



## שוויון פרחי כשוויון לפרחות: מרחב המחיה של פרחת אמזלג

### יפעת ביטון\*

עקרון השוויון הישראלי הוא אחד מהמפותחים בעולם. שלב אחר שלב עבר עיקרון זה במשפט עוד העצמה ועוד האדרה, עד אשר הפך לאחד המתקדמים שישנם: הוא לא רק שלילי, אלא מחייב פעולה חיובית להשגתו. הוא לא מסתפק באיסור הפליה, אלא כולל בחובו את הפעלת עקרון ההעדפה המתקנת. העדפה זו, כך נקבע לאחרונה, אינה מחייבת רק מאמץ, אלא גם תוצאה של ייצוג הולם, כפי שאלו באו לידי ביטוי בפסיקה ובחקיקה ראשית.<sup>1</sup> אולם נראה כי בהקשרים מסוימים, עיקרון זה כשלעצמו, כמה אבסורדי, מופעל בצורה בלתי-שוויונית כלפי אוכלוסיות מוחלשות ועלול להפוך כלי להעמקת חוסר השוויון כלפיהן, ולהתייחסות צרה אליו בעניינן, כמו לא נועד להגנתן.

עניינה של פריחה אמזלג, שנדון לאחרונה לפני בית המשפט העליון,<sup>2</sup> חושף את אחת הדרכים שבהן מפורש עקרון השוויון באופן המסכן את מעמדן החברתי-כלכלי של מי שנמנות על אחת הקבוצות המוחלשות בחברה הישראלית, שאינה זוכה להכרה ככזו, הלא היא קבוצת המזרחים.<sup>3</sup> בפרשה האמורה, ביקשה פריחה, דיירת בדירור הציבורי בישראל, להכיר בזכותה על הדירה שבה היא חיה, לאחר שמשך כמעט כל חייה מאז עלתה ארצה ב-1964 התגוררה בדירות הדירור הציבורי, שבהן ילדה את 12 ילדיה וגידלה אותם עד זקנתה הקשה. ההכרה בה כדיירת הזכאית לרכוש את הדירה שבה התגוררה פקעה בהחלטת החברה המשכנת, חברת עמידר, אשר על סמך ראיות שלא היו מאפשרות לבסס פגיעה מינימלית ברכוש כלשהו של אדם, החליטה לשלול ממנה את זכויותיה ברכוש היחידי שהיה לה – דירתה. בית המשפט העליון, בניגוד לדעתה החולקת של השופטת דפנה ברק-ארז, החליט לאשרר את החלטתה הפוגענית של עמידר, משיקולים שונים. בין שלל שיקולים אלה, אבקש להתמקד בנימוק אחד שהיה מרכזי ביותר לביסוס הכרעתו. אף שנושא הדירור הציבורי דורש התייחסות משפטית ביקורתית מעמיקה, בחרתי להתמקד דווקא בנימוק שיוצג להלן כדי לחשוף את העיוות המסוכן של הבניית עקרון השוויון שהוא מגלם.

סלע המחלוקת בין החברה המשכנת לדיירת העותרת נגע לשאלה אם פריחה "נטשה" את הדירה שבה התגוררה, לאור העובדה שנעדרה ממנה משך זמן ממושך, שכן היא אישה ערירית וחולנית, אשר עברה תאונת

\* דוקטור למשפטים, בית הספר ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.  
 1 ס' 1 לחוק שיווי זכויות האישה, תש"י-1951; ס' 18א(ב) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; בג"ץ 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד מח(5) 501 (1994).  
 2 ע"מ 5017/12 אמזלג נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2013).  
 3 לזיהוי הקבוצה המזרחית כקבוצה מופלית ושהפלייתה מוכחשת ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: האין כיש" משפטים מא (2011) 315.



דרכים קשה ונזקקה לטיפול צמוד של ילדיה. בית המשפט העליון העדיף את פרשנותה המקשה (והמוקשית) של חברת עמידר לנוהל זיהוי דיירת כמי שנטשה את דירתה, וכך את זכויותיה שבה, וקבע כי גם מי שנטשה את דירתה בנסיבות חריגות כל כך, ואף מתוך כוונה לשוב אליה, מאבדת את הזכות לרכוש אותה. את התמיכה בפרשנות המצמצמת לזכותם של דיירים לרכוש דירה בדיוור הציבורי, הצדיק בית המשפט בכך שהדירות בדיוור הציבורי הן משאב ציבורי יקר ערך – ועל כן יש להעדיף פרשנות ש"תשחררו" מידיהם של אנשים הנהנים ממנו, באופן שיאפשר לכמה שיותר אנשים ליהנות ממנו גם הם.

על קביעה זו השיבה השופטת ברק-ארז בצורה הנכונה והמתבקשת כי לא ייתכן שהפתרון למצוקה בדיוור הציבורי ימצא בסילוקם של אנשים מבתיים ומזכויותיהם בדיוור הציבורי, זכויות עליהן נאבקו דורות שלמים, בטרם גובשו בחוק הדיוור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט–1998 וניתנו למימוש באמצעותו רק כעשור לאחר מכן.<sup>4</sup> אמירתה המשפטית במהותה של השופטת ברק-ארז מתחזקת במיוחד לאור הנתון המשפטי-חברתי, שלפיו נטל מציאת הפתרון למצוקת הדיוור הציבורי מוטל לפתחה של הממשלה שנדרשת לדאוג לתחזוקה ראויה של מנגנון שלטוני זה וליצירת מלאי דירות מספיק בו. בכך כשלה הממשלה כישלון מהדהד, שכן כספים רבים שנתקבלו ממכירת דירות בדיוור ציבורי בעבר לא הועברו על פי המתחייב בחוק הדיוור הציבורי, להשקעה בהגדלת מספר הדירות המצויות בידי החברות המשכנות, ואלה מולאמים על ידי משרד האוצר מזה שנים ארוכות, ואף היום.<sup>5</sup> דברים אלה נכוחים במיוחד בהתחשב בכך שמי שבאופן מקומם העלה את טענת המשאב המצומצם היה דווקא משרד השיכון, אשר הוא הגוף שאמון על ביצוע החוק.

נשוב אל הנמקת המשאב הציבורי המצומצם. בית המשפט ניסח את הטענה באופן שהצדיק את הפרשנות המרחיבה של "נטישה" של דייר בדיוור הציבורי, ככזו שמנשלת אותו מזכויות רכישת הדירה שבה התגורר: "נכון עשו המשיבים כולם, בראייתם הרחבה, לא רק את המערערים דנן, אלא את כלל הנזקקים הזכאים לדיוור הציבורי – קולם לא תמיד נשמע – אשר ממתינים שנים ארוכות לתורם. הקפדה על הוראות נוהל המבצע באופן שוויוני הריהי הכרח בל יגונה, לרווחת הכלל".<sup>6</sup>

בית המשפט משתמש ברעיון השוויון – הדאגה לביצוע "שוויוני" כדבריו של הנוהל – כדי להביא לתוצאה אותה הוא תופס כשוויונית, שעניינה מתן הזדמנות לנזקקי הדיוור הציבורי להשתמש בו. משמע, המשוואה שעקרון השוויון יוצר לדידו היא כזו: על "דיירי הדיוור הציבורי" להשיג לאחר את זכויותיהם בדירות, בשם עקרון השוויון, למען "נזקקי הדיוור הציבורי". בית המשפט, תחת שיפעל לקידום מעמדם של דיירי הדיוור הציבורי ולהשוואתו

עניין אמזלג, לעיל ה"ש 3, פס' 13–14.

מרכז המחקר והמידע של הכנסת **התמורות בדיוור הציבורי בישראל 1998–2011** (כתבה שרון סופר, 2011).

עניין אמזלג, לעיל ה"ש 3, פס' 25 לפסק דינו של השופט סולברג.



למעמד של מי שהם מעין בעלים של רכוש זה, במסגרת משוואה זו, דוחק את הראשונים לאחור. בכך הוא משווה את מעמד לאלה שמצבם רע בהרבה שבאופן יחסי, והם "נזקקי" דוור, שאפילו לא מצליחים להגיע אל רצפת הבוץ של "דיירי" הדיור הציבורי. תפיסה מוקשית ומצמצמת זו של עקרון השוויון אינה ייחודית לפרשת אמזלג. אזכור דומה לה ניתן למצוא בפרשה אחרת, שבמסגרתה ביקשה אוכלוסייה מוחלשת במיוחד את עזרתו של בית המשפט העליון בפתרון מצוקותיה – פרשת **אבוטבול**.<sup>7</sup>

בשנת 2004 נקלעו רשויות מקומיות רבות, מאשכולות הרווחה הנמוכים של מדינת ישראל, למשבר כספי עמוק. עובדות הרווחה ברשויות אלה, אשר את חלקן הארי של שכרן אמורות היו לקבל על פי הסדר מיוחד עם המדינה,<sup>8</sup> עתרו נגדה לבית המשפט העליון לאחר ששכר עבודתן לא הועבר לידיהן משך תקופות שנמשכו בין חצי שנה לשנה וחצי! ודוקו: כל אותה תקופה עבדו עובדות הרווחה בעבודתן כסדרה, כשהן פועלות בהתאם לחוזה ההעסקה שלהן. אלא שכספי השכר שהעביר משרד האוצר לחשבונות הבנק של הרשויות המקומיות עבור עבודתן של עובדות הרווחה, "נבלעו" בחובות אותם חבו אותן רשויות – שהיו כאמור במשבר כלכלי – לנושיהן השונים. כדי להימנע מאבסורד הרסני זה, ולאפשר לעובדות לקבל את שכר עבודתן אשר שולם לרשויות עבורן, עתרו העובדות לבית המשפט העליון בדרישה כי זה יורה למשרד האוצר להעביר את כספי שכרן לחשבון בנק נפרד של העירייה, אשר ישמש כחשבון נאמנות לזכותן. בכך, ביקשו העותרות להציע פתרון פשוט ואלגנטי לחוסר ההגינות והסבירות המתחדשים מדי חודש, מהם סבלו זמן כה ממושך על לא עוול בכפן. בין יתר נימוקיו לדחיית העתירה, העלה בית-המשפט נימוק הנוגע לעקרון השוויון, המזכיר מאד את הנמקתו בפרשת אמזלג, וכלשונו:

"מזווית אחרת נשאלת השאלה אם בית-המשפט יכול לפעול בדרך המבוקשת על-ידי העותרים, היינו חיובה של המדינה לשלם את שכרם של עובדי הרווחה באופן שהם, ורק הם יקבלו את השכר המגיע להם, בעוד שעובדים אחרים של הרשויות המקומיות [...] לא יקבלו את המגיע להם".<sup>9</sup>

ובמילים אחרות, בית המשפט מוטרד מהפרת עקרון השוויון אם ייעתר לבקשת העותרות. וזאת מדוע? מפני שאם ייעתר להן, ימצא מפלה לרעה את עובדי העירייה האחרים, אשר גם הם ניזוקים ממצבה הכלכלי הרעוע של

7 בג"ץ 962/04 **אבוטבול נ' משרד העבודה והרווחה**, פ"ד נח(6) 471 (2004).  
8 הוראות בעניין חובת המדינה לשאת במימון של שירותי הרווחה נמצאות בדברי חקיקה שונים. ראו למשל ס' 2 לחוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969; ס' 3 לחוק מעונות יום שיקומיים, תש"ס-2000; תקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים), תשמ"ו-1986; תקנות עבודה סוציאלית שמתקן מנכ"ל משרד הרווחה מכוח תקנות אלה כולל, בין היתר, את נושא השתתפות הממשלה במימון שירותי הרווחה ברשויות המקומיות. מדובר בהסדר שנעשה לראשונה על דעת משרד האוצר, משרד הפנים ומרכז השלטון המקומי בשנת 1974, ומאז תוקן פעמים מספר. ההוראה המרכזית לענייננו בתקנות האמור קובעת כי משרד הרווחה ישתתף בשיעור של שלושה רבעים מכלל הוצאות הרווחה של הרשויות המקומיות.  
9 עניין **אבוטבול**, לעיל ה"ש 8, פס' 7 לפסק הדין.



העירייה, וגם שכרם שלהם אינו משולם להם. ביקורת פשוטה ביותר של אמירה זו תגלנו שבית המשפט שגה ביישומו את עקרון השוויון האריסטוטלי על המקרה שלפניו. עקרון זה מחייב "יחס דומה לדומים", אולם כאן היו שני סוגי העובדים שונים: עובדות הרווחה נבדלו מעובדי העירייה, בכך שכספים עבור עבודתן אכן הועברו עבורן ממסגרת חיצונית לזו של תקציב העירייה הפנימי המשמש מקור תשלום לשאר עובדי העירייה. אולם מעבר לטעות יישומית זו של עקרון השוויון, מזמינה פרשנות זו בחינה מחדש של גבולות עקרון השוויון.

עקרון השוויון מאפשר שתי תצורות של בחינה-תוצאה: האחת, עניינה בדיקה של הטובין/ההטבה שניתנה לאדם אחד, והשוואת נסיבות נתינתם לו, למול העותר, המבקשם לעצמו. אם יימצא העותר "דומה" למי שקיבל את הטובין/הטבה, הרי שיקבלה אף הוא, ואם יימצא "שונה", לא יקבלה. זהו מצב הבחינה המקובל והשיטתי בעקרון השוויון האריסטוטלי. כך התקבלה בקשתה של אליס מילר להתפקד כאישה לקורס הטיס,<sup>10</sup> וכך סורבה בקשתו של הרצל אביטן לקבל, כיהודי, זכות לרכוש קרקע ביישוב בדווי.<sup>11</sup> גרסה קיצונית ונדירה בהרבה של תוצאת הבחינה האמורה של נסיבות מתן הטובין/הטבה יכולה להוליד מסקנה שעל אף הדמיון בין העותר למקבל הטובין/הטבה, אין להעניק לראשון את אותה טובין/הטבה, מכיוון שבירור מעלה שהשני אף הוא לא אמור היה לקבלה. כזה היה המקרה למשל בפרשת חוקה לישראל.<sup>12</sup> התצורה השנייה של בחינה-תוצאה של עקרון השוויון מוכרת כגרסת ההעדפה המתקנת, שעניינה בבדיקה אם יש מקום להעניק טובין/הטבה מסוימים לעותרת, דווקא על סמך שונותה ממקבל הטובה/טובין הטיפוסי. כזה הוא העיקרון שהוחל בפרשות שדולת הנשים לישראל.<sup>13</sup> במסגרת שתי תצורות אלה, יכול מבקש להיטיב את מצבו דרך דרישת השוויון, למעט המקרה שבו מתברר כי מתן הטובין/הטבה לאחר מקורה היה בשגיאה. במקרה זה, עדיין לא ישתנה לרעה מצב העותר כתוצאה מן הממצא שחשפה הדרישה לשוויון, שהרי מלכתחילה לא יכול היה לבקש לעצמו מה שהאחר מקבל שלא כדין.

למול שתי אלה, התצורה שמציג בית המשפט בפרשות אמזלג ואבוטבול היא סוג שלישי חדש ומסוכן של הפעלת מנגנון הבחינה-תוצאה שמייצרת נוסחת השוויון האריסטוטלי. בשתי הפרשות, תחת אשר יפעיל את עקרון השוויון האריסטוטלי לבחינה של טובין/הטבה שניתנו לאדם אחר, כדי לקבוע אם ראוי לתתם גם למבקשת, עשה בו בית-המשפט שימוש הפוך. כך שימש עקרון השוויון בסיס **לאי-נתינה** לאדם אחד את מה שלא ניתן לאדם אחר. בפרשת אבוטבול **הוא לא** העניק לעובדות הרווחה את השכר שלא הוענק גם לעובדי הרשות האחרים, ובפרשת אמזלג הוא ביכר **שלא** לתת לאמזלג מה שלא ניתן גם לאחרים – זכות איכותית לדיור ציבורי. כאן, כמו שם, הפעיל

<sup>10</sup> בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

<sup>11</sup> בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

<sup>12</sup> בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1992).

<sup>13</sup> עיקרון זה הלך והשתכלל עוד ועוד בפרשות כמו ארן וועדת טירקל: בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2010); בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.08.2010).



בית-המשפט את עקרון השוויון בצורה חדשנית ופוגענית, במסגרתה דרש למעשה מן העותרות להשתוות למי שמצויות לידן בשולי החברה.<sup>14</sup> יתרה מכך, כפייתו הר כגיגית את עקרון השוויון על דרישותיהן לעשיית צדק,<sup>15</sup> הייתה ככפייתן להפגין "סולידריות של דפוקים", של מי שאין להם, אלה עם אלה.<sup>16</sup> פרשנות שכזו, שעניינה "השוואה כלפי מטה" של מי שמבוססים בתחתית, מבטיחה שעקרון השוויון לא יגשים את מטרתו: לקדם את מעמדן של מי שהינן המוחלשות בחברה.

"כשנולדה פרחיה בדר אל-בידה

קרתה אותה אמה פרחה

שיהיו חייה מלאים בשמחה

פרחה שם יפה,

אמרה פרחה שם יפה".<sup>17</sup>

אף שהשם פרחה הוא שם יפה, כמאמר שירו המצוטט לעיל של סמי שלום שטרית, בשפה העברית הוא נשתרש כביטוי מלעיג ושליילי לאשה וולגרית, טיפשה, והוא מיוחס בעיקר לבת עדות המזרח.<sup>18</sup> פרחא אמזלג ורחל אבוטבול היו שתי פרחות – נשים מזרחיות עם שם יפה, המשלמות מחיר על תפיסתן החברתית כחלשות – שביקשו מבית המשפט לחסות תחת צלם של עקרונות של צדק והגינות, דרכם יממשו את זכותן לחיות בכבוד ולהתפרנס בכבוד. תחת זאת, "זכו" לכך שעקרון השוויון, בגרסתו הפרחית-שלילית, הייחודית ככל הנראה לפרחות, ימנע זאת מהן.

<sup>14</sup> ההתייחסות אל עקרון השוויון כמוגבל וכמופעל באופן לא שוויוני אינה מצומצמת לאוכלוסייה המזרחית בישראל. אפילו בעניינה של הקבוצה הערבית בישראל, הנחשבת ככלל כקבוצה שזוהתה בבירור על-ידי המשפט כקבוצה מופלית הזכאית להגנה משפטית, נתפס עקרון זה כמופעל באופן צר ונקודתי, שאינו מאפשר קידום מעמדה של הקבוצה הערבית ככזו. כך למשל, מראה יוסף ג'בארין כיצד אפילו פרשה מונומנטלית של שוויון כמו פרשת קעדאן, היא למעשה צרה ומסוכנת ממש לאוכלוסייה הערבית. ראו יוסף ג'בארין "לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית: שני סוגים של שוויון במשפט הישראלי" **המרחב הציבורי** 7, 37 (2012).

<sup>15</sup> אשר בשני המקרים גם לא נתבקשה להפעלה על ידי העותרות.  
<sup>16</sup> בשימוש בביטוי זה אני מתרגמת למעשה ביטוי מוכר בשפה האנגלית בתחום הביקורת החברתית, המשווה בין מי שיש להם (those who have) ומי שאין להם (those who have not).

<sup>17</sup> סמי שלום שטרית "פרחה שם יפה" **שירים באשדודית** (2002).

<sup>18</sup> יונית נעמן "ידוע שהתימניות חמות במיטה: על הקשר בין צפיפות הפיגמנט לשם התואר" **פרחה תיאוריה וביקורת** 28 (2006).