

“לא רואים עליך” – מלכוד העמימות של זהות מזרחית בפסיקת הפליה במועדונים

יופי תירוש*

מאמר זה בוחן כיצד זהות מזרחית משתקפת מהפסיקה על הפליה במועדוני ריקודים. מאז נחקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000, נקרא המשפט הישראלי לדמיין את המתרחש בכניסה למועדוני ריקודים ולעצב את הדוקטרינה המשפטית לליבון תביעות הפליה בזירה זו. החוק חל על מגוון רחב של שירותים ומוצרים, אך תלונות של בליינים מזרחים שלא הורשו להיכנס למועדונים היו הזרז לחקיקתו, ואכן נתח נכבד מההתדיינות לפי חוק זה עוסקות בהן.

טענת הפליה על רקע ארץ מוצא היא עילת ההפליה השכיחה ביותר בתביעות נגד מועדונים. ניתוח אמפירי וטקסטואלי של מאות פסקי-הדין שניתנו בחמש-עשרה השנים הראשונות לחוק, לצד מתודולוגיות נוספות דוגמת תצפיות בכניסה למועדונים וראיונות עם סלקטוריות וסלקטורים, מגלה כי השתרש בפסיקה נוהג שלפיו השופטים מסתמכים על מראה-עיניהם כדי להכריע עד כמה התובעים נראים מזרחים ואם ראוי לקבל או לדחות את טענת ההגנה של המועדון כי לא מוצאם של התובעים גרם לסירוב להכניסם למועדון. פסקי-הדין מוסרים דיווח ביחס למאפיינים במראהו של התובע – כגון צבע שערו וגוון עורו – המעידים לכאורה על מוצאו. נוסף על כך, ככל שהתובע נתפס כ"נורמטיבי" יותר באורחותיו, בהשכלתו או בעיסוקו, כך סיכוייו לשכנע שמוצאו המזרחי השפיע על היחס

* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. בשנים 2017–2020 כיהנה כראש בית-הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר. מחקר זה נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1734/18) ועל-ידי מרכז-על ע"ש צגלה למחקר בין-תחומי של המשפט באוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לעוזרי-המחקר שסייעו במלאכה המורכבת של קידוד מסד הנתונים של פסקי-הדין: שי אוקסנברג, ויקי צריצין, לירז יפה, מיכאל קגזנוב ושירן מאי. כן תודה לדפנה הקר ולתמר קריכלי-כץ, שחנכו אותי בנדיבות ובסבלנות לעולם המחקר האיכותני והמחקר האמפירי; לאייל גרוס, לאיסי רוזן-צבי ולאדם שנער – על דיונים מאירי-עיניים; ולאורי צדוק ולהילה דגן – על ליווי נאמן בתצפיות על כניסות למועדונים בשעות הקטנות של הלילה. תודה גם לזהר כוכבי על הערותיו לטיוטות מוקדמות של מאמר זה. כותרת המאמר שאבה השראה ממאמרה החשוב של הנרייט דהאן-כלב "כמה שאת יפה, לא רואים שאת מרוקאית" מורות בישראל: מבט פמיניסטי 174 (מיכל צלרמאיר ופנינה פרי עורכות 2002).

שקיבל פוחתים. מבלי משים, אם כן, בתי-המשפט מספקים דין-וחשבון המבוסס על ידע שהוא מובן מאליו לכאורה בדבר מאפייני המזרחיות, תוך נסיון-שווא להשיג ודאות ביחס למזרחיות, שהיא קטגוריה זהותית לא-יציבה שאינה נכנעת בקלות לנסיונות סיווג. וכך, באופן פרדוקסלי, פסקי-הדין העוסקים בחוק שתכליתו למנוע הפליה מקבעים תפיסות סטריאוטיפיות החותרות תחת תכלית זו.

המאמר מציע היפוך במבנה הראייתי בתיקי הפליה במועדונים – שלב שממילא אין בו צורך ממשי, מכיוון שככלל מועדונים מסננים מבקרים בשל תפיסות רוויות תיוג שלילי בדבר השתייכותם הקבוצתית. היפוך נטלי הראיה כך שהמועדון יצטרך להדגים מהו הבסיס לדחיית התובע אם לא מוצא, או לחלופין הליכה בדרך צנועה יותר של שימוש רחב יותר בחוקות הקיימות בחוק להיפוך נטל הראיה, יחסכו את הצורך באבחון משטיח ומשפיל של מוצא מזרחי, ויקדמו את השגת תכלית החוק.

הקדמה. א. You Know It When You See It – כיצד שופטים מכריעים בדבר זהותם העדתית של התובעים: 1. הדוקטרינה הראייתית בתיקי הפליה במועדונים ואתגר העמימות של הזהות המזרחית; 2. קביעת מוצא מזרחי כממצא מובן מאליו ואגבי; 3. הסתייגות שיפוטית מהצורך לסווג זהות עדתית. **ב. הבעייתיות שבהסתמכות על העין השיפוטית לצורך קביעת ממצא בדבר מזרחיות:** 1. החיפוש אחר זהות מובהקת; 2. המלכוד של מוצא מזרחי בהעדר הביטוס מזרחי; 3. מיצוב ונרמול מלאכותיים של זהות מזרחית; 4. כאשר רשות מדינתית מספרת לתובע אם הוא נראה מזרחי. **ג. הצעה נורמטיבית:** 1. האם החוק משיג את תכליתו? 2. הצעה להיפוך נטלים ראייתיים: המוציא את חברו – עליו הראיה. **ד. סיכום.**

הקדמה

הכניסה למועדון הריקודים היא זירה שהמשפט הישראלי נקרא לחשוב עליה ולדמיין את טיבה מאז נחקק חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה או החוק). כידוע, אף שהחוק אוסר הפליה בהקשרים רבים ומגוונים של פעילות פומבית ומסחרית (כגון תעבורה, תקשורת ושירותים פיננסיים), הזרז לחקיקתו היה הסינון המפלה ("סלקציה") המתרחש בכניסה למועדונים.¹ כך, אף שהחוק מונה ואוסר עילות הפליה רבות, עילת הפליה שעמדה בבסיס הדמיון המשפטי של

1 דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשס"א–2000, ה"ח 370; פרוטוקול ישיבה מס' 107 של הכנסת ה-15, 185 (22.5.2000) <https://bit.ly/3wnZi6F>, דברי שר המשפטים יוסי ביילין בקריאה הראשונה בכנסת על הצעת החוק האמורה ("כך אנו שומעים, למשל, שאנשים בעלי חזות מזרחית אינם מורשים להיכנס למקומות בילוי"); פרוטוקול ישיבה מס' 164 של הכנסת ה-15, 26 (11.12.2000) <https://bit.ly/3D9b71N>, דברי חבר הכנסת אליהו בן-מנחם ממפלגת ישראל אחת ("החוק עבר כאן בקריאה שנייה ושלישית, ואני פונה בעיקר לבעלי המועדונים הגזענים, אדם שיפלה איש אחר על רקע צבע, על רקע צורה, יועמד לדין").

המחוקקים הייתה עילת ארץ המוצא, או בניסוח ישיר יותר – המניע העיקרי לחקיקת החוק היה הפליית מזרחים.

מניע ראשוני זה אכן משתקף בתביעות הפליה במועדונים. מזרחים הם התובעים המרכזיים בתיקים אלו. מבדיקה אמפירית שערכת² עולה כי מאז נחקק החוק קצת יותר ממחצית התביעות המדווחות במאגרי הפסיקה עוסקות בהפליה בכניסה למועדונים (להבדיל מהפליה במוצרים ובשירותים אחרים). עילת ההפליה המרכזית הנטענת בתביעות המועדונים (בכ-40% מתיקי ההפליה במועדונים שדווחו) היא הפליה על רקע מוצא מזרחי. עילת התביעה השנייה בשכיחותה היא הפליה על רקע מוצא לאומי (כאשר התובע טוען שהפלו אותו מכיוון שהוא ערבי). אולם 80% מתביעות ההפליה בגין מוצא ערבי הוגשו על-ידי אותו תובע סדרתי, בעוד בתביעות של מזרחים טענת הסדרתיות נטענה פעמים ספורות בלבד, כך ששיעור התובעים שתבעו בגין הפליה על רקע מוצא מזרחי אף גדול מ-40%. עילות תביעה אחרות, כגון הפליה נגד יוצאי אתיופיה או הפליה על רקע גיל או מין, מדווחות בפסיקה במקרים ספורים בלבד. כמוכך, מהעובדה שרוב התובעים טוענים להפליה בגין מוצא מזרחי אי-אפשר להסיק שבפועל שיעור ההפליה כלפי ערבים, למשל, נמוך יותר. אדרבה, ייתכן שעוצמת ההפליה נגד ערבים גורמת לכך שהם יודעים שאין להם סיכוי להיכנס למועדון, ולכן נמנעים מראש מלהגיע למועדונים באזורים יהודיים. לחלופין, ייתכן שהם מגיעים למועדונים כאלה, נדחים בשל מוצאם הלאומי אך אינם מגישים תביעות – בין בשל העדר מודעות לזכויותיהם, בין בשל העדר גישה לייצוג משפטי, ובין בשל ניכור כלפי מערכת המשפט הישראלית או חוסר אמון באפשרותם לקבל סעד משפטי.³

מאמר זה יציג חלק מממצאיו של מחקר מקיף העוסק בהסדרה המשפטית של "סלקציה" במועדוני ריקודים תחת "חוק המועדונים" או "חוק הסלקטורים", כפי שהוא מכונה בציבור. המחקר השתמש בכמה מתודולוגיות על-מנת לקבל תמונה שלמה ככל האפשר של המתרחש בתחום משפטי זה: ראיונות איכותניים עם סלקטורים, תצפיות על המתרחש בכניסה למועדונים, וניתוח אמפירי ונרטיבי של כל פסיקת ההפליה במועדונים שדווחה במאגרי המידע המשפטיים בתשע-עשרה השנים הראשונות מאז נחקק החוק (מסוף שנת 2000 עד סוף שנת 2019).

המאמר מתרכז בממצאים מניתוח פסקי-הדין ובפרספקטיבה השיפוטית על זהות מזרחית. עם זאת, בנקודות מסוימות מובאים כמאמר גם ציטוטים ותמונות שעלו בראיונות שקיימתי עם

2 לצורך מחקר זה קודדו כל הפסיקות בתביעות הפליה לפי חוק איסור הפליה שמדווחות במאגרים המשפטיים עד סוף שנת 2019, תוך התייחסות לנתונים אמפיריים כגון שיעור הפיצוי וההוצאות שנפסקו, זכייה או הפסד, עילת התביעה (הפליה על רקע מין, על רקע מוצא וכולי). כן קודד תוכנם של היגדים, כגון התייחסות למראהו החיצוני או למוצאו של התובע, התייחסות לזיקת אחד הצדדים לצבא או לכוחות הביטחון, ועוד. בסך-הכל נמצאו 281 תיקי תביעה לפי החוק (לרבות בערכאות ערעור במקרים ספורים), ומתוכם 153 היו תיקי תביעה בגין הפליה בכניסה למועדוני ריקודים. מתוך תביעות אלו, 63 הן תביעות של מזרחים.

3 לדיון דומה בקשיים המתודולוגיים המכבידים את האפשרות להסיק מנתונים אמפיריים מסקנות ביחס להיקף הפליה ולדרכי מניעתה, בהקשר של הפליה בתעסוקה, ראו גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" **האם המשפט חשוב?** 223 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010).

סלקטורים וסלקטוריות. אלה מובאים כדי לחזק טענה ביחס לפרקטיקה הרווחת בכניסה למועדונים, ולעיתים כדי להצביע על פער בין המתואר בפסקי־הדין לבין העולה מ"השטח". כדי להבין את שגרת העבודה של סלקטורים וכיצד הם עצמם רואים את תפקידם ואת העקרונות שלפיהם הם מחליטים מי ייכנס למועדון ומהו סלקטור טוב, ראינתי חמישה־עשר סלקטוריות וסלקטורים⁴ לפי גישת התיאוריה המעוגנת בשדה.⁵ המרואיינים עבדו במועדונים מסוגים שונים – בתל־אביב, בבאר־שבע ובחיפה, בקיבוצים וביישובים קהילתיים, במועדונים לצעירים ולמבוגרים, בארגון מסיבות לקהילה הלהט"בית, ליוצאי ברית־המועצות־לשעבר ועוד. כדי לאתר מרואיינים, פרסמתי בעמוד הפייסבוק שלי שאני מבקשת לראיין סלקטורים, ביקשתי מאגודות סטודנטים במוסדות שונים לפרסם זאת גם בעמודים שלהם, וכן פניתי לחברים הנוהגים לבלות במועדונים וביקשתי הפניות וחיבורים על בסיס היכרות אישית. כמו־כן, סלקטורים שראיינתי הפנו אותי לעמיתים (במה שנהוג לכנות בתחום המחקר האיכותני "שיטת כדור השלג").⁶ חוץ ממרואיין אחד, שעבד עדיין בתחום בזמן הראיין, כל המרואיינים כבר לא עבדו כסלקטורים. עם זאת, תנאי הראיין היה שהם עבדו כסלקטורים עד לפני שנה וחצי לכל־היותר, על־מנת שהזיכרון יהיה טרי יחסית. הראיונות היו חצי־מו־כִּנִּים.⁷ הפסקתי אחרי חמישה־עשר ראיונות, משניכר מהם שהגעתי ל"רוויה" והתמות והנרטיבים חזרו על עצמם.⁸ הראיונות תומללו, והתמות שעלו מהם חולצו ומופו בעזרת תוכנת ATLAS.ti. הסלקטורים התפלגו כמעט שווה בשווה מבחינה מגדרית.

את ניתוח פסקי־הדין והראיונות השלמתי בעזרת תצפיות בכניסה למועדונים גדולים וקטנים באזור תל־אביב בשעות הלילה המאוחרות ובשעות הבוקר המוקדמות. למעט במועדון אחד, מועדון גדול שבו הזמין אותי הסלקטור להיכנס אל מאחורי המחסום ולעמוד לידו, בכל המועדונים עמדתי בצד והשקפתי על המתרחש יחד עם חבר או חברה. תוך כדי תצפית הקלטנו את מראה־עינינו ואת תוכנו־הדבר באמצעות דיבור למכשיר הטלפון הנייד.

- 4 הראיונות אושרו על־ידי ועדת האתיקה באוניברסיטת תל־אביב.
- 5 Kathy Charmaz, *The Grounded Theory Method: An Explication and Interpretation*, in CONTEMPORARY FIELD RESEARCH: A COLLECTION OF READINGS 109 (Robert M. Emerson ed., 1983); ANSELM STRAUSS & JULIET CORBIN, *BASICS OF QUALITATIVE RESEARCH: GROUNDED THEORY PROCEDURES AND TECHNIQUES* (1990).
- 6 Chaim Noy, *Sampling Knowledge: The Hermeneutics of Snowball Sampling in Qualitative Research*, 11 INT'L J. SOC. RES. METHODOLOGY 327 (2008).
- 7 ANNE GALLETTA, *MASTERING THE SEMI-STRUCTURED INTERVIEW AND BEYOND: FROM RESEARCH DESIGN TO ANALYSIS AND PUBLICATION* (2013).
- 8 Glenn A. Bowen, *Naturalistic Inquiry and the Saturation Concept: A Research Note*, 8 QUALITATIVE RES. 137 (2008); Patricia I. Fusch & Lawrence R. Ness, *Are We There Yet? Data Saturation in Qualitative Research*, 20 QUALITATIVE REP. 1408 (2015); Greg Guest, Arwen Bunce & Laura Johnson, *How Many Interviews Are Enough? An Experiment with Data Saturation and Variability*, 18 FIELD METHODS 59 (2006); Peter Bryan Marshall, Peter Cardon, Amit Poddar & Renee Fontenot, *Does Sample Size Matter in Qualitative Research?: A Review of Qualitative Interviews in IS Research*, 54 J. COMPUTER INFO. SYS. 11 (2013).

כחוקרת בתחום דיני איסור ההפליה, המוטיווציה שלי לחקור את המתרחש בדלת הכניסה למועדונים נולדה כתוצאה מהתסכול המוכר לכל מי שחוקר הפליה. הפליה היא תופעה מתעתעת: למי שחווה אותה היא מורגשת ומוחשית בדרך-כלל, אבל למתבוננים מהצד היא חמקמקה ולרוב בלתי-נראית,⁹ ולמשפטנים קשה להוכיח את קיומה. יתרה מזו, המחקר האמפירי מלמד שכיום ההפליה מתרחשת פעמים רבות לא עקב יישום עקרוני ומודע של דעות קדומות ביחס לקבוצות חברתיות מסוימות, אלא כתוצאה של הטיית, סטריאוטיפים ותיוגים שליליים לא-מודעים.¹⁰ בהקשרים רבים, כגון תעסוקה או הקצאת נגישות למשאבים (דוגמת הזכות לגור ביישוב קהילתי), קשה לאתר את הרגע שבו היא מתרחשת ואת מניעיה, וקשה להוכיחה. התשובה לשאלה מדוע מעסיקים הממיינים מועמדים למשרה הזמינו לריאיון או בחרו דווקא מועמד מסוים מבין כלל המועמדים מורכבת מאינספור משתנים, והמורכבות של איתור ההפליה אף מתגברת בהקשרים של החלטות בינריות פחות, כגון קצב הקידום או קביעת השכר.

אל המחקר הנוכחי הגעתי אם כן מתוך כמיהה לבחון אתר שבו הנחתי כי ניתן "לראות את ההפליה בעיניים". הנחתי שכאתר תחום בזמן ובמרחב, שבו מתקבלות החלטות בינריות של נכנס/לא-נכנס, הכניסה למועדון תספק הזדמנות לחזות בהפליה באופן ישיר ולנתח ביתר קלות את הדינמיקה שלה. פה, חשבתי לעצמי, הסיטואציה היא פשוטה יחסית: יש החלטה נקודתית של כן/לא המתרחשת בן-רגע. במצב כזה בליין שסבור שהסיבה שהוא לא הורשה להיכנס למועדון התבססה על שיקולים הקשורים לאחת מעילות ההפליה האסורות יכול לבסס עלילת תביעה לפי חוק איסור הפליה.

אלא שבמהלך המחקר התברר עד-מהרה שהנחה זו שגויה. תמה חוזרת שעלתה מכל הזירות שנתחו היא שגם באתר של הכרעות הקצאתיות אד-הוק ההפליה נותרת חמקמקה ועמומה. מיפיתי שלושה רבדים של עמימות בזירת ההפליה במועדונים. ראשית, קיימת עמימות ביחס לשאלה אם התרחשה כאן בכלל החלטה הקצאתית מפלה. לנוכח פרקטיקת הסינון בכניסה למועדון קשה להכריע אפילו אם נמנעה בכלל כניסתו של אורח פוטנציאלי, שכן הדרך הנפוצה ביותר למנוע מאורח כניסה היא לבקש ממנו להמתין בצד, והוא זה שמחליט לבסוף לוותר.¹¹ היבט שני של עמימות הוא הסתייגותם של השופטים הדנים בתיקי מועדונים מלהכיר בנזק שאינו נתפס בעיניהם כמובהק, כפוגעני, כ"דוקר את העין". על-מנת לקבל פיצוי משמעותי, בתי-המשפט מבקשים לראות פגיעה רגשית ממשית ואותנטית (למשל, בדמות התבטאות גזענית ישירה של נציג המועדון). לכן פעמים רבות הם אינם מפעילים די הצורך את החזקות הראייתיות שבחוק המעבירות את נטל ההוכחה אל הנתבע, כלומר, מעבירות אל בעל המועדון את הנטל להוכיח שלא התקיימה הפליה. לכן השופטים גם מסויגים בדרך-כלל מ-case testers

9 שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (1999).

10 Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COLUM. L. REV. 458 (2001); שרון רבין-מרגליות "שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט טו 7, 23–26 (2018).

11 ראו חלק ג' להלן, בעיקר ליד ה"ש 101.

או מתובעים סדרתיים, כי הנזק שנגרם להם הוא לכאורה חמור פחות, שהרי הם ציפו להיות מופלים.¹² הרובד השלישי של עמימות הוא ביחס לשאלה מי מוגן על-פי החוק – מיהם קורבנות ההפליה שהחוק מזהה ככאלה. המאמר יתמקד בהיבט אחרון זה של עמימות, כלומר, בעמימותה של הזהות המזרחית ובאתגר שעמימות זו מציבה לבתי-המשפט בהכרעותיהם בתביעות הפליה במועדונים. אף שהפליה על רקע מוצא מזרחי היא עילת התביעה המרכזית בפסיקת המועדונים, ההגדרה של מיהו מזרחי לצורך זכאות להגנת החוק מפני הפליה נותרת בפסקי-הדין עמומה על כל היבטיה.

בחלק א אדגים כי שופטים רואים את עצמם מחויבים – עקב פרשנותם בנוגע למבנה הראייתי של החוק – להכריע כממצא עובדתי בשאלה אם הסלקטורית¹³ תפסה את התובע כמזרחי. צורך זה מייצר קונוונציות שיח בפסקי-הדין בדבר ״מראה מזרחי״, שנעות בין הכרעה ישירה ו״קומון-סנסטי״ בדבר מוצאו העדתי של התובע, על-סמך מראה-עיניו של השופט, לבין שימוש באמצעים רטוריים המבטאים אי-נוחות מהצורך לבסס ממצא עובדתי כזה ומנסים לעקוף אותו בדרכים שונות. חלק זה יסקור, באמצעות דוגמאות רבות מהפסיקה, את מופעי השונים של כתיבה שיפוטית על זהות מזרחית ואת הדילמות המשתקפות ממנה.

בחלק ב אדגים ואנמק מדוע אופני הכתיבה השיפוטיים על זהות מזרחית הם בעייתיים. אראה כי בתי-המשפט מבטאים שאיפה לסדר חברתי-משפטי שבו ניתן לסווג זהויות באופן יציב. כן אראה שכמיהה זו מובילה לקושי בהתמודדות עם טענות של תובעים שמאפייניהם אינם מתיישבים עם הסטריאוטיפים השליליים המיוחסים למזרחים. אטען כי אף שהקביעות השיפוטיות נעשות מתוך כוונה לברר אם התביעה מבוססת ולקדם את המלחמה בתופעת ההפליה בכניסה למועדונים, האפקט שלהן מנוגד לתכליתן. במילים אחרות, אטען כי נסיונות השופטים ללכוד ולהגדיר את הזהות המזרחית לצורך הכרעה בתיקי הפליה במועדונים גורמים נזק מכיוון שהם חותרים תחת תכליתם של דיני איסור ההפליה ומייצרים דין-וחשבון משטיח של זהות מזרחית. נסיונות אלו פועלים לשעתוק תפיסה רדוקטיבית של זהות מזרחית,

12 ראו גיל גן-מור ״הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי״ **מעשי משפט** ט 207, 216–218 (2018); גיל גן-מור ״עמרי קיס לוחם שוויון [?]״ בעקבות ת״א (קריות) 62451-11-15 קיס נ' גאטו – קפה מסעדה בע״מ״ ״המשפט״ **ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 92, 5, 14–15 (2019). מגמה זו של דחיית משקלן של תביעות הפליה המוגשות כתוצאה ממבחן יזום, ולא מאירוע ספונטני, מנוגדת למגמה במשפט המשווה. כך, למשל, בצרפת ובבלגיה הוכר בראשית שנות האלפיים התוקף המשפטי של situational testing, ותובעים יכולים להציג ראיות שלפיהן הנתבע פעל באופן מפלה כלפי אחרים על רקע מין, גזע וכולי, לפי העניין. ראו Julie Ringelheim, *The Burden of Proof in Anti-discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland*, 2019(2) EUR. EQUALITY L. REV. 49, 58–60. בשוודיה ראה על מקרה-בוהן שבו הפלה הנתבע על אותו רקע די בה להעביר את נטל ההוכחה מהתובע לנתבע. ראו גלעד נוה **ההסדרה של שיטות מיון וסינון (״סלקציה״) בכניסה למקומות בילוי – סקירה משווה** 17 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010).

13 אני מתייחסת לתפקיד זה במהלך המאמר בלשון נקבה מכיוון שהתרשמתי מהראיונות שקיימתי היא שיש בו רוב מוצק של נשים. לצד הסלקטוריות בכניסה למועדון יש גם מאבטחים, שהם בדרך-כלל גברים. אין זה נדיר לשמוע סלקטוריות מסבירה שדווקא היותה אישה הוא יתרון מבחינת ריסון אלימות אפשרית כלפיה בכניסה וטיפול תדמית שלה כמארחת, ולא כמסננת בליינים.

המעמיקה תפיסות מהותניות וסטריאוטיפיות שלה. תוצאה זו קשה במיוחד כאשר מדובר בקביעה של גוף ציבורי – בית־משפט – המתבונן על צד לתביעה וקובע בפסקנות אם הוא נראה מזרחי ומדוע.

במטרה להתקדם מעבר לביקורת, המאמר לא יסתפק בהסבר מדוע הפרקטיקות השיפוטיות הקיימות הן מטרידות, אלא יפתח, בחלקו השלישי, הצעה נורמטיבית לשינוי המבנה הראייתי בליטיגציה על הפליה במועדונים ובכניסה למקומות בידור אחרים, באופן שייתר אבחון משטיח ומשפיל של מוצא מזרחי. אציע להפוך את נטלי הראיה בתביעות על הפליה בכניסה למועדונים, כך שאחרי שהתובע ירים נטל ראשוני ונראה כי לא הורשה להיכנס למועדון, יעבור הנטל לנתבע, שיצטרך להראות שהשתייכותו הקבוצתית של התובע לאחת מהקבוצות המנויות בחוק לא היוותה שיקול במניעת כניסתו.

א. You Know It When You See It – כיצד שופטים מכריעים בדבר זהותם העדתית של התובעים

1. הדוקטרינה הראייתית בתיקי הפליה במועדונים ואתגר העמימות של הזהות המזרחית

יפעת ביטון מכנה את הזהות המזרחית במשפט "אין" כ"ש" – זהות נוכחת־נפקדת.¹⁴ לגבי קבוצות אחרות שהיו חשופות לדפוסים של הפליה, כגון נשים או ערבים, ספרי החוקים והתקנות מכילים טביעות־רגליים ליחס שונה כלפיהן. אולם לגבי מזרחים, מראה ביטון, המצב שונה. אין כללים משפטיים שמקצים מפורשות משאבים באופן שונה למזרחים ולאשכנזים, וממילא גם אין הגדרה משפטית של מזרחים או של מזרחיות.

זהות היא דינמית ותלויה בהקשר החברתי, אך כפי שמשקף מהראיונות עם סלקטוריות ומפסקי־הדין בתביעות הפליה במועדונים, יש זהויות שהטקסונומיה שלהן בעיני השחקנים החברתיים והשופטים מובהקת ובינרית יותר, ויש זהויות מאתגרות ונזילות יותר, המצויות על רצף. כך, כאשר אישה מגישה תביעה בשל הפליה בכניסה למועדון, אין כל התעככות בפסיקה על השאלה המקדמית אם היא נתפסה כאישה – מינה ברור מאליו, כהנחה מוקדמת "שקופה". כך גם כאשר מדובר בקבוצות אחרות שזהותן מובהקת לכאורה וניתנת לפענוח בקלות, כגון יוצא אתיופיה¹⁵ או אדם המשתמש בכיסא־גלגלים שלא הוכנס למקום ציבורי בשל מוגבלותו.¹⁶

14 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'ש'" משפטים מא 455, 467–468, 486–488 (2011) (להלן: ביטון "מזרחים במשפט").

15 כך, בפסקי־הדין שעניינם הפליה של יוצא אתיופיה לא עולה כלל השאלה לגבי מוצאו של התובע, ובוודאי אין מחלוקת ראייתית בשאלה אם הוא נתפס כיוצא אתיופיה על־ידי הנתבעים. ראו, למשל, תע"א (אזורי ת"א) 9690-09 אבבה – א.א. מוקד 101 בע"מ (נבו 23.10.2012).

16 ראו ת"א (שלום ת"א) 15/97 שמיסאן נ' מסערת גני רוזמרי (נבו 12.1.1999).

לעומת זאת, כאשר מדובר בתובע¹⁷ מזרחי, ובמידה מסוימת גם כאשר מדובר בתובע ערבי,¹⁸ אנחנו נתקלים בקושי האפיסטמולוגי: כיצד יוכרע אם הסלקטורית ידעה שהוא מזרחי? וגם אם היא ידעה שהוא מזרחי, איך נדע שהיא הפלתה אותו מפני שהוא מזרחי? הוראתו המרכזית של חוק איסור הפליה, הקבועה בסעיף 3, אוסרת על ספקי מוצרים ושירותים ומפעילי מקומות ציבוריים להפלות "מחמת" רשימה ארוכה של עילות (גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, גיל, הורות ועוד). אך הוראה זו אינה מבארת כיצד יש להכריע אם הספק או המפעיל שהחוק חל עליו אכן הפר את הציווי "לא יפלה". בתי-המשפט מפרשים את המבנה הראייתי של החוק כמצריך הכרעה עובדתית בדבר מראהו של התובע. כתנאי מקדמי לטענת התובע שהוא לא הוכנס בשל מוצאו, בתי-המשפט רואים את עצמם כמחויבים להכריע אם הסלקטורית אכן תפסה את התובע כמזרחי. זוהי פרשנות סבירה ומובנת, אלא שעממותה ואי-יציבותה של הזהות המזרחית בישראל, ובוודאי של הדרכים שבהן היא ניכרת או אינה ניכרת לעין, מתפרשים על-ידי השופטים – באופן מובן וסביר אך מעורר בכלל-זאת קשיים – כמצריכים קביעה שיפוטית ביחס למוצאו של התובע לפי מראה-עיניהם.¹⁹ ממצא עובדתי כזה, ביחס לקשר בין מראה למוצא, נדרש גם כדי להפעיל כל אחת מהחזקות שבחוק המעבירות את נטל ההוכחה לנתבע. רשימת החזקות הראייתיות בסעיף 6 לחוק כוללת ארבעה סוגים חלופיים של נסיבות שאם התובע מוכיח כי אחד מהם התקיים, הנטל עובר לנתבע להוכיח שלא הפר את איסור ההפליה שבסעיף 3. למעט החזקה ראשונה (בסעיף 6(1)), הקובעת כי בירור פרטים הנוגעים בעילות איסור ההפליה המנויות בסעיף 3 מקים חזקה ראייתית שהתקיימה הפליה, שלוש החזקות האחרות מכילות דרישה שהפעילות המפלה תופנה "לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3" (להלן: קבוצה מוגנת) ולא תופנה למי שאינם נמנים עם קבוצה כזאת. כך, סעיף 6(2) קובע שאם הנתבע לא

17 ביחס לתובעים בתיקי הפליה במועדונים נכון לנקוט לשון זכר, שכן באופן כללי ניתן לקבוע כי סינון המבקרים בכניסה למועדון הוא סינון של מבקרים גברים. נשים מורשות ככלל להיכנס למועדון, למעט אם הן ממש שיכורות, מסוממות או אלימות. מכיוון שנוכחותן של נשים היא רבת ערך ונחשבת כמעלה את איכות המסיבה, ומכיוון שבדרך-כלל יש יותר גברים מנשים בסצנת הבילוי, נהוג – כפי שעלה גם מן הראיונות עם הסלקטורים – לנהל בקרה ולווסת את היחס בין מספר הנשים למספר הגברים במועדון. כך, למשל, לחבורה של גברים שאין איתם נשים יהיה קשה יותר להיכנס למועדון אם אין בו מספיק נשים באותה עת. נוסף על כך, נהוג לתמרץ כניסת נשים על-ידי הטבות כגון כניסה בחינם או משקה חינם, גיל כניסה מינימלי צעיר יותר ועוד. אין להסיק מכך שנשים אינן מופלות בכניסה למועדונים. כפי שהסביר השופט ג'ובראן בפרשת **פרוויאנסקי**, התמריצים משקפים תפיסה של נשים כפרס, כאובייקט המושך את הגברים. ראו רע"א 8821/09 **פרוויאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ**, פסק-דינו של השופט ג'ובראן (נבו) (16.11.2011). זו גם התפיסה שעלתה מהראיונות עם הסלקטורים. כן ראו ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 **מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (נבו) (30.8.2016) (החלפת צמיג בחינם לנשים) והסימפוזיון שהוקדש לתיק זה לאחרונה בכתב-העת **עיוני משפט**: תמר קריכלי-כץ "אי-שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית – מחשבות בעקבות פסק-הדין בעניין מירב נ' אי.די.איי." **עיוני משפט** מב 271 (2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 26994-08-18 **בכר נ' ר.ג.ע. ניהול ברים בע"מ**, פס' 4.2–4.3 (נבו) (13.1.2020) (סקירת הדין והתיאוריה בשאלה אם קביעת גיל כניסה ומחיר כניסה נמוכים יותר לנשים היא גם הפליית נשים או רק הפליית גברים).

18 עוד על הקשר שבין זהות ערבית לזהות מזרחית ראו בחלק ב1 להלן.

19 על האפשרות לפרש ולהפעיל את הוראות החוק בצורה אחרת ראו בחלק ג2 להלן.

סיפק את המוצר או השירות לנמנים עם בני קבוצה מוגנת אך סיפק אותו באותן נסיבות לאחרים, החזקה קמה; סעיף 6(3) קובע שאם הנתבע החיל תנאים שונים להספקת המוצר או השירות לבני הקבוצה המוגנת לעומת אחרים, החזקה קמה; וסעיף 6(4) קובע כי עיכוב בני קבוצה מוגנת אך לא אחרים יקים גם הוא חזקה ראייתית.

ברור, אם כן, כי הן לצורך הכרעה בדבר קיומה של הפליה לפי סעיף 3 והן לצורך הכרעה בדבר התקיימות אחת החזקות שבסעיפים 6(2)–(4), השופטים רואים את עצמם מחויבים להכריע אם היחס השונה שניתן לתובע מבוסס על ארץ המוצא שלו. כמוסבר באחד מפסקי-הדין:

צירופם של שני הסעיפים האלו [סעיפים 3 ו-6 לחוק – י' ת' מוביל למסקנה כי המחוקק לא ביקש לשנות את הכלל הבסיסי, המטיל את נטל הוכחת התביעה על התובע. נטל זה אינו משתנה גם כשהתובע טוען להפלייתו... כיוון שכך, מוטל על מי שמבסס את תביעתו על החוק, להוכיח כי ההפליה כנגדו נעשתה בשל השתייכותו לאחת מהקבוצות או בשל איפיונו על פי אחד המאפיינים המנויים בסעיף 3 לחוק.²⁰

לכן במקרים רבים בתי-המשפט קובעים כי אין די בעצם אי-ההכנסה למועדון לבסס עילת הפליה, אלא יש להוכיח את הרלוונטיות של ההשתייכות לאחת הקבוצות המזוהות בסעיף 3. כך, למשל, באחד מפסקי-הדין נקבע כי –

אמנם, מדובר ככל הנראה בהתנהגות שרירותית, אולם אין די בה כדי להוכיח כי כניסתם של התובעים למועדון נמנעה על רקע אחד אחת העילות המנויות בסעיף 3 לחוק, ואין די בהוכחת הטענה לפיה כניסתם נאסרה – וכניסת אחרים הותרה.²¹

אם לסכם הסבר מקדמי זה, בתיקי הפליה בכניסה למועדונים בתי-המשפט מבקשים להשתכנע שהסלקטורית פעלה על בסיס ארץ מוצא או לאום. התובע טוען שזה מה שקרה, ואילו המועדון טוען שהסלקטורית לא ידעה כלל שהוא מזרחי או לא שמה לב למזרחיותו, אלא היה לה טעם אחר לאי-הכנסתו, כגון תפוסה מלאה, אי-היכללותו ברשימת המוזמנים של המסיבה הסגורה, היותו שיכור או אלים, וכיוצא באלה.

2. קביעת מוצא מזרחי כממצא מוכן מאליו ואגבי

בפסקי-דין רבים השופטים משתמשים במראה-עיניהם כדי לקבוע בכתב, על-סמך הבחינה החזותית שהם עורכים באולם המשפט, אם הטענה שהתובע הופלה על בסיס מוצאו המזרחי היא משכנעת, וזאת בדרך של קביעת ממצא עובדתי לגבי חזותו של התובע. כמה ציטוטים מפסקי-הדין ידגימו קונווציה שיחנית זו:

20 תא"מ (שלום ת"א) 44557-06-13 קיס נ' אקסטרים טנגו הפקות בע"מ, פס' 62 (נבו 7.12.2014) (להלן: עניין קיס נ' אקסטרים טנגו).

21 ת"א (שלום חד') 17059-06-09 ערבה נ' גו אנד סיפ בע"מ, פס' 14 (נבו 18.1.2011).

התובע 1 שהינו בעל חזות כהה... התובע 2, שהינו בעל חזות כהה.²²

מבחינה חזותית, המשיב 1 בעל גוון עור שחום שאינו בולט ועיניו בהירות. המשיב 2, בעל רעמת שיער שחורה, עיניו כהות וצבע עורו שחום יותר.²³

כאן המקום לציין כי יצחק ובני מזרחי הינם בעלי עור בהיר להבדיל מהתובע וחברו גלעד שהינם בעלי עור כהה.²⁴

יש לציין כי צבע עורם של התובעים שחום ולכן הטענה... כאילו לא היה בידי מי מטעם הנתבעים לזהות את מוצאם של התובעים, מיתממת שלא לומר מגוחכת.²⁵

התובעת מס. 3 מוצאה מרוסיה, היא איננה בהירת עור אך חזותה איננה מזרחית.²⁶

כך, כאשר השופטים מכריעים אם סביר שהאדם שלפניהם הופלה על בסיס מזרחיותו באמצעות קביעה אם הוא נראה מזרחי לפי מבטם שלהם,²⁷ הם מייצרים מבלי דעת מעין מערכת מיון וסיווג – טקסונומיה – של זהות מזרחית. לפי מערכת זו, זהות מזרחית משמעה גוון עור, שיער ועיניים כהים. השופטים משתמשים בידע תרבותי בלתי-מוצהר, ידע מקומי,²⁸ כדי להכריע אם סביר שהסלקטורית ראתה את התובע כמזרחי ושמוצאו מילא תפקיד בהחלטתה. ההיסטוריונית האמריקאית של המשפט אריאלה גרוס מתארת דינמיקה דומה בהליכים המכונים "משפטי הגזע", שעסקו בהכרעה אם אדם ראוי להתאזרח – שאלה שהוכרעה עד אמצע המאה העשרים לפי גזעו של אותו אדם. הליכים אלה –

brought to the surface conflicting understandings of identity latent in the culture, and brought into confrontation everyday ways of understanding race with definitions that fit into the official, well-articulated racial ideology that supported the maintenance of slavery and post-war racial hierarchy.²⁹

- 22 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 43981-03-10 טל נ' תל אביבה ישראל בע"מ, פס' 2 (נבו 4.8.2010).
- 23 ע"א (מחוזי מר') 39345-07-12 קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ נ' שרגא, פס' 6 לפרק הרקע בפסק-הדין (נבו 9.1.2013).
- 24 ת"א (שלום חי') 12482/04 מזרחי נ' קיבוץ רמות מנשה, פס' 4 (נבו 4.7.2006).
- 25 ת"א (שלום י-ם) 17534-01-14 בן נחום נ' אלגרה דנס בר בע"מ, פס' 9 (נבו 1.2.2016).
- 26 ת"א (שלום ת"א) 158256/09 לוי נ' וילה סוקולוב בע"מ, פס' 15 (נבו 29.5.2011).
- 27 על ההסתמכות על בחינה חזותית בקרב מושבעים בארצות-הברית בהליכים משפטיים שבהם נבחן גזעם של העותרים כגורם המכריע את מעמדם האזרחי ראו ARIELA J. GROSS, WHAT BLOOD WON'T TELL: A HISTORY OF RACE ON TRIAL IN AMERICA 39 (2008).
- 28 ראו CLIFFORD GEERTZ, LOCAL KNOWLEDGE: FURTHER ESSAYS IN INTERPRETIVE ANTHROPOLOGY (3rd ed. 2000).
- 29 GROSS, לעיל ה"ש 27, בעמ' 12.

באופן דומה לתיקי ההפליה במועדונים, גרוס מתארת דינמיקה שבה אידיאולוגיה "קומון-סנסית" הסתמכה על "appearance, ancestry, performance, reputation, associations, science, national citizenship, and cultural practice" כדי להכריע בדבר השתייכות גזעית.³⁰ אומנם, בתקופה שגרוס מנתחת הופעלה האבחנה לגבי מראה והתנהגות בשירות אכיפה של סגרגציה גזעית בעוד כיום היא מופעלת כדי לאכוף שוויון. אולם בשני המקרים, באופן אירוני, מופעל מנגנון דומה של שעתוק תפיסות שלפיהן לקבוצות גזעיות ואתניות שונות יש מאפיינים שונים שאינהרנטיים להן.

כפי שיפורט בחלק הבא, אבחונים אלו אינם בגדר שיקוף של המציאות, אלא יש להם כוח אפיסטמולוגי ונורמטיבי בעיצובה. בפסק-דין אחר נכתב כי: "בית משפט קמא התרשם כי מבחינה חזותית, המשיב 1 בעל גוון עור שחום שאינו כולט ועיניו בהירות. המשיב 2, בעל רעמת שיער שחורה, עיניו כהות וצבע עורו שחום יותר".³¹

הביטוי "בעל גוון עור שחום שאינו כולט" מנוסח כאבחנה קלינית, שהשוואה בינה לבין האבחנה ביחס לגון עורו של המשיב השני – "וצבע עורו שחום יותר" – נותנת לה תוקף מועצם כאבחנה יציבה מבחינה אפיסטמולוגית.

כוונתם של השופטים טובה. פסק-דין פונים לקהל קוראיהם במטרה לשכנעם בצדקת הכרעתם.³² בהקשר הנוכחי השופטים מנסים לספק נימוק מהודק שידגים לקוראים כי הם בדקו היטב לפני שהחליטו שהתובעים אכן הופלו או לא הופלו בשל מוצאם.

פסק-דין שמבטא בעוצמה את הדו-ערפיות (אמביוולנטיות) בכל הנוגע בקשר שבין מראה, צבע עור ומוצא עדתי הוא פסק-הדין בעניין ירימי.³³ השופט מקבל את טענתו של התובע כי הופלה בשל מוצאו המזרחי, וקובע כי הוא נראה מזרחי אף שצבע עורו בהיר. אין קשר הכרחי, קובע בית-המשפט, בין צבע עור למזרחיות, אך בה-בעת לזהות מזרחית יש מאפיינים מובהקים ומוצקים:

הנתבעים טוענים, ובצדק, כי גוון עורו של התובע הוא בהיר ולא כהה, ומכל מקום, החוק אינו מתייחס כלל להפלייה על רקע של גוון עור... הגם שהמחוקק לא הזכיר גוון עור, הוא הזכיר גם הזכיר הפלייה מחמת ארץ מוצא. 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.³⁴

30 שם, בעמ' 8–9.

31 ראו עניין שרגא, לעיל ה"ש 23, פס' 6 לפרק הרקע בפסק-הדין.

32 מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 62 (1998); יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי "משפטים לא 579, 607–616 (2001); ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים ו 5, 6–21 (1997).

33 ת"א (שלום ת"א) 22225/07 ירימי נ' ב.ת.א 5 החזקות בע"מ (נבו) 27.2.2008.

34 שם, פס' 11.

ובהמשך –

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. על כן, התובע זכאי להגנתו של החוק הגם שגוון עורו בהיר למדיי. די בכך שניתן לעמוד על מוצאו המזרחי, באופן שמבחינן אותו מאנשים ממוצא אירופאי.³⁵

כך, מחד גיסא, פסק־הדין מבטא התנגדות לפרופיילינג שטחי, כזה המתבסס על היגיון שלפיו כל המזרחים הם כהי־עור, אך במקביל הוא מאשש את יכולתה של העין השיפוטית לאפיין מוצא מזרחי. כפי שגרוס מתארת, ההיגיון הברור מאליו לכאורה – ה"קומון סנס" המשתקף בפסיקה המאבחנת גזע – נותן ביטוי למה שאנחנו יודעים על גזע מבלי להיות ערים לכך שאנחנו יודעים זאת: "what we know [about race] without being aware that we know it".³⁶ במקרה של שני חברים ערבים שביקשו מהחבר היהודי ללכת לפניהם, ואחרי שהוא הוכנס בקלות הם ניגשו לפתח המועדון ונדחו, כותבת השופטת:

וכמעט ושכחתי – נתון חיוני נוסף הוא שחזותם של שני התובעים "מזרחית", עורם כהה יחסית, שמם המופיע ברשיונות הנהיגה שלהם הוא כמופיע בכותרת פסק הדין, ולעומת זאת – מר חיים שוורץ הינו בעל עור בהיר, עיניו בהירות ושערו בלונדיני.³⁷

דין וחשבון מסוג זה הוא דיווח המסתמך על הידע המקומי של הקוראים. זהו ידע לא רק בדבר השאלה מהי זהות מזרחית, אלא גם בדבר החיבור הברור מאליו – שאין צורך לעשות לו שום תיאורטיזציה – בין מזרחים לערבים.³⁸ חזקה על הקוראים שיִדעו על הקשר בין שתי הזהויות, אבל גם שיבחינו בין ערביות לבין מזרחיות. הדבר שחשוב להפנות אליו זרקור אנליטי וביקורתי הוא שצורת שיח זו, על־אף כוונתה הטובה, היא לא רק חסרת כל תוקף אמפירי (לא כל

35 ש.ס.

36 GROSS, לעיל ה"ש 27, בעמ' 16. המקרה של זהות היספנית בארצות־הברית מעורר שאלות דומות בדבר הקושי לסווג היספנים באופן בינרי כלבנים או כ־"people of color". ראו, למשל, Iryna Sharaievska et al., *Perceived Discrimination in Leisure Settings in Latino Urban Communities*, 34 LEISURE/LOISIR 295 (2010); Yifat Bitton, *The Limits of Equality and the Virtues of Discrimination*, 2006 MICH. ST. L. REV. 593.

37 ת"א (השלום חי') 23990/06 אלגאני נ' סיטי הול בע"מ, פס" 13 (ט) (נבו 14.1.2009).

38 הכתיבה הביקורתית על מזרחיות הניבה המשגה של זהות מזרחית כזהות של יהודים־ערבים. ראו יהודה שנהב *היהודים־הערבים – לאומיות, דת ואתניות* (2003); חנן חבר ויהודה שנהב "היהודים־הערבים: גלגולו של מושג" *פעמים* 125–127, 57 (התשע"א); עזיזה כוזם "תרבות מערבית, תיוג אתני וסגירות חברתית: הרקע לאי־השוויון האתני בישראל" *סוציולוגיה ישראלית* א 385, 404–403 (1999); Yifat Bitton, *The Dream and Its Construction: Mizrahi-Arab*; *Cooperation to Combat Discrimination*, 4(1) J. LEVANTINE STUD. 174 (2014). בחברה שבה הזהות הלאומית היהודית מגדירה את עצמה בהנגדה לערביות – לעיתים קרובות באופן שרווי לאומנות וגזענות – מדובר בתובנה פרובוקטיבית ואמיצה. בפסקי־הדין העוסקים בהפליה במועדונים משתקפת החפיפה בין הזהות המזרחית־היהודית לזהות הערבית.

המזרחים הם כהי-עור או בעלי שמות מובחנים), אלא גם נעשית באופן אגבי, מובן מאליו, והטון האגבי הוא שמקנה לה את סמכותה.

בשולי הדברים יצוין כי פעמים רבות הנתבעים מתגוננים בטענה שהם עצמם (הסלקטורים ובעלי המועדון) מזרחים, וזאת כדרך לחזק את הגנתם שהם אינם פועלים ממניעים גזעניים או מוטים. טענות אלו של השתייכות זהותית למוצא מזרחי אינן נבדקות אף-פעם, אלא מתקבלות כפשוטן, ולעיתים קרובות הן מקנות מעין הכשר למניעיו של המועדון.³⁹ אך אין כל ערובה שבני קבוצה מופלית יהיו משוחררים מדעות קדומות כלפי אחרים מקבוצתם, ולכן זהותם העדתית של בעלי המועדון או של הסלקטורים אינה רלוונטית לקביעת הממצא העובדתי בדבר התקיימותה של הפליה. מלבד זאת, חשוב להבחין בפער שבין האופן שבו טענות לזהות מזרחית של בעלי המועדון או מפעיליו מתקבלות כפשוטן לבין היחס החשדני כלפי טענת ההשתייכות הזהותית של התובעים והצורך לוודא את מהימנותה. אפשר להבין מדוע זהות הנתבע אינה עומדת למבחן מבטו הבוחן של בית-המשפט, שהרי היא אינה שנויה במחלוקת ראייתית. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מכך שהנתבעים בתביעות הפליה במועדונים זוכים במעמד מועדף ויציב יותר כאשר מדובר בשאלה עד כמה יש לקבל כמהימין דיווח עצמי על זהות עדתית, בלי צורך להיעזר באינדיקציות חיצוניות. מפעילי המועדון נותרים משוחררים מהמבט המפקפק בטענתם הזהותית ומבדיקת מאפייניהם החיצוניים והדרכים שבהם מוצא זה משתקף בהתנהגותם.⁴⁰

לסיכום חלק זה, בפסקי-הדין בתביעות הפליה בכניסה למועדונים השתרש נוהג שיפוטי לקבוע ממצא ראייתי לצורך הכרעה בטענת התובעים כי מוצאם המזרחי השפיע על ההחלטה לא לאפשר להם להיכנס למועדון. ממצא זה נקבע לפי מראה-עיניהם של השופטים, אשר משתמשים בתבחינים שהם לכאורה ברורים מאליהם, מובנים ומוכרים לכל אדם בחברה הישראלית, כגון גון עור וצבע שיער. תהליך בחינת מראהו של התובע וההכרעה בדבר מוצאו מתוארים בכתב בפסקי-הדין, ונמסרים לקוראים כממצא מובן מאליו. כפי שיפורט בפרקים ב' ו-ג להלן, לנוהג זה יש השלכות בעייתיות – הן מכיוון שהוא מקבע תפיסות שטוחות ופשטניות של זהות מזרחית, והן מכיוון שהוא פוגע בהשגת תכליותיו של חוק איסור הפליה.

39 ראו, למשל, בר"ע 478/08 (מחוזי י-ם) ג.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור, פס' 6 (נבו 25.9.2008) ("לא נראה לי שיש פה משהו עדתי, אני גם בת אותה עדה שלכם"); ת"א (השולם הר') 1004/05 לוי נ' אסקו בר-מסעדה בע"מ, פס' 12א (נבו 6.11.2006) ("מר ציון פרג'ון נתבע 4 מבעלי למעלה ממחצית מניות הנתבעת הינו ממוצא טריפולטאי").

40 אורנה ששון-לוי "אבל אני לא רוצה לעצמי זהות אתנית": גבולות חברתיים ומחיקתם בשיחים עכשוויים של אשכנזיות "תאוריה וביקורת" 33, 101 (2008); אורנה ששון-לוי "אני אשכנזי, ההורים שלי לא רואים עצמם ככאלה": הבדלים בין-דוריים בתפיסות של אשכנזיות "מראי מקום: זהויות משתנות ומיקומים חברתיים בישראל" 149 (זאב שביט, אורנה ששון-לוי וגיא בן-פורת עורכים 2013); תמר קפלנסקי "מה הצבע של פרנץ פנון?" "תאוריה וביקורת" 28, 193 (2006).

3. הסתייגות שיפוטית מהצורך לסווג זהות עדתית

לעומת שופטים הקובעים ממצא בדבר מוצאו האתני של התובע על בסיס מראה-עיניהם, יש שופטים המבטאים אי-נחת מהפרקטיקה של אבחון שיפוטי של מוצא עדתי. לעיתים אי-הנחת מובעת במפורש:

נוכח טיבה של התביעה, אני נאלצת לתאר תיאור חזותי את התובעים שהעידו לפניי. לתובע 1 שיער כהה ועור שחום, אם כי לא מודגש או כהה במיוחד. התובע 2 בהיר יותר מאחיו, הוא בעל עיניים בהירות והוא נמוך קומה (עלי להדגיש כי הינו נמוך קומה אך לא "גמד" כפי שבחר ב"כ התובעים לתארו בסיכומים). לתובע 2 יד אחת קצרה יותר ואולם להתרשמותי, אין מדובר במום בולט במיוחד. חזותם של שני התובעים נעימה, ואיננה "מאימת" כלל. למותר לציין כי התובעים הינם אנשים נורמטיביים.⁴¹

ביטויים כגון "אני נאלצת לתאר תיאור חזותי את התובעים" מעידים כי גם בעיני בית-המשפט קביעת ממצא עובדתי ביחס למוצא העדתי של התובע על בסיס מראה-עיניים היא פרקטיקה בעייתית. עם זאת, ראוי להבחין כי במקרה זה התיאור החזותי של התובעים מובא בכל-זאת, על-אף ההסתייגות, כדי לבסס את מסקנת בית-המשפט כי על התביעה להידחות. נקבע שהתובעים לא הצליחו להוכיח שהסיבה שבגינה הם לא הורשו להיכנס למועדון נעוצה בכך שהמארכת ראתה אותם כמזרחים. עיניה של השופטת רואות שהם אינם נראים מזרחים באופן מובהק, וה"נורמטיביות" שלהם מחזקת מסקנה זו.⁴² בפרשה אחרת נותן בית-המשפט דין-וחשבון מפורט יותר על המינוח המטריד שבת-המשפט נאלצים להשתמש בו ועל הבעייתיות שבהישענות על מראה-עיניים לצורך הכרעה בשאלה אם התובע נראה מזרחי:

לדאבונו, 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.⁴³

41 ת"א (השלום ראשל"צ) 51300-10-10 מזרחי נ' לילה לבן ק.ט.ר בר בע"מ, פס' 26 (נבו 14.11.2012).

42 שם, פס' 27-31. עוד על הבעייתיות בהתייחסות למידת הנורמטיביות של תובעים מזרחים ראו בחלק ב2 להלן.

43 ת"א (שלום חד') 46945-05-10 סייאג נ' קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ, פס' 16 (נבו 23.9.2011).

בית־המשפט מבטא כמיהה ומדמיין אם כן עולם בתר־עדתי, שבו כבר לא תהיה חשיבות לצבע העור, לשיער או ל"חזות". אבל למרות ההסתייגות, השופט רואה את עצמו מחויב בהמשך פסק־הדין לקבוע גם הוא ממצאים לגבי המראה של התובעים והעדים: "אציין, ועובדה זו אני נאלץ לציין לצורך הכרעה במחלוקת, שהתובעים נראים כהי עור ואילו העד בן־חמו, שהעיד בפניי הינו, כפי שתיארוהו התובעים, 'בהיר עור'".⁴⁴

במקרים אחרים השופטים נוקטים טכניקות התחמקות של דיבור עקיף. במקום לתאר אילו מאפיינים בחזותו של התובע מבססים את הממצא שזהותו מזרחית, הם מסתפקים באמירה שחזותו המזרחית מובהקת, אינה מותרתה מקום לספק וכולי. לדוגמה: "התובע הינו גרוש כבן 36 שנה, אשר חזותו וצבע עורו לא מותירים ספק בדבר מוצאו",⁴⁵ או "וחזותם של התובעים אינן[ה] מותר[ה] מקום לכל ספק: התובעים לא הוכנסו לפאב עקב חזותם ומראם החיצוני".⁴⁶ פרקטיקה נוספת של בתי־המשפט היא לספק את הקביעה שמדובר בתובע עם או בלי חזות מזרחית מבלי לפרט למה כוונתם ועל מה קביעתם מבוססת. למשל:

שניהם הגיעו אל המועדון באותו ערב, בסביבות אותה השעה ומבלי שהיו רשומים ברשימת המוזמנים, ולמרות זאת, הותרה כניסת זה שאינו בעל חזות מזרחית, וזה שהוא בעל חזות מזרחית נותר בחוץ ונאלץ לעזוב את המקום בבושת פנים.⁴⁷

ובאותה פרשה נאמר ביחס למראם ולמוצאם של עדים: "הנתבעים הביאו לתמיכה בגרסתם עד בשם... לוי, בחור ממוצא מזרחי ובעל חזות מזרחית, הנוהג לבלות במועדון... ליניר [עד התביעה] חזות שאינה חזות מזרחית".⁴⁸ טכניקה אחרת להימנע מאבחון ספציפי היא לספק דיין־וחשבון סוציולוגי על התפקיד של צבע העור והמראה, תוך שימוש באמירה הכללית "צבע העור המתאים" או "המראה הנכון". כך, באחד מפסקי־הדין נכתב כי המשותף למבלים שהמועדונים מעדיפים להכניס הוא פעמים רבות "היותם יפי הבלורית והתואר, המשתייכים לקהל הנכון ובעלי צבע העור המתאים והארנק המלא... אפלייה זו פוגעת קשות ורבות ברבים שלא נולדו עם צבע העור המתאים, ולא חוננו במראה הנכון".⁴⁹

בתיק אחר השופטת קובעת ממצא באופן אגבי בדבר המראה החיצוני המשייך את התובע למוצא מזרחי, ובאותה נשימה מסתייגת מהדינמיקה של הסקת מסקנות לגבי אופיו של אדם על בסיס השתייכותו העדתית:

העד העיד בצורה גלוייה ופשוטה כי הוא עצמו חש שלא מכניסים את חברו התובע למספר מקומות בילוי, אך ורק בשל חזותו הכהה במיוחד אשר משווה לו "דמות של עבריינין"... אכן, קשה שלא להבחין בחזותו הכהה של התובע

44 שם, פס' 18.

45 עניין אסקו בר, לעיל ה"ש 39, פס' 9.

46 ת"ק (תביעות קטנות רח) 1236/08 חזו נ' לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 5 (נבו 21.7.2008).

47 תא"מ (שלום נצ') 6850-02-10 אמסלם נ' מועדון ה"נונט", פס' 20 (נבו 17.2.2012).

48 שם, פס' 10, 15. כן ראו שם, פס' 17.

49 ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 5059/07 מור נ' "בר אייזון" חברה פרטית, פס' 7-8 (נבו 7.5.2008).

אשר כאמור לא מותירה ספק באשר למוצאו העדתי. מחזות חיצונית בלבד לא ניתן לעמוד על אופיו של אדם, ויש להצטער על כך כי נוצרה הרגשה בליבו של מר כהן כי מייחסים לחברו "דמות של עברייין". מסקנה זו יש לקבל לאחר שעומדים על אופיו של אדם ולא ממראהו בלבד, וכל עבודתו של "שומר הסף" היא אך ורק הסתכלות חפוזה בחזות החיצונית של באי המקום ותו לא.⁵⁰

ובהמשך, שוב, המסר החינוכי המבקש לנתק בין מוצא מזרחי לבין תכונות אישיותיות מועבר כש"על הדרך" הממצא הברור מאליו הוא שהתובע נראה מזרחי:

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.⁵¹

האבחון של מוצא לפי מראה, שם ומבטא פועלת גם לגבי זהויות אחרות – למשל, במקרה של מועדון שנתבע בהצלחה מכיוון שלא הכניס מי שלא נראו בעיני הסלקטורית כאורחים ממוצא רוסי:

עלה בידי התובעים להוכיח את החזקה שעה שהוכח כי כניסתם למועדון נמנעה, ככל הנראה, לאחר שהסלקטורית בחנה את מראם (שיער שחור, דוברי עברית ללא כל מבטא) ואת תעודות הזהות שלהם (ילידי הארץ ובעלי שמות ישראלים), ומנגד הותרה כניסת חברם שקלובסקי (יליד אוקריינה) לגביו לא נדרשה כלל הצגת תעודת זהות, כאשר חזותו בהירה מאוד, והוא דובר עברית במבטא רוסי ברור.⁵²

מובאות אלו מעידות כי גם בעיני בתי-המשפט העוסקים בתביעות הפליה במועדונים הפרקטיקה של מבט שיפוטי בתובעים ואבחון מוצאם אינה מובנת מאליה, ומחייבת בחינה וליבון. אומנם, ככלל אין בפסקי-הדין דיון עקרוני בשאלה מדוע פרקטיקה זו בעייתית, אבל אין ספק שהם מדגימים את מורכבותה של שאלת הזהות העדתית בהקשר של תביעות הפליה על רקע עדתי.

מעניין שההסתייגות השיפוטית מהקשר בין מראה למוצא או מהיכולת להתרשם ממוצאו של אדם מובאת בעיקר בפסקי-דין שבהם התביעה נדחתה כי התובע לא הצליח לשכנע שכניסתו למועדון סורבה מכיוון שהוא נתפס כמזרחי. כך קובעת השופטת באחת הפרשות:

50 עניין אסקו בר, לעיל ה"ש 39, פס' ג5.
 51 שם, פס' 7ג. ראו גם אסתר מאיר-גליצנשטיין "כאן אוכלים עם סכין ומזלג" – מזרח ומערב במפגש הבין-תרבותי במדינת ישראל" חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי כרך ב 615, 615–620 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים, 2005).
 52 ת"א (שלום חי) 43330-04-12 גורטנשטיין נ' מנה שאו בע"מ, פס' 36 (נבו 16.5.2013).

בהקשר זה עליי לציין, ואדגיש כי שמתתי לבי לנתון זה רק משום טענות התובעים בהקשר זה, כי התובעים אינם בעלי מראה אחיד או בעלי צבע עור אחיד ולמעט טענתם, שלא נסתרה, כי הם בנים למשפחות של עולי תימן, לא ראיתי סימן מאפיין במראהם.⁵³

בתיק אחר, שגם בו לא השתכנעה השופטת שהסלקטורית דחתה את כניסתו של התובע הערבי על בסיס השתייכותו הלאומית, היא מציינת: "אין לקבל את ההנחה, כי כל אדם יכול לזהות אדם אחר לפי מוצאו בגלל המבטא או חזות חיצונית, ותחושה בלבד אינה מספקת".⁵⁴ במקרה אחר, אגב דחיית טענתו של התובע הסדרתי עמרי קיס על שהופלה בכניסה למועדון בשל היותו ערבי, כותבת הרשמת הבכירה:

עלי לציין, כי מהתרשמותו של בית המשפט, חזותו של התובע אינה מגלה כלל את הקבוצה אליה הוא משתייך. גם עת העיד התובע, התרשם בית המשפט כי לתובע מבטא ישראלי ולא ניתן לשמוע על פניו מתוך דיבורו של התובע מבטא בולט כלשהו.⁵⁵

במילים אחרות, קיים מתאם בין גישה שיפוטית שדוחה את היכולת לסווג זהות עדתית או לאומית על-פי מראה לבין דחיית תביעות ההפליה על רקע מוצא עדתי או השתייכות לאומית. מתאם זה – בין ההסתייגות השיפוטית להכיר בדינמיקה הסוציולוגית של סיווג מוצא על בסיס מראה חיצוני לבין דחיית התביעה – אינו מפתיע. הוא מבטא תפיסה רווחת שלפיה הדרך לקדם שוויון היא להתעלם מהבדלים זהותיים וקבוצתיים בין פרטים וקבוצות ולקדם תמונת-עולם שעיוורת להבדלים זהותיים. כתיבה ענפה בנוגע לפוליטיקה של גזע, מין, מיניות או מוגבלות לימדה אותנו כי ההישענות על תמונת-עולם אוניוורסלית – שבבסיסה הטענה כי עיסוק בהבדלים (בין המינים, בין הגזעים או בין הגופים) הוא מזיק ומיותר – מצמצם את האפשרות לפעולה פוליטית לשיפור מצבה של הקבוצה. בארצות-הברית, למשל, הטיעון שהחוקה היא "עיוורת-צבעים" ושסור לחוק או לממשלה להבחין בצבעו של הפרט לצורך הקצאת משאבים או זכויות משמש בעשורים האחרונים דווקא שמרנים המתנגדים למדיניות העדפה מתקנת לטובת שחורים או בני מיעוטים גזעיים אחרים.⁵⁶ באופן דומה, אלה הטוענים כי יש להבחין

53 עניין ערבה, לעיל ה"ש 21, פס' 24.

54 ת"א (שלוש חיי) 23991/06 אלגאני נ' גובי דנס בר בע"מ, עמ' 5 (נבו 11.1.2010).

55 תא"מ (שלוש הר") 48644-06-13 קיס נ' א ס קוביס בע"מ, פס' 18 (נבו 26.12.2015).

56 לביקורת על פרשנותו של בית-המשפט העליון האמריקאי כאילו שוויון משמעותו עוורון-צבעים ראו, למשל, Jeffrey Rosen, *The Color-Blind Court*, THE NEW REPUBLIC (Jul. 31, 1995), <https://bit.ly/3D3EOkE>; Garrett Epps, *Of Constitutional Seances and Color-Blind Ghosts*, 72 N.C. L. REV. 401, 441 (1994); Ruth Colker, *Anti-subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 NYU L. REV. 1003 (1986); Kimberlé Williams Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331 (1988); Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L.J. 1278 (2011). באופן דומה, חוקי איסור ההפליה בין המינים משמשים גברים לטענה נגד חוקיותה של כל הבחנה בין קבוצות על בסיס מין, גם כאשר מטרתה היא להגן או לקדם את

במזרחיות (למשל, לספור כמה מזרחים יש בכנס) נתקלים בישראל לעיתים תדירות בתגובה שחבל להוציא את "השד העדתי" מהבקבוק.⁵⁷ הנרייט דהאן-כלב עומדת על הקשר בין עוורון-צבעים לבין הכחשת פערים חברתיים לא-צודקים בין העדות:

טכנולוגיות של גזענות ללא מובחנות של גון עור... הולמות את המציאות הישראלית. פרשנות שבה לגון העור יש תפקיד כמעצב את יחסיהם של מזרחים ואשכנזים יונקת בעקביות מבידול מתמיד. במילים אחרות, שיח גון עור התקיים בין קבוצות שנקטו עמדה אפיסטמולוגית כלפי עצמן וכלפי זולתן ונגד האתוס שקרא לשוויון באמצעות טרנספורמציה חברתית ומתוך עיוורון מדומה לגון העור.⁵⁸

לסיכום, פרק זה הפנה את הזרקור לתופעה שיחנית, לנוהג שיפוטי של אבחון המוצא העדתי של תובעי הפליה במועדונים על-פי התרשמותם הישירה של השופטים. בפרק ג אציע כיצד ניתן להיחלץ ממלכוד זה. אך לפני כן, בפרק הבא, אציג היבט נוסף שבו המשפט פועל באותו מבנה פרדוקסלי של עידוד זהות מובהקת כתנאי למיגור ההפליה של מגלמיה.

הקבוצה המופלית מבחינה היסטורית – נשים. ראו, למשל, Metro Broadcasting v. FCC, 497 U.S. 547 (1990) (בית-המשפט העליון האמריקאי פסל אמת-מידה של שיעור מינימלי של נשים כתנאי לרישוי לתחנות שידור, בנימוק שמדובר בהבחנה אסורה על בסיס מין); Booth v. Hvass, 302 F.3d 849 (8th Cir. 2002) (ניסיון של ארגוני גברים – שנכשל אחרי מאבק משפטי ארוך – לטעון כי תקצוב מדינתי למקלטים לנשים מוכות מהווה הבחנה אסורה על בסיס מין, המנוגדת לתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית). לביקורת על מודל העיוורון להבדלים קבוצתיים כתנאי להוגנות אצל ג'ון רולס ראו, למשל, Naomi Schoenbaum, *It's Time that You Know: The Shortcomings of Ignorance as Fairness in Employment Law and the Need for an "Information-Shifting" Model*, 30 HARV. J.L. & GENDER 99 (2007).

57 אורי רם "פוסט-ציונות: העשור הראשון – סוציולוגיה של ערעור על הגמוניה לאומית" **חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי** כרך ב 803, 824–825 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים 2005); אורי רם "סוציולוגיה בימי נתניהו: מגמות ביקורתיות בסוציולוגיה הישראלית בתחילת המאה ה-21" **מגמות** נא(2) 13, 39 (2017); חן משגב "מזרחיות" **מפתח** 8, 67, 71 (2014); אריה קיזל "האתגרים הפילוסופיים והחינוכיים של הנרטיב המזרחי החדש בישראל: היבטים ביקורתיים" **Int'l J. Jewish Educ. Res.** 2013(5–6) א, ה-טו; יפעת ביטון "בין זהות מזרחית לזכות משפטית" **מעורב** 13, 8 (2014); נסים קלדרון "מן הריבוי אל הסולידריות" **רב תרבותיות במבחן הישראליות** 115, 125–132 (אוהד נחתומי עורך 2003); סמי סמוחה "העדתיים היהודית בישראל כתופעה ממשית מתמשכת" **עיונים בתקומת ישראל** 13, 413 (2003); נדן פלדמן "אפליה? זה מיתוס" **TheMarker** (16.3.2015) <https://bit.ly/3tvUdr9>; בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981); ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 14.

58 הנרייט דהאן כלב "גון העור בישראל: היבטים עלומים" **פוליטיקה** 26, 69, 84–85 (2017).

ב. הבעייתיות שבהסתמכות על העין השיפוטית לצורך קביעת ממצא בדבר מזרחיות

1. החיפוש אחר זהות מובהקת

מפסקי-הדין משתקפת חתירה לסדר חברתי-משפטי שבו ניתן לסווג זהויות באופן יציב. חוסר מובהקות לגבי זהותו של התובע מקשה עליו לבסס את תביעתו.⁵⁹ תיאוריות של גועל והספרות על passing יכולות לזרוע אור על דינמיקה זו. הן יידונו כאן בקצרה בלבד, כהצעה לכיוונים פרשניים שיאפשרו לתאר את מקורה של הציפייה שתובעים בגין הפליה בשל מזרחיותם יראו מזרחים.

הכתובה הסטרוקטורליסטית על גועל יכולה לספק מסגרת תיאורטית אחת להבנת כמיהה זו לסדר חברתי יציב. האנתרופולוגית מרי דגלס מתארת יסוד שחוזר בתרבויות רבות הנוגע בתחושת הביטחון שמשרים אובייקטים ש"נופלים למקום", שיש להם קטגוריה מושגית בשפה ובתרבות. דברים שקשה לסווגם או שנופלים ליותר מקטגוריה אחת (למשל, חומרים שנמצאים בין מצב נוזלי למצב מוצק או בעלי-חיים שהם גם בעלי כנף וגם הולכים על הקרקע) מעוררים רתיעה קשה עד כדי איום, שבא לידי ביטוי בתחושות של גועל ודחייה, בגלל הקושי לסווגם באופן מובהק לתוך קטגוריות חברתיות או מושגיות קיימות.⁶⁰ כפי שתיארנו במקום אחר:

דגלס טענה כי תיוג חיות מסוימות כטמאות ומגעילות לא רק אוצר בתוכו סדר קטגורי באשר לחיות עצמן, אלא גם מבטא בזעיר אנפין סדר חברתי מסוים. במילים אחרות, יש קשר בין הדרך שבה החברה משרטטת את גבולותיה לבין גבולות הגוף של בני הקהילה.⁶¹

ביאורים אלו של מושג הגועל יכולים להסביר מדוע חוסר יכולת לסווג זהויות באופן ברור גורם לרתיעה ולרצון לארגן מחדש את העולם החברתי באופן יציב.

פרדיגמה תיאורטית נוספת שיכולה לזרוע אור על הדינמיקה שתואר בחלק זה היא כאמור זו של היחס ל-passing, כלומר, למצב שבו בן קבוצה הסובלת מתיוג שלילי "עובר" כמשתייך לקבוצה ההגמונית – בין במתכוון, על-ידי שינוי הופעתו והתנהגותו, ובין מבלי משים. דוגמאות לכך הן שחור ש"עובר" מבחינה חברתית כאדם לבן, הומו ש"עובר" כסטרייט

59 הסוציולוג זיגמונט באומן עמד על הדחף המודרניסטי לסדר אפיסטמולוגי יציב. ראו ZYGMUNT BAUMAN, MODERNITY AND AMBIVALENCE 58–59 (1991).

60 מרי דגלס טוהר וסכנה: ניתוח של המושגים זיהום וטאבו 89–109 (מהדורה מחודשת, יעל סלע מתרגמת 2010); משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 197–201 (2005); משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016). לסקירה תיאורטית של גישות לפונקציות של הגועל ולמשמעויותיו בחברה ובתרבות ראו יאיר אלדן ויופי תירוש "איזה גועל: מבט אחר על פרשת תנובה נ' ראבי" לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 375, 383–391 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים 2017).

61 בעמ' 390.

וכולי.⁶² מצד אחד, יש יתרונות לבן מיעוט מופלה ש"עובר" כמשתייך לקבוצת הרוב. בחברה שמעדיפה לבנים על שחורים מוטב להיחשב לבן; בחברה שמתייחסת ללהט"בים כאל חריגים הטעונים תיקון וראויים ליחס שלילי, ולעיתים אפילו לאלימות, מוטב להיחשב סטרייט או סטרייטית. אבל אדם ש"עובר" בחברה כבן קבוצה אחרת משלם על כך מחירים: חלקם מחירים אישיים של התכחשות לזהותו ומלאכת הסתרה נמשכת; וחלקם מחירים חיצוניים, כגון תגובות מסויגות. תגובות כאלה יתעוררו לא רק מכיוון שהוא עלול להיתפס כרמאי או כמתחזה, אלא גם מכיוון שבמישור עקרוני יותר הוא מערער את בטחונם של שחקנים חברתיים ביכולת שלהם לסווג אנשים לפי השתייכות קבוצתית. על ביקורת זו יש להוסיף שיפוטיות על החריגה מהציפייה ל"אותנטיות" או ל"אמיתיות".

מפסקי-הדין שייסקרו להלן עולה כי בדומה ליחס השלילי כלפי מי שנתפסים כמתעתעים ביחס להשתייכותם הקבוצתית, מזרחים המבקשים לתבוע את נזקם בשל הפלייתם בכניסה למועדון נתקלים בציפייה שהם יגלמו את זהותם באופן בולט ומובהק. לשם הדגמה נבחן את המקרה של היחס בין זהות ערבית לזהות מזרחית. בכמה פסקי-דין ניכר דחף לשמר את הסיווג הבינוני בין ערביות למזרחיות. טלו את המקרה של עמרי קיס – תובע סדרתי ערבי שבת-המשפט מתייחסים אליו פעמים רבות כאל טרדן המבקש להפיל בפח את המועדונים הנתבעים.⁶³ מקרה זה מאשש את קיומה של תיאוריה שיפוטית בדבר קשר בין מזרחיות לערביות, אבל בה־בעת גם את ההסתייגות השיפוטית העמוקה מהעמימות בסיווג – ההוויות אומנם קשורות, אבל חשוב לדעת מי הוא מי. באחד המקרים טען המועדון כי הסלקטורית

62 מושג רלוונטי נוסף הוא covering, שתורגם בעברית ל"הסתוות" – מצב שבו הפרט משויך עדיין לקבוצתו (שחור, מזרחי או הומו) אבל הוא מעמעם או מצמצם את המאפיינים המשייכים אותו לקבוצה זו. דוגמאות לכך הן מזרחי "משתכנז", שנמנע מלדבר בחי"ת ועי"ן גרוניות, או הומו שמשדל להתלבש ולהתנהג באופן המשוך לגבריות "נורמטיבית". על passing ועל covering ראו קנג'י יושינו "הסתוות" מעשי משפט ח 31 (2016); יופי תירוש "גילוי וכיסוי בשוויון: הקדמה לתרגום של Covering מאת קנג'י יושינו" מעשי משפט ח 13, 19–24 (2016). על "השתכנזות" ראו אורנה ששון-לוי ואבי שושנה "השתכנזות: על פרפורמנס אתני וכישלונות תיאוריה וביקורת" 42, 71, 84–91 (2014).

63 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 17537-05-14 ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס, פס' 23 ו-26 (נבו 3.8.2015), שם נאמר, אגב השתת הוצאות על המשיב לטובת המערערים בסך 20,000 ש"ח: "אני סבורה שיש ליתן משקל לעובדה שהמשיב הגיש למעלה מ-20 תביעות דומות... עצם העובדה שאדם הוא תובע סדרתי, שמגיע למועדון לא במטרה להיכנס כאחד האדם במטרה ליהנות... מלמדת כי הוא לא בא כדי ליהנות מהמועדון". גם כלפי case testers אחרים בתי-המשפט מגלים לא פעם עוינות. ראו, למשל, עניין אלגאני נ' גובי דנס בר בע"מ, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8 ("לו גם הייתי קובעת, כי התובע אכן הצליח להוכיח, כי סורב בגלל עילה אסורה, הרי הפיצוי אותו הייתי קובעת היה פיצוי סמלי בלבד, וזאת מן הטעם שהתובע לא ביקש, אלא להביא למודעות ציבורית את התופעה ולהלחם בה. ספק אם תשלום כספי זה או אחר יהיה התשובה"). אך לעיתים בתי-המשפט מסרבים לגנות תובעים סדרתיים. ראו, למשל, תא"מ (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבח שלוש בע"מ, פס' 6 (נבו 26.9.2009) ("בהיעדר הפליה – היא לא תמצא; אפילו ייעשה ניסיון מכוון למצאה. בהינתן הפליה – יש לברך על פעולה יוזמה לאתרה ולהוקיעה, יהיו מניעיה אשר יהיו; שהרי על ידי כך גם האינטרס הציבורי במאבק בה יוצא נשכר").

(שהשופטת קוראת לה "הרשמנית"⁶⁴) לא ידעה שהוא ערבי. השופטת בחנה את הטענה הזאת על-פי כל המאפיינים של התובע:

הגורם היחיד ששמד בקשר עם התובע ואף נחשף לתעודת הזהות שלו היא הרשמנית... לא ברור, והתובע אף לא טרח להבהיר, כיצד [הרשמנית] אמורה היתה לדעת כי התובע הוא ערבי. על פניו חזותו של התובע אינה חזות ערבית בהכרח... הטענה כי [הרשמנית] נחשפה למוצאו של התובע באמצעות תעודת הזהות אשר הציג לא בוססה דיה, שכן [הרשמנית] עינה בתעודת הזהות עיון חטוף. בתעודה... לא מצוין כי התובע ערבי-ישראלי. התובע מחזיק בשם – עמרי קיס, אשר לא מלמד על ערביותו; תעודת הזהות הוצאה בפתח תקווה; בסעיף הלאום לא נכתב דבר; וזולת הציון של שמות הוריו... אשר הם אמנם שמות ערביים אך מאפיינים גם יהודים ממוצא ערבי אין שום אינדיקציה למוצאו.⁶⁵

רשימת האינדיקציות לזיהוי מוצא ערבי מהווה, מבלי דעת, שיעור מצוין ב"פרופיילינג נוסח ישראל". התיאור האמור משקף את התבחינים שגופים מדינתיים בישראל נשענים עליהם על-מנת לזהות אם אדם הוא ערבי. כך, למשל, קוראי העברית הישראלים ימצאו שהיא מהדהדת את סדר הפעולות אחרי שהפקודה מצד שומר במחסום או חייל מג"ב – "גי"ב אל-הווייה" (הב את תעודת-הזהות) נענית. כדי להכריע בדבר זהות המחזיק, יש לבדוק היכן הוצאה התעודה, מה כתוב בסעיף הלאום, ומה השם שלו ושל הוריו.

ובשביל ההנגדה שתמחיש מתי אדם אכן נראה ערבי, אותה שופטת ממשכה לומר שבחור בשם חאמד דווקא הורשה להיכנס למועדון, לפי המצלמות, וחאמד דווקא עומד ברשימת התיוג (checklist) של הפרופיילינג של זהות ערבית: "אציין כי צבע עורו של אותו חאמד הוא שחור, שמו, על פניו, שם ערבי טיפוסי ואין אינדיקציה כי חאמד הכיר מראש את הנתבע או מי מטעמו".⁶⁶

החפיפה האפשרית, הטשטוש, בין הזהות הערבית לזהות המזרחית של קיס – המסקנה שהוא היה יכול להיות גם מזרחי, ולא ערבי בהכרח – פועלת כאן באופן תמוה, כשוללת את האפשרות שניתן לבסס ממצא של הפליה: אם "הרשמנית" לא תפסה אותו כערבי, אלא "רק"

64 הן בראיונות עם סלקטורים והן בפסיקה משתקפת דו-ערפיות ביחס לכינוי הרווח "סלקטור", בשל היותו שאול מעולם הדימויים של השואה. ראו, למשל, עניין מור, לעיל ה"ש 49, פס' 5; עניין רמות מנשה, לעיל ה"ש 24, פס' 3 ("בכל אחת מהכניסות עומד איש הממונה על בדיקת מבקרי המועדון שכוונה על ידי הצדדים הן במהלך ניהול התביעה והן בסיכומיהם כ-'סלקטור' (כינוי שכשלעצמו אינו ראוי)"); עניין אסקו בר, לעיל ה"ש 39, פס' 9 ("הנתבעת הכחישה כי ביצעה סינון בפתח המועדון, ובהזדמנות זו אף הביעה שאט נפש מהביטוי 'סלקציה'"); ת"ק (תביעות קטנות הר") 18614-07-10 פסיל נ' הארבעה 24 בע"מ, עמ' 4 (נבו 12.1.2011) ("את הצלחת החוק ראיתי כבר בדרך ההתבטאות של הנתבעים אשר הקפידו לציין שמדובר במארכת ולא בסלקטורית. אך את עוצמת הרגשת ההפליה אצל התובעים חשתי בעצם העובדה שהם הקפידו להשתמש במונח 'סלקטורית'").

65 תא"מ (שלום ת"א) 20240-01-13 קיס נ' ממון, פס' 19 ח (נבו 15.12.2014).

66 שם, פס' 119.

כמזרחי, אזי בית-המשפט מסיק כי יש לדחות את הטענה שלו כי הופלה. לנוכח העובדה שמזרחים הם הקבוצה שעומדת במרכז הדרמה של הפליה במועדונים, לא ברור מדוע זו מסקנה מוצדקת. הרי אם קיס נתפס בטעות כמזרחי ולכן לא הורשה להיכנס, אזי גם זו הפליה אסורה. כך, הטשטוש בין הזהות הערבית לזהות המזרחית פועל בתורו לטשטושה של הפליית המזרחים.

הנמקה זו מדגימה צורך שראוי להתעכב ולתהות עליו – הצורך בסיווג יציב של זהויות, שנחשב חיוני לצורך פענוח המקרה, על טענת ההפליה הנטענת בו. בפתח המאמר הזכרתי כי מפסקי-הדין ניכרת אי-סובלנות שיפוטית לעמימות. למשל, הפגיעה בתובע צריכה להיות מובהקת וברורה. המקרה של קיס מדגים היבט אחר של חיפוש אחר מובהקות: הוא מבטא הסתייגות מתובעים המטשטשים – במראם, במבטאם ובהלכותיהם – את ההבדלים בין מזרחים לערבים. את אותה כמיהה ליציבות בפענוח הזהות ראינו גם בפסקי-הדין המובאים בחלק 2א לעיל.

הקושי עם זהויות מתעתעות אינו מאפיין רק את פסיקת ההפליה במועדונים או רק את הפסיקה הישראלית. במקום אחר הצבעתי, בהקשר של פסקי-דין העוסקים בהפליית מין ומגדר במשפט האמריקאי, על המלכוד שמצויים בו תובעים טרנסג'נדרים או cross dressers הטוענים להפליה בשל מין: תוצאת ההליך המשפטי תלויה בשאלה כיצד נתפסו התובעים על-ידי הנתבעים בהפלייתם – כגברים או כנשים. דוקטרינת איסור ההפליה האמריקאית מתקשה להסכין עם תובעים המופלים מעצם היתפסותם כמאתגרים את קטגוריות המין הבינריות והנוקשות-לכאורה.⁶⁷

במקרים של טענות הפליה, בוודאי במועדונים, אין כל סיבה שהתובע יכריע, לצורך ביסוס טענת ההפליה שלו, אם הסלקטורית ראתה אותו כמזרחי או כערבי, ואין סיבה שהעובדה שהיא ראתה אותו כמזרחי אף שהוא למעשה ערבי מוטט את טיעון ההפליה שלו.

יש מקרים שבהם המועדונים עוינים נסיונות passing, וטוענים כי תובע שאינו מציג את מוצאו באופן מובהק הוא חסר תום-לב. בפרשת קיס נ' אופק 40 טען המועדון, כמתואר בפסק-הדין, כי "התובע 'משתמש' במבטאו הערבי, הגם שהוא קל, או במראהו – כדי 'להפיל בפח' את הנתבעים ועובדי מועדון הנתבעים". על כך משיב בית-המשפט, בצדק, כי –

הנתבעים יכלו בנקל למנוע את "השימוש" הנטען על ידי מתן אפשרות כניסה לתובע; פשיטא... אין כל מקום לגישה המשתמעת מהטיעון מטעם הנתבעים, כי על התובע חובה "להתחזות" ליהודי, או להתחזות לכל אדם אחר על מנת לזכות בכניסה המיוחלת למועדון הנתבעים, או כל מועדון או מקום ציבורי אחר.⁶⁸

67 Yofi Tirosh, *Adjudicating Appearance: From Identity to Personhood*, 19 YALE J.L. & FEMINISM 49, 115–121 (2007).

68 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 25834-03-16 קיס נ' אופק 40 ייעוץ, יזמות והשקעות בע"מ, פס' 25 (נבו 9.4.2017).

היגיון דומה עלה גם מריאיון עם "ריקי",⁶⁹ בת שלושים ושלוש, סלקטורית מנוסה במועדונים מרכזיים בתל-אביב, אשר הביעה סובלנות כלפי טרנסג'נדרים "מוחצנים", כאלה שברור שהם טרנסג'נדרים, אך שאט-נפש ואפילו גועל מפני מבליים שמנסים לטשטש את זהותם המגדרית. כדבריה:

הטרנס המוכרים זה כאילו כבר ברמת התחפושת. והטרנס הפחות-מוכרים זה כאילו, זה כאילו איכסה... לא יודעת איך להסביר את זה. כאילו זה נראה כמו, כאילו דווקא טרנס שמנסה להיות, נגיד גבר שמנסה להיות אישה רגילה כאילו, אז זה יותר מגעיל מאשר אם הוא יבוא מוחצנת כזאת עם השמלה והנצנצים וכאילו, כי זה מוסיף צבע למועדון. וכאילו להביא טרנס כאילו כזה שממש כאילו גבר שבאמת רוצה להיות אישה רגילה, אז זה כאילו מוזר, זה כאילו לא עובר.⁷⁰

ציפיית השופטים שהתובעים "יישארו מזרחים" באופן מובהק, כדי לשכנע שהם הופלו כמזרחים ולכן זכאים לפיצוי, מעמיקה את הגבולות העדתיים-המעמדיים בין אשכנזים למזרחים. כשם שהחברה מסמנת את הסטייה ממזרחיות סטריאוטיפית כפעולה חקיינית שגובה מחיר חברתי בדמות כינוי-הגנאי "משתכנז", כך בית-המשפט – כחלק משלב הקטגוריזציה בדרך להכרעה – מסמן את הסטייה מהתלם כהפסד בתביעה.⁷¹

2. המלכוד של מוצא מזרחי בהעדר הביטוס מזרחי

ככל שהתובע נראה לשופטים "נורמטיבי" יותר באורחותיו, בהשכלתו ובעיסוקו, כוחה של טענתו כי נדחה בשל מוצאו נחלש. המונח "הביטוס", שטבע הסוציולוג פייר בורדיה, יסייע בדיננו כאן. המונח מתייחס לאופן שבו אדם מגלם את המבנים החברתיים שהפנים בשל הרקע שלו, מעמדו הכלכלי והתרבות שבתוכה הוא חי.⁷² הביטוס מתבטא לא רק בהשקפות ובערכים, אלא גם בטעמו האסתטי, בלבושו, באורחותיו ובצורת דיבורו של הפרט.⁷³ תובעים בגין הפליה בשל גזע או מוצא שההביטוס שלהם אינו חופף סטריאוטיפים ותיוגים שליליים המקושרים למזרחיות או לערביות מתקשים לבסס את טענת הפליה שלהם. באחד התיקים, לדוגמה, נדחת טענת התובעים כי הופלו בכניסה למועדון בשל מוצאם בנימוק הבא:

69 שמות המרואיינים בדויים.
70 תמליל ריאיון עם "ריקי", סלקטורית, בעמ' 15–16 (העתק מצוי בידי המחברת) (להלן: ריאיון עם "ריקי").
71 אורי שוורץ "עיראקים אשכנזים מאוד": על אותנטיות, גבולות מעמדיים והמטפוריקה של השפה האתנית בישראל "תאוריה וביקורת" 43, 103 (2014). הפורום ללימודי חברה ותרבות, מכון ון ליר בירושלים "אפיסטמולוגיה של מזרחיות בישראל" מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש 15 (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי-האלר עורכים 2002).
72 Pierre Bourdieu, *Social Space and Symbolic Power*, 7 Soc. THEORY 14, 18 (1989).
73 PIERRE BOURDIEU, *DISTINCTION: A SOCIAL CRITIQUE OF THE JUDGEMENT OF TASTE* (Richard Nice trans., 1984) (1979).

לא ראיתי דופי בהגבלת הכניסה למועדון באורח סביר וענייני, שאינו פוגע בציבור, מה גם שהתובעים הינם אנשים נורמטיביים, בעלי חזות נעימה, נושאי תארים אקדמיים, אשר אין לומר כי הופלו עקב חשש הסלקטור כי בפניו אנשים שהינם מוקצים מטעמי גזע או דת – או שהינם "Trouble Makers".⁷⁴

לשון החוק אוסרת הפליה מחמת ארץ מוצא. בכך היא אינה לוכדת את הסיבה שבגללה מזרחים נדחים בפועל מכניסה למועדונים. מזרחים מורשים להיכנס למועדונים דרך שגרה. כמעט אין תיק שבו לא נטענה טענה זו כטענת הגנה, לעיתים בליווי סרטונים מהמצלמות בכניסה. הנחסמים מכניסה למועדון אינם כל המזרחים: כניסתם אינה מוגבלת בשל השתייכותם העדתית ככזו, דהיינו, בשל מוצאם כעובדה גנאלוגית (ארץ המוצא של התובע או של הוריו). ההפליה מתרחשת בשל כך שהם נתפסו כמזרחים. במילים אחרות, המזרחיות הרלוונטית היא לא מזרחיות במובנה הדמוגרפי, כעובדה סטטיסטית הקשורה לארץ המוצא, אלא מזרחיות במובנה הסוציולוגי – מזרחיות כפי שהיא נתפסת מבחינה חברתית. אף שהיתפסות כ"ערס" או "פרחה" – ולא המוצא כשלעצמו – היא המשתנה המרכזי בדינמיקת ההפליה, הקשר בין מוצא לבין פרפורמנס והביטוס של מוצא נותר ללא מענה בלשון החוק, ואף בתי-המשפט נכשלים בסיפוק מענה דוקטרינרי שישקף את העובדה שלא מוצאו העובדתי של התובע הוא הנתון הרלוונטי, אלא המוצא המיוחס לו.

דוגמה שמבהירה את הפער בין מראה חיצוני כשלעצמו לבין זהויות שנחשבות רצויות ו"איכותיות" בעיני המועדונים ניתן למצוא בפסק-דין שמביא עדות של בליינית כי כניסתו של בן זוגה כהה-העור למועדון סורבה, אך כאשר הבהירה ליחצן שמדובר בעולה חדש מברזיל, היא הוזמנה לשוב למועדון ולהיכנס.⁷⁵

בחקיקה הישראלית ניתן למצוא ביטוי להבנה של המחקקים כי אי-אפשר להבין או ללכוד את הסיבות להפליה אם מתרכזים רק בהגנה מפני הפליה בשל שיוכו הדמוגרפי של אדם (למשל, היותו ערבי, טרנסג'נדר או מזרחי). לעיתים הסיבה להפליה אינה השתייכותו של אדם לקבוצה זו או אחרת, אלא המידה שבה הוא נתפס בחברה כחבר באותה קבוצה, גם אם רושם זה שגוי מבחינה עובדתית. ההסדר שבחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח–1998, מבטא הבנה זו. בפרק העוסק באיסור הפליית אנשים עם מוגבלות במוצרים ובשירותים – איסור שתחולתו והיקפו דומים לאלה שבחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים – נקבע בסעיף 19(2) כי איסור ההפליה חל גם לגבי מי ש"נחשב אדם עם מוגבלות". למשל, נשאי נגיף ה-HIV (להבדיל מחולים במחלת האיידס) הוכרו על-ידי בתי-המשפט כ"נתפסים כמי שהם בעלי לקות פיסית המגבילה אותם באופן מהותי בתחומי חיים עיקריים".⁷⁶ הסדר חקיקתי

74 ת"א (שלום ת"א) 18362/06 סולן נ' חמסה חמסה בע"מ, פס' 24 (נבו 9.12.2007).

75 ת"א (שלום ת"א) 32795/08 לבני נ' וילה סוקולוב בע"מ, פס' 6(5) (נבו 31.1.2011).

76 תא"מ (שלום פ"ת) 1542-02-15 פלוני נ' מאיר את לוקסנבורג בע"מ (נבו 1.3.2018) (ההדגשה הוספה), שבו חויב מכון יופי בפיוצי בשל סירובו להעניק את שירותיו לנשא של נגיף ה-HIV. הוראה דומה מצויה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בהקשר של הפליה בתעסוקה. ראו ס' 8(ד) לחוק, המחיל את איסור ההפליה גם על "מי שנחשב לאדם עם מוגבלות". באחת הפרשות הכיר בית-המשפט בכך שהמעסיק הפוטנציאלי סבר בטעות כי מדובר באדם חולה איידס, אף

זה מגן מפני הפליה לא רק על אנשים עם מוגבלות "ממש", אלא גם על מי שנתפס על-ידי הציבור, ולו בטעות, כאדם עם מוגבלות. בכך הסדר זה מצליח ללכוד ולשקף את התובנה שהפליה היא תופעה הנטועה באינטראקציות חברתיות, בסוציולוגיה של זהות, לא פחות מאשר בסיווג זהותו מבחינה דמוגרפית, גנאלוגית או רפואית-מדעית. הפליה נגרמת לעיתים כתוצאה מהאופן שבו אדם נראה על-ידי סביבתו, ולא תמיד בשל השתייכות אובייקטיבית שלו לקבוצה המוגנת.

ובחזרה לזירת המועדונים: יש פסקי-דין שמבטאים תפיסה מורכבת ונכונה של הקשר הלא-חד-ערכי בין מוצא מזרחי לפרפורמנס מזרחי. כך, באחת הפרשות שיקפה השופטת את ההבנה שתובע שהוכיח לסלקטורית שיש לו מאפיינים שאינם מתיישבים עם הסטריאוטיפים המיוחסים ל"ערסים" עשה זאת, כנראה, מכיוון שהסלקטורית ייחסה לו "ערסיות". את הכרעתה כי יש לקבל כאמינה את טענת התובע שהסלקטורית אמרה לו ולחבריו "אתם ערסים" מנמקת השופטת באופן הבא:

ניקה לדוגמא את הטענה כי מתן הציג תעודת סטודנט. זכרונה של הסלקטורית לא כלל פרט זה והיא לא הכחישה אותו, ועל כן נקבל זאת כעובדה מוכחת. לשם מה היה על מתן להציג תעודת סטודנט, גילו לא רשום בתעודה זו, והטענה שהכניסה למוזמנים בלבד הועלתה, נניח, טרם הצגת התעודה. אם הסלקטורית אמרה לתובעים: המסיבה סגורה אתם לא ברשימה, התגובה המתאימה אינה הצגת תעודת סטודנט, אולם אם הסלקטורית אמרה: ["]אתם ערסים", תגובת מתן בהצגת תעודת הסטודנט, יכולה להיות הגיונית, שכן המטרה היתה לשכנעה: כאילו אמר – תראי אני אדם משכיל, סטודנט, אל תשפטי אותי לפי המוצא, אני לא ערס.⁷⁷

הכרה שיפוטית מעין זו – הכרה בקשר שבין זהות מזרחית לבין סטריאוטיפים כגון חוסר השכלה או חיים לא-יצרניים או לא-נורמטיביים – נותנת משקל להיבט הסוציולוגי של זהות מזרחית, שהוא הדומיננטי בדינמיקה של ההכרעות בדבר כניסה למועדונים. בפרשה נוספת הראויה לציון בהקשר זה קובע השופט ביחס לתובע ממוצא אוקראיני שלא הוכנס למועדון של יוצאי ברית-המועצות-לשעבר מכיוון שהסלקטורית חשבה בטעות שהוא

שדובר בנשא בלבד, והחיל עליו את האיסור הקבוע בס' 8(ד) לחוק. ראו תע"א (אזורי ת"א) 5645/09 פלוני – אלמונית בע"מ, פס' 37 (נבו 3.9.2012), שקבע באופן דומה כי "בהתחשב בדעות הקדומות ובסטריאוטיפים המיוחסים לנשאי HIV – אנו סבורים כי ההגנה הנקובה בסעיף 8(א) לחוק הייתה חלה על התובע מכוח סעיף 8(ד), גם אם היינו קובעים כי אינו 'אדם עם מוגבלות' [בהתאם להגדרת החוק – 'ת']. גישה זו הוחלה גם בהקשר של הפליה בביטוח. ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 43232-05-12 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פס' 17 (נבו 17.9.2013): "די בכך שאדם נתפס בעיני הציבור כ'בעל מוגבלות', כלומר נתפס כבעל 'לקות פיסית... המגבילה אותו באופן מהותי באחד או יותר מתחומי החיים העיקריים', על מנת שסימן ח'... יחול ביחס אליו".

77 עניין בן נחום, לעיל ה"ש 25, פס' 18.

מזרחי. לא הממצא העובדתי ביחס למוצאו הממשי הוא שצריך להכריע אם הופלה, אלא המוצא שייחסה לו הסלקטורית:

מה שקובע הנו מה הייתה הסיבה האמיתית שבשלה נמנעה כניסתו למועדון. גם אם הכניסה סורבה בשל הסברה (אף אם מוטעית) של הסלקטורית, שראתה בתובע כ"מזרחי", פשיטא כי מדובר בהפליה ובעוולה לפי החוק. במקרה דנן, לא ניתן לפסול על הסף את האפשרות כי כניסתו אכן סורבה בשל מראהו. לטענת התובע הוא נראה בעיני עולי ברה"מ כ"מזרחי" וכונתו הברורה הייתה (גם אם הדבר לא נאמר מפורשות), כי הוא בעל גוון עור כהה, למרות שבפועל, ארץ המוצא שלו הנה אוקראינה.⁷⁸

הנמקה זו משקפת הבנה חשובה: בהקשר של דיני איסור ההפליה מה שחשוב הוא לא הסיווג הזהותי העובדתי של התובע (אם הוא "באמת" מהעדה או הלאום שיוחסו לו על-ידי נציגי המועדון); מה שחשוב לצורך הבחינה אם התרחשה הפליה הוא כיצד נתפס התובע על-ידי הנתבע, כלומר, איך סיווג אותו הנתבע בפועל. הדגש ששם השופט בפסקה המצוטטת לעיל מבטא הבנה של הדינמיקה של הפליה ושל תכליתם של דיני איסור הפליה – הוא תר אחר האופן שבו זהותו של התובע נתפסת על-ידי שחקנים חברתיים, במיוחד על-ידי כאלה שמשמשים בכוח הסיווג הזה כדי להקצות גישה למשאב דוגמת אפשרות בילוי במועדון. לכן העובדה שהתובע היה למעשה ממוצא אוקראיני אינה צריכה לשלול ממנו הגנה מפני הפליה אם הסלקטורית הפלתה אותו כי סברה בטעות שהוא ממוצא מזרחי.

אולם למרבה הצער, הלך-מחשבה כמו זה שהודגם כאן הוא נדיר בפסיקה. כך, בתביעות אין-ספור בגין הפליה במועדונים בתי-המשפט מתייחסים לראיות של המועדונים הנתבעים שלפיהן הם מכניסים אחרים מאותו מוצא עדתי של התובעים כאל ראיות רלוונטיות. אלא שעובדה זו אינה רלוונטית, מכיוון שהתבחין (קריטריון) לסינון בליינים פוטנציאליים הוא לא ארץ המוצא שלהם, אלא תפיסת הסלקטוריות בנוגע לאופן שבו הם מגלמים זהות עדתית.⁷⁹ לדוגמה, בתיק שבו נשאל עד התביעה "האם נכנסים בוכרים למועדון?" והשיב כי "חלק כן וחלק לא, אלה שמכירים אותם נכנסים ואלה שלא, לא נכנסים", הסיקה השופטת כי "הובאו די ראיות כדי להוכיח כי במועדון מבליים לקוחות רבים מן העדה הבוכרית", ולכן יש לדחות את התביעה.⁸⁰ כך, ההבחנה בין דרגות של גילום המוצא העדתי (שהמועדון מודה בה, שהרי אלה

78 תא"מ (שלום ת"א) 22249/06 קאופמן נ' מודה בר קלאב בע"מ, עמ' 5 (נבו 22.11.2009).

79 נוסף על כך, בשורה של פסקי-דין נקבע כי אין זו הגנה לנתבע אם יוכיח כי הוא אינו מפלה אחרים מקבוצתו של התובע הטוען להפליה. די להוכיח שהשתייכותו הקבוצתית של התובע הייתה גורם שהשפיע על היחס כלפיו. כך, למשל, בתביעות בגין הפליית מין אין זה מספיק שהמעסיק יראה שהוא מעסיק עובדות נשים, אלא עליו להפריך את טענת התובעת שמניח היה שיקול בין השיקולים שגרמו ליחסו השונה כלפיה. ראו, למשל, דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 495 (1997) (אין זו הגנה למעסיק בתביעת הפליה בשל מין גם אם לבסוף שכר אישה לתפקיד); סע"ש (אזורי ת"א) 40543-03-14 נופל – אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ, פס' 16, נקודה חמישית (נבו 31.3.2016) (אין בטענה שהנתבע מעסיק עובדים ערבים רבים כדי להגן עליו בטענת הפליה על רקע הלאום הערבי של התובע).

80 ת"א (שלום ת"א) 69031/06 שלומוב נ' גרדוב, בעמ' 4–5 (נבו 10.3.2008).

שמוכרים למועדון הוכנסו אליו מתישהו בפעם הראשונה, וסביר מאוד שדבר זה התאפשר מכיוון שהם גילמו את מוצאם באופן סטריאוטיפי פחות) אינה מקבלת כל משקל בגיבוש ההכרעה השיפוטית.

הדוגמאות לתופעה זו בפסיקה הן רבות מאוד. אדגים זאת על פרשה אחת נוספת, שבה אישרה השופטת את המהימנות ואת הרלוונטיות של הקלטה שבה נשמע היחצן דודי מנסה להרגיע מבלה פוטנציאלי שהתקשר אליו והביע באוזניו חשש שלא יכניסו את חברו התימני בשל צבע עורו הכהה:

"אם יש לו מראה כללי בסדר, לא ערס יהיה בסדר..." דודי ממשיך ומציין ש"מראה כללי זה לא צבע של עור אתה יודע" ומבהיר בקשר לסלקטורית: "אם היא חושבת שהוא נראה כמו אחד שהולך לעשות בעיות בפנים אז היא לא מכניסה... זה אנשים שנראים, כן זו העבודה שלה אתה יודע, למנוע את זה שיהיו מכות בפנים למשל... לא יודע מה להגיד לך, שלא יראה ערס זה הכל ושתיגעו מוקדם".⁸¹

אך אף-על-פי שבעדויות – שהתקבלו כאמור כמהימנות – נעשתה הבחנה מפורשת בין מוצא מזרחי לבין הביטוס של מזרחיות סטריאוטיפית ("ערס"), כזו שמתאפיינת בהתנהגות אלימה, השופטת קובעת כי –

הוכח, שקהל המבלים באותו ערב כלל אנשים רבים בעלי חזות מזרחית. וולקוביציקי העיד על כך. אדיר, חברו של התובע שנכנס למועדון, הודה שבאותו ערב שהו במועדון אנשים "עם חזות מזרחית"... עובדה זו משמיטה את הקרקע מתחת לטענת ההפליה. אדיר, העד מטעם התובע (שנכנס למועדון), העיד כי "אני עצמי בן עדות המזרח... הנושא של צבע העור זה סוג של ספקולציה שאנחנו הגענו אליה".⁸²

כך, מצד אחד, השימוש הסטריאוטיפי במונח "ערס" כמנבא (proxy) של התנהגות אלימה אינו מאתגר על-ידי בתי-המשפט, ומצד אחר, העובדה שמזרחים אחרים הוכנסו למועדון משמשת ראייה נגד התובע. שילוב זה יוצר קריסה של שתי הקטגוריות ("ערס/אלים" ו"מזרחי") זו לתוך זו, באופן שאינו מאפשר הכרה בעובדה שבזירת המועדונים, כמו בחברה הישראלית בכלל, יש מזרחים ויש מזרחים – אומנם לא כל המזרחים נתקלים ביחס חשדני, אולם אלה המגלמים את מזרחיותם באופן שמתיישב עם התיוגים השליליים המוצמדים לזהות המזרחית בגרסתה הסטריאוטיפית סובלים גם סובלים ממנו.

81 ת"ק (תביעות קטנות כ"ס) 53312-01-11 שוקר נ' מטרו ניהול ברים בע"מ, פס' 5 (נבו 20.6.2011). השופטת נותנת תוקף להיגיון הזה, המבחין בין מוצא מזרחי לבין "ערסיות", שמשמעותה התנהגות בעייתית. שם, פס' 13 ("דודי נקט בביטוי 'ערס', ולאחר מכן ביטוי זה הוסבר, לא בהקשר של חזות חיצונית, אלא בהקשר של אדם שלפי מראהו עלול 'לעשות צרות'"). שם, פס' 9.

בפרשת **מלכה**, שבה התקבלה טענת הפליה בשל מוצא מזרחי לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988, נדחתה טענת המעסיק כי העובדה שכינה את המועמד לעבודה "ערס" אינה מלמדת שהוא קישר אותו למוצא מזרחי דווקא. השופטת סיגל דוידוב-מוטולה קבעה כי "מבלי להיכנס לניתוח תרבותי או לשוני נרחב, נראה כי 'ערס' הינה מילת גנאי המקושרת להתנהגות וולגארית ומזוהה יותר – גם אם לא רק – עם זהות מזרחית סטריאוטיפית".⁸³ ההיבט הפרפורמטיבי אינו מובא בחשבון גם כאשר בית-המשפט מתייחס לצבע עור כאל המדד היחיד לבחינת השאלה אם ועד כמה התובע נתפס כבלתי-ראוי להיכנס למועדון בשל מוצאו. כך, באחד מפסקי-הדין נכתב:

יתרה מכך בית המשפט התרשם [מאחד מעדי התביעה] כי צבע עורו הינו שחום יותר אף מצבע עורו של התובע. מר בתיה נכנס אותו ערב למועדון, משכך כיצד ניתן לטעון לאפליית התובע בשל מוצאו ו/או צבע עורו ו/או מינו אם חברו הקרוב לו בגיל, שצבע עורו שחום אף יותר, נכנס? לא קיבלתי כל הסבר מספק מהתובע.⁸⁴

אתעכב על מה שאמור להיות ברור מאליו: מהעובדה שאורח מזרחי אחר הוכנס למועדון, גם אם צבע עורו שחום יותר, אי-אפשר להסיק שמזרחיותו של התובע לא היוותה משתנה בהחלטה לא להכניסו. אם להרחיק את העדות לשם הדגמה, ברק אובמה או אופרה וינפרי מורשים להיכנס למועדונים שהרבה אנשים לבנים, שעורם בהיר יותר, לא היו מורשים להיכנס אליהם. צבע עור הוא רק משתנה אחד בין שלל היבטים של גילום זהות גזעית או עדתית.⁸⁵ לסיכום חלק זה, התמונה המתקבלת היא של מלכוד שבו מצויים התובעים בתיקי הפליה בכניסה למועדונים: מצד אחד, כדי לבסס תביעת הפליה עליהם להיראות מזרחים באופן מובהק; מצד אחר, מראה זה עצמו הוא שמוליד את הסינון שלהם מהמועדון. בניסוח כללי יותר: גוף הפסיקה המפתח את פרשנות החוק – שעניינו, בין היתר, מניעת הפליה על בסיס אתני במועדונים – מצריך בפרקטיקה שלו שימור מובהקות זהותית מזרחית, כך שתהיה ניכרת לעינו של המתבונן הסביר המסווג מוצא אתני, כלומר, של השופט המפעיל "קומון סנס" וידע סוציולוגי כישראלי הסביר. כך בתי-המשפט מייצרים מבלי דעת מערכת של סיווג שיטתי –

83 ראו תע"א (אזורי ת"א) 3816/09 **מלכה** – **התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פס' 58 (נבו 2.8.2013). אני מסכימה עם גישה זו, ומוסיפה כי גם כאשר לאשכנזים מיוחסת "ערסיות", מיוחסות להם למעשה תכונות המשייכות למזרחים, ובמובן זה הם מופלים על רקע עדתי. ניתן להציע אנלוגיה לשם הדגמה: הפליית גברים הומואים בגלל תכונות "נשיות" המיוחסות להם היא צורה של הפליה על רקע מין. האם נוכל לטעון ברצינות שאין להכיר בהפלייתם בגלל תכונות נשיות המיוחסות להם מכיוון שהם גברים ולא נשים? כאמור, לפי הפרספקטיבה הסוציולוגית להפליה הננקטת במאמר זה, השאלה היא לא מה מוצאו הדמוגרפי של הפרט, אלא מהי הזהות המיוחסת לו.

84 תא"מ (שלום נת') 11856-11-09 **עובדיה נ' גו אנד סיפ בע"מ**, פס' 5 (נבו 19.12.2010).

85 על תפקידו של גון העור בסוציולוגיה של זהות מזרחית ראו דהאן קלב, לעיל ה"ש 58; Henriette Dahan Kalev, *Colorism in Israel: The Construct of a Paradox*, 62 AM. BEHAV. SCIENTIST 2101 (2018); Henriette Dahan Kalev & Maya Maor, *Skin Color Stratification in Israel. Revisited*, 5(1) J. LEVANTINE STUD. 9 (2015).

טקסונומיה – של זהות מזרחית, תוך שימוש בטענה אפיסטמולוגית מובלעת שלפיה יש להם, כמו לקהילת השיח שקוראת את פסקי-הדין, "ידע מקומי" מובן מאליו באשר לסימנים שדרכם ניתן לזהות מזרחיות. מזרחיות שאינה ניכרת לעינם של השופטים, בין בשל מאפיינים חיצוניים דוגמת צבע עור ובין בשל מאפיינים סוציולוגיים כגון היותו של אדם סטודנט או בעל מקצוע חופשי, מקשה על התובעים לבסס טענת הפליה.

3. מיצוב ונרמול מלאכותיים של זהות מזרחית

מפסיקת ההפליה במועדונים משתקף שהתקבעה הנחה כי ניתן להכריע מהו מוצאם של התובעים באמצעות מבט שיפוטי המתיימר לאבחן אם הם נראים מזרחים. האופן הזה של אבחון זהות מזרחית מנרמל אותה, כלומר, יוצר רושם שמדובר בזהות יציבה גבולותיה ומהותה ברורים, בעוד למעשה מדובר בקטגוריה זהותית חדשה מבחינה היסטורית, שאי-אפשר להבינה אלא מתוך ההקשר של דרכי השימוש בה בחברה הישראלית, ואשר גבולותיה ברורים ויציבים הרבה פחות מכפי שמשקף מאמירות כגון "התרשמותי מחזותם של התובעים, שאין חולק כי מוצא הוריהם 'מזרחי'".⁸⁶

במילים אחרות, מבחינה סוציולוגית, המוסכמה שהתקבעה שלפיה העין השיפוטית יכולה להכריע בדבר זהותו האתנית של התובע מבוססת כולה על הנחת זהויות אתניות יציבות לכאורה בישראל, אשר קלות לסיווג ולזיהוי. כפי שאמרו על פורנוגרפיה, כך משתקף כאן לגבי מזרחים (וגם לגבי ערבים, שאינם במוקד מאמר זה): *you know it when you see it*.⁸⁷ בכך יש משום תרומה למיצובן של הזהויות הללו. השיח המשפטי מייצר אתניות שוב ושוב על-ידי אזכור חוזר (איטרציה) של מופעיה, של דרכי זיהויה ושל הדרכים שבהם היא מתעתעת. כל אימת שהשופט אומר מה הצבע של התובע, הוא אינו מתאר את התופעה הסוציולוגית שקרתה במועדון, אלא מייצר את התופעה הסוציולוגית הזאת. כלומר, הוא מגייס את העיניים שלו לכאורה כמעין מאבחן אוֹבֵיִקְטִיבִי כדי להחליט אם כך אכן ראתה הסלקטורית את האורח, אך למעשה זהו תיאור מכונן, ולא משקף.

מבחינה משפטית, באה פה לידי ביטוי מועצם דילמה מוכרת בדיני איסור הפליה – דילמת השוני (the difference dilemma):⁸⁸ כדי לתת סעד נגד הפליה, יש לעשות אותה פעולה עצמה שהדין יוצא נגדה – המלאכה המושגית של נטרול כל שוני שאינו רלוונטי לפעילות או להקצאת המשאבים הנדונה. כך, כדי שפרט יוכל לגייס את הגנת הדין מפני הפליה, כלומר לקבל יחס

86 ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 39454-08-10 שרגא נ' קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ, פס' 12 (נבו 24.5.2012).

87 אריאלה גרוס מתארת היגיון דומה במסגרת ההשקפות הרווחות ביחס לגזע בארצות-הברית. ראו Gross, לעיל ה"ש 27, בעמ' 297.

88 קתרין מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית" פמיניזם משפטי בחיאוריה ובפרקטיקה 23, 30–34 (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת 2005); Iris Marion Young, Justice and the Politics of Difference (1990); Martha Minow, Not Only for Myself: Identity, Politics and the Law (1999).

דומה, עליו להראות שהוא שונה.⁸⁹ פעולת הסיווג הסטריאוטיפי של זהויות משעתקת את מה שנתפס כהבדלים משמעותיים ביניהן.

יתרה מזו, מדובר בפרקטיקה שיש בה הנחה סמויה ובעייתית שלפיה לעין השיפוטית יש אוריינות סוציולוגית לגבי האופן שבו החברה הישראלית מסווגת זהויות, לגבי דרכי ההתבוננות שלה. ליתר דיוק, הטענה השיפוטית בדבר יכולת הסיווג של מוצא עדתי רחבה אף יותר: הטענה המובלעת באבחנות השיפוטיות לגבי הקשר בין מראה לבין מוצא היא לא שלשופטים יש יתרון בקביעת הממצא העובדתי בדבר מוצאו של התובע; הטענה המובלעת היא הפוכה – שכל אחד, כל ישראלי, ידע לזהות שמדובר במזרחי. הדיבור על המופעים הקונקרטיים של זהויות עדתיות הופך אותן לממשיות או חושף אותן לתהליך של ראיפיקציה.

הזהות המזרחית לא רק נהפכת לממשית יותר, אלא גם מרודדת – עוברת רדוקציה. בפסקי-הדין הנוגעים בהפליה בכניסה למועדונים הקטגוריה המשפטית "מזרחי" לוקה בלכידות-יתר. הראיונות והתצפיות שקיימתי מעלים כי רוב המזרחים מורשים להיכנס למועדונים. מי שנדחה הוא מי שמגלם מזרחיות באופן מועצם. בעוד השופטים חושבים דרך סיווג בינרי (מזרחי/לא-מזרחי), הסלקטורים שראיינתי אינם טוענים לאוריינות לגבי יכולתם לזהות מזרחים, אלא לגבי יכולתם לזהות "ערסים", שהם תת-קטגוריה של מזרחים.⁹⁰ הסלקטורים ידעו לתאר לפרטי-פרטים, באופן חזרתי ומרדד עד כאב, כיצד נראה "ערס", וזאת בין במועדונים בצפון הארץ ובין בדרומה, בין בעיר ובין בקיבוץ, ותוך שימוש בקלישאות המוכרות – מהגורמטים והג'ל בשיער, דרך הנעליים המצוחצחות "מדי", ועד חולצות המתגים דוגמת לקוסט וטומי הילפיגר, המתפרשות כמשקפות התאמצות יתרה להיראות "לבושים" ומשתייכים.⁹¹ עילת ההפליה "ארץ מוצא" רחוקה מלספר את כל הסיפור, והמשפט טרם פיצח את אתגר ההמשגה של מושא ההפליה המזרחי בכניסה למועדון באופן שמביא בחשבון פרפורמנס.⁹²

4. כאשר רשות מדינתית מספרת לתובע אם הוא נראה מזרחי

על כל הדינמיקות שתוארו לעיל יש להוסיף מימד חשוב: מי שמביט ומפרסם את ממצאי המבט שלו על זהותם העדתית של תובעים הוא רשות מדינתית שמדברת (או ליתר דיוק – כותבת) ככזו. ננסה לדמיין תובע שניצח בתביעת הפליה אולם שב לביתו מצויד בפסק-דין שקובע כי

89 לביאור מלכוד זה בהקשר של משנתה של מקינן ראו אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** 66–70 (2002).

90 לדיון ביקורתי במושג "ערסים" בהקשרים סוציולוגיים ותרבותיים ראו את הגיליון שהוקדש לנושא זה על-ידי כתב-העת **הכיוון מזרח – כתב עת לתרבות וספרות** 16 ("ערסים ופרחות") (2008); ובפרט יובל עברי "גרוטסקה אותנטית: ערסים ופרחות בתרבות הישראלית" **הכיוון מזרח** 16, 26 (2008). כן ראו יונת נעמן "ידוע שהתימניות חמות במיטה": על הקשר בין צפיפות הפיגמנט לשם התואר פרהה" **תיאוריה וביקורת** 28, 185 (2006).

91 הניתוח המרתק של תיאורי הגוף המזרחי אצל סופרים ישראלים בני זמננו, אשכנזים לעומת מזרחים, מכיל הקבלות רבות לאופן שבו דמות ה"ערס" משתקפת בדברי הסלקטורים. ראו יוחאי אופנהיימר "על התהוות הגוף המזרחי" **תיאוריה וביקורת** 36, 161 (2010).

92 הגישה המוצעת כאן עולה בקנה אחד עם גישתה של יפעת ביטון ביחס לצורך להתרחק ממהות ביולוגית במחשבה המשפטית על השפעתו המפלה של מוצא. ראו ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 14, בעמ' 509–510.

אומנם עורו בהיר אך הוא נראה עדיין מרוקאי. כך, גוף מדינתי מציב מראה סוציולוגית מוסמכת ורשמית על מראהו של אדם ביחס לזהותו העדתית. למבט מדינתי יש חשיבות מיוחדת ואפקט עמוק יותר מאשר למבט בין-אישי בזירה החברתית.⁹³ המבט המסווג בצורה החלטית הוא לא רק תנאי לקבלת סעד מהחוק, אלא גם בעל אפקט משני של הספקת חותמת רשמית לגבי מיקומו החברתי של התובע על ציר העדתיות.

בעקבות כתיבתם של ז'יל דלז ופליקס גואטרי (Gilles Deleuze & Felix Guattari), אבי שושנה מתאר סוג כזה של סיווג מדינתי של אתניות כסיווג הנשען על "שפה מז'ורית":

שפה מז'ורית של אתניות עושה שימוש מסיבי בשפת המדינה ומציעה שתי קטגוריות היררכיות המשמשות אב טיפוס לתיאור ולמיון אוכלוסיות: "מזרחים" ו"אשכנזים". שפה זו מקטינה את השונות בתוך קבוצה על חשבון השונות בין הקבוצות... קלסיפיקציה דואלית זו מטרידה עוד יותר משום שרק קטגוריה אחת בתוכה מובנית כקטגוריה אתנית, בעוד האחרת אינה אתנית אלא "ישראלית" או שקופה.⁹⁴

מתבקש לתהות איך הרוב המוחלט של השופטים אינם מתכווצים בכסאם באי-נוחות כאשר הם עומדים להשתמש בקביעות ביחס למוצאו של התובע על-פי חזותו החיצונית. כאמור, הם מפרשים זאת כחובתם כדי לקדם את ההכרעה במישור הראייתי. אך עדיין אי-אפשר לא לתמוה כיצד השתרשה הקונוונציה הזאת בפסיקה הישראלית כמעט בלי הסתייגויות ובקלות, כך שהיא מאפיינת את הגרעין הקשה של פסקי-הדין בתחום. אציע השערה, שתיוותר בגדר השערה בלבד, מכיוון שקשה לעצב מחקר שיאמת אותה אמפירית. נכון לעכשיו, כל שיהיה באפשרותנו הוא לשאול עד כמה ההיפותזה שאציע מהדהדת באוזנינו כנכונה בתוך התרבות הישראלית. השערתי היא שהשופטים בתוך עמם הם יושבים: הם ישראלים, וכישראלים אנחנו רגילים לפרופיילינג. זו פעולה מוכרת – הקורית לא רק במחסומים בשטחים, אלא גם בקניון, בכניסה לאוניברסיטה או ברחוב – ולכן היא אינה צורמת לנו.

לסיכום פרקים א-ב, המשפט או לפחות דיני איסור ההפליה מתקשים להתמודד עם הרב-ממדיות של זהות מזרחית, עם נזילותה ועם הקצוות הפרומים והגבולות המוגדרים שלה. הנסיונות ללכוד אותה ולהגדירה לצורך הכרעה בתיקי הפליה במועדונים גורמים נזק, לטענתי, בכך שהם חותרים תחת תכליתם של דיני איסור ההפליה ומייצרים דין-וחשבון משטיח של זהות מזרחית.

בחלק הבא אפרוש הצעה דוקטרינרית כיצד להיחלץ מהצורך במבט שיפוטי מנרמל ומהכמיהה לסיווג יציב של הזהות המזרחית.

RICHARD H. McADAMS, THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS (2015); 93
Janice Nadler, *Expressive Law, Social Norms, and Social Groups*, 42 LAW & SOC. INQ. 60
(2017).

אבי שושנה "שפה מינורית ושפה מז'ורית של אתניות" מראי מקום: זהויות משתנות ומיקומים
חברתיים בישראל 84, 84–85 (זאב שביט, אורנה ששון-לוי וגיא בן-פורת עורכים 2013).

ג. הצעה נורמטיבית

1. האם החוק משיג את תכליותיו?

התופעה השיחנית שמופתה לעיל והשפעותיה הקשות – סיכול השגת תכלית החוק וייצור מהותני ומרדד של זהות מזרחית – מצריכות מחשבה על דרכים לחסוך מבתי-המשפט את הצורך לקבוע אם מראהו או התנהגותו של התובע מעידים באופן מובהק על מוצאו העדתי לצורך ביסוס תביעת ההפליה שלו. לפני שאפרוש הצעת פתרון, אפתח בכמה מילים כלליות על השאלה אם החוק משיג את תכליותיו לפי התמונה המתקבלת מהפסיקה, מהתצפיות שערכתי בכניסה למועדונים ומהראיונות עם סלקטוריות וסלקטורים.

עד כמה חוק איסור הפליה משיג את התכלית העיקרית שהובילה לחקיקתו – התכלית של מניעת הפליה על רקע מוצא בכניסה למועדונים? אין ספק שפוקדי מועדונים עושים שימוש בפלטפורמה שיצר החוק לתביעות בגין הפליה בכניסה למועדונים. בתשע-עשרה השנים שחלפו מחקיקתו ועד סוף שנת 2019 הוליד החוק 315 פסקי-דין שדווחו במאגרי המידע, אשר 175 מתוכם עוסקים בהפליה בכניסה למועדונים, להבדיל מכניסה למסעדות, לפארקי שעשועים וכדומה, ולהבדיל מצורות אחרות של הפליה, כגון הספקת מוצר בדרך מפלה או הספקת שירות בדרך של הפרדה בין גברים לנשים. סביר להניח שבתי-המשפט הכריעו בתיקים נוספים רבים שלא דווחו במאגרי המידע המשפטיים, מכיוון שמדובר בדרך-כלל בתיקים הנדונים בבתי-משפט לתביעות קטנות, וכן בתיקים נוספים לא דווחו משום שהם הגיעו לסיומם בדרך של פשרה ומבלי שנכתב פסק-דין. עוד סביר להניח שמקרים רבים נוספים לא הגיעו כלל להתדיינות משום שהם הסתיימו בפשרה בעקבות פנייה של הצד הנפגע או של עורך-דינו אל המועדון במסגרת מכתב שלפני תביעה.⁹⁵

עם זאת, אי-אפשר ללמוד הרבה מהנתונים המספריים שלעיל. העובדה שיש גוף לא-זניח של ליטיגציה היא חשובה, אבל מוגבלת ביכולתה להשיב על השאלה אם החוק אכן משיג את תכליתו ומונע הפליה בכניסה למועדונים. למשל, אין דרך להעריך את היחס בין מספר המקרים שהתגלגלו לליטיגציה לבין מספר המקרים שבהם נעשה פרופיילינג מפלה בכניסה למועדוני בילוי.⁹⁶ עם זאת, העובדה שבכ-9 תיקים בשנה ניתנו פסקי-דין על הפליה במועדונים מלמדת שהתופעה של סינון על בסיס אחת העילות האסורות (ברוב המקרים מדובר בסינון על רקע עדתי) היא חזון נפרץ, או לפחות – אם לנקוט ניסוח זהיר יותר – תופעה שמתרחשת לטענתם של מאות התובעים שלא הוכנסו למועדון ופנו לערכאות כדי לתבוע בגין הפלייתם.

95 ניתן להשתמש באינדקסציות נוספות לשם הערכת הצלחתו של החוק, כגון שיעור התביעות שהתקבלו ביחס לשיעור התביעות שנדחו, גובה הפיצויים שנפסקו ועוד, אבל ליבו של הטיעון במאמר זה הוא שקונונציית השיח השיפוטית המאבחנת זהות עדתית על בסיס מראה-עיניים של השופטים די בה להצדיק הקדשת מחשבה לשינוי הנטל הראייתי בחוק.

96 השוו מונדלק, לעיל ה"ש 3.

קשה אומנם לקבוע אם החוק הפחית את הפליית המזרחים במועדונים, אולם ניתן להסיק מקריאת פסקי-הדין כי החוק הקריין על הפרקטיקה של סינון קהל בכניסה אליהם.⁹⁷ כך, אם לפני חקיקת החוק היו נציגי המועדון יכולים פשוט לומר למבלה הלא-רצוי כי הוא אינו רשאי להיכנס, מבלי לחשוף את עצמם לתביעה משפטית שהקונסטרוקציה שלה פשוטה,⁹⁸ כיום ניתן לזהות את השפעת החוק על עיצוב חלק ניכר מדרכי הסינון של המבלים. דרכים אלו נעשו עקיפות וחמקמקות יותר, והן בנויות כך שיהיה קשה יותר להוכיח הפליה לפי דרישות החוק. ארבע פרקטיקות מאפיינות כמעט את כל התיאורים העובדתיים בתיקי המועדונים:

ראשית, כפי שמשתקף כמעט מכל פסקי-הדין, וכפי שעלה אף מהתצפיות שערכתי בכניסה למועדונים ומהראיונות שקיימתי עם סלקטורים, הפרקטיקה בכניסה למועדון אינה של תור שבו הממתינים נשקלים בזה אחר זה, ובהגיע תורם הם שומעים החלטה לכאן או לכאן, אלא של מסה של אנשים שעומדים מאחורי הברזלים, כשהסלקטורית "שולפת" מהתור את אלה שהיא מעוניינת לאפשר להם להיכנס (תוך שהיא משתדלת לא לפגוש בעיניה את מבטם של הממתינים האחרים). כפי שאמרה הסלקטורית "שרה" בתשובה לשאלתי למה היא מבקשת מאנשים לחכות בצד כאשר ברור לה שהיא לא תכניס אותם: "כי אסור להגיד לא, כי אז את עומדת לתביעה, את חשופה לתביעה. בגלל זה אני מצאתי מיליון דרכים להגיד לא. המקום מלא..."⁹⁹.

"ריקני", סלקטורית אחרת שכבר הוזכרה לעיל, מתארת ערבים שלמים שבהם היא לא הייתה מוציאה מילה מהפה לאורך כל המשמרת, אלא מתקשרת עם המאבטחים ברמזים בעיניים ומאותתת להם את מי להכניס:

ת: בחיים לא הייתי אומרת לבן-אדם "תקשיב, אתה, תראה איך אתה נראה" או, לא יודעת, "אתה לא יכול... אנחנו לא מכניסים אנשים כמוך" או... כאילו, מה אתה יכול להגיד לבן-אדם כאילו בסיטואציה כזאת? לפעמים כאילו זה פשוט לא. כאילו...

ש: אבל עדיין אני לא מבינה את זה ש... את אומרת שלא דיברת.

ת: לא.

ש: אז מי דיבר?

97 לדיון באופן שבו סדרי הדין ונטלי ההוכחה מעצבים ומנחים את התנהגות השחקנים ראו איסי רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" **פרוצדורות** 45, 59–60 (טליה פיישר ואיסי רוזן-צבי עורכים 2014).

98 למעשה, בהעדר דבר חקיקה קונקרטי היה אפשר אפילו לנמק במפורש מדוע – "כי 'ערסים' לא נכנסים" או "כי אין כניסה ליוצאי אתיופיה" – מבלי להסתכן בתביעה פשוטה, שכן תביעה על הפליה בהקשר זה הייתה מצריכה פיתוח מקורי והישענות על טיעונים חוקתיים, כגון פגיעה בכבוד האדם, או על שאיבת עקרונות חוקתיים לתחום המשפט הפרטי באמצעות טענות כגון פגיעה בתקנת הציבור, חוסר תום-לב או הפרת חובת זהירות בנוזיקין.

99 תמליל ריאיון עם "שרה", סלקטורית, בעמ' 15 (העתק מצוי בידי המחברת).

ת: אף אחד לא דיבר. אני נגיד הייתי אומרת, היו אומרים נגיד... כאילו, אנחנו שניים, או שהייתי כאילו עושה לו ככה, הוא היה יודע שזה שניים. או שכאילו, נגיד אם לא היה תור של הרבה אנשים, מי שמתקדם אני עושה ככה, השומר יודע להגיד לו כאילו "אין כניסה עכשיו"¹⁰⁰.

שנית, ובהמשך לנקודה הראשונה, במקום לומר "לא" או "לא הערב", הסלקטורים מבקשים מהאורחים הלא-רצויים להמתין בצד. במקרים רבים האורח מבין אחרי זמן מסוים שאין לו סיכוי להיכנס, ועוזב את המקום.¹⁰¹ במקרים אחרים הוא מביע כעס, וכעס זה משמש את המועדון, באופן ציני, לביסוס הטענה שלא היה ראוי להכניסו מלכתחילה.¹⁰² ההשפעה המפלה של הבקשה להמתין תוארה באופן מוחשי באחד מפסקי-הדין:

אדם הנמנה על אחת מהקבוצות המאופיינות אינו נתקל בסירוב מוצהר להכניסו אלא רק מתבקש לחכות משך פרק זמן בלתי מוגדר. הוא ממתין עד בוש – עד שנאלץ להתיימש ולוותר, בעוד שבליינים אחרים, שהגיעו אחריו אך אינם נמנים עם הקבוצה המאופיינת בעילות הפליה, מורשים להיכנס.¹⁰³

100 ריאיון עם "ריקי", לעיל ה"ש 71, בעמ' 5-6.

101 ראו, למשל, עניין **שוקר**, לעיל ה"ש 81, פס' 4 (העד שואל את רוני היחצן "האם במקרה שהוא ממתין יותר מרבע שעה בחוץ המשמעות היא שעשו לו סלקציה, ותשובתו של רוני היא 'כןראה'"); עניין **ירימי**, לעיל ה"ש 33, פס' 4-16 ("הוא המתין בין שלושת רבעי שעה עד שעה בטרם התיימש ועזב את המקום", "ניתן להניח כי מי שמבקש להפלות על רקע מוצא, יהיה מתוחכם מספיק כדי לא לומר זאת באופן מפורש, אלא פשוט יעכב את כניסתו של האורח עד שזה יתיימש ויעזוב את המקום").

102 ראו, למשל, עניין **לבני**, לעיל ה"ש 75, פס' 7(ד). ראו גם ת"א (שלום ת"א) 11021/07 **עופר נ' בלנד בע"מ**, בעמ' 6 (נבו 14.9.2008). במקרה זה, אף שהשופט מכיר בכך שהתבחינים לכניסה למועדון הם "עמומים" ולכן לא-תקינים (בעמ' 6), הוא מקבל את גרסת המועדון שלפיה התפרצותו של התובע אחרי שהתבקש להמתין וראה כיצד אחרים נכנסים היא עילה עניינית ומוצדקת לסירוב להכניסו (בעמ' 8). לעיתים העובדה שהתובע עזב את המקום אחרי שהמתין לשווא משמשת נימוק להפחתת הפיצוי. ראו, למשל, עניין **בן נחום**, לעיל ה"ש 25, פס' 34 ("לא שוכנעתי כי אם היו מדברים עם מי מהמנהלים שהיה במקום, הוא לא היה משנה החלטת הסלקטורית. האם ויתרו התובעים מהר מדי כי ראו פה הזדמנות ללמד לקח ולקבל פיצוי? כפי שאמר התובע 1 זו זכותו, אולם לא מוקנית לו הזכות לקבל הפיצוי המקסימאלי הקבוע בחוק"); עניין **קאופמן**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 17 ("קיימות נסיבות אחרות, שמובילות למסקנה כי אין זה המקום לפסוק לתובע פיצוי ברף העליון שמתיר החוק ויש מקום להפחית את שיעור הפיצוי... לא הוכח לפני כי התובע ניסה בצורה ממשית למנוע את רוע הגזירה שהונחתה עליו. התובע לא ביקש לדבר עם האחראי במקום ולא ניסה לשכנע את הגב' סנדלר לתת לו להיכנס. תחת זאת, קיבל את הגזירה בשתיקה ועזב את המקום... התובע גם לא טען כי הפנה את תשובת ליבה [הטעות במקור] של הגב' סנדלר באותו הרגע להודעת ה-sms אשר לפי טענתו קיבל כהזמנה למועדון לאותו הערב ממש"). כן ראו עניין **מור**, לעיל ה"ש 49, פס' 22 ("מפעם לפעם מועלית טענה כי הסינון והפליה נועדים למנוע מאנשים מסוכנים ואלים להכנס למועדונים... דווקא הסינון בצורתו כיום גורם לאלימות וכעס בין אלה הממורמרים על שלא נמצאו ראויים להיכנס").

103 שם, פס' 11.

שלישית, לא אחת הסלקטורית מסתמכת על הטענה ששם של התובעים אינו מופיע ברשימת המוזמנים, אף שפעמים רבות מדובר בדף חסר משמעות ובאוסף שרירותי או ישן של שמות, ושברוב התיקים התובעים רואים בעיניים כלות כי יש מבלי שמוכנסים מבלי לבדוק כלל אם שם ברשימה.¹⁰⁴

כפי שבית-המשפט מזהה באחת הפרשות, לנוכח טענת המועדון כי הכניסה הייתה מותרת למוזמנים בלבד:

נוכח הישנותה של טענת הגנה זו במקרה זה ובמקרים נוספים, נראה כי מתוך מודעות להוראות החוק, מקומות בילוי החליטו לאמץ מדיניות של "אפליה סמויה", היינו, הסוואת האפליה במעטה של "מדיניות מועדון" או "רשימת מוזמנים" או "מסיבה פרטית" או "עדיפות ללקוחות קבועים", ועוד כהנה וכהנה אמתלות למניעת כניסתם של בלוינים אשר כניסתם אינה חביבה על בעלי ומנהלי מקום הבילוי, מסיבות בלתי רלוונטיות ובלתי ענייניות. בית המשפט לא יכשיר תופעה מעין זו. נתבע שטוען טענה כזו, עליו הנטל הראייתי להוכיחה. דהיינו, עליו להראות כי אכן קיימת רשימת מוזמנים לאותו ערב, או שקיים מועדון חברים, או שהמסיבה הינה פרטית, וכי נקבע מראש כי מדובר בערב סגור לאנשים מסוג זה, וכי בפועל הוכנסו רק אנשים מהקבוצה הרלוונטית.¹⁰⁵

בפועל, למעט הצהרה שיפוטית זו בדבר סדר הדין הראייתי הראוי, לא נתקלתי בתיק שבו ביקש בית-משפט מהמועדון להראות רשימת המוזמנים שעליה הסתמך כדי לנמק את דחיית התובע הייתה עדכנית ושהיא אכן שימשה תבחין ענייני להקצאת זכות הכניסה למועדון.

אכן, הסלקטורים שראיינתי דיווחו שוב ושוב כי רשימות הן תואנה בלבד. כך עולה גם מפסקי-דין רבים שבהם התובעים מדווחים כי בעוד שהם התבקשו להמתין כי הם אינם ברשימות, אנשים אחרים, שאינם נראים כמותם, נכנסו מייד ובלתי בדיקה ברשימות.

ורביעית, אין כמעט פסק-דין שבו המועדון הנתבע אינו משתמש להגנתו בטענה כי הכניסה נמנעה מהתובע משום שהמועדון היה בתפוסה מלאה בשעה שהתובע ביקש להיכנס. טענה זו אינה מוכחת אף-פעם, ובתי-המשפט אינם מבקשים הוכחה לאמיתותה. ככלל, המועדונים

104 ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 48721/07 א.א. נ' קלרה שירותי בר בע"מ, בעמ' 7 (נבו 6.9.2010) ("התובע הסביר כי אין נפקא מנה מתי הגיע למקום, הואיל ושלא כטענת הנתבעים, הנכנסים למועדון לא היו בודדים, והוא נאלץ לחכות במשך יותר משעה ולראות כיצד עשרות רבות של גברים ונשים חולפים על פניו ונכנסים, בעוד הוא נותר על עומדו ואינו זוכה לרשות הנכספת. הוא הדגיש כי רוב האנשים שהורשו להיכנס היו בהירי עור, ואילו אלה שנותרו מחוץ לשערי המועדון היו בעלי חזות מזרחית"); ת"א (שלום כ"ס) 34917-03-15 קוממי נ' בליס גולד הפקות בע"מ, פס' 27 (נבו 19.3.2018) ("בד בבד בלוינים אחרים נכנסו למועדון מבלי שהמארחת קיבלה את שמותיהם מראש"). כן ראו עניין מור, לעיל ה"ש 49, פס' 30 ("התרחמתי כי, כניסתו ביתר הפעמים, נעדרה הזמנה מראש ובכל זאת הוא נכנס. יתר על כן, התובע הגיע עם שני זוגות נוספים, שגם לא הופיעו ברשימת המוזמנים, ובכל זאת, נכנסו למקום").

105 עניין חזו, לעיל ה"ש 46, פס' 9.

בישראל אינם משתמשים במונים לספירת הקהל שנכנס, ¹⁰⁶ ואף מודים כי מבלי "קבועים" או "מוכרים" מורשים להיכנס בלי קשר לתפוסה. נוסף על כך, אף לא באחד מחמישה-עשר הראיונות שקיימתי עם סלקטורים עלתה סוגיית התפוסה כשיקול רלוונטי בהחלטה אם להכניס אדם למועדון אם לאו. במילים אחרות, סלקטורים אינם משאירים אדם בחוץ בגלל תפוסה מלאה. שקילת התפוסה אינה אם כן חלק מה-*modus operandi* של הסלקטוריות, אלא תירוץ הגנה הנשלף כמעט ללא יוצא-מן-הכלל בהתדיינויות המשפטיות ומציג את המועדונים כמוסדות הפועלים מתוך אחריות לבטחון המבלים וציות לאסדרת הבטיחות.

כל הפרקטיקות שלעיל עניינן עמימות וטשטוש עקבותיה של ההפליה. העדר רגע קונקרטי או אמירה מפורשת של סירוב וכן היתלות בנימוקים מפוברקים מקשים על התובעים לבסס את מה שמצופה מהם לבסס: את הטענה שהמועדון התייחס אליהם באופן שונה בשל מוצאם. מכאן ברור כיצד נולדה צורת אבחון הזהויות בפסקי-הדין, דהיינו, המוסכמה כי ניתן לקבוע ממצא עובדתי בדבר מוצאו העדתי או הלאומי של התובע באמצעות גיוס העין השיפוטית. המניע לאבחון השיפוטי בדבר המוצא הוא כאמור מניע מוצדק ומובן – קידום בירורה של טענת ההפליה לנוכח הקושי הראייתי להכריע בנוגע לטענתם של הסלקטורים שהם לא התבססו כלל על מוצא בהחלטתם למנוע מהתובעים את הכניסה למועדון. עם זאת, כפי שראינו, המחירים הכרוכים בצורות אלה של קביעה שיפוטית הם קשים.

בהינתן שמועדונים הם עסקים למטרות רווח המפיקים את רווחיהם ממכירת משקאות וכרטיסי כניסה, תהא זו הנחה סבירה בעיניי – ולמעשה איני מכירה אדם המצוי בעולם המועדונים שלא יסכים איתה – שהסיבה העיקרית שבגינה מועדונים מסננים מבקרים היא "עיצוב קהל", ושהקהל הנחשב "לא-איכותי" הוא קהל המגלם את מוצאו המזרחי באופן מוצאם.

אכן, המניע המרכזי להשארת אנשים מחוץ למועדון הוא מה שהסלקטורים כינו בראיונות "עיצוב קהל" וחיפוש אחר "קהל יפה" – יפה לא במובן של יופי חיצוני, אלא במובן של מי שנתפס כ"איכותי", כמשרד יוקרה, כמי שאחרים רוצים להשתייך למועדון שהוא משתייך אליו מבחינת מצבו הכלכלי, השכלתו וכולי. כמתואר באחד מפסקי-הדין:

סבורני כי המושג "פייס קונטרול", שנבחר על ידי הנתבעים... הנו סממן נוסף למדיניות המפלה של הנתבעים בהכנסת מבקרים למועדון. לא מדובר בניסוח בלתי מוצלח ובתם לב של מדיניות חוקית של סינון מבקרים מסיבות כשרות (כגון לבוש או גיל וכו')... לדעתי, מדובר במושג שנבחר במכוון ואשר מטרתו לסמן לבאי המועדון, בין השיטין, כי כדאי להגיע למועדון, אשר לתוכו נכנסים רק קהל מובחר ("היפים והיפות"), אשר עוברים את "מבחן הפנים הנוקשה", כהגדרת הנתבעת. על כך ייאמר – לקרוא ולא להאמין.¹⁰⁷

106 רק בשני פסקי-דין טען המועדון כי הוא משתמש בנומרטור או בשיטה אחרת כדי לספור את הקהל. ראו עניין **אמסלם**, לעיל ה"ש 47, פס' 29; ת"א (שלום ת"א) 10488-02-12 דונה נ' **תשע בכיכר בע"מ**, פס' 14 (נבו 9.7.2013).

107 עניין **קאופמן**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 9.

או בפסק-דין אחר:

יש להניח כי תופעת "הסלקציה" הנערכת ע"י "סלקטורים" לא נובעת תמיד ובהכרח משיקולים של העדפות והשקפה בלתי שיוונית 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.¹⁰⁸

למרות האתוס שלפיו החברה הישראלית היא "כור היתוך", ולמרות מגמות כגון נישואים מעורבים בין מזרחים לאשכנזים¹⁰⁹ או העובדה שרוב המבלים במועדונים בעשרים השנה האחרונות משתייכים לדור שנולד בארץ, וחלקם אף בנים להורים שנולדו בארץ, קיים עדיין מתאם חזק¹¹⁰ בין מוצא מזרחי לבין מעמד חברתי-כלכלי, רמת השתכרות, שיעורי אבטלה, ייצוג במוקדי כוח תחרותיים כגון משרות אקדמיות, ייצוג (שלילי) בבתי-כלא, שנות השכלה ועוד.¹¹¹ במילים אחרות, המונחים "קהל יפה" או "קהל איכותי" הם מונחים מכובסים המתיימרים לחול באופן ענייני על כל מבקר במועדון, אך למעשה הם צורה של הפליה עקיפה. דמותו של האורח שאינו רצוי כי הוא "לא-איכותי" היא בדרך-כלל דמותו של מזרחי שנתפס

108 עניין אסקו בר, לעיל ה"ש 39, פס' 5.

109 על הסיבות לכך שנישואים בין מזרחים לאשכנזים אינם הופכים את הזהות העדתית של הדור הבא ללא-רלוונטית ראו טליה שגיב **חצי-חצי – על ישראלים ממוצא עדתי מעורב** (2014). על האופן שבו גם בנישואים מעורבים יש משמעות לגבי נשים לבחירת שם המשפחה אחרי הנישואים מבחינת השאלה כיצד הוא יסווג את זהותן העדתית, ראו מיכל רום "אם שמו היה עברי ויפה בעיניי הייתי נושאת אותו": מגדר, אתניות ולאומיות בסוגיית שם המשפחה לאחר הנישואים בישראל" **מראי מקום: זהויות משתנות ומיקומים חברתיים בישראל** 179, 189–193 (זאב שביט, אורנה ששון-לוי וגיא בן-פורת עורכים 2013).

110 יאלי השש טוענת בצורה משכנעת כי קיימת זיקה בין קולוניאליזם מודרני לבין עוני, באופן שמסרב להסתפק בהצבעה על מתאם בין מעמד חברתי-כלכלי נמוך לבין מזרחיות, אלא מצביע על סיבתיות "סמיכה", וזאת באמצעות האנלוגיה בין מזרחים לבין "זבל לבן" בהקשר האמריקאי. ראו יאלי השש "כולנו יהודים: על 'זבל לבן', מזרחים ושוליות מרובה בתוך ההגמוניה" **תיאוריה וביקורת** 48, 249 (2017).

111 לנתונים ראו, למשל, יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" **מעשי משפט** ד 75, 85 (2011); איריס ג'רבי וגל לוי **השטע החברתי-כלכלי בישראל** 29–53 (נייר עמדה מס' 21, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2000). לדיון ביקורתי באופן שבו הפערים החברתיים בין אשכנזים למזרחים מונצחים על-ידי תפיסת החברה הישראלית כחברה פתוחה ורציונלית, המאפשרת שוויון הזדמנויות לכל מי שירצה ויתאמץ להצליח בה, ראו יוסי יונה ויצחק ספורטא "החינוך הקדם-מקצועי ויצירת מעמד הפועלים בישראל" **מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש** 68 (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי-האלר עורכים 2002); ינון כהן "פערים סוציו-אקונומיים בין מזרחים ואשכנזים, 1975–1995" **סוציולוגיה ישראלית** א 115 (1998).

כ"ערס".¹¹² כך, משתנה מכריע במיון בין "איכותי" לבין לא-ראוי, בין רשות כניסה לבין סירוב כניסה, הוא האופן שבו מוצאו העדתי או הלאומי של האורח נתפס על-ידי הסלקטורית. בהקשר זה ראוי להוסיף במאמר מוסגר כי התיאוריה הפוליטית והתיאוריה המשפטית עמדו בעשורים האחרונים על הצורך להתמודד עם הפליה תוך זיהוי הקשר המורכב שבין הפליה על רקע השתייכות קבוצתית-זהותית – כגון מין, גזע או מוגבלות – לבין הפליה על רקע מעמד חברתי-כלכלי.¹¹³

המסקנה המתבקשת היא שהעיסוק השיפוטי בקביעת הממצא העובדתי בשאלה אם הסלקטורית אכן הסתמכה על מוצא עדתי או לאומי בהחלטתה הוא מיותר. אין מדובר רק בבזבוז זמן שיפוטי יקר, אלא גם בשני נזקים נוספים וחמורים יותר: האחד הוא שההתייחסות לשאלה האמורה כאל שאלה מכריעה גורמת, להערכת, לדחיית תביעות הפליה שהיה מקום לקבלן; והאחר הוא הנזק הסמלי הרב הגלום בקביעה שיפוטית בדבר הזיקה בין מראהו של התובע לבין מוצאו, כמפורט בפרק ב לעיל.

לסיכום חלק זה, על-אף המספר הלא-זניח של פסקי-דין מדווחים בתביעות הפליה בכניסה למועדונים, נראה כי מועדונים שינו את נוהגי הסינון והמיון באופן שמקשה על תובעים להצביע על רגע הדחייה, ובוודאי להוכיח שמוצאם שימש שיקול בהחלטה לא להכניסם. עובדה זו יכולה להסביר את נטייתם של בתי-המשפט לבסס ממצא עובדתי שלפיו מוצאם העדתי של התובעים ניכר לעין; להסביר – אך לא להצדיק. כפי שראינו, החיפוש השיפוטי אחר מאפיינים במראהו ובהתנהגותו של התובע הוא בעייתי: הוא חסר תוקף אמפירי, הוא פשטני, הוא משטיח את משמעותה של זהות מזרחית, הוא משפיל, וחשוב מכל – הוא אינו תורם להשגת תכלית החוק.

2. הצעה להיפוך נטלים ראייתיים: המוציא את חברו – עליו הראיה

הדין הפרוצדורלי משפיע כידוע על היקפן המעשי של זכויות מהותיות, וממלא תפקיד מכריע באפשרות לממשן.¹¹⁴ כפי שראינו, תובעים רבים בגין הפליה בכניסה למועדונים נכשלים בשלב הביסוס העובדתי של טענתם. הסיבה העיקרית לכך היא שהם אינם מצליחים לבסס את הטענה כי מוצאם מילא תפקיד בהחלטה לא להכניסם למועדון. זאת, הן משום שהסלקטורים מכחישים זאת והן משום שבמקרים רבים השופטים אינם משתכנעים שהתובעים, לנוכח מראם החיצוני ומאפייניהם, אכן נתפסו כמזרחים. מדובר בכישלון בשני שלבים – גם בשלב של טענת ההפליה העיקרית לפי סעיף 3 לחוק וגם בשלב של הניסיון להקים את אחת החזקות הראייתיות

112 על תפקידה של ההבניה הדיכוטומית אשכנזים/מזרחים כהבניה ש"שכנעה את המזרחים והאשכנזים כאחד שאי-שוויון אתני הינו (א) בלתי-נמנע, (ב) ייעלם עם הזמן" ראו כוזם, לעיל ה"ש 38, בעמ' 408.

113 ראו, למשל, ננסי פרייזר "פמיניזם, קפיטליזם ועורמת ההיסטוריה" קפיטליזם ומגדר – סוגיות פמיניסטיות בתרבות השוק 393 (רונה ברייר-גארב ואח' עורכות, גיא הרלינג מתרגם המאמר Sandra Fredman, *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities*, 23 S. ; (2017 AFR. J. HUM. RTS. 214 (2007); Deborah C. Malamud, *Assessing Class-Based Affirmative Action*, 47 J. LEGAL. EDUC. 452 (1997)

114 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 58–75.

שבחוק המעבירות את נטל הראיה אל הנתבע להוכיח כי לא היה קשר בין מוצאו של התובע לבין מניעת כניסתו למועדון. כזכור, סעיף 6 לחוק מונה מצבים אחדים שאם התובע מוכיח שאחד מהם התקיים, הנטל עובר למועדון להוכיח כי לא הפלה. אלא שהחזקות דורשות מהתובע להוכיח שהיחס השונה שקיבל נעוץ בהסתמכות המועדון על אחת מעילות ההפליה האסורות. לכן גם לצורך החלת חזקה מסעיף 6 התובע נדרש להוכיח שהסלקטורית הבחינה בינו לבין אורחים אחרים על רקע השתייכותו הקבוצתית.

מה אם כן החלופה? כיצד יהיה אפשר להכריע בתביעות בגין הפליה בכניסה למועדונים בלי השלב של ביסוס ממצא עובדתי בשאלה אם מוצאו הלאומי או העדתי של התובע מילא תפקיד בהחלטת הסלקטורית?

מוצע להפוך את היוצרות: ברגע שתובע מגיש תביעת הפליה בהקשר של מניעת כניסה למועדון, הנטל הראשוני יהיה על המועדון להוכיח את הסיבה שבגינה לא הורשה התובע להיכנס למועדון (או התבקש להמתין). טעמים כאלה יכולים להיות אי-עמידה בקוד לבוש, שכרות, התנהגות אלימה או היסטוריה של התנהגות בעייתית במועדון, אי-יכולת לשלם את סכום הכניסה, תפוסה מלאה ועוד. הנימוק שהמועדון מספק לדחיית האורח יהיה טעון הוכחה. כך, למשל, מועדון המבקש לטעון כי התובע נדחה בשל תפוסה מלאה יצטרך להציג נתונים ממונה קהל (מכשיר זול וקל לתפעול, שאינו מטיל על המועדון נטל כבד באופן בלתי-סביר), ומועדון הרוצה להיתלות בנימוק שהאורח לא כיבד את קוד הלבוש יצטרך להראות שיש לו קוד כזה ושהוא נאכף באופן אחיד על המבקרים.

ההצעה הנוכחית חוסכת מן התובעים את הצורך להוכיח שהם נראו מזרחים בעיני המועדון. ההתמקדות בנתבע והעברת נטל ההוכחה אליו ימנעו התייחסויות רדוקטיביות בפסיקה לזהות המזרחית ולאופן שבו היא מובנת. השופטים לא יהיו מחויבים עוד להכריע על-פי הגדרות בינריות של מזרחי/לא-מזרחי, והדבר יאפשר גמישות והגנה רחבה יותר של החוק.

אכן, כנגד הצעתי ניתן לטעון כי היא נוגדת עקרון יסודי פרודורלי, והוא הכלל של "המוציא מחברו – עליו הראיה". אולם המחוקק ובתי-המשפט הכירו בצורך לצמצם או אף לבטל עיקרון זה בהקשרים שונים. כך, למשל, בתביעות רשלנות קובע סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] כי במקרים של פערי מידע בין התובע לנתבע, כאשר הנזק נגרם על-ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה בו, וכאשר האפשרות הסבירה יותר היא שהנתבע אחראי לנזק, חל הכלל של "הדבר מעיד על עצמו", והנטל להוכיח שלא התקיימה התרשלות מוטל על הנתבע.¹¹⁵ הפסיקה פירשה כלל זה בהרחבה, והכירה בתוקפו של נסיון-החיים כמקור שיכול ללמד למי סביר יותר לייחס אחריות לנזק.¹¹⁶ כדוגמה נוספת, סעיף 26 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, מטיל על המעסיק בתביעות על אי-תשלום שכר עבודה, לרבות גמול שעות נוספות וכיוצא באלה, את הנטל להוכיח שהעובד לא עמד לרשותו בשעות השנויות במחלוקת,

115 להרחבה ראו גיא שני "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני הנזיקין – בחינה מחודשת" משפטים לה 81 (2005).

116 ראו, למשל, ע"א 6332/15 צלאח נ' ערוי (נבו 23.11.2017) (בהעדר ידיעה של התובע בנוגע לנסיבות התרחשותה של תאונת-העבודה ובהינתן שליטתו של הנתבע במקום התרחשותה, נסיון-החיים מלמד כי סביר יותר שהתאונה נגרמה משום שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שהיא קרתה אף-על-פי שנקטו אמצעי זהירות סבירים).

אם המעסיק לא הציג רישומי נוכחות או תלושי שכר, לפי העניין. בפסיקה הכיר בית-המשפט הגבוה לצדק בקושי של תובעת בגין הפליית שכר על בסיס מינה לבסס את הטענה שהמין היווה שיקול בהחלטת המעסיק, וקבע כי עליה להראות רק שהתקיים פער שכר בינה לבין עובד בעבודה שווה או שווה בעיקרה או שוות-ערך, ומכאן יעבור הנטל למעסיק להוכיח שהפערים נובעים מסיבה שאינה קשורה למין העובדת.¹¹⁷

מזווית של ניתוח ביקורתי של המשפט ניתן לטעון כי מכיוון שבעלי המועדונים מחזיקים במשאב שהחוק מתייחס אליו כאל משאב ציבורי, עליהם יש להטיל את הנטל לספק נימוק ענייני בכל מקרה שבו הם מסרבים להעניק גישה למשאב זה שבבעלותם ובניהולם. בניסוח ציורי יותר הכלל צריך להיות: המוציא את חברו – עליו הראיה.

הצעתי עולה בקנה אחד עם מגמות עכשוויות במשפט המשווה החותרות להקל את נטלי הראיה בתביעות הפליה, מתוך הכרה בקושי של תובעים לבסס עילה זו. כך, בשנת 1997 התקבלה באיחוד האירופי דירקטיבה המורה למדינות החברות להקל את הנטל הראשוני של ביסוס התביעה המוטל על תובעים בגין הפליה עקיפה,¹¹⁸ וזאת באמצעות בחינת השאלה מהו ההסדר הראייתי שיהפוך את האיסור החוקי החל על הפליה לאפקטיבי.¹¹⁹ הוראות נוספות המקילות את נטל ההוכחה הראשוני המוטל על תובעים בגין הפליה הוכרו בדירקטיבות מאוחרות יותר, דוגמת הדירקטיבה על שוויון גזעי ושוויון בתעסוקה משנת 2000,¹²⁰ הדירקטיבה בנוגע לשוויון מגדרי במוצרים ובשירותים משנת 2004¹²¹ והדירקטיבה המחודשת בדבר שוויון מגדרי משנת 2006.¹²² ככלל, על התובע להראות ראשית ראיה – עובדות שניתן להסיק מהן במאזן ההסתברות כי על פני הדברים (prima facie) נראה שהתרחשה הפליה, ישירה או עקיפה. אם עמד התובע בדרישה זו, אזי בהעדר הסבר הולם שיוכיח הנתבע, תתקבל טענת ההפליה של התובע.

117 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה (3) 593, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (2012).

118 בתביעות ההפליה במועדונים מדובר על-פי-רוב בהפליה עקיפה, דהיינו, ביישום מדיניות שוויונית לכאורה באופן לא-שוויוני שפוגע בקבוצות מסוימות באופן לא-פרופורציונלי – למשל, בקשה לחכות בצד בנימוק של תפוסה מלאה או הישענות על תבחין אובייקטיבי לכאורה כרשימת מוזמנים.

119 LILLA FARKAS & ORLAGH O'FARRELL, REVERSING THE BURDEN OF PROOF: PRACTICAL DILEMMAS AT THE EUROPEAN AND NATIONAL LEVEL 14 (European Commission 2014).

120 Council Directive 2000/78/EC of 27 Nov. 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation (Employment Equality Directive), art. 10, O. J. (L 303) 16–22 (EC).

121 Council Directive 2004/113/EC of 13 Dec. 2004 Implementing the Principle of Equal Treatment Between Men and Women in the Access to and Supply of Goods and Services (Gender Equality in Access to Goods and Services Directive), art. 9, O. J. (L. 373) 37–43 (EC).

122 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (recast) (Recast Gender Directive), art. 19, O.J. (L 204) 23–26 (EC). כן ראו FARKAS & O'FARRELL, לעיל ה"ש 119, בעמ' 20.

גם באוסטרליה הפך המחוקק את נטלי הראיה בתביעות הפליה. כך, למשל, חוק ההעסקה ההוגנת משנת 2009¹²³ קובע כי חזקה שהמעביד פעל ממניעים אסורים במקרה של פעולה שפוגעת בעובד המשתייך לקבוצה מוגנת. באופן דומה, אם כי לא בהקשר של הפליה, חוק הבטיחות והבריאות בעבודה משנת 2011¹²⁴ קובע כי בתביעה של עובד שנפגע ממעביד אחרי שעמד על זכות הקשורה לבטיחות ובהיות בעבודה קמה חזקה – שעל המעביד לסתור – כי המניע לפגיעה קשור לעמידתו של העובד על זכויותיו. חוקי הפליה אחרים באוסטרליה, העוסקים בהפליה על בסיס מין, מוגבלות או גיל בתחומי חיים שונים, מעבירים נטלים באופן דומה בתביעות הפליה עקיפה. מועצת האיגודים המקצועיים האוסטרלית (ACTU) ביטאה בעמדתה ביחס לגישה זו את הטעמים המצדיקים הקלה בנטלים. הרציונלים העיקריים שמנתה הם פערי הכוחות בין הצדדים, חוסר סימטריה במידע הזמין לכל צד, טעמים מעשיים (הנתבע ניצב בעמדת יתרון על התובעים בהצגת הטעם למדיניותו ובהצגת הנתונים לגבי השפעתה) וחיווק האפשרות לממש באופן מעשי את זכות הגישה לערכאות ולקבל סעד משפטי בגין הפליה.¹²⁵

ראוי לציין גם מחקר שעסק בחוק ההונגרי לשוויון הזדמנויות בתעסוקה ואשר נוגע ישירות בלב הבעיה שמאמר זה עוסק בה. מסקנות המחקר העלו הצעה נורמטיבית דומה להצעתי כאן, שלפיה בתביעות בגין הפליה בתעסוקה, אם המעסיק מכחיש שהיה מודע להשתייכותו של התובע לקבוצה מופלית (לדוגמה, על רקע נטייה מינית או השתייכות לאומית או אתנית), עליו יוטל הנטל להוכיח זאת.¹²⁶

זירת התעסוקה, שממנה לקוחות רוב הדוגמאות ההשוואתיות המובאות כאן להיפוך נטלי הראיה, היא זירת הפליה שונה מהכניסה למועדונים. עם זאת, בשני המקרים מדובר בהפליה חמקמקה, כזו שקשה לשים את האצבע על רגע התרחשותה ועל האופן שבו היא מתרחשת. נוסף על כך, העובדה ששיטות משפט שונות מצאו לנכון להתערב בפררוגטיבה של המעביד ביחס להתקשרות ארוכת-טווח בחוזה בעל אופי ייחודי (חוזה לשירות אישי, המכונה בספרות "חוזה יחס") צריכה ללמד, מקל וחומר, כי יהיה זה בעייתי פחות להתערב בהתקשרות קצרת-טווח ולא-אישית כמתן אפשרות כניסה למועדון.

אומנם, בחוקקה את חוק איסור הפליה בחרה הכנסת לא לסטות מכללי הראיות הרגילים בתביעות אזרחיות. עם זאת, הניסיון שהצטבר בשני העשורים מאז נחקק החוק מלמד, כפי שטענתי לעיל, כי המכשול העיקרי בתביעות הפליה במועדונים הוא נטל שתובעים רבים מתקשים להרים, דהיינו, שמוצאם היווה שיקול בהחלטה לא להכניסם למועדון. שיטות הדחייה הלא-ישירות של המועדון (בקשה להמתין בצד, הסתמכות למראית-עין על רשימות מוזמנים, טענות לתפוסה מלאה) והעובדה שהשופטים מטים אוזן קשבת גם לטיעונים לא-רלוונטיים, כגון שיש מזרחים שמורשים לבלות במועדון, מקשות מאוד על התובע להרים את נטל

123. Fair Work Act 2009 (Cth) ch 3 s 361 (Austl.)

124. Work Health and Safety Act 2011 (Cth) ch 6 s 110(3) (Austl.)

125. AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, TRADITIONAL RIGHTS AND FREEDOMS – ENCROACHMENTS BY COMMONWEALTH LAWS 331–332 (ALRC Report 127 (Interim), 2015)

126. Szilvia Halmos, *The Impact of EU Law on Hungarian Anti-discrimination Law in Employment*, 2018(2) ELTE L.J. 81, 97–98

ההוכחה.¹²⁷ על זאת יש להוסיף את הנזקים הנגרמים, כפי שציינתי, כתוצאה מהנוהג שהשתרש בקרב השופטים בפסיקת הפליה במועדונים לאבחן את מוצאו של התובע לפי מראה-עניינם. לפיכך, אף שזו הייתה בחירתו המקורית של המחוקק, ניתן לטעון שהניסיון שהצטבר מאז נחקק חוק איסור הפליה מצדיק בחינה מחודשת של מבנה הנטלים הראייתיים שבו. ניתן להעלות על הדעת כמה דרכים להשגת המצב הנורמטיבי המוצע. דרך-המלך תהיה שינוי חקיקתי בדרך של הכנסת רשימה של טעמים לגיטימיים לסינון מבקרים במועדונים בתיקון לחוק איסור הפליה. אבל שינוי חקיקתי אינו הדרך היחידה. ניתן לחשוב על כינון אמנה של מועדונים שיקבלו על עצמם באופן וולונטרי רשימת טעמים כזאת. יוזמות לעידוד התחייבות וולונטרית על-ידי גופים פרטיים לקידום שוויון או ערכים אחרים נפוצות מאוד בישראל ובעולם בעשורים האחרונים. כך בתחום של העסקה שוויונית והוגנת של נשים וגברים במגזרים שונים,¹²⁸ וכך בתחומים רבים נוספים, כגון מניעת אלימות, שמירה על איכות הסביבה, הגנה על זכויות מועסקים ועוד.¹²⁹

127 ההצעה הנוכחית להיפוך הנטלים מתמקדת בתביעות הפליה בכניסה למועדונים, ולא בתביעות הפליה ביחס לשירותים ומוצרים אחרים שחוק איסור הפליה חל עליהם. זאת, בשל הדינמיקה הייחודית לזירת הכניסה למועדון – דחייה עקבית של בני קבוצות מוגדרות מאוד (ובראשם גברים שנתפסים כ"ערסים"). בסוגים אחרים של הפליה לפי החוק מאפייני הפליה שונים. למשל, בעוד בכניסה למועדונים הפליה היא חמקמקה ועילת הדחייה אינה מוצהרת, במקרים רבים של הפליה בכיטוח מוכר המוצר מצהיר על היחס השונה על בסיס השתייכות קבוצתית. ראו, לדוגמה, ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 **מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (נבו 23.8.2018), שם נפסלה הטבה מוצהרת לנשים בפוליסות ביטוח רכב. כך גם בהקשרים אחרים של תביעות על-פי החוק, כגון הפליה בדמות אי-השמעת נשים ברדיו. ראו רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות** (נבו 9.12.2015). ייתכן שההצעה הנוכחית תמצא בהמשך רלוונטיות ליישום גם על כניסה לאתרים כגון פארק שעשועים או קניון. עם זאת, בתחומים אלו הפסיקה הקיימת מועטה מאוד, ונדרשת היכרות יסודית יותר עם מאפייני הפליה ועם דינמיקת הסינון באתרים מעין אלה לפני הרחבת ההצעה גם אליהם.

128 כך, למשל, לא מכבר חתמו משרדי עורכי-דין יוקרתיים על אמנה למיגור פערי השכר במקצוע. ראו חן מענית "עשרות משרדי עו"ד חתמו על אמנה למיגור פערי השכר המגדריים בתחום" **גלובס** (25.2.2020) <https://bit.ly/3uleJtu>. כמו-כן, ביוזמת נעמ"ת נחתמה בשנת 2016 אמנה בין הסתדרות העובדים הכללית לבין התאחדות התעשיינים למיגור האלימות במשפחה באמצעות מקומות עבודה. ראו <https://bit.ly/3hpdaoa>.

129 בתחום זכויות העובדים עודדה המדינה קוד וולונטרי, וזאת בעקבות מסקנות הוועדה הציבורית לקידום הבטיחות והבריאות התעסוקתית בישראל. משרד הכלכלה הודיע כי יחלק כספי תמיכות למוסדות ציבור הפועלים לקידום קוד בתחום זה. ראו מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד התעשייה המסחר והתעסוקה במוסדות ציבור הפועלים לקידום קוד מרצון (Voluntary Code) בתחום זכויות עובדים, י"פ התשע"ג 2032, <https://bit.ly/3D37x9B>; "ועדת אדם – חלוקת כספי תמיכות במוסדות ציבור הפועלים לקידום קודים מרצון (Voluntary Code)" **אתר משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים** (5.8.2014) <https://bit.ly/3iuN0Bf>. קודים אטיים וולונטריים נוספים התגבשו בתחומים רבים בישראל, כגון ענף השדלנות (ראו מרדכי קרמניצר, אסף שפירא וחנן סידור **הסדרת השדלנות בישראל** 40–41 (הצעה לסדר 1, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2013)), שוק מטבע החוץ הגלובלי (ראו **הקוד הגלובלי לפעילות בשוק המט"ח**, זמין באתר בנק ישראל – <https://bit.ly/3L5i8mW>) ותווי תקן לחברות המאמצות סטנדרטים של אחריות סביבתית (ראו, למשל, מיכל רוזחיימוביץ' "ארגון 'אמון הציבור' משיק תו אחריות סביבתית לחברות" **גלובס** (1.6.2015) <https://bit.ly/3wrj94N>).

גם בעולם המועדונים הצליחו קבוצות של פעילות פמיניסטיות להחתים מועדונים על התחייבות לטיפול רציני במניעת הטרדות במקומות הבילוי.¹³⁰ בדומה להתגייסות המועדונים למאמצים למנוע הטרדות מיניות, ניתן להעלות על הדעת יוזמה שתגייס את מחויבותם של המועדונים לעקרונות של צדק חברתי ושוויון בגישה למועדון. כמו במקרים אחרים של קודים וולונטריים, התגייסות המועדונים יכולה להתרחש ממניעים כנים של אמונה בעקרונות אלו ובחשיבות התמיכה הממשית בהם, משיקולים של יחסי ציבור ושיפור תדמית, או משיקולים של ניהול סיכונים ומניעת תביעות הפליה.¹³¹

אפשרות אחרת היא ללכת בדרך פסיקתית של הגברת הנגישות לחזקות והפעלתן באופן דקדקני פחות, תוך הכרעה שיפוטית ממקרה למקרה אם הנימוק שהמועדון מספק הוא לגיטימי ואם הוא הוכח די הצורך. אם יכריע בית-המשפט בשאלות אלה בחיוב, יעבור הנטל אל התובע לנסות להפריך את עילת הדחייה שהמועדון מתבסס עליה. לדוגמה, בית-המשפט יחיל את החזקה שבסעיף 6(2) לחוק – קרי, ניח שהנתבע מנע כניסה למקום ציבורי מאנשים שנמנים עם קבוצה מוגנת ולא סירב באותן נסיבות למי שאינם נמנים עם הקבוצה – ברגע שהתובע יראה כי את שמו חיפשו ברשימות המוזמנים ואילו אחרים נכנסו מבלי ששמו נכלל ברשימת המוזמנים. הנחתו של בית-המשפט תהיה שהאחרים שהוכנסו אכן אינם נמנים עם הקבוצה המוגנת, אלא אם כן יוכיח המועדון אחרת.

בפרשת **מור דן** השופט אברהם טננבוים בסוגיה זו.¹³² בכותרת של אחד מחלקי חוות-דעתו הוא שואל "כיצד יכול לכן מועדון להתגונן מפני תביעות לא הגיוניות?", ועונה: "על ידי קביעת מדיניות מותרת וידועה מראש, ועמידה במדיניות זו".¹³³ השופט טננבוים ממשיך וקובע כי על הכללים להיות לא-מפלים, ענייניים (למשל, מועדון פנויים-פנויות יכול למנוע נשואים מלהיכנס בשעריו) ומפורסמים מראש,¹³⁴ ועליהם להיאכף כמובן בעקיבות ובקפדנות, בלי חריגות למקורבים, למשל.¹³⁵

130 ראו דפנה ארד "האם אמנת 'לילה טוב' הפחיתה את ההטרדות במועדונים" **הארץ** (13.6.2016) <https://bit.ly/3uhGG5F>; בר פלג "אחרי שגייסה 100 אלף שקל, 'לילה טוב' הנאבקת בהטרדות מיניות תהפוך לעמותה" **הארץ** (27.3.2017) <https://bit.ly/36CgsSY>; נופר וחש "יוזמה חדשה בירושלים – 'תו מודע' נגד אלימות מינית בפאבים" **Time Out** (24.5.2015) <https://bit.ly/3L2B6KV>.

131 קיימת ספרות ביקורתית ענפה על תפקידם של קודים של אחריות חברתית של תאגידים וגופים פרטיים אחרים בקידום יחסי הציבור שלהם ושיפור תדמיתם. ראו, לדוגמה, את המאמרים בספר CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL AGE (Ana Adi, Georgiana Grigore & David Crowther eds., 2015); עופר סיטבון "אחריות חברתית של תאגידים רב-לאומיים – שינוי אמיתי או תעלול יחסי ציבור?" **חברה** 26, 28 (2006).

132 עניין **מור**, לעיל ה"ש 49.

133 שם, בכותרת מעל פס' 17.

134 שם, פס' 19.

135 בערעור של המועדון הפך בית-המשפט המחוזי את פסיקתו של בית-המשפט לתביעות קטנות, בנימוק שמדגים שוב את לכידות-היתר של מזרחיות ולוקה באי-הבנתה במונחים הקשורים. השופט קבע כי לא הוכח שהסירוב להכניס את התובעים היה נעוץ במזרחיותם, בין היתר מכיוון שהאורח עצמו העיד כי חברים שלו "שהם 'ממוצא מזרחי כורדי'" (עניין **ג.י.א.ת.**, לעיל ה"ש 39, פס' 4) אכן הוכנסו למועדון (שם, פס' 8), וכי "בבית העסק מבלים אתיופים, רוסים, דתיים,

בפרשה אחרת הסבירה השופטת הדסה אסיף כי היא משיתה על התובעים, שהפסידו בתביעתם, סכום הוצאות נמוך מזה שהייתה פוסקת אילו היו למועדון תבחינים קבועים וברורים להכרעה מי ייכנס ומי לא יורשה להיכנס:

מאחר שההתנהלות, שלפיה אין כל קריטריון ברור, שניתן לדעת עליו, שלפיון] מחליט המועדון מי יוכל להיכנס לשעריו בכל מועד ומועד, וכניסתו של מי תאסר, ומאחר שההתנהלות זו, היא שגורמת לחוסר הבהירות ולתחושה כי ההחלטה הינה שרירותית, אני מעמידה את סכום ההוצאות שהתובעים, ביחד ולחוד, ישלמו לנתבעים ביחד ולחוד, על סך של 7000 ₪ בלבד.¹³⁶

רכיב נוסף של הרפורמה המוצעת צריך להיות הצגה מפורשת לאורח של הסיבה שבגינה סורבה כניסתו למועדון. ראו, למשל, את האמירה באחת הפרשות כי "הדעת נותנת כי במידה וכניסת התובע למועדון סורבה עקב לבוש בלתי הולם, הייתה הסלקטורית אומרת זאת במפורש לתובע... אדם שכניסתו מסורבת למקום ציבורי זכאי לקבל על אתר הסבר מדוע כניסתו סורבה".¹³⁷

לסיכום חלק זה, שלוש נקודות מוצא מונחות בבסיס הצעתי הנורמטיבית להעביר את נטל הראיה הראשוני אל הנתבעים, שיוכיחו כי מניעת הכניסה למועדון לא הייתה נעוצה בעילה אסורה על-פי החוק, אלא בטעם ענייני: ראשית, בקביעות שיפוטיות לגבי מראם ומוצאם של התובעים גלומות תוצאות בעייתיות, כפי שפורט בהרחבה לעיל; שנית, הפרקטיקות של המועדונים מלמדות כי הם משתמשים בתואנות ובשיטות לסינון הנכנסים למועדון אשר מנטרלות את היכולת להוכיח שהסיבה למניעת הכניסה הייתה עילה האסורה בחוק; ושלישית, כמעט בכל המקרים שבגללם אין מכניסים מבקרים למועדון הסיבה היא מה שהסלקטוריות מכנות "עיצוב קהל", והקהל שמכונה "קהל לא-יפה" הוא זה שתכונותיו הן פרוקסי לעילות איסור ההפליה המנויות בחוק, ובראשן המוצא העדתי (או ארץ המוצא, בלשון החוק). היפוך הנטלים יספק מענה הולם לקשיים הנזכרים כאן.

ד. סיכום

בשני העשורים מאז נחקק חוק איסור הפליה נוצר גוף פסיקה בתביעות הפליה בכניסה למועדונים שהוגשו מכוחו, שהניב דפוסי כתיבה שיפוטית על מזרחיות. הקביעות של בתי-המשפט בדבר מראה מזרחי או אורח חיים המאפיין מזרחים התקבלו עד כה בלי תשומת-לב

חילונים, הומואים, לסביות, תיירים, מקומיים, חיילים, שוטרים ובוודאי מזרחיים" (שם, פס' 5).
 "גם אם צודק המשיב בטענתו, לפיה כניסתו לבר סורבה באופן סתמי, שרירותי, על פי גחמותיה של ה'מארכת', הרי שאין סירוב זה מהווה הפליה על פי החוק" (שם, פס' 11).

136 עניין ערבה, לעיל ה"ש 21, פס' 32.

137 עניין קאופמן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 13. בית-המשפט מוסיף ומנמק כי "ניתן למצוא את אותו ההיגיון שהביא אותי למסקנתי האמורה, גם בתחומים אחרים (ראה הוראות המפקח על הביטוח בחוזר המפקח מיום 9.12.98, הקובעת כי על חברת הביטוח לפרט את נימוקי הדחייה כבר במכתב הדחייה הראשון ואם לא נעשה כן לא תוכל במהלך המשפט להעלות נימוק שלא הועלה)" (שם).

ביקורתית. הן משקפות קבלה של ההנחה שכדי לבסס את תביעת ההפליה בשל מוצא מזרחי, על התובע לשכנע את בית-המשפט כי מזרחיותו הייתה טעם בהחלטה לא להכניסו למועדון. לנוכח הכחשת המועדונים הנתבעים שהם הבחינו בכלל במוצאו של התובע, השופטים מכריעים אם הוא נראה מזרחי בעיניהם. כך, על בסיס מראה-עיניים, השופטים פוסקים אם טענת ההפליה על בסיס מזרחיות היא משכנעת, ומפרטים מה במראהו או באורחותיו של התובע שכנע אותם שאכן סביר שהוא הופלה בשל מוצאו. קונוונציות השיח הללו מבוססות בפסיקה; אין מדובר בתיק אחד או שניים, אלא ברכיב חוזר בהכרעות השיפוטיות בתיקי הפליה במועדונים.

הכתיבה השיפוטית על מראה והתנהגות המבססים טענה להפליה על בסיס מוצא חותרת תחת התכלית החקיקתית של מניעת הפליה בגישה למקומות בילוי, בכך שהיא משעתקת ומעצימה תפיסות משטיחות ומזהותניות של זהות מזרחית, ומציירת אותה כזהות בינרית, באופן שמשעתק ומעמיק את הסטריאוטיפים המיוחסים למזרחיות. נוסף על כך, מדובר בפרופיילינג מצד גורם מדינתי רשמי, אשר מנוגד שוב לרציונל של חוקי איסור ההפליה.

מאמר זה מיפה את פרקטיקת השיח הזאת בפסקי-הדין בתביעות הפליה במועדונים. על-אף הדר-ערפיות שחלק מהשופטים מגלים כלפיה, נראה שקשה להם להיחלץ ממנה. לאחר מיפוי התופעה עבר המאמר להערכה נורמטיבית של הנזקים הכרוכים בדיבור על מוצא אתני כאילו הוא ניתן לזיהוי קל לפי מראה-העיניים של כל ישראלי וישראלית, לרבות שופטים ושופטות. לבסוף הציע המאמר חלופה בדמות הפיכת הנטל הראייתי או דרך צנועה יותר של הגברת ההסתמכות של בתי-המשפט על החזקות הראייות הקבועות בחוק איסור הפליה. ציטוט מספרו של איאן הייני לופז יהיה דרך טובה לסכם את המסע הרעיוני של המאמר. את המונח "גזע" אפשר להחליף בענייננו במונחים "מוצא אתני" או "מוצא עדתי":

Examining the role of law in the construction of race becomes, then, an examination of the possible ways in which law creates differences in physical appearance... and of the ways in which law translates ideas about race into the material societal conditions that confirm and entrench those ideas... Race is not, however, simply a matter of physical appearance and ancestry. Instead, it is primarily a function of the meanings given to these. On this level, too, law creates races.¹³⁸

138 IAN HANEY LOPEZ, WHITE BY LAW: THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE 14–15 (1996). על הקטגוריות האתניות בישראל ככאלה שנתפסות כפנים-גזעיות ראו ששון-לוי ושושנה, לעיל ה"ש 62, בעמ' 72. ההתכחות בצורתה הישראלית נעשית בדרך של הכרה בקיומן של עדות והדיפת טענות בדבר ריבוד עדתי ("דינמיקה של הכחשה" – ראו ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 14, בעמ' 457). כן ראו אטיין בליבר "האם קיימת 'גזענות חדשה'? תיאוריה וביקורת" 24, 73 (אבנר להב מתרגם 2004) וכן יהודה שנהב ויוסי יונה "מבוא: גזענות מהי?" "גזענות בישראל" 13, 40–46 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים 2008), המזהירים מפני "הגזענות החדשה", שאינה מושתתת על יסודות ביולוגיים ואשר מוצגת כמי ש"הפיקה את לקחי העימות" הבין-גזעי (מלחמת-העולם השנייה). התפתחות זו מכוננת מודל מסוכן של "גזענות ללא גזע" – גזענות אתנית-תרבותית מבית, שלכאורה מאיימת פחות, שאינה מוחשית בהכרח, ואשר מטבעה היא דינמית וחמקמקה. על-כן ניתן להסוותה ולהכחיש בה בקל לעומת גזענות בין-גזעית.