

הטרנסיות של הפליית מזרחים – קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

עידו קטרי*

המאמר מציע כי בחינה אנטי-מהותנית של הפליה על רקע זהות קבוצתית מאפשרת שימוש מושכל בחוקי איסור הפליה דווקא לגבי קבוצות שאינן נכללות בהם באופן מפורש, ובפרט ביחס לזהות מזרחית במשפט הישראלי. מתוך התבוננות על המיקום הייחודי של תביעות מכוח חוקי איסור הפליה של קהילות הקשת הטרנסית, המאמר מציע קריאה חדשנית בהפליה על רקע זהות מזרחית. העדרה של קטגוריה מובחנת של מזרחיות או טרנסיות (או זהות מגדר או מוצא עדתי) במשפט הישראלי אינו תוצר של לקונה חקיקתית, אלא נובע מכך שגם טרנסיות וגם מזרחיות ממוקמות במשפט הישראלי במרחב ש"בין לבין", כלומר, בין הקטגוריות החוקיות המוכרות הבסיסיות ביותר – בין הזכר לנקבה, בין היהודי לערבי.

המאמר בוחן את מקרה ההפליה ה"קלסי" שחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, נועד להגן מפניו, קרי, הפלייתם של גברים מזרחים בכניסה למועדונים, וזאת לצד גוף הפסיקה המתהווה ביחס לזהות מגדר. המאמר ינתח תיקים אלו תוך סקירת תיאוריות שונות של איסור הפליה ועל-ידי יישום של תיאוריה קווירית, תיאוריה טרנסית ותיאוריית גזע ביקורתיות. המאמר יראה כי ביכולתם של חוקי איסור הפליה להידרש להיבטים מערכתיים ושיטתיים של הפליה פרטית, וזאת על-ידי הסטת המבט השיפוטי לרעיונות ותפיסות-העולם הערכיות המצדיקים שונות והבדלים בין קבוצות ופרטים. המאמר יטען כי הקטגוריות המוגנות בחוק אינן משקפות אמת קדם-משפטית לגבי יכולותיהם או תכונותיהם של פרטים, אלא מציגות אותן כאמת פנימית, כמהותו של האדם, באופן שמאשרר הבדלים בין קבוצות. המאמר בוחן את רעיון הביצועיות של הזהות, שלפיו זהות אישית וקבוצתית מובנית ומאותגרת בתוך מערכת היחסים שבין אדם לחברו ובין אדם לחברה. רעיון הביצועיות של הזהות מציע כי מתוך הדינמיקה שבין

* חבר סגל בית-הספר לעבודה סוציאלית ומרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המחבר מבקש להודות לעורכות הגיליון המיוחד, לעורכי כתב-העת ולעורך הלשוני, לקוראים החיצוניים וכן לליהי יונה, לאייל גרוס, לברק מדינה, לפאדי חורי, לזוהר ויימן קלמן ולעדן שגב על תרומתם למאמר.

הזהות לזיהוי, הזהות מסומנת בפרקטיקות שהן גם גופניות וגם תרבותיות-חברתיות-לשוניות, דהיינו, שיחניות. המאמר יתמקד בביצועיות של גבריות מזרחית ובמאפיינים ההקשריים והיחסיים שלה. כדי להבין את העמדות שמתוות את ערכה החברתי של הגבריות המזרחית, המאמר בוחן את קטגוריית הלאום במשפט הישראלי ואת האופן שבו היא מתפקדת בדומה לקטגוריית המין בהתוויית ציפיות חברתיות. המאמר מתמקד ברעיונות שמבנים את קטגוריית הלאום, ומנתח את השפעתם על הזהות המזרחית. עוד בוחן המאמר את ההצטלבויות בין סממנים גזעיים למבע מגדרי ואת מגבלותיו של השיח המשפטי בהכרה בהצטלבויות אלו. על-מנת להציע מפת דרכים להכרה בהצטלבויות של גזע ומגדר, ישוב המאמר אל חוקי איסור ההפליה ויציע קריאה אנטי-מהותנית של הפליית מזרחים שמגשרת בין שיוך קבוצתי, מאפיינים ומעשים דרך התבוננות על הביצועיות של הזהות. קריאה זו מתבקשת הן כהתפתחות של הפסיקה הקיימת בדבר הפליית מזרחים, הן בהתבסס על פסיקה ישראלית הנוגעת בקטגוריית המין והן בהתבסס על משפט משווה. באמצעות קריאה אנטי-מהותנית מתאפשרת הסטה של הדיון השיפוטי מהשאלה אם התובע או התובעת משתייכים לקטגוריה כזו או אחרת ואם קטגוריה זו נכללת בגדרי החוק אל השאלה אם הגורם המפלה ייחס למופלה תכונות ויכולות מסוימות או סירב לייחס לו תכונות ויכולות אחרות משום שהוא האמין כי המופלה משתייך או אינו משתייך לקבוצת זהות מסוימת. בדרך זו יידרוש הצדדים ובית-המשפט לבחון מהם הרעיונות והערכים ביחס לגזע או ללאום או למין שהניעו את הגורם המפלה. ניתוח אנטי-מהותני יכול לערער את המנגנונים שמבצרים את זכויות-היתר שמוקנות על בסיס זהויות אישיות וקבוצתיות.

הקדמה. א. עמדות תיאורטיות: 1. תיאוריות של איסור הפליה; 2. פרדיגמות של איסור הפליה; 3. תיאוריה טרנסית; 4. בין סטריאוטיפים לציפיות חברתיות. **ב. הביצועיות של הזהות:** 1. הביצועיות של המבע; 2. מין ומגדר, גזע ואתניות; 3. הביצועיות של המזרחיות; 4. ביצועיות יחסית והקשרית. **ג. הביצועיות של הזהות בחוק:** 1. המבע המגדרי של סעיף המין; 2. הסממנים הגזעיים של סעיף הלאום; 3. מהאוריינט שבפנים לאוריינט שבחוץ; 4. הטרנסיות של המזרחיות; 5. הצטלבויות. **ד. חוקי איסור הפליה:** 1. מגבלותיו של חוק איסור הפליה; 2. קריאה אנטי-מהותנית בחוק איסור הפליה; 3. הצעות מעשיות לניתוח אנטי-מהותני; 4. אי-התאמה מזרחית; 5. הביצועיות של הזהות עומדת למשפט. **ה. סיכום.**

הקדמה

בנובמבר 2004 ביקש יצחק מזרחי, חייל מג"ב בשירות סדיר שהיה בחופשת סוף-שבוע, לצאת למועדון "הטרמינל" בקיבוץ רמות-מנשה יחד עם בת-זוגו ושלושה חברים, שאחד מהם בן-

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

דודו.¹ בן-דודו של מזרחי וחבר נוסף, שתוארו מאוחר יותר בדיון בבית-המשפט כ"בהירי-עור", קיבלו אישור להיכנס למועדון מהסלקטור – איש צוות שתפקידו לקבוע מי רשאי לבוא בשערי המסיבה. בת-זוגו של מזרחי נכנסה אף היא למועדון ללא קושי דרך הכניסה שיועדה ל"נשים".² לעומת זאת, מזרחי והחבר השלישי, שתוארו בבית-המשפט כ"כהי-עור", התבקשו על-ידי הסלקטור לחכות, בזמן שמבלים נוספים המשיכו להיכנס למועדון.³ כאשר מזרחי התעקש ושאל מדוע בקשתו להיכנס מסורבת, ענה לו הסלקטור "אתה לא נראה לי בעין".⁴ מזרחי תבע את הקיבוץ ואת מועדון "הטרמינל", וזכה בערכאה הראשונה ובערעור, תוך יצירת תקדים שלפיו הפליה מחמת צבע עור היא הפליה אסורה על-פי החוק.

אך האם מזרחי הופלה אך ורק משום שהוא כהה-עור או שמא בשל הזהות המזרחית שלו או בכלל בשל גזענות? מה גורם לזיהוי של אדם כמסוכן יותר מאדם אחר? כיצד הזיהוי של אדם עם קבוצה מובחנת מבחינה חברתית משפיע על הגישה שלו לקבוצת השווים? האם ההבנה של מערך היחסים בין אידיאולוגיות (קרי, רעיונות ותפיסות-חיים ערכיות), סממנים שיחניים וגופניים וערך חברתי יכולה לחשוף את ידה הנסתרת של ההדרה השיטתית הנמצאת בליבם של מקרים פרטיים של הפליה? שאלות אלו עומדות בלב הדיון במאמר זה. העובדה שבן-דודו של מזרחי הורשה להיכנס למועדון בעוד שעל מזרחי עצמו נאסרה הכניסה מגלה כי הפליה אינה תוצר של השתייכות לעדה כזו או אחרת באופן אובייקטיבי, שהרי מדובר בבני-דודים, אלא תוצר של האמונה כי אדם משתייך לקבוצה כזו או אחרת ושל האמונה כי בהשתייכות זו יש כדי להעיד על מעשיו ותכונותיו. זכויות-היתר שקיבל בן-דודו של מזרחי אינן תוצר של היסטוריה ויכולות מולדות או נרכשות, אלא תוצר של העובדה שהוא זוהה כמי שיש לו ההיסטוריה הנכונה ושיוחסו לו התנהגויות ומאפיינים מסוימים, מולדים או נרכשים.

הסירוב להתיר את כניסתו של מזרחי למועדון בעוד שכניסתו של בן-דודו הותרה מעיד על אחד ממקורותיה המשמעותיים של הפליה על רקע זהות מזרחית בחברה הישראלית. הביטוי "בני-דודים" מתייחס בלשון העברית המדוברת לערבים, משום שהם צאצאיו של ישמעאל ואילו היהודים הם צאצאיו של יצחק, אחיו למחצה. בסיפור המקראי בן-הדוד ישמעאל ואמו הגר מנודים, ואילו יצחק זוכה להיות אחד משלושת האבות של העם היהודי. בעניין מזרחי, לעומת זאת, התובע הוא הבן המנודה, מכיוון שהוא "נראה כמו ערבי" (אם נאמץ ביטוי שגור לגבי מראה מזרחי בשיח הציבורי בישראל) – לא במובן שהסלקטור חשב לתומו שמזרחי אינו יהודי, אלא במובן שהוא אינו ראוי להיות חלק מקבוצת השווים היהודית בישראל, אשר מסומנת במידה רבה באמצעות ההנגדה שלה לערביות.

- 1 ע"א (מחוזי חי') 3724/06 **קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי**, פס' 5 (נבו 7.1.2008) (להלן: ע"א **מזרחי**).
- 2 ת"א (שלום חי') 12482/04 **מזרחי נ' קיבוץ רמות מנשה**, פס' 4 (נבו 4.7.2006) (להלן: ת"א **מזרחי**). ברבים מהמועדונים הללו, כפי שיעלה מן הדיון בהמשך, נשים פטורות לחלוטין מן הבדיקה הבטחונית בכניסה, ובחלקם קיימת אף כניסה נפרדת לנשים בלבד.
- 3 שם, פס' 6–7.
- 4 ע"א **מזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 10.

באותו זמן התובע מזרחי דומה ליצחק המקראי בכך שהמזרחיות, בהסתרתה על-ידי המשפט, נעקדת על מזבח הלאום היהודי. אין צורך להכביר מילים על העובדה שבמדינת-ישראל המזרחים חשופים להפליה מערכתית.⁵ אך כפי שהראתה יפעת ביטון במאמרה המכונן "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'", הפליה זו נותרת בלתי-נראית במסגרת החוק הישראלי הקיים.⁶ החוק הישראלי מתקשה להבין טענות של הפליה נגד מזרחים משום שהוא מתקשה להבחין במזרחים עצמם; הוא מתקשה לראות את האופן שבו מזרחים מודרים מקבוצת השווים משום שהוא אינו יכול לראותם כשוניים.⁷ למרות זאת, הזהות המזרחית בישראל תופסת עמדה ייחודית על הגבול החד לכאורה שבין השתייכות לאחרות שעליו בנויה התשתית הרעיונית של החוק הישראלי.⁸

המאמר מצטרף לגוף המתהווה של ביקורת מזרחית על המשפט, ומבקש לבחון הפליה נגד גברים מזרחים מנקודת-מבט אנטי-מהותנית, המסתכלת באופן ביקורתי על הנחות-יסוד בדבר תכונות או מאפיינים מהותיים הקשורים לזהות מסוימת או לקבוצה חברתית מובחנת. תפיסה אנטי-מהותנית של הפליה יוצאת מנקודת-ההנחה שזהויות קבוצתיות מובנות ומאותגרות בתוך מערכת היחסים שבין אדם לחברו ובין אדם לחברה, ואינן משקפות אמת פנימית בלתי-משתנה.⁹ המאמר ישאל מהם הרעיונות ותפיסות-העולם הערכיות שמבנים זהויות מסוימות, ולשם כך יציע קריאה טרנסית של הפליית מזרחים – לא כאנלוגיה, אלא כאתרים קשורים שבהם מיוצרים שוני ודמיון, שוויון והבחנה.

המאמר מסתמך במידה רבה על התפתחויות תיאורטיות בתחום הצימח של לימודי טרנסיות במשפט (trans legal studies), המתבונן על הסדרים משפטיים מנקודת-מבט של אי-הלימה מגדרית. במונח "אי-הלימה מגדרית" הכוונה למגוון של התנהגויות, זהויות וזהויות המשקפות חוסר התאמה בין קטגוריית המין כפי שזוהתה בלידתו של אדם, קרי זכר או נקבה, לבין ציפיות מגדריות, דהיינו, הציפייה שמי שזוהה כזכר בלידתו יזדהה כגבר ויאמץ דפוסי התנהגות המזוהים כגבריים, ולהפך. ההלימה או אי-ההלימה בין הקטגוריות ההופכיות והמשלימות זכר ונקבה לבין הציפיות החברתיות שנגזרות מהן נותחה בתיאוריה הקוירית באמצעות המושג "ביצועיות של הזהות" (performativity), ומושג זה יהווה אבן-יסוד תיאורטית לטענות העולות במאמר.

נקודת המפגש בין הטרנסיות למזרחיות היא עשירה מבחינה אנליטית. אני מבקש להצדיק את הקריאה ה"טרנסית" של הפליית מזרחים לנוכח מעמדה של המזרחיות במשפט הישראלי

5 יש לציין כי קבוצות אחרות בחברה היהודית בישראל, כגון היהודים האתיופים, חשופים לרמות גבוהות בהרבה של הפליה מערכתית, אך נושא זה חורג ממסגרת הדיון במאמר זה. נוסף על כך אני מדגיש כי הדיון מתמקד רק בפתת-קבוצות המרכיבות את החברה היהודית בישראל, לא רק משום שההפליה המערכתית שהפלסטינים בישראל חשופים אליה חמורה יותר, אלא גם משום שהיא מעוגנת אפילו בחוק באופנים שונים.

6 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" משפטים מא 455, 457 (2011).

7 שם, בעמ' 474–490.

8 BRENDA COSSMAN, SEXUAL CITIZENS: THE LEGAL AND CULTURAL REGULATION OF SEX AND BELONGING 5 (2007).

9 Jessica A. Clarke, *Protected Class Gatekeeping*, 92 NYU L. REV. 101, 145 (2017).

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

כנעדרת-נוכחת, כמו מעמדה של הטרנסיות. העדרה של קטגוריה מובחנת של מזרחיות או טרנסיות (או זהות מגדר או מוצא עדתי) במשפט הישראלי אינו תוצר של לקונה חקיקתית, אלא נובע מכך שגם זהות טרנסית וגם זהות מזרחית ממוקמות במשפט הישראלי במרחב ש"בין לבין", כלומר, בין הקטגוריות החוקיות המוכרות הבסיסיות ביותר – בין הזכר לנקבה, בין היהודי לערבי. בטענה זו אין הכוונה שמזרחים אינם יהודים או שנשים טרנסיות אינן נשים. טענה זו נדרשת למציאות שבה קטגוריית המין לא רק משקפת עובדות אובייקטיביות, אלא גם מתווה ציפיות מגדריות מסוימות לגבי מי שנכלל בקבוצה "זכר" או בקבוצה "נקבה". באופן דומה, הקטגוריה "יהודי" לא רק משקפת מציאות עובדתית, אלא גם מתווה מערך של ציפיות לגבי מי שמזוהה כיהודי או כערבי. מערכי הציפיות האלה אינם נפרדים זה מזה, והמאמר יבחן את ההשלכות של ההצטלבות ביניהם על יכולתו של המשפט להכיר בהפליה ולהגן מפניה. חלקו הראשון של המאמר ימפה את יסודותיו התיאורטיים. אסקור תיאוריות שונות של איסור הפליה ואת הקשיים העולים מהן. חלק זה יעמוד גם על התרומות של תיאוריה טרנסית ותיאוריה קווירית לשאלות העולות מן המאמר. חלקו השני של המאמר יבחן את רעיון הביצועיות של הזהות באמצעות מבעים (performance) בהקשר של מין ומגדר וכן ביחס לאתניות ולגזע. אתמקד בביצועיות של זהות מגדרית אצל קהילות הקשת הטרנסית וגבריות מזרחית בחברה הישראלית. חלקו השלישי של המאמר יבחן את הביצועיות של קטגוריית הלאום במשפט הישראלי. אתמקד בפרעיונות ותפיסות העולם הערכיות שמבנים את קטגוריית הלאום, ואנתח את השפעתם על הזהות המזרחית. בחלק זה אבחן גם את ההצטלבויות בין סממנים גזעיים למבע מגדרי. החלק הרביעי של המאמר יחזור אל חוקי איסור הפליה ויציע קריאה אנטי-מהותנית של הפליית מזרחים שמגשרת בין זיהוי, הזדהות, מאפיינים ומעשים דרך התבוננות על הביצועיות של הזהות. אטען כי קריאה זו מתבקשת הן כהתפתחות של הפסיקה הקיימת בדבר הפליה על רקע זהות מזרחית, הן בהתבסס על פסיקה ישראלית הנוגעת בקטגוריית המין והן בהתבסס על משפט משווה.

א. עמדות תיאורטיות

1. תיאוריות של איסור הפליה

עניין מזרחי שתואר בהקדמה נחשב אחד התיקים הראשונים בישראל שבהם נעשה שימוש ב"צבע עור" כקטגוריה מוגנת במסגרת חוק איסור הפליה כמוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה).¹⁰ מדובר בקטגוריה שיפוטית שאינה נכללת בהוראות החוק המפורשות. לטענת ביטון, הקטגוריה המוגנת "צבע עור" נולדה כתוצאה מהעדר תשתית חוקית המכירה במזרחיות כקטגוריה מוגנת מפני הפליה ועקב הצורך של בתי-המשפט לפתח כלים משפטיים על-מנת לדון בשטף הגובר

10 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 495.

של טענות להפליה נגד מזרחים.¹¹ ביטון עמדה על מגבלותיה של הקטגוריה "צבע עור", כמו גם על מגבלותיהן של קטגוריות שנכללות בהוראות החוק. ביטון טוענת כי מזרחים מופלים משום שהם מזרחים, ולא רק בשל צבע עורם, מקום מגוריהם, ארץ מוצאם או אפילו גזעם. מאמר זה נשען על טיעוניה של ביטון ומבקש לקחת אותם צעד אחד נוסף קדימה (או הצידה) בהסתמך על עבודתה של ליהי יונה על "לבנות" (whiteness) בחוק האמריקאי.¹² אטען כי הפליית המזרחים מתרחשת על רקע האמונות ותפיסות-החיים הערכיות אשר מבנות את הלאום היהודי במשפט הישראלי ומתוות ציפיות לאחידות אתנית בקרב היהודים. לטענתי, חוק איסור הפליה ודוקטרינות הפליה הרלוונטיות בחוק הישראלי כבר מאפשרים הכרה באי-התאמה לנורמות גזעיות או לאומיות, כשם שהם מאפשרים הכרה באי-התאמה לנורמות מיניות או מגדריות. כפי שטוענת ביטון, הסירוב להתיר לגבר המזרחי כניסה למועדון הוא פעולה של הגזעה,¹³ שמופעל כעונש, כפי שטוענת יונה,¹⁴ על חריגה מהנורמות החברתיות בדבר האופן שבו חברי קבוצה מסוימת אמורים להתנהג.

לטענתי, בחירתו של בית-המשפט להתמקד בצבע העור הוליכה אותו – גם אם לא במודע – אל תוך ממלכת הביצועיות של הזהות. בפסק-הדין בעניין מזרחי, כמו בפסיקות אחרות שאסקור במאמר, נחשף מערך הציפיות החברתיות המצוי בין הזיהוי החיצוני לזהות הפנימית. צבע עורו של מזרחי התובע חשף אותו להפליה לא מפני שלסקטור היה פחד בלתי-מוסבר מצבעים כהים, אלא מפני שהוא זיהה את מזרחי עם גבריות מזרחית.

על-מנת להידרש להפלייתם של המזרחים, על השחקנים המיישמים את חוק איסור הפליה – עורכות-הדין ועורכי-הדין, השופטות והשופטים – להתמקד פחות בשאלה אם אדם הוא כהה-עור דיו, מזרחי מספיק או מתגורר במקום מובחן לעילא מבחינה עדתית, ולהקדיש את הדיון לציפיות החברתיות המקובלות ולערכים ותפיסות-החיים, קרי האידיאולוגיות, שהן משקפות.

המאמר מבקש להציג מסגרת אנטי-מהותנית לבחינה של מקרי הפליה "קלסיים" שבהם הנפגע הופלה בשל השתייכות לקבוצה חברתית מובחנת. בתמצית, הטענה היא כי יש לבחון אם התובע נתקל ביחס שונה בשל מאפיינים או מעשים שהיו מותרים אצל אחר. במקום להתמקד בשאלה אם התובע הוא כהה-עור או מזרחי, יש לבחון אם רעיונות וערכים גזעניים הניעו את ההחלטות בנוגע לתובע. לטענתי, מסגרת תיאורטית זו מתבקשת מן האופן שבו חוק איסור הפליה כבר מיושם במקרים שבהם דנו בגזענות כלפי מזרחים. אך הידע הזה כבר מקודד

11 ניתוח של חוק איסור הפליה שערכה יפעת ביטון כעשר שנים אחרי חקיקתו מצא כי 79% מן המקרים המשפטיים שנסמכו עליו הוגשו על-ידי מזרחים או מזרחיות, וכי 90% מתוך אלה היו גברים. ראו שם, בעמ' 488.

12 Lihl Yona, *Whiteness at Work*, 24 MICH. J. RACE & L. 111 (2018).

13 על כך כותב יהודה שנהב: "הגזעה הינה הבחנה בין קבוצות על בסיס של גזע, או על בסיס של מושגים תרבותיים תואמי-גזע כמו מגדר, ארץ מוצא, מקום מגורים, או שם משפחה. על ידי הפיכת המושג ('הגזע') לפעולה ('הגזעה') אנו נמנעים מלהכיר בקטגוריה הפיקטיבית של הגזע". ראו יהודה שנהב "מבוא תיאורטי: מהי גזענות?" רוז עאמר **ערכה חינוכית בנושא גזענות**, 4, 5 (האגודה לזכויות האזרח בישראל 2012) (להלן: שנהב "מהי גזענות?").

14 ראו Yona, לעיל ה"ש 12.

בטיעוניהם ובהנמקותיהם של שחקני-המפתח. אין צורך בהוספת קטגוריות מוגנות לחוק; יש צורך בשינוי פרדיגמטי לגבי אופן פעולת החוק.

2. פרדיגמות של איסור הפליה

חוק איסור הפליה ודוקטרינות הפליה הרלוונטיות במשפט הישראלי מבינות הפליה כמונחים קטגוריאליים. ניתוח קטגוריאלי של הפליה מאתר את פגיעתה באותה פעולה או החלטה שמבחינה בין פרטים וקבוצות (כגון ההחלטה המבוססת על "צבע עור").¹⁵ כלומר, ניתוח קטגוריאלי גורס כי יש לתת יחס שווה לשווים, ואוסר הבחנות לא-רלוונטיות בין קבוצות. בהצעתה להוסיף קטגוריה מוגנת של מוצא עדתי מאמצת ביטון ניתוח מבוסס-דיכוי של הפליה. התמקדות בדיכוי ממקמת במרכז הדיון את אי-השוויון ההיסטורי ומאפיינים מבניים של הפליה.¹⁶ ניתוח מבוסס-דיכוי דורש כי לא נתעלם מהזהויות של אנשים, אלא נכיר בהם ובמשמעות ההיסטורית והחברתית שלהם.¹⁷

לעומת גישות אלו, הגישה המוצעת במאמר זה מאמצת גישה אנטי-מהותנית, שמבקשת להתמקד פחות בזהויות ויותר באידיאולוגיות שמכוננות אותן ובמחירים שמשלם מי שאינו מתאים לציפיות החברתיות הנגזרות מאותם רעיונות וערכים.¹⁸ הגם שגישה שלישית זו יושמה עד כה באופן מוגבל בלבד במשפט הישראלי, אטען, בהמשך ליונה, כי האיסור החל על קבלת החלטות על בסיס סטריאוטיפי, שכבר הוכר במסגרת הניתוח הקטגוריאלי המקובל במשפט הישראלי, הוא למעשה איסור קבלת החלטות על בסיס ציפיות חברתיות,¹⁹ ולכן הוא מאפשר לאמץ בקלות גישה אנטי-מהותנית.

לטענת יונה, ניתוח אנטי-מהותני של דיני איסור הפליה המתמקדים בהפליה בין פרטים, כגון חוק איסור הפליה, הוא רלוונטי במיוחד במקרים של הפליה פנים-קבוצתית (intragroup discrimination). הניתוח האנטי-מהותני מאפשר להתמקד במערכות האידיאולוגיות שמבנות זהויות קבוצתיות ואישיות, ולא בזהויות עצמן כפי שהן נחרות כחוויה אישית או קהילתית. דווקא בהפליה פנים-קבוצתית פעמים רבות לא הזהות האישית היא שמניעה את הפליה, אלא רעיונות ותפיסות-חיים ערכיות.²⁰ למשל, כאשר אישה פוסלת אישה אחרת כמועמדת לעבודה, ניתן לטעון כי לא הזהות האישית של מי מהנשים – האישה הפוסלת או האישה המועמדת – היא שהניעה את ההחלטה, אלא מערכת ערכית שמסמנת נשים כפחות-ערך, כגון התפיסה המינינית (סקסזים),²¹ שבמרכזה האמונה שמין או מגדר מסוים עדיף על אחר בשל תכונות או יכולות מולדות או נרכשות.

15 שם, בעמ' 115.

16 שם.

17 שם.

18 שם, בעמ' 117–118.

19 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, עמ' 17 (נבו 16.11.2011).

20 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 119.

21 שם.

הפליה פנים-קבוצתית קשה במיוחד לזיהוי ככל שמדובר בקבוצה חברתית שנחשבת הגמונית, כגון הפליה בין גברים או הפליה בין אנשים לבנים בארצות-הברית.²² נבחן, למשל, מקרה שבו סלקטור לבן מסרב להכניס גבר לבן למועדון ואומר לו שהוא white trash (זבל לבן) – כינוי-גנאי לקהילות לבנות עניות בארצות-הברית, בפרט כאלה הגרות באזורי הכפר,²³ אשר מאופיינות באופן סטריאוטיפי בחוסר מוסריות, בעצלנות ובלכלוך.²⁴ במקרה זה הסלקטור מפלה את הגבר הלבן לא בגלל הגזע שלו, שהרי הוא לבן, אלא משום שהוא חורג מהציפיות החברתיות מגברים לבנים. הציפיות החברתיות האלה נגזרות מערכים ותפיסות-עולם של עליונות לבנה, שעל-פיהם הגבר הלבן נקי יותר, מוסרי יותר ובעל מוסר עבודה גבוה יותר ממי שאינו לבן.²⁵

נקל לראות במה הניתוח האנטי-מהותני מסייע בהקשר של תביעות הפליה של מזרחים,²⁶ בפרט לנוכח העדר קטגוריה מובחנת להגנתם בחוק איסור הפליה ועמדת המשפט שלפיה היהודים הם קולקטיב הומוגני בכל הנוגע בגזע ובלאום, כפי שיפורט בהמשך. ניתוח אנטי-מהותני מאפשר לנו להתבונן על מערכת יחסי הכוחות בתוך הקבוצה עצמה. אולם הפליית המזרחים אינה רק הפליה פנים-קבוצתית, אלא יש לה גם מאפיינים בין-קבוצתיים, ולכן הניתוח האנטי-מהותני, שאינו מבוסס על התאמה לקטגוריות, רלוונטי אף יותר להפליית מזרחים. היהודים אינם קבוצה הומוגנית מבחינה אתנית, אלא שהשונות של המזרחים מאופיינת בפרקטיקות תרבותיות, במסורות ובהיסטוריות שמקורן בארצות ערב והאסלאם. כלומר, זיהוי כמזרחי הוא גם זיהוי עם האוריינט, עם ערביות.²⁷ משכך, הפליית המזרחים נובעת גם מהמיקום שלהם במרחב "בין לבין" במסגרת אותה חלוקה בינרית בחוק הישראלי בין היהודים לערבים. בייחודיות הזאת של העמדה המזרחית במשפט הישראלי, כחשופה גם להפליה פנים-קבוצתית וגם להפליה בין-קבוצתית, היא דומה לעמדה הטרוניסטית במשפט, הממוקמת בין המעמדות המשפטיים המובחנים זכר ונקבה. האם אישה טרוניסטית מופלית כזכר משום שהיא אינה גברית דייה או שמה היא מופלית כאישה לעומת נשים אחרות שזוהו בלידתן כנקבות? האם היא ראויה פחות להגנה מטעמי מין?

22 שם בעמ' 113.

23 שם, בעמ' 114.

24 שם, בעמ' 141.

25 שם.

26 בהקשר זה ראוי לציין את עבודתה של יאלי השש, שכבר עמדה על החיבור התאורטי בין לבנים עניים בארצות-הברית ("זבל לבן") לבין הזהות המזרחית, ועל האופן שבו צריך לקרוא בחזרה שאלות מעמדיות לתוך הניתוח הביקורתי שמסתמך על שיח קולוניאלי או אתני. ראו יאלי השש "כולנו יהודים: על 'זבל לבן', מזרחים ושוליות מרובה בתוך ההגמוניה" *תיאוריה וביקורת* 48, 251, 249 (2017).

27 Yifat Bitton, *Discrimination Based on "Sameness", Not "Difference": Re-Defining the Limits of Equality through an Israeli Case for Discrimination*, 12 J. HATE STUD. 177, 179 (2014).

3. תיאוריה טרנסית

הבחירה בקריאה טרנסית של הפליית מזרחים אינה מובנת מאליה, ועלולה לעורר תהיות עיוניות ומעשיות כאחת. קושי מרכזי שמתעורר מן הקריאה האנטי-מהותנית של זהות מזרחית נובע מכך שעל פני הדברים זהות טרנסית נתפסת כמעבר בין קטגוריות של זהות, בעוד זהות מזרחית היא לכאורה קטגוריה "יציבה" שהמעבר אינו חלק ממאפייניה. אולם, מן העבר האחד, הבנה זו של החוויה הטרנסית אינה מדויקת, ומן העבר האחר, הטענה כי זהות מזרחית היא "יציבה" היא עמדה א-היסטורית במהותה. במילים אחרות, הטרנסיות והמזרחיות יציבות ולא-יציבות במידה דומה, כפי שיובהר להלן.

המונח "טרנס" בהקשר זה אינו משמש רק מונח "מטרייה" לביטויים פרטניים וקהילתיים של אי-הלימה מגדרית, כגון טרנסג'נדר, טרנסקסואל, א-בינרי ועוד; המונח "טרנס" משקף מסגרת תיאורטית הבוחנת באופן ביקורתי קטגוריות של מין ומגדר כמערכות להבחנה בין גופים ולקטלוגם לקטגוריות של ערך חברתי שונה. בכך לימודי הטרנסיות מרחיבים את התיאוריה הקווירית וחורגים מגבולות הזהות הטרנסית, באמצע מתודה ביקורתית שהיא טרנסית במובן המילולי (והתיאורטי) כתנועה בין קטגוריות מובחנות ומעבר להן. מאמר זה משתמש בטרנסיות כמסגרת אנליטית שמאפשרת לחשוף את השורשים המשותפים של צורות מובחנות של הדרה.²⁸

כאמור, זהות טרנסית אינה עמדה בלתי-יציבה. גברים ונשים טרנסים, א/נשים לא-בינרים וקהילות אחרות על הקשת הטרנסית חווים את זהותם באותה מידה של יציבות כמו מי שאיננו טרנס. בכל הנוגע ביחס שבין המשפט לחברה, אי-ההתאמה אינה בין זהות פנימית לגוף חיצוני, אלא בין האופן שבו הם חווים את עצמם ומבקשים להזדהות לבין הציפיות החברתיות שהם כפופים להן. במקביל, זהות מזרחית, ככל זהות אתנית וככל זהות אחרת, אינה אובייקט יציב ומקובע. הגם שכיום המושג "מזרחי" קיים בספרות המחקרית, בציבוריות הישראלית ובחוויות-החיים של רבים מבני הדורות השלישי, הרביעי והחמישי למשפחות שהיגרו מארצות ערב והאסלאם, אין הדבר אומר שמזרחיות היא קטגוריה יציבה.

כפי שטוענת אלה שוחט, הזהות המזרחית כזהות נבדלת (להבדיל ממרוקאי, ספרדי וכולי) החלה להיות בשימוש נרחב רק בשנות התשעים של המאה העשרים.²⁹ השאלה מי נכלל בקטגוריה "מזרחי" היא שאלה שהתשובה עליה אינה אחידה. הזהות המזרחית כזהות מובחנת מהזהות הישראלית הכללית – הגם שהיא יכולה להיתפס כחוויה סובייקטיבית, כמו מגדר – אינה עמדה חיצונית אובייקטיבית. האם אתיופים הם מזרחים, כפי שנטען במחקרים מסוימים?³⁰ האם יוצאי אירופה מהקווקז, מגיאורגיה או מאוזבקיסטן הם מזרחים, כפי שטענו

Susan Stryker, *Breathe: Histories and Futures of Trans* Life Now*, YouTube (Lecture at 28
the Central European University, 22.3.2016), <https://bit.ly/3im2mb9>

Ella Shohat, *The Invention of the Mizrahim*, 29 J. PALESTINE STUD. 5 (1999) 29

Anis Mustafa Al-Qasem, *Arab Jews in Israel: The Struggle for Identity and Socioeconomic 30
Justice*, 8 CONTEMP. ARAB AFF. 323, 324 (2015)

תובעים שונים³¹ האם יוצאי יוון הם מזרחים משום שהם ספרדים, ומה מבדילים מיוצאי טורקיה האשכנזים? מדוע מקובל לומר על יוצאי רומניה שהם "המזרחים של האשכנזים"? במילים אחרות, נדרשת שורה של פרשנויות חברתיות ולשוניות על-מנת לזהות אדם כמזרחי. הפליית הזהות המזרחית והפליית הזהות הטרנסית נוגעות באופן דומה, כפי שיפורט בהמשך, בפער שבין זיהוי לזהות. האישה הטרנסית מופלית לא משום שהמעסיק בחן את איברי המין שלה והם גילו לו אמת מהותית לגביה, אלא משום שהוא זיהה אותה כטרנסית. התובע בעניין מזרחי לא הופלה משום שצבע העור שלו סימן אמת פנימית על-אודות המסופנות הנשקפת ממנו, אלא משום שהוא תרם לזיהויו כמזרחי. תהליך ה"זיהוי" הזה מקדד בתוכו את האופן שבו מערכות הציפיות החברתיות, שמכתיבות את ערכו החברתי של אדם, מתורגמות למציאות חומרית של הדרה, בין היתר באמצעות המשפט עצמו. כך, כמו במקרה של הפליה נגד מי שמזוהה כטרנסית, הפליה נגד מזרחים אינה רק סדרה של פעולות אקראיות המבטאות בחירות אישיות פסולות, אלא משקפת את מערך הציפיות החברתי ואת עיגונו באמצעים משפטיים.

יש כמובן אתרים נוספים שבהם השאלה "האם רואים עליך?" רלוונטית לבחינת ההפליה, חלקם גם הם בהקשרים של מגדר ושל אתניות – למשל, במקרה של הומואים ולסביות. ניתן לטעון כי גם מקרה של גבר שמתנהג באופן שמקודד בתרבות כנשי ומופלה בשל ההנחה שהוא הומוסקסואל הוא כמו מקרה של גבר שנראה מזרחי ומופלה משום שמניחים כי הוא מזרחי. מה אם כן מיוחד באנלוגיה בין מזרחיות לטרנסיות? מה מיוחד בפרספקטיבה הטרנסית על המזרחיות ביחס לכלל קטגוריות הזהות שמתאפיינות במנגנון של התאמה בין סממנים חיצוניים לבין ייחוס תכונות ויכולות מסוימות?

הניתוח האנטי-מהותני אינו מתבונן בעיקרו על מזרחיות או טרנסיות כעל זהויות ייחודיות, אלא מתבונן על האופן שבו הזהות המזרחית והזהות הטרנסית ממוקמות ביחס למאפייני היסוד שנתפסים כמשייכים אדם לקבוצה חברתית מובחנת במשפט הישראלי: מין ומגדר, לאום, גזע ואתניות. מה ששותף לטרנסיות ולמזרחיות בהקשרים האלה, כפי שכבר טענתי, הוא מיקומן כזהויות "בין לבין", קרי, בין הזהויות הבינריות שהחוק מניח ומעגן – בין היהודי לערבי ובין זכר לנקבה. כאמור, הבין-לביניות מתבטאת לא בהיבירידיות כזו או אחרת של הנפש והגוף, אלא באי-התאמה לציפיות חברתיות. במובן זה גם הגבר ההומו מופלה על רקע "טרנסי", ולא על רקע הנטייה המינית שלו, משום שקיימת אי-התאמה בין הציפייה החברתית שמי שנרשם בלידתו כזכר יאמץ התנהגויות מסוימות לבין האופן שבו הוא מבטא את הזהות שלו.

מאמר זה מתמקד באופן שבו המשפט מסתמך על קטגוריות הקבועות בחוקי איסור הפליה כדי להגן על מי שאינם מצליחים להיות "מוגדרים" על-ידי אותן קטגוריות. לכן אני בוחן את האופן שבו מגדר וגזע לא רק מסמנים שוני בין קבוצות מובחנות מבחינה חברתית, אלא גם יוצרים את ההבחנות שהם מסמנים. כפי שאראה בהמשך, מין הוא ממילא כבר ממוגזע. המאמר

31 ת"א (שלום ת"א) 42617-02-11 ציזיס נ' אפ. ויטה בע"מ, עמ' 4 (נבו 28.5.2012): "התובעים סבורים כי כניסתם למועדון נמנעה עקב מראם, הדומה למראה של העולים ממדינות קווקז, גרוזיה, אוזבקיסטאן ושחומי עור אחרים. מראה זה, טוענים התובעים, נחשב בקרב עולי מדינות ברה"מ לשעבר למראה של אנשים ממוצא מזרחי".

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

מבקש להפנות את הזרקור אל הסממנים האתניים של מבע מגדרי ככלי לחשיפת היבטים מבניים של הפליה פרטית. הייתה זו הגבריות המזרחית של התובע בעניין מזרחי שהוציאה אותו מקבוצת השווים, שכן היא סימנה את החריגה שלו מהנורמות המקובלות של גבריות יהודית בישראל.

ניתן להמחיש את הטענה בדבר ההצטלבות של נורמות ממוגדרות וממוגזעות בגבריות מזרחית באמצעות הפרספקטיבה הטרנסית על שאלות של גזע ומגדר, כפי שהיא משתקפת מספרו של הית פוג דייוויס (Heath Fogg Davis), פרופסור ללימודי נשים ומגדר באוניברסיטת טמפל בארצות-הברית שהוא גם גבר טרנס. באחת השבתות, כאשר הקמפוס היה כמעט ריק מאדם, הלך בו דייוויס בדרכו ממשדרו, כפי שעשה פעמים רבות בעבר. לפתע ראתה אותו אישה לבנה, שנבהלה ממנו וצעקה עליו: "מי אתה? מה אתה עושה פה?"³² דייוויס הבין באותו רגע, לראשונה, כי הוא מזוהה כגבר שחור – עמדה מגדרית וגזעית שמסומנת כמסוכנת לנשים בחברה האמריקאית.³³ השחורות של דייוויס כאישה סימנה אותו באופן שונה מאשר השחורות שלו כגבר. גבריות שחורה ונשיות שחורה הן לא אותה עמדה גזעית. אם נחזור אל עניין מזרחי ואל הגבריות המזרחית, גבריות "מזרחית" וגבריות "אשכנזית" הן לא אותה עמדה מגדרית, והן מסומנות באופן שונה בחברה הישראלית. לכן ההדרה של התובע ממוקמת בהצטלבות של נורמות מגדריות וגזעיות.

4. בין סטריאוטיפים לציפיות חברתיות

קריאה אנטי-מהותנית בתיקי איסור הפליה יכולה לחשוף את המנגנונים המעניקים ערך חברתי שונה להשתייכות לקטגוריות שונות של זהות והזדהות. קריאה כזו מסיטה את המבט מבחינת שאלות של זהות, כגון "האם את אישה?" או "האם אתה מזרחי?", לעבר שאלות שחשובות להבנת פעולתה החמקמקה של ההפליה, כגון מה היא התפיסה הערכית שמאחורי האמונה כי התובע אינו חלק מקבוצת השווים. באופן זה הדיון המשפטי מוסט מגופו של אדם אל המנגנונים הקובעים את ערכו החברתי, אל ההצטלבות של גוף וזהות, של מגדר ואתניות, אל הציפיות החברתיות לגבי איך אדם אמור להיות, להרגיש ולהתנהג, גם כלפי עצמו.³⁴ מהן אותן ציפיות חברתיות מקובלות, ומה בין סטריאוטיפ לבין ציפייה חברתית? האם הם דברים שונים או שני פנים של אותו דבר?

סטריאוטיפים מתייחסים לרעיונות פסולים לגבי אדם על רקע השתייכותו לקבוצה חברתית מובחנת – למשל, שנשים נוהגות טוב פחות מגברים או שמזרחים אינם משכילים. הטענה כי שמלות הן לבוש נשי אינה נחשבת סטריאוטיפ, וכך גם הטענה כי חשיבה אירופית היא חשיבה רציונלית. לעומת זאת, מערך הציפיות החברתיות הוא מכלול הרעיונות המקובלים לגבי השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת – ציפיות שאנו מייחסים להן ערך חיובי, שלילי או ניטרלי. במידה רבה ציפיות חברתיות הן הצד המשלים של סטריאוטיפים. הסטריאוטיפ שנשים

32 HEATH FOGG DAVIS, BEYOND TRANS: DOES GENDER MATTER? 65 (2017)

33 שם, בעמ' 64.

34 כדבריה של החוקרת והסופרת זהר אלמקייס, מתוך גילי איזיקוביץ "הסופרת זהר אלמקייס כופרת בהיות האשה המזרחית" הארץ (19.2.2020) <https://bit.ly/36aASTe>

הן חלשות הוא צידה האחר של הציפייה שגברים יפגינו חוזק. הסטריאוטיפ שמזרחים הם אגרסיביים הוא הצד האחר של הציפייה שאשכנזים ינהגו ב"דרך-ארץ".

בפועל במשפט הישראלי משתמשים לעיתים קרובות במונח "סטריאוטיפ" כדי להצביע על ציפיות חברתיות. בעניין פרוז'אנסקי, שבו נקבע איסור השימוש בסטריאוטיפים מגדריים, קבע השופט דנציגר כי סטריאוטיפים קיימים גם כאשר איננו מייחסים מעמד נחות למופלה וגם כאשר ההפליה אינה נקשרת למהותו הנחותה לכאורה של המופלה, אלא נשענת על שיוכו לקבוצה מסוימת.³⁵ דהיינו, דנציגר מרחיב את ההגדרה של "סטריאוטיפים" למכלול הרעיונות המקובלים שמסמנים השתייכות לקבוצה מסוימת, ולא רק רעיונות שליליים במהותם. גם השופט ג'ובראן סבר כי התפיסה שגברים נוטים להיות אגרסיביים היא הבחנה מהותנית, או במילים אחרות – משקפת ציפייה חברתית.³⁶

איך מזהים ציפיות חברתיות, ואיך ניתן להבחין פרעיונות ובתפיסות-החיים הערכיות שמבנים את הציפיות החברתיות? מקובל לחשוב כי מין או עדה הם מאפיינים מהותיים של אדם, מאפיינים "טבעיים" של החיים האנושים. הסיבה לכך היא שאנחנו חיים במערכת חברתית שמבוססת במידה רבה על חלוקה לז'מיות ולשונות. עקרון השוויון במובנו המקובל ביותר גורס כי יש לתת יחס שווה לשווים, ואוסר הבחנות לא-רלוונטיות בין קבוצות.³⁷ בעולם החברתי סממנים חיצוניים עוזרים לנו להבחין בין קבוצות שונות, בין נשים לגברים, בין ערבים ליהודים, ולכן הם משמעותיים. אנחנו צריכים לדעת שהתינוק הוא בן, ולא בת, כדי להתייחס אליו באופן שונה מבחינה משפטית וחברתית; אנחנו צריכים לדעת אם האדם מולנו הוא ערבי או יהודי כדי להבחין בינו לבין אחרים מבחינת מעמדם החברתי והמשפטי.

לעומת זאת, הניתוח האנטי-מהותני מניח כי מדובר בחלוקה אידיאולוגית שמשקפת רעיונות וערכים מסוימים שמקורותיהם היסטוריים, חברתיים ותרבותיים, ולא ביולוגיים.³⁸ הטענה אינה שנשיות, גבריות, מזרחיות ואשפנויות, גנים או כרומוזומים, אינם קיימים, אלא שהמאפיינים הטבעיים לכאורה אינם קובעים את יכולותיו ותכונותיו של אדם, אלא משקפים הבחנות לא-רלוונטיות. האמונה בשוני קדם-משפטי מצדיקה יחס שונה. גוף בעל מטען גנטי שמזוהה עם מוצא צפון-אפריקאי מקבל ערך נמוך או גבוה יותר מאשר גוף בעל מטען גנטי שמזוהה עם מוצא מזרח-אירופי לא בשל המטען הגנטי השונה שלו, אלא בשל מערכת של אמונות בנוגע לשוני המהותי שהמטען הגנטי משקף.

35 פרשת פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 24.

36 שם, בעמ' 43.

37 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 65 (2016).

38 אייל גרוס, עמליה זיו ורוז יוסף "אם יש סקס אחר הביאו לכאן ונדעהו" – לימודים להט"ביים וקוויריים בישראל" סקס אחר – מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים ישראלים 11, 15 (אייל גרוס, עמליה זיו ורוז יוסף עורכים 2016).

ב. הביצועיות של הזהות**1. הביצועיות של המבע**

ביצועיות של זהות היא שפה חברתית-תרבותית שדרכה אנחנו מסמנים את הזהות שלנו לקבוצות מסוימות ומזוהים כחברים באותן קבוצות. עמדת-יסוד בתיאוריה הקווירית היא שזהות מינית אינה ביטוי של אמת פנימית וקדם-שיחנית שמתארת מצב טבעי של הגוף והנפש. האמת לכאורה של המין הביולוגי מיוצרת על-ידי סממנים חיצוניים, כגון צורת הליכה, לבוש, מנעד וסגנון דיבור, תספורת ועוד.³⁹ כלומר, המבע המגדרי הוא שטוען את קטגוריות המין והמגדר במשמעות. במילים אחרות, בהרחבה על דבריה המפורסמים של סימון דה-בובואר, אינך נולדת אישה; את נעשית אישה באמצעות הביצועיות של המבע המגדרי שלך. את אישה לא משום שיש לך איבר מין נקי, אלא משום שאת מזוהה על-ידי החברה כאישה בהתאם לסממנים מקובלים של נשיות, ובהתבסס על הסממנים החיצוניים האלה החברה מניחה גם שיש לך איבר מין נקי.

עמדה תיאורטית זו אינה מניחה כי לגוף עצמו, לגוף החומרי, אין כל קיום מלבד הייצוג התרבותי, החברתי והלשוני שלו, אלא שהביטוי החומרי הקונקרטי של זהות מינית ומגדרית מתווך על-ידי נורמות תרבותיות, חברתיות ולשוניות חיצוניות.⁴⁰ נורמות חברתיות הן כוח כופה שמופעל על הגוף באופן שהופך את הנורמות האלה לטבעיות ומקובלות. הנורמות האלה פועלות בשירותה של מערכת אידיאולוגית פטריארכלית, קרי של עליונות גברית, אשר שואבת את הצדקתה מההבדלים המהותיים לכאורה בין נשים לגברים ומחייבת עמידה בסטנדרטים הטרונורמטיביים, כאלה המשקפים חלוקה אחידה לשתי קטגוריות מיניות ומגדריות משלימות והופכיות – זכר ונקבה.⁴¹

למשל, כאשר אנחנו רואים ברחוב מישהי עם שיער ארוך ושמלה, אנחנו מניחים שהיא אישה ושהיא נולדה עם איבר מין נשי ולכן בתעודת-הזהות שלה יהיה כתוב "נקבה". מכיוון שהיא "אישה", אנחנו מניחים לגביה דברים מסוימים – למשל, שיש לה נטייה פחותה לנקוט אלימות פיזית בהשוואה למי שמזוהה כגבר. עם זאת, מעבר לעמדה האידיאולוגית הפמיניסטית הגורסת כי אין בהיותה אישה כדי להעיד על מידת נטייתה לאלימות או על יכולתה כעובדת או כהורה, מבחינה עובדתית אין ביכולתנו לראות לתוך הגוף שלה או אפילו מעבר לבגדים. אנו מסיקים שהיא זוהתה בלידתה כנקבה על בסיס האופן שבו המגדר שלה מבוטא, קרי על בסיס העובדה שהיא לובשת שמלה ושיערה ארוך, ובהתבסס על המבע הזה אנחנו מצפים ממנה להתנהגויות ויכולות מסוימות. לכן הסממנים המגדריים הם שנותנים משמעות מבחינה חברתית לקטגוריה "אישה" ומבחינה משפטית לקטגוריה "נקבה", ולא להפך. מכיוון שקטגוריית המין בחוקי איסור הפליה מבקשת להסדיר מצב חברתי (אי-שוויון מגדרי), היא אינה יכולה להיות מנותקת מכך שהיא משקפת ציפיות חברתיות.

.JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY 12 (2006) 39

Judith Butler, 4/7 – "Why Bodies Matter" – Debate 1/4 – Gender Trouble, YOUTUBE (Aug. 40
.17, 2015), <https://bit.ly/3JrXmh6>

גרס, זיו ויוסף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 14–15. 41

קשה להאמין כי אדם בעל זקן (בין שהוא זוהה בלידתו כזכר או כנקבה) המבקש ללבוש שמלה לראיון עבודה יזכה ביחס מכבד. מדוע? משום שאנו מאמינים כי הנורמות המקובלות משקפות אמת קדם-חברתית, ולכן מי שחורג מהנורמות המקובלות נתפס כמישהו "לא-אמיתי", כמתחזה, כאדם שיש לחשוש בו, כמי שאינו באמת מי שהוא טוען שהוא. קו הגבול הזה בין מי שאמיתי לבין מי שאינו אמיתי משקף מערכת אידיאולוגית שתלויה בהבחנה בינרית בין קבוצות. בהקשר של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות), עלתה פעמים מספר השאלה אם זהות טרנסית או מופעים אחרים של אי-התאמה מגדרית חוסים תחת הגנתה של הקטגוריה "מין", כלומר, אם טרנסים זכאים להגנה מכוח החוק.

בשנת 2010 תבעה צעירה טרנסית מסעדה בתל-אביב לאחר שפוטרה על רקע אי-התאמה מגדרית.⁴² שלושה חודשים לאחר תחילת עבודתה במסעדה החלה התובעת להגיע לעבודה מאופרת וביציפורניים משוחות בלק, ואף ביקרה במקום מחוץ לשעות העבודה בלבוש נשי. כאשר הגיעה לראשונה לעבודה בבגדים נשיים, היא נדרשה להחליף את בגדיה לאלתר, והממונים עליה דיברו עליה בלשון זכר באופן מופגן. משהמשיכה להגיע לעבודה מאופרת, נאסר עליה גם להתאפר, אף שלנשים אחרות שהועסקו במקום הותר הדבר. המעסיקים הודו שהם מודעים להליך השינוי המגדרי שהתובעת עוברת, אך טענו כי הופעתה החיצונית כאישה "מצחיקה". התובעת עמדה על זכויותיה וטענה כי מדובר בהפליה. בתגובה דרשו המעסיקים כי היא תודיע להם, בכתב, אם ברצונה להגיע לעבודה כ"אישה" או כ"גבר", והבהירו כי היא תפוטרו אם תתעקש לעבוד כ"אישה" וכי המשך העסקתה יישקל אם היא תתחייב לעבודה כ"גבר". התיק הסתיים בפשרה כספית לטובת התובעת מבלי להכריע בשאלה אם המקרה נכלל תחת הגנת החוק מפני הפליה מטעמי מין.

מה היה מצחיק בנשיות של הצעירה הטרנסית שחייב את המשך העסקתה כ"גבר"? הנורולוג סקוט וימס טוען כי צחוק נוצר כאשר המוח מנסה ליישב סתירות או מורכבויות בעולם החיצוני ומגיע לפתרון בלתי-צפוי. ה"מצחיק" בנשיות של הצעירה הטרנסית מצוי בחשיפה של אי-ההתאמה בין המין שזוהה בלידתה – זכר – לבין האופן שבו היא ביקשה להזדהות. הנשיות של הצעירה הטרנסית נתפסה כאמיתית פחות משום ש"ראו עליה" את אי-ההתאמה בין הזיהוי להזדהות. הנשיות שלה הייתה "מצחיקה", כלומר מורכבת ומלאת סתירות, משום שהיא בוודאות לא שיקפה את המין שזוהה בלידתה, היא לא "עברה". הדרישה שהיא תתחייב לבוא לעבודה לבושה כגבר היא דרישה להתאמה אל הנורמות החברתיות המצופות ממנה, דרישה שלא יתקיימו סתירות או מורכבויות בביצועיות של הזדהות שלה. כאמור, בתוך מערך הציפיות המגדרי הקיים נשים טרנסיות ש"רואים עליהן" שהן טרנסיות או שהן מזדהות כטרנסיות נתפסות לעיתים קרובות כנשים "מזויפות", כאמיתיות פחות מנשים, כמי שהערך החברתי שלהן פחות. הערך החברתי שלהן פחות דווקא משום שנשים טרנסיות, בעל-כורחן או מבחירה, חושפות את המערך האידיאולוגי המגדרי הקיים ואת אי-היציבות של הקטגוריות "נשים" ו"גברים".

42 כתב התביעה בס"ע (אזורי ת"א) 57199-11-10 פלונית נ' המשיב (29.11.2010) (עותק שמור אצל המחבר).

2. מין ומגדר, גזע ואתניות

מין ומגדר אינם המרכיבים היחידים המקבלים משמעות חברתית מבודלת באמצעות סממנים גופניים, לשוניים, תרבותיים וחברתיים. קיימות מערכות רבות ומגוונות של הבחנה חברתית: מין, גזע, מעמד, מסוגלות גופנית ועוד. דינמיקות "טרנסיות" בהקשר גזעי, אתני (ואפילו מגדרי) מתקיימות גם בתביעות ה"קלסיות" מכוח חוק איסור הפליה – תביעות של גברים מזרחים צעירים שלא עברו "סלקציה". כמו הטרנסיות הצעירה שלא "עברה" כאישה, כך התובע בעניין מזרחי ותובעים אחרים כמותו, שטענו כי הופלו בשל "חזות מזרחית", לא "עברו" כאשכנזים, כלומר, זיהו אותם כמזרחים. אכן, המונח "לעבור" (passing), שנמצא בשימוש רחב בקרב קהילות טרנסיות לתיאור היכולת להיות מזוהה כמשתייך למגדר מסוים, מקורו בהיסטוריית העבדות בארצות-הברית, ומתייחס ליכולתם של שחורים להיות מזוהים כלבנים בהקשר של חוקי הגזע, שהתבססו על עצם היכולת להבדיל בין שחור ללבן.⁴³ האפשרות "לעבור" – או "להשתכנז" בהקשר המזרחי – מלמדת על האופן שבו זהויות נוצרות או נכפות. המעבר מסמן את הגבול בין קטגוריות של זהות, ומאיר את החרדה האישית והקולקטיבית מפני חציית אותם גבולות. זאת החרדה שמסמנת את התובע בעל "החזות המזרחית" כמסוכן. בעוד החלוקה המגדרית הבינרית, נשים וגברים, נחשבת קטגוריה חברתית שמשקפת חלוקה קדם-חברתית ביולוגית,⁴⁴ קהילות אתניות הן קטגוריות חברתיות שההשתייכות אליהן נתפסת כמבוססת על מוצא, תרבות והיסטוריה משותפים.⁴⁵ אתניות נחשבת מאפיין תרבותי, בעוד גזע נחשב מאפיין ביולוגי. מכאן שהתפקיד של גזע או מוצא בהגדרת הזהות האתנית מקביל לתפקיד של המין הביולוגי בהגדרת הזהות המגדרית. בהקשר של מין/מגדר, ההבחנה בין טבע לבין תרבות היא מנגנון של הבניית משמעות המשרת חלוקה לא-שוויונית של הון חברתי-כלכלי, למשל באמצעות העמדה שנשים באופן טבעי אמורות לטפל בילדים. כאמור, מין אינו מייצג אמת של הגוף הביולוגי שקודמת לחברה או לתרבות, אלא אפיק שדרכו ניתן ערך מסוים לזהות מסוימת – אישה או גבר. באופן דומה ניתן לפרק את ההבחנה בין טבע לבין תרבות העומדת בבסיס ההפרדה בין גזע לבין זהות אתנית.⁴⁶ סטיוארט הול מבקש מאיתנו להסתכל על התנהגויות גזעיות והבדלים כתוצר של שיח, של נורמות תרבותיות-חברתיות-לשוניות, ולא כתוצר של גנטיקה או ביולוגיה. לדידו של הול, גזע הוא מסמן חופשי (free floating signifier), שמתפקד באופן דומה לשפה בכך שהוא מעניק משמעות שונה לגופים.⁴⁷ מגזע הוא הליך של מתן משמעות שבו המסמנים מקבלים משמעות "לא בגלל מה שהם

43 עידו קטרי "לא עוברות, לא נחמדות – המאבק הטרנסיוטקטיקות של משטור מגדרי בחוקי איסור אפליה" סקס אחר – מבחר מאמרים בלימודים להט"ביים וקוויריים ישראלים 615, 645 (אייל גרוס, עמליה זיו ורוי יוסף עורכים 2016).

44 BUTLER, לעיל ה"ש 39, בעמ' 9.

45 JAMES PEOPLES & GARRICK BAILEY, HUMANITY: AN INTRODUCTION TO CULTURAL ANTHROPOLOGY 389 (9th ed. 2011).

46 STUART HALL, RACE: THE FLOATING SIGNIFIER 7 (1996). לביקורת על ההבחנה בין גזע לאתניות ראו Andreas Wimmer, *The Making and Unmaking of Ethnic Boundaries: A Multilevel Process Theory*, 113 Am. J. Sociology 970, 974-975 (2008).

47 HALL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 10.

מכילים מבחינה מהותית, אלא מתוך יחסי-הגומלין שמייצרים שוני".⁴⁸ הול אינו מכחיש את החומריות של הגוף (למשל, שיש עור כהה יותר ועור בהיר יותר), אך מסביר:

קיימים הבדלים מכל מיני סוגים בעולם. שוני הוא סוג של סדרה אקראית של כל מיני דברים במה שאנו מכנים "העולם". אין שום סיבה להכחיש את המציאות הזו או את המגוון הזה... רק כאשר ההבדלים הללו מאורגנים בתוך השפה, בתוך השיח, בתוך מערכות המשמעות, ניתן לומר שההבדלים מקבלים משמעות ונהפכים לגורם מכריע בתרבות שמוסדת את ההתנהלות האנושית. זה סיבה של מה שאני מכנה "השיחניות של הגזע".⁴⁹

העובדה שבן-דודו בהיר-העור של התובע בעניין מזרחי לא נתקל בקושי לעבור את הסלקציה מחזקת את הטענה כי הייתה זו אי-התאמה בין ציפיות חברתיות לבין קטגוריה גזעית שטענה את גון עורו של מזרחי במשמעות "מסוכנת". במילים אחרות, אם צבע עורו של מזרחי מסמן לכאורה אמת פנימית ובלתי-משתנה על-אודותיו שנובעת ממוצאו, כיצד ייתכן שבן-דודו אינו מסוכן? הרי הוא חולק עם מזרחי בדיוק אותו מוצא. העובדה ששני בני-הדודים חולקים אותו מוצא ואותו רקע מעמדי ותרבותי מדגימה את האופן שבו היכולת או אי-היכולת "לעבור" או "להשתכנן" מייצרות את המבע הגזעי, האתני, של הזהות המזרחית. גון העור, כפי שארחיב להלן, הוא אחד הסממנים הבולטים של יכולת זו לעבור, אם כי בשום אופן לא הסממן היחיד. אם כן, מהי הביצועיות של הזהות המזרחית?

3. הביצועיות של המזרחיות

גזע, כמו מגדר, פועל באמצעות רעיונות וערכים שמאפשרים הבחנה בין קבוצות וכמערכת שכופה וממשטרת זהויות. כך כותב בהקשר זה ג'ון פאוול, המתמחה בתיאוריית גזע ביקורתית: "לפני שניתן לומר על אדם כי הוא בעל תכונות גזעיות או זהות גזעית, חייב להתקיים הליך של 'מגזוע'. הליך זה מחייב הבניה חברתית של קטגוריות גזע, שיוך לקטגוריה, וקביעה של המשמעות של השיוך לכל קטגוריה".⁵⁰ כולנו ממוגזעים. אין אדם מזרחי בלי הקטגוריה "מזרחי". מאחר שכולם ממוגזעים בצורה כזו או אחרת, כלומר אין סובייקט משפטי או חברתי ללא גזע (כשם שאין סובייקט בלי מגדר), כדי ליהפך לסובייקט, לישות משפטית וחברתית, אדם מתאים את עצמו לגורמות גזעיות מסוימות.

ברומה לביצועיות של זהות מגדרית, זהות גזעית ואתנית מקבלת משמעות חברתית ותרבותית באמצעות מערך של סממנים החופפים בחלקם את אלה של המבע המגדרי אך אינם זהים להם.⁵¹ סממנים אלו יכולים להיות התספורת, חיתוך הדיבור, סגנון ההליכה, בחירת

48 שם, בעמ' 8.

49 שם, בעמ' 10 (תורגם על-ידי המחבר).

50 JOHN A. POWELL, RACING TO JUSTICE: TRANSFORMING OUR CONCEPTIONS OF SELF AND OTHER TO BUILD AN INCLUSIVE SOCIETY 49 (2015) (תורגם על-ידי המחבר).

51 צבע העור שונה אומנם מסגנון השיער, למשל, בהיותו נתון פחות לשינויים בהתאם לרצונו של היחיד, אולם סממנים מגדריים אחרים ניתנים גם הם פחות לשליטה ולעיצוב רצוני. אף שחלק

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

הלבוש, התכשיטים ועוד. לחלופין הם יכולים להיות שיחניים באופן מובהק, כגון שם או רישום לאום במסמכי זיהוי (הגם שסממנים אלו מובנים טוב יותר ביחס לביצועיות של המגדר והגזע של המדינה עצמה, כפי שיורחב בהמשך). קיימים מאפיינים ייחודיים המשמשים לקטלוג גזעי, כגון פיגמנטציה של העור או צבע עיניים, כשם שגובה משמש לעיתים לקטלוג מגדרי. אולם פעולת הקטלוג החברתית עובדת באותו אופן, דרך הזיהוי החיצוני.

מה שקורה כאשר אנחנו מזהים אדם כמזרחי – בין בשל צבע עורו, לבושו או חיתוך דיבורו, או אפילו משום שקוראים לו "מזרחי" – הוא שאנו משייכים אותו לקבוצה מסוימת של אנשים על בסיס הביצועיות של זהותו. כאשר אנחנו רואים עור כהה או בהיר, אנחנו מניחים שיוך גנטי מסוים שקורש את האדם לקבוצה מסוימת של אנשים שחולקים מאפיינים מסוימים או נטיות מסוימות. כאשר אנחנו מגלים שאדם גדל בבית-שאן, אנו מניחים שהוא משתייך לקבוצה מובחנת שחולקת יכולות ותכונות ספציפיות. אנו רגילים לחשוב שזיהויו של אדם כמזרחי הוא שמשמן מאפיינים, יכולות ואפילו שאיפות, אך כמו בהקשר המגדרי, הביצועיות של הזהות הגזעית והאתני היא שמכוננת את הקטגוריה הגזעית והאתנית, ולא להפך. לגנטיקה של עור כהה אין משמעות מחוץ להבחנות שאנחנו מייחסים לפרטים ולקבוצות ביחס לגון עורם. האמיתות שאנחנו מאמינים כי הסממנים החיצוניים חושפים לגבי אדם הן למעשה הרעיונות והערכים שאנחנו מייחסים לקבוצות מסוימות.

תביעתו של לירן נגד קיבוץ רמת-דוד מדגימה את תפקידו המרכזי של צבע עור כסממן גזעי,⁵² אך לא משום שצבע עור הוא אכן אמת-מידה מוחלטת להשתייכות אתנית, אלא משום שהוא נתפס – כפי שהמקרה מראה – כסמן לעובדות מהותיות לגבי בני-אדם. במאי 2007 ביקש לירן להיכנס למועדון בקיבוץ רמת-דוד, אך נתקל בסירוב. שני חבריו של לירן הורשו להיכנס למועדון, אך סירבו להיכנס בלעדיו. כאשר אחד מחבריו שאל את בעלי המועדון ישירות מדוע לירן לא הורשה להיכנס, הודיע להם הבעלים שהבגדים והתספורת של לירן סימנו אותו כמסוכן.⁵³ לדברי הבעלים, על לירן היה להחליף את החולצה ה"צעקנית" שלו, לשטח את הקוצים בשיערו ולהסיר את שעון-היד שלו.⁵⁴

בעקבות דברים אלו הלכו לירן וחבריו למגרש החנייה, ושם יישר לירן את הקוצים בשיערו, החליף חולצה עם חברו והעביר לחברו את שעון-היד. לאחר-מכן ניסו השלושה שוב להיכנס למועדון. פעם נוספת נאסר על לירן להיכנס למועדון, בעוד שחברו – שהיה לבוש באותו לבוש "מסוכן" שבגינו הודר לירן מהמועדון – הורשה להיכנס.⁵⁵ התנהלות זו מעידה כי הסלקטור

מהסממנים האלה יכולים להשתנות בעזרת הליך רפואי של השמה מגדרית (לדוגמה, גידול שיער הפנים על-ידי גברים טרנסים באמצעות נטילת הורמונים גבריים), סממנים אחרים (כגון גובה) אי-אפשר לשנות. אותה הבחנה נכונה כיום גם לגבי סממנים גזעיים, שחלקם ניתנים לשינוי חיצוני (כגון עדשות-מגע המשנות את צבע האישונים בעיניים והליכים כימיים המסוגלים לשנות שיער מתולתל לשיער חלק). עם זאת, לצד השאלה הליברלית של אוטונומיה אישית (כלומר, הבחירה שלי כיצד להציג את עצמי כלפי העולם החיצוני), מרכז-הכובד של הדיון הנוכחי הוא הערך החברתי המשוך להרכבים שונים של סממנים חיצוניים.

52 ת"א (שלום עפ') 353-08-07 לירן נ' קיבוץ רמת דוד (נבו 5.1.2009).

53 שם, פס' 4.

54 שם, פס' 20.

55 שם, פס' 4.

ראה את תלבושתו של לירן ואת עורו הכהה והניה כי סממנים חיצוניים אלו מעידים על תכונותיו ויכולותיו כגבר מזרחי. בעיני הסלקטור, נסיונותיו של לירן להתאים את עצמו לנורמות הגזעיות והמגדריות המדומיינות לגבי המראה שאמור להיות לגבר לא-מסוכן נרשמו כ"זיוף" וכניסיון להסתיר את אופיו ה"אגרסיבי". כלומר, הוא לא הצליח "לעבור".

בבית-המשפט טען לירן כי אותו מועדון היה ידוע במדיניות של אפיון גזעי, שהיוותה מקרה מובהק של הפליה אסורה, וכי במקרה שלו פוונה אותה הפליה נגד גון עורו ה"שחור".⁵⁶ בית-המשפט קיבל את גרסתו של לירן, וקבע כי לירן נחשף להפליה על בסיס "הרקע האישי" שלו, וכי כניסתו נאסרה בגין צבע עורו וארץ מוצאו.⁵⁷ מכיוון שבמקרה זה צבע עורו של לירן הוא הסממן שנותר קבוע, בעוד בגדיו ושיערו השתנו, קבע בית-המשפט כי ההפליה שאליה נחשף לירן התבססה רק על צבע עורו. ניכר כי גם החלפת התלבושת של לירן לא סייעה לסמן אותו כחלק מקבוצת השווים המדומיינת של מבקרי המועדון. את צבע העור, גם אם רצה, לא היה לירן יכול להחליף. אך האם משתמע מכך שצבע העור "ביצועי" פחות מהקוצים בשיער?

הול בוחר מקרוב את הטענות שצבע עור משקף אמת "טבעית" על אדם. לדברי הול, עור כהה, כמו איברי מין חיצוניים, משמש סמן אולטימטיבי לאמת פנימית משום שהוא ניתן להבחנה בעין האנושית.⁵⁸ ניתן כמובן לטעון כי גזע איננו מגדר, במובן שאנשים מסוימים אינם יכולים לעבור כ"לבנים", ומכאן שגזע הוא מהותני יותר, אך הול יטען כי זאת בדיוק הסיבה שצבע עור הוא סממן כה משכנע לאמת פנימית: הוא מסמן לכאורה אמת שאינה ניתנת לשינוי, משום שבצבע עור, בניגוד למטען גנטי, אנחנו יכולים להבחין באמצעות חוש הראייה שלנו ולכן אנו מניחים שהוא משקף איזו אמת פנימית (גנטית או אחרת) של הגוף מעבר למה שהעין יכולה לתפוס. ככל שהסימון בולט יותר – ככל שההבדל הגופני נראה יותר לעין – כן פעולת הקטלוג התרבותית-החברתית נעשית בלתי-נראית.⁵⁹

טענה נוספת מתייחסת להבדל בין סממן שהוא חלק מן הגוף לסממן שנמצא על הגוף. חולצה "צעקנית", שעון-יד, קוצים ושרשרת "חי" שונים מעור שחום משום שאת האחרון, בניגוד לראשונים, אי-אפשר להסיר. אולם הניתוח האנטי-מהותני – ההתבוננות על הביצועיות של המבע – אין משמעו שניתן ללבוש ולפשוט זהויות על-פי גחמה, כלומר, שזהות היא רק בחירה של סובייקט אוטונומי. למעשה הטענה הפוכה: זהות אינה דבר אוטונומי, אלא מקבלת משמעות בתוך הקשר חברתי-תרבותי-לשוני. מזרחי שיווהה בקרב אשכנזים כ"שחור" עשוי להיות מזוהה בקרב אתיופים כ"לבן", וזאת בשעה שאותו אדם לא פשט את עורו ולבש אחר במפגשו עם המבט האשכנזי או האתיופי. שיער שחור ומקורזל מזוהה בחברה הנוצרית האירופית כסימן לאוריינטליות יהודית, כלומר ליהדות אשכנזית, ואילו בישראל הוא עשוי להיות מזוהה כסימן למזרחיות. למעשה, שרשרת "חי", שהיא סממן מזרחי מובהק, מקורה

56 ש.ם.

57 ש.ם, פס' 20.

58 Hall, לעיל ה"ש 46, בעמ' 13.

59 ש.ם, בעמ' 16.

בתרבות היהודית של מזרח אירופה של המאה השמונה-עשרה,⁶⁰ כשם שעד אמצע המאה העשרים היה נהוג להלביש את כל התינוקות בוורוד.⁶¹

במילים אחרות, צבע עור אינו סממן אמיתי יותר או אמיתי פחות משרשרת "חיי" ביחס ליכולתו לסמן אדם כמשתייך לקבוצה גזעית או אתנית מסוימת, כשם שאיברי מין חיצוניים אינם סממנים אמיתיים יותר או אמיתיים פחות מלבוש כחול ביחס לשיוך מגדרי. המרכיבים האלה מקבלים את משמעותם החברתית בתוך הקשר, ואינם יכולים לנבא את התכונות, המאפיינים והשאיפות של מי שמסומן באמצעותם. מדוע כולנו "יודעים" שתינוק שהולבש בכחול נולד עם איבר מין זכרי וששרשרת "חיי" מעידה על מוצא מזרחי? משום שהביצועיות של הזהות רחבה, וכוללת לא רק היבטים גופניים (כגון גובה או צבע עור), תיעוד בירוקרטי (כגון שם, שיוך לאומי או מקום מגורים) וקודים חברתיים (כגון בחירת לבוש או תספורת), אלא גם את ההקשר הרחב שבו מתקיים המפגש בינינו לבין האחר.

למשל, אם אנחנו רואים בחור צעיר, שחום ואולי אף מתולתל, שלובש מכנסי ברמודה וחולצת טי עם צווארון גזור ונועל סנדלי "שורש", ואשר מתהלך ברחבי קיבוץ כלשהו וגיטרה על כתפיו, נניח כי מדובר בבחור ממוצא אשכנזי. לעומת זאת, אם נראה בחור צעיר ששיערו אינו מקורזל ועורו בהיר יחסית, שלובש חליפת אדידס וצופר במכוניתו בשערי הקיבוץ כדי שיותר לו להיכנס וליהנות מהשטחים הציבוריים המצויים בו, נניח כי מדובר בבחור ממוצא מזרחי. במובן זה, הביצועיות של הזהות היא לא פעולה שאדם עושה על-פי גחמה, אלא ביטוי לאופן שבו אנחנו כיחידים וכקבוצות מסומנים באמצעות שורה של סממנים והקשרים פומביים מצטלבים שמעידים על הבדלים והבחנות מהותיים לכאורה.

4. ביצועיות יחסית והקשרית

בכל הנוגע ביחידים הממוקמים על קו התפר שבין קטגוריות הפוכות לכאורה, אלה עשויים למצוא את עצמם לא נשיים מספיק או גבריים מדי, או להפך. גם בהקשר של גזע, כפי שטוענת יונה, אם לבנות היא סוג של הון במובן שהיא מקנה גישה למשאבים ולהזדמנויות, לזכויות-יתר, לא כל ביצועיות של זהות לבנה מקנה לאדם אותו רווח הוני, אותו ערך.⁶² אי-התאמה לציפיות החברתיות המאפיינות השתייכות לגזע הלבן – כמו במקרה של קהילות לבנות שמזוהות עם תת-התפתחות, דוגמת הקהילות הכפריות העניות בארצות-הברית – עשויה לסמן אדם כלא לבן דיו, אף שהוא לבן. באופן דומה, זיהוי כיהודי מקנה זכויות-יתר בחוק הישראלי (למשל, ביחס לזכות השבות), אולם זיהוי כיהודי מזרחי טומן בחובו ערך פחות (למשל, ביחס להיקף תחולתה של הגנת הזכות לשוויון). על-כן הזיהוי כמזרחי מסמן אדם, בהקשר הישראלי, כלא "לבן" דיו. כפי שמתארת החוקרת והסופרת זהר אלמקייס:

60 Philologos, *Exploring 'Chai' Culture*, THE FORWARD (Nov. 11, 2020), <https://bit.ly/3iDqhDf>.

61 עד אמצע המאה העשרים היה מקובל להלביש את כל התינוקות באופן בלתי-ממוגדר, כדי לסמן את היותם בלתי-מיניים. ראו Jeane Maglaty, *When Did Girls Start Wearing Pink?*, SMITHSONIAN MAGAZINE (Apr. 7, 2011), <https://bit.ly/3u8MXk1>.

62 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 139.

הלחץ שאני מרגישה שמופעל להיות גוף מתפקד בעולם, אשה מסוימת, גם בתוך המזרחיות הלחץ להיות אשה מסוימת, אלו דברים שאני חיה אותם כל הזמן. מעבר לזה, אני לא חושבת שיש אדם שחי בישראל ולא עסוק בנושאים האלו ברמות כאלו ואחרות, איך את אמורה להיות, להרגיש ולהתנהג, גם כלפי עצמך. אין כרגע דיון מורכב על ההצטלבות של אתניות וגוף בישראל.

הרבה זמן הרגשתי אשה לא טובה, בטח מזרחית לא טובה. ישנם כל הסטריאוטיפים והדימויים על מה שאת אמורה להיות ואת לא מצליחה לגמרי להיות הדבר הזה וגם לא רוצה. כל הזמן חיפשתי מודלים אחרים; לא לדבר בצורה המסוימת, לא להתלבש ולהיראות בצורה המסוימת, להביע חוס ואהבה בצורה מסוימת. הציפיות האלו הן פוליטיות ואלימות... נשים מזרחיות הן אלף דברים. הן אמא שלי שכשהייתי ילדה היתה אשה עם שיער קצר וחולצות מכופתרות של בית כנסת שהיו של אבא שלה. זה מי שהיא, אשה מזרחית.⁶³

סימון הזהות וההזדהות מתקיימים בתוך מתחם מוגבל של נורמות מקובלות, אשר גם אם משתנה עם הזמן כתוצאה מהליכים חברתיים-תרבותיים-כלכליים, הוא עדיין דבר נתון בזמן ובמקום מסוימים. כיחידים בחברה אנחנו יודעים מהן הציפיות החברתיות מאיתנו ביחס לקטגוריות הזהות שאנחנו משויכים אליהן. כאמור, בחברה אנחנו גם קמטורים באופן מתמיד את החריגה מהציפיות האלה. אחת התצורות היומיומיות ביותר של אלימות כלפי א/נשים בעלי מבע מגדרי לא-נורמטיבי, כגון א/נשים שקשה לזהות אם הם נשים או גברים, הוא עצם הבהייה בגופם במרחב הציבורי. בהייה זו, שאליה מצטרפות לעיתים שאלות כגון "אתה בן או בת?" או "היום פורים?", מסמנת את מי שחורג מהציפיות המגדריות כלא-משתייך, ובכך מאשררת את עמדתו הנחותה מבחינה חברתית.

אמרות אחרות מסמנות את אי-ההשתייכות האתנית של אדם. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק-הדין התקדימי בעניין מלכה,⁶⁴ שיידון עוד בהמשך. מדובר בתביעה שבה קודמה באופן אסטרטגי הטענה בדבר הפליה על רקע זהות עדתית, מאחר שמלכה יוצג על-ידי מרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום השוויון (ע"ר), אשר פועל לשינוי חברתי וכלכלי באמצעות השיח המשפטי. בקיץ 2008 ביקש מלכה להתקבל לתפקיד פרמדיק בתעשייה האווירית, ולפיכך ביקש מחברו להעביר את קורות-חייו לבראון, האחראי להעסקת פרמדיקים בתעשייה האווירית.⁶⁵ כאשר מסר החבר את קורות-החיים לבראון, שאל אותו הלה: "מה זה השם הזה? מי זה הערס שהבאת לי לעבודה?"⁶⁶ כאשר התקשר מלכה לאחר ימים אחדים כדי לברר מה עלה בגורל מועמדותו, אמר לו בראון כי המשרה אינה אקטואלית.⁶⁷

63 איזיקוביץ, לעיל ה"ש 34.

64 תע"א 3816/09 מלכה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (נבו 2.8.2013).

65 שם, פס' 4.

66 שם, פס' 6.

67 שם, פס' 4.

לאחר כחודשיים החליט מלכה להגיש את מועמדתו למשרה שוב. הפעם הוא שלח קורות-חיים תחת השם "מאיר מלכיאלי".⁶⁸ בתוך דקות ספורות התקשר אליו בראון, שסבר כי הוא מדבר עם מלכיאלי, וביקש להזמין לראיון-עבודה.⁶⁹ לאחר שיחות-טלפון נוספות לתיאום הריאיון חשף מלכה את זהותו האמיתית ואת הסיבה שבגינה הגיש קורות-חיים עם שם שונה.⁷⁰ בעקבות השתלשלות עניינים זו הגיש מלכה תביעה נגד התעשייה האווירית על-פי חוק שוויון ההזדמנויות. הנתבעת טענה כי פסלה את העסקתו של מלכה בשל "חשש לבעיית יחסי אנוש", אולם בית-הדין לעבודה קיבל את תביעתו של מלכה וקבע כי הוא הופלה על רקע מוצאו העדתי. בית-הדין מצא כי החלטתו של בראון התקבלה על בסיס "הטיות לא רציונאליות",⁷¹ וזאת בהתבסס, בין היתר, על תגובתו הראשונית של בראון. על-פי בית-הדין, "ערס" הינה מילת גנאי המקושרת להתנהגות וולגארית ומזוהה יותר – גם אם לא רק – עם זהות מזרחית סטריאוטיפית.⁷² לפיכך קבע בית-הדין כי פסילת מועמדתו של מלכה על בסיס שמו כמוה כהטלת אות-קלון בשל השתייכות קבוצתית והפנמה של משמעותות שליליות שהחברה מייחסת להשתייכות זו באופן הפוגע חמורות בדימוי העצמי.⁷³

לעניין המשמעותות השליליות ציטט בית-המשפט את עדותה של יעל בן יפת, המנכ"לית של עמותת הקשת הדמוקרטית המזרחית, שלפיה "שם הגנאי 'ערס' הינו שם גנאי אשר מוצמד למזרחים ויש בו כדי לסמן אותם כבעלי רקע עברייני ואלים, חזות חיצונית מצועזעת, שאינם משכילים ודוברי שפה עילגת, ובהתאמה לסטריאוטיפים האופפים יוצאי ארצות המזרח דווקא".⁷⁴ מכאן שלקרוא לאדם "ערס"⁷⁵ בישראל היא דרך לסמן את החריגה שלו ממערך הציפיות החברתיות שאליהן כפוף מי שמשתייך לקולקטיב היהודי, באותה מידה שהשאלה "האם את בן או בת?" נועדה לסמן את החריגה ממערך הציפיות המגדרי, את אי-ההשתייכות. בכל הנוגע באי-ההתאמה של מבע מזרחי למערך הציפיות החברתיות, קרי במשמעותות השליליות שנגזרות מהזיהוי כמזרחי, אם נתייחס לביצועיות בנפרד מההקשר התרבותי-הלאומי שבו היא מתקיימת (ובמקרים מסוימים גם בתוך הקשר זה), קשה לזהות הבדלים נראים לעין בינה לבין הביצועיות של הזהות הערבית.⁷⁶ כלומר, מחוץ להקשר יהיה קשה מאוד להבחין לעיתים בין מזרחים לפלסטינים. שאלה זו עלתה כבר כמה פעמים בבתי-המשפט שעסקו ביישום חוק איסור הפליה במסגרת תביעותיו הרבות של קיס. קיס, אזרח ערבי, הגיש יותר

68 שם, פס' 3.

69 שם, פס' 28.

70 שם, פס' 29.

71 שם, פס' 54.

72 שם, פס' 58.

73 שם, פס' 64.

74 שם, פס' 46, דבריה של בן יפת כפי שהובאו בפסק-הדין.

75 השש עומדת על כך שלמילה "ערס" יש מכוונות מעמדית מובהקת בתוך הקבוצה הפנים-יהודית. ראו השש, לעיל ה"ש 26, בעמ' 252.

76 בשנת 2013 נפוץ ברשת חידון ישראלי מקוון בשם "מזרחי או ערבי?", אשר הוכיח לישראלים כי אין הבדל מהותי בין המבע החיצוני של שתי הקבוצות. ראו אשחר כהן "החידון שמביך את האינטרנט" וואלה ZONE (31.10.2013) zone.walla.co.il/item/2690785.

מעשרים תביעות בגין אי-הכנסתו למקומות בילוי שונים.⁷⁷ מפסקי-הדין הללו עולה כי בעיני המתבונן היהודי קיס אינו נראה בהכרח ערבי, והוא שולט בשפה העברית כמעט ללא מבטא. משכך, בכמה מתיקי התביעה שלו מצאו עצמם בתי-המשפט מכריעים בשאלה אם קיס אכן נראה ערבי. למשל, בתביעתו נגד חברת השם יעזור בע"מ קבעה הערכאה הראשונה כי הוא זוהה כפלסטיני. קביעתו זו של בית-המשפט התבססה על הצטלבות של המבטא הערבי הקל של קיס עם העובדה שהוא נדרש להציג תעודת-זהות.⁷⁸ ערכאת הערעור פסקה לטובת הנתבעים, בין היתר משום שלדעת בית-המשפט חזותו של קיס אינה מזרחית ולא ניכר מקולו מבטא ערבי.⁷⁹ במקרה אחר ציין השופט כי קיס טרח לדבר בערבית ליד השומר והסלקטורית על-מנת שידעו שהוא ערבי, כלומר, שכדבר שבשגרה הוא "עובר" כיהודי.⁸⁰ מתביעותיו של קיס עולה כי מבחינה עובדתית קשה להבחין בין פלסטינים למזרחים, וכי בפועל בתי-המשפט מתייחסים לעיתים קרובות להפליה של פלסטינים במקומות בילוי כאל הפליה על רקע "חזות מזרחית".⁸¹

הפניית המבט אל המיקום הייחודי של הזהות המזרחית ושל מזרחיות במשפט הישראלי מובילה למסקנה כי קטגוריה זו מזוהה ביחס לקרבתה אל הקטגוריות הדיכוטומיות הלאומיות המרכזיות בישראל, היהודי והערבי, בדומה מאוד לאופן שבו זהות טרנסית מתפרשת ביחס לקרבתה אל הנורמות המגדריות המקובלות. עם זאת, בית-המשפט אינו שחקן תמים בבואו להכריע בשאלות הפליה הנוגעות ב"רקע האישי" של אדם, אם להשתמש בלשונו של בית-המשפט בעניין לירן. הבניה חברתית של קטגוריות כגון גזע או מגדר, שיוך לקטגוריה וקביעה של משמעויות השיוך לכל קטגוריה הם בוודאי גם פעולה של החוק עצמו. בהקשר זה מרשם האוכלוסין ותעודות-הזהות משקפים את האופן שבו מין ולאום לא רק מתועדים בחוק, אלא גם מיוצרים בו.

ג. הביצועיות של הזהות בחוק

3. המבע המגדרי של סעיף המין

קיימת מערכת של יחסי-גומלין בין הציפיות החברתיות לציפיות המשפטיות בכל הנוגע בזהויות והזדהויות מקובלות. כל שיטות המשפט הריבוניות בעולם מעניקות כיום לתינוקות עם

77 גיל גן-מור "עמרי קיס לוחם שויון"]? "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 92, 5 (2019).

78 תא"מ (שלום ת"א) 20135-01-13 קיס נ' השם יעזור בע"מ (נבו 15.3.2014)

79 ע"א (מחוזי ת"א) 17537-05-14 ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס, פס' 19 (נבו 3.8.2015): "ראוי להדגיש כי גם מצפייה בסרטון, והאזנה לקולו של המשיב לא ניתן להתרשם שמדובר דווקא בערבי. חזותו לא נראית כשל ערבי ולא ניכר מקולו מבטא ערבי".

80 תא"מ (שלום ת"א) 44557-06-13 קיס נ' אקסטרים טנגו הפקות בע"מ, פס' 81 (נבו 7.12.2014): "למקרה שלא יזהו את מבטאו, וזאת לאחר שטרח לשוחח בקולי-קולות בטלפון בשפה הערבית בסמוך לשומר ולמארכת (כפי שעשה אף במועדון אחר במקרה קודם)".

81 תא"מ (שלום ת"א) 37491-04-12 ברהום נ' אופק 40 ייעוץ, יזמות והשקעות בע"מ, עמ' 8 (נבו 23.5.2013): "מטרה נוספת היתה מיגור התופעה של מניעת כניסה למקומות בילוי, כאשר צויין בהצעת החוק כי באותה עת פשתה התופעה של מניעת כניסה של אנשים בעלי חזות מזרחית".

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

לידתם מעמד משפטי שונה, משלים ומקוטב – זכר או נקבה. מעמד משפטי זה נהפך לחלק מישותו המשפטית של אדם במהלך חייו ואף לאחר מותו.⁸² המעמד המשפטי נרשם במרשם האוכלוסין, והאפשרות לשנותו מוגבלת ומפוקחת בדרך-כלל.⁸³ המעמד המשפטי, כפי שהוזכר, משקף שורה של ציפיות חברתיות במהותן. על-מנת להיות מזוהה כגבר, יש לאמץ דפוסי התנהגות וביטוי מסוימים שאינם נשיים בעיקרם, ולהפך. נקודת-המבט הטרנסית על סעיף המין יש בה כדי ללמד על היקף המשטור והפיקוח על זהויות שמתאפשר, בין היתר, בהקשר של רישום במרשם.

מבחינה מנהלית, רישום המין במרשם האוכלוסין נתפס כפעולה תיאורית, סטטיסטית,⁸⁴ המתארת מצב עניינים עובדתי ברגע הלידה (צורתם של איברי המין החיצוניים). עם זאת, בפועל רישום המין הוא פעולה מהותית, שכן הוא מכונן מעמד משפטי. בכך רישום המין עצמו הוא פעולה ביצועית – לא של הפרט, אלא של המדינה. כל רישום של יילוד כזכר או כנקבה מכונן ומאשש את משמעותן של הקטגוריות האלה מבחינה משפטית וחברתית.

כאמור, הפיקוח התמשך על הלימה בין המעמד המשפטי "זכר" או "נקבה" לבין הציפיות המגדריות הנגזרות ממנו בולט לעין בהקשר הטרנסי. תעודות-זהות הן במידה רבה "רישיון להפליית טרנסים", שכן אם בתעודת-הזהות שלך רשום "זכר" אך את נראית כאישה, תעודת-הזהות מסמנת שהמדינה אינה מכירה בזהותך כפי שאת רואה אותה, ומצדיקה יחס מפלה ממי שהתעודה מוצגת לפניה: הפקידה בבנק, המוכר בפיצוץ, השוטר בהפגנה, סוכן הביטוח, המעסיקה הפוטנציאלית, העובדת הסוציאלית במקלט לנשים מוכות ועוד. האלימות וההפליה הקיצונית שאנשים המזוהים כטרנסים חשופים אליה קשורה לדרישה החוזרת שהם יוכיחו את זהותם. דרישה לאשרור חיצוני של הזהות משתקפת, למשל, בצורך לקבל אישור מועדה של משרד הבריאות לשם שינוי סעיף המין במרשם האוכלוסין.⁸⁵ זאת, אף שכיום אין הבחנה רפואית לזהות מגדר, אלא רק למצוקה זמנית נפשית שעלולה להתעורר בהליך ההתאמה המגדרית,⁸⁶ שאינה מפחיתה את הצורך בהכרה חוקית, אלא מגבירה אותו.

זיהוי המין בלידה כופה ציפיות לנשיות ממי שזוהתה כנקבה וציפיות לגבריות ממי שזוהה כגבר. אנו לומדים את דפוסי ההתנהגות המקובלים מלידתנו ועד מותנו. מי שחורג מהנורמות האלה מסומן כשונה באופן יומיומי, וחשוף בשל כך לאלימות ולהפליה. כך קטגוריית המין המשפטית מצמצמת את תחום האפשרויות המגדריות ומחזקת את מערכת יחסי הכוחות בין נשים

82 לדיון בזכותה של אישה טרנסית להיקבר על-פי רצונה ובהתאם לזהות המגדרית שאיתה הזדהתה ראו ע"א 7918/15 פלונת נ' פרידמן, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל (נבו 24.11.2015).

83 Ido Katri, *Sex Reclassification for Trans and Gender Nonconforming People: From the Medicalized Body to the Privatized Self*, in OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF POLITICS (2019).

84 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 595, 477 (1970).

85 ראו חוזר חטיבת הרפואה 6/2020 "הוועדה לבחינת מתן אישור על שינוי מגדר ללא ניתוח" (5.2.2020).

86 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (DSM-5®) 451 (2013).

לגברים, במובן של צמצום הפוטנציאל של מגוון אנושי, אכיפת הומוגניות והצגת התוצרים של חלוקות חברתיות כמשהו שהוא קבוע בטבע.⁸⁷ מכיוון שסעיף המין משקף התאמה בין מעמד משפטי שמוענק על בסיס איברי מין חיצוניים לבין ציפיות חברתיות הנוגעות בהתנהגויות ומאפיינים מגדריים, אנשים טרנסים מוצאים את עצמם לעיתים קרובות "בין לבין", דהיינו, בין הקטגוריות "זכר" ו"נקבה". אין הכוונה שכל האנשים הטרנסים אינם מזדהים לא כזכר ולא כנקבה או לא כגבר ולא כאישה, הגם שיש כאלה. הכוונה היא שאין התאמה בין המין שנרשם בלידתם (זכר או נקבה) לבין הזהות העצמית והביטויים המגדריים שלה (נשיות או גבריות, בהתאמה). דווקא מנקודת-המבט הטרנסית מתגלה הכוח המכונן של קטגוריות מנהליות – הן לא רק מתעדות מצב עניינים עובדתי, אלא גם משרטטות את גבולות הזהות וההזדהות המותרות.⁸⁸

2. הסממנים הגזעיים של סעיף הלאום

זהות טרנסית נענשת על אי-התאמה בין הזיהוי המגדרי – המקודד, בין היתר, בסעיף המין במרשם האוכלוסין – לבין ההזדהות העצמית. ההתאמה נאכפת באמצעות ציפיות חברתיות. המערכות הערכיות שמתוות את הציפיות החברתיות בהקשר המגדרי, כגון מיננות (סקסיזם), הן מערכות שהמושגן להן הוא האמונה כי זכויות-היתר שהגברים מקבלים נובעות ממאפיינים מולדים, מכך שאדם נולד זכר. בכך הן מניחות עליונות גברית קדם-משפטית. אך על מה הזהות המזרחית נענשת? אילו רעיונות וערכים מבנים את השיוך לקטגוריה "מזרחי"? איזו אידיאולוגיה מצויה בפער שבין הזיהוי להזדהות העצמית של גברים מזרחים? נראה כי המערכת האידיאולוגית המרכזית שפועלת בהקשר זה היא הלאומיות היהודית, אשר כופה ואוכפת הומוגניות בקרב אלה שהיא מזהה כיהודים, ובכלל זה בקרב מי מזוהים בלידתם כיהודים בלאומם.

מרשם האוכלוסין הישראלי מעניק בלידה מעמדות משפטיים שונים לקבוצות אשר מובחנות מבחינה חברתית, בין היתר, על בסיס דת ולאום. ראוי לבחון מדוע יש לרשום את דתו של אדם במרשם מדינתי, אולם השאלה המעניינת יותר בהקשר המזרחי היא מדוע יש לתעד גם את הלאום, וזאת לנוכח העובדה שהלאום של יהודים בישראל מוגדר "יהודי", ולא "ישראלי", למשל.⁸⁹ כלומר, על-פי החוק, יהדות כלאום אינה רק דת ואינה רק אזרחות במובן של nationality. אם כן, מהי? בישראל יילוד שאמו יהודייה יירשם כיהודי מבחינת הלאום; יילוד של הורים לא-יהודים יירשם כבן הלאום של הוריו – יילוד שהוריו ערבים יירשם כערבי, יילוד

87 CATHARINE A. MACKINNON, SEX EQUALITY 156 (2001).

88 על השונות והדמיון של אכיפה חוקית של קטגוריות מגדריות ואתניות ועל הביצועיות של זהות מגדרית ואתנית ראו גם אייל גרוס "הכול ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 99, 42, 113–119 (2014).

89 ע"א 630/70 טמריץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1972); ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44 (2013).

שהוריו דרוזים יירשם כדרוזי וכולי; ובמקרים אחרים יירשם שם הלאום כשם אזרחות ההורים (אנגלי, צרפתי וכולי).⁹⁰ מה ניתן ללמוד מכך על תכליתו של רישום הלאום?

המשפט החוקתי הישראלי עסק זה כבר במהותו של סעיף הלאום בהקשר של השאלה מיהו יהודי. בפרשת שליט (שנפסקה בשנת 1970) נדונה בקשתו של שליט כי ילדיו, שאמם אינה יהודייה, יירשמו כיהודים בלאומם. השופט קיסטר קבע בפשטות כי כוונת המחוקק בחוק מרשם האוכלוסין היא שלאום הוא קבוצה אתנית,⁹¹ והשופט זוסמן ציין כי העותר עצמו מקבל את העמדה שלאום משמעותו שיוך אתני.⁹² ביחס לשאלה מהו לאום ציין זוסמן כי "מכלול של גורמים אובייקטיביים וסובייקטיביים יחדיו מעלים קבוצת אנשים לדרגת לאום".⁹³ בית-המשפט מצייין, בהסתמך על עבודתו ד"ר ארתור רופין, כי גורמים אלו הם "היסטוריה, לשון, תרבות ומנהגים משותפים", ובהתאם לכך קובע כי אכן קיים לאום יהודי.⁹⁴ בתפיסה זו בית-המשפט מניח את היסודות האתניים המשותפים של היהודים.⁹⁵

בעניין טמריין (שנפסק בשנת 1972) שרטט הנשיא אגרנט את גבולות ההשתייכות הלאומית באמצעות דיון בשאלות של זהות והזדהות. הנשיא אגרנט קבע כי זהות אתנית היא מערכת של תכונות אתניות-תרבותיות אשר מקנה תוכן ומשמעות לייחוד של קבוצה מסוימת.⁹⁶ אותו דמיון אתני-תרבותי הוא שמייחד קיבוץ לאומי אחד מאחר. הזדהות אתנית-לאומית מתייחסת לשאלה אם אדם פרטי רואה עצמו חלק מאותו קיבוץ.⁹⁷ הזהות האתנית כרוכה בהזדהותו של אדם עם קיבוץ לאומי. מה שהופך קיבוץ אתני ללאום הוא פעולה קולקטיבית למימוש הערכים הלאומיים שחברי הקבוצה חולקים, קרי, "הערכים האתניים-התרבותיים, שיש להם אינטרס משותף בהם".⁹⁸ לכן, לשיטתו של אגרנט, היהודים נהפכו לקיבוץ אתני-לאומי ברגע שבו החלו לדרוש זכות להגדרה עצמית.

שאלת רישום הלאום התעוררה מחדש בעת האחרונה בעניין אורנין (שנפסק בשנת 2013), שבו התבקש בית-המשפט להורות כי לאומם של העותרים, שרובם רשומים כיהודים, יירשם כישראלי. בהקשר זה קבע בית-המשפט, בהסתמך על בג"ץ שליט, כי "התפיסה כי יהדות אינה

90 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0001 "נוהל רישום לידה בארץ" ג.16 (24.3.2011).

91 פרשת שליט, לעיל ה"ש 84, בעמ' 541: "המונח לאום איננו חד-משמעי; ישנן מדינות או ארצות שם משמעותו אזרחות, כלומר השתייכות למדינה, ובארצות אחרות משמעותו קבוצה אתנית, עם. כאן אין מחלוקת שהמחוקק התכוון ללאום כקבוצה אתנית".

92 שם, בעמ' 538: "ובכך מגדיר העותר את השתייכותה הלאומית של אשתו, אם משתמשים במונח 'לאום' רק במובן אתני, כבת לאב סקוטי ולאם צרפתי".

93 שם, בעמ' 514.

94 שם, בעמ' 515.

95 שם בעמ' 570.

96 פרשת טמריין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 203: "המושג השני ('זהות אתנית')... כוונתו – מבחינת חברי הקיבוץ האתני בכללותם – לאותה מערכת של תכונות אתניות-תרבותיות, אשר היא המקנה בעיניהם משמעות ותוכן לעובדת היותם ייחוד אתני...".

97 שם, בעמ' 204: "המושג הראשון ('הזדהות' במשמעות אתנית-לאומית) מתייחס לעובדה בלבד, שאדם רואה ומגדיר את עצמו כשייך ללאום מסויים, דבר שהוא נכון להצהיר עליו בכל עת".

98 שם, בעמ' 219. ראו גם שם, בעמ' 204: "כאמור, קיים קשר הדוק בין שני המושגים, שהרי ענין הזהות האתנית כרוך בהיותו של אדם חבר לקיבוץ הלאומי, ולכן, בעובדת הזדהותו עמו. גם ניתן להבין, שמתקיימת לעתים השפעת גומלין בין התופעות, אליהן הם מתייחסים".

רק השתייכות דתית אלא השתייכות לאומית, היא אבן יסוד של הציונות".⁹⁹ בית-המשפט דחה את העתירה בקביעה כי לא הוכח קיומו של לאום ישראלי שיש לו אותם מאפיינים או בייקטיביים (דת, שפה, היסטוריה, תרבות וכולי) שצוינו בפרשת שליט.¹⁰⁰ במילים אחרות, גם בהקשר של לאום, כמו בהקשר של מין, התיעוד במרשם האוכלוסין נתפס כפעולה תיאורית, ולא מכוננת, המתארת השתייכות אתנית.

בניגוד למין, החל בשנת 2002 רישום הלאום אינו מופיע עוד על תעודות-זהות ישראליות, אלא קיים רק במרשם האוכלוסין. הסתרת הלאום לא נועדה לענות על ההפליה הרחבה של מי שמזוהה בלאומו כערבי, אלא נבעה דווקא מהתנגדותם של גורמים חרדיים לפסיקת בג"ץ שהורתה לרשום כיהודי גם את מי שהתגייר באופן קונסרוטיבי או רפורמי.¹⁰¹ בפסק-הדין מבהיר הנשיא ברק כי בעוד היהודים בישראל אינם "עדה דתית" אחת, אורתודוקסית או רפורמית, הם נתפסים כעם אחד.¹⁰²

עצם הזיהוי בלידה גורר שורה של ציפיות בנוגע להתנהגויות ותכונות של האדם שמשייכות אותו לקבוצה מובחנת מסוימת, ובכך הציפיות מסמנות את גבולות הקבוצה עצמה. בהתאם, רישום הלאום היהודי מקבע מערכת של התנהגויות ותכונות אתניות-תרבותיות שמקנה משמעות ספציפית לייחוד הגזעי של היהודים. עדות לכך היא שבדין בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הסרת סעיף הלאום מתעודות-הזהות התנגדה המשטרה למחיקת הסעיף, משום שהוא מסייע בעבודתה באירועים שיש בהם פעילות חבלנית עוינת.¹⁰³ לבסוף אושר השינוי, משום שממילא המדינה מצליבה את תעודות-הזהות עם המידע המצוי במרשם, אשר כולל את סעיף הלאום.¹⁰⁴ ברי כי בסיטואציה של "פעילות חבלנית עוינת" סעיף הלאום בתעודות-הזהות הישראלית משמש לזיהוי של אדם כערבי או כיהודי. בהקשר הנדון אין צורך לזהות יהודים ש"נראים כמו יהודים", אלא לזהות פלסטינים שנראים כמו יהודים או יהודים שנראים כמו ערבים, קרי, מזרחים. במובן זה המזרחיות חושפת את האופי המכונן של רישום הלאום.

99 פרשת אורנו, לעיל ה"ש 89, פס' 18 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

100 שם, פס' 20 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

101 פרוטוקול ישיבה מס' 452 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 5 (26.3.2002) (להלן: פרוטוקול 452).

102 בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 752 (2002): "מעבר להוראות חוק מיוחדות – אשר צריכות להתפרש על-פי תכליתן שלהן – התפיסה הרחבה הינה כי היהודים בישראל אינם נתפסים כעדה דתית אחת... תפיסתם של היהודים כ'עדה דתית' בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל היא גישה מנדטורית-קולוניאלית. אין לה מקום במדינת ישראל. ישראל אינה מדינתה של 'עדה יהודית'. ישראל היא מדינתו של העם היהודי, והיא הביטוי של '...זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו' (הכרזת העצמאות). ביהדות ישנם זרמים שונים הפועלים בישראל ומחוצה לה. כל זרם פועל על-פי השקפותיו שלו. לכל יהודי ויהודי בישראל – כמו גם לכל אדם ואדם שאינו יהודי – חופש דת, מצפון והתארגנות. תפיסות היסוד שלנו מעניקות לכל פרט ופרט את החירות להחליט באשר להשתייכותו לזרם זה או אחר".

103 פרוטוקול 452, לעיל ה"ש 101, בעמ' 6.

104 שם, בעמ' 7.

העיסוק המשפטי בסוגיית הלאום יוצא מתוך הנחה לא רק שקיים לאום יהודי מובחן, אלא שמדובר בקבוצה הומוגנית ואחידה מבחינה אתנית, וזאת בהתבסס על אותם מאפיינים אובייקטיביים שהוזכרו בפסקי-הדין. הדיון הער והמעגלי למדי בשאלה אם לאום הוא רק זהות אתנית או גזעית או שמא שילוב של זהות אתנית/גזעית עם הרגשת תלות הדדית ואחריות קולקטיבית מתבסס בשני המקרים על הנחת-היסוד שקיים קולקטיב יהודי שהוא הומוגני מבחינה אתנית וגזעית. כלומר, קטגוריית הלאום "יהודי" כוללת בתוכה אתניות יהודית הומוגנית, דהיינו, היא קטגוריה של זהות הומוגנית שאדם יכול להזדהות או לא להזדהות איתה. אך הדיון המשפטי על זהות והזדהות אינו נותן את הדעת למרכיב הזיהוי המצוי במרשם האוכלוסין, שאכן עלה בדיונים על הסרתו של הסעיף בתעודות-הזהות. כלומר, בלידה או בעת קבלת האזרחות המדינה מזהה את האדם כיהודי.

ובכל-זאת, מנקודת-מבט "טרנסית" על שאלת הלאום – כלומר, מנקודת-מבט המתבוננת "בין לבין", קרי בין המעמדות המשפטיים המובחנים העיקריים והמקוטבים ביותר במרשם האוכלוסין הישראלי – מתגלים (איך לא) המזרחים. הזיהוי בין יהדות כלאום לבין נורמות אתניות המזוהות עם אשפנויות מובלע בעצם פעולת ההאחדה של היהודים כעם. ההנחה כי הנרטיב הציוני האידיאלי לגבריות היהודית מזוהה עם סממנים של גבריות אירופית מקובלת בספרות המחקרית.¹⁰⁵ האחידות הלאומית של בני הדת היהודית עוצבה בדמותם של היהודים האשכנזים, ודמותם של האשכנזים עוצבה בהנגדה למזרחיות, לאוריינטליות. האשפנויות הישראלית היא הכחשת המזרחיות, האוריינטליות, של האשכנזים עצמם. כדי להבין את הדינמיקה הזאת, יש להתבונן אחורה אף יותר – על הרעיונות והערכים שהבנו את הלאומיות היהודית.

3. מהאוריינט שבפנים לאוריינט שבחוץ

בשיח האוריינטליסטי המזרח והמזרחי מוצגים כפרימיטיביים, כחסרי מוסר, כאימפולסיביים וכאגרסיביים, בעוד המערב והמערבי מוצגים כמודרניים, כרציונליים וכעליונים. כך השיח האוריינטליסטי מצדיק את האלימות שהמערב מפעיל על המזרח ואת זכויות-היתר שהוא שואב מכך.¹⁰⁶ באירופה של המאה התשע-עשרה נתפסו היהודים כמזרחים של אירופה, כאוריינט מבפנים. העולם הערבי והאסלאמי נתפס כמזרח, כאוריינט, מבחוץ.¹⁰⁷ באירופה, שהקראה אותם מתוכה באלימות בלתי-נתפסת, לא נתפסו האשכנזים כאירופים. על-פי מלומדים ליברלים בני זמנם, הסיבה למצבם הירוד של היהודים באירופה היה נעוץ בשמירה על אורח חיים "מזרחי", פרימיטיבי, והפתרון לבעייתם היה מצוי בויתור על הייחוד המזרחי ובהיפכותם ל"בני תרבות".¹⁰⁸ כדי ליהפך לאירופים – כלומר, לעם כמו כל העמים האירופיים, במקום

105 Al-Qasem, לעיל ה"ש 30, בעמ' 352.

106 גרוס, זיו ויוסף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 40.

107 Gil Z. Hochberg, In Spite of Partition: Jews, Arabs, and the Limits of Separatist Imagination 37–38 (2007).

108 דניאל בויראין "נשף המסיכות הקולוניאליות: ציונות, מגדר, חיקוי" תיאוריה וביקורת 11, 123, 126 (1997).

קבוצת מיעוט המסומנת בשונותה – עזבו היהודים הציונים את אירופה אל האוריינט. כפי שאמר חוזה המדינה היהודית בנימין זאב תיאודור הרצל: "אני יהודי דובר גרמנית מהונגריה ואיני יכול להיות אדם אחר אלא גרמני בלבד. כעת אין מכירים בי כבגרמני, אך זה יקרה לכשנגיע לשם. דרך הציונות ילמדו היהודים לאהוב שוב את אותה גרמניה אשר בה למרות הכל, דבקו לבתינו".¹⁰⁹

כפי שכותב דניאל בוירין, "הציונות ההרצליאנית דימתה את עצמה לקולוניאליזם, משום שייצוג זה היה מרכזי לצורך היהפכות לגברים לבנים".¹¹⁰ באמצעות קולוניאליזם – פרקטיקה אירופית שמסמנת עליונות גזעית ואשר מוצדקת על-ידי שיח אוריינטליסטי¹¹¹ – הם נהפכו לאירופים בעצמם. ברי כי מאחר שיהודי אירופה לא היו ישות מדינית, ובוודאי לא מעצמה, לא היוותה הציונות כוח קולוניאליסטי במובן המקובל של השתלטות מעצמות על טריטוריות מעבר לים. נדמה כי הלבנות של האשכנזי, כמו הנשיות של האישה, היא חיקוי שאין לו מקור. לפיכך נדרשו היהודים להצדיק את ישיבתם בקרקע באמצעות הזכות להגדרה עצמית. אולם כדי לתבוע זכות להגדרה עצמית, נדרשה הלאומיות היהודית לאחד את היהודים לעם אחד, שחולק היסטוריה, תרבות, לשון ומנהגים משותפים.

מסיבות אלו ההבניה המתמשכת של הקולקטיב היהודי היא אחת המטרות של התנועה הלאומית היהודית ושל מערכת המשפט שהקימה,¹¹² שכן היא מבטיחה את מימושה של הזכות היהודית להגדרה עצמית במדינת-ישראל.¹¹³ הציונות אימצה לחיקה את מגמת הלאומיות האירופית של סוף המאה התשע-עשרה, בהבינה את הקולקטיב היהודי כקולקטיב לאומי, ולא דתי,¹¹⁴ בין היתר באמצעות אימוץ העמדה שזהות יהודית היא זהות גזעית.¹¹⁵ הבחנה זו לא רק מניחה את ההומוגניות הגזעית של הקולקטיב היהודי, אלא גם מכוננת את הקולקטיב באמצעות שלילה של האוריינט, של המזרחיות.

109 שם, בעמ' 125.

110 שם, בעמ' 136.

111 גרוס, זיו ויוסף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 40. ראו גם את הסבריה של קארין כרמית יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזרחות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפל(י)ה" **עיוני משפט** מא 689, 704 (2019) על דבריו של אדוארד סעיד: "האימפריאליזם האירופי פיתח ערכת צבעים ייעודית שבאמצעותה הוא צייר כל מה שאינו אירופי-מערבי כ'אחר' וצבע אותו בגוונים עזים של פרימיטיביות, נחשלות ונחיתות תרבותית ומוסרית. מנגנון מתוחכם זה, אליבא דסעיד, הוא אמצעי פוליטי של הבניית השליטה ושימור יחסי הכוח בין המערב האירופוצנטרי לבין המרחב המזרח-תיכוני והצפון-אפריקני, ומשמש משטר הצדקה לדיכוי פוליטי ולניכוס ונישול תרבותיים של האוכלוסיות הנכבשות והעמים המוכפפים".

112 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 474.

113 Yoav Peled, *Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State*, 86 AM. POL. SCI. REV. 432, 435 (1992).

114 המונח "קולקטיב דתי" מתייחס לשלל הקהילות היהודיות ברחבי העולם שעיצבו את המנהגים הדתיים שלהן ביחס להלכה היהודית. למרות ההבדלים ביניהן בפרשנות וביישום של החוק ההלכתי, הן הכירו זו בזו כיהודיות. ראו יהודה שנהב **היהודים-הערכים – לאומיות, דת ואתניות** 15–16 (2003) (להלן: שנהב **היהודים-הערכים**).

115 שם, בעמ' 13.

אכן, בעבודתו המכוננת על הלאום היהודי קבע ד"ר רופין – אשר על עבודתו המאוחרת מסתמך השופט זוסמן בפסק־דין שליט – כי קיים קשר "גנטי" בין העם לבין אדמתו המקורית, ולכן פעל להגירת היהודים לארץ־ישראל.¹¹⁶ אולם רופין לא פעל להשיב את כל היהודים לארץ־ישראל, אלא להשיב דווקא את יהודי אירופה לציון. זאת, משום שרופין הבדיל בין "יהודי המזרח", שאותם ראה, לצד הערבים, כחלק מהגזע השמי, לבין היהודים ה"מקוריים", שהשתייכו לגזעים הינדרו־גרמאניים.¹¹⁷ לטענתו של רופין, העם היהודי הידרדר בגלות בשל התערבותו בגזעים השמיים. בעוד שביהדות אירופה היה אפשר עוד "לאתר" מרכיבים שאינם שמיים,¹¹⁸ יהודי המזרח, אליבא דרופין, מצויים בתהליך התנוונות מתמשך, ועל־כן אין הם מועמדים מתאימים להתחדשות אאווגנית של העם היהודי המקורי.¹¹⁹ הנה כי כן, תחייתו של העם היהודי ושיבתו לאדמתו במזרח מחייבות, על־פי רופין, "התנקות" גנטית מהערביות, מהמזרחיות, מהמזרחים. לכן הלאומיות היהודית לא התמקדה בתחילה בהבאתם של יהודי ארצות ערב והאסלאם לארץ־ישראל. דעותיו האאווגניות של רופין לא עמדו במבחן ההיסטוריה (או למעשה כשלו כישלון חרוץ לנוכח השימוש שעשו הנאצים ברעיונותיו).¹²⁰ אולם לאחר מלחמת־העולם השנייה, וביתר שאת עם הקמת המדינה, נזקקה הלאומיות היהודית לרוב בארץ־ישראל. במקביל, כהתנגדות ללאומיות היהודית, נהפכו יהודי ארצות ערב והאסלאם לנרדפים במדינות מוצאם, ורבים מהם ראו במדינת־ישראל התגלמות של הבטחות משיחיות.¹²¹ על־כן בשנות החמישים והשישים החלו להגיע למדינה החדשה קהילות שלמות מארצות ערב והאסלאם.¹²²

בעת כתיבת פסק־הדין בעניין שליט (בשנת 1970, כאמור) המאפיינים האובייקטיביים לכאורה שבית־המשפט מונה בקובעו כי קיים לאום יהודי מובחן לא היו משותפים כלל לכל מי שהוגדרו אז יהודים מבחינת הלאום. בסוף שנות השישים של המאה העשרים התקיימו בקרב היהודים בדתם בישראל ערב רב של שפות, היסטוריות, תרבויות ומנהגים. באותה עת כבר קרבו לסיומן העליות המסיביות מארצות ערב והאסלאם. בני הדור הראשון לעלייה מארצות ערב והאסלאם חלקו מאפיינים אתניים רבים עם העולם הערבי והאסלאמי שבו הם חיו מאות שנים רבות. למרות היסטוריות מורכבות, יש בין יהודי ארצות ערב והאסלאם שחלקו הרגשה של שותפות־גורל עם התושבים הלא־יהודים בארץ מוצאם, וחלקם אף נטלו חלק פעיל בבניית האומה ובמאבקים הלאומיים בארצות ערב.¹²³ כפי שטוענת קלריס חרבון, הערביות היא

116 ראו את מחקרו של יואב פלד בנושא – Peled, לעיל ה"ש 113.
117 איתן בלום "למקורותיה הגרמניים של התרבות העברית" **מטעם** 11, 71, 81 (2007).
118 ש.ם.
119 ש.ם.
120 ש.ם, בעמ' 90.
121 עוזיאל שמלץ "העלייה ההמונית מאסיה ומצפון־אפריקה: הבטים דמוגרפיים" **פעמים** 15, 39 (1989).
122 משה ליסק "העלייה הגדולה של שנות החמישים: כמה הרהורים בפרספקטיבה היסטורית" **הציונות** יד 203 (1989).
123 יגאל שלום נזרי "כותבים ונכתבים – מוסלמים ויהודים במגרב בקובץ מחקרים חדש" **פעמים** 131, 209 (2012) (סקירה של מחקרים היסטוריים חדשים על יהודי המגרב); אסתר מאיר-

מרכיב מכונן של הזהות המזרחית, אך הכרה ברכיב זה "הייתה ממוטטת את האתוס הציוני ומחבלת במפעל בינוי האומה ישראלית".¹²⁴ לכן דרכם של היהודים הללו אל תוך הקונסנזוס הישראלי עברה דרך התכחות למימד הערבי בזהותם.

רבות נכתב על הדרישה המובלעת והמפורשת כלפי קהילות מזרחיות להתכחש לערביות של זהותם כתנאי להתקבלות בקונסנזוס הישראלי.¹²⁵ כל מערכות המדינה התגייסו לקליטתם של יהודי ארצות ערב והאסלאם, שאותם תיאר הידע המחקרי הישראלי של אותה עת בהתאם לנרטיבים אוריינטליסטיים ובניגוד לאשכנזים, קרי: כמלוכלכים, כחולים במחלות זיהומיות, כאימפוטנטים מבחינה רוחנית, כחסרי כוח שיפוט מוסרי, כבורים, כאלימים וכעצלנים.¹²⁶ כפי שכותבת שוחט, בדרכה אל הלאום אימצה הלאומיות היהודית את הרעיונות האוריינטליסטיים-הקולוניאליים, שמניחים עליונות של האדם האירופי, תוך אימוץ פרקטיקות של הבדלה והכלה של קהילות "מזרחיות" בתוך הלאומיות הישראלית.¹²⁷

מחד גיסא, כדי לכונן את העליונות הקולוניאלית של היהודים על הערבים, הייתה הלאומיות היהודית זקוקה לעם. עם זאת, כדי לשמור על עמדתם הפריווילגית (אותה עמדה שמצדיקה את הטענה כי הם "עם") בתוך החברה שבנו, נדרשו האשכנזים להמשיך לבדל את עצמם מן המזרחים. האשכנזים נכנסו לכור ההיתוך כקבוצת מיעוט נרדפת ויצאו ממנו כיהודים החדשים, בעוד שיהודי ארצות ערב והאסלאם נכנסו אליו כ"פרימיטיביים" ויצאו ממנו כמזרחים. כך נותרו רובם המכריע של מרכזי הכוח התרבותיים, הכלכליים, האקדמיים והפוליטיים בידיים אשכנזיות, בעוד שההון הכלכלי, ההשכלתי והתרבותי של המזרחים ירד.¹²⁸ מאידך גיסא, קהילות מזרחיות הצליחו להמשיך לפתח זהויות מובחנות מבחינות אתניות. נדמה לעיתים כי דווקא באמצעות אימוץ מופעים מובהקים של דחיית ההזדהות עם הפלסטינים יכלו המזרחים לשמור היבטים רבים של זהות יהודית שיש בה ממדים של ערביות. מבחינה אתנית המזרחים מובחנים עדיין באופן מובהק מהאשכנזים, אך נדמה כי הם חולקים ברובם את ההזדהות עם הרעיון שהמדינה היא ערובה לגורלם המשותף של כלל היהודים – בישראל ובעולם.

מימיו של רופין, שפעל בתחילת המאה העשרים, דרך פרשת שליט מאמצע אותה מאה ועד הפסיקה בעניין אורנן מן העשור השני של המאה העשרים ואחת, אכן התפתחו לשון,

-
- גליצנשטיין "מנהיגות ציונית וקומוניסטית במבחן קליטת עולי עיראק בישראל" פעמים 101–102, 5, 6 (2005) (על הלאומיות בקרב העלייה העיראקית).
- 124 קלריס חרבון "השתכנות מתקנת – סיפורן של נשים המתקנות עוול היסטורי" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 413, 427 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007).
- 125 שנהב היהודים-הערבים, לעיל ה"ש 114, בעמ' 152; הנרייט דהאן-כלב "כמה שאת יפה, לא רואים שאת מרוקאית" מורות בישראל: מבט פמיניסטי 174 (מיכל צלרמאיר ופנינה פרי עורכות 2002).
- 126 רות פירר "הדימוי של עדות המזרח" עיונים בחינוך 45, 22, 28 (1986); שנהב היהודים-הערבים, לעיל ה"ש 114, בעמ' 13.
- 127 Shohat, לעיל ה"ש 29, בעמ' 14–15. עוד על הדינמיקות המעמדיות שמאפשרות הדרה והכלה של המזרחי כ"אחר" ראו השש, לעיל ה"ש 26, בעמ' 259.
- 128 Aziza Khazzoom, *The Great Chain of Orientalism: Jewish Identity, Stigma Management, and Ethnic Exclusion in Israel*, 68 AM. SOC. REV. 481, 487 (2003).

היסטוריה, תרבות ומנהגים משותפים וייחודיים לבני הדת היהודית בישראל. הדימוי הרווח כיום של הישראליות היהודית קיבל מאפיינים שהיו מזוהים בעבר עם קהילות מזרחיות.¹²⁹ הדבר משתקף בעיקר בניכוס תרבות מזרחית ככלל-ישראלית, מה שמתבטא, למשל, בשליטתה הבלתי-מעוררת של המוזיקה המזרחית בפופ הישראלי העכשווי, וכן בטעמיו, בשיטותיו ובחומרי-הגלם של המטבח שנתפס כיום כישאלי.¹³⁰ אולם אף-על-פי שהקולקטיביות היהודית בישראל אימצה מאפיינים מזרחיים, המזרחים עודם מובחנים דרך סטריאוטיפים אוריינטליסטיים. הישראלי ה"יפה" יכול בימים אלו לעשות "על האש" ולשמוע עומר אדם, ועדיין להחזיק בעמדה שהמזרחים בלתי-מפותחים מבחינת מנהגים, תרבות והיסטוריה. הטענה החוזרת ונשמעת כלפי דרישות מזרחיות לשוויון, שיש להפסיק "להתבכין" על ה"קיפוח", מציגה את הציבור המזרחי כמי שאלמלא היו עסוקים יתר על המידה בנישוק קמענות ובהשתטחות על קברים¹³¹ היו מדביקים את פערי המעמד וההשכלה המבניים בתוך החברה היהודית.

בהתבוננות על ההיסטוריה הקצרה שמתוארת לעיל עולה השאלה אם הלאום היהודי הוא עובדה קדם-משפטית נתונה או תהליך מתמשך של כינון זהות אחידה, אשר מכיל ומסתר את המזרחיות, בין היתר, באמצעות רישום הלאום. רישום הלאום – הגם שהוא מתאר לכאורה השתייכות אתנית-תרבותית, כפי שנקבע בפסיקה בנושא שנסקרה לעיל – משקף למעשה הלימה בין זיהוי אדם כמשתייך ללאום היהודי, מכוח לידה לאם יהודייה, לבין ציפיות להזדהות ולביטויים אתניים מסוימים, ובפרט לביטויים המשקפים עליונות יהודית, ככל שזו מבוססת על דחיית האוריינט, המזרחי, הערבי. רישום הלאום, כמו רישום המין, מסתר את ההטרוגניות במנהגים, בתרבויות, בלשונות ובהיסטוריות של החברה היהודית בישראל, ומניח קוטביות אתנית מובהקת בין יהודים לערבים, שמצדיקה את החלוקה הלא-שוויונית של משאבים והזדמנויות בין הקבוצות. במילים אחרות, ה"טרנסיות" של המזרחים בישראל מתבטאת באי-התאמה בין הזיהוי כחלק מהלאום היהודי, המובנה בדמותו של האשכנזי, לבין הזהות המזרחית. האידיאולוגיה שעומדת בין הזיהוי כיהודים בלאום לבין הזהות המזרחית היא העליונות היהודית, שגורסת כי זכויות-היתר שניתנות ליהודים במשפט הישראלי מוצדקות מכוח הבדלים מולדים מהותיים לכאורה בין ערבים ליהודים. תפיסת-עולם ערכית זו מחייבת עמידה בסטנדרטים של יהדות השוללת את המזרחיות, שכן היא תלויה בחלוקה אחידה לכאורה בין הקבוצות, בין המזרח למערב.

החלוקה הבינרית הזו, שבמסגרתה רובם המוחלט של האזרחים מסומנים כיהודים או כערבים, לא רק מקבעת מציאות של "נפרד אך לא שווה" בין יהודים ללא-יהודים, שעליה נכתב רבות,¹³² אלא גם משמרת את מעמדם הנחות של המזרחים בתוך הקולקטיב היהודי. בחלוקה

129 אני מודה ליגאל נזרי על תובנה מאירה זו.

130 רפרם חדר ויגאל שלום נזרי "מחיקת השקשוקה: כיצד הפכו מאכלים מזרחיים וערביים למייצגים מובהקים של 'אוכל יהודי'?" **הארץ** (20.11.2019) <https://bit.ly/3tpOwuC>.

131 מדבריו של יאיר גרבוז המצוטטים אצל יהונתן ליס "ביקורת מימין ומשמאל על דברי גרבוז כי 'מנשקי הקמענות שולטים במדינה'" **הארץ** (8.3.2015) <https://bit.ly/3JpjkR>.

132 Fady Khoury, *Reinforcing Ethnic Hegemony: The Social and Expressive Harms of the Jewish Nation-State Basic Law*, 23(4) PALESTINE-ISRAEL J. POL., ECON. & CULT. 62 (2018).

הבינרית בין יהודים לערבים, המזרחים נדחקים לתפקיד ה"אחר" הפנימי והמושקף, בדיוק כפי שהיו היהודים האשכנזים באירופה, בעוד הפלסטינים ממלאים את תפקיד ה"אחר" החיצוני והגלוי, כפי שסימל תמיד האוריינט, המזרח, בדמיון האירופי.¹³³ העמדה הגזעית של המזרחיות מובנית כ"הבחנה אפיסטמולוגית ואונטולוגית בין המערב לבין המזרח".¹³⁴ במילים אחרות, בתוך החברה היהודית המזרחים מייצגים את מה שההגמוניה הישראלית היא לא. בעוד מוקדי הכוח בישראל רואים את ישראל כ"וילה בג'ונגל" שיש להגן עליה מפני "חיות-הטרף" הערביות,¹³⁵ כדבריו של בנימין נתניהו, המזרחיות מתעקשת להזכיר להם חדשות לבקרים כי "פה זה לא אירופה", כמאמר שירו של דורון מדלי המושר על-ידי מרגלית צנעני. בתוך כך, הפליה נגד מזרחים ממשיכה ככלל להיות בלתי-נראית מבחינת החוק הישראלי, שכן המשפט מסרב באופן שיטתי להכיר בשונות בתוך הקולקטיב היהודי המדומיין. בסירובו להכיר בשוני, המשפט הישראלי מותיר קהילות מזרחיות – כמו גם קהילות אחרות שאינן חלק מההגמוניה האשכנזית – בעמדה של נחיתות מבנית. מזרחים ממשיכים להיתקל בהפליה, בין היתר, כאשר הם אינם מצליחים להתאים את עצמם לנורמות הגזעיות והאתניות המזוהות עם זהות יהודית-ישראלית. דווקא בשל קרבתן ההיסטורית, התרבותית והאפקטיבית של קהילות מזרחיות לקהילות ערביות, מזרחים חשופים להפליה במקומות שבהם הגוף המזרחי, הפרטי והציבורי, מערער על ההופכיות המושלמת לכאורה של הקטגוריות "יהודי" ו"ערבי".

4. הטננסיות של המזרחיות

המזרחיות היא סוג של "טרנסיות" במשפט הישראלי בכל הנוגע בלאום. המזרחיות היא חריגה מהתאמה בין ההשמה בלידה כ"יהודי" או כ"ערבי" לבין הציפיות החברתיות הנגזרות מהשתייכות לקולקטיב היהודי או הערבי. כשם שיצירת שתי קטגוריות מנוגדות ומשלימות של זכרים ונקבות, שהם גברים ונשים, מצמצמת את ההטרוגניות המגדרית, כך הקטגוריות "יהודי" ו"ערבי" אוכפות הומוגניות על מי שמושמים בתוך הקטגוריות האלה. ההשמה הזו, הנעשית על בסיס קשר "ביולוגי", במובן שמי שאמו יהודייה נרשם כיהודי מבחינת הלאום, נתפסת כמשקפת חלוקה טבעית. אך החלוקה של קטגוריית הלאום היא פרודוקטיבית, היא קובעת את גבולותיהן של קבוצות ההשתייכות. כך, הזהות המזרחית, כמו הזהות הטרנסית, נעשית שקופה מבחינה משפטית, מחד גיסא, וחשופה לנראות-יתר במרחב הציבורי, מאידך גיסא. הן העמדה הטרנסית והן העמדה המזרחית מערערות על הטבעיות לכאורה של הקטגוריות שהן קוראות עליהן תיגר. שתי עמדות אלו חשופות להדרה דווקא משום שהן מעלות את התביעה להכלה של שוני בתוך מערכות הטוענות לאחידות – לאחידות אתנית של יהודים המבדילה אותם מערבים ולאחידות מגדרית של נשים המבדילה אותן מגברים.

תביעות משפטיות של טרנסים וטרנסיות מערערות את המתאם הנורמטיבי בין מין למגדר, ותביעות משפטיות של מזרחים ומזרחיות מערערות את המתאם הנורמטיבי בין הלאום היהודי

133 HOCHBERG, לעיל ה"ש 107, בעמ' 7–11.

134 MEYDA YEGENOGLU, COLONIAL FANTASIES: TOWARDS A FEMINIST READING OF ORIENTALISM 6 (1998).

135 שי נוב "וילה בג'ונגל" גלובס (11.2.2016) <https://bit.ly/3tnLuqG>

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

ליהודים עצמם. אני טוען כי כפי שניתן לנתח תביעות משפטיות של טרנסים וטרנסיות על-ידי הבנת תפקידו של המבע המגדרי בכינון התנאים להדרה, כך ניתן לנתח תביעות משפטיות של מזרחים ומזרחיות באמצעות הסטת המבט המשפטי אל הסממנים הגזעיים של אותו מבע. כפי שאפרט בהמשך, דרישות משפטיות להגנה מפני הפליה של א/נשים טרנסים חושפות את פעולתם של מבעים מגדריים שבבסיס חוקים נגד הפליה. בהמשך לכך אני מציע כי דרישות מזרחיות להגנה מפני הפליה מובילות לתובנות נוספות לגבי פעולתם של סממנים גזעיים במסגרת אותם חוקים ולהצטלבויות ביניהם.

5. הצטלבויות

לאבי, שהוריו נולדו בסוריה, יש עור כהה ושיער שחור. לאמי, שהוריה נולדו בגרמניה, יש עור בהיר ועיניים כחולות. לעיתים תכופות אני מזוהה על-ידי אשכנזים כמזרחי ועל-ידי מזרחים כאשכנזי. בהפגנות משותפות ליהודים ולערבים כבר קרה שנשים אשכנזיות מבוגרות פנו אליי מתוך אמונה שאני צעיר פלסטיני. לאחרונה, כאשר הלכתי לקנות ריהוט לגינה בכפר ברטעה, פנו אליי בני-זוג פלסטינים צעירים בערבית כי האמינו שאני עובד במקום. רק לעיתים נדירות מאוד נשאלתי על היותי גבר, הגם שאני גבר טרנס, שכן אנשים שאינם מכירים אותי לעולם אינם חושבים שזוהי בלידתי כנקבה. לפני שנים, בתקופה שבה היה קל פחות לקטלג אותי באופן בינרי כזכר או כנקבה, איש לא חשב שאני ערבי. כעת נניח מצב היפותטי שבו בדרכי לחוף הים עברתי ברחוב הלא-נכון ביפו, ובעוברי שם סבר שוטר שאני צעיר פלסטיני וייחס לי מסופנות בהעדר מידע קונקרטי על מסופנות ספציפית שנשקפה ממני (פרופיילינג).¹³⁶ נניח שהשוטר דרש ממני להציג את תעודת-הזהות שלי, ואף שהוא נרגע כאשר ראה שיש לי שם יהודי, הוא גם ראה בתעודת-הזהות שלי שבסעיף המין כתוב "נקבה" ושאל אותי: "מה, אתה קוקסינל?" בתסריט הדמיוני הזה האם הופלתי כגבר? כנקבה? כטרנס? כערבי? כיהודי? כמזרחי? כאשכנזי? האם נחשפתי ליחס פוגע על רקע אידיאולוגיה מגדרית שמניחה הבחנה בינרית בין גברים לנשים? האם נחשפתי ליחס פוגע על רקע אידיאולוגיית גזע שמניחה הבחנה בינרית בין יהודים ללא-יהודים?

עד כה הסתכלתי על הזהויות "מזרחי" ו"טרנס" ועל הקטגוריות החברתיות שזהויות אלו מתייחסות אליהן – אתניות ומגדר – באופן אנלוגי למדי. אך ההבחנות האונטולוגיות בין מזרח לבין מערב, אשר מבנות את המזרח וכנגזר מכך את המזרחי, הן בעת ובעונה אחת גם הבחנות מגדריות. רבות נכתב על דמותו של הגבר היהודי החדש שעוצבה באירופה של סוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים כאימוץ של פרקטיקות של גבריות אירופית נורמטיבית, חזקה, רציונלית, אוטונומית ולבנה, תוך דחייה של גבריות יהודית סבילה ו"נשית".¹³⁷ מבע אתני הוא תמיד גם מגדרי, ולהפך. הסממנים שלפיהם אנחנו מזהים אדם כגבר או כאישה, כאשכנזי או כמזרחי, לא רק חופפים ברובם (למשל, בהקשר של שיער או לבוש), אלא גם

136 ענבר פלד פרופיילינג – תמונת מצב בישראל ולקחים מהעולם 4 (נייר עמדה, הקליניקה לרב תרבותיות ומגוון, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2017). <https://bit.ly/3Jqn1GN>

137 בוירין, לעיל ה"ש 108, בעמ' 123; גרוס, זיו ויוסף, לעיל ה"ש 38, בעמ' 31–33.

פועלים יחדיו להבניית זהות מורכבת. הגבריות או הנשיות של הסובייקט המזרחי היא פרימיטיבית וחייתית.¹³⁸

כאשר מעמיקים בגוף הפסיקה שאימץ את הקטגוריה "צבע עור" כקטגוריה מוגנת מכוח חוק איסור הפליה, ההצטלבות של מין ומגדר מקבלת משמעויות קונקרטיות. בעניין מזרחי התפרשה חזותו המזרחית של התובע כמסוכנת לא בגלל החשש של הסלקטור כי האדם שעומד מולו הוא ערבי, אלא משום שהוא לא סימן את הגבריות שלו על-פי הנורמות המקובלות של גבריות יהודית בישראל. הגבר המזרחי נתפס כמסוכן משום שההצטלבות בין גוף לאתניות, בין גון העור שלו למבע המגדרי שלו, מסמנת אותו כגבר מזרחי. מאחר שלא השכיל לייצר חזות של גבר אשכנזי, סומן מזרחי ב-בזמן הן ככישלון מגדרי והן ככישלון גזעי. לא רק בן-דודו של מזרחי הורשה להיכנס למועדון, אלא גם בת-הזוג שלו.

כדי להמחיש את הטענה הזאת, נשוב לעבודתו של דייוויס על הגבריות השחורה כעמדה מגדרית-גזעית. דייוויס מביא את סיפורה של קדיג'ה פרמר, לסבית שחורה שמזוהה כגברית. יום אחד, כאשר ביקשה פרמר להשתמש בשירותים במסעדה בניו-יורק, היא הותקפה על-ידי מאבטח שדרש כי היא תעזוב את שירותי הנשים, ולא השתכנע אף לאחר שהראתה לו את תעודת-הזהות שלה, שבה היה כתוב "נקבה". דייוויס מנתח כי הזיהוי החוקי של פרמר כנקבה לא נתפס על-ידי המאבטח כרלוונטי משום שהקטגוריות המנהליות משקפות ציפיות חברתיות לגבי הביצועיות של הזהות, ובמקרה זה לגבי האופן שבו אישה אמורה להיראות ולהתנהג.¹³⁹ פרמר לא השכילה להתאים את עצמה לציפיות החברתיות מאישה שחורה, ולכן הכישלון שלה הוא מגדרי וגזעי כאחד – הוא סימן אותה כגבר שחור, והתחבר לסטריאוטיפ האמריקאי לגבי תקיפות מיניות על-ידי גברים שחורים בשירותים ציבוריים.¹⁴⁰ ההצטלבות של ציפיות גזעיות ומגדריות הוא מרכיב נוסף שנוכח בתביעות ה"קלסיות" של גברים מזרחיים מכוח חוק איסור הפליה. במקרים רבים, כמו בעניין מזרחי, התובעים מגיעים למועדונים עם בנות-זוג או חברות אשר מזוהות גם הן כמזרחיות אך אינן נדרשות לעמוד באותם סטנדרטים גזעיים-מגדריים כמו התובעים (וזאת בשל תפיסות-עולם וערכים מסוימים בדבר נשיות מזרחית).

כך אירע גם ללירן. באירוע שהתרחש רק שבועיים לפני התקרית שנדונה בתביעתו של לירן הוא הגיע לאותו מועדון עם קבוצה של ארבע נשים. כל הנשים הורשו להיכנס, בעוד שעל לירן נאסרה הכניסה. רק לאחר שערך שיחת-טלפון עם חברו, אשר הכיר את בעלי המועדון, אושרה כניסתו.¹⁴¹ הנתבעים טענו כי במקרה קודם זה הגיע לירן למועדון שיכור, וכי כניסתו אושרה לבסוף משום שלירן התחייב שלא יחזור למועדון שיכור. לפי עדות הנתבעים, בפעם השנייה שלירן וחבריו הגיעו למועדון, הוא שוב היה שיכור והתנהג "באופן תוקפני".¹⁴² לדברי הנתבעים, השינוי בתלבושתו של לירן נועד רק להסתיר את ריח האלכוהול שנדף ממנו.¹⁴³ בית-המשפט דחה עמדה זו, וקבע כי לירן לא היה שיכור.

138 יפת, לעיל ה"ש 111, בעמ' 751 (על הגדרת היחידה המשפחתית המזרחית כפרימיטיבית).
 139 DAVIS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 57.
 140 שם, בעמ' 64.
 141 פרשת לירן, לעיל ה"ש 52, פס' 6.
 142 שם, פס' 5.
 143 שם.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

בתביעתם של צדוק וקעטבי, שעסקה אף היא בשאלות של צבע עור, עלתה ישירות הטענה של הפליה מחמת מין.¹⁴⁴ שני התובעים הגיעו למועדון "דונה מרטין" בתל-אביב יחד עם חברתם, ואף-על-פי ששלושתם מזרחים בעלי גון עור כהה,¹⁴⁵ על שני הגברים נאסרה הכניסה למועדון, ואילו כניסתה של האישה הותרה.¹⁴⁶ הנתבעים – בעלי המועדון – טענו כי שני הגברים לא הורשו להיכנס משום ששמותיהם לא הופיעו ברשימת האורחים או לחלופין משום שהם התנהגו בתוקפנות כלפי הסלקטור, והלה חשש שהם יתנהגו בצורה מסוכנת ברגע שייכנסו למועדון.¹⁴⁷ עם זאת, הנתבעים לא הציגו ראיות שיתמכו בטענות אלו, ובמקום זאת, כמו בעניין **מזרחי**, הביאו עימם לדיון בבית-המשפט גבר נוסף בעל גון עור כהה על-מנת שיעיד כי הוא לקוח קבוע במועדון.¹⁴⁸

בית-המשפט פסק לטובת המתלוננים, ומצא כי העדויות והראיות שהציגו היו מהימנות.¹⁴⁹ בית-המשפט מצא עוד כי הסלקטור ביקש רק מגברים בעלי עור כהה להציג הזמנות כתנאי לכניסה למועדון,¹⁵⁰ והסיק כי מעשיו של הסלקטור נבעו מהפליה על בסיס צבע עור.¹⁵¹ עוד פסק בית-המשפט כי הפליה על בסיס צבע עור היא הפליה על בסיס גזע.¹⁵² להבדיל מפסק-הדין בעניין **מזרחי**, במקרה זה היה בית-המשפט מוכן להכיר בתלות ההדדית בין צבע העור לבין הקטגוריה המוגנת "גזע". עם זאת, ולמרות העובדה שבית-המשפט הפגין מודעות לתפקיד המרכזי שמילאה הביצועיות המזרחית, הוא נמנע מלדון בסממנים גזעיים של מבע מגדרי. תחת זאת הסביר בית-המשפט כי הפליה על בסיס צבע עור מבוססת על שיוך של מאפיינים ביולוגיים לסממנים של הברדל גזעי.¹⁵³

בית-המשפט התעלם מהעובדה שיחד עם התובעים הגיע למועדון אדם כהה-עור נוסף שכניסתו הותרה, דהיינו, חברתם. גם במקרה זה ה"נשיות" הצליחה "לאיין" את המסופנות שנשקפה מגון העור. התובעים עצמם דווקא העלו טענה של הפליה על רקע מין במסגרת הדיון בבית-המשפט. הם הראו כי למועדון הייתה מדיניות שלפיה נשים הורשו להיכנס באופן גורף. כלומר, הם הראו כי המועדון הפלה נגדם גם על בסיס היותם גברים. בית-המשפט, לעומת זאת, סירב לדון בטענה זו או להביא בחשבון את האופן שבו זהותם המגדרית וזהותם הגזעית של המתלוננים הצטלבו זו עם זו. במקום זאת מצא בית-המשפט כי המדיניות של המועדון שלפיה כל הנשים הורשו להיכנס למועדון ללא קשר לצבע עורן היא לא רק מותרת על-פי החוק, אלא יכולה אף להיחשב הפליה מתקנת.¹⁵⁴

144	תא"מ (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבח שלוש בע"מ (נבו 26.9.2009) (פרשת צדוק וקעטבי).
145	שם, פס' 2.
146	שם, פס' 17.
147	שם, פס' 13.
148	שם, פס' 19.
149	שם, פס' 20.
150	שם.
151	שם, פס' 22.
152	שם, פס' 79.
153	שם, פס' 22.
154	שם, פס' 54.

איך קרה שצבע עורם של התובעים נהפך לסממן של סכנה בעוד שהמבע הנשי של חברתם היה עדות למחויבותו של המועדון לשוויון? הסיבה לכך טמונה באופן שבו סומנו התובעים כסכנה על-ידי הגבריות המזרחית שלהם, בעוד שהמבע הנשי של חברתם סימן אותה – דווקא כאישה מזרחית – כמטרה מינית. בית-המשפט נכשל אם כן בזיהוי האופן שבו הפליה, כמנגנון המשייך מידות שונות של גישה למשאבים ולהזדמנויות, נכתבת על-גבי הגוף כטקסט שבו אתניות ומגדר מצטלבים זה עם זה. הסלקטור במקרה זה היה קורא נאמן ועקיב של הטקסט שנכתב עבורו. למרות נסיונו של בית-המשפט להישיר את המבט אל הסממנים הגזעיים של מבע מגדרי, באמצעות בחינה מדוקדקת של המנגנון שהבדיל בין המתלוננים לבין חברתם כהתהעור, הוא מצא את עצמו במלכודת המוכרת של עיוורון הצטלבותי.¹⁵⁵ כיצד המשפט יכול לצאת מן העיוורון ההצטלבותי? האם חוק איסור הפליה מאפשר קריאה אנטי-מהותנית? לשאלות אלו נפנה כעת.

ד. חוקי איסור הפליה

1. מגבלותיו של חוק איסור הפליה

מערכת המשפט הישראלית אינה מצליחה לזהות הפליה על רקע מזרחי ולהגן על פרטים וקהילות מפניה באופן אפקטיבי.¹⁵⁶ שום פסק-דין מרכזי לא הכיר באופן ישיר בהפליה – ישירה, עקיפה או מערכתית – נגד קהילות מזרחיות על רקע מזרחיותן, וזאת בניגוד למספרם הלא-מבוטל של פסקי-הדין שדנו בזכות לשוויון של אזרחי ישראל הפלסטינים או ההומואים והלסביות,¹⁵⁷ הגם שקשה לומר כי פלסטינים או הומואים ולסביות זוכים בשוויון בישראל. העמדה המזרחית, כעמדה מובחנת, מתחילה רק כעת להיכנס אל תוך הדין האקדמי המשפטי.¹⁵⁸ העובדה שקהילות מזרחיות נאבקות עדיין למען הכרה בכך שמזרחיות היא השתייכות קבוצתית בעלת חשיבות לזהותם של בניהן ובנותיהן של הקהילות שמוצאן מארצות ערב והאסלאם היא עדות להכחשה הרווחת של ההפליה נגדן. אם הקבוצה אינה קיימת, ואם ההשתייכות אליה אינה בעלת חשיבות לכינון זהותו של האדם,¹⁵⁹ אזי היא אינה יכולה לסבול

¹⁵⁵ במקרה זה נשען בית-המשפט על אותה מלכודת "קלסית" של עיוורון הצטלבותי שעליה הצביעה קרנשו בכתיבתה פורצת הדרך על פסק-הדין בתיק *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Div.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976). באותו מקרה דן בית-המשפט בתלונה על הפליה מפי אישה שחורה, והתייחס לעובדה ששנים (לבנות) ו(גברים) שחורים לא נחשפו להפליה כהוכחה לכך שלא הייתה יכולה להתרחש הפליה גם במקרה של המתלוננת. קרנשו מראה כיצד פסיקה זו בנויה על יסוד חוקים נגד הפליה המתייחסים רק לקבוצות מוגנות מתוחמות ונפרדות. כך, מתלונן או מתלוננת יכולים לטעון שהם נחשפו להפליה על בסיס גזע או על בסיס מגדר, אך לא על בסיס שניהם בו-זמנית. ראו Kimberle Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity, Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 STAN. L. REV. 1241, 1244 (1991).

¹⁵⁶ Yifat Bitton, *Finally, Our Own Brown! (?)*, 45 ISR. L. REV. 267, 277 (2012).

¹⁵⁷ Yifat Bitton, *The Limits of Equality and the Virtues of Discrimination*, 2006 MICH. ST. L. REV. 593, 632 (2006).

¹⁵⁸ ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 466.

¹⁵⁹ מדינה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 76.

מיחס מפלה.¹⁶⁰ עם זאת, הפליה של מזרחים ומזרחיות קיימת, והמחוקק הישראלי ניסה להידרש אליה בדרכים שונות.

חוק איסור הפליה הוא חוק המנסה להתמודד, בין היתר, עם מקרים פרטניים של הפליה על רקע זהות מזרחית. החוק הונח על שולחן הכנסת על-ידי חבר הכנסת אלי בן-מנחם, יהודי ממוצא הודי-עיראקי, במטרה להילחם בהפליה על רקע זהות קבוצתית, וכוון באופן ספציפי להגנה על נשים וגברים בעלי "חזות מזרחית".¹⁶¹ דיוני המליאה בחוק סימנו את המזרחים והמזרחיות כקבוצה העיקרית שהחוק נועד לשרת. שר המשפטים דאז יוסי ביילין התייחס למקרים שבהם נשים וגברים בעלי "חזות מזרחית" סורבו בכניסה למקומות בידור,¹⁶² ובמסגרת הדיונים הוצג סיפורם של קצינים מזרחים ששירתו ביחידה קרבית עילית בצה"ל ולא הורשו להיכנס למועדון לילה בקיבוץ.¹⁶³

למרות זאת, חוק איסור הפליה לא עיגן את המזרחיות כקטגוריה אסורה להפליה, ואף אינו נוקב קטגוריה של זהות אתנית או עדה. במקום זאת, סעיף 3(א) לחוק מונה את הקטגוריות המוגנות הבאות: גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי והורות. חיפוש מקיף אחר דיון בהכללה או אי-הכללה של קטגוריה של מזרחיות או אתניות או עדה במסגרת הדיונים בכנסת ובישיבות הוועדה לא העלה כל תוצאה. לעובדה שהחוק אינו מונה שום קבוצה מוגנת שעשויה לכלול את אותם גברים מזרחים צעירים שהחוק נועד במפורש להגן עליהם יש משמעות, בפרט לנוכח מבנה החוק.

חוק איסור הפליה, וכמוהו גם חוקים אחרים האוסרים הפליה בין פרטים, כגון חוק שוויון ההזדמנויות, בנויים באופן שמאפשר לתובע יחיד לדרוש פיצוי על עוולה שנגרמה לו בשל השתייכות לקבוצה חברתית מובחנת. בשל ההתמקדות במעשה נגד היחיד, החוק מוגבל ביכולתו לדון במבנים החברתיים שמאפשרים את הפליה עצמה, ודורש הוכחת השתייכות לקבוצה מובחנת.¹⁶⁴ ההתמקדות בגורם המפלה יוצרת את האשליה שבדרך-כלל קיים מצב של שוויון בחלוקת המשאבים בחברה, ושרק לעיתים איזון זה מופר על-ידי אנשים זדוניים, ובסיטואציות אלו החוק נכנס לפעולה ומשיב את המצב לקדמותו.¹⁶⁵ כך החוק מעלים את האופן שבו מדיניות ופרקטיקות מוסדיות בפרט ומערכת יחסי הכוחות החברתיים בכלל מייצרות את התנאים שפוגעים בקהילות מסוימות. יתר על כן, כפי שהראתה ביטון, כתוצאה מהמבנה של חוקי איסור הפליה, התובעים המזרחים נדרשים להוכיח את קיומה של זהות

160 לדבריה של ביטון, "ההכרה בקיומו של אי-שוויון ברור ומתמשך על בסיס זהות אתנית לא הובילה למחיקתו של מערך ההכחשה סביב הפליה נגד מזרחים בישראל". Yifat Bitton, *The Dream and Its Construction: Mizrahi-Arab Cooperation to Combat Discrimination*, 4(2) J. LEVANTINE STUD. 174, 180 (2014).

161 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370.

162 פרוטוקול ישיבה מס' 107 של הכנסת ה-15, 152 (22.5.2000).

163 ש.ם.

164 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 503.

165 DEAN SPADE, *NORMAL LIFE: ADMINISTRATIVE VIOLENCE, CRITICAL TRANS POLITICS, AND THE LIMITS OF LAW* 86 (2015).

מזרחית נבדלת,¹⁶⁶ כפי שתובעים טרנסים נדרשים להוכיח את האותנטיות של זהות המגדר שלהם. דרישת בית-המשפט מכלל התובעים דומה – הראה לי את היסוד המהותי שמגדיר את ההשתייכות שלך לקבוצה הראויה להגנה.

לטענת ביטון, הקטגוריות שנכללו בחוק איסור הפליה אינן רלוונטיות להגנה על התובעים ה"קלסיים" מכוח החוק, דהיינו, על צעירים מזרחים שמנופים בסלקציה. ביטון גורסת כי דת ולאום אינן קטגוריות רלוונטיות, משום שמזרחים מזוהים, מזדהים ומזוהים בלידתם במרשם האוכלוסין כמשתייכים לדת היהודית וללאום היהודי.¹⁶⁷ ארץ מוצא גם היא אינה קטגוריה רלוונטית, משום שגלי ההגירה מארצות ערב ומשאר העולם המוסלמי נגמרו ככלל בשנות השבעים של המאה הקודמת, כך שרובם הגדול של הצעירים המזרחים בישראל הם בני הדורות השני, השלישי או הרביעי להגירה זו.¹⁶⁸ גם הקטגוריה המוגנת גזע אינה מתאימה לכאורה להגנה על מזרחים מפני הפליה, משום שהחוק הישראלי מתייחס לכלל היהודים כמשתייכים לקטגוריה גזעית אחת.¹⁶⁹ עם זאת, לנוכח העובדה שהחוק כולל קטגוריית לאום שמקושרת לערבים, לא ברור מדוע הוספה הקטגוריה גזע. ייתכן שמנסחי החוק ראו לנגד עיניהם יהודים שחורים יותר – האתיופים. מכל מקום, כפי שמראה ביטון, רוב התביעות מכוח החוק, לכל-הפחות בשנותיו הראשונות, היו בדיוק של גברים מזרחים שהופלו על רקע מזרחיותם.¹⁷⁰ אך מה עשו בתי-המשפט כבואם ליישם את החוק, אשר הצהיר על עצמו כי הוא בא להגן מפני הפליה על רקע "חזות מזרחית", ואשר מכוחו דרשו גברים מזרחים הגנה? דווקא משום שסממנים חיצוניים מאפשרים את זיהויו או סימונו של אדם כמזרחי במרחב הציבורי הישראלי, נדרשו בתי-המשפט שוב ושוב לבחון את השאלה אם הנתבע הפלה את התובע על בסיס הביצועיות של הזהות המזרחית שלו. בהעדר הגדרה מפורשת לכך בחוק, התייחסו בתי-המשפט לקטגוריות מוגנות שונות כפרוקסי למבע מזרחי, וביססו קביעה זו על סממנים גזעיים שונים – תרבותיים, חברתיים, לשוניים וגופניים כאחד.

בעניין סרור העלו התובעים, מזרחים תושבי קצרין שבגולן, טענות בדבר הפליה בגין חזותם המזרחית, לאחר שלא הורשו להיכנס למועדון בעוד שחבריהם, תושבי מושבים מהגולן, הוכנסו. בית-המשפט קבע כי התובעים הופלו משום שהם תושבי יישוב בעל אפיון מובהק של ארצות מוצא וחתך חברתי-כלכלי.¹⁷¹ בית-המשפט קיבל את טענת התובעים כי "תושבי קצרין מאופיינים בקהילה גדולה יוצאת ארצות מוצא מזרחיות, מרביתם בעלי חזות מזרחית, אפיון סוציו-אקונומי נכשל וסטריאוטיפ חברתי שלילי כללי".¹⁷² כלומר, בית-המשפט קבע כי התובעים סומנו כמזרחים משום שתעודת-הזהות שלהם, שבה נרשם כי הם מתגוררים בקצרין, היוותה סממן למזרחיות שלהם. בעניין עקיבא קיבל בית-המשפט את טענת התובע כי הסלקטורית ביקשה את תעודת-הזהות שלו על-מנת לבחון את שם משפחתו ולהצליב אותו עם

166 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

167 שם, בעמ' 487-488.

168 שם.

169 שם.

170 שם.

171 ע"א (מחוזי נצ') 198/09 סרור נ' חברת רזידנט מיוזיק בע"מ, פרק ד, פס' 17 (נבו 5.11.2009).

172 שם, פרק ד, פס' 16.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

מראה-עיניה.¹⁷³ בהכנה לאותה תביעה ניסה בא-כוחו של עקיבא לכלול ברשימת המוזמנים של המועדון שמות מזרחיים מובהקים, ונדחה.¹⁷⁴ בתביעה שעסקה בחזרתו ה"מזרחית" של צעיר ממוצא אוקראיני נדונה, בין היתר, שאלת "קוד הלבוש" המקובל במועדון. על השאלה אם ניתן להיכנס למועדון בג'ינס ענה הנתבע כי "בג'ינס יש הגדרות. יש הבדל בין ג'ינס לג'ינס".¹⁷⁵ אין זה מפתיע שהביצועיות של הזהות המזרחית עולה גם בהקשרים של תובעים ערבים. כאמור, תיקיו הרבים של קיס, שנדון בחלק מוקדם של המאמר, עסקו רבות בשאלת חזרתו המזרחית בהתבסס על סממנים המשייכים אדם לקולקטיב הערבי, כגון דיבור בשפה הערבית. בעניין נגים קיבל בית-המשפט את הטענה כי התובע הופלה, תוך שבית-המשפט משווה את מראהו לזה של חברו מילאד, אשר כניסתו הותרה. בית-המשפט קבע כי "למילאד עברית ללא מבטא ערבי; הוא מתלבש ומסתרק בסגנון מערבי (לרבות 'קוקו' עילי); הוא העיד כי הוא בן ללוחם צד"ל, גדל בקרית שמונה, והעיד במתינות על כך שהאירוע מושא התביעה היה הפעם הראשונה שהוא חווה תחושה של הפליה".¹⁷⁶ המבע ה"מוצלח" של מילאד – הכולל את חיתוך הדיבור והמבטא, תסרוקתו ומלבושו – וכן מקום מגוריו והעובדה שהוריו הם תומכי ישראל הם גורמים שמסמנים את קרבתו היחסית לקולקטיב היהודי.

בכל המקרים שנדונו כאן – ובפרט בעניין מזרחי, בעניין צדוק וקעטבי ובעניין לירן – הן בית-המשפט והן התובעים ביקשו לעמוד על האופנים שבהם יכולות ותכונות מהותיות משויכות לאנשים שונים על בסיס הביצועיות של הזהות שלהם. עם זאת, המקרים מדגימים גם את הכישלון הצפוי מראש של הניסיון לספר את סיפורם של התובעים באמצעות קטגוריות משפטיות לא-קיימות (מזרחי), קטגוריות שהוצאו מהקשרן החברתי (צבע עור), קטגוריות שהקשר שלהן לכל אחד מהמקרים הוא רופף (ארץ מוצא או מקום מגורים) או קטגוריות שתחולתן מוטלת בספק (גזע או מגדר). לנוכח העובדה שבית-המשפט, התובעים והנתבעים עסוקים בבחינת הביצועיות של הזהות, היה טוב להפנות את הדיון המשפטי אל המבע עצמו, אל האופנים שבהם סממנים גזעיים, מגדריים ואחרים מצטלבים זה עם זה באופן שמייצר מדרגים של השתייכות ואחרות. הדיון במנגנונים האלה, שאוכפים התאמה בין השתייכות לאומית או מגדרית לבין ציפיות חברתיות מסוימות, כבר מוטמע בחוק, בפסיקה ובתיקים עצמם. הקריאה האנטי-מהותנית במקרים אלו היא מתבקשת.

173 ת"א (שלום חיי) 2786/07 עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ, פס' 21 (נבו 14.1.2010): "עצם העובדה שהיא מסתכלת עלי ואני הרי לא נראה בן 16, והכניסה מעל 21 מבקשת תעודת הזהות שלי אך ורק כדי לראות את שם משפחתי ולראות לפי שם המשפחה מה מוצאי כדי להיות בטוחה ב-100 אחוז שאני ממוצא מזרחי. כי בת.ז. שלי לא רשום אדם פלילי או לא".

174 שם, פס' 5: "ביום 19.01.07 התקשר עו"ד נקר לבן וזה הודיע לו כי על מנת להיכנס למועדון יש לשלוח הודעת טקסט עם רשימת המבקשים ולציין כי הם נמצאים ברשימה של בן. בהתאם שלח עו"ד נקר לבן הודעה מהטלפון האישי שלו עם רשימת שמות מזרחיים הכוללת את: מיכה חזיזה, גבי מסיקה, יוסי בן מוחה, רחמים כהן, ישראל זכאי, אורן עקיבא ודוד שמש".

175 תא"מ (שלום ת"א) 22249-06 קאופמן נ' מודה בר קלאב בע"מ, עמ' 14 (נבו 22.11.2009).

176 ת"א (שלום נצ') 30239-04-17 נגים נ' בית המזרח, פס' 24 (נבו 12.6.2018).

2. קריאה אנטי-מהותנית בחוק איסור הפליה

אחד הכלים המרכזיים שאימצו בתי-המשפט כדי להכריע בתביעותיהם של גברים מזרחים צעירים הוא הוספת הקטגוריה השיפוטית "גון עור" לרשימת הקטגוריות המוגנות על-פי החוק. בפסיקה בעניין **מזרחי** קבע בית-המשפט כי "פירוש החוק צריך להיות שכל הפליה שבבסיסה מתן יחס שונה לשווים היא הפליה פסולה"¹⁷⁷, וזאת כהצדקה לקביעתו שמזרחי הופלה על בסיס צבע עורו. בעניין **צדוק וקעטבי** קבע בית-המשפט כי צבע הוא למעשה פרוקסי לגזע – קטגוריה שגם בה אנחנו מניחים הומוגניות יהודית – ולכן הבחנה על-פיו אסורה על-פי החוק.¹⁷⁸ בעניין **לירן** קבע בית-המשפט, כאמור, כי לירן הופלה על בסיס "רקע אישי", והסתמך על צבע עור כפרוקסי לארץ מוצא.

בהנמקות אלו בתי-המשפט מצביעים על המבע המזרחי בתיקים אלו, מבלי להצטרך להצהיר כי אכן מדובר בהפליה על רקע השתייכות לקבוצה שחשובה לכינון זהותו של האדם. כך יכלו בתי-המשפט להימנע מלהכיר בשונות המובנית בתוך הקולקטיב היהודי ועדיין להכיר בתביעותיהם של מזרחים. אך בדרך זו הדיון המשפטי מתמקד בחזותו של אדם, ובפרט בצבע עורו, כפרוקסי ליסוד מהותי שמגדיר השתייכות קבוצתית. כלומר, מדובר בניתוח קטגוריאלי של ההפליה המתמקד בזיהוי מאפיינים זהותיים המהווים שוני לא-רלוונטי ודורש כי מאפיינים אלו לא יובאו בחשבון בעת קבלת החלטה.¹⁷⁹

אולם ניתוח קטגוריאלי מוגבל ביכולתו לזהות את הרעיונות והתפיסות הערכיות אשר מכתיבים או מניעים את המעשה המפלה.¹⁸⁰ הניתוח הקטגוריאלי, ובפרט הוספת הקטגוריה "צבע עור", אינם מאפשרים דיון במנגנונים שמבנים את העור הכהה כפחות-ערך, בפעולה של הגזעה, משום שמושגים כגון "דיכוי מבני" הם זרים לניתוח קטגוריאלי, אשר מתמקד בהשוואה בין קבוצות שהוא מניח כשוות.¹⁸¹ באופן זה בית-המשפט מאשר את ההנחה כי צבע עור (או מקום מגורים או ארץ מוצא) הוא שוני מהותי שמעיד על אמת פנימית, גם אם לא-רלוונטית, ולא סממן של השתייכות ואחרות. מבחינת מעשית, התובעים נדרשים שוב להוכיח את קיומה של הקבוצה הראויה להגנה, ומסתכנים, כפי שאומרת ביטון, "באי-הכרה בהם כ'מזרחים מספיק' מבחינת צבע עורם".¹⁸²

ביטון עומדת על הקושי שעולה ממבנה החוק, ומציעה להוסיף לחוק את הקטגוריה "מוצא עדתי" ככלי שיאפשר "הכלת מורכבות ההפליה שאותה מנסה המשפט למגר. הכלה זו עוברת דרך ההכרה בכך שמזרחים בישראל מופלים על רקע 'הגזעתם' ולא על רקע מה שמכנה החוק בתמצית רדוקטיבית טיפוסית: 'גזע'".¹⁸³ כלומר, ביטון מבקשת להוסיף את הקטגוריה "מוצא

177 ע"א **מזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

178 טענה זו מופיעה גם בפסקי-דין אחרים. ראו, למשל, תא"מ (שלום ת"א) 19321-04-10 **שאלתיאל נ' סקאיה בע"מ**, פס' 10 (נבר 29.11.2011): "אני קובעת כי הפליה על רקע גון עור זהה להפליה 'מחמת גזע', על-פי סעיף 3א לחוק לאיסור אפליה בכניסה למקומות בידור".

179 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 115.

180 שם, בעמ' 119.

181 שם.

182 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 495.

183 שם, בעמ' 509.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

עדתי" כדי לאפשר ניתוח מבוסס-דיכוי. ניתוח מבוסס-דיכוי מבקש למקד את הדיון המשפטי בתנאים המאפשרים את הנחיתות המתמשכת של קבוצות שחשופות להפליה היסטורית.¹⁸⁴ אך ניתוח זה מוגבל באופן מיוחד ביחס להפליה פנים-קבוצתית, ומניח הבחנות חדות בין התובעים לנתבעים.¹⁸⁵ לפיכך ניתוח מבוסס-דיכוי עלול לעורר קשיים לא רק ביחס למערכת יחסי הכוחות של השיוך לקטגוריית הלאום יהודי, אלא גם מבחינה מעשית, לנוכח העובדה שרבים מהנתבעים הם מזרחים בעצמם ולנוכח הטענה החוזרת כי מזרחים אחרים לא הופלו. הדגש שניתוח מבוסס-דיכוי של הפליה שם בשאלות של זהות מעלה את החשש שהוספת הקטגוריה "מוצא עדתי" לא תאיין את הצורך להוכיח השתייכות לקטגוריה, כלומר, להוכיח את האותנטיות של הזהות המזרחית. התובעים ימשיכו להסתכן באי-הכרה בהם כמזרחים מספיק מחד גיסא, ובית-המשפט ימשיך להבין את הזהות המזרחית באופן מהותני מאידך גיסא, כמשקפת אמת פנימית לגבי אדם.

לעומת זאת, קריאה אנטי-מהותנית אוסרת הפליה על רקע חריגה מהציפיות החברתיות המושמות בהקשר של הקטגוריות המוגנות, ולכן מתמקדת בשאלה מהם הרעיונות ותפיסות-העולם הערכיות שהניעו את ההחלטות בנוגע לתובע. הניתוח האנטי-מהותני אינו סותר את הצורך בהכרה בהליכי המגווע או המגדור, אלא מנסה להביא את השחקנים המשפטיים לכלל הכרה בהם במסגרת העילות הקיימות. זאת, אל מול החשש שהקטגוריה "מזרחית" או "טרנסית" תמשיך לסמן את החריג אל מול הנורמלי.

איסור הפליה מחמת לאום – קטגוריה שמשקפת עמדה גזעית מסוימת שמצדיקה את זכויות-היתר של האזרחים היהודים – אינו רק איסור הפליה של ערבים לעומת יהודים, אלא גם איסור הפליה מחמת חריגה מהנורמות המקובלות בדבר האופן שבו אדם אמור להיות, להרגיש ולהתנהג כלפי עצמו וכלפי אחרים כיהודי או כערבי. במילים אחרות, איסור הפליה מחמת לאום הוא איסור הפליה בשל מבע שיש בו "ערביות", וזאת לא רק מקום שמזהים אדם כפלסטיני, אלא גם מקום שבו אדם נתפס כלא "יהודי" מספיק.

הגם שביטון מבקרת בצדק את יצירתה השיפוטית של הקטגוריה "צבע עור" כאמצעי להימנע מלהודות בהפליית מזרחים, אני מציע כי דווקא קריאה צמודה בתיקים שיישמו את הקטגוריה "צבע עור", החל בעניין מזרחי ואילך, מאפשרת לנו לבחון כיצד ההישענות על גון עור כמסמן זהות יכולה לחשוף את טבען החברתי של קטגוריות משפטיות. קריאה בתיקים אלו חושפת את האופן שבו בתי-המשפט עצמם נסמכים על תפקידם המרכזי של זיהוי אתני וזיהוי גזעי כמשקפים את האמת הקדם-משפטית לכאורה של הגוף. אני טוען כי בפועל, באמצע את הקטגוריה "צבע עור", הדגימו בתי-המשפט הן את הפוטנציאל הטמון בניתוח אנטי-מהותני של חוקים נגד הפליה והן את המכשולים המערכתיים הניצבים בפני שינוי כזה בפרדיגמה המשפטית.

184 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 115.

185 שם, בעמ' 118.

(א) הפוטנציאל של צבע העור

בעוד השחקנים המשפטיים משתמשים בגון העור באופן קטגוריאלי כעוגן שניתן לבנות עליו קטגוריה משפטית אובייקטיבית לכאורה, בפועל פסיקות בתי-המשפט משקפות את אופיין הבלתי-יציב של קטגוריות מוגנות מהפליה, ולכן מתמקדות פחות בזהות ויותר באיסור המניעים הגזעניים בקבלת החלטות. אי-היציבות מתבטאת בכך שהניתוח הקטגוריאלי תלוי בזיהוי המופלה כאחר, דהיינו, בכך שהנתבע האמין כי התובע – בגלל חיתוך דיבורו, צבע עורו, לבושו או המידע שמופיע בתעודת-הזהות שלו – הוא מזרחי או ערבי או אישה או אישה שהיא גם טרנסית. האמונה בדבר זהותו של התובע אינה מבוססת על אמת פנימית ובלתי-משתנה לגבי התובע, אלא צומחת ממידת עמידתו בציפיות החברתיות לגבי האופן שבו אנשים מסוימים נראים, נשמעים ומתנהגים. לכן הציפיות החברתיות ותפיסות-העולם שמהן הן נגזרות כבר מובלעות בפסקי-הדין העושים שימוש בגון עור.

לפי פסק-הדין של הערכאה הראשונה בעניינו של מזרחי, הסלקטור קיבל את החלטותיו בהתאם למראה החיצוני של המבקרים במועדון.¹⁸⁶ בעלי המועדון ערערו על פסק-הדין בטענה כי בהעדר קטגוריה של "גון עור" כקבוצה מוגנת המוכרת בחוק, מזרחי לא היה זכאי לסעד משפטי במקרה זה.¹⁸⁷ הבעלים גם טענו שוב כי הם התירו את כניסתם של מבקרים אחרים בעלי "עור כהה",¹⁸⁸ כלומר, הם העלו טענות נגד הניתוח הקטגוריאלי והדגישו את הבעייתיות הנובעת מהכרה בהפליה פנים-קבוצתית.

בית-המשפט המחוזי פתח את פסיקתו בציון העובדות הרלוונטיות ("הרקע והנסיבות הצריכות לעניין"),¹⁸⁹ ובכלל זה את מקום מגוריו של מזרחי ואת העובדה שבזמן האירוע הוא היה חייל קרבי בשירות סדיר בצה"ל.¹⁹⁰ בית-המשפט המחוזי דחה את הערעור, ומצא שוב כי מזרחי נחשף להפליה בגין צבע עורו, וכי "גון עור" הוא אכן קטגוריה מוגנת מפני הפליה על-פי חוק.¹⁹¹ בית-המשפט המחוזי מצא כי מה שהפך את מזרחי ואת חברו למסוכנים בעיני המאבטח היה גון עורם.¹⁹² במילים אחרות, הסלקטור האמין שגון עור כהה מעיד על מאפיינים מהותיים שבעטיים אדם עלול לפעול באופן אלים או מטריד.¹⁹³ לטענת בית-המשפט:

"צבע עורו" של אדם, אינו יכול להיחשב בשום מקרה נתון מתחייב לגבי כניסתו של אדם למועדון לצורך בילוי, ועוד יש לומר בלשון חדה וברורה, אין הוא יכול לשמש אף לא ראשית ראייה, לגבי אופן התנהלותו של אדם בתוך מועדון הריקודים. אין זו אלא דוגמא נוספת להפליה גנרית שיש לשרשה... הפליה כדוגמת זו פוגעת אנושות בכבוד האדם. אין לאדם שליטה על מינו ולא

186 ת"א מזרחי, לעיל ה"ש 2, פס' 12.

187 ע"א מזרחי, לעיל ה"ש 1.

188 שם, פס' 12.

189 שם, פס' 3.

190 שם.

191 שם, פס' 16–17.

192 שם, פס' 7.

193 שם, פס' 16.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

על צבע עורו או על שלמות גופו... לכך נוסף, כי ראוי לנו שנמנע ככל האפשר מלמייך בני אדם על בסיס רכיבים חיצוניים בלתי רלוונטיים, שאולי "קלים" הם לצורך עריכת השוואה חיצונית, שמקורם בסטריאוטיפיים לא מבוססים, אך הם מונעים יישומו של ערך השוויון, וממילא פוגעים בכבוד האדם.¹⁹⁴

ברונו בסממנים החיצוניים המשפיעים באופן פסול על קבלת החלטות, התייחס בית-המשפט מפורשות לסוגיית הביצועיות של הזהות והציפיות החברתיות הנגזרות ממנה. בית-המשפט דן באופן שבו בני-אדם מסוגים לתוך קטגוריות בהתבסס על סממנים שאין להם שליטה בהם, ואף הוסיף את ההבחנה כי ככל שסממנים אלו נראים יותר לעין כן התאימות שלהם למהות פנימית נתפסת כחזקה יותר.

עם זאת, בית-המשפט נמנע מבחינה קרובה יותר של תהליך מתן המשמעות שבו סממנים גזעיים של מבע מגדרי מתורגמים לאמת פנימית. תחת זאת, כדברי הול, בית-המשפט, כמו הסלקטור, בוחר "לייצב את צבע העור כעובדה פשוטה, מובנת מאליה, ונראית לעין".¹⁹⁵ בית-המשפט מכיר בכך שצבע העור סימן את מזרחי כמסוכן, אבל בה-בעת הוא מנתק את צבע העור מתפיסות-העולם הערכיות שנותנות לו משמעות. בהוציאו את צבע העור מהקשרו החברתי, כשל בית-המשפט בהבנת צבע העור כמרכיב משמעותי בביצועיות של הזהות, והפך את צבע העור עצמו לקטגוריה משפטית בעלת קיום עצמאי, כאילו לסקטור היה פחד לא-רציונלי מצבע עור שחום, שאינו טבוע עמוק בתוך מערכת אידיאולוגית מסוימת.

בית-המשפט נמנע מלהכיר בכך שהחריגה מהציפיות החברתיות המשתקפת במבעו של אדם היא שעומדת בליבה של פעולת ההפליה האסורה, אף שבפועל זו הגישה שהוא מיישם. בית-המשפט התעלם מכך שלא הסממנים החיצוניים כשלעצמם הם שמניעים את ההחלטה, אלא הקטגוריה הגזעית שאדם משיך אליה על-סמך אותם סממנים – קטגוריה שלשיוך אליה מוצמד תג מחיר חברתי. כלומר, לפני שניתן לומר על אדם שהוא כהה-עור או מזרחי, מתרחש הליך של הבניה חברתית של הקטגוריה, שיוך אליה וקביעת המשמעויות – המחירים – של ההשתייכות אליה. אף-על-פי-כן, שני פסקי-הדין בעניין מזרחי התבוננו על שאלות הנוגעות בביצועיות של הזהות גרידא, משום שהדיון עסק בשאלה מדוע מזרחי "לא נראה בעין" לסלקטור. כלומר, השאלה שעמדה במרכז הדיון היא אם המבע של מזרחי היה העילה שבגינה סורבה בקשתו להיכנס למועדון. התשובה לשאלה זו כורכת את צבע עורו של מזרחי עם שירותו הצבאי, שאותו טרח בית-המשפט לציין בפתח דבריו.

בית-המשפט לא זיהה את הטעות המונחת ביסוד האונטולוגיה המיוחסת לצבע העור, אך ביסס את פסיקתו על "טעות" אחרת – זו של שיוך לזהות לאומית. בעיני בית-המשפט, כחייל בצה"ל מזרחי מבטא את הזהות הלאומית היהודית שלו באופן שמעניק תוקף להיותו חבר שווה-זכויות בלאום היהודי, ומצדיק את ההגנה המשפטית עליו מפני הפליה. מזרחי זכאי לשוויון לא כי מזרחים הם שווי-זכויות, אלא כי בשירותו הצבאי הוא הוכיח את חברותו בלאום היהודי – שהוא קיבוץ אתני-תרבותי על-פי המשפט הישראלי – במידה שמאיינת את

194 שם, פס' 22.

195 HALL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 16.

המזרחיות שלו. על-פי בית-המשפט, הסלקטור "נכשל" בזיהוי מזרחי כחבר ראוי בלאום היהודי. הכישלון של הסלקטור חמור במיוחד משום שהמעמד כחייל הופך את מזרחי עצמו לחלק מן המערך הבטחוני המגן על הגבולות הלאומיים של הקולקטיב היהודי. אין פלא שגם בתביעות שהוגשו לאחר פרשת מזרחי הדגישו לעיתים התובעים ובתי-המשפט את שירותם הצבאי של התובעים.¹⁹⁶

בשוכו של בית-המשפט אל מסגרת הגבולות הלאומיים, ובהעלותו את "גון העור" לדרגת טגוריה מוגנת מפני הפליה באופן עצמאי, בית-המשפט עצמו כושל בהתבוננות על המערכת האידאולוגית הגזעית שמשתמשת בסממנים חיצוניים כשפה שמִתְקַשרת את ערכו של אדם. זכויות-היתר שקיבל בן-דודו של מזרחי (או כל גבר אחר שהוכנס למועדון) נובעות כאמור לא מגנאלוגיה מסוימת, ממאפיינים מולדים או תורשתיים, אלא מזיהויו כמי שאנו מייחסים לו יכולות מסוימות – גנטיות או נרכשות.

(ב) הסטת בסיס ההשוואה

במקום להשוות בין היחס שקיבל התובע מזרחי לבין היחס שהיה אמור לקבל "חייל קרבי" אחר או מי שצבע עורו בהיר, היה על בית-המשפט לבחון אם מזרחי נחשף ליחס שונה בהשוואה למי שהגבריות שלו עולה בקנה אחד עם הציפיות החברתיות של השתייכות ללאום היהודי. במילים אחרות, היה על בית-המשפט לבחון אם ההחלטה של הסלקטור נבעה מרעיונות וערכים גזעניים. הסטה זו של השיח המשפטי הייתה מאפשרת לבית-המשפט למקד את תשומת-ליבו בשאלות רחבות יותר מהשאלה אם מזרחי אכן כהה-עור יותר או פחות מבן-דודו, ולבחון את אותן ציפיות חברתיות שמעניקות ערך לאדם בחברה הישראלית. גם אם המסקנה שבית-המשפט היה מגיע אליה הייתה דומה, הדיון המשפטי שהיה מתעורר היה מסיט את המבט הרחק מגופו של מזרחי התובע לעבר המנגנונים האידאולוגיים שהופכים את הזהות המזרחית לשקופה בעיני החוק ולחשופה לנראות-יתר בחברה עצמה.

בעניין לירן ציין בית-המשפט כי אין ספק שהוא השתייך לקבוצה אשר זכאית להגנה משפטית מפני הפליה בשל צבע עורו, ארץ מוצאו ומעמדו האישי.¹⁹⁷ מהו אותו מעמד אישי מסתורי של לירן? האם בית-המשפט השתמש ב"ארץ מוצא" – הגם שלירן הוא יליד ישראל – כמושג נרדף למוצא עדתי, למורשת אתנית? יתרה מזו, מה קושר בין ארץ מוצאו של לירן, מעמדו האישי וצבע עורו לבין סגנון הלבוש, השיער והשעון שלו, ובין כל אלה לבין הטענה שהוא מסוכן? על כך לא אמר בית-המשפט דבר. במקום להתייחס לשאלות אלו, פעל בית-המשפט מתוך ההבנה הברורה אך הלא-מדוברת שהמבצע המזרחי של לירן – ובוודאי לא רק

196 ת"א (שלוס כ"ס) 3280-09 בן יהודי נ' ישראל, פס' 7 (נבו 28.1.2014); פרשת קאופמן, לעיל ה"ש 175, בעמ' 3 ("התובע הנו יליד שנת 1979, סטודנט לקרימינולוגיה ועובד באגף הביטחון של רשות שדות התעופה, אשר שירת בצה"ל ביחידה קרבית"); ע"א (מחוזי ת"א) 41592-04-12 שוורץ נ' גלינה בר בע"מ, עמ' 3-4 (נבו 16.10.2013) ("בתוך כך העלה ב"כ המערערים על נס את חברותם האמיצה של שוורץ ווודגה, למן שירותם הצבאי ביחידה מובחרת ועבור ללימודי ראיית החשבון וההתמחות").

197 פרשת לירן, לעיל ה"ש 52, פס' 21.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

צבע עורו – זיהה אותו עם מסוכנות מהותית, בסמנו אותו כאוריינט הפנימי של הקולקטיב היהודי, קרי, כפרימיטיבי, חסר מוסר, אימפולסיבי ואגרסיבי, כגבר המזרחי. כך גם בעניין צדוק וקעטבי. אילו השווה בית-המשפט את היחס שאליו נחשפו התובעים אל היחס שאליו היה נחשף מי שהמבע המגדרי שלו תואם גם ציפיות אתניות, היה פסק-הדין מאפשר דיון בהקשר החברתי הרחב שבו התרחש מקרה ההפליה הפרטנית שנדון באותו עניין. שורש הבעיה לא היה טמון במעשה פסול אחד של הסלקטור או במדיניות "ההפליה המתקנת" של המועדון כלפי נשים. תפיסת-עולם מסוימת בדבר האמת הפנימית של גבריות מזרחית הובילו לתחושתו של הסלקטור כי צדוק וקעטבי מתנהגים באופן "אגרסיבי" כאשר התעקשו על זכותם ליחס שווה.¹⁹⁸

בשורה התחתונה, לא צבע עורם של מזרחי, של לירן או של צדוק וקעטבי הוא הגורם שבגללו הם הופלו. צבע העור כחלק מן המכלול הביצועי של גבריות מזרחית ערער את תפיסת-העולם שעליה התבססה מדיניות ההבחנה בין גברים של המועדונים, ובהכללה של החברה הישראלית – תפיסת-עולם שלפיה ליהודים יש זכויות-יתר מולדות בשל השתייכותם לקיבוץ אתני-תרבותי מיוחד. המבע המזרחי הגברי ערער על ההנחה המהותנית שבבסיסן של זכויות-היתר המוענקות ליהודים, והיא שקיימת אחדות אתנית בקרב היהודים שמאפשרת הבחנה בינרית בין היהודי לאוריינט, בין היהודי לערבי. התובעים הופלו משום שהם איימו על זכויות-היתר של היהודים ועל הנהגים המרכזיים מהם, ולא על באי המועדון.

צבע העור של התובעים נקרא בתוך מערכת הרעיונות והערכים של הלאום היהודי כשפה שמספרת אמת פנימית לגבי התכונות והמאפיינים שלהם כגברים. אך גם לבית-המשפט, כמו לנתבעים עצמם, נוח להיאחז בצבע העור משום שהוא סממן בולט שנראה לעין ולפיקך נתפס כעובדה מהותית שאין להתחשב בה. אך צבע העור כסממן גזעי של מבע מגדרי אינו עומד בפני עצמו, מנותק מההקשר הרחב שבו הוא נקרא. צבע העור אינו משקף עובדה מהותית שאין להתחשב בה, אלא הוא כיסוי להנחה מהותנית בדבר שונות ודמיות. הפעולה האסורה היא פעולת המגזוע: שיוך לקטגוריות גזעיות מובנות מבחינה חברתית ומתן משמעות לשיוך לקטגוריה. כדי לזהות את המגזוע, אין צורך בהוספת קטגוריות, אלא יש צורך בשאילת שאלות נוספות. מהם הרעיונות והערכים שעמדו בבסיס ייחוסה של המסוכנות לתובעים?

בכל המקרים שנדונו במאמר זה, ובפרט בעניין מזרחי, בעניין צדוק וקעטבי ובעניין לירן, הן בית-המשפט והן התובעים ביקשו לעמוד על האופנים שבהם יכולות ותכונות מהותיות משויכות לאנשים שונים על בסיס סממנים גזעיים של מבע מגדרי. בפועל, כבואם ליישם את חוק איסור הפליה, שחקני-המפתח מזהים את הציפיות החברתיות המקובלות בהקשר הנתון, מעלים טענות על אי-ההתאמה לציפיות אלו, ושוקלים את האופן שבו אי-ההתאמה השפיעה על החלטתו של הגורם המפלה. לנוכח העובדה שבת-המשפט, התובעים והנתבעים עסוקים ממילא בניחוח אנטי-מהותני, היה טוב להפנות את הדיון אל האופנים שבהם סממנים אתניים, מגדריים ואחרים מצטלבים זה עם זה באופן שמייצר מדרגים של השתייכות ואחרות. כאמור,

198 פרשת צדוק וקעטבי, ה"ש 144, פס' 13.

המנגנונים האלה, האוכפים התאמה בין השתייכות לאומית או מגדרית לבין ציפיות חברתיות מסוימות, כבר מוטמעים בחוק ובתיקים עצמם.

3. הצעות מעשיות לניתוח אנטי-מהותני

האם הניתוח האנטי-מהותני ישים? האם יש היתכנות להצעה שהשחקנים המשפטיים יסיטו את בסיס ההשוואה ויבחנו אם המופלה נחשף ליחס שונה מזה המופגן כלפי מי שמאפיינו או מעשיו הולמים את הציפיות החברתיות? כיצד יוכל בית-המשפט להגדיר מהי הציפייה החברתית ומתי אדם חרג ממנה, והאם ראוי בכלל שהוא יעשה כן? יש מי שיטען כי לבית-המשפט אין היכולת וההכשרה לזהות את קטגוריית המוצא הרלוונטית ואת הציפייה החברתית המקובלת באותה קטגוריה, וכי בכל מקרה אין זה ראוי כלל שהוא יקבע אותן. הטענה כי על בית-המשפט לבחון אם התובע נחשף ליחס שונה בהשוואה למי שהגבריות שלו עולה בקנה אחד עם הציפיות החברתיות של השתייכות לקולקטיב היהודי אכן מייצרת משימה שנשמעת מורכבת מדי לבית-המשפט. כלומר, נשאלת השאלה אם בית-המשפט יודע לזהות ציפייה חברתית, ואם הוא יודע לקבוע חריגה ממנה בעיני המפלה. האם בית-המשפט יכול וכשיר לדרון במערכות אידיאולוגיות?

ראשית, יש לסייג ולומר כי הניתוח המוצע במאמר רלוונטי בעיקרו למקרים של הפליה "ישירה", כלומר, של נקיטת יחס שונה לאנשים על יסוד מאפיינים מכונני זהות שלהם. הניתוח המוצע במאמר ישים פחות במקרים של הפליה "תוצאתית", כלומר, למקרים שבהם אין כוונה להפלות אך תוצאת פעולתם של כוחות השוק היא הקצאה לא-שוויונית של משאבים בכל הקשור, למשל, לתוחלת חיים, להשכלה גבוהה, לשכר וכולי. ייתכן שבמקרים אלו לקביעתן של קטגוריות מוגנות מוגדרות וספציפיות יש חשיבות רבה, וניתוח אנטי-מהותני יהא מוגבל בהיקפו.¹⁹⁹

מעבר לכך, אפשר לטעון כי בית-המשפט אינו המקום לקבוע אם אדם חרג מציפייה חברתית או לא. ניתן לטעון כי החלטות כאלה צריכות להתקבל בחקיקה, ולא על-ידי גוף בלתי-נבחר, וכי כל החלטה שתתקבל תלויה בתפיסתם של השופטים והשופטות בדבר "הציפיות החברתיות ההגמוניות", בצורה שפוגמת בוודאות המשפטית. דרישה שבית-המשפט ישתמש בתיאוריה שמחייבת אותו לשיח שאין לו מומחיות בו עלולה להתברר כדרישה שהפסדה רב מתועלתה. כמו-כן, גם אם הדבר אפשרי, איך זה ייראה בפועל מבחינה אופרטיבית? אלה שאלות כבדות-משקל, אשר אדרש להן כעת באמצעות הדגמה כיצד שאלות אלו נענו בהקשרים רלוונטיים, באמצעות קריאה מחודשת בתיקים שנסקרו כאן ובאמצעות התבוננות על תיק שבו הועלו כבר טענות בדבר הביצועיות של הזהות המזרחית. עליו לסייג ולומר כי מטרתו של מאמר זה היא לעורר חשיבה ביקורתית יותר מאשר להציע מפת דרכים נורמטיבית, ובכל-זאת, פנייה בחזרה לפסיקה בישראל ולפסיקה משווה בדבר הגנה של זהות טרנסית מפני הפליה מעלה הצעות מעשיות ליישום ניתוח אנטי-מהותני.

199 אני מודה לפרופ' ברק מדינה על הערה מועילה זו.

שאלת היקף ההגנה של קטגוריית המין על אי-התאמה מגדרית הגיעה לפתחו של בית-הדין האזורי לעבודה בשנת 2013 בעניין **משל**. משל ביקשה צו מניעה זמני להשבה לעבודה בגין פיטורים לא כדין על רקע היותה אישה טרנסית.²⁰⁰ משל הועסקה במשך שלוש שנים על-ידי המרכז לטכנולוגיה חינוכית במסגרת פרויקט של הוראה מקוונת. לאחר שהגיע לידיעתם של הממונים עליה כי היא ניהלה עם תלמידותיה דיונים בעניינים אקטואליים הנוגעים גם במגדר ובמיניות, הופסקה עבודתה. לטענת המעסיקים, עבודתה הופסקה משום שמשל דיברה עם תלמידים על נושאים שפגעו בתדמיתה כמחנכת, ועסקה בתכנים שהיא לא הוכשרה לעסוק בהם ואשר לא היו רלוונטיים לתחום שהיא התבקשה ללמד – מתמטיקה. משל טענה כי ההחלטה לסיים את העסקתה התקבלה בניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות, ובפרט בניגוד לאיסור ההפליה מחמת מין ומחמת נטייה מינית.

השופטת איצקוביץ קבעה כי מעסיקה של משל ביססו את החלטתם על ציפיות מגדריות שהתבטאו בסטריאוטיפים אסורים, וזאת משום שהם ייחסו למשל אג'נדה מסוימת והבהירו במכתב הזימון לשימוע כי השימוע נדרש משום שמשל סירבה לחדול מלדון עם בני-הנוער בנושאים של זהות המגדר ונטייתה המינית. המעסיקים שבו וקבלו על כך שמשל עודדה לכאורה את תלמידותיה להתנסויות מיניות כאשר היא הזדהתה כאישה טרנסית וציינה את היותה לסבית. על כך אמרה השופטת איצקוביץ: "לצערי לא אוכל לפסול את האפשרות שאילו היה מדובר בחונכים שאינם טרנסקסואלים ואינם הומוסקסואליים בנטייתם המינית, היה הנתבע נזהר יותר טרם העלאת טענות בדבר 'עידוד' ו'ייזום' שיחות על מיניות".²⁰¹ כלומר, לדעת השופטת איצקוביץ, אילו שוחחה משל בשולי הדברים עם תלמידותיה על זהות מגדר שהולמת את המין שאיתו היא זוהתה בלידתה – למשל, אילו היא הייתה אישה לא-טרנסית שמאזכרת בשיעוריה את בעלה – סביר להניח שלא היו מתעוררות בעיות. במילים אחרות, מאחורי ההחלטה לגבי משל עמדה אידיאולוגיה שמחייבת אחידות של מין, מגדר ומיניות – אידיאולוגיה שמקנה זכויות-יתר לגברים הטרנסקסואלים שזוהו כזכרים בלידתם.

במקום לשאול אם משל נחשפה כאישה ליחס שונה בהשוואה לגברים או לנשים אחרות, הישירה השופטת איצקוביץ את המבט השיפוטי אל הליך המגדור, כלומר, אל המנגנון הכופה שבתוכו נוצרות הזהויות המיניות והמגדריות התואמות את הציפיות החברתיות המקובלות והמוצגות כטבעיות.²⁰² על-מנת לזהות את ההפליה על רקע שונות מגדרית, חשפה השופטת איצקוביץ את השימוש במאפיינים ביולוגיים, חברתיים ותרבותיים שנתפסים כטבעיים וכבלתי-משתנים ומעניקים לגיטימציה למדרגים בין קבוצות ואנשים, כגון מגוון הציפיות המגדריות – הן אלה שנחשבות סטריאוטיפ והן אלה שנחשבות "טבעיות". במילים אחרות, השופטת איצקוביץ אומרת שבסיס ההשוואה שלה הוא לא בין נשים לגברים, אלא בין מי שמאפייניו או מעשיו עולים בקנה אחד עם הציפיות המגדריות המקובלות לבין מי שאינו כזה. בכך השופטת איצקוביץ מרחיבה את גבולות הניתוח הקטגוריאלי אל עבר הניתוח האנטי-מהותני, ומשקפת

200 סע"ש (אזורי ת"א) 791-06-13 **משל** – המרכז לטכנולוגיה חינוכית (נבו 13.5.2014) (להלן: סע"ש **משל**).

201 שם, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת איצקוביץ.

202 קטרי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 650.

את התפיסה שהמין המשפטי אינו משקף אמת ביולוגית, אלא נורמות חברתיות. כלומר, השופטת איצקוביץ אינה שואלת אם השיח שעוררה משל הוא לגיטימי, אלא אם בהעדר תפיסת-עולם טרנספובית והומופובית היא הייתה נחשפת לאותה "חשדנות" מצד המעסיקים. בתשובה על שאלה זו קבעה השופטת איצקוביץ כי איסור ההפליה מטעמי מין כולל בתוכו איסור הפליה מחמת אי-התאמה מגדרית. בפרט קבעה השופטת כי המונח "מין" המצוי בחוק שוויון ההזדמנויות "איננו מוגבל למינו הביולוגי של האדם, אלא מתייחס גם לזהותו המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית".²⁰³ יתר על כן, השופטת איצקוביץ קבעה כי יש להעניק לחוק פרשנות רחבה²⁰⁴ שלפיה המונח "מין" מתייחס ל"מין פלוס", קרי לכל תכונה או מאפיין ניטרליים הנוספים על רכיב המין, וכי בהתייחס להפליית א/נשים טרנסים ה"פלוס" "יכול לייצג את ההליך לשינוי המין, את הזהות המגדרית השונה מהמין הביולוגי ואולי את עצם החריגה מהקטגוריות המוכרות של 'נשים' ו'גברים' – היא ביטוי אשר יהא".²⁰⁵ במסגרת פשרה בהכרעת הערעור הסתפק בית-הדין הארצי לעבודה בקביעה כי הקטגוריה המוגנת "מין" המצויה בחוק איסור הפליה מתייחסת גם לזהות מגדר.²⁰⁶ מה ניתן ללמוד מעניין **משל** לעניין הניתוח האנטי-מהותני של הפליית מזרחים? ראשית, כי ניתן להסתמך על הקטגוריות המוגנות הקיימות בחוק, מבלי להידרש לחקיקה נוספת, על-מנת להרחיב את הקבוצות הזוכות בהכרה והגנה משפטיות; ושנית, שגם אם הרעיון של הסתת בסיס ההשוואה נשמע מורכב מבחינת הקביעה מהן הציפיות החברתיות, בפועל הוא אינו נסמך על מומחיות מורכבת שנדרשת, למשל, בשאלה אם אדם הוא טרנס, אלא על דברים ש"ידועים לכל" בכל הנוגע באנשים נורמטיביים. בפועל פסק-הדין נסמך על מה שניתן לקרוא לו סטריאוטיפים מגדריים, ומבסס את קביעתו על האיסור לקבל החלטות על בסיס סטריאוטיפים. כאמור, בדעת הרוב בפרשת **פרוד'אנסקי** אושר כי הפליה על בסיס סטריאוטיפים מגדריים אסורה במשפט הישראלי, משום שהיא מחדדת ומשמרת הבדלים לא-רלוונטיים בין קבוצות או כאלה שנשענים על אותם סטריאוטיפים.²⁰⁷

(א) סטריאוטיפים כציפיות חברתיות – הלכה למעשה

כאמור, העמדה האוסרת שימוש בסטריאוטיפים שליליים אומצה על-ידי בית-המשפט בישראל בהקשר המזרחי בעניין **מלכה**.²⁰⁸ בית-הדין קיבל את עמדת התובע כי לשמו יש קונוטציה מזרחית יותר מאשר לשם "מאיר מלכיאלי", ולכן מתקבל על הדעת כי די היה בשם זה להביא לידי כך שבראון ייחס סטריאוטיפים למלכה ויימנע מבחינת מועמדותו לעומק.²⁰⁹ בראון לא ראה את מלכה כמו עיניו, אך די היה בשמו לסמנו כ"ערס" ולגבש את העמדה כי יש לו קרוב

203 סע"ש **משל**, לעיל ה"ש 200, פס' 8.
 204 בהקשר זה ראו רות בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב 622–624 (1998).
 205 סע"ש **משל**, לעיל ה"ש 200, פס' 8.
 206 ע"ע (ארצי) 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית – **משל** (נבו 2015.2.6).
 207 פרשת **פרוד'אנסקי**, לעיל ה"ש 19, פס' 24–25 לפסק-דינו של השופט דנציגר.
 208 פרשת **מלכה**, לעיל ה"ש 64.
 209 שם, פס' 60–61.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

לוודאי "בעיית יחסי אנוש". בהתבסס על שמו של מלכה סבר בראון, כדברי בן יפת, כי הוא קרוב לוודאי אלים, בעל חזות "מצועצעת" וכישורים נמוכים יותר בהשוואה למועמדים אחרים, וכל זאת מבלי לפגוש את מלכה. לדברי בית-המשפט, בראון ייחס למלכה סטריאוטיפים בנוגע לגברים מזרחים, ובראשם סטריאוטיפ ה"ערס", והדבר היווה הטיה לא-רציונלית מצידו של בראון.

אך האם בראון הוא "תפוח רקוב" ותו לא, אשר מחזיק ברעיונות שאבד עליהם כלח, או שמא התנהגותו של בראון משקפת מנגנון רחב יותר של מתן ערך חברתי לאדם בהתאם למידת התאמתו לציפיות החברתיות המקובלות? אין להמעיט בחשיבותו של הניתוח מבוסס-הדיכוי המצוי בליבה של ההחלטה ומתבטא בהכרה במוצא עדתי כקטגוריה מוגנת. אך חשיבותו של פסק-הדין חורגת מהכרה בקטגוריה זו, שכן בפסק-הדין בעניין מלכה בית-המשפט מוכיח כי הוא נכון וערוך לניתוח אנטי-מהותני של ההפליה. בית-המשפט מגן על התובע מפני הפליה על רקע סטריאוטיפים שליליים שמיוחסים למבצע מזרחי, שהרי בית-המשפט הכיר בכך ששם משפחתו סימן אותו כ"ערס". משכך, נדמה כי בית-המשפט יהיה נכון וערוך להגן על אותו תובע מפני הפליה על רקע אי-התאמה לציפיות חברתיות המקודדות באותם סממנים אתניים של זהות מגדרית.

פסק-הדין בעניין מלכה רלוונטי לדיון במאמר זה הן משום שבית-המשפט קורא את העילה המוגנת "ארץ מוצא" כמתייחסת ישירות לשם משפחה מזרחי; הן בשל הדגשת חשיבותן של "הטיות לא רציונליות"; והן משום הדיון הער בקשר שבין שם משפחה, סטריאוטיפים והשתייכות קבוצתית – קשר אשר בליבו עומד מנגנון הציפיות החברתי המעניק משמעות מסוימת לסממנים אתניים מסוימים, כגון שם משפחה. לכן, כמו בתיקים העוסקים בצבע עור כעילה מוגנת, גם בפרשת מלכה בית-המשפט דן למעשה בביצועיות של גבריות מזרחית, והוא עושה זאת דרך ההכרה בסטריאוטיפים שליליים. כפי שטוענת ליהי יונה, איסור השימוש בסטריאוטיפים הוא כלי שמאפשר ניתוח אנטי-מהותני.²¹⁰ אך מה עם סטריאוטיפים "חיוביים", קרי, עם מכלול הציפיות החברתיות?

כאמור, בעניין פרוד'אנסקי,²¹¹ שביסס את איסור השימוש בסטריאוטיפים במשפט הישראלי, הובנו סטריאוטיפים – הן בחוות-דעת הרוב של דנציגר והן בחוות-הדעת המשלימה של ג'ובראן – כמשקפים ציפיות חברתיות, שליליות כחיוביות. אך כיצד זיהה בית-המשפט העליון את הציפיות החברתיות? וכיצד הוא הבין את תפקידו של בית-משפט קמא בזיהוי אותן ציפיות? התשובה אינה חד-משמעית. דנציגר ערער על קביעתו העובדתית של בית-משפט קמא בדבר המסופנות הנשקפת מגברים צעירים, וקבע כי היא נסמכת רק על "ניסיון החיים" של בית-המשפט.²¹² עם זאת, דנציגר דוחה את עמדתו של בית-משפט קמא דווקא משום שאין בליבו כל ספק שהקביעה כי גברים צעירים בוגרים פחות מנשים צעירות אינה מעידה על הכלל.²¹³ כיצד ייתכן שדנציגר דוחה את קביעותיו של בית-משפט קמא משום שהן מבוססות רק על ניסיון

210 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 136.

211 פרשת פרוד'אנסקי, לעיל ה"ש 19.

212 שם, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

213 שם.

חיים אך מאשש את עמדתו שלו בנושא על בסיס רחשי ליבו? דנציגר מוכן לקבל כי גם אם יש גרעין של אמת בקביעותו של בית-משפט קמא, תפקידם של חוקי איסור הפליה הוא להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות", כדברי השופט חשין המצוטטים בפסק-הדין.²¹⁴ נדמה כי דנציגר מקבל שהבחנות מקובלות בין פרטים וקבוצות מצויים בתחום הידיעה השיפוטית. כלומר, זיהוי ציפיות חברתיות אינו מחייב מומחיות הנמצאת מחוץ לעולמם של השחקנים המשפטיים. אך גם אם נדרשת פנייה למומחים בקביעת הציפיות החברתיות – פנייה שמאפשרת לבתי-המשפט להסתמך על יותר מאשר רחשי ליבם – בתי-המשפט בישראל יודעים לעשות זאת. בתי-המשפט ואלה שפונים אליהם מאמינים ביכולתם לזהות סטריאוטיפים, בין בהתבסס על חוות-דעת חיצוניות, כגון עדותה של בן יפת בעניין **מלכה**, ובין בהתבסס על דברים שידועים לכל. בעניין **משל** הייתה השופטת איצקוביץ נכונה להכיר בציפיות חברתיות בהסתמך על מחקרים אקדמיים וחוות-דעתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר איששו את מה שהשופטת איצקוביץ הגדירה כתפיסות מוסכמות על נשים וגברים. אותו ביטחון בדברים הידועים לכל וההסתמכות על חוות-דעת חיצוניות חושפים כי היכולת לזהות ציפיות חברתיות כבר כלולה בארגו הכלים של המשפטנים. בפסק-דין נוסף שבו ירבה השופטת איצקוביץ בראש המותב, ואשר דן במקרה שבו הוטח בעובד הביטוי "ערס קטן", היא הסתמכה על פסק-הדין בעניין **מלכה** כדי לקבוע כי ביטוי זה מטרתו "לייחס לאדם שיוך קבוצתי מסוים על מנת להשפילו או לרמוז על נחיתותו".²¹⁵ ברי כי לא רק שניתן להכיר בציפיות חברתיות, אלא שהדבר כבר נעשה בפועל גם בתביעות של מזרחים, ואינו נזקק לאישוש מחודש בכל תביעה. מכל מקום, טענתי היא כי ככל שבתי-המשפט כבר מכירים באיסור הפליה על בסיס סטריאוטיפים, הם עצמם כבר עוסקים בבחינת ההתאמה לנורמות חברתיות מקובלות, קרי, בבחינה אנטי-מהותנית של הפליה.

(ב) מגבלות הניתוח הסטריאוטיפי ואנטי-מהותנות שמרנית

הגם שלטענתי המרחק בין איסור הפליה על בסיס סטריאוטיפים לאיסור הפליה על בסיס תפיסות חברתיות מקובלות הוא כמעט בלתי-נראה לעין, באופן מעשי השימוש בסטריאוטיפים מוגבל יותר, משום שהוא מובן כמתייחס רק לייחוס של תכונות ויכולות שליליות. התמקדות בהתאמה או אי-התאמה לציפיות חברתיות אינו סבוך בהכרח מזה המתבסס על סטריאוטיפים, וייתכן שהוא אף פשוט ממנו. את זאת ניתן ללמוד מהתפתחויות עדכניות במשפט החוקתי האמריקאי בהקשר של הפליה מטעמי מין. אחת ההלכות המשמעותיות בנושא היקף ההגנה מטעמי מין בארצות-הברית היא הלכת *Price Waterhouse* משנת 1989.²¹⁶ באותו מקרה נדונה תביעתה של אישה לא-טרנסית שמבעה המגדרי היה גברי באופן מובהק ואשר טענה כי הופלתה בקידום בעבודה עקב אי-התאמתה לסטריאוטיפים מגדריים לגבי נשים. בית-המשפט האמריקאי קיבל את הטענה, וקבע, כפי שנאמר בעניין **פרוז'אנסקי**, כי הפליה על בסיס סטריאוטיפים היא הפליה מטעמי מין.

214 ש.ם.

215 סע"ש (אזורי ת"א) 42003-03-15 כהן – אייקו מעצבי שיער בע"מ, עמ' 14 (נבו 6.3.2017).

216 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 280 (1989).

במרוצת השנים הסתמכו גם תובעים מהקהילה הטרנסית על הלכה זו על-מנת לטעון כי הופלו משום שהם לא עמדו בסטריאוטיפים המגדריים שמשויכים למין שאיתו זוהו בלידתם. כלומר, נשים טרנסיות טענו כי הופלו משום שהן זכרים שאינם גבריים, ולהפך. הבעיה מהפן הטרנסי הייתה, כמובן, שלצורך טיעון זה טענו גברים טרנסים כי הופלו כנשים, ולהפך. באופן רחב יותר הבעיה הייתה שהלכת *Price Waterhouse* נתפסה כהגנה שנפרשת על מעשים ופעולות שסותרות סטריאוטיפים (למשל, גבר שלובש חצאית לעבודה), אך לא על זהויות. כלומר, סטריאוטיפים מוגבלים ביכולתם להכיר בקשר שבין זיהוי לזהות שמבנה את המשמעות שניתנת למעשים מסוימים. לכן לעיתים נדחו תביעותיהם של טרנסים כמו-גם של הומואים ולסביות מכוח הלכת *Price Waterhouse*, בטענה שהם הופלו על בסיס זהות המגדר שלהם או נטייתם המינית, ולא בגלל מינם.

שאלת תחולתה של ההגנה מטעמי מין בהקשר של זהות מגדר (וכן בהקשר של נטייה מינית) הגיעה לפתחו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעת האחרונה במסגרת פסק-הדין בעניין *Bostock* שניתן בשנת 2020.²¹⁷ בלב התיק עמדה תביעתה של איימי סטפנס, אישה טרנסית שפוטרה מעבודתה כמנהלת הלוויות לאחר שהודיעה למעסיקה כי היא עוברת הליך להתאמה מגדרית שבסופו תחזור לעבודה כאישה. טענתה של סטפנס לאורך כל ההתדיינות הייתה כי היא הופלתה בשל היותה טרנסית, וכי הדבר מוגן מכוח החוק. הערכאה הראשונה פסקה נגדה, שכן אין קטגוריה מוגנת של זהות טרנסית או זהות מגדר בחוק הרלוונטי;²¹⁸ ערכאת הערעור פסקה כי זהות טרנסית מוגנת כהפליה מטעמי מין, בהתבסס על הלכת *Price Waterhouse*;²¹⁹ ובית-המשפט העליון בארצות-הברית נדרש להכריע בסוגיה.

בפסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי, מפיו של השופט השמרן ניל גורסץ' (Gorsuch), התקבלה תביעתה של סטפנס. גורסץ', הנחשב לממשיך דרכו של אנתוני סקליה (Scalia) בפרשנות טקסטואלית (textualism) המכבדת את לשון החוק כמסגרת שאין לחרוג ממנה,²²⁰ דחה את הטענה כי יש לפרש באופן רחב את ההגנה מטעמי מין כאילו היא נפרשת גם על זהות מגדר או על סטריאוטיפים. תחת זאת קבע גורסץ' כי ההגנה של תובעים מהקהילה הטרנסית נובעת באופן בלתי-נמנע מלשון החוק עצמו. על-פי גורסץ', אי-אפשר לפטר אדם על רקע היותו טרנס (או הומו, לסבית או ביסקסואל) מבלי להביא בחשבון את המין במובנו המקובל ביותר.²²¹ כך אומר גורסץ':

217 *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020).
 218 *Equal Employment Opportunity Comm'n v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc.*, 100 F.Supp. 3d 594 (E.D. Mich. 2015).
 219 *Bostock v. Clayton Cnty.*, No. 1:16-cv-001460, 2016 WL 9753356 (N.D. Ga. Nov. 3, 2016).
 220 לדיון באוריגניליזם וזכויות-יסוד ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 182 (2014).
 221 בהקשר זה גורסץ' משתמש בדוגמה של אישה לסבית שמפוטרת לאחר שהיא מביאה את בת-הזוג שלה לאירוע חברתי במקום העבודה. הוא משווה זאת למקרה שבו גבר נורמטיבי מביא לאירוע חברתי את אשתו, וקובע כי הפרט המבדיל ביניהם הוא המין שזוהה בלידתם. ראו הלכת *Bostock*, לעיל ה"ש 217, בעמ' 10.

טלו, לדוגמה, מעסיק אשר מפטר טרנסית אשר זוהתה בלידתה כזכר אך מזדהה כעת כנקבה. אם המעסיק יותיר בעבודתה מועסקת אחרת אשר זהה לטרנסית בכל מובן מלבד העובדה שהיא זוהתה בלידתה כנקבה, אזי המעסיק מעניש (penalizes) בכוונה את מי שזוהתה בלידתה כזכר בגין מאפיינים או פעולות שהוא היה מקבל אצל עובדת שזוהתה בלידתה כנקבה.²²²

ההבחנה שגורסין עושה בין המין שזוהה בלידה לבין המין שבו התובעת מזדהה טומן בחובו את מערך הציפיות החברתיות שבין זיהוי להזדהות שביחס אליהן מתקיימת הזהות. הוא אינו נדרש להבחנה בין זהות למעשים, אלא להכרה במעשים ובפעולות המצופים ממי שזוהה בלידה כזכר וממי שזוהה בלידה כנקבה. בקביעתו זו גורסין מחזק את הטענה כי אין צורך בקטגוריות נוספת – נטייה מינית או זהות מגדר – שכן קטגוריית המין עצמה, באופן שבו היא מגינה על הפער שבין זיהוי להזדהות, כוללת בתוכה את הציפיות בנוגע למיניות ולביטוי המגדר של אדם. בשורה התחתונה, בנסיונו להיות טקסטואלי, גורסין מאמץ פרשנות חדשנית במהותה. כיצד הדבר אפשרי? משום שבהיצמדותו ללשון החוק שמדברת על מין, גורסין אינו מתייחס לזהות מגדר כאל חלק מהותי מהעצמי, כתחושה פנימית של אדם כזכר או כנקבה, ובמקום זאת מתמקד במאפיינים ובמעשים, בביצועיות שמאפשרת זיהוי והזדהות.²²³ דווקא מנקודת-מבט שמרנית, גורסין מראה כי ניתוח אנטי-מהותני המכיר בביצועיות של הזהות יכול לגשר על הפער בין זיהוי להזדהות.

4. אי-התאמה מזרחית

בהמשך לניתוח של גורסין, שהוצג בחלק הקודם, ניתן לטעון כי גם אצל מזרחים בישראל קיימת אי-התאמה בין הזיהוי בלידה עם קטגוריית הלאום "יהודי" לבין ההזדהות כמזרחים. אין כוונתי לומר שהגברים המזרחים שהופיעו בתביעות שנסקרו לעיל אינם מזדהים כיהודים. להפך, מתוך הכרה בפרקטיקות התרבותיות ובהיסטוריה של קהילות מזרחיות בישראל, שנסקרו לעיל, ניתן להניח בסבירות קרובה מאוד לוודאות כי התובעים בתביעות שנסקרו (למעט בתביעותיהם של אזרחים ערבים) מזדהים כיהודים.²²⁴ בהסתכלות על הרעיונות והערכים שמקודדים לתוך הקטגוריה "יהודי", ההזדהות כמזרחי מסמנת זיקה לאוריינט ולאוריינטלי, באופן שמערער את טענת הייחוד האתני-התרבותי של הלאומיות היהודית. כלומר, אם ננתח תביעה מזרחית בדרכו של גורסין, איננו נדרשים להכיר בזהות מזרחית או יהודית כחלק מהותי מהעצמי כדי להכיר בקשר שבין הזהות לבין המעשים והתכונות המצופים ממי שזוהה בלידתו כיהודי.

222 שם (בתרגום המחבר).

223 Paisley Currah, *How a Conservative Legal Perspective Just Saved LGBT Rights*, BOSTON REVIEW (Jun. 19, 2020), <https://bit.ly/3L04Gkg>.

224 למעשה, נראה כי הזהות היהודית המסורתית חזקה בהרבה בקרב קהילות מזרחיות מאשר בקרב קהילות אשכנזיות, אשר התפצלו היסטורית בין אורתודוקסים לחילונים. לקריאה נוספת ראו Yaacov Yadgar, *Jewish Secularism and Ethno-national Identity in Israel: The Traditionist Critique*, 26 J. CONTEMP. RELIG. 467 (2011).

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

ברי כי יש הבדל קריטי בין ההפליה על רקע זהות טרנסית שנבחנה בעניין *Bostock* לבין הפליית מזרחים, והוא שבעוד האשכנזי והמזרחי מזוהים שניהם בלידה כיהודים, האישה הטרנסית מזוהה כזכר ואילו האישה הלא-טרנסית מזוהה כנקבה. אך בהמשך לאותו קו ניתוח אנטי-מהותני של גורסין ניתן לטעון כי האישה הטרנסית מופלית בשל אי-ההתאמה עצמה לציפיות הנגזרות מן הזיהוי. כלומר, היא מופלית גם כנגד מי שזוהה כזכר ומזדהה כזכר, שכן מה שמבדיל ביניהם – כמו מה שמבדיל את סטפנס מהאישה הלא-טרנסית – הוא אי-ההתאמה בין הזיהוי לזהות. מהפרספקטיבה הטרנסית ניתן להתבונן אל תוך קטגוריית המין עצמה ולראות את האחידות שהיא מניחה בין זיהוי בלידה להזהות, בין מין לזהות מגדר. דווקא בשל כך הפרספקטיבה ה"טרנסית" על אי-ההתאמה שבין נורמות הלאומיות בישראל לבין גבריות מזרחית מאפשרת לנו להסתכל אל תוך הקטגוריה המוגנת "לאום" ואל האחידות האתנית שהיא מניחה בקרב היהודים.

אם אנחנו מוכנים להכיר בכך שהתכונות והמאפיינים האתניים שמבחינים בין מזרחים לאשכנזים – קרי, שמסמנים שונות במנהגים, בהיסטוריה, בתרבות ובלשון – ממוקמים בזיקה כזו או אחרת לערביות, אזי ההבדל הביצועי בין המזרחי לאשכנזי טמון באופן שבו הם מזדהים עם העם היהודי. גם אם המזרחי חולק את הרגשת שותפות הגורל, הביצועיות של הזהות היהודית נתפרה למידותיו של האשכנזי. הגבר המזרחי נענש בדחיית בקשתו להיכנס למועדון בגין מעשים או פעולות שהיו מותרות אצל אשכנזי בגלל האופן שבו הוא מזדהה עם העם היהודי. המבצע היהודי של האשכנזי מותר, בעוד זה של המזרחי אסור.

התינוק המזרחי והתינוק האשכנזי מזוהים בלידה כזכרים במינם וכיהודים בלאומם, כלומר, בהשתייכות האתנית-התרבותית שלהם. אולם באמצע מאפיינים והתנהגויות שמאפיינות גבריות מזרחית, בסירובו להשתכנז, הגבר המזרחי חורג דה-פקטו מגבולות הלאום, כקטגוריה שמניחה אתניות אחידה בקרב היהודים, ועל-כן הוא מופלה. הגבר המזרחי אינו מסכן את באי המועדון; הוא מסכן את זכות ההגדרה העצמית של מדינת-ישראל ככל שזו מותנית באחדותם של היהודים כקבוצה אתנית-תרבותית השוללת את האוריינט ואת האוריינטלי, את הערבי והערביות. הבטחתי כי אם ניישם את ניתוחו של גורסין על הפליית מזרחים נגיע לניתוח משפטי פשוט ונהיר, והנה אנחנו עוסקים שוב בשאלות הרוט-גורל דוגמת זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי. אך לדיון לעיל יש מסקנות פשוטות יותר ליישום. בכניסה למועדון הגבר המזרחי מופלה על בסיס לאום, שכן הוא זוהה בלידתו כיהודי (קטגוריה המכחישה את השונות האתנית של מזרחים) אך אימץ מאפיינים והתנהגויות מזרחיות. כלומר, גם תחת העילות האסורות להפליה הקיימות כיום בחוק, ובפרט לאום וגזע (אשר בכל הנוגע ביחסי יהודים-ערבים משיקות זו לזו), הבחינה המשפטית צריכה להתמקד פחות בשאלה אם המופלה הוא מזרחי או כהה-עור, ויותר בשאלה אם המופלה נחשף ליחס שונה בשל מאפיינים ומעשים שהיו מותרים לאחרים. ברי כי השאלה היא לא אם היה מותר לאשכנזי להיות כהה-עור, אלא, למשל, אם מאפיינים גבריים או מעשים של התובע היו מסמנים גם אחרים כמסוכנים. כלומר, במקום לבחון אם התובע כמזרחי נחשף ליחס שונה מאשכנזי, יש לבחון אם הגורם המפלה ייחס למופלה תכונות ויכולות מסוימות או סירב לייחס לו תכונות ויכולות אחרות משום שהוא האמין כי המופלה משתייך או אינו משתייך לקבוצת זהות מסוימת. מן התיקים שנסקרו לעיל נדמה כי שאלות אלו כבר נשאלות בפועל בבתי-המשפט בישראל.

ברי כי גם בקו טיעון משפטי זה יידרש עדיין התובע להוכיח כי הוא הופלה על בסיס המבצע המזרחי שלו, ולא נוכל להימנע לחלוטין מדיונים בשאלה מה עמד בבסיס ההחלטה של הגורם המפלה. משכך עולה החשש כי הדיון ישוב ויתמקד בשאלות כגון אם צבע העור של התובע כהה דיו או אם הוא "עובר" כמזרחי. אך יש להבין את השאלה מה עמד בבסיס ההחלטה של הנתבע באופן רחב, כלומר, לבחון מהן התפיסות האידיאולוגיות ביחס לגזע או ללאום או למין שהניעו את הגורם המפלה, מדוע "חזות מזרחית" נחשבת מסוכנת. בסופו של יום, כאמור, מזרחים מופלים לא כי הם ערבים, אלא בשל האחידות שהקטגוריה הלאומית "יהודי" מניחה והגבול הבינרי שהיא מסמנת בינה לבין ה"אחר" שלה – הערבי. הדגש פה הוא לא בשאלה אם המופלה הוא אכן מזרחי, אלא אם יש יסוד סביר להאמין כי ההחלטה התקבלה משום שייחסו למופלה תכונות ויכולות מסוימות על בסיס ההצטלבות בין ציפיות אתניות, גוף וזהות.

(א) בין מגזוע למבע

הטיעון בדבר הצורך לערער על האחידות המדומיינת של הקטגוריה "יהודי" ובדבר הקושי שבזיהוי הפליה של מזרחים לנוכח אחידות מדומיינת זו עומד במרכז עבודתה של ביטון "ה'אין' כ'יש". כאמור, ביטון מציעה לתקן את חוק איסור הפליה כך שיכיל קטגוריה ייחודית לבעלי מוצא מזרחי, כגון עדה, אתניות או מזרחיות, באופן שייתר פרשנות נרחבת של הקטגוריות "ארץ מוצא" או "גזע" ואת השימוש בקטגוריה שיצרה הפסיקה – "צבע עור".²²⁵ לפי הצעתה של ביטון, קטגוריה חדשה זו תוכל להידרש למנגנוני המגזוע שקהילות מזרחיות חשופות אליהם.

אני, כאמור, מציע פתרון שונה שאינו מצריך שינוי חקיקה – פיתוח שיח משפטי שמכיר בהליכי המגזוע באמצעות בחינה של אי-התאמה לציפיות חברתיות מקובלות. התמקדות בציפיות חברתיות, ולא בהיכללות בקטגוריה מוגנת כזו או אחרת, מבדילה את גישת המאמר מגישתה של ביטון בכמה היבטים מרכזיים שכבר נסקרו, ביניהם הרקע התיאורטי להבנת ההפליה, כוחה הפרשני של השפיטה אל מול חקיקה מפורשת, מורכבות בנייתה של הטענה המשפטית וניתוח הסיטואציה המשפטית. אולם גישה זו נבדלת גם בהסתמכותה על חוק קיים אל מול שינוי תחקיתי.

הפתרון שמאמר זה מציע אינו מחייב שינוי חקיקה, אלא רק שינוי נקודת-המבט על האופן שבו הצדדים ובתי-המשפט כבר בוחנים מקרים של הפליית מזרחים. בכל-זאת, הפתרון המוצע מעביר את נטל ההתמודדות עם הקושי שתביעות של מזרחים מעוררות, מבחינת הנחות-היסוד של המשפט הישראלי בדבר אחידות יהודית, מכתפיו של המחוקק אל השחקנים המשפטיים, ובראשם בתי-המשפט. לכן ניתן לטעון כי הפתרון שביטון מציעה מעניק לבתי-המשפט כלי ברור להיעזר בו לצורך מיגור הפליה נגד מזרחים, ואילו הפתרון המוצע במאמר זה יאלץ את בתי-המשפט לפסוק שהתנהלותו החיצונית של תובע לא תאמה את הנורמות המקובלות. עולה אם כן השאלה אם חסרונותיו של הניתוח האנטי-מהותני אינם עולים על יתרונותיו.

225 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 491.

קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה

ראשית, חשוב להבהיר כי שינוי תחיקתי ושינוי בפרקטיקות של הליטיגציה והשפיטה אינם סותרים בהכרח זה את זה. כלומר, ניתן ליישם כבר כיום את הניתוח המוצע במאמר במסגרת כתבי בית-דין ופסקי-דין, ובמקביל לפעול לשינוי תחיקתי, אשר עד היום טרם גובש, וזאת אף שהחוק כבר שונה פעמים מספר מאז נכנס לתוקף. שנית, אם נחזור אל נקודת-המבט הטרנסית על איסור הפליה, נגלה שהוספת קטגוריה מוגנת אינה מאיינת בהכרח את הצורך בניתוח אנטי-מהותני, משום שבמידה רבה כל מקרה של הפליה פרטית שמוגן בחוקים דוגמת חוק איסור הפליה מתבסס במידה רבה על ביצועיות של הזהות.

יתר על כן, יצירת קטגוריה מוגנת שמכוונת כלפי מזרחים או טרנסים עלולה לאשרר כאמור את ההיבטים המבניים של הדרה שמוכנים בתוך החלוקות הבינריות שהמזרחים והטרנסים חורגים מהן, דהיינו, בחלוקה ליהודים/ערבים ובחלוקה לזכרים/נקבות. הכוונה היא שקטגוריה מוגנת של זהות מגדר מניחה כי טרנסים אינם מופלים על בסיס המין, וכך אותה קטגוריה ממשיכה לאשרר את הנורמטיביות של זיהוי המין בלידה. באותה מידה קטגוריה מוגנת של מוצא עדתי, ככל שהיא תאשרר את ההנחות ההומוגניות בדבר הלאום היהודי, עלולה להמשיך למחוק את ההיבטים המבניים שתורמים להפליית המזרחים, בשל העובדה שחווית-החיים המזרחית מערערת על קווי הגבול הכי שמורים של המשפט הישראלי בדבר דמיות ושונות. לבסוף, מבחינה מעשית הניתוח האנטי-מהותני מאפשר להסתמך על ההגנות הרחבות שכבר ניתנות במשפט הישראלי מפני הפליה על רקע השתייכות ללאום ולמין מבלי שיהיה צורך לפתח גוף פסיקה חדש. אולם גם אם אני מאמין כי ניתוח אנטי-מהותני הוא מתבקש, הדרך ליישומו אכן אינה פשוטה, כפי שעולה מפסק-הדין בעניין **סיסו**, שיידון כעת.

5. הביצועיות של הזהות עומדת למשפט

כאמור, קריאה משותפת של הלכת **משל** ופרשת **מלכה** ויישומה האנטי-מהותני של הקטגוריה יציר השיפוט "צבע עור" היו צריכים להנחות את בתי-המשפט בניתוח של הפליית מזרחים כהפליה על בסיס הביצועיות של הזהות. אולם לא כל בתי-המשפט מבינים את איסור ההפליה בחוק במובנים אלו, הגם שהדבר מתבקש מפסיקותיהם שלהם. בעניין **סיסו**²²⁶ נדון עניינו של עורך-דין ורואה-חשבון שביקש להתקבל לחברות באתר היכריות לאקדמאים. בקשתו נדחתה פעמיים מטעמים שונים. אולם משניסה להתקבל לאתר תוך שינוי פרטי הזיהוי שלו – שם המשפחה שלו ומשרד עורכי-הדין שבו הועסק – התקבלה בקשתו. סיסו תבע את האתר, אך תביעתו נדחתה, לכאורה משום שהיה הבדל רלוונטי בין זהותו האמיתית לזהותו המזויפת, והוא שמו של משרד עורכי-הדין, הגם שמדובר בשני משרדי בוטיק הנהנים מאותו מעמד עסקי. באות-הכוח ממרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום השוויון (ע"ר) טענו, בין היתר, כי שם משפחה הוא סממן גזעי שיכול לשקף חריגה מנורמות מקובלות של יהדות בישראל. במילים אחרות, הן טענו כי ההחלטה לא לקבל את בקשתו של סיסו נבעה מכך ששם המשפחה שלו סימן אותו כבעל מעמד חברתי נמוך יותר. העובדה שבשם הבדוי "גרינברג" היה סיסו ראוי להשתייכות לאתר היא הראיה כי הוא נחשף ליחס שונה בהשוואה למי שזהותו או התנהגותו

226 תא"מ (שלום ת"א) 5549-05-17 **סיסו נ' אינטרמק' בע"מ** (נבו 17.9.2017).

עולה בקנה אחד עם הציפיות החברתיות המקובלות – למשל, שבעלי מקצועות חופשיים המשתכרים שכר גבוה הם גברים אשכנזים.

אך בית־המשפט דוחה טענות אלו. בית־המשפט נאחז בכך שבבקשת החברות המזויפת של "גרינברג" נכתב שם של משרד עורכי־דין אחר, הגם שזהו הבדל לא־רלוונטי. מכיוון שהחוק אינו אוסר הפליה על רקע מקום עבודה, נדחתה תביעתו של סיסו. לחיזוק טענתו הראה בית־המשפט כי במקרים אחרים אנשים עם שם משפחה מזרחי התקבלו לאתר, וזאת אף שבפרשת מלכה נקבע כי יש לבחון כל מקרה הפליה לגופו, וכי העובדה שלאחר התקבלו גם בעלי שם משפחה מזרחי אינה מוכיחה כי הם לא עברו הליך סינון קפדני יותר מחבריהם בעלי השמות האשכנזיים. בית־המשפט מרחיק לכת באומרו כי התובע לא הוכיח שקיימת הפליה על רקע שמות משפחה, וכי לא הוכח קיומה הכללי של הפליה על בסיס מוצא מזרחי.²²⁷

בית־המשפט מסרב להסיט את המבט השיפוטי אל המנגנון הכופה שבתוכו נוצרות זהויות גזעיות ועדתיות התואמות את הציפיות החברתיות המקובלות ומוצגות כאמת קדם־משפטית, כנובעות ממורשת תרבותית, משפחתית, גיאוגרפית. התעקשותו של בית־המשפט כי לא הוכח קיומה הכללי של הפליה על בסיס מוצא מזרחי חושפת את הקושי בהפניית המבט השיפוטי אל אותן נורמות חברתיות מקובלות. לבית־המשפט נוח הרבה יותר לדון בעובדות שוליות, כגון אם משרד שקל ומשרד וינשטוק־זקלר שווים במעמדם או לא, מאשר לנסות להבין כיצד שם משפחה, כסממן גזעי המצטלב עם מבע מגדרי, מכונן את ערכו החברתי של אדם בחברה הישראלית, וכיצד הקטגוריות המוגנות עצמן ממלאות תפקיד בכינון ההפרדה בין פרטים וקבוצות, שמאפשרת את הפיחות בערך החברתי. הרי שם משפחה הוא באופן מובהק סממן ממגזע. השאלה המרכזית, שלא נשאלה, היא אם סיסו נחשף ליחס שונה בשל מאפיינים או מעשים שהיו מותרים – שלא לומר רצויים – אצל "גרינברג". התשובה לכך היא כן.

ה. סיכום

מאמר זה מראה כי כשם שתביעות טרנסיות מחייבות גם את השופט השמרן ביותר לנתח את איסור ההפליה באופן אנטי־מהותני, כך התביעות המזרחיות יכולות להכניס למשפט הישראלי כלים לניתוח אנטי־מהותני של החוק הקיים. התביעה הטרנסית מתפקדת בו־זמנית כדרישה להגנה פנים־קבוצתית וכדרישה להגנה בין־קבוצתית, משום שהיא מערערת על המתאם הנורמטיבי בין המין שזוהה בלידה לבין הביצועיות של הזהות המגדרית. באופן דומה, התביעה המזרחית מערערת על המתאם הנורמטיבי בין הזיהוי בלידה כיהודי לבין הביצועיות של אותה זהות. תביעתו לשוויון של הגבר המזרחי, וכמוה תביעתה לשוויון של האישה הטרנסית, חושפות כי קבוצות מובחנות חברתיות נוצרות ומתעצבות מתוך מערכות היחסים החברתיות, ואינן משקפות אמיתות מהותיות לגבי אדם.²²⁸ לפיכך ניתוח אנטי־מהותני יכול לערער את המנגנונים שמבצרים את זכויות־היתר המוקנות על בסיס זהויות אישיות וקבוצתיות.²²⁹ כפי

227 שם, פס' 6, 18.

228 Clarke, לעיל ה"ש 9.

229 Yona, לעיל ה"ש 12, בעמ' 117.

שהראיתי, הניתוח האנטי-מהותני מתבקש מן האופן שבו השחקנים המשפטיים כבר טוענים כיום לקיומה או לאי-קיומה של הפליה של גברים מזרחים בכניסה למועדונים. יתר על כן, המשפט הישראלי כבר פיתח כלים לניתוח אנטי-מהותני בהכירו באיסור הפליה על רקע סטריאוטיפים. דוקטרינה זו כבר יושמה באופן שמגשר על הפער שבין זהות לזיהוי במסגרת בחינת הביצועיות של הזהות הטרנסית בהקשר של הפליה מטעמי מין. במילים אחרות, שופטות ושופטים, תובעות ותובעים ואפילו נתבעות ונתבעים – הכדור בידיים שלכם.