שהפלו אותו שם בעבר.<sup>80</sup> כלומר, התגובה הישירה של המופלה על הפלייתו היא הפנמת מקומו בחברה והפסקת נסיונותיו להיכנס למסגרות חברתיות מדירות, הגם שמדובר במסגרות ציבוריות. ההשפעה השנייה היא פירוק המבנה החברתי הקיים וחידוק ההפרדה בין אנשים על בסיס מאפיינים גזעיים. בעדותו בעניין **בן משה** מבהיר התובע כך:

בזמן שעמדתי בחוץ הגיעו עוד אנשים בעלי גוון כמו שלי, כמו אתיפוי שלא הכניסו, ואם בעוד פעם שהיה קטע שהוא היה מטורף, אני נשבע, זוג האשה ממוצא אשכנזי, והגבר ממוצא מזרחי, אמרו לאשה שהיא יכולה להיכנס והוא לא נכנס, והיא אמרה שהוא בעלה, אמרתי לעצמי די זה לא אמיתי, אנחנו בשנת

81.2015

ההיסטוריה של הפליית המזרחים אינה נשענת על אחדות או זהות דקדקנית של כלל חברי הקבוצה המזרחית. היסטוריה זו נוצרה על בסיס הכרה באחרותם של חברי הקבוצה המזרחית ביחס למודל האירופי החילוני שאותו ביקשו לעצב בשלבים הראשונים של הקמת המדינה. על כך יש להוסיף כי בשל השונות הרבה בין חברי הקבוצה המזרחית, לא כולם חוו הפליה, ובוודאי לא באותו היקף ובאותה עוצמה. אם אנחנו רוצים ללמוד מהיסטוריה זו, אל לנו להיצמד לתכונות מאחדות, אשר מעולם לא היו קיימות כאמור. ניתן במקום זאת לכבד את ההיסטוריה הזאת על-ידי כך שנציג את האבסורדיות שבה. כשם שאין כל היגיון להכניס לקטגוריה אחת יוצאי תימן, מרוקו, עיראק, תוניס או לבנון, כך אין כל היגיון בשלילת הכניסה לקבוצה זו של מי שבעקבות התנהגותו ובחירת חבריו חווה הפליה שמיועדת למזרחים. להפך, ההכרה באבסורד שבהפליית אדם על בסיס צבע עור מקימה חיץ ברור בין שוורץ למועדון, ולכן הופכת אותו ל"אחר" שראוי להגן עליו ולתמרץ את התנהגותו.

פרספקטיבה מזרחית מאמצת לחיקה את האחרות הגולמית שהייתה קיימת בהפליית המזרחים, ורואה בה רכיב מעצים ומכיל. פרספקטיבה זו מבקשת לקרוא תיגר על אחדות זהותית-תרבותית בכל הגמוניה, ולהכיל לתוכה את כל מי שהוא "אחר". במקום לנסות למצוא רכיבים משותפים בתרבויות המזרח, פרספקטיבה מזרחית תבקש להכיל את ה"אחר" מכיוון

79 עניין **בן משה**, לעיל ה"ש 61.

80 שם, פס' 41, 43 לפסק-הדין: "עמיקם העיד כי הוא זה שרצה ללכת למועדון, אולם סיפר כי התובע תחילה סירב מהסיבה שאמר שהיה שם לפני כן, ושלא הכניסו אותו... בסיום עדותו, נשאל על ידי ב"כ הנתבעים: '...התרשמת שזה מועדון רק של אשכנזים?' והעד השיב: 'אני לא חושב שזה מקומי לומר, אני יכול לומר דבר אחד, שלפני כן התובע אמר שזה יקרה וזה קרה'".

81 שם, פס' 44 לפסק-הדין.

שהפגיעה העצומה ביוצאי ארצות ערב הייתה דווקא העדר ההבנה, הידיעה או המחקר על ההיסטוריה, התרבות, השפה והפילוסופיה שהם נשאו עימם. המזרחי הוא ה"אחר" הטהור, ולכן הוא מעיד על שילוב פוגעני של הדרת אדם לצד הדרת תרבותו, שפתו, ההיסטוריה שלו והמשאבים האינטלקטואליים שהוא נושא עימו. אי-הכרה בשורץ כמזרחי, לעניין ההכרה בתביעתו על בסיס חוק איסור הפליה, פירושה קבלת הריבוד המעמדי הקיים, בשעה שאנו צריכים לערער אותו ולתמוך במי שאינו נכנע למסגרות שמחלקות את החברה לפי צבע עור וארץ מוצא. ניתן לאשר את תביעתו של שורץ באמצעות תפיסת הרשימה המנויה בחוק כרשימה פתוחה, כפי שעשה זאת השופט רון שפירא בעניין **קיבוץ רמות מנשה**,<sup>82</sup> ואפשר לעשות זאת אם נרחיב את תפיסת הקבוצה המזרחית וההפליה על בסיס גזע וארץ מוצא.

יש לכן לומר כי שורץ יכול להיות מזרחי, כשם שאדם שהוא דור רביעי בארץ יכול להיתפס כמזרחי אם הוא נלחם בהפליה שמדירה אנשים על בסיס צבעם והשתייכותם האתנית וחויה בעצמו, בגין פעילותו, הדרה והפליה. מעולם לא הייתה זהות מזרחית; זוהי זהות מומצאת שקשרה קבוצות שונות ונפרדות על בסיס אחרותן ביחס ל"מקובל" ול"רצוי". עלינו הנטל להפוך זהות זו משלילת ה"אחר" להכללתו, כך שמזרחיות תהפך לאחרות שמקעקעת הגמוניות ולוחמת נגד רידוד אנושי לרכיבים של צבע, נטייה מינית, ארץ מוצא, דת או לאום.

## ב. בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – מסלולים שונים לנסיבות דומות?

לכאורה, שאלת הפלייתם של מזרחים בכניסה למועדונים היא סוגיה סבוכה, והתמקדותה של המערכת המשפטית בה היא חסרת תוחלת. מאפייני הזהות המזרחית, לצד נסיבות ההפליה, יוצרים קשיי הוכחה רבים, ומאלצים את בתי-המשפט להתמקד בשאלות מביכות, כמידת השחיקות וקיומם של תווי פנים מזרחיים. כל זאת לצד תועלת זניחה יחסית. יש הרי מועדונים רבים, שחלקם סגורים לחברים וחלקם פתוחים, וניתן גם בקלות למצוא דרכים מתוחכמות יותר להדרה, שאותן יתקשו התובעים להוכיח. אם בכך לא די, יש גם להניח שרוב המודרים לא ייגשו כלל לבתי-המשפט כאשר יראו את המשוכות שניצבות בפניהם. עם זאת, שדה משפטי זה, שתחילתו בהבנת ההיסטוריה של הפליית המזרחים, הוא שדה הכרחי לביסוסה של תיאוריה מקיפה על הפליה רבודה, השלכותיה, הכחשתה והסוואתה. תיאוריה זו, כפי שנראה, הכרחית להבנת ההפליה בכניסה ליישובים קהילתיים – על מניעה, השלכותיה והמנגנונים המורכבים המשמשים להסוואתה – ולהתמודדות עימה.

82 שיטתו של השופט שפירא בעניין **קיבוץ רמות מנשה**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 18, "כאשר ניתן יחס שונה לשווים במקום ציבורי או במתן שירות ציבורי, ולא ניתן להצביע על שוני רלבנטי אשר מכוחו לא מתקיימת הפליה חרף ההבדל בהתייחסות, והמעשה אינו חוסה תחת הוראות סעיף 3(ד) לחוק, כי אז מדובר בהפליה המנוגדת לעיקרון השוויון ועל כן הינה הפליה אסורה, גם אם הפליה זו אינה נמנית על רשימת ההפלות האסורות המנויות בסעיף 3 לחוק".

## 1. תאגיד כאישיות נטולת הקשר

דיני התאגידיים מסדירים צורות שונות של התאגדות בהן נעשה שימוש במגוון של פעילויות אנושיות, כלכליות וחברתיות. ככלל, דיני התאגידיים אינם עוסקים באנשים בשר-ודם, והחזקה במיעוט אמצעי השליטה בתאגיד נתון אין בה כדי להעיד על חולשה כללית או הפליה שיטתית. במבט ראשון אין בדינים אלו כדי לתרום להתמודדותו של המשפט עם סוגיות כלליות של הפליה ושוויון או כדי לגרוע מהתמודדותו זו. גם אין לכאורה סיבה להניח שדינים אלו קשורים במידה כזאת או אחרת לכאבן של אוכלוסיות מוחלשות או למנגנונים שמאפשרים לחברה האזרחית להקהות את חושיה לסבלם של החלשים. גם מושגים שהדיוטות עשויים לקשור לרגישות חברתית לקהלים מוחלשים, כגון קיפוח המיעוט או חובת ההגינות של בעל השליטה, אינם מכוונים לקהילות מוחלשות כלל. הבעיה המרכזית שחובות אלו ודיני התאגידיים בכלל מתמודדים איתה היא בעיית הנציג – הפער שבין הבעלות בחברה לבין השליטה באופן ניהולה, והמנגנונים הנדרשים לייעול אופן השימוש בנכסיהם של אחרים.

הביקורת המזרחית, לעומת זאת, מתמקדת בהפליה השיטתית כלפי אוכלוסיות מוחלשות, בחיבורים המורכבים שכורכים אוכלוסיות אלו יחדיו ובנטייה של המשפט והחברה בכלל להדחיק את הפגיעה באוכלוסיות אלו, את כאבן ואת השלכותיה של פגיעה זו על ימינו-אנו. חיבור בין ביקורת זו לדיני התאגידיים נשמע רעיון תלוש, מנותק מן המציאות. עם זאת, כפי שפרק זה יבקש להמחיש, דיני התאגידיים משמשים כלי מרכזי להרחקת ההפליה והשלכותיה מיוצריה, כמו-גם להסטת העין המשפטית והחברתית מעצם קיומה המכוון והמאורגן. הריחוק המקצועי-הכלכלי שמבנים תאגידיים מספקים עלול להקהות את חושינו לכאבם של המוחלשים ולאחריותנו כחברה אזרחית לכאב זה.

תאגידיים עסקיים יכולים ליהנות מתכונות רבות, כגון הגבלת אחריותם של בעלי המניות לחובות התאגיד וגיוון הון המניות של הבעלים. עם זאת, מאפיין עיקרי ומשותף של כל סוגי התאגידיים הוא קיומה של אישיות משפטית נפרדת מזאת של בעלי הזכויות בתאגיד.<sup>83</sup> ככלל, ולצד יכולתו של המשפט להסיר את הווילון שעומד כחוצץ בין התאגיד לבעליו, להפרדת אישיותו המשפטית של התאגיד מבעליו יש השלכות מהותיות על תחומי משפט רבים, ביניהם דיני הקניין, המשפט הפלילי, דיני המיסים וגם דיני ההפליה. בעיקר, הפרדת אישיות התאגיד מבעליו יכולה "לנפות" את פעולות התאגיד ממאפייני הגזע, הצבע, הדת או הלאום של בעליו, ומהשלכותיהם של מאפיינים אלו על ההחלטות של הנהלת התאגיד.

מסגרת השיח התאגידי נהנית מחזות מקצועית ניטרלית, ולכן סוגיות של הפליה גזעית או אתנית נמצאות ככלל מחוץ לשדה המשפט התאגידי. התאגיד, בהתאם לגישה המסורתית הרווחת, מקדם יעדים עסקיים-כלכליים, מקטין במידה משמעותית את העלויות של העסקאות המסחריות, ובכך מהווה רכיב מרכזי בהתפתחות המסחר, השוק והכלכלה.<sup>84</sup> בשפתו של

83 ראו שרון חנס "עיון מחדש באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי" **עיוני משפט** כח 5 (2004).

84 לכתובה מרכזית בשדה זה ראו Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976); Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386 (1937); Armen A.

אוריאל פרוקצ'יה, אישיותו המשפטית הנפרדת של התאגיד היא "מעין חוזה אחיד מכללא בין בעלי התאגיד לבין נושיו; חוזה המחייב את הנושים להגביל את תביעותיהם לרכושם המשותף של בעלי התאגיד".<sup>85</sup>

בשלביה הראשוניים הייתה הגישה הכלכלית בשיח התאגידי פתוחה פחות לשיח ביקורתי שיאתגר את הנחות היסוד בדבר יעילותו החברתית-הכלכלית של המבנה התאגידי. אולם עם השנים – בשל מקומם ההולך וגובר של מבנים תאגידיים בחברה המודרנית, התעצמותם בשוק המקומי והבין-לאומי והשלכותיהם על כלל תחומי החיים לצד התלות הגוברת בפעילותם – החלו להתפתח תיאוריות ביקורתיות בנוגע לאחריותם החברתית של תאגידיים, בעיקר באופן וולונטרי (corporate social responsibility). בהתאם לגישות ביקורתיות אלו, על התאגיד לכלול במסגרת שיקוליו העסקיים גם את השלכות פעילותו על בעלי עניין נוספים, מה שיכול להוביל לשילובם של שיקולים ציבוריים רחבים לצד השיקול הקלסי של מקסום רווחיהם של בעלי המניות.<sup>86</sup> למרות כתיבה ענפה זו, השיח תאגידי ממשיך ליהנות גם בימינו מחזות מקצועית וניטרלית, אשר משמשת, כפי שניווכח בפרק זה, להסוואת הפליה ופגיעות קשות בזכויות אדם, ולכן מצטרפת למנגנוני ההסוואה וההכחשה של הפליית המזרחי, ובלשון מאמר זה – של הפליית ה"אחר".

דוגמה בולטת להשפעתם של מבנים תאגידיים על הפליה ניתן למצוא בהפרדה הגזעית בשוק הדיור האמריקאי בתחילת המאה העשרים. באותן שנים סבל שוק זה מסגר גזעית ששללה מאפרי-אמריקאים את זכותם לרכוש נכסי מקרקעין בשכונות שנועדו ללבנים בלבד. הגבלות גזעניות שנצמדו בהסדרים חוזיים לזכויות הקניין בנכסי המקרקעין (racially restrictive)

Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 AM. ECON. REV. 777 (1972).

85 אוריאל פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" **עיוני משפט** יז 167, 185 (1992). לדידו של פרוקצ'יה, קיום אישיותו המשפטית הנפרדת של התאגיד מוצדק ככל "שעלויות חדלות-הפירעון ליזמי עסק פלוני גדולה [צ"ל גדולות] מעלויות חדלות-הפירעון לנושיו של אותו עסק" (שם). פרספקטיבה זו מתמקדת בעקרון האחריות המוגבלת ובהשלכותיו על פעילותו העסקית של התאגיד. פרספקטיבה זו מצמצמת בהכרח את ההשלכות המהותיות שיש לעצם קיומה של אישיות משפטית נפרדת – במנותק מקיומה או מהעדרה של אחריות מוגבלת – על תחומי המשפט השונים, ביניהם דיני הפליה. כאמור, כפי שיוצג בפרק זה, יש תמריצים משמעותיים לשימוש באישיותו המשפטית הנפרדת של התאגיד מעבר לעקרון האחריות המוגבלת ובמנותק ממנו. לעניין מרכזיותו של עקרון האחריות המוגבלת ראו גם Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89 (1985). לביקורת על גישה זו ראו חנס, לעיל ה"ש 83; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 YALE L.J. 1879 (1991).

86 ראו DAVID VOGEL, *THE MARKET FOR VIRTUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* (2005); RADU MARES, *THE DYNAMICS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITIES* (2008); רונן שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידיים" **דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל** 237, 238 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלניקר עורכים) (2007); עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (2007); עלי בוקשפן "אחריות חברתית תאגידיית וביטוייה במשפט" **תאגידיים** ז(1) 1 (2009). ראו גם את ההצהרה האמריקאית של ראשי הקהילה העסקית – The Business Roundtable – משנת 2019 בדבר המטרות החברתיות של התאגיד.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

covenant)<sup>87</sup> הובילו לביטולן של עסקות מכר שנעשו עם מי שאינו משתייך לגזע הלבן, בעיקר עם חברי הקהילה האפרו-אמריקאית. במציאות משפטית זו, אם עורך לא היה לבן, לא הייתה מנסה כלל לרכוש נכס מקרקעין בשכונה שזכתה בהגנתם המשפטית של אותם הסדרים גזעניים. עם זאת, בעניין *Rohleder*,<sup>88</sup> נכס מקרקעין שהיה כפוף להסדר קנייני גזעני ששלל את העברתו לאפרו-אמריקאים נמכר לחברה שבעליה היו אפרו-אמריקאים ואשר מטרתה הייתה להקים על המקרקעין פארק שעשועים לשימושם של אפרו-אמריקאים. בעקבות עסקת מכר זו הוגשה תביעה לאכיפת ההגבלות הגזעניות שהוצמדו לזכויות הקניין בנכס. בית-המשפט לערעורים של וירג'יניה, אשר לא מצא פגם עקרוני בקיומם של הסדרים גזעניים קנייניים, קבע כי לחברה שרכשה את נכס המקרקעין יש אישיות משפטית נפרדת מזאת של בעליה האפרו-אמריקאים ולכן אין ברכישת הנכס על-ידיה משום הפרה של ההגבלות הגזעניות שחלו על הנכס.<sup>89</sup> ההצדקה לקיומה של החברה האמורה לא נשענה על עלויות חדלות-הפירעון של יזמיה ועל עקרון האחיות המוגבלת; יתרונה העיקרי ומטרת הקמתה נבעו דווקא מאישיותה חסרת הצבע.

בל נטעה, גם אם התוצאה הנקודתית יכולה להיתפס כחיובית, העברת הדיון למסגרת התאגידית לא קידמה שוויון. במקום זאת היא קידמה דיון משפטי שהותיר את הסגרגציה הגזעית, כמו-גם את חולאייהם של המנגנונים המשפטיים שאפשרו את קיומה, מחוץ לדלתות בית-המשפט ומעבר לטווח הפעלתה של הביקורת השיפוטית. אכן, ממקרים רבים אחרים שהגיעו לבתי-המשפט בארצות-הברית ניתן ללמוד על שימוש מתוחכם במבנים תאגידיים במטרה לעקוף את החוק ולשמור על הדרתן של קבוצות מוחלשות.<sup>90</sup> כפי שנראה כאשר נדון בעניין **פלטיין** בישראל, שימוש בשיח התאגידי יכול להסוות ולשמר הדרה ופגיעות משמעותיות בזכויות אדם.

87 על התפתחות השימוש בהגבלות גזעיות על מכירת מקרקעין (racially restrictive covenants) ראו Barak Atiram, *Between Racially Restrictive Covenants and Indian Beaver Hunting: The Metatheory of Property Rights*, 24 TEX. J. C.L. & C.R. 223, 261–262 (2019); RICHARD R.W. BROOKS & CAROL M. ROSE, *SAVING THE NEIGHBORHOOD: RACIALLY RESTRICTIVE COVENANTS, LAW, AND SOCIAL NORMS* 23–24 (2013).

88 ראו *People's Pleasure Park Co. Inc. v. Rohleder*, 61 S.E. 794 (1908).

89 שם: "the transfer to the corporation composed of negroes for the purpose stated [establishing an amusement park for colored people] was not a breach of the covenant that the land should never vest in 'colored persons,' even though all the members and stockholders of the corporation were negroes, since the corporation was an entity distinct from its members, and was not a 'colored person' within the covenant".

90 ראו *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229, 235 (1969). בפסק-דין זה נדון עניינו של תאגיד שהפעיל פארק ובו מתקני שעשועים לשימושם של התושבים באזור, אך רק של אלה שהיו חברים באותו תאגיד. זכות השימוש השפיעה לכן על זכויות הקניין וההנהנה מבתי המגורים בשכונות הסמוכות. עם זאת, תקנון התאגיד הטיל מגבלות על העברת החברות בתאגיד, שבהן נעשה שימוש לצורך הדרה של אפרו-אמריקאים ממגורים באזור. אומנם, במקרה הפרטני שהובא לפני בית-המשפט נקבע כי ההגבלה האמורה אסורה. עם זאת, עצם השימוש במבנים תאגידיים אלו מעיד כי ברוב המקרים – אשר לא הגיעו לבית-המשפט אם בשל פשרה ואם בשל כך שמלכתחילה לא הועבר הנכס לחזקת אפרו-אמריקאי – נעשה שימוש מוצלח בהגבלות תאגידיות מתחכמות שדחו את יישומם של עקרונות חוקתיים בארצות-הברית במשך שנים רבות.

## 2. קעדאן – הפליה גלויה, אחריות המדינה ותפקיד בית-המשפט

עניין קעדאן עוסק בבקשתם של בני-זוג ערבים, שלהם שתי בנות, להתקבל ליישוב קציר, במטרה לשפר את איכות חייהם ורמת חייהם.<sup>91</sup> בניית בתי המגורים בגבעה המערבית ביישוב קציר, שם ביקשו בני-הזוג לחכור מגרש ולבנות את ביתם, שווקה על-ידי הסוכנות היהודית, באמצעות אגודה שיתופית, ליהודים בלבד, ועל-כן בקשת בני-הזוג נדחתה.<sup>92</sup> בנייתו העובדות שהוצגו לפניו התמודד בית-המשפט עם שתי סוגיות מרכזיות, אשר מצויות, כך נראה, בקונפליקט מהותי: האחת, חוקיות החלטתה של המדינה להקצות קרקעות לסוכנות היהודית לנוכח הפליית האזרחים הערבים על-ידיה ולכן הפרת עקרון השוויון; והאחרת, זכותה של הקהילה לעצב את מאפייניה והרכבה.

באשר לסוגיה הראשונה נקבע כי המדינה אינה יכולה להשתחרר ממחויבותה לשוויון, שהוא עקרון-יסוד חוקתי במשטר דמוקרטי,<sup>93</sup> בשעה שהיא מקצה מקרקעין לגוף שלישי אשר בוחר להפלות בין ערבים ליהודים בהקצאת זכויות במקרקעין.<sup>94</sup> לעניין זה בית-המשפט מבהיר שתי נקודות נוספות: האחת, שיהיו מצבים שבהם מדיניות "נפרד אבל שווה", למרות חידוד השונות והכתמת המיעוט בתחושת נחיתות,<sup>95</sup> תעמוד בדרישות החוק;<sup>96</sup> והאחרת, שבכל הנוגע בהקצאות מקרקעין בישראל טיפול של "נפרד אבל שווה" אינו מתקיים, מכיוון שהמדינה אינה מאפשרת הקצאה מקבילה ליישובים קהילתיים לערבים בלבד.<sup>97</sup>

בעוד הדין בעקרון השוויון תופס נפח נכבד מהחלטת קעדאן, ההתייחסות לזכות הקהילה לעצב את דרכה ומאפייניה נכתבה בתמציתיות, תוך שבית-המשפט מבקש באופן מוצהר להותיר חלק משמעותי מדיון זה מחוץ לכתליו. באשר ליישוב הקהילתי קציר בית-המשפט קובע כי אין הוא נושא מאפיינים ייחודיים מובהקים שמצדיקים את קיומו כקהילה ייחודית. כל יהודי ראוי להתקבל לאגודה השיתופית קציר, מה ששולל בעיני בית-המשפט מאפיינים ייחודיים כלשהם. בהקשר זה בית-המשפט מבהיר מפורשות כי החלטתו חלה אך ורק על היישוב הקהילתי קציר, ואינה נוגעת ביישובים אחרים, דוגמת קיבוצים, מושבים ומצפים.<sup>98</sup>

91 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1.

92 ראו שלום לרנר "אדמות ארץ-ישראל: טריטוריה, מולדת ולאום – בעקבות פסק הדין קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל" מחקרי משפט כד 343 (2008).

93 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

94 שם, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

95 כפי שנקבע בפסק-דין Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין בראון), שאליו מפנה בית-המשפט. ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

96 בית-המשפט נותן כדוגמה לעניין זה מיעוט שמבקש למנוע התבוללות כפויה. ראו שם.

97 שם.

98 לעניין זה נכתב שם, פס' 37 לפסק-דינו של הנשיא ברק, כי "לא זו בלבד שהעתירה צופה פני עתיד, אלא היא גם ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בנסיבות כפי שהובאו בפנינו. מטבע הדברים, קיימים יישובים מסוגים שונים, כגון: קיבוצים, מושבים ומצפים. יישובים מסוגים שונים עשויים לעורר בעיות שונות. לא שמענו טענות בנוגע ליישובים מסוגים שונים ולכן גם לא ננקוט עמדה לגבי יישובים כאלה".

רבות נכתב על פסק־הדין, שנתפס כאחד הבולטים והחשובים במשפט החוקתי בישראל. עם זאת, סוגיות רלוונטיות רבות נותרו בפסק־דין זה מחוץ לזכוכית המגדלת המשפטית. הדיון התיאורטי בזכויות הקהילה אינו נמצא בפסק־הדין, שאלת סמכותן של ועדות הקבלה ביישובים השונים נותרה פתוחה, ובכל הנוגע בייחודם של המאפיינים הקהילתיים התייחסותו של בית־המשפט חלקית ומעומצמת.<sup>99</sup> על כך יש להוסיף כי גם הסוגיה המרכזית שבה נדרש בית־המשפט לדון, היא סוגיית ההפליה, נדונה ללא בחינה מעמיקה של מאפייניה, מקורותיה והשלכותיה – בין במקרה הנקודתי שהובא לפתחו של בית־המשפט ובין בכלל. כך, בית־המשפט לא בחן כלל את הדרכים האפשריות לביעור מקור ההפליה ואת תפקידו של בית־המשפט, כמוסד שלטוני, במסגרת חלופות אלו.

סיפורם של בני־הזוג קעדאן אינו מתחיל בשלב שבו הם הגישו את מועמדותם לאגודה השיתופית קציר. כדי להבין את מקור ההפליה והשלכותיה, יש לדון בהקצאה הראשונית של משאבי הנדל"ן בישראל, בגבולות האתנוגרפיים שחלוקה זו ביססה, בסבסוד הציבורי לצד העדרו של מכרז בהקצאת המקרקעין להקמת היישוב, ובעיקר בהענקת הכוח לקבוצת המייסדים לקבוע את זהות החברים לעתיד לבוא.<sup>100</sup> הקונפליקט המשפטי התיאורטי אינו מסתכם בזכות הקהילה אל מול זכותו של הפרט. תמונה מלאה יותר צריכה לכלול את הפליית־העבר ואת ההשלכות של מתן שיקול־הדעת לוועדות הקבלה על זהותם של היחידים בקבוצה ושל הקבוצה כמכלול בימינו. לצד קהילות שנוצרו, קהילות אחרות פורקו; לצד אלה שהרוויחו היו מי שנחלשו והתרוששו. יתר על כן, למדינה הייתה יד בעיצוב הגבולות הקהילתיים ומאפייניהם, ולכן אי־אפשר להתעלם מחלקה ומאחריותה באיזון זכויות אלו בימינו. כשם שהקצאת המקרקעין לסוכנות היהודית אינה מוחקת את חובתה של המדינה לשוויון בימינו, כך גם אין בה כדי למחוק את אחריותה להשלכות של פעילותה בעבר.

כדי שעקרון השוויון ייושם הלכה למעשה, יש לצאת מגדר מילות המחוקק ולבחון את מקור ההפליה, את מאפייניה ואת הדרכים המעשיות לביעורה. החלטה שמתמקדת אך בהפליה המפורשת, בהנמקה הגלויה לדחיית ערבים, מעלימה עין ממצואות מתוחכמת ומורכבת שבה צורות שונות ומגוונות של הפליה סמויה – כגון שיחות סינון מקדמיות,<sup>101</sup> הכתמת אופיים של המועמדים ושימוש במושג־שסתום נעדרי פיקוח כ"התאמה קהילתית" – משרטטות גבולות פסולים ליחיד ולקהילה. המשפט אינו נוהג לכפות אנשים לחיות יחדיו, הן בסוגיה של פירוק

99 כך, לא ברור כיצד בוחנים ייחוד מהו, ומדוע ייחוד אחד עדיף על ייחוד אחר. צופה מהצד עשוי לקבוע כי היישוב הקהילתי קציר ייחודי מאוד מכיוון שמיקומו הגיאוגרפי ייחודי או מכיוון שרק מעטים ירצו לגור באזור המרוחק ממרכזי התעשייה והמסחר או מכיוון שאך מתי מעט יבחרו לגור במסגרת קהילתית המאוגדת כאגודה שיתופית.

100 בשפתה של נטע זיו, "חשוב לזכור את תחילת הסיפור... השליטה על ועדת הקבלה ביישובים הקהילתיים נעשתה משך השנים על ידי קבוצת המייסדים... קבוצות אלו, כזכור, קיבלו את הקרקע לרשותן בדרך כלל ללא מכרז ובסבסוד ציבורי כבד אשר שיקף, באותה העת, את האינטרס הציבורי של התיישבות כפרית/חקלאית/בפריפריה או בספר". ראו נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה – (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 10, 4, 35 (2014).

101 ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" **מעשי משפט – כתב עת למשפט ולתיקון חברתי** ה' 143, 148–149 (2013).

שיתוף במקרקעין, הן בסוגיה של אכיפת חוזיים אישיים והן בהענקת שיקול-הדעת בחוק לזועדות הקבלה ביישובים קהילתיים. לכן אין להורות על שיתוף בכפייה מבלי לבחון לעומק את השלכותיה של החלטה זו ואת אפשרות יישומה הלכה למעשה. ראוי שקודם לכן ישקול בית-המשפט מהו מקומו כמוסד שלטוני בקבלת החלטה מסוג זה, מהי הדרך הראויה לבחינת היתכנותה ומהי העת המתאימה לכך.

מקרה **קעדאן** אינו "בראון הישראלי". מעבר להשפלה ולתחושת הנחיתות שנוצרות מרידוד אנושיותו של אדם לצבע ולמוצא, עניין **בראון** עסק בשלילת זכותם של ילדים אפרו-אמריקאים לרכוש השכלה, לעיתים במקומות ראויים ולעיתים בכלל.<sup>102</sup> הפגיעה בזכותו של אדם ללמוד משליכה ישירות על אפשרותו לבחור את מסלול חייו, למצוא את העבודה שמתאימה לאופיו ולכישוריו, ולהשתלב בחברה האזרחית כבוגר שתורם את חלקו, ולא כאדם נזקק. עם זאת, גם הפגיעה בעניין **בראון** חייבה דיון קהילתי רחב ושיתוף של האוכלוסייה המוחלשת באשר לצעדים שיש לנקוט מול הסגרציה הגזעית במערכת החינוך האמריקאית.<sup>103</sup> נכון שגם בעניין **קעדאן** מדובר בפגיעה קשה, מעצם קיומה של הפליה. עם זאת, כפי שמבהירה נטע זיו, ההשלכות של עניין **קעדאן** מינוריות. מרבית האוכלוסייה הערבית אינה מעוניינת להתגורר ביישוב קהילתי כלל, לא כל שכן ביישוב קהילתי שבו אין להם קשרים חבריים או אף היכרות עם מי מהחברים.<sup>104</sup> לא ברור לכן אם במאבק שהוא בעיקרו סמלי ועקרונני ראוי לקבוע החלטות שמשליכות על קהלים רחבים ללא שיתופם או מעורבותם.<sup>105</sup> לא ברור גם אם מאבק שנעדר תמיכה ציבורית, ולו מהקהילה המוחלשת, יוכל להתמודד עם תגובות-נגד פוליטיות וחברתיות.<sup>106</sup>

### 3. הפליה סמויה ורבודה – שינוי תקנון התאגיד בעניין פלטיין

במבט ראשון אין כל קשר בין עניין **קעדאן**, שעוסק בזכות החוקתית לשוויון, לבין עניין **פלטיין**, שדן בסוגיה תאגידית מורכבת, והיא יכולתו של נוהג, שדרש רוב מיוחד (66%), לגבור על תקנון האגודה השיתופית, שדרש רוב רגיל. עם זאת, בחינה מעמיקה יותר של הנסיבות מציפה דמיון מפתיע. בני-הזוג **קעדאן** הגישו בסוף 1995 את עתירתם לבג"ץ בשל דחיית קבלתם ליישוב קהילתי קציר.<sup>107</sup> משפחת **פלטיין** הגישה את עתירתה לבג"ץ באמצע 1995 בשל דחיית בקשתה של ד' (פלטיין) ובן-זוגה, ב', להיקלט בקיבוץ משמרות בהצבעה חשאית שנייה, וזאת בעקבות החלטת רשם האגודות השיתופיות על הצבעה חוזרת.<sup>108</sup> בראש הרכבי השופטים שבחנו את העתירות ישב הנשיא דאז אהרן ברק, שאף כתב את החלטת הרוכ, ולצידו ישב בשני ההרכבים השופט יצחק זמיר.<sup>109</sup> כלומר, שני תיקים שעוסקים בדחיית מועמד ליישוב קהילתי

102 ראו עניין **בראון**, לעיל ה"ש 95.

103 אתירם, לעיל ה"ש 22, בעמ' 55–57.

104 זיו, לעיל ה"ש 100, בעמ' 19.

105 אתירם, לעיל ה"ש 22, בעמ' 55–57.

106 שם, בעמ' 77–78.

107 עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 1, פס' 4–5 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

108 עניין **פלטיין**, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

109 בשני התיקים הסכים השופט זמיר להחלטת הנשיא ברק.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

נבחנים בסמיכות זמנים ברורה, תחת אותו נשיא ועם קרבה משמעותית בהרכב השופטים.<sup>110</sup> עם זאת, זהות המועמד בשני המקרים שונה. בראשון מדובר באזרח ערבי, ואילו בשני מדובר בבת משק ובבן-זוגה, אשר הפרט היחיד שידוע לגביהם, שאותו מציינת השופטת דליה דורנר, הוא שקיבוץ משמרות הוא ביתה של ד' מיום היוולדה.<sup>111</sup>

אין לחדד כי סביר שהבדל זה בזהות הצדדים הניע את ההליכים המשפטיים למסלולים הפוכים. את בני-הזוג קעדאן ייצגה האגודה לזכויות האזרח עוד לפני שהוגשה העתירה.<sup>112</sup> לעומת זאת, אילנה פלטיין, אמה של ד', פנתה בבקשות רבות לסיוע משפטי, לטענתה גם מהאגודה לזכויות האזרח, אך פניותיה נדחו.<sup>113</sup> פנייתה לרשם האגודות ועתירתה לבג"ץ על החלטתו נעשו ללא ייצוג משפטי.<sup>114</sup> נוסף על כך, בשל אחריותה ומחויבויותיה של המדינה לעקרון השוויון בהקצאת הקרקעות ליישובים הקהילתיים השונים, צורפו בעניין קעדאן מנהל מקרקעי ישראל והסוכנות היהודית כצד להליך המשפטי.<sup>115</sup> בעניין פלטיין, לעומת זאת, נותרו צדדים אלו מחוץ לדיון המשפטי. ואם בכך לא די, החלטת בית-המשפט בעניין קעדאן, ששללה את דחיית בני-הזוג קעדאן, ניתנה בהרכב מורחב של חמישה שופטים, וכללה גם את עמדתו החולקת של השופט קדמי.<sup>116</sup> החלטת פלטיין, שאישרה את ניתוקה של ד' ממשפחתה ומביתה, אף שרוב הקיבוץ אישר את קבלתה בהצבעה הראשונה, ניתנה בהרכב רגיל של שלושה שופטים, ללא עמדת מיעוט.<sup>117</sup>

לכאורה, ההסבר הפשוט להבדלים אלו הוא שפרשת פלטיין עוסקת בעתירה נגד החלטת הרשם לקיים הצבעה שנייה, לנוכח הסטייה מתקנון האגודה השיתופית לעניין קבלת חברים לאגודה, ולא בהפליה. לפיכך כל שהוטל על בית-המשפט הוא לבחון אם החלטת הרשם פגומה מיסודה, ואם הצדק מחייב את התערבותו של בית-המשפט.<sup>118</sup> אולם, כפי שאבהיר להלן, הטענות שהופנו לרשם אכן עוסקות בהפליה; נסיבות האירוע שנבחן על-ידי הרשם סבות סביב זכויות-יסוד בסיסיות, כזכותו של אדם לקהילה; ואף הפסיקה שאליה הפנתה העותרת לשם ביסוס טענותיה עוסקות בכך. לפיכך את הסעד שסיפק הרשם, בדמות הצבעה השנייה, היה

- 
- 110 בשיחה שנערכה עם אילנה פלטיין היא ציינה כי בדיון הראשון בעניין פלטיין היה ההרכב שונה, וכלל את השופט חשין, שהוחלף בהמשך על-ידי השופט זמיר.
- 111 עניין פלטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת דורנר.
- 112 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, פס' 4–5 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 113 בשיחה שנערכה עימה היא טענה כי האגודה לזכויות האזרח סירבה לייצגה בנימוק שהיא אינה בת מיעוטים.
- 114 בשיחה שנערכה עימה סיפרה אילנה פלטיין כי לא היו לה אמצעים כספיים לשכירת עורכי-דין, ולכן, לאחר שלמדה על הסטייה מהתקנון, היא הרחיבה את ידיעותיה בתחום האגודות השיתופיות באמצעות קריאת ספריה של סמדר אוטולנגי בספריית הפקולטה למשפטים בתל-אביב.
- 115 על מחויבות המדינה, באמצעות המנהל והסוכנות היהודית, ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 116 מעניין שאיש מארבעת השופטים האחרים שישבו בדיון בעניין קעדאן לא התייחס לעמדתו החולקת של השופט קדמי.
- 117 השופטת דורנר הציגה עמדת יחיד שבה חלקה על הנשיא ברק לעניין ההנמקה, שכן היא סברה כי נוהג עשוי לגבור על תקנון. עם זאת, כל השופטים הסכימו כי אין להתערב בהחלטת הרשם לאפשר הצבעה שנייה.
- 118 עניין פלטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

צריך לבחון לאור השיקולים שהיה ראוי שיעורבו בהחלטתו, ביניהם גם עקרון השוויון וסוגיית ההפליה. אולם בית-המשפט לא חשף את פרוטוקול הדיונים מול הרשם, וגם לא ניתח את החלטת הרשם ואת הנמקתה, ולכן הותר את סוגיית ההפליה מחוץ לכותלי בית-המשפט. כל שנאמר בהחלטת בית-המשפט הוא שהרשם הצביע על פגמים, לרבות בפרוטוקול ההצבעה, אף ששום צד לא טען זאת, ולכן פסל את ההצבעה הראשונה והורה על קיומה של הצבעה נוספת.<sup>119</sup> בית-המשפט לא חשף ולא ניתח את הפגמים שעליהם הצביע הרשם בהחלטתו, ולכן גם לא בחן את הנמקת הרשם להחלטתו, שהייתה אף שונה בצורה משמעותית מהתשובה שאותה הגיש הרשם לעתירה.<sup>120</sup>

#### 4. פלטין כמקרה-בוחן להפליה במבנים תאגדיים

ניתן לטעון כי העדר הדיון בהפליה נובע מכך שמשפחת פלטין לא טענה זאת מפורשות. אלא שטענת מאמר זה היא שהפיתוח החסר של דיני ההפליה הרבודה בישראל – אשר נובע, בין היתר, מדינמיקת ההכחשה של בית-המשפט בנוגע להפליית המזרחים לצד ההכחשה המקבילה שלה בשיח הציבורי<sup>121</sup> – פוגע ביכולתם של צדדים להעלות מלכתחילה טענות מסוג זה, ולכן מאפשר להפליה זו לחלחל לכל רובדי החברה. כלומר, העדר ההתמודדות של בית-המשפט עם הקטגוריה המזרחית, על שורשיה ההיסטוריים והיבטיה התרבותיים, הפקיעה מבית-המשפט כלי חשוב לאיתורה ולזיהויה של הפליה. אם לבני-הזוג קעדאן הבהירו כי מועמדו נדחית בשל היותם ערבים, מועמדו של ד' ושל בן-זוגה, שהיה חבר קיבוץ מאזור הדרום וממוצא אתני שונה, נדחתה ללא הפניה למאפיינים פסולים. בנסיבות אלו, שבהן לא היה אפשר להצביע על הפליה גלויה, לא היה למשפחת פלטין מצע דוקטרינרי משפטי שהיה יכול לשמש בסיס לטענת קיומה של הפליה סמויה ורבודה. במצב זה הסוגיה האנושית, עם מורכבותה ההיסטורית-התרבותית, עברה רדוקציה ותוחמה לאפיק משפטי צר, והוא שיח תאגידי מקצועי, נטול צבע, מגדר או מוצא.<sup>122</sup> כך, ייתכן שמי שהשתייכו לקבוצה חזקה בחברה הישראלית,

119 לדברי השופטת דורנר, שם, פס' 3 לפסק-דינה, "בהחלטתו בערעור הצביע הרשם על פגמים מספר שנפלו בהליכי הקבלה של [בני-הזוג] לחברות בקיבוץ, לרבות פגם בפרוטוקול בדבר תוצאות ההצבעה. זאת, הגם שאיש מן הצדדים לא העלה טענות אלה ולא הייתה מחלוקת ביניהם בדבר תוצאות ההצבעה".

120 שם, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

121 בשפתה של יפעת ביטון, "הפלייתם של מזרחים עדיין נדחקת אל שולי השיח הציבורי-רציונלי. וכך, על אף קיומן של זירות שיח, בעיקר אקדמיות, שבהן השסע האתני בישראל מדובר ומטופל, מתנהל לצד אלה שיח הכחשה והדחקה שלו... שיח זה מתאפיין באמירות המוכרות בדבר הכחשה של עצם התופעה: 'לכולם היה קשה פה בתחילה'... 'כולנו ישראלים'...". ראו ביטון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 469–470.

122 נטע זיו וחן תירוש מבהירות לעניין זה כי "המשפט מגדיר סוג מסוים של 'בעיות' שהוא ערוך לתת להן 'פתרונות'... לפיכך מקרה שיש לו רקע היסטורי רב-שנים, ושהוא תוצר של תהליכים פוליטיים וחברתיים סבוכים, עובר רדוקציה, מוגדר מחדש ומנותב לתוך אפיק פעולה חד-ממדי... על-מנת שיתאים לתבניות המקובלות במשפט". ראו נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311, 322 (משפט, חברה ותרבות, אמנון להבי עורך 2010).

שחיו בקיבוץ משמרות שלושים וארבע שנים ואשר משפחתם הייתה ממייסדיו, ייחשפו גם הם להפליה רבודה וסמויה שתנתק בני משפחה ממקום מגוריהם, ממחוז ילדותם וממשפחתם, ואף על-פי-כן הדיון המשפטי יתמקד כולו בשאלת היחס בין נוהג לבין תקנון תאגידי. אלא שהבחירה במסגרת של שיח תאגידי, שבו למופעי ההפליה אין קיום מוחשי, אינה הכרחית. בתשובתו לעתירתה של משפחת פלטיין הפנה רשם האגודות השיתופיות לפסיקה שתומכת ביכולתו של נוהג לגבור במקרים מיוחדים על תקנון, והוא מצייני כי "המקרה שלפנינו דומה במהותו" לפסיקה זו.<sup>123</sup> אלא שפסק-הדין שאליו הפנה הרשם עוסק בהחלטה של אספה כללית בנוגע לשינוי סעיף בתקנון שדן ביישוב סכסוכים.<sup>124</sup> לעומת זאת, עניינה של משפחת פלטיין שהובא לפני הרשם עסק בדחיית מועמדותה של בת מושב, לצד בן-זוגה, תוך ניתוקה ממשפחתה. לעניין ספרו<sup>125</sup> – פסק-הדין היחיד שאליו הפנתה משפחת פלטיין הן בפרוטוקול הדיונים והן בעתירתה, שאליה הוא גם צורך כנספח<sup>126</sup> – אין כל התייחסות בהחלטתו של הרשם, בתשובתו לעתירה או אף בהכרעתו של בית-המשפט. העדר ההתייחסות לפסק-הדין המרכזי שאליו הפנו העותרים הוא מפתיע מכיוון שעניין ספרו עוסק במקרה דומה מאוד, שבו נדחתה קבלתה של ילידת קיבוץ כחברה בקיבוץ – באותו מקרה, לטענתה, בשל כך שלמן נעוריה היא חולה בסוכרת נעורים<sup>127</sup> – וגם שם, כמו בעניין פלטיין, זכתה ספרו בהצבעה הראשונית ברוב הקולות, כנדרש בתקנון, אך מועמדותה נדחתה על בסיס נוהג שדרש רוב מיוחס של שני שלישים. באותו עניין קבע בית-המשפט כי נוהג, גם אם הוא ממושך וידוע, אין

123 ראו עמ' 7 לתצהיר התשובה מטעם משיב 1 בבג"ץ 4222/95 פלטיין נ' רשם האגודות השיתופיות (14.10.1996) (להלן: תצהיר התשובה מטעם הרשם). הרשם מפנה לע"א 84/64 בית חנניה מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' פרידמן, פ"ד יח(3) 20 (1964).

124 שם. יש לציין כי באותו עניין עלתה שאלת יכולתן של נשים להצביע באספה הכללית אף שעל-פי התקנון הן לא היו חברות, וזאת בהסתמך על נוהג שאפשר זאת. לצד הדיון בפרשנות התקנון ושאלת היחס שבין נוהג לתקנון, השופט צבי ברנזון עוסק גם בסוגיית השוויון ומבהיר כך: "מושב עובדים הוא צורת חיים המושתתת על עקרונות השוויון, העזרה והאחריות ההדדית, וקיום חיים ושירותים משותפים לטובת כלל החברים ובתוכם הנשים כבעלות מעמד וזכות שווים עם הגברים. מבחינה רעיונית, החלטה שנשים אינן חברות במושב ומשום כך משוללות זכות השתתפות חוקית בחיי החברה והמשק של המושב, היא מכה קשה למבנה המושב ולעקרונות שבהם הוא דוגל ומקעקעת את אשיותיו". שם, בעמ' 28. כלומר, בית-המשפט כולל בהתייחסותו את עקרון השוויון ואת ההשפעה של שלילת זכות ההצבעה מנשים על עיקרון זה. בעניין פלטיין הפגיעה בזכויותיה של משפחת פלטיין זוכה בהתייחסות זניחה בלבד.

125 ת"א (מחוזי נצ') 1289/86 ספרו נ' קבוץ גזית, פ"מ התשמ"ט(3) 418 (1989).

126 ההפניה למקרה זה נכללה בהתייחסותם של העותרים לכמה מקרים "שהתרחשו בתנועה הקיבוצית בשנים האחרונות ובהם התקבלו חברים בפחות מ-2/3... רמת רחל – ט' א' (בשנת 92)... בקיבוץ בחן בשנת 91 התקבלה לחברות משפחת נ' בהסכם שנערך בנוכחות נציג הרשם לאחר הצבעה של מעל 50%... בקיבוץ גזית בהצבעה שהתקיימה בשנת 85 התקבלה לחברות א' ספרו בפסק דין של בית משפט מחוזי לאחר שקיבלה מעל 50%. פסק דין ספרו-גזית מצורף ומסומן... בקיבוץ אלונים בשנת 93 התקבלו לחברות 6 חברים שקיבלו מעל 50%... בכל אותם המקרים לא ניתן כל משקל לנושא הידיעה המוקדמת של המצביעים על כך שנדרש רוב 2/3 לקבלה". ראו עמ' 4 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בבג"ץ 4222/95 פלטיין נ' רשם האגודות השיתופיות.

127 עניין ספרו, לעיל ה"ש 125, בעמ' 420.

בו כדי להכשיר החלטה שסותרת את תקנון הקיבוץ.<sup>128</sup> יתר על כן, ומעבר לנדרש, בית-המשפט המחוזי מתייחס באותו מקרה לשאלת קבלת האחר, וזאת אף שהוסכם כי במתן הכרעתו לא יכול בית-המשפט בשיקוליו את מניעי דחייתה של התובעת:

כפי שבמשפחות שונות יש לפרקים ילדים פורצי גדר, או חריגים מכל סיבה שהיא, ועל אף זאת המשפחה הינה למעשה ביתם לטוב או לרע, הוא הדין באשר לילדי קיבוץ שגדלו וחיו שם... יש לראות את החברה באותו קיבוץ כמשפחה אחת גדולה, שצריכה לעשות כל מאמץ על מנת לסייע בידי אותו בן או בת... ולא לדחותם.<sup>129</sup>

במילים אחרות, בית-המשפט בעניין פלטיץ היה חייב להתייחס לטענות העותרת – בפנייתה לרשם כמו-גם בעתירתה לבג"ץ על החלטת הרשם – שהתייחסו לפסק-דין אשר התמודד, בין היתר, עם קבלת האחר. יש להניח שבחינת פסיקה זו הייתה מחייבת את בית-המשפט לנתח גם את הנסיבות האופפות את דחיית קבלתו של אדם ליישוב קהילתי. עם זאת, בית-המשפט בחר להתעלם במופגן מפסק-הדין המרכזי שאליו הפנתה העותרת, שבו נקבע כי הדין הוא שנוהג אינו יכול לגבור על תקנון, ואשר בו חשף בית-המשפט, למרות השיח התאגידי-המקצועי, את הסוגיות האנושיות המצויות בבסיסה של השאלה התאגידית בדבר היחס שבין נוהג לתקנון. השיח התאגידי בהחלטת הרשם ובבג"ץ פלטיץ ניפה את הסוגיות הנוגעות בזכויות אדם, בשוויון או בהפליה. הפגם העיקרי בהליך שקיים הקיבוץ, אליבא דרשם בהחלטתו, היה ששללו מבני-הזוג ד' וב' את הזכות להגיב, בשיחת הקיבוץ שקדמה להצבעה, על ההאשמות שהוטחו בהם מצד מזכירות הקיבוץ, שהמליצה לא לקבלם.<sup>130</sup> חומרת הפגם, לדידו של הרשם, הייתה משמעותית עד כדי כך שהיא פסלה את הדיון באספה הכללית ואת ההצבעה בעקבותיו.<sup>131</sup> בין האשמות אלו – שאותן הציגה כאמור המזכירות תוך שלילת אפשרותם של בני-הזוג להגיב עליהן – הייתה הטענה כי בני-הזוג ביצעו עסקים בקיבוץ, ואף נאמר למזכירות שיש להם גם

128 בית-המשפט שם, בעמ' 425, מבהיר כי "עצם העובדה שנהגו על-פי הוראה זו במשך תקופה ארוכה וממושכת אין בכך כדי להכשיר ההחלטה, כשלא נהגו לגביה בהתאם לפקודת האגודות השיתופיות ואין גם לראות התובעת כמנועה מלטעון טענותיה בהקשר לכך, הואיל ואין כל ספק ספיקא שהתובעת לא היתה מודעת לכל העובדות הנוגעות לענין זה לאשורו".

129 שם, בעמ' 420.

130 החלטת הרשם, תיק מס' 140/40/95 (2.4.1995) (להלן: החלטת הרשם): "הנני רואה בחומרה כי לא אפשרו [לבני-הזוג] להביע דעתם בפני האספה הכללית (שיחת הקיבוץ) דבר שיש בו טעם לפגם ולדעתי פוסל את הדיון שנערך באסיפה הכללית וההצבעה בעקבותיו. לפיכך לאור פגמים אלו הרי שהמזכירות והאסיפה הכללית לא נהגו כדין...". ד' התייחסה לפגם זה בדיון מול הרשם: "אני בת משק וההרגשה לא נעימה יש לי סבא שהקים את הקבוץ... לא נתנו כלל להגיע לשיחת הקבוץ שדנה בנושא בקבלה השנייה לפני ההצעה. השיטה היא שיש הכרזה ראשונה שמכריזים שהזוג הגיע לתהליך קבלה לחברות (קריאה ראשונה) לאחר מכן ישנו הליך נוסף של (קריאה שנייה) שבה בקשנו להשתתף כי ידענו כי המזכירות של משמרות תמליץ נגד, דבר שלא היה אף פעם במשמרות, ואח"כ היתה הצבעה בקלפי". ראו בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 2.4.1995.

131 החלטת הרשם, שם.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

עסקים בחו"ל שאת משכורתם מהם הם אינם מכניסים לקופת הקיבוץ.<sup>132</sup> יש לציין כי בדיון שנערך מול רשם האגודות השיתופיות כפרה ד' לחלוטין בהאשמה זו,<sup>133</sup> ובא-כוח הקיבוץ לא הציג ביסוס לטענותיו.

פגם משמעותי נוסף, שהרשם החליט לא לדון בו בהחלטתו, הוא סטיית הנוהג מתקנון האגודה השיתופית.<sup>134</sup> אלא שהצגת פגם זה על-ידי הרשם שונה בצורה מהותית מן האופן שבו בית-המשפט העליון מנתח את היחס שבין הנוהג לתקנון. השופטים דורנר וברק, הגם שבחרו שניהם לא להתערב בהחלטת הרשם, היו חלוקים לגבי יכולתו של נוהג לגבור על הוראות התקנון. בעוד שהנשיא ברק הבהיר כי תקנון הקיבוץ הוא חוזה סטטוטורי, וככזה אפשר לשנותו רק בדרכים הקבועות בפקודת האגודות השיתופיות ובתקנות שהותקנו מכוחה,<sup>135</sup> השופטת דורנר סברה כי סטייה ארוכת-שנים מן התקנון עשויה להתגבש לכלל נורמה משפטית מחייבת.<sup>136</sup>

השופטת דורנר גוזרת את מסקנתה, בשינויים המתאימים, מהפסיקה בנושא בדיני החוזים.<sup>137</sup> אלא שעיון מעמיק בהחלטת הרשם, להבדיל מתשובתו לעתירה, מבהיר שגם אילו דובר בחוזה רגיל, ולא בתקנון סטטוטורי, אין זה ברור כלל שהיה בפרקטיקה האמורה כדי לשנותו. הרשם קובע בהחלטתו כי משפחת פלטיין, שכאמור חיה עשרות שנים בקיבוץ, לא ידעה כלל על ההוראה בתקנון,<sup>138</sup> וד' אף מציינת בדיון מול הרשם כי מזכירות הקיבוץ הטעתה אותה ביוצרה אצלה את הרושם שאין כל סטייה מהוראות הדין.<sup>139</sup> כלומר, להבדיל מחוזה שנכרת בין שני צדדים, אשר מודעים לקבוע בו ובוחרים לסטות ממנו, במקרה הנדון חברי הקיבוץ, חלקם או רובם, לא ידעו כלל על הקבוע בתקנון או על הסטייה ממנו. חמור מכך, מזכירות הקיבוץ לא חשפה לפני משפחת פלטיין ובני-הזוג ד' וב' את הסטייה מהוראות התקנון – לא לפני ההצבעה ולא לאחריה. בדיני חוזים סטייה מהוראות החוזה צריכה להיות מודעת,

132 בדיון לפני הרשם הבהיר בא-כוחו של הקיבוץ: "נאמר לנו שהם עבדו בחול ולא הכניסו המשכורת לקבוץ ומזכירות חייבת להביע דעתה..." ראו בעמ' 5 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 2.4.1995.

133 בהתאם לדבריה, "עבדנו בקבוץ כל התקופה ולא היתה לנו משכורת. לא עבדנו מעולם מחוץ לקבוץ". שם, בעמ' 6.

134 שם, בעמ' 7.

135 ראו ס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות ותק' 7-8 לתקנות האגודות השיתופיות (ייסוד), התשל"ו-1976. ראו גם עניין פלטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 1 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

136 שם, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

137 ראו את הפנייתה של השופטת דורנר (שם) לע"א 4956/90 פזנו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35 (1992) (להלן: עניין פזנו).

138 הרשם מצייין בהחלטתו כי "רק מאוחר יותר התברר להוריה של [ד'] כי קיימת סתירה בין הנוהג בקיבוץ והוראות התקנון של הקיבוץ, כאשר הנוהג הוא 2/3 והתקנון קובע רוב החברים המצביעים". החלטת הרשם, לעיל ה"ש 130.

139 לעניין זה טוענת ד' כך: "התנהגות הקבוץ לא הי[ת] ראויה[ה] כי הטעו אותי ואמרו שהרוב הדרוש... 2/3 וכשגילו שטעו לא פעלו ולא הודיעו לנו. זה גובל בחוסר יושר...". שם, בעמ' 5.

ולכן גם אילו דובר בחוזה רגיל, ולא בתקנון סטטוטורי שדרכי שינויו קבועים בחוק, אין זה ברור כלל שהתגבש כאן נוהג שיש בכוחו לשנות הוראות חוזיות.<sup>140</sup>

על כך יש להוסיף כי בדיון שהוביל להחלטת הרשם, שאותה בחן בית-המשפט העליון ביושבו כבג"ץ, הועלו טענות לאכיפה סלקטיבית של נהגים, אשר בה כשלעצמה יש כדי לפסול את תוקפו של הנוהג של רוב מיוחד.<sup>141</sup> כך, נטען כי הנוהג בקיבוץ משמרות בנוגע לבני משק שלא נבחרו באספה הכללית היה להשאירם בקיבוץ כתושבים ללא זכות הצבעה.<sup>142</sup> ההחלטה לסלק את בני-הזוג סתתה מנוהג ארוך-שנים זה, ולכן חייבה דיון בשאלת תוקפו של הנוהג לנוכח החשש מהענקת תוקף לבחירה סלקטיבית בין נהגים שונים.<sup>143</sup> שאלה זו מציפה כמובן בצורה ברורה את סוגיית ההפליה, וקושרת בינה לבין החלטת הרשם, שכן אכיפה סלקטיבית משמעה יישומו של דין שונה על הליכי הקבלה של מועמדים שונים, אשר זכאים, מכוח עקרון השוויון, להתמודדות בתנאים הוגנים ושווים.

מעבר לכך, הדרישה לאכיפת הנוהג, גם אם הוא אינו סלקטיבי, הייתה צריכה לעורר התנגדות עזה, במיוחד לנוכח העובדה שמדובר באגודה שיתופית. בדעת מיעוט מבהירה השופטת דורנר כי נוהג שהשתרש שנים רבות, כזה שכולם ערים לקיומו, יכול לגבור על התקנון.<sup>144</sup> אלא שבחברות ציבוריות, שבהן אחוז ניכר מבעלי המניות לא נטלו חלק ביצירת התקנון, הדין הוא שבשל עקרון הגילוי הנאות והחשש מהטעיית הציבור, אין לקבל נוהג או לפרש את התקנון בניגוד לקבוע בו.<sup>145</sup> נדמה שבאגודות שיתופיות, שהמדינה מקצה להן

140 לעניין זה מציין הנשיא שמגר בעניין פזגו, לעיל ה"ש 137, פס' 8 לפסק-דינו, שאליו מפנה השופטת דורנר, כי "כאשר מדובר בשינוי חוזה כתוב על דרך של התנהגות הצדדים המאוחרת לכריתתו, מן הדין שהתנהגות הצדדים לחוזה תשקף את גמירת הדעת לסטות מהוראות החוזה... תרגומה המעשי של הדרישה, כי כוונת הצדדים לסטות מהחוזה תבוטא בבירור... יהיה... קיומו של דפוס התנהגות מתמשך... [שיוכל] לבסס את המסקנה, כי הצדדים התכוונו שלא לקיים את החוזה כפי שהוסכם מלכתחילה ביניהם".

141 עמ' 2 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 22.11.1994.

142 אילנה פלטיץ ציינה שם, בעמ' 2: "אבל היה נוהג גם לא לגרש בן משק שיכול לגור בתור תושב, אין לו זכות הצבעה".

143 יש לציין כי פגם נוסף שהרשם מתייחס אליו נוגע בתקופה שבה העמיד הקיבוץ את בני-הזוג לבחינה כמועמדים, אשר סתתה מן הקבוע בדיון לעניין זה. הרשם מציין בהחלטתו כי "פגם נוסף בהחלטת האסיפה הכללית הינו העובדה כי המועמדות בקיבוץ היא שנה אחת. מדוע אם כן נמשכה המועמדות עד נובמבר 1993 [?]". ראו החלטת הרשם, לעיל ה"ש 130.

144 השופטת דורנר מבהירה בעניין פלטיץ, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק-דינה, כי "במקרים חריגים ויוצאי-דופן, שבהם נמשכת הסטייה מן התקנון שנים ארוכות ורצופות ומשתרש נוהג שכל חברי האגודה יודעים על קיומו ופועלים על-פיו, עשויה התנהגות חברי האגודה להתגבש לכלל נורמה משפטית מחייבת". אלא שחברי האגודה הינם רק חלק מהצדדים הנוגעים בדבר, וגורם מהותי שנדרש לאחריית ולפיקוח על הנעשה בקרקעות המדינה הוא המדינה באמצעות מנהל מקרקעי ישראל.

145 בהתאם לכך נקבע כי "קיימת חשיבות רבה לגילוי הנאות במיוחד כאשר מדובר בחברה שמניותיה נמצאות בידי הציבור ונסחרות על-ידי. לא ייתכן לאפשר למעצבי התקנון ולמנסחיו, אפילו הם בעלי שליטה בחברה, להסוות הסכמות שביניהם בנוסח של תקנון שאינו מגלה דבר על אודות הסכמות נסתרות שבין בעלי מניות עיקריים... לו היינו מקבלים את דרך הפרשנות שאותה מבקש הולנדר שנאמן, היינו מאפשרים לבעלי השליטה להכניס בתקנון ניסוחים, שיש בהם כדי להטעות

קרקעות מסובסדות, הנסיבות אף סבוכות מאלה של חברות ציבוריות, שכן חברי הקיבוץ אינם הצדדים היחידים. כפי שהבהיר בית-המשפט בעניין **קעדאן**, צד מהותי לפעילות האגודה השיתופית הוא המדינה, שיש לה מחויבות ואחריות לפקח על פעולות האגודה מכוח מחויבותה לעקרון השוויון.<sup>146</sup> לכן נדרש שהמדינה תקבל מידע מלא באשר לנעשה בקרקעות שהיא מקצה ומסבסדת. סטייה מהתקנון, בוודאי אם היא מתרחשת שנים רבות, מונעת מהמדינה וממנהל מקרקעי ישראל – כיום רשות מקרקעי ישראל – את האפשרות לפקח על אופן ההתנהלות בקרקעות אלו. יש גם לחדד כי נהגים שחורגים מהקבוע בתקנון מונעים מרשם האגודות השיתופיות – אשר לו הוענק כוח סטטוטורי לאשר שינוי תקנון או לסרב לאשרו, אף ללא הנמקה – את האפשרות לבחון אם ראוי לאשר את החריגה מתקנון האגודה.<sup>147</sup> בשים לב לכך שהרשם בוחן, בין היתר, אם התיקון עונה על דרישות הפקודה והתקנות, קיומו של פער בין הנהוג לבין הקבוע בתקנון פוגם ביכולתה של המדינה להתוות מדיניות בחוקיה.<sup>148</sup> יש לציין כי את האפשרות לערוך הצבעה חוזרת, שבה תינתן לבני-הזוג האפשרות להגיב על הטענות נגדה ולבטא את דעתה, הציע בא-כוחו של קיבוץ משמרות, תוך שהוא רומז לצד הצעה זו כי החלטה של הרשם שתבכר את התקנון עלולות להיות השלכות משמעותיות על הצבעות-העבר של הקיבוץ.<sup>149</sup> יוצא אפוא שלאחר הוצאת הכביסה המלוכלכת אל מחוץ לגבולות הקיבוץ, היווצרות המשקעים השליליים מול מזכירות הקיבוץ, חשיפת הפרתן של הוראות התקנון והפגיעה כתוצאה מכך במשפט העצמי של הקיבוץ, נקיטת ההליכים המשפטיים היקרים נגד הקיבוץ וחשיפת הקיבוץ לתביעות אפשריות מצד מועמדים שנדחו בעבר בהסתמך על הנהוג – התבקשה כעת משפחת פלטיין לפנות שוב לאישורה של האספה הכללית בקיבוץ, שנה וחצי לאחר שבני-הזוג גורשו מהקיבוץ.<sup>150</sup> אלא שמשפחת פלטיין סברה

את הציבור". ראו ע"א 54/96 הולנדר נ' המימד החדש תוכנה בע"מ, פ"ד נב(5) 673, 689 (1998).

146 ראו עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 1, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא ברק.  
147 לעניין זה מסבירה אוטולנגי כי "קשה לקבל שיטה לפיה נוהג יכול לשנות גם הוראות מפורשות בתקנון אגודה. הדרכים לשינוי תקנון קבועות בתקנות האגודות השיתופיות (ייסוד), תשל"ו – 1976. תוקף השינוי – מיום רישומו בידי הרשם, ויש לרשם סמכות לרשום את התיקון או לסרב לרשמו, בלי ליתן כל נימוק לסירובו... כיצד יאשר רשם שינוי תקנון, אם ייעשה על-ידי נוהג נוגד בלבד? ... והאם נראה הגיוני הדבר, שבעוד שלרשם יש כוח סטטוטורי לסרב לרשום שינוי, הגם שהתקבל בהחלטה פה אחד של החברים, ניתן לעקוף סמכות זו על ידי התנהגות גרידא?!" ראו סמדר אוטולנגי "חברות במושב עובדים – מהליכי קבלה דווקניים לחברות 'אוטומטית' מחקרי משפט ג 95, 100 (1984) (להלן: אוטולנגי "חברות במושב עובדים")."

148 לתפקיד הרשם לעניין תיקון תקנון האגודה ראו ס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות.  
149 במילותיו: "כל השנים היה נוהג ולא היתה על כך מחלוקת שקבלת מועמדים היתה ברוב של 2/3. יש אנשים שלא התקבלו ועזבו ולא יתכן לפתוח ההליך... במקרה הכי טוב לטובתם אז צריכים לערוך הצבעה חוזרת שידעו על מה מדובר ויתכן שצריך לתת לשני הצדדים להביע דעתם". ראו בעמ' 5 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 2.4.1995.

150 הרשם מבחיר כי בהצבעה השנייה יש לאפשר למשפחת פלטיין להגיב על הטענות שהועלו נגדה: "לאור כל האמור לעיל הנני מורה לקיבוץ לערוך אסיפה כללית חדשה, שלה יוזמנו [ד' וב']. יש לאפשר [להם] להביע את עמדתם בפני האסיפה הכללית טרם ההחלטה, כמובן שבדיון יוכלו ליטול חלק ההורים, משפחת פלטיין ולהביע עמדתם וכן כל חבר אחר בקיבוץ. היה ובהצבעה

כי החלטת הרשם פסולה מיסודה, ולכן בחרה לא ליטול בה חלק. בנסיבות אלו תוצאת ההצבעה השנייה, שבה רוב חברי האגודה השיתופית דחו את מועמדותם של בני-הזוג, אינה מפתיעה כלל. לעומת זאת, טענת הנשיא ברק כי רצון החברים נפגע דווקא בהצבעה החשאית הראשונה – עמדה שלא הועלתה על-ידי מי מהצדדים ואף לא על-ידי הרשם עצמו בהחלטתו – קשה להבנה.<sup>151</sup>

טענותיה של משפחת פלטיץ – הן באשר לסטייה מהנוהג בנוגע לבני המשק, הן באשר למניעת זכותם של בני-הזוג להגיב על ההאשמות שהוטחו בהם והן באשר להסתרת הסטייה של הנוהג מהתקנון – עוסקות ביחס מפלה שבני-הזוג נחשפו אליו בהשוואה למועמדים אחרים. עם זאת, בהחלטת פלטיץ אי-אפשר למצוא התייחסות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, למחויבותה של המדינה לעקרון השוויון או ליחס שבין זכות הקהילה לזכויותיו היסודיות של הפרט. בית-המשפט מתעלם לחלוטין מזהותו של בן-הזוג ומהעובדה שקבלתה של ד' לקיבוץ הייתה כרוכה בקבלתו של אדם שהגיע מחוץ לקיבוץ. באופן מפתיע – ואף שבני-הזוג נבחרו ברוב קולות לאחר שהמזכירות המליצה לא לבחור בהם ואף הטיחה בהם האשמות תוך שהיא שוללת מהם את זכותם להשיב עליהן – בית-המשפט אינו מציג את בני-הזוג כמי שרוב הקיבוץ בחר בהם. כך, השופט דורנר מתארת את המקרה כ"פרשה עגומה" שבה הקיבוץ מסרב לקבל את אחת מבנותיו,<sup>152</sup> ואילו הנשיא ברק, בהצדיקו את החלטת הרשם להורות על הצבעה שנייה, מבהיר כי חלק מאלה שבחרו בבני-הזוג בהצבעה הראשונה יכול שהיו משנים את בחירתם אילו ידעו שהתקנון גובר על הנוהג.<sup>153</sup> כפי שציינתי לעיל, טענה זו הועלתה לראשונה על-ידי הרשם בתשובתו לעתירה; אין היא מצויה בהחלטתו, והקיבוץ כמו-גם העותרים לא התייחסו אליה כלל.<sup>154</sup>

תקבל החלטה ברוב של המצביעים לקבלתם לחברות, יתקבלו [ד' וב'] לחברות החל מיום החלטה זו. ניתן היום 2.4.95". ראו החלטת הרשם, לעיל ה"ש 130.

151 את הטענה לפגיעה ברצון החברים בהצבעה הראשונה העלה הרשם לראשונה בתשובתו לעתירה, שם הוא קבע כי "שאלת הרוב הדרוש לקבלתה לחברות היא שאלה מהותית לצורך ההכרעה האישית של כל מצביע כיצד להצביע. כך למשל יכול אדם להצביע באופן שונה אם ידע כי קולו עשוי להיות הקול המכריע (אם הרוב הנדרש הוא רגיל) ובאופן שונה אם ידע כי ממילא קולו לא יכריע את ההצבעה. כאשר כל המשתתפים בהצבעה יצאו מהנחה כי הרוב הנדרש הוא שני שלישים ופעלו בהתאם לכך יהיה בשינוי כללי המשחק בדיעבד, משום טרפוד רצון הבוחרים". ראו בעמ' 5, פס' 24, לתצהיר התשובה מטעם הרשם, לעיל ה"ש 123. יש להבהיר כי עמדה זו אינה מתיישבת עם קביעתו העובדתית של בית-המשפט כי ההצבעה הייתה חשאית, כלומר, כי איש מהחברים לא היה יכול לדעת אם יש בהצבעתו כדי להכריע, וזאת בלא קשר לשאלת הרוב הנדרש לשם קבלת בני-הזוג.

152 עניין פלטיץ, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

153 בלשונו: "ההצבעה באספה הכללית של הקיבוץ התקיימה על בסיס ההנחה, כי (על-פי הנוהג) נדרש רוב של שני שלישים. ייתכן כי לו ידעו חברי האספה הכללית בעת ההצבעה כי לפי התקנון די ברוב רגיל, חלק מהם היה משנה את הצבעתו. אכן, ההצבעה באספה הכללית נעשתה על-פי הנחה מסוימת באשר ל'כללי המשחק'. משהתברר כי 'כללי המשחק' הם שונים, אפשר להבין ולקבל, מבחינה עניינית, את החלטת הרשם הגורס כי יש מקום להצבעה חדשה". ראו שם, פס' 3 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

154 בהחלטת הרשם, שעליה הוגשה העתירה, אין כל התייחסות לרציונל זה, ולכן יש להניח ששיקול זה לא השפיע על החלטתו.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

רשם האגודות השיתופיות מציין בהחלטתו כי פרוטוקול הצבעה הראשונה לא נערך כדין ולפיכך אין כל דרך לדעת מה הייתה החלטת האגודה, מה שמוביל אותו להורות על הצבעה נוספת, שבה כאמור קיבלו בני-הזוג פחות ממחצית הקולות.<sup>155</sup> כפי שהשופט דורנר מציין בהחלטתה, אף לא אחד מהצדדים העלה טענה זו, אך חמור מכך – יש בטענה זו של הרשם כדי לסתור את עצם קיומו של נוהג שכל הצדדים יודעים עליו. אם ההצבעה בעניין בני-הזוג פסולה, כדברי הרשם, מכיוון שהיא לא נעשתה בהתאם לדרישות הדין ולכן אי-אפשר לדעת בעקבותיה כיצד החליט הקיבוץ,<sup>156</sup> אזי על בסיס מה הוא מניח שההצבעות הקודמות, שהקימו את הנוהג הנטען, נוהלו בצורה שונה? אם במקרה שלפניו, שאותו הרשם בוחן לעומק, הוא מוצא כי אי-אפשר לדעת כיצד החליט הקיבוץ, וזאת בשל ניהול הצבעה בניגוד להוראות הדין, מדוע שלא יניח שכך פעל הקיבוץ גם בעבר? מדוע שהרשם יקבל ללא עוררין את טענת קיומו של נוהג שסותר את התקנון כאשר הוא מוצא שהחוליות המרכיבות את אותו נוהג עשויות להיות פסולות אף הן. במילים אחרות, אם הרשם קובע שהחלטת האגודה פסולה מכיוון שההצבעה נוהלה שלא כדין, מדוע שהרשם ובית-המשפט העליון יעניקו משקל כה רב למנגנון קבלת ההחלטות התאגידי כאשר ברור לכולם שמנגנון זה סותר את הדין, מעלים מחברי האגודה את החריגה מהדין, ומונע מהמדינה וממוסדותיה את האפשרות לפקח על הנעשה בתאגיד, וכל זאת, כאמור, בסוגיות שמערכות זכויות-יסוד חוקתיות ומובילות הלכה למעשה לניתוק אם צעירה ממשפחתה?<sup>157</sup>

## 5. אחרות בפלטיין

עניין פלטיין חושף בעיה עמוקה ביחסה של מערכת המשפט הישראלית לסוגיות הנוגעות בהפליה. עניין פלטיין סיפק לבית-המשפט הזדמנות נדירה להסתייע בשילובם של כוחות פנימיים וחיצוניים לקהילה כדי לשנות במעט את נקודת שיווי-המשקל באיזון בין זכויות

155 כך מציין הרשם: "לא הוצג בפני כל מסמך, או כל החלטה כדין של האסיפה הכללית, פרטיכל זה צריך שיערך כדין. לפיכך אין כל דרך לקבוע מהי החלטה האמיתית שנתקבלה באסיפה הכללית שדנה בנושא חברותם של [בני-הזוג]. לאור כל האמור לעיל הנני מורה לקבוץ לערוך אסיפה כללית חדשה". ראו בעמ' 8 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 2.4.1995.

156 בתשובתו לעתירה הרשם מפרט – כאמור, בניגוד לנטען על-ידי הצדדים – כי "נמנעתי מלהכריע בשאלה האם הוראות התקנון גוברות על המנהג, וזאת לאור הפגמים שמצאתי בניהול האסיפה... לא היה בפני פרוטוקול הצבעה ערוך כדין. מה שהיה לפני הינו דף לבן שכלל תוצאות הצבעה, ללא ציון כי המדובר באסיפת קיבוץ, ללא ציון שמות חברי וועדת הקלפי וללא כל התייחסות להצבעה (האם הייתה חשאית או גלויה). לפיכך לא היו בפני ראיות כי הצבעה נערכה כדין. עוד הוצג לי מסמך מאסיפת הקיבוץ מיום 30.10.93 בה הוחלט כי הנושא יובא להצבעה בקלפי עם המלצת הנהלה שלא לקבל לחברות את [בני-הזוג]... גם מסמך זה אינו עומד בכל הדרישות הפורמליות הנדרשות מפרוטוקול של אסיפה כללית מכוח תקנה 14 לתקנות האגודות השיתופיות (רשויות האגודה), התשל"ה-1975". ראו בעמ' 4, פס' 16-17, לתצהיר התשובה מטעם הרשם, לעיל ה"ש 123.

157 בדיון מול הרשם תיארה ד' את סילוקה המשפיל מהקיבוץ באופן הבא: "באותו ערב התקשר אלי [ל] ואמר לי שלא התקבלנו... והודיעו לנו כי אנחנו צריכים לעזוב תוך 60 יום. ואז [נ] אמר לי שצריך להביא משטרה, ואני לא רציתי שהבת שלי בת שנתיים תראה משטרה... למעשה אני בת משק...יש לי סבא שהקים את הקבוץ". ראו בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 2.4.1995.

הקהילה לזכויות הפרט – שינוי שהיה משפיע גם על תחומים נוספים של הפליה. ראשית, להבדיל מהמקרה של בני-הזוג קעדאן, הפגיעה בזכויות הפרט של בני-הזוג פלטיין, כמו-גם של הורי האישה, חמורה בקיצוניותה. ד' נולדה וגדלה בקיבוץ משמרות, והוריה, שני אחיה וקהילתה חיו שם. כאשר הרתה ד', היא ובן-זוגה, שנולד בקיבוץ ברור-חיל, החליטו שאת ילדיהם הם יגדלו בקהילה שד' משתייכת אליה ואשר בה היא נולדה וגדלה. כאשר עמדו יחדיו לבחירה באספה הכללית של היישוב, לאחר שנתיים שבהן שהו בקיבוץ כמועמדים לקליטה, החליטה האספה הכללית של היישוב ברוב קולות לקלוט אותם כחברים לקיבוץ. המיעוט, בשל שיקוליו, פסולים או לא-פסולים, החליט לא לקבלם, ומזכירות הקיבוץ, בהסתמך על נוהג הדורש רוב מיוחד, דרשה את יציאתם, עם בתם הקטנה שנולדה בקיבוץ, בתוך חודשיים.

משפחת פלטיין הלינה על אכיפה סלקטיבית של נהגים, ובמילים אחרות, על כך שהעדר עיגון בכתב של הנוהג אפשר למזכירות הקיבוץ להכיר בקיומו ולהפעילו כאוות-נפשה, כלומר, רק כאשר תוצאת הפעלתו הלמה את רצונותיה. באמצעות העברת הדיון לשאלת קיומו או העדרו של נוהג "מועדף", הסוותה הנהלת הקיבוץ את השפעתם של שיקולים פסולים, ואפשרה הפליה בין מועמדים שונים והדרה. ברור שטענות אלו, אם יש בהן ממש, מעידות על פגיעה אנושה ביכולתה של המדינה להבטיח מסחר בנכסי המקרקעין ללא מגבלות עבירות אידיאליסטיות על זכויות הקניין בהם, ובמקביל לכך לפקח על הנעשה בקרקעות המדינה.<sup>158</sup> ודוק, גם בעניין קעדאן ובפסיקה שלאחריו נקבעו אחריותו וסמכותו של מנהל מקרקעי ישראל – כיום רשות מקרקעי ישראל – בעניין זה.<sup>159</sup> אין זה משנה לעניין זה אם השיקול הפסול הוא מגדרי (או נכון יותר – הקושי להתמודד עם אישה דעתנית שמוכנה להפוך עולמות כדי להגן על היקר לה), גזעני (אם חלק מהתושבים או מהמזכירות הושפעו ממוצאו או מצבעו עורו של בן-זוגה של ד') או קשור לשוני לא-רלוונטי אחר של בני-הזוג (דוגמת הקיבוץ בדרום שממנו הגיע בן-הזוג) שהיה יכול לעוות את בחינת מאפייניהם, כישוריהם והתאמתם לקיבוץ. זה גם זה גם זה הם שיקולים פסולים שנובעים מבסיס ההפליה, שהוא האחרות, כנטען במאמר זה, או

158 לעניין זה יש לחדד כי ברוב היישובים הקהילתיים הבעלות במקרקעין שייכת למדינה. אוטולנגי מחדדת לעניין זה כי "למעלה מ-90% מהמושבים בארץ... יושבים על אדמת הלאום, וההסדר המשפטי אצלם בדרך-כלל הוא, שמינהל מקרקעי ישראל מחכיר את הקרקע לסוכנות, אשר היא, מצדה, עורכת הסכם עם המושב, לפיו היא מתחייבת לרשום על-שמו חכירת-משנה, והמושב עורך עם כל אחד מחבריו הסכם לגבי משקו-הוא. במקרה כזה, אם כל זכויות החכירה נרשמות, הרי זכותו של החבר במשקו הינה זכות של חוכר-משנה. המציאות העגומה היא שבמרבית המושבים טרם נרשמה זכות החכירה, וזכותו של החבר, בינתיים, היא של בר-רשות". ראו סמדר אוטולנגי "ההסדרים המשפטיים בנוגע לירושת משק במושב עובדים" **עיוני משפט** ט 486, 469 (1983).

159 נקבע כי המנהל, מכוח סמכותו ואחריותו, אינו כפוף להחלטות האגודה, והוא יכול לפקח על הקצאת המקרקעין ולהתערב בכללים שמעצבים את מאפייניה. ראו רע"א 10623/02 **כפר חייטים – מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' ביין**, פ"ד נז(2) 943 (2003); ע"א 3962/97 **בארותיים, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד**, פ"ד נב(4) 614 (1998); בג"ץ 7574/06 **הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל** (נבו 22.1.2007).

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

במילים אחרות – הקשיים שמתעוררים כאשר מתמודדים עם שונות שמאגרת ולעיתים אף מכעיסה.

למרות מורכבותו של הסיפור האנושי, עיון בהחלטת בית-המשפט העליון יוצר את הרושם שעניין פלטיין עוסק אך ורק ביחס שבין נוהג לבין תקנון, שגם הוא כשלעצמו אינו מבוסס מספיק. להבדיל מעניין קעדאן, שם הנכיח בית-המשפט את רצונה של בני משפחת קעדאן לשפר את איכות חייהם, כמו-גם את הפליית הציבור הערבי בכלל, בעניין פלטיין נמחקה זהותם של ד' וב' כמעט כליל, ואי-אפשר לדעת כלל אם שניהם בני אותו קיבוץ, אם בן-זוגה של ד' מגיע מיישוב קהילתי גם הוא, מדוע הכרחי לקשור את קליטת ד' לקליטת בן-זוגה, ואם לא היה אפשר למצוא דרך שפגיעתה בכבודם תהא פחותה, דרך שתשאיר אותם עם משפחתם וקהילתם מבלי לקבלם כחברים באגודה.<sup>160</sup> כמו פסק-הדין, גם השיח האקדמי אינו ער לסיפור האנושי הגלום בפרשה זו, וההפניות היחידות שבהן זכה עניין פלטיין נוגעות ביחס שבין נוהג לתקנון.<sup>161</sup> השפה המשפטית בישראל ניקתה לחלוטין מעניין פלטיין כל זכר להפליה, לעקירת המשפחה מביתה ולפגיעה בבחירתו החופשית של אדם לקשור את חייו עם אחר. המילים המופיעות שחור על-גבי לבן בהחלטת בית-המשפט ובכתיבה האקדמית שהתפרסמה בעקבותיה רחוקות כרחוק מזרח ממערב מהמציאות המרה שאיתה נאלצה משפחת פלטיין להתמודד. אם בעניין קעדאן ההפליה גלויה, בעניין פלטיין ההפליה עטופה בשכבות מהודקות של מושגים תאגידיים מצוחצחים, כגון תקנון, נוהג, רשם האגודות שיתופיות ומידת התערבותו של בית-המשפט בהחלטות הרשם. מושגים אלה מנפים את הדיון המשפטי ממניעי ההפליה, וחמור מכך – מהאנשים שסבלו מפגיעה קשה בכבודם, במשפחתם ובזכותם לשוויון. מחיקה בלתי-מנומקת זו מהחלטת בית-המשפט יכולה להינקט מחר בקלות כלפי כל אחד מאיתנו, שהרי שיקולים פסולים שיכולים לפגוע במועמדים ראויים כוללים מוגבלות פיזית (כבעניין ספרו), גיל מבוגר, סטטוס משפחתי, חזות מזרחית, זרם דתי ועוד ועוד.<sup>162</sup>

שיח מפותח על הפליה רבודה, המתבסס על ההיסטוריה העשירה של הפליית המזרחים, היה יכול לאפשר לבית-המשפט לגייס ציבורים רחבים בישראל לדיון מהותי על הפליה. עם זאת, לא שופטי בית-המשפט ולא נציגי הקיבוץ ביקשו לברר, לא כל שכן להצדיק, את ההחלטה לנתק בת קיבוץ ובן-זוגה (הגם שהוא ממוצא שונה ומקיבוץ אחר) מקהילתם. גם העובדה שרוב חברי הקיבוץ ביקשו שבני-הזוג ייקלטו לא העלתה תהייה או הרהור על מידתיות הפגיעה האמורה לנוכח זכות-היסוד לכבוד האדם.<sup>163</sup> האגודה לזכויות האזרח ובית-המשפט העליון ביושבו כבג"ץ היו צריכים לעמוד לצידה של אילנה פלטיין לנוכח הפגיעה הקשה בזכויות משפחתה, בפרט בהינתן אי-יכולתה לממן ייצוג משפטי ראוי. אם בעניין "פרי העמק"

160 זאת, בהתאם לדרישת ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שהפגיעה לא תהיה במידה העולה על הנדרש. יש לציין כי בשל הסטייה מהתקנון אין זה ברור כלל שפגיעה זו היא "לפי חוק" או לפחות "מכוח הסמכה מפורשת בו", כדרישתו של הסעיף האמור.

161 נקודה זו קשורה בטבורה לנטייתו של מערכת המשפט לא להתערב בנעשה בתנועה הקיבוצית. ראו אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב' 63, 128 (2005).

162 זיו, לעיל ה"ש 100, בעמ' 4–5.

163 כאמור, חוק-היסוד דורש שהפגיעה בזכות חוקתית תהיה מידתית ופחותה ככל האפשר.

השופט ברק מגן על זכות הקניין של חברי האגודה – שהיו אגודות שיתופיות, ולא אדם בשר-ודם – ודורש את הסכמתם של כלל החברים לחיוב החברים בחובות האגודה השיתופית,<sup>164</sup> כיצד ניתן לסלק את ילדתה של חברת הקיבוץ פלטין בהחלטת מיעוט המנוגדת לתקנון? האם פגיעה בקניינו הפרטי של חבר אגודה, שהוא עצמו אגודה שיתופית, סותרת יותר את בסיס ההסכמה התאגידית מסילוק ילדתו של חבר אגודה מבית הוריה?

שיח הזהירות במשפט הישראלי יכול שפגע במשפחת פלטין, שהייתה ממייסדי הקיבוץ משמרות, ופרספקטיבה מזרחית הייתה יכולה לסייע. כאמור, הפליית מזרחים מתאפיינת בהטרוגניות רבודה, שבמסגרתה גון עור, חזות, ארץ מוצא ומבטא משפיעים בערבוביה – לצד גורמים כמעמד כלכלי וקשרים חברתיים – על סיכוני ההפליה ומידתה. פרספקטיבה זו מבכרת פירוק של הגמוניות חדגוניות, ומעדיפה גיוון, פתיחות והכלה. הפליית מזרחים נשענה על סטריאוטיפיזציה רדודה והעדרה של היכרות – ולו שטחית – עם התרבות, ההיסטוריה והערכים של קהילת יוצאי המזרח. אלה האחרונים נתפסו כ"אחרים", אשר בשל אחרותם ניתן להדביק להם תיוגים שליליים וסטריאוטיפים שליליים לא-מבוססים. משפחת פלטין ובני-הזוג ד' וב' אינם מזרחים, אך הם חוו חוויית אחרות קשה. אומנם מדובר בצאצאי המייסדים של קיבוץ משמרות, אלא שמול מזכירות הקיבוץ הם עמדו כחלשים, ללא אמצעים כספיים או ייצוג משפטי, הטיחו בהם האשמות קשות ולא-מבוססות, מנעו מהם את האפשרות להגן על שמם ולהגיב על האשמות אלו, הטעו אותם באשר לדרישת הרוב הקבוע בדין, וחמור מכך – סילקו אותם, יחד עם בתם שנולדה בקיבוץ, ממשפחתם ומקהילתם.

מדוע אין לראות בהם "אחרים" שהופלו בשל אחרותם? האם בשל כך שסבה של ד' היא ממקימי הקיבוץ נעצום עיניים להפלייתם? כיצד נדרוש מקבוצות חזקות להכיר בפגיעה בזכויותיהן של קבוצות מוחלשות אם לא נסכים להכיר בפגיעות קשות בחברי הקבוצה החזקה כאשר הם נחלשים, כאשר הם מזדקנים, כאשר בריאותם נפגעת? הכלל שנוצר בעניין פלטין יחול על ילדי מייסדים רק במקרים נדירים. ברוב המקרים הוא יחול על קבוצות מוחלשות. מדוע אם כן שמשפחת קעדאן תזכה בייצוג משפטי משובח ואילו משפחת פלטין תצטרך להתמודד לבדה עם ניתוח פתלתל ומעורפל של השפעת נוהג הסותר תקנון סטטוטורי על אסטרטגיית ההצבעה של חבר באגודה השיתופית ועם מדיניות אי-ההתערבות בהחלטת הרשם? מדוע שהסיפור האנושי של משפחת פלטין, אשר נכדתם, ילדתם ובן-זוגה מסולקים באיומים מביתם וממשפחתם, יוחבא תחת דוקטרינות תאגידיות, בשעה שאלה האחרונות נועדו לקדם אינטרסים אנושיים? פרספקטיבה מזרחית, לפחות זאת המוצעת במאמר זה, אינה יכולה לצעוד במסלול זה ולאפשר למשוכות תאגידיות לרמוס זכויות בסיסיות.

164 בשפתו של השופט ברק, "רכושו הפרטי של חבר אגודה שיתופית אינו משתתף בכיסוי הפסדי האגודה, אלא אם כן יש לכך הסכמה של אותו חבר... זכות הקניין של אדם בנכסיו מוגנת על-ידי המשפט האזרחי, הפלילי והמינהלי... היא נתפסת על-ידינו כזכות חוקתית... כל נטילה של קניין בלא הסכמת בעליו אסורה היא, אלא אם כן הוראת דין מתירה זאת". ראו ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ברק (1991).

אי-ההתערבות בהחלטת הרשם לאפשר הצבעה נוספת, וזאת בשל פגמים שמפורטים בהחלטת הרשם אך לא בהחלטת בית-המשפט,<sup>165</sup> ממחישה ביתר שאת את התרחקותה של מערכת המשפט מהדיון המהותי ומהפגיעה בזכויותיה של משפחת פלטיין. הנשיא ברק בוחר לא לבחון או אף לחשוף בפסק-הדין את הנמקת הרשם לקיומה של הצבעה שנייה, ובמקום זאת מסתמך על האפשרות ששינוי בכללי המשחק היה משפיע על הצבעת הצדדים – אפשרות שהרשם העלה לראשונה בתשובתו לעתירה ואשר סיכויי התממשותה קלושים בשל כך שההצבעות היו חשאיות.<sup>166</sup> לא היה אפשר לדעת כיצד אחרים יצביעו, ומי שהיה שוקל הצבעה המנוגדת לעמדתו המהותית היה מבין שגם אחרים יכולים לעשות כן.<sup>167</sup> אם בכך לא די, לא הרשם ולא בית-המשפט העליון מתייחסים לאפשרות סבירה יותר והיא הפגיעה במעמדו של חבר קיבוץ בעיני חבריו כאשר הוא בוחר לצאת נגד הקיבוץ. אילנה פלטיין, בשל הפגיעה בכתה ובמשפחתה, נקטה הליכים משפטיים נגד הקיבוץ, ובתוך כך חשפה את הקיבוץ לתביעות פוטנציאליות בגין מקרי-עבר. במצב דברים זה, וכאשר בני-הזוג כבר אינם נמצאים בקיבוץ, סביר שבהצבעה השנייה ישקלו החברים נתונים נסיבתיים שונים לחלוטין, שישפיעו על החלטתם.<sup>168</sup>

ייתכן שבריחת בית-המשפט מדיון בסוגיית ההפליה נובעת מאי-נכונות כללית של מערכת המשפט לכפות שיתוף על צדדים מסוכסכים.<sup>169</sup> בשפתו של השופט חשין, "המשפט אין בכוחו להשכין שלום בין שותפים צהובים זה לזה – או אף בין שותפים המתקשים להגיע להבנה זה

165 הנשיא ברק מציין בעניין פלטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק-דינו, כך: "אניח, עתה, כי הנוהג אינו גובר על התקנון... על בסיס הנחה זו, נראה לי... כי אין להתערב בהחלטתו של רשם האגודות השיתופיות... נראה לי כי החלטה זו של הרשם סבירה היא, ואין מקום להתערב בה. הטעם לכך הוא זה: ההצבעה באספה הכללית של הקיבוץ התקיימה על בסיס ההנחה, כי (על-פי הנוהג) נדרש רוב של שני שלישים. ייתכן כי לו ידעו חברי האספה הכללית בעת ההצבעה כי לפי התקנון די ברוב רגיל, חלק מהם היה משנה את הצבעתו".

166 ראו עניין פלטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 617. יש לציין כי הרשם, שהעלה אפשרות זו לראשונה בתשובתו לעתירה, אינו מתייחס לכך שמדובר בהצבעה חשאית, ככל הנראה מפני שפרוטוקול ההצבעה לא ציין זאת מפורשות.

167 מכיוון שמדובר בהצבעה חשאית, חבר אינו יכול לדעת אם הוא הקול המכריע בהצבעה, ואין זה משנה אם מדובר ברוב של חמישים אחוזים או שני שלישים.

168 באשרו את החלטת הרשם לערוך הצבעה שנייה, בית-המשפט נסמך על ההנמקה שהרשם מספק בתשובתו לעתירה, אך לא על טיעוני הרשם בהחלטתו שלו. יש לשער שאי-ההתייחסות לטיעונים אלו, הן מצד הרשם עצמו והן מצד בית-המשפט, נובעת מכך שאין בטיעונים אלו כדי להצדיק הצבעה שנייה, שאותה הציע כאמור בא-כוחו של הקיבוץ. אם מזכירות הקיבוץ נהגה לא כדין ופגעה בזכויותיה של משפחת פלטיין, ובכל-זאת רוב הקיבוץ בחר בה, מדוע יש לקיים הצבעה נוספת לשם השגת רוב רגיל? מדוע שהצעה זו תגיע מטעם הקיבוץ? הסיבה, ככל הנראה, היא שכולם מבינים כי מי שנוקט הליכים משפטיים נגד הקיבוץ, שבהם הוא חושף את הפרות התקנון לעיני כל ופותח פתח לתביעות פוטנציאליות נגד הקיבוץ בשל מקרי-עבר, צפוי לאבד קולות רבים.

169 ראו, לדוגמה, את הסייג השולל את הזכות לאכיפת חוזה אם היא תוביל לכפיית עבודה או שירות אישי (ס' 2)3 לחוק החוזים (תרופות), התשל"א-1970) ואת זכותו של כל שותף במקרקעין לדרוש את פירוק השיתוף (ס' 37 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969).

עם זה.<sup>170</sup> למרות הרתיעה הברורה – ויש לומר גם ההגיונית – מאכיפה כוחנית של שיתוף, אין בכך כדי להצדיק את העדר הדיון המשפטי בסוגיית ההפליה בעניין **פלטין**, מהגם שהיה אפשר לחשוב על פתרונות יצירתיים שיקטינו את מידת השיתוף בין הצדדים מבלי להסב פגיעה כה קשה בזכויות הפרט. אפשרות כזאת הוצגה בדיון מול הרשם, והיא הנוהג – שאת קיומו אישר גם בא-כוחו של קיבוץ משמרות<sup>171</sup> – המאפשר למי שנולד בקיבוץ להישאר כתושב ללא זכויות הצבעה במקרים שבהם מועמדותו לחברות נדחתה.

## 6. ועדות קבלה והסוואה תאגידית לאחר פלטין

בשנת 2011 חוקק תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, אשר נהוג לכנותו "חוק ועדות הקבלה" (להלן: חוק ועדות הקבלה).<sup>172</sup> בהתאם לחוק זה, ביישובים בגליל או בנגב שמאוגדים כאגודה שיתופית, שהרשם סיווגם כיישובים קהילתיים כפריים או כאגודות שיתופיות להתיישבות קהילתית,<sup>173</sup> ואשר מספר בתי-האב בהם אינו עולה על 400, יהיה אפשר להפעיל ועדות קבלה, אך בהרכב ובאופן שנקבעו בחוק.<sup>174</sup> מחד גיסא, החוק דורש ששיקולי הוועדה לא יכללו שיקולים פסולים, כגזע, דת, מין וארץ מוצא. מאידך גיסא, הוא מונה בשיקולים המותרים מושג עמום שעל יישומו קשה לפקח, והוא "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי".<sup>175</sup> חוק זה גם מקים מנגנוני פיקוח, כחיוב ועדת הקבלה בחובת הנמקה והקמתה של ועדת השגות שתורכב מחמישה חברים שאותם ימנה שר הבינוי והשיכון.<sup>176</sup>

בהתאם לדברי ההסבר להצעת חוק ועדות הקבלה, מנגנון זה למיון המועמדים נדרש בשל אורח החיים הקהילתי-הכפרי ביישובים אלו, המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית.<sup>177</sup> התיקון לחוק, כך הוסבר, מאזן לכן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד ולשוויון.<sup>178</sup> עם זאת, הסדרה זו של פעילותן של ועדות הקבלה ביישובים קהילתיים בגליל ובנגב אשר מונים עד 400 בתי-אב אינה חלה על כלל הקיבוצים, המושבים השיתופיים, מושבי העובדים והכפרים השיתופיים. הנימוק המוצהר לאי-תחולתה של הסדרה זו הוא ש"בדרך כלל

170 רע"א 1017/97 **רידלביץ נ' מודעי**, פ"ד נב(4) 625, פס' 10 לפסק-הדין (1998).  
 171 ראו בעמ' 3 לפרוטוקול הדיון מול הרשם מיום 22.11.1994.  
 172 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011, ס"ח 683. יש להניח שהביקורת על פעולותיה של רשות מקרקעי ישראל לצד הפסיקה שהגדילה את הפיקוח על פעולותיהן של ועדות הקבלה, כהלכת **קעדאן**, הן שהובילו לחקיקת התיקון האמור. עתירה נגד חוקתיותו של תיקון זה נדחתה בבג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (נבו) 17.9.2014).  
 173 חוק זה חל גם על הרחבות של קיבוצים, של מושבים שיתופיים, של מושבי עובדים ושל כפרים שיתופיים. ראו ס' 2 לפקודת האגודות השיתופיות.  
 174 ראו ס' 6 לפקודת האגודות השיתופיות.  
 175 ראו ס' 6(א) לפקודת האגודות השיתופיות.  
 176 ראו ס' 6(ה) לפקודת האגודות השיתופיות.  
 177 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע–2010, ה"ח 222 (להלן: הצעת חוק ועדות הקבלה).  
 178 שם, בעמ' 222.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

אגודות שיתופיות אלו הן בעלות רקע שיתופי-חקלאי מובהק.<sup>179</sup> כלומר, בעוד הפעלת ועדות קבלה ביישובים קהילתיים קטנים בנגב ובדרום תהא כפופה לקבוע בחוק ועדות הקבלה, על יתר המושבים והקיבוצים, במרכז ובפריפריה, יחול הדין הכללי, אשר כולל, בין היתר, את הלכות קעדאן ופלטיין.

נשאלת לכן השאלה אם השימוש במבנים תאגידיים ובשיח תאגידי, כבמקרה פלטיין, ממשיך להסוות שיקולים פסולים והפליה רבודה, בהינתן שהפליה גלויה נפסלה כאמור בהלכת קעדאן. תשובה חלקית לכך ניתן למצוא בעניין ציפורי, ובמיוחד בעמדתה של רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) שהוצגה בהליך זה.<sup>180</sup> עניין זה סב סביב חוזה מכר לרכישת זכויות נחלה במושב ציפורי שנכרת בין חבר מושב שעל שמו הנחלה רשומה בספרי רמ"י לבין בני-הזוג ביתן. הסכם המכר כלל תנאי המתלה את תוקפו בעמידתם של בני-הזוג ביתן בהליך קבלה לחברות במושב ציפורי, אולם בעקבות דחיית מועמדותם של בני-הזוג בטענה של "חוסר התאמה לקהילה", החליטו הצדדים, שנה לאחר-מכן, לכרות את חוזה המכר גם ללא קיומו של אותו תנאי מתלה.<sup>181</sup> בעקבות החלטה זו הגיש מושב ציפורי תביעה לפסק-דין הצהרתי ולצו מניעה שיאסור את העברת הזכויות בנחלה האמורה.<sup>182</sup> בתגובתם טענו בני-הזוג ביתן כי רוב החברים במושב ציפורי אינם עוסקים כלל בחקלאות, ולכן ציפורי הוא בבחינת מושב עובדים רק למראית-עין.<sup>183</sup> תפקידה של ועדת הקליטה, כך הם טענו, הוא בעיקר להפלות ולהדיר את מי שאינו מוצא-חן בעיני חברי המושב.<sup>184</sup>

כאמור, הנימוק העיקרי לאי-הסדרת פעילותן של ועדות הקבלה במושבים ובקיבוצים ברחבי הארץ נבע מכך שמדובר באגודות שיתופיות בעלות "רקע שיתופי-חקלאי מובהק".<sup>185</sup> בשפתה של אוטולנגי, ההצדקה להקפדה בבחינת המועמדים לאגודה השיתופית נובעת מקיומם של "יחסים אישיים קרובים בין החברים הקשורים בערכות הדדית ועזרת גומלין".<sup>186</sup>

---

179 שם, בעמ' 223.

180 ת"א (מחוזי נצ') 4478-12-13 ציפורי מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' ביתן (נבו) 13.3.2017.

181 שם, בעמ' 2-3.

182 שם, בעמ' 2.

183 באשר לאורחות החיים החקלאיים-השיתופיים במושבים ובקיבוצים של ימינו נטען לאחרונה כך: "כיום, מושבים וקיבוצים רבים דומים במאפייניהם ליישובים קהילתיים, וודאי לשכונות הקהילתיות שנבנות כהרחבה לקיבוצים ולמושבים, אשר עליהן חל חוק ועדות הקבלה. במקרים מסוימים, בעיקר במרכז, המושבים אף דומים לקהילות מגודרות פרבריות, שמבוססות על שאיפה לאיכות חיים גבוהה באווירה כפרית... במחקר שבחן את התמורות שחלו בשימושי הקרקע בחמישה יישובים חקלאיים... נשאלו הנחקרים אודות הערכים המבטאים עבורם את הרצון להמשיך ולהתגורר ביישוב. מבדיקה זו עלה כי הערכים של 'מגורים באזור כפרי' ו'הקשר למשפחה' הם הגבוהים ביותר ואילו הערכים של 'חיי קהילה' 'חקלאות' ו'כלכלי' מוקמו בתחתית הרשימה". ראו עדי ניר בנימיני וגיל גן-מור "בקיבוץ, בכפר, בקרת – הליכי הקצאת קרקע בקיבוצים ובמושבים – עת לשינוי" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 4, 97, 12-13 (2020).

184 ראו החלטת המחוזי בעניין ציפורי, לעיל ה"ש 180, בעמ' 4.

185 ראו דברי ההסבר להצעת חוק ועדות הקבלה, לעיל ה"ש 177.

186 ראו אוטולנגי "חברות במושב עובדים", לעיל ה"ש 147, בעמ' 95.

מכיוון שבעניין ציפורי נטען כי הזמן הוביל לכך שנימוק זה איבד מתוקפו, היה אפשר להניח שתגובת הבעלים של המקרקעין, היא רמ"י, תתייחס לכך ישירות, ותפריך או תאשש את טענת מראית-העין של הזוג ביתן. אולם רמ"י בחרה לא להתייחס לכך, ובמקום זאת ציינה בכלליות כי היא מכבדת את האינטרס של האגודות לוודא שהמועמד הולם את אופי היישוב ואת צביון הקהילה.<sup>187</sup> עמדה זו באה לידי ביטוי גם בהסכם המשבצת בין רמ"י למושב ציפורי, שלפיו העברת הזכויות בנחלה, גם למתיישב שלא יהיה חבר האגודה, תהא טעונה הסכמה של האגודה.<sup>188</sup> רמ"י גם הודתה כי ככלל היא מותירה החלטות מסוג זה לאגודות, ואינה מתערבת בהן, למעט מקרים חריגים ובלתי-סבירים.<sup>189</sup>

במילים אחרות, רמ"י אינה בודקת כלל אם יש תוכן מאחורי מסך ההתאגדות כאגודה שיתופית, ואם מתקיימת בכלל פעילות חקלאית שיתופית אשר מתבססת על ערכות הדדית ולכידות חברתית-תרבותית ולכן מצדיקה מערכת של סינון ובקרה של המועמדים לרכישת המקרקעין. ודוק, מדובר במקרקעי המדינה, והמדיניות המוצהרת בחוק נשענת על ההנחה שמבעד למסך הרישום התאגידי אכן ניצבות פעילות חקלאית שיתופית אמיתית וערכות הדדית שמצדיקות את מנגנוני הסינון והבקרה.<sup>190</sup> עם זאת, ההליך בעניין ציפורי מלמד כי רמ"י נסמכת בצורה עיוורת כמעט על הרישום התאגידי היבש, קרי על רישומה של ההתאגדות כאגודה שיתופית, ומעניקה למוסדות האגודה שיקול-דעת נרחב בהעברת זכויות הקניין במקרקעי המדינה. יתר על כן, היא עושה זאת אף מבלי שהיא מעמידה אמות-מידה ספציפיות לקבלת מתיישבים.<sup>191</sup>

נדמה כי הסתמכות זו של רמ"י על תצורתו הפורמלית של המבנה התאגידי הייתה שגויה במקרה של ציפורי: האגודה השיתופית ציפורי פעלה בניגוד להסכם המשבצת, שאפשר העברת זכויות בנחלה גם למי שלא יהיה חבר האגודה, ובתקנונה התנתה את העברת הזכויות בנחלה בקבלתו של הרוכש לחברות באגודה;<sup>192</sup> דחיית מועמדותם של הזוג ביתן בטענה של "חוסר

187 רמ"י גם ציינה כי "בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, האגודה רשאית לנהל את ענייניה על פי רצונה, על פי שיקוליה, טעמה והאינטרסים שלה, וזכאית לשיקול דעת עצמאי באשר לקביעה מי הם החברים שיצטרפו לשורותיה, ולא נכון לכפות עליה אנשים אשר לדעתה לא יתאימו ולא ישתלבו על פי מטרות האגודה ורוח חבריה". ראו עניין ציפורי, לעיל ה"ש 180, בעמ' 6-7.

188 שם.  
189 עמדה זו קיבלה ביטוי גם בס' 11 להחלטת מועצת מקרקעי ישראל מס' 1311, שלפיה "הרשות לא תיתן את הסכמתה להעברת זכויות בנחלה אלא למקבל העברה שאושר על ידי האגודה. למרות האמור לעיל, במקרים חריגים, רשאית הרשות לפעול ללא הסכמת האגודה, כאשר סירוב האגודה הינו לדעת הרשות משיקולים בלתי סבירים..." (שם, בעמ' 7).

190 ראו דברי ההסבר להצעת חוק ועדות הקבלה, לעיל ה"ש 177.  
191 בהחלטתו בית-המשפט מצייין כי "רמ"י לא נקבה בקריטריונים ספציפיים, אשר על פיהם יש לפעול במקרים כגון זה, וניכר כי רמ"י מותירה מקום לשיקול דעת רחב לאגודה השיתופית בעניין זה... ספק אם רמ"י רשאית ליתן שיקול דעת כה רחב לאגודה השיתופית ולשמר את התערבותה למקרים חריגים בלבד. נראה כי יש מקום כי רמ"י תיצק תוכן ממשי ביישומה של האחריות הכבדה המוטלת עליה, והיא אינה רשאית להתנער ממנה..." ראו עניין ציפורי, לעיל ה"ש 180, בעמ' 11.

192 בהתאם להחלטת בית-המשפט, הסכם המשבצת מול רמ"י דרש רק את הסכמת האגודה, ולא התנה זאת בחברות של המועמד באגודה. ראו שם, בעמ' 9.

משפט וממשל כג תשפ"ב בין איסור ההפליה בקעדאן לשינוי תקנון התאגיד בפלטיין – על הפליה סמויה, הטרוגנית ורבודה

התאמה לקהילה" נמסרה לבני-הזוג ללא כל נימוק, והאגודה אף סירבה למסור לידי הזוג את חוות-הדעת המקצועית של מכון קינן שפי, שבדק את התאמתם לקהילה; טענת חוסר ההתאמה לקהילה נחשפה ככוזבת, שכן התברר כי מכון קינן שפי לא קבע שהם אינם מתאימים, אלא שהתאמתם בינונית;<sup>193</sup> כן התברר מחקירת העדים כי קביעות זהות של מכון קינן שפי לגבי מועמדים אחרים הובילו לקבלתם למושב;<sup>194</sup> ואם בכך לא די, העדויות לפני בית-המשפט המחוזי חשפו רשת של שמועות חסרות בסיס שהועברו לוועדת הקליטה ללא בחינה רצינית, ללא ידיעת בני-הזוג ביתן ומבלי לתת להם אפשרות להגיב. שמועות אלו, כך נראה, השפיעו יותר מכל על הליך הקבלה.

בעניין ציפורי קבע בית-המשפט המחוזי כי דחיית המועמדות של הזוג ביתן למושב נבעה מ"מניעים זרים בלתי ענייניים ובלתי סבירים".<sup>195</sup> בערעור לעליון הגיעו הצדדים לפשרה שייתרה את החלטת בית-המשפט המחוזי, ולא נרשמה כל פעולה או תגובה מצד רמ"א או רשות שלטונית אחרת.<sup>196</sup> לכאורה, החלטת בית-המשפט המחוזי צמצמה את הסתמכותה של רמ"א על תצורתם הפורמלית של מבנים תאגידיים ושיח תאגידי שמסווים את הנעשה בשטח. אולם בפשרה שאליה הגיעו הצדדים יש דווקא כדי לחזק הסתמכות על מבנים תאגידיים כאמור, שכן גם במקרים שבהם מועמד שנדחה מוכן לשאת את העלויות הכרוכות בהליכים משפטיים יקרים, השימוש הבעייתי במבנה התאגידי ואף הביקורת המשפטית אינם מובילים לפיקוח ראוי על פעילותן של אגודות שיתופיות ואולי אף להרמת מסך ההתאגדות במקרים המתאימים. שתיקת רמ"א במהלך הדיון המשפטי ולאחריו מעידה יותר מכל על השתרשותה של מציאות משפטית שבה המבנה התאגידי הפורמלי מסווה מציאות אנושית מורכבת. מציאות זו מערבת ערכי-יסוד כגון זכות האדם למימוש עצמי בקהילה, כבוד האדם ועקרונן השוויון, אשר ראוי שיזכו בדיון הוגן בחברה הישראלית, ולא יסתתרו מאחורי מסך ההתאגדות של מבנה תאגידי שלא ברור אם מקיים את המטרה שלשמה הוא הוקם.

## ג. סיכום

מזרח, בהתאם להפליית-העבר בישראל, אינו מציין את הצד שבו השמש זורחת. מזרח הוא גם לא פיגמנטציה של העור, ארץ מוצא ערבית, מבטא גרוני או חזות קבועה. מזרח הוא יחס, ולא מקום גיאוגרפי, צבע, מבטא, חזות או כיוון במפה. מזרח הוא בבחינת "הערך המוחלט" של חוויות אנושיות מורכבות שמרוחקות – מבחינה גיאוגרפית ומבחינה פוליטית – מנקודת האפס, אשר במשך שנים רבות מדי בחברה הישראלית ובאקדמיה המשפטית התרכזה סביב מודל מערבי אירופי, שהדחיק את חוויית החיים של המוחלשים והמופלים, את תחומי העניין שלהם ואת בעיותיהם היומיומיות הרחק מהחשיבה והעשייה המשפטיות. מזרח הוא היחס המפלה שאיחד קבוצות נעדרות כל קשר של השתייכות או אף היכרות ביניהן במסען לאכיפת זכויותיהן הבסיסיות בישראל, ובראשן הזכות לשוויון. מזרח הוא לכן תוצר ההפליה של מי

193 שם, בעמ' 13.

194 שם.

195 שם, בעמ' 16.

196 ע"א 7166/17 ציפורי מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' ביתן (נבו 7.7.2019).

שהוא "אחר", של מי שאינו נכנס לתבנית קבועה מראש, של מי שחורג ממודל אחיד וחדגוני ומורד בו. מזרח הוא המקום שבו חוליות שמתאפיינות בשונות ממודל נבחר ומועדף מראש ובאי-התאמה לו מתלכדות לכלל שרשרת של אחרות. שרשרת זו יכולה להכיל כל אחד מאיתנו. כבני-אנוש בשר-ודם שמזדקנים וגם נחלשים, שיכולים ליפול ולחלות, כולנו יכולים למצוא את עצמנו במזרח. אפשר אומנם שבעזרת ממון או בזכות קשרים טובים נצליח לברוח מגבולות המזרח ולהימלט מתחושת ה"אחר". עם זאת, במזרח, בתחושת אי-ההשתייכות, האחרות, יש כדי לחבר בין כולנו ולטעת בנו את ההכרה במורכבותם של חיי האנוש, שבמסגרתם כל אחד מאיתנו יכול ליהפך בקלות לבן מיעוט, לנדכא, למי שמצוי בשוליים הכלכליים והחברתיים. פרספקטיבה משפטית מזרחית לומדת מההיסטוריה של הפליית המזרחים, מהשונות הרבה שהייתה קיימת בפסיפס של יוצאי מדינות ערב, מהעדר ההבנה או העדר הרגישות שעמדו בבסיס האחדות לקבוצה נחשלת אחת, וכל זאת לצד ההכחשה השיטתית של תצורות ההפליה של קהילות אלו. ביקורת מזרחית מכירה בעצם קיומה של ההפליה ובהשלכותיה כיום. היא מעניקה שם לתופעה ולכאב שאותן קהילות חוות, ומסירה את המעטפות המשפטיות שמסוות ומשמרות את ההפליה גם בימינו. דיני התאגידיים, ובבסיסם עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, יכולים גם הם ללמוד מהביקורת המזרחית. לצד יתרונותיהם הברורים בריכוז ניהול הנכסים, בהגברת ההתמחות ובהוזלת עלויות העסקה, מבנים תאגידיים עלולים לשמש גם מכשירים להונאה, לקיפוח נושים ולעקיפת החוק. כאשר מדובר בהדרה של אוכלוסיות מוחלשות ובפגיעה בהן, מבנים תאגידיים יכולים לשמש – ואף משמשים – מסגרות משפטיות להסוואת הפגיעה בזכויות-יסוד ולהסתת הדיון המשפטי משאלת הפגיעה בערכי השיטה לדיון סבוך וטכניקרי בהליך קבלת ההחלטות במבנה התאגידי.

שיח ביקורתי שנשען על ההיסטוריה של הפליית המזרחים והכחשתה יאפשר למשפחת פלטיין ולבני-הזוג ד' וב' לטעון להפליה בשל מזרחיותם, או בשפה אחרת – בשל אחרותם. הם יוכלו לעשות זאת מבלי להצביע על המניע הסמוי המדויק של ההפליה הספציפית, יהא זה משקל, גיל, נטייה מינית, צבע עור, מוצא או התאהבות במי שמוצאו אינו רצוי. ד' – שהתאהבה במי שאינו חלק מהקיבוץ שבו היא נולדה – ובן-זוגה הופלו בשל אחרותם. פרוצדורת ההצבעה העידה יותר מכל על העדר יחס שוויוני למועמדותם לחברות באגודה. הוטחו בהם האשמות, הסתירו מהם את חריגה מהוראות התקנון, מנעו מהם את האפשרות להגן על שם, אך יותר מכל – הדירו באיומים ובהשפלה אם צעירה ממקום הולדתה והפרידו אותה מהוריה על בסיס טענה פתלתלה של כללי משחק גלויים. משפט שמכיר בפרספקטיבה מזרחית ובהיסטוריה של הפליית המזרחים, משפט שמבין את מניעיה ומופעיה של ההפליה, צריך להגן על זאת שאין לה ממון או ייצוג משפטי, ולהעביר את נטל ההוכחה לוועדת הקבלה. מי שמבקש להדיר אנשים ממשאבי הציבור, גם אם הם משמשים מבנים קהילתיים, ייאלץ להסביר מדוע קשה לקהילה לקבל מיעוט ומדוע היא מבקשת אחדות? ייתכן מאוד שהנטל שפרספקטיבה זו תיצור יצמצם עד-מאוד את שיקול-דעתם של מקבלי ההחלטות בהליכי קבלה; ייתכן גם שפרספקטיבה זו תוביל להרמת מסך ההתאגדות במקרים המתאימים ולהפרדה של החברות באגודה מזכויות הקניין בנכסי המקרקעין; וייתכן אף שבחינה ביקורתית זו תעביר את ההחלטה לגורמים חיצוניים. עם זאת, ההיסטוריה של יחסה של ישראל לאחרים, למזרחים, מחייבת אותנו לעצב דרך חדשה אשר תכיל את האחר, תחזק את יתרונות הגיוון וההפריה ההדדית, ותכיר בשונות שנמצאת באופן בלתי-נמנע – זמני או ממושך, גלוי או סמוי – בכלנו.