

על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר

יפעת ביטון

מאמר זה מבקש לזהות גורמים המקדמים את אפשרות ההכרה המשפטית בהפליית של קבוצה מסוימת, וגורמים המקשים על כך. לשם כך, תחת אשר יחזור אל עקרון השוויון וינתח לעומק את נימי מרכיביו, המאמר חוזר דווקא אל מושג ההפליה, כדי לברר לעומק מהי אותה 'מחלה' שעקרון השוויון מבקש 'לרפא'. המציאות המשפטית מוכיחה ששוויון נוטה לרפא מחלת הפליה מסוג מסוים ולא אחר. המאמר מזהה את מרכיביה של מחלה זו, מבין באמצעותם מדוע אין המשפט מרפא גרסאות מסוימות של הפליה, ולסיכום, מציע דרך פשוטה לשנות מצב זה.

שני מאפיינים עשויים להרחיק הפליה מסוימת מתחולתם המרפאה של חוקי איסור-הפליה. המאפיין הראשון הוא היות ההפליה הננקטת הפליה "דה-פקטו", שאינה מעוגנת, "דה-יורה", בחקיקה. המאפיין השני של ההפליה, עניינו היווצרותה בתוך מסגרת של 'דומות' חברתית ולא של 'שונות' חברתית. כדי להמחיש טענה זו, בוחן המאמר מאבק לשוויון בחינוך שניהלו שתי קבוצות הסובלות מהפליה "דה-פקטו" המתקיימת בתוך מסגרת חברתית של "דומות" – הקבוצה המזרחית בישראל והמקסיקנית בארצות-הברית – ומראה כיצד שתיהן סובלות מאי-הכרה משפטית ראויה בשל מאפייני ההפליה הייחודיים שלהן. מסקנת ההשוואה היא שקבוצות מופלות ומוחלשות מסוג כזה אינן זוכות להכרה, אינן נהנות מנגישות דומה למערכת האנטי-הפליה ואינן מקבלות את הטיפול המשפטי החיוני להן, בדרכן לזכות בחיים שוויוניים בחברה. המאמר גורס כי התייחסות חדשה, הוליסטית יותר, המכילה מבט ענייני על המציאות שמחוץ לגבולות המשפט, תוכל לזכות גם קבוצות כאלה במה שהבטיחה השיטה הליברלית לכל חבריה: שוויון.

הקדמה: מזרחים כקבוצה מופלית – בין אונטולוגיה ואפיסטמולוגיה

מעט ברומה להבחנה המוכרת בעולם הפילוסופיה בין אונטולוגיה ואפיסטמולוגיה, בתחום הניתוח המשפטי של מעמדם של מזרחים בישראל קיים פער בין חוויית המציאות הקיומית של המזרחים לבין הדרך בה הם נתפסים ולעתים מזומנות אף תופסים את עצמם. דומה שתורת (אי-) ההכרה של המזרחיות, האפיסטמולוגיה שלה, מוצבת ביחס הופכי לאונטולוגיה שלה, שהיא מציאות של הפליה צורבת. הרצון לחקור פער זה לעומקו, אצל מזרחים כמו גם אצל קבוצות אחרות, הוא המניע לכתיבת מאמר זה. כנקודת מוצא לעיוננו, יש להבחין בכך שחרף קיומן של קבוצות מופלות רבות

ומגוונות בעולם המציאות, רק חלק מהן זכו להכרה ולהגנה משפטית. מאמרי מבקש לזהות חלק מן הגורמים אשר מאפשרים, ובמקרים אחרים מונעים, הכרה כזו. כדי לעסוק במאפיין זה של היחס להפליה, היה מתבקש לכאורה לחזור אל עקרון השוויון ולנתח לעומק את נימי מרכיביו. תחת זאת, בחרתי לחזור דווקא אל רעיון ההפליה, כדי לברר מהי אותה "מחלה" שעקרון השוויון מבקש "לרפא": ניכר, כאמור, ששוויון נוטה לרפא מחלות הפליה מסוג מסוים ולא אחר, ועל כן מטרתי הייתה לזהות את מרכיביה של מחלה זו, להבין באמצעותה מדוע אין הוא מרפא גרסאות מסוימות שלה, ולהציע דרך פשוטה לשנות מצב זה. החיפוש אחר מאפייניה של ההפליה הנסתרת מעין-המשפט – גם בשעה שהיא גלויה לעין-המציאות – הובילני לזיהויים של שני מאפיינים שלה, שהם המרחיקים אותה מתחולתם המרפאה של חוקי איסור-הפליה. המאפיין הראשון הוא היות ההפליה הננקטת הפליה "דה-פקטו", שאינה מעוגנת בחקיקה, "דה-יורה"; המאפיין השני של ההפליה, עניינו היווצרותה בתוך מסגרת של "דומות" חברתית ולא של "שוונות" חברתית. בחלקו הראשון של המאמר יוצג המאפיין הראשון שהזכרנו, ההבחנה בין הפליה "דה-פקטו" והפליה "דה-יורה". טענתי הבלתי-שגרתית היא שביחס למאבק לשוויון יש לראשונה השפעה חיובית, בעוד שלאחרונה השפעה שלילית. את הטענה אבסס באמצעות זיהוי חמישה אפקטים שונים שיש לדפוס הפליה השונים על מאבק זה. בהמשך חלק זה אציג את המאפיין השני של ההפליה שהמשפט מתקשה לזהות: התרחשותה בתוך מסגרת חברתית של דומות ולא של שונות. כאן, טענתי היא שמאחר שעקרונות ההפליה והשוויון נשענים על שונות – ולא על דומות – כבסיס להפעלתם, נוצר קושי להחילם על קבוצה הנדמית דומה מבחינת מוצאה לקבוצה ההגמונית בחברה הנתונה בקונפליקט חברתי-מוצאי עמוק. בחלקו השני, המאמר יבחן את התעלמות המשפט מהפלייתן בתחום החינוך של שתי קבוצות, הקבוצה המזרחית בישראל והמקסיקנית בארצות-הברית – שלרוע מזלן ניהנו בשני המאפיינים שהזכרנו – וכן את כוחם של מאפיינים אלה בעיצוב אי-ההכרה הזו.

א. על רזי ההפליה

1. היעדרה של הפליה "דה-יורה" וקיומה של הפליה "דה-פקטו": כללי איסור-הפליה ומגבלת ריפויים את ההפליה

אחת האינטואיציות הפשוטות ביותר של מלומדות-משפט היא שהפליה היא שורש כל רע ולא ניתן למצוא בה יסודות חיוביים כלשהם. אלא שבחינה זהירה יותר של מוסד ההפליה המשפטי מגלנו שככל ניתוח של תופעה משפטית, אף בניתוחו נדרשת חקירה של ההקשר בו הוא נבחן כדי שניתן יהיה לעמוד בצורה מלאה ואיכותית על טיבו. טענתי היא שחקירה כזו תגלנו שהפליה עשויה – בהקשר מסוים – לא רק שלא להיחשב לתופעה שלילית, אלא אף להיחשב לתופעה חיובית. ההפליה אליה אני מכוונת בדבריי היא הפליה "דה-יורה", משמע הפליה המעוגנת בחוק ומופעלת מכוחו. הפליה זו נבדלת, למצער מהבחינה הפורמלית, מהפליה "דה-פקטו", אשר מופעלת במנותק מהחוק ומסגרתו המוסדרת.²

ההקשר המסוים במסגרתו תוכל הפליה "דה-יורה" להיחשב גורם בעל אפקט חיובי הוא התחום הקרוי "איסור-הפליה". "איסור-הפליה" הוא שם כולל לאותם כללים משפטיים שיעודם הוא לפחות אחד מאלה: למנוע הפליה מראש, להפסיקה כאשר היא מתבצעת, ולדאוג באופן אקטיבי לקידום השוויון בין קבוצות המתנהלות במסגרת של יחסי-כוח ביניהן. כך, למשל, הכלל המשפטי בדבר העדפה מתקנת המעוגן בחוק החברות הממשלתיות³ (שכדוגמתו ניתן למצוא גם

בחוקים אחרים) מיועד להפסיק את הפליית בני/ות שתיים מהבולטות בקבוצות המוחלשות בחברה הישראלית: קבוצת הנשים וקבוצת הערבים. ההעדפה המתקנת מבקשת להפסיק את ההפליה הנמשכת המתבטאת באי-מינוי חברי/ות קבוצות אלה לדירקטורים ממשלתיים, ודואגת באופן אקטיבי לקידום השוויון בין קבוצות אלה והקבוצה ההגמונית בישראל, שהיא גברית ויהודית, השולטת במוקדי הכוח החברתיים ומכתיבה את סדר-היום הפוליטי בארץ.⁴

כללי איסור-הפליה מוכרים כיום כמעט בכל החברות אשר אימצו למערכת המשפט שלהם דפוסי התנהלות ליברליים. עם זאת, הם לא נוצרו "יש מאין", אלא מהווים לרוב תגובה לקיומה של הפליה בעבר באותן חברות עצמן. יתרה מכך, לעתים דווקא בחברות בהן הייתה ההפליה חמורה במיוחד, נוצר מנגנון איסור-הפליה משוכלל במיוחד. איסור-הפליה, לפיכך, הוא תחום משפטי המהווה דוגמה לאפקט של "צדק מעברי",⁵ שכן הוא מופיע לאחר תקופה שבה נעשה שימוש במשפט ככלי ההפליית קבוצות. התחום מהווה "תגובת-נגד עצמית" של המשפט המקומי לתופעה שהוא עצמו יצר ויצק לתוכה תוכן – אך משהכיר בשליליותה והחל לעבור לפרדיגמת צדק אחרת, החליט להילחם בתוצאותיה תוך יצירת נורמות חדשות ועיגוןן באופן מלא במשפט. דוגמאות מובהקות לתופעה הן גרמניה וארצות-הברית שאחרי מלחמת-העולם השנייה. בשתיהן כמו התפכחה מערכת המשפט, הבינה את כוחה ההרסני בהפלייתם של "אחרים" והתגייסה להגן על זכותם לשוויון מאותה נקודה ואילך. את החלוקה הזו לשתי תקופות משפטיות, על המעבר המוחשי והסימבולי ביניהן, אני מכנה "השלב ההפלייתי" ו"השלב התרופתי". הבחירה במילה "שלב", ולא "תקופה", מבקשת להדגיש את הדינמיות של התקופות והיותן שזורות זו בזו, לעתים אף בצורה של קיומן במקביל.⁶

קבוצה שסבלה הפליה בשלב ההפלייתי תידרש ביתר-שאת לעזרת המשפט בשלב התרופתי, כדי לבקש דרכו מזור לסבלה ולדחיקתה לשולי החברה. אלא שכפי שרמזנו לעיל, במסגרת השלב ההפלייתי בחברה נתונה קיימות קבוצות מופלות שונות, שניתן לסווגן לשתי קטגוריות לפי חלוקה גסה של אופן הפלייתן: קבוצות שסבלו בעיקר הפליה "דה-יורה", וקבוצות שסבלו בעיקר הפליה "דה-פקטו". ודוקו: בעוד שלהפליה "דה-יורה" כמעט תמיד נלווית הפליה "דה-פקטו", אין זה נדיר שקבוצה תסבול מהפליה "דה-פקטו" מבלי שתהיה מטרה להפליה "דה-יורה" באמצעות ספרי החוקים של החברה המפלה. דוגמאות לקבוצות שסבלו דפוסי הפליה שונים כאלה באותה חברה ממש אפשר למצוא במקומות שונים בעולם. כדי להדגים את טענתי, בחרתי לשזור במאמרי דוגמאות מניסיוןן של ארבע קבוצות, מוכרות ברובן, המייצגות – אף אם בצורה גסה – חלוקה זו: השחורים בארצות-הברית והערבים-אזרחי-ישראל, כמייצגי קבוצות המופלות "דה-יורה",⁷ ולעומתם המקסיקנים בארצות-הברית והמזרחים בישראל, כמייצגי קבוצות המופלות "דה-פקטו".⁸ בשלב מאוחר יותר במאמר אציג בצורה מעמיקה יותר את חוויותיהן של הקבוצות המקסיקנית והמזרחית בניהול מאבקן לשוויון, ואת הדמיון בין הקבוצות הנובע מהיותן קבוצות מופלות "דה-פקטו".

טענתי היא, שקבוצה אשר סבלה בשלב ההפלייתי מהפליה שהיא בעיקרה "דה-יורה", מחזיקה בידיה בשלב התרופתי נכס בלתי-מוחשי בעל משמעות משפטית יקרת-ערך. ודוקו: אין בכך כדי לטעון חלילה כי הפליה, כשלעצמה, היא מושג חיובי או חוויה ראויה. כל טענתי היא שבשלב התרופתי, העובדה שקבוצה מוחלשת סבלה מהפליה שהיא "דה-יורה" בעיקרה, ולא מהפליה שהיא "דה-פקטו" בעיקרה, יכולה לשמש אותה באופן חיובי, כמכשיר לקידום האינטרסים שלה במאבקה המשפטי והפוליטי לשוויון. השפעה זו של הפליה "דה-יורה" באה לידי ביטוי במה שאני מזהה כסדרה של אפקטים שונים, בעלי תרומה מגוונת לחיזוק מאבקה של הקבוצה המופלית.

בפסקאות הבאות אבקש להציג אפקטים אלה, תוך שקוצר היריעה יגבילני לעמידה קצרה על אופיו וחשיבותו של כל אחד מהם, מבלי שאדרש לדיון מעמיק באופן היווצרותם וקדוקי השפעתם.⁹

א. אפקט המובחנות הקבוצתית

הפליה "דה-יורה" בשלב ההפלייתי, מאפשרת לזהות בשלב התרופתי ללא קושי משמעותי את הקבוצה המופלית. איסורי-הפליה נשענים על הרעיון של השתייכות הפרט המופלה לקבוצה שנקבע בחוק כי אין להפלות את חבריה. משום כך, תנאי בסיסי להצלחתה של טענת הפליה המובאת לפני המערכת המשפטית הוא שהפרט התובע יכול לזהות עצמו כחלק מקבוצה מובחנת. אלא שבמציאות המורכבת של עולמנו, עצם הזיהוי והאבחון של קבוצה כישות הומוגנית מבחינה "גזעית" הוא בעייתי ביותר, וקורא תיגר על תפיסות רווחות בדבר קיומנו הטרנססוצינטי והיעדרו של הבדל "אמתי" וחשוב בין אנשים. יתרה מזאת, כל רעיון איסור-הפליה נשען על התייחסות עקרונית למציאות מתוך "עיוורון-צבעים". כיצד, אם כן, יוכל חבר הקבוצה הזכאית להגנת החוק מפני הפליה, לטעון להשתייכות לקבוצה מובחנת? בהקשר זה מוענק יתרון ברור למי שסבלו הפליה מידי החוק בעברם, והוגדרו על-ידי "קבוצה". מבחינתם, החוק הוא זה שקבע מדדים לזיהויים כדי להבטיח את הפלייתם בשלב ההפלייתי, ועל כן הם רשאים ויכולים כעת להשתמש בשלב התרופתי באותם מדדים ממש כדי להילחם באפקט ההפלייתי של זיהויים האמור.

כך, למשל, השחורים בארצות-הברית סבלו משלל הגדרות משפטיות שעוצבו לשם זיהויים הקבוצתי לצורכי הפלייתם.¹⁰ לימים, אותן הגדרות של "האדם השחור" שנחקקו בחוק האמריקאי בשלב ההפלייתי, הן שאפשרו לשחורים להופיע בשלב התרופתי בפני בתי-המשפט כ"שחורים-מבחינה-משפטית", ולבסס הכרה בהם כמשתייכים לקבוצה מופלית. לעומתם, המקסיקנים בארצות-הברית, שסבלו כמעט בלעדית מהפליה "דה-פקטו" ולא מהפליה "דה-יורה", לא הצליחו לשכנע את בתי-המשפט בעצם השתייכותם לקבוצה-בת-זיהוי.¹¹

ב. אפקט הנראות

הפליה "דה-יורה" מבססת את "אמתות" סבלה של הקבוצה המופלית. משמעותה החיובית כאן כפולה: היא משמשת ככלי לאותנטיפיקציה של ההפליה, ולהכרת רוחב השתרעותה. מקבוצות מופלות "דה-יורה" אומנם נשללה הגנתו של החוק, אך לא היכולותן בגופו של החוק. השימוש בספר החוקים כדי להחריגן אל מחוץ לגבולות הגנתו, עדיין אפשר נראות שלהן במסגרתו. כדי להחריגן, היה צריך להציגן, לאבחנן ולסווגן. כאשר כל אלה נעשו לעין כל, בפרהסיה, שימש החוק למעשה ככלי למיצוב (singling out) הקבוצה כקבוצה מופלית. לעומת אלה, קבוצות אשר הפלייתן נעשתה מחוץ לגדרי הנראות של החוק, יותר במעשה ופחות במשפט, סובלות משקיפות מוחלטת של המערכת לגביהן. הן פשוט נעדרות ממנה, כמו לא היו קיימות בה או במציאות בה פעלה, ובעיקר: כמו לא היו נפגעותיה.

השלכה נוספת של אפקט הנראות אינה נוגעת רק לעצם קיומה של הקבוצה כקבוצה מובחנת, אלא גם לגבולות ההשתרעות של הפגיעה בה. ברגע שקבוצה מופלית על-ידי החוק בתחום מסוים, מסומן תחום זה כ"תחום מפלה". בהיחקקן בזו אחר זו, חשפו הוראות חוק פוגעניות ומפלות את הפוסי ההפליה של הקבוצה שהייתה מושאן ואת היקף השתרעותה של הפליה זו. כך, למשל, חשפה הוראת החוק בוירג'יניה אשר אסרה על נישואים בין לבנים ושחורים, את הפגיעה בחירות האישית לאהוב; הוראת החוק של לואיזיאנה שאסרה על שימוש בקרונות רכבת של לבנים, את הפגיעה בחירות התנועה ואת ההשפלה שהייתה כרוכה בה; הוראות החוק שאסרו על לימודים משותפים במדינות הדרום, את הנחלת הנבערות, ועוד.¹² לעומת זאת,

שתיקת החוק בנוגע לקבוצות המופלות "דה-פקטו", יצרה לא רק מצב של "היעדר קבוצה", אלא אף מצג של "היעדר הפליה".

ג. אפקט ההתארגנות והקולקטיביות

לאור יחסי הגומלין ההדוקים בין המשפט והחברה שבה הוא מתפקד כמוסד תרבותי, ישנה חשיבות פוליטית לזיהוי הקבוצה על-ידי המשפט, שכן באופן זה הוא מייצר אותה כקולקטיב "אמתי", או למצער כקולקטיב בעל משמעות משפטית. ההכרה בכך שקבוצה היא ישות קיימת (אפילו אם במוכנים רבים מומצאת), בכוחה להעניק לפרט תחושה של השתייכות אליה והזדהות עם חבריה. תובנה סוציולוגית בסיסית תגלה לנו שתחושת שייכות לקבוצה – קולקטיביזם – מאפשרת יצירת ערכות הדדית בין חבריה, וזו מקלה על ההתארגנות הפוליטית של הקבוצה לצורך מאבק בהפלייה. גם כאן, להפליה "דה-יורה" תפקיד משמעותי בעיצוב זהות שייכות-קבוצתית זו. בקובעו מיהם המשתייכים לקבוצה, משרטט החוק את גבולות הקבוצה ואת פני חבריה וחברותיה. בה בעת, הוא מכתוב את חוסר היכולת להימנע מהשתייכות לה. כך, למשל, גם השחור העשיר ביותר, אשר עשוי היה ממרום מעמדו הכלכלי לחוש מנוכר לקבוצה ממנה בא, לא יכול היה להתפשט מזהותו המשפטית כחבר בקבוצה זו. בתחנת הרכבת, בכניסה לכריכה או בתור למסעדה, הוא שוב הפך להיות "השחור" שאינו מורשה להיכנס אלא למקומות המוקצים לאנשים "מסוגו". לעומתו, מקסיקני בהיר ונטול מבטא ספרדי יכול היה להיות חיים שלמים תוך הסתרה של זהותו ובהתכחשות לה, ולהיכנס לכל מסעדה בארצות-הברית בה חפץ.¹³ בהפליה "דה-יורה", אם כן, יוצר החוק המפלה שני סוגי קולקטיביות: קולקטיביות מרצון – של מי שמזדהים עם הקבוצה ונרתמים למאבקה בהפליה מתוך מקום של הזדהות, וקולקטיביות כפויה – של מי שאפילו אם אינם חשים שייכות מהבחינה הסובייקטיבית לקבוצה המופלית, ואינם רוצים לזהות עצמם כחלק ממנה, נאלצים, באמצעות כוחו הכופה של המשפט, להשתייך אליה. לא בכדי תנועות המחאה הגדולות, המשפיעות והמרגשות ביותר בארצות-הברית היו תנועות לקידום זכויות השחורים.

אפקט השייכות וההזדהות, למותר לציין, אינו מוגבל לחברי/ות הקבוצה עצמה, אלא גולש אל מחוץ לתחומיה. משמע, זיהויה של קבוצה מופלית ככזו מעודד אמפתיה בין-קבוצתית, בין הקבוצה המופלית לקבוצה ההגמונית, ולא רק אמפתיה תוך-קבוצתית, בגדרי הקבוצה המופלית. בין חברי וחברות הקבוצה ההגמונית יימצאו ברגיל מי שמזוהות כ"בעלות רצון טוב" – כלומר חברות בקבוצה ההגמונית, אשר בשל מחויבותן לערכי דמוקרטיה, צדק ושוויון, פועלות לקידום מעמדה של הקבוצה המופלית. אלה תפנינה ביתר-קלות את מאמצייהן לפעול לשוויון לו יהיה זה כלפי קבוצה שהחוק עצמו הגדירה בעבר כמופלית. כך, למשל, מוכרת בחברה הישראלית-יהודית פעילות ענפה דרך ארגונים יהודיים, וולונטריים וממוסדים כאחד, שכל מטרתה קידום מעמדם הנחות של הערבים בישראל. פעילות כזו נעדרת כמעט לחלוטין בעניינם של מזרחים.

ד. אפקט הזיכרון והאשמה המוסדיים

הפליה "דה-יורה" בשלב ההפלייתי ממסדת את עובדת ההפליה בצורה שאינה מאפשרת ערעור על תפקיד המשפט ביצירתה. מאוחר יותר, בשלב התרופתי, היא מהווה תזכורת תמידית על דבר "אשמתו" של המשפט ו"אשמתה" של החברה ביצירת ההפליה ובגרימת תוצאותיה המרות – דהיינו, מוחלשותה הנוכחית של הקבוצה המופלית.

המיסוד המשפטי-פורמלי של ההפליה בשלב ההפלייתי מבסס בה בעת שני יתרונות ברורים שיצמחו בשלב התרופתי. יתרון ראשון הוא ההכרה בכך שההפליה אכן התקיימה, והיא אינה

תולדה של דמיון או רגישות-יתר של הטוענים להפליה. הכרה זו חשובה לא רק למקרים בהם ברור שההפליה עורנה מתקיימת גם כיום, אלא גם למקרה בו ניתן לטעון שהפליה מסוימת התקיימה בעבר אך פסה מעולמנו בעידן הנוכחי. במקרה כזה ההכרה בכך שההפליה אכן התקיימה עשויה להוות בסיס לדיון על אודות תוצאותיה הנמשכות של הפליה-עבר, אפילו אין היא נמשכת כיום. אולם מעבר לכך, עובדת קיומה של הפליה בעבר – אשר ההכרה האמורה מסייעת בביסוס אמתותה – היא לרוב אינדיקציה טובה לכך שהיא ממשיכה להתקיים בהווה, גם אם בצורה נסתרת או מתחכמת מבעבר.

יתרון שני טמון באלמנט "האשמה המוסדית", שמשמעותה נטילת אחריות משפטית על קיומה של ההפליה. המערכת המשפטית, המעומתת עם היסטוריה מתועדת שממנה עולה כי למשפט היה חלק אקטיבי ביצירת ההפליה, יכולה ואף נאלצת לקבל עליה גם את תפקיד "תיקונה" של אותה הפליה. ואל יהי הדבר קל בעינינו: התערבות משפטית בעניינים חברתיים אינה עניין של מה בכך.

לעומת חברי הקבוצות המופלות "דה-יורה", אשר נהנים בשלב התרופתי מן היתרונות של זיכרון ואשמה מוסדיים – חברי קבוצות המופלות "דה-פקטו" אינם זוכים ליתרון דומה. ניתן בנקל לרמיין כיצד במקרה שלהם ההפליה שהתקיימה בעבר תיתפס בשלב התרופתי כתוצר של התנהלות "פוליטית" בלבד – אשר דורשת תיקון פוליטי, ולא משפטי. ודוק: אין משמעות הדבר שבתי-המשפט יימנעו במפגיע מהגשת סעד תרופתי לקבוצה כזו; אולם הדבר עשוי בהחלט להשפיע על מידת נכונותם לעשות כן ועל המאמץ השיפוטי שניתן לצפות שישקיעו בעניין. בהיעדר "הוכחה" להפליה ממוסדת של הקבוצה, קל יותר לייחס את נחשלותה להתנהלות לא נכונה או בלתי-יעילה שלה או של פטרוניה, ואולי אף ל"חולי קבוצתי" כלשהו המאפיין את חבריה. כך או כך, הדבר עשוי להוביל את המשפט לנער חוצנו מן האחריות לתיקון ולשיפור מעמדה של אותה קבוצה.¹⁴

ה. אפקט הבניית ההפליה כמכוננת ולא כתוצאתית

כללי איסור-הפליה נוגעים בעיקרם לשני סוגי הפליה: זו המכווננת וזו התוצאתית. הפליה מכווננת מתרחשת כאשר פעולה כלשהי מונעת על-ידי הבחנה בין קבוצות שונות והענקת יחס שונה להן. הפליה תוצאתית, לעומת זאת, מתרחשת במנותק מן המניע לפעולה, ונמדדת רק לפי תוצאותיה: אם הפעולה יוצרת, למעשה, הבחנה בין קבוצות שונות – הרי שהיא תיחשב לפעולה מפלה, אפילו בהיעדר כוונת הפליה. במשפט האמריקאי נודעת חשיבות רבה להבחנה בין סוגי הפליה אלה. ההפליה המכווננת נחשבת חמורה יותר, ולכן זוכה להגנה טובה מזו המוענקת להפליה התוצאתית, בעיקר בשל הגבלת ההגנה החוקתית שמעניק התיקון ה-14 לחוקה לטיפול בה בלבד.¹⁵ המשפט הישראלי, המתקדם יותר בפיתוחו את ערך השוויון, הכיר זה מכבר בכוחה ההרסני של ההפליה התוצאתית, והוא רואה בה נורמה אסורה באותה מידה.¹⁶ על אף הברלים אלה בין שתי שיטות המשפט, ניתן עדיין לקבוע במידה גבוהה של וודאות שבשתיהן גם יחד יגן בית-המשפט מפני פגיעתה של הפליה מכווננת בקלות והתלהבות רבות יותר מכפי שיעשה זאת בהגינו מפני פגיעתה של הפליה תוצאתית.

גם כאן, ניתן להבחין ביתרון מובנה העומד לזכות הקבוצה שהופלטה "דה-יורה", שכן אצלה לבדה משתמע כי ההפליה שסבלה הייתה הפליה מכווננת. הדרך הטובה ביותר לסמן הפליה כהפליה מכווננת הוא להראות כי היא נקבעה בחקיקה – בית המחוקקים נדרש לה ובחר לעגנה במובן הפורמלי. לעומת זאת, קבוצה שהופלטה "דה-פקטו" אינה מצוידת באישור מעין זה על

אופי הפגיעה שנעשתה בה, ולכן חומרת ההפליה נגדה תיתפס כתלויה בכוונה שמאחוריה, ועל כן – כפחותה.

לסיכום חלק זה, ניתן לומר כי קבוצה שסבלה מהפליה "דה-פקטו" ולא "דה-יורה" היא קבוצה אשר מבחינת מאבקה לשוויון הפגיעה בה היא כפולה: בשלב ההפלייתי היא משלמת את מחיר ההפליה בפועל, הכרוך בהדרה, דיכוי, הרחקה ממשאבים ועוד. בשלב התרופתי היא אינה זוכה לתרופה המשפטית של כללי איסור-הפליה, מהטעם שאלה אינם מסוגלים להמשיגה כקבוצה מופלית – שכן הם משתמשים במדדים מוגבלים ומגבילים לצורך זיהוי קבוצה ככזו והפעלת ההגנה עליה. הבנה זו ממחישה לנו את חשיבות העמידה על ההבדלים בין הפליה "דה-פקטו" והפליה "דה-יורה" אף שההנחה המקובלת בעולם המשפט היא שהבדל זה הוא עיוני בעיקרו, ולכן יש להתעלם ממנו בזיהויה של הפליה כקיימת ואפקטיבית כפי שהצגתי זאת לעיל, להבדל זה ישנה משמעות מעשית שאסור להתעלם מכוחה ומהשפעתה על הבניית מאבקן לשוויון של קבוצות מופלות.

2. היעדר הכרה בפוליטיקה: על "שונות" כמכוננת הפליה ו"דומות" כמכוננת שוויון

עקרון השוויון נשען על הרעיון לפיו זהות ודומות מחייבים יחס זהה ואילו שוני מצדיק יחס שונה. המהלך הרעיוני של הפעלת עקרון השוויון פועל, לפיכך, בצורה הפשוטה הבאה: די שהמפלה יזהה קבוצה או פרט בה כ"שונה", בכדי שיוכל להפעיל כלפיהם פרקטיקה מפלה. הבנת המהלכים השונים שבפעולת ההפליה בצורה זו, היא שמכתיבה את דרך הפעולה של מי שמבקש להפעיל לטובתו את מנגנון איסור-ההפליה כסעד משפטי נגד ההפליה שסבל. מטרתו הפשוטה היא להוכיח כי הוא דווקא "דומה" לקבוצה ממנה הוחרג, ולכן, זכאי ליחס שוויוני. משמע, קעקוע ה"שונות" הלכאורית והצבעה על "דומות", הם שמאפשרים את ריפוייה המשפטי של ההפליה. מדברים אלה ניתן היה להסיק בטעות שמבחינה רעיונית די בטענת "דומות" בכדי להבטיח שוויון לאלה הטוענים אותה; אלא שלא כך הוא כשמדובר במערכת התרופתית שמציעים חוקי איסור-הפליה. חוקים אלה יכולים להיות מופעלים רק כאשר ביכולתו של התובע להציג עצמו תחילה כ"שונה". ובמילים אחרות: כדי להתחיל להניע את גלגלי מערך איסור-ההפליה במשפט, יש להצביע על "שוני", ורק בשלב הבא לטעון כי "שוני" זה אינו אמתי, ובכך לטעון ל"דומות". מי שאינו יכול להוכיח "שוני" (לכאורית) שלו בתחילת טענתו בדבר הפליה, לא יוכל ליהנות מה"דומות" (האמתית) שלו בשלב האנטי-הפלייתי – שכן הסיבות לראיית ה"דמיון" (האמתי) כ"שוני" (מוטעה), הן שמצדיקות את השימוש במנגנוני הריפוי האנטי-הפלייתיים. בין סיבות אלה ניתן למנות סט של דפוסים הנחשבים שליליים במהותם ומחייבים התערבות משפטית. הבולטים מביניהם הם סטריאוטיפיזציה, חוסר רציונליות ודיכוי – רעות חברתיות המייצרות הפליה אסורה.

א. סטריאוטיפיזציה – משמעותה הימנעות מבחינת אדם לגופו ולגוף איכויותיו, ושימוש בכלים "מתווכים" כדי להעריכו. כשמדובר באדם מקבוצת מיעוט חברתית, הסטריאוטיפיזציה משתמשת לשם הערכה זו בכלי מתווך פסול, כמו מגדר או מוצא, מחליטה שתכונות אלה שליליות, ובכך גורמת להדרתו ולהפלייתו של האדם – פרקטיקה המנוגדת להתנהגות רציונלית.¹⁷ דוגמה לכך היא אי-קבלתה לעבודה של מהנדסת ממוצא ערבי, בשל הסטריאוטיפ שעובדים ערבים אינם נאמנים למעסיקהם היהודים.

ב. חוסר רציונליות – קצת כמו קודמתו, הסטריאוטיפיזציה, חוסר הרציונליות מתבטא כאשר אדם מקבל החלטה בנוגע לאדם אחר, בן או בת מיעוט, מבלי שיפעיל כלים שיש בהם כדי לאפשר הערכה רציונלית של אותו אדם. כך, למשל, ההחלטה שלא לקבל לעבודה מהנדסת

מוכשרת רק בשל סלידה ממוצאה הערבי היא פעולה לא-רציונלית, שכן למוצא אין כל השפעה על יכולות ניתוח וביצוע הנדסיות.

מקור ההתנגדות המשפטית לסטריאוטיפיזציה ולחוסר הרציונליות הוא בתפיסה העולה מהגותו של הסוציולוג מקס ובר בנוגע למודרנה. תפיסה זו גורסת שעל המשפט לקחת חלק אקטיבי בקידום ערכים מודרניים, לפיהם על אדם להישפט על-פי תכונותיו – ולא על-פי מעמדו, כפי שנהוג היה בתקופות פרה-מודרניות, בהן מעמדו של אדם הוא שקבע את גורלו. ג. דיכוי – משמעותו הכפפה של בני-אדם לכוחה הבלתי-מרוסן של ההגמוניה והותרתם בעמדת נחיתות חברתית. מטרת הדיכוי היא, אפוא, לאפשר את המשך שלטון הכוח של ההגמוניה ואת המשך ניצולם של הכפופים לה. פרדיגמה זו משתקפת בשתי הדוגמאות שהובאו לאי-קבלתה לעבודה של המהנדסת הערבייה, כאשר בשתייהן נמנע קידומה של האוכלוסייה הערבית מבחינה תעסוקתית, והיא נותרת בשולי שוק התעסוקה הישראלי.

מבין שלוש סיבות אלה, כך טוענים מלומדי המשפט החוקתי, נראה כי רק הראשונה והשנייה מצדיקות בעיניו בתי-המשפט התערבות אנטי-הפלייתית.¹⁸ עובדה זו מעלה אף היא את קרנה של פרדיגמת ה"שוני-דומות" כמי שמכתיבה את סדר היום האנטי-הפלייתי, שכן שתי הסיבות הראשונות אינן מתעניינות בשאלה אם מי שהופלה "דוכא" במסגרת יחסי-הכוח בהם הוא נתון, אלא בשאלה אם מי שהופלה "דומה" למי שקיבל יחס הוגן – שאם כן, ממילא נמצא שהוא הופלה באופן בלתי-רציונלי.

פרדיגמת ה"שוני-דומות" מבוטאת בצורה מלאה בעקרון איסור-ההפליה במשפט הישראלי, כמו בזה האמריקאי.¹⁹ ראו למשל את פרשת אביטן, בה כשל התובע להוכיח את טענת ההפליה שלטענתו היה חשוף לה.²⁰ באותה פרשה טען אביטן שהוא זכאי לקבל דיור בר-השגה מהסוג שהוצע לתושביה הברווים של העיירה רהט. בית-המשפט קבע כי בהיותו נמנה עם האוכלוסייה היהודית בישראל, אביטן אינו "דומה" לאוכלוסיית היעד של פרויקט הדיור המדובר אלא נחשב ל"שונה", וממילא ההבחנה שתפעיל המדינה בנושא כלפיו בהקשר זה היא מוצדקת. דוגמה הפוכה, בת אותה עת, מהווה פסק-הדין בפרשת שקדיאל – שם קבע בית-המשפט כי לאה שקדיאל, כאישה, אינה "שונה" מכל מועמד אחר לראשות המועצה הדתית בעיר ירוחם, ולכן אין לאסור על בחירתה לכהן במועצה זו כחברה מן המניין.²¹

לאור רקע מושגי זה ניתן להניח כי חברי וחברות קבוצה מופלית, החיים בחברה בה קיים ריבוד על רקע מוצא המקובע בשיח החברתי כריבוד מרכזי, ולעתים אף יחיד – ייכשלו כבר בשלב הראשון של הבאת טענה בדבר הפלייתם. הם יתקשו להראות כי הם "שונים" מן ההגמוניה אליה לכאורה הם משתייכים, ושם תיחסם דרכם. קושי זה עלול להיווצר מכמה סיבות. יכול למשל שמקסם-השווא של דמיון להגמוניה והאפשרות להיטמע בה יקסמו להם. דוגמה לכך היא הטענה כי חלק מארגוני-המחאה המקסיקנים הלכו שבי אחר האפשרות לזהות את המקסיקנים כ"לבנים", ולא נאבקו להיות מוכרים כשונים.²² סיבה אחרת יכולה להיות השתקת טענה כזו על-ידי מערכת המשפט עצמה, בתואנה שהיא זורעת פירוד-לבבות בקבוצה ההגמונית, ולכן מחלישה את כוחה. כך עשתה בזמנו השופטת בן-פורת לעותרת ד"ר ויקי שירן, כשגערה בה על שהעלתה את הטענה כי מזרחים מודרים מהשיח הציוני הממוסד.²³

ב. כרוניקה של הפליה בלתי-מוכרת:²⁴ מזרחים ומקסיקנים

דרך מעניינת לבחון את תקפות הטענות המובא במאמר זה, היא לבחון את נכונותו בהשוואה בין שתי קבוצות שעל פניו דומה כי אין כל קשר ביניהן – מזרחים בישראל ומקסיקנים בארצות-הברית. המרכיב המחבר בין שתי קבוצות אלה הוא מאבקן בהיעדר-השוויון ממנו הן סובלות באמצעות מערכות חוקי איסור-הפליה דומות. עמידה על הדמיון במאבקן של קבוצות אלה תלמדנו על מגבלותיו המבניות של המנגנון שהן מבקשות להפעיל לטובתן, ובמיוחד, תאיר את חשיבות היסודות המכוננים של הפליה "דה-יורה" למול "דה-פקטו" והפליה במסגרת "דמיון" ולא "שונות", בניהול מאבק משפטי לשוויון.

1. מקסיקנים-אמריקאים: המיעוט הנשכח

מקסיקנים-אמריקאים (להלן: "מקסיקנים") הם מי שהיגרו ממקסיקו לארצות-הברית, בין בדרך של חציית הגבול ובין בדרך של הפיכתם על-כורחם לאזרחים אמריקאים עם תום מלחמת מקסיקו-ארצות-הברית.²⁵ במשך השלב ההפלייתי סבלו המקסיקנים מהפליה מדכאת ומהפרדה כמעט בכל תחומי החיים.²⁶ ממדיה של הפליה זו והיעדר הטיפול בה הביאו לכך שכיום קבוצה זו היא בין המופלות ביותר והנשכחות ביותר בארצות-הברית.²⁷ כאמור לעיל, הפליית מקסיקנים בארצות-הברית נעשתה באופן כמעט בלעדי "דה-פקטו", ומבלי שיופעלו נגדם חוקי הפליה המורים כך "דה-יורה". נתון זה מהווה נדבך ראשון בגורמים שבגינם מאבקם בהפלייתם הוא מוגבל. מעבר לכך, במסגרת התפיסה הגזעית באמריקה, המקסיקנים נתפסו כאנשים שגזעם "לבן". בתוך הפרדיגמה הגזעית הלבנה-שחורה שעמדה בבסיס הסיווגים הגזעניים שרווחו בארצות-הברית, היו המקסיקנים, אפוא, לבנים. לבנים מסוג נחות, כמובן – אך לבנים. נתון זה היה לנדבך השני בגורמים שהקשו על המקסיקנים את השימוש בטיעוני הפליה, ושהביאו להבחנה ברורה בין מאבקם לשוויון לבין המאבק המקביל לשוויון שניהלו השחורים.

כדי להמחיש את השפעתם המצטברת של שני נדבכים אלה – ההפליה "דה-פקטו", וה"דומות" – על אופן ניהול המאבק לשוויון של מקסיקנים, בחרתי להביא שני פסקי-דין הנחשבים פורצי-דרך ומונומנטליים בעיצוב מאבקה של קבוצה זו לשוויון בתחום החינוך. כזכור, במאבקם של השחורים לשוויון, תחום זה הוא שהביא לפריצת-דרך משמעותית, בפרשת *Brown*,²⁸ וסימן סופית את מעבר ארצות-הברית מהשלב ההפלייתי לתרופתי. להיות החינוך תחום שבעניינו מתהדרת ארצות-הברית יותר מכל בפתיחותה ובהיענותה לדרישה לשוויון של קבוצות מופלות על בסיס מוצא, ההתמקדות בו ממחישה ביתר-שאת את קשייה של הקבוצה המקסיקנית במאבקה לשוויון.²⁹

פסק-הדין הראשון, *Westminster Sch. Dist. v. Mendez*,³⁰ מהווה דוגמה למקרה נדיר בו התרחשה דווקא הפליה "דה-יורה" של תלמידים מקסיקנים, במחוז בטקסס. והנה, בית-המשפט, בקבלו את העתירה, ביצע מהלך משונה: תחת אשר יורה על איסורה של הפליה נגד מקסיקנים ככאלה, הוא בחר לפסול אותה כבלתי-לגיטימית מהסיבה היחידה שהיא מהווה הפליה נגד "לבנים", האסורה לפי חוקי המדינה.³¹ בכך, אף שקיבל למעשה את הדרישה להפסיק הפליה זו, הפך בית-המשפט במחי קולמוס את המקסיקנים ל"לבנים" – זאת על אף שמבחינה פוליטית הם לא היו לבנים, שכן הם לא נהנו מ"פריבילגיות של לבנים" אלא סבלו מ"הפליה של שחורים". ניתוח פסק-הדין מגלה לנו את השפעת שני הנדבכים בעיצוב טענות הפליה: היעדר נדבך ההפליה "דה-פקטו" במקרה נדיר זה, הציף מיידית את הנדבך השני, זה של הדומות; אלא שהדומות המקסיקנית להגמוניה האמריקאית לא שימשה כלי לניגוח ההפליה "דה-פקטו" ממנה סבלו מקסיקנים כקבוצה, כי אם להיפך: ככלי לאסור על הפליה "דה-יורה" בלבד כנגדם.

פסק-הדין המרכזי הנוסף בתולדות מאבק הקבוצה המקסיקנית לשוויון בחינוך, *Cisneros v. Corpus Christi Independent School District*,³² אופייני יותר לדפוסי ההפליה "דה-פקטו" בלבד של מקסיקנים, וממחיש את האופן שבו זו מגבילה את מאבקם. בפרשה זו ניכר רצונו הטוב של בית-המשפט להפסיק את ההפליה ממנה סבלו התלמידים המקסיקנים; אלא שבהיעדר הגדרה "להלכה" של הקבוצה המופלית, הוא התקשה עד מאוד לסווג את הקבוצה שלמולו, להעריכה כסובלת מהפליה ולהושיט לה סעד:

"It is clear to this court that Mexican-Americans, or Americans with Spanish surnames, or whatever they are called, or whatever they would like to be called, Latin-Americans, or several other new names of identification — and parenthetically the court will take notice that this naming for identification phenomena is similar to that experienced in the Negro groups: black, Negro, colored, and now black again, with an occasional insulting epithet that is used less and less by white people... fortunately... [I]t is clear to this court that these people for whom we have used the word Mexican-Americans to describe their class, group, or segment of our population, are an identifiable ethnic-minority... This is not surprising; we can notice and identify their physical characteristics, their language, their predominant religion, their distinct culture, and, of course, their Spanish surnames".

היעדר הגדרה ברורה, מכוח החוק ועל-פיו, של הקבוצה המופלית, חייב את בית-המשפט לבצע זיהוי זה בכוחות עצמו, כדי לאפשר הכרה בהפלייתה של הקבוצה ובכך להופכה לזכאית ליהנות מההסדר האוסר-הפליה. אלא שמשימה זו הייתה כמעט בלתי-ניתנת לביצוע, כעולה מדבריו הנואשים והמפותלים ממש של בית-המשפט. היא חייבה אותו להשתמש בקטגוריות גזעניות ומדומיינות, שכשתמע מדבריו המבולבלים, נראה כי הוא עצמו מתנגד להן בעליל. כדי להימנע משימוש בעייתי זה, בית-המשפט הגיע בסופו של דבר לפתרון שניתן לראות בו מעין "פשרה", והסכים לזהות את הקבוצה הספציפית שלפניו כקבוצה מופלית; אלא שבכך הוא נטש את הפרויקט הקשה של הגדרת כלל המקסיקנים כסובלים מהפליה, וכתוצאה מכך גם פסק-דין זה הותיר אחריו מורשת דלה וצרה של הכרה בזכותה של הקבוצה הספציפית בלבד לסעד איסור-הפליה. המחשה מטרידה במיוחד של מורשת זו ניתן למצוא בפרשת *United States v. Texas Education Agency*,³³ אשר ניתנה שנתיים בלבד לאחר פסה"ד בפרשת *Cisneros*, באותו בית-משפט בטקסס. שוב מגיעה תביעה של תלמידים מקסיקנים לפני בית-המשפט, ושוב הם נדרשים להוכיח כי הם "קבוצה מופלית" — בעוד ששותפיהם לתביעה, תלמידים שחורים שהופלו אף הם מכוח אותה החלטה גזענית ממש, אינם נדרשים להוכיח דבר בנוגע להיותם חלק מקבוצה כלשהי. מהכרעת בית-המשפט התחוור, אם כן, שפרשת *Cisneros* דרשה אישוש נוסף — ובית-המשפט מעניק לעצמו אישוש זה בדמות הכרה בכך ש"מקסיקנים במקומות שונים בטקסס ראויים להיחשב "קבוצה מופלית"³⁴. הטון המקומי נשמר, אפוא, ופסק-הדין הגביל עצמו לתחומי מדינה אחת בלבד בארצות-הברית — על אף שהפרשה עוסקת בתופעה לאומית, בדיוק כבעניינם של שחורים.

2. מזרחים: המיעוט המוכחש

כמו המקסיקנים, גם המזרחים בישראל מאופיינים בשתי התכונות של הפליה ההופכות אותה קשה לזיהוי ולריפוי. מזרחים סבלו ועודם סובלים מהפליה ומנחיתות מעמדית כמעט בכל מדד של

מוביליות חברתית. על שיטתיותה של הפליה זו ניתן ללמוד ממספר דוגמאות בולטות בתחום:³⁵ סטטיסטיקות מגלות כי נגישותה של מערכת החינוך למזרחים וייצוגם בה דלים; קיימים הבדלים של עשרות אחוזים במספר הזכאים לתעודת בגרות בין ערים שבהן עיקר האוכלוסייה אשכנזית לבין ערים שבהן הרוב המכריע הוא מזרחי, כעיריות הפיתוח;³⁶ דפוסים אלה נמשכים גם אל תחום החינוך הגבוה, שם 31% מהזכאים לתעודת בגרות ממוצא אשכנזי מתקבלים לאוניברסיטה, בעוד שבמגזר המזרחי רק 22% מתוכם מתקבלים; כהמשך ישיר לנחיתותם במרחב החינוכי, מזרחים סובלים מדפוס נמשך והולך של נחיתות בשוק העבודה:³⁷ מלבד המתאם הכללי בין מוצא מזרחי ומעמד כלכלי נמוך,³⁸ מזרחים מאופיינים ברפואי תת-ייצוג בשוק העבודה הניהולי-אקדמי (29% בלבד למול נתח של 59% של אשכנזים), ובייצוג-יתר בשוק עבודות הצווארון הכחול (נתח ניכר של 40% למול 22% מועסקים אשכנזים).³⁹ מחקר גילה כי סיכויים של אשכנזים להתקבל לראיון עבודה גדול מזה של מזרחים ב-40.34%.⁴⁰ לאורו, אין זה מפתיע לגלות בקבוצת המובטלים בישראל ייצוג מזרחי העולה כדי פי חמישה מייצוגם של אשכנזים, באופן חסר כל פרופורציה לחלקם היחסי באוכלוסייה.⁴¹ לא בכדי שיעור העוני אצל מזרחים גדול כמעט פי שלושה משיעורו אצל אשכנזים.⁴² עוד מקשים על השתלבותם החברתית של המזרחים בישראל הפריפריאליות הגיאוגרפית ומרחבי המחיה הסוגרטיביים שבהם הם חיים.⁴³ זוהי תמונת המצב של ישראל בשנות ה-2000.⁴⁴

על אף שהפליה ממושכת ובעלת תוצאות קשות הופעלה ועודנה מופעלת נגד מזרחים, היא מעולם לא עוגנה בדבר חקיקה רשמי וכמעט שאין לה עקבות כמה שניתן להגדרו, באופן גס, כמסגרת ה"דה-יורה" של מדינת ישראל. לכן, הפליה זו מאופיינת בהיותה "למעשה".⁴⁵ להבדיל מהמקסיקנים, שהוכרו על-ידי המשפט, לפרקים ובאופן מוגבל מאוד, כקבוצה מופלית, מזרחים נעדרים כמעט לחלוטין גם מפסיקת איסור-ההפליה הישראלית הענפה. נוסף על כך, מזרחים נתפסים כאוכלוסייה "דומה" לאוכלוסייה ההגמונית אשכנזית, ולו במובן זה שה"אחר" האולטימטיבי בתרבות הישראלית הוא האדם הערבי. במובנים רבים, כלואים המזרחים בפרדיגמה "יהודים-ערבים", המסמנת את הדומים (יהודים) והשונים (ערבים) בישראל – ממש כמו שהמקסיקנים כלואים בפרדיגמה "שחורים-לבנים" הרווחת בתרבות הגזעית האמריקאית, ואשר בעיניה הם משתייכים לצד ה"דומים" (לבנים) ולא לצד ה"שונים" (שחורים). אלא שבמובנים אחרים, מצבם של מזרחים אף גרוע יותר; שכן לפרדיגמה הישראלית חובר ממד נוסף: זה של סכסוך לאומי. ממד חשוב זה הופך את ניסיונם של המזרחים להשתחרר מכבלי הפרדיגמה ולמצוא קול ייחודי שדרכו יסופר סיפור דיכויים, לניסיון לערער את חוסנו של הצד היהודי במאזן האימה שיוצרת "פרדיגמת המלחמה". כאמור, לא בכדי גערה השופטת בן-פורת בד"ר ויקי שירן, מחלוצות המאבק המזרחי בישראל, כי בטענותיה בדבר הבדל בין הנרטיב היהודי-אשכנזי והנרטיב היהודי-מזרחי של בניין המולדת היהודית יש כדי להביא ל"פירוד לבבות" לאומי.⁴⁶ לפי הלך חשיבה זה, במדינת היהודים אין זה אפשרי שהפליה תהיה מופנית כלפי יהודים.⁴⁷

על רקע זה, מעניין במיוחד לראות כיצד מתייחס בית-המשפט בישראל לנושא הפליית מזרחים בתחום החינוך, וכיצד הוא מסווג את המקרים הבאים בשעריו לפי מאפייני ההפליה. עד לאחרונה, נדונו כל העתירות אשר עסקו בהפליה בחינוך על רקע עדתי בישראל כעתירות שאינן נוגעות כלל לשפע המזרחי-אשכנזי, על אף שבכולן ללא יוצא מן הכלל עמד שסע זה בבסיס הרקע העובדתי. כלל העתירות שהגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון נקטו קו עובדתי ומשפטי יחיד: הורים אשכנזים, המתנגדים לשליחת ילדיהם לבית-ספר אינטגרטיבי, עתרו נגד הפניית ילדיהם לאותם בתי-ספר. בית-המשפט, בתגובה, דן עמם בסוגיות פרוצדורליות-מנהליות מובהקות, ובסופו של יום חייב אותם לרוב לציית לשיבוץ שנקבע לילדיהם. כמו בסיפור המקסיקני, הילדים הושבו יחד

על אותם ספסלי לימוד בסופו של ההליך המשפטי – אולם מטריית ההגנה של בית-המשפט לא חלה עליהם, ובעיקר לא על הבאים אחריהם שיעמדו בפני התנכלות דומה.⁴⁸ פרשת בית-הספר "בית-יעקב" בהתנחלות עמנואל,⁴⁹ שם הופרדו פיזית ילדות אשכנזיות מילדות מזרחיות, סימנה שינוי מדפוס זה, שכן פניית העותרים אל בית-המשפט העליון נעשתה לראשונה בשם הילדות המזרחיות, ולא בשם מי שביקשו להתרחק מהן. אלא שגם כאן ראש ההרכב, השופט אדמונד לוי, אפשר למפלים עצמם לתעתע בו ולהכתיב את שיח ההפליה כשיח דתי, בין "ספרדיות" ל"אשכנזיות". השופט לוי, שלעמדתו הצטרפה השופטת ארבל, תיאר את ההפליה שלפניו כמונחים המוכרים מעולם הדת, מושגים נטולי משמעות פוליטית, בדבר תלמידות ממוצא ספרדי אשר הופרדו מחברותיהן שמוצאן אשכנזי. משכך, לא סיווג השופט את ההפליה שלפניו כעדתית מובהקת, אלא פנה ישירות למיגורה, תוך שימוש בכלים מנהליים לא-חוקתיים בדבר החובה להעניק חינוך באופן שוויוני.⁵⁰ לעומתו, השופט מלצר הציג שיח אחר לחלוטין. מיד בפתח דבריו, זיהה השופט את היסוד להפליה הנדונה כ"מוצא עדתי". על כך הוסיף השופט שימוש בביטוי הפוליטי "תלמידות ממוצא מזרחי" לתיאור המופלות, תחת שיתייחס אליהן, כיתר ההרכב, כ"ספרדיות".⁵¹ גם במישור ההנמקה פרץ השופט מלצר את גבולות הניתוח הטכני-למחצה של חבריו להרכב, וטיפל בסוגיה בראש ובראשונה כסוגיה חוקתית, בזוהו את ההפליה העדתית שלפניו כמשפילה וכפוגעת פגיעה אסורה בזכות החוקתית לכבוד. בהשוואה בין שתי ההנמקות, נקל לראות כיצד פסק-דינו של השופט מלצר יוכל לשמש בעתיד מזרחים בצורה אפקטיבית במאבקים נוספים בתחום החינוך, ואולי אף בתחומי חיים אחרים בהם הם סובלים מהפליה. לעומת זאת, פסק-דינו של הרוב מזכיר את פסקי-הדין שניתנו בעניינם של המקסיקנים: עולה מהם תמונה של הפליה מקומית, הדרושת טיפול מקומי – ושכפי שהוכח, אין בה כדי לשמש בסיס לתביעות עתידיות דומות.⁵²

3. סופו של עיוורון, תחילתה של הכרה

הדמיון בין קבוצת המקסיקנים בארצות-הברית וקבוצת המזרחים בישראל אינו מפתיע, אפילו נוכח המרחק הגיאוגרפי, הזרות התרבותית והמסגרת המשפטית הנפרדת בה הן מתקיימות. בפשטות, שתיהן מזוהות על-ידי שיח איסור-ההפליה הליברלי כבלתי-רלוונטיות לו. תלותו המבנית של שיח זה במודל "שוני-דומות", הוציאה מתחומו את אלה שההפליה נגדם מתרחשת בתוך הקשר של דומות.⁵³ יתרה מזאת, הדיכוטומיה "שוני-דמיון" מתקיימת על רקע אמונה בקיומו של "שלם" חברתי אחד, הנחלק לשניים, כבסמל היין-יאנג שמקורו בפילוסופיה הסינית העתיקה.⁵⁴ בסמל זה, השחור והלבן מסומנים דרך עובדת היותם שונים בתכלית זה מזה – אולם הם עדיין יוצרים מעגל מושגי (מו)שלם אחד. אם נשתמש בסמל האמור כמטאפורה, נאמר שכך מתבונן שיח איסור-ההפליה על המבקשים את חסותו והגנתו: כשונים, כשחור ולבן, היוצרים מערכת הפליה אחת. המקסיקנים והמזרחים מסומנים בתוך סמל זה כ"לבנים" – וממילא הופכים שקופים עבור המשפט, הרואה אך את הניגוד החזק בסמל, בין השחור ללבן. השחור והלבן עצמם מתוחמים בתוך גבולות הסמל, כך שמעבר להם אין למשפט כלל עניין לחפש סדר הפלייתי אחר, שכן הם מייצגים עבורו סדר הפלייתי שלם וסגור. כך, נותרות שתי הקבוצות חסרות מענה משפטי איכותי ושיטתי לסבלותיהן.

בספרו "על העיוורון" מוכיחנו הסופר ז'וזה סאראמאגו, בין היתר, על עיוורוננו לחשיבותם של הפרטים הקטנים של המציאות בחיינו.⁵⁵ רק כאשר מתעוורים עוד ועוד מגיבורי וגיבורות העלילה, והדברים שהיו מובנים מאליהם בעבר נעלמים באכזריות מחייהם, הם מתחילים להיות ערים להם,

כאילו "ראו" אותם והבחינו בהם לראשונה. למרות תוכנו הקשה, אם כן, נותן הספר תקווה לשינוי ולהתפכחות גם במצבי עיוורון. ניתוחי עד כה מוכיח את הצורך לחדול מן העיוורון ביחס למציאות שמחוץ למשפט ולגבולותיו. אף שהמשפט מכיר בעיקר בהפלייתם של מי שהופלו "דה-יורה", חובה עליו לחדול מעיוורונו כלפי מי שהופלו "דה-פקטו"; אף שהוא מכיר בהפלייתם של "שונים" נוחים לזיהוי, עליו לחדול מעיוורונו כלפי רפואי הפליה המתקיימים בתוך הקבוצות השונות עצמן, בין חלקיהן הנדמים לו כדומים. כמו אצל סאראמאגו, העיוורון המשפטי הנוכחי אינו סופי ונטול תקווה. הוא דורש להישיר מבט אל מחוץ לגבולותיו המצומצמים של המשפט, וקורא לשימוש בכלי מחקר וזיהוי מורכבים, חוץ-משפטיים, לצורך עיסוק בסוגיות חברתיות מהסוג שמזמנים חוקי איסור-ההפליה. אלה יגלו כי מקסיקנים ומזרחים, כל קבוצה לעצמה, סובלים מהפליה נמשכת, מושקת ובלתי-מטופלת.

סיכום: ניתוח חדש של רפואי הפליה-אנטי-הפליה

המוסדות המשפטיים "הפליה" ו"איסור-הפליה" נתפסים כמושגים דיכוטומיים, סגורים, המקיימים יחס מושלם של "טוב-רע" ביניהם. מאמר זה הצביע על הקושי בתפיסה זו. הוא הראה כיצד במושג השלילי "הפליה" יכולים להימצא מוטיבים חיוביים, והוכיח את השפעתם על הבניית המושג "איסור-הפליה" כתרופה לראשון. הדגמת תפיסה בעייתית זו על המקרה של מזרחים בישראל ממחישה בצורה ברורה את גבולותיו הבלתי-ראויים של מוסד איסור-ההפליה בצורתו הנוכחית, וההשוואה של קבוצה זו לקבוצה המקסיקנית מראה כיצד מודל ניתוח זה נושא משמעות אונברסלית, ועל כן צפוי להיות רלוונטי לכל מנגנוני איסור-ההפליה במערכות משפט ליברליות אשר עשו מהלך של מעבר משלב הפלייתי לשלב אנטי-הפלייתי. לפי מודל זה, בניגוד לאינטואיציה, דווקא קבוצות שסבלו מהפליה ברורה ובוטה בשלב ההפלייתי הן המרוויחות הגדולות בשלב האנטי-הפלייתי. ודוקו: אין זה מחייב שאוכלוסייתן סבלה הפליה קשה יותר או מזיקה יותר מזו שממנה סבלו קבוצות שהופלו "דה-פקטו", או שמצבן החברתי בשלב האנטי-הפלייתי רע יותר. למצער, מערכת המשפט אינה עורכת בחינה מעין זו של מצבן כתנאי להחיל עליהן את חוקי איסור-ההפליה. הן נהנות מחוקי איסור אלה על בסיס פשוט הרבה יותר – ומוצדק כשלעצמו: עצם העובדה שהופלו מכוח החוק, בהיותן "אחרות" חברתיות. בה בעת, קבוצות מופלות ומוחלשות מסוג אחר אינן זוכות להכרה ככאלה, אינן נהנות מנגישות דומה למערכת האנטי-הפליה ואינן מקבלות את הטיפול המשפטי החיוני להן, בדרך לזכות בחיים שוויוניים בחברה.

התייחסות חדשה, הוליסטית יותר, המכילה מבט ענייני על המציאות שמחוץ לגבולות המשפט, תוכל לזכות גם את אלה במה שהבטיחה השיטה הליברלית לכל חבריה: שוויון.

הערות

- 1 כוונתי בשימוש במושגים אלה תובהר בהמשך המאמר. לעת הזו אבקש את סליחת הקוראות והקוראים על השימוש בביטויים לועזיים אלה. אכן, "דה-פקטו" יכול היה בקלות להיות מתורגם ל"למעשה", אולם "דה-יורה" נראה כחסר תרגום ראוי מעין זה, בשל דלות משמעות הביטוי המקביל "להלכה". לפיכך, בחרתי להשתמש בביטויים אלה בגרסתם הלועזית, כפי שמקובל להשתמש בהם בעולם המשפט בישראל.
- 2 בהבחיני בין שני סוגי ההפליות איני מכוונת לומר שרק הפליה הנעשית במסגרת חקיקה רשמית היא "משפטית", ובכך להסיר אחריות משפטית מהפליות הנעשות "דה-פקטו". פעולות הפליה רבות הנעשות "דה-פקטו", גם בלי עיגון חקיקתי רשמי, יכולות לחלוטין להיות בנות-ביקורת משפטית. יתרה מכך,

ביקורת חברתית על המשפט תפעל דווקא לטשטוש הגבול הפורמליסטי בין שני סוגי ההפליה, ואני עצמי שותפה לאידיאולוגיה ביקורתית זו. ראו למשל: George A. Martinez, *Legal Indeterminacy, Judicial Discretion and the Mexican-American Litigation Experience: 1930-1980*, 27 U.C. Davis L. Rev. 555, 586-603 (1994) (במאמר זה הכותב מראה כמה מלאכותיות היא ההבחנה בין סוגי ההפליה, בעיקר בתיקי הפליה בחינוך בארצות-הברית). עם זאת, למרות טשטוש גבולות זה והקרכה בין שני מושגי ההפליה, עדיין חשוב להבחין בין שני סוגי הפליות לצורך זיהוי האפקטים השונים שהם יוצרים אצל כל קבוצה במאבקה לשוויון. במוכן זה בלבד אני מעודדת את ההבחנה בין שני סוגי ההפליות.

3 ראו סעיפים 18 ו-18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132.
4 עוד על רעיון ההעדפה המתקנת בחוק זה בהקשר של נשים ראו: יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה: תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים) תשי"ט-1959: פרשנותו וקווי יסוד ליישומו" **משפטים** ל 183 (1999).

5 להרחבה על אודות מושג זה ראו: Ruth G. Teitel, *Transitional Justice* (2000).
6 דוגמה לקיום מקביל כזה מהווה המשפט הישראלי, בו ננקטת הפליה כנגד ערבים – או נכון יותר, ננקטת העדפה כלפי יהודים – בה בעת שבית-המשפט והמחוקק פועלים לקידום מעמדם כקבוצה מוחלשת. בארצות-הברית החלוקה הזו נראית מעט ברורה יותר. כמוכן הפורמלי, ארצות-הברית עברה לשלב האנטי-הפלייתי שלה באופן סופי באמצע המאה הקודמת, עם ביטולה של מערכת חוקי-ההפליה שהונהגו בדרום ואשר נודעו בשם Jim Crow. יש הטוענים שניצני מחויבותה של אמריקה לעקרון איסור-ההפליה ניכרו בתקופה שלאחר מלחמת האזרחים, ושמהלך זה נמשך עד לסיומו הסופי בפרשת *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954). לסקירת נקודות-זמן קריטיות אלה בהיסטוריה המשפטית האמריקאית וזיהויין כמעבריות, ראו – Paul Brest, *The Supreme Court, 1975 Term – Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 Harv. L. Rev. 1 (1976).

7 ההתייחסות לשחורים בארצות-הברית כקבוצה מופלית "דה-יורה" כמעט שאינה צריכה ביאור. החוק בארצות-הברית נטל תפקיד מרכזי בכיסוס מעמדם כעבדים, ומאוחר יותר כאזרחים נחותים, עד לאמצע המאה העשרים. בעיקר ראוי לציון עיגונן של הוראות חוק גזעניות ומפלגות בחקיקה ראשית ואף בחוקותיהן של מדינות הדרום, אשר ראגו להדיר שחורים מהמרחב הציבורי והפרטי גם יחד. עוד על מערכת החוקים הגזענית של התקופה ניתן לקרוא אצל: James F. Davis, *Who Is Black? One Nation's Definition* 51-70 (1991). לעניין ההגנה החוקתית, גם ברמה הפדרלית של בית-המשפט העליון, שניתנה לפרקטיקת העבדות עצמה, ראו: Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* (4th ed. 2001) 422-431. קבוצת הערבים בישראל יוצרת אתגר מורכב יותר עבור המבקשים לזהותה כקבוצה מופלית "דה-יורה", במוכן זה שאין כמעט אזכור ישיר שלה בספר החוקים הישראלי. חיפוש המילה "ערבים" במקורות המידע של החוק החרות מניב כמעט אפס תוצאות. עם זאת, הקבוצה מקבלת טיפול ישיר, ככזו, בשיח בית-המשפט העליון. ראו למשל בג"ץ 240/98 **עדאלה**, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' **השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 167 (1998); בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 12.12.2006). נוסף על כך, אף שחוקי מדינת-ישראל אינם מתייחסים מפורשות לערבים, יש בהם בהחלט התייחסות מפורשת ליהודים, לצורך הענקתן של טובות-עודפות – שממנה ניתן להבין שכל מה שניתן בישראל ליהודים בלבד, נמנע מערבים. הדרך להבין זאת היא באמצעות המשגת הקיום היהודי-ערבי בישראל כ"שלם" אחד; מסיבה זו, מתן הטבה ליהודים בלבד מסמלת, מיניה וביה, את הדרת הערבים ממנה, והפלייתם בשל כך. דוגמה לכך היא חוק-יסוד: מרקעי ישראל, המחייב את החזקת אדמות המדינה בבעלות של הקרן הקיימת לישראל – שהיא יהודית. מכאן משמע, שאסור שקרקע זו תוחזק על-ידי הקבוצה היחידה המתחרה מקרוב על משאבי הקרקע המצומצמים של ישראל: הערבים. חוק השבות, המעניק זכות הגירה לישראל ליהודים בתפוצות, הוא דוגמה מצוינת נוספת (חוק השבות,

- התש"י-1950, ס"ח 189). אומנם, לכאורה הוא פועל בצורה מפלה על כלל מי שאינם יהודים; אולם ברי כי המתחרים העיקריים על הזכות לשוב ארצה ולהפוך לאזרחים בה הם פלסטינים החיים מחוץ לישראל. ראו דוגמה בוטה ליחס מפלה זה בפתיה אצל ISSACHAR ROSEN-ZVI, *TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE, AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL* (2003).
- 8 הקבוצה המקסיקנית "שקופה" במשפט האמריקאי ונעדרת כמעט לחלוטין מחוקי ההפליה שבו, כמו גם משיח איסור-ההפליה שלו. Richard Delgado & Vicky Palacios, *Mexican Americans as a Legally Cognizable Class Under Rule 23 and the Equal Protection Clause*, 50 NOTRE DAME L. REV. 393 (1975). מחקר גילה שגם במדינות הדרום הגזעניות, שם סבלו המקסיקנים מנחת זרועה של הפליה בוטה ומדכאת ביותר, כמעט שלא ניכר עיגון "דה-יורה" של הפליה זו. ראו Gary A. Greenfield & Don B. Kates, Jr., *Mexican Americans, Racial Discrimination, and the Civil Rights Act of 1866*, 63 CAL. L. REV. 662, 681-84 (1975) (במחקר נברקה כלל החקיקה במדינות הדרום של ארצות-הברית בהן התרכזה עיקר האוכלוסייה המקסיקנית). הקבוצה המזרחית נעדרת אף היא לחלוטין מהשיח המשפטי בישראל, הן ההפלייתית והן התרופתית. ראו: יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" משפטים מא 455 (2011).
- 9 לניתוח מאפייניהם של אפקטים אלה, אופן היווצרותם והשפעתם ראו Yifat Bitton, *The Limits of Equality and the Virtues of Discrimination*, 2006 MICH. ST. L. REV. 593 (2006).
- 10 ראו שלל ההגדרות לשחורים בחקיקה האמריקאית בעבר אצל PAULI MURRAY, *STATES' LAWS ON RACE AND COLOR* (1997).
- 11 להרחבה, ראו הפרק העוסק בהשוואה בין הקבוצות, להלן הטקסט הסמוך לה"ש 24-33.
- 12 ראו, בהתאמה: Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967); Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896); Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- 13 כמצב זה צפוי אומנם אותו "מתחזה" או "מתכחש" לשלם מחיר אישי בדמות תחושת התחזות לאחר או שנאה עצמית, אך הוא עדיין יכול לצלוח את מסננת ההפליית החברתית. לדרכים השונות המשמשות מיעוטים לשם כך ראו: Kenji Yoshino, *Covering*, 111 YALE L.J. 769, 872-73 (2002). עוד מתריעות כותבות מפני הנזק שבפעולה מעין זו לקבוצה כולה ולהליך העצמתה. ראו: Kimberlé W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331, 1382-1383 (1988).
- 14 כך, למשל, מסתמנת מגמה לפיה בתביעות בגין הפליה במועדונים, מציעים בתי-המשפט לתובעים סעדים שאינם משפטיים מובהקים, כגון: "סולחה" עם בעלי המועדון, כניסה אל המועדון, ובאחד המקרים אף הוצע לתובע לפנות אל התקשורת להעלאת המודעות הציבורית לנושא. ראו ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 8.
- 15 ראו חשיבות ההבחנה במאמר הסקירתי Note, *Developments in the Law: Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1125 (1969).
- 16 ראו למשל בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 116 (1995), שם אומר בית-המשפט: "...מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית."
- 17 בשלב מסוים עלתה טענה מזרם הניתוח הכלכלי של המשפט לפיה סטריאוטיפיזציה היא דווקא התנהגות רציונלית, במובן שהיא יעילה כלכלית. הסטריאוטיפיזציה, כך נטען, היא הדרך שלנו לאסוף מידע, בהינתן שאיסוף מידע, ככלל, הוא פעולה יקרה ובלתי-יעילה. גישה זו, המכונה Statistical Discrimination, מוכנה לפיכך לקבל כרציונלית את ההפליה שנוצרת עקב שימוש בסטריאוטיפים, ואף טוענת שדינה להיעלם מעצמה, ולכן אין צורך להילחם בה. ליסודות גישה זו ראו Edmund Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, 62 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 659 (1972). הגישה נדחתה, בעיקרה, מהטעם שהיא מטילה – שוב – על כתפי המיעוט את מחיר העלות הכלכלית

- של פעילות חברתית. זאת ועוד, ברי כי מקורם של סטריאוטיפים רבים אינו אלא שנאת האחר, ולכן ניתן לטעון שהם נטולי יעילות כלכלית ואף מבטיחים חוסר יעילות כזו.
- 18 זוהי, למצער, הקביעה המקובלת בנוגע לאופן שבו ההגנה על ערך השוויון בתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית פורשה על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית. ראו Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976).
- 19 ראו Jane Difference, *Gender and Justice in BEYOND EQUALITY AND DIFFERENCE* 193, 193-210 (Jane Flax, Beyond Gisela Bock and Susan James, eds., 1992).
- 20 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).
- 21 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).
- 22 ראו: MATT S. MEIER & MARGO GUTIÉRREZ, *ENCYCLOPEDIA OF THE MEXICAN AMERICAN CIVIL RIGHTS MOVEMENTS* 130 (2000).
- 23 בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השירור, פ"ד לה(3) 388, 365 (1981).
- 24 אבקש להבהיר כאן, באמצעות השפה האנגלית, כי כוונתי היא להפליה שהיא unrecognized ולא unknown.
- 25 המלחמה הסתיימה ב-1848, ובמסגרתה נחתם הסכם גוארדלופ-הידלגו הקובע את התאזרחותם של חלק מאזרחי מקסיקו, בשל כיבוש חלקים ממנה והזזת הגבול האמריקאי בהתאם. ראו Martha Menchaca, *Chicano Indianism: A Historical Account of Racial Repression in the United States*, 20 AM. ETHNOLOGIST 583-584 (1993).
- 26 לתיאור מגוון הפליות אלה ראו REYNALDO ANAYA VALENCIA ET AL., *MEXICAN AMERICANS AND THE LAW: ¡EL PUEBLO UNIDO JAMÁS SERÁ VENCIDO!* 4-10 (2004).
- 27 ראו: Margaret E. Montoya, *A Brief History of Chicana/o School Segregation: One Rationale for Affirmative Action*, 12 BERKELEY LA RAZA L.J. 159, 162 (2001).
- 28 פרשת Brown, לעיל ה"ש 6.
- 29 חשוב לציין, שאף שנמתחה ביקורת רבה על פסק-הדין בפרשת Brown, בטענה שהוא לא הביא, מעשית, להפסקת ההפליה נגד שחורים, ולא חתר כנדרש, אנליטית, נגד דיכויים – עדיין הוא נתפס כנכס סימבולי יקר ערך במאבק הנמשך של קבוצה זו לשוויון. ראו: MARK WHITMAN, *BROWN V. BOARD OF EDUCATION: A DOCUMENTARY HISTORY* 310-334 (2004). בהירים במיוחד כאן דבריו של בכיר חוקרי-המשפט השחורים, דרק בל:
- “The significance of this decision is that it altered the status of African-Americans who were no longer supplicants... ‘seeking, pleading, begging to be treated as full-fledged members of the human race...’” (DERRICK BELL, *RACE, RACISM AND AMERICAN LAW* 551 (3rd ed., 1992))
- 30 161 F.2d 774 (9th Cir. 1947).
- 31 שם, בעמ' 780.
- 32 324 F. Supp. 599, 606-607 (S.D. Tex. 1970).
- 33 467 F.2d 848 (5th Cir. 1972).
- 34 שם, בעמ' 852, קובע בית-המשפט:
- “Mexican-Americans in many cities in Texas are an identifiable ethnic minority” (ההדרגה הוספה – 'י ב').
- 35 לנתונים מקיפים על עומק ההפליה נגד מזרחים והיקף השתרעותה ראו ביטון “מזרחים במשפט”, לעיל ה"ש 8. המאמר גם מציג את היעדרה המוחלט כמעט של הקבוצה המזרחית משיח ההפליה ואיסור-ההפליה בישראל.
- 36 לפי נתוני אתר מרכז אדווה, ההבדלים בתחום החינוך בישראל בין אשכנזים (א) למזרחים (מ) לפלסטינים (פ) הם כדלקמן (מחקר מעודכן לשנת 2007): זכאות לתעודת בגרות (מכלל קבוצת הזכאים לתעודת

- בגרות באוכלוסייה) 67%(א), 46%(מ), 32%(פ). ראו שלמה סבירסקי, אתי קונור-אטיאס והאלה אבו חלא תמונת מצב חברתית 2009 21-23 (דוח מסכם מרכז אדווה, 2009) <http://goo.gl/eIL8s>. בכל השימושים בקטגוריה "פלסטינים" בנתונים סטטיסטיים במאמרי זה כוונתי היא לפלסטינים בעלי אזרחות ישראלית. ראו: שלמה סבירסקי ונוגה דגן-בוזגלו בירדל, אי-שוויון ושליטה מתרופפת: תמונת מצב של החינוך הישראלי (2009) <http://goo.gl/JyWdc>. עוד ציוין כי השימוש במודד עיירות הפיתוח ראוי בהקשר זה, שכן הן מורכבות מ-80% בקירוב של אוכלוסייה מזרחית ותיקה ורק 20% של אוכלוסיית עולים. ראו: ארו צפדיה ואורן יפתחאל "מדינה, מרחב והון: מהגרים בישראל וריכוד חברתי-מרחבי" שלטון ההון 197, 218 (דני פילק ואורי רם עורכים, 2004). יתרה מזאת, נתח ניכר מקבוצת עולים זו מורכב מעולים מאתיופיה ועולים מארצות-ערב של ברית-המועצות לשעבר, כמו קווקז ובוכרה, הנתפסת כחלוקה האתנית הישראלית בהכרח כקרובה לקבוצה המזרחית יותר מאשר לקבוצה האשכנזית (צפדיה ויפתחאל מאפיינים את עיקר העולים שהגיעו לעיירות הפיתוח כמהגרים מחוסרי השכלה והכשרה מקצועית. שם, בעמ' 209. האוכלוסייה שעלתה מרוסיה המוסלמית אופיינה כמחוסרת השכלה והכשרה מקצועית יותר מזו שעלתה מרוסיה הנוצרית-לבנה).
- 37 לפערים החמורים בין מזרחים לאשכנזים שהתקיימו גם לפני למעלה מעשור ראו: ינון כהן "פערים סוציו-אקונומיים בין מזרחים לאשכנזים, 1975-1995" סוציולוגיה ישראלית א 115 (1998). להבניה של שוק העבודה הישראלי כמעמדי-עדתי ראו: שלמה סבירסקי ודבורה ברנשטיין "מי עבד במה, עבור מי ותמורת מה? הפיתוח הכלכלי של ישראל והתהוות חלוקת העבודה העדתית" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 120 (אורי רם עורך, 1993).
- 38 לניתוח מרקסיסטי של מעמדם של מזרחים ראו: שלמה סבירסקי לא נחשלים אלא מנוחשלים: מזרחים ואשכנזים בישראל: ניתוח סוציולוגי ושיחות עם פעילים ופעילות (1981).
- 39 מרכז אדווה מצביע על "חלוקת עבודה" בשוק העבודה לפי סוגי משרות אלה. הברזל זה ניכר גם בתחום הביניים של המקצועות השירותיים, כמכירות ופקידות, שם החלוקה היא של 23% אשכנזים למול 30% מזרחים. הברזל ההשתכרות בין מזרחים לאשכנזים מעוררים דאגה מיוחדת. אם X מייצג את השכר הממוצע אצל מזרחים, הרי שלפי ממצאי מרכז אדווה אשכנזים משתכרים בממוצע $X+39\%$, ואילו פלסטינים משתכרים $X-30\%$. ראו הנתונים באתר מרכז אדווה, www.adva.org.
- 40 אלו תוצאות מחקר שבחן סיכויי קבלה לראיון עבודה על סמך קורות חיים שהם שנבדלו רק בשם המועמד, אשר העיד על מוצא מזרחי/אשכנזי מובהק. דורית ששון "האם סיכויי התעסוקה של גרינברג וברנשטיין גבוהים משל בוזגלו ואבוקסיס? ניסוי על אפליה בשוק העבודה בישראל על רקע מוצא אתני ומגדר" (פרסום מס' 26 של המכון למחקר כלכלי בישראל על שם מוריס פאלק, האוניברסיטה העברית, <http://goo.gl/IIMwG> (2006).
- 41 1.5% מכלל האוכלוסייה האשכנזית מובטלת, ולעומת זאת אצל המזרחים המספר הוא 7.5%. אצל הפלסטינים עומד נתון זה על 10%. נתונים מתוך אתר מרכז אדווה, לעיל ה"ש 39.
- 42 ראו איריס ג'רבי וגל לוי השסע החברתי-כלכלי בישראל 15 (סדרת ניירות העמדה של המכון הישראלי לרמקורטיה מס' 21, 2000).
- 43 ראו למשל: ארו צפדיה מהגרים ביישובים פריפריאליים בחברת המתיישבים היהודית (עבודת גמר לשם קבלת תואר דוקטור בגיאוגרפיה, אוניברסיטת בן-גוריון – המחלקה לגיאוגרפיה, 2003) (בוחר את מדיניות ההגירה והיישוב בספר של העולים המזרחים על-ידי מדינת ישראל כגורמים אשר קיבעו את נחיתותם המעמדית למול האשכנזים, באמצעות הרחקת המזרחים ממרכזי הכוח התרבותיים, הפוליטיים והכלכליים); אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" תיאוריה וביקורת 16, 13 (2000); בני נוריאלי "זרים במרחב לאומי: היהודים הערבים בגטו בלוד, 1950-1959" תיאוריה וביקורת 26, 13 (2005).
- 44 אף שתמונת מצב זו נראית יותר "תוצאתית" מאשר "מכוונת", נזכיר שחרף האמונה כי דפוס השיח וההפליה הבולטים של שנות ה-50 של המאה הקודמת פסו מהחברה הישראלית, אין זה נדיר לשמוע

- דמויות מפתח בציבוריות הישראלית מתבטאות בצורה גזענית כלפי מזרחים. כך, למשל, חיים חפר, אשר דיבר על חוסר התרבות של העדה המרוקאית; אורי אור, שטען כי המרוקאים הם "אנשי כבוד" הדורשים כיבודים; ונתן זך, שרק לאחרונה תיאר בראיון לתוכנית "המקור" בערוץ 10 את המזרחים כמי שבאו "מהמערות" ואוהבים אלימות.
- 45 יש לסייג אמירה זו בכל הקשור למקורות פסאודו-פורמליים, בהם ניתן לזהות דפוסי הפליה כנגד מזרחים, או למקורות פורמליים יותר, כמו פסק-דין, בהם נעשתה הפליה אולם רק באופן ספורדי ולעתים אף מקומי. כך, למשל, חוזר מנכ"ל משרד החינוך הידוע, שהיה בתוקף עד לשנת 1992, אשר לפיו ההגדרה של ילד "טעון טיפוח" במערכת החינוך יוחדה למי שמוצאם מ"עדות המזרח".
- 46 בג"ץ שירן, לעיל ה"ש 22. מילותיה של בן-פורת היו חדות במיוחד:
 "הטענה בעתירה, שהקבוצה הנפגעת היא 'הדות המזרח', יש בה כדי לקומם... היהדות היא מושג אחד ויחיד, החובק זרועות עולם. 'הדות המזרח' כמו 'הדות אשכנז' אינן אלא אברים של אותו גוף, שעליו יש לשמור מפני פיצול מזיק, שריח של פירוד הלככות נודף ממנו".
- 47 ההערכה של "דמיון" ו"שונויות" נעשית על רקע המוטיב המכונן של "אתניות" בזהות חבריות הקבוצה המופלית. במובן זה, ברגע שהבחנה עובדת לצייר הפליה אחר, טיעון זה אינו אפקטיבי. כך, למשל, ברי שניתן לזהות בקלות הפליה בתוך החברה הישראלית-יהודית, כמו גם בתוך החברה האמריקאית-לבנה. כזו היא למשל ההפליה על בסיס מגדרי.
- 48 לסקירה מקיפה של פסק-הדין בתחום, ראו Yifat Bitton, *Wishing for Discrimination? A Comparative Gaze on Categorization, Racism and the Law*, 2 SORTUZ: ONATI JOURNAL OF EMERGENT SOCIO-LEGAL STUDIES 39, 66-81 (2008).
- 49 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.2009).
- 50 השופט לוי ממקד את ניתוחו בזכותן של קהילות לקיים מסגרות חינוכיות התואמות את תפיסת עולמן (שם, בפס' 22 לפסק-דינו של השופט לוי), ואינו נזקק כלל בניתוחו לחוק-יסוד כלשהו. רק בשולי דבריו מכנה השופט לוי את ההפליה שלפניו "הפליה עדתית" (שם, בפס' 24 מדבר השופט על "שיוך עדתי" ככזה שאסור שימשש בסיס לאי-קבלה לבית-הספר); אך ניתוחו את חובת השוויון והזכות לחינוך נעשה עוד בטרם זיהוי זה. השופטת ארבל אף היא מכנה את המקרה באופן סתמי כ"הפליה", מבלי לקטלגה כמבוססת על מוצא עדתי.
- 51 השופט מלצר מבחיר זאת מפורשות בהבדילו את ההפליה העדתית מהנמקת הנבדעים, אותה הוא מכנה "כאילו-דתית". שם, בפסק-דינו של השופט מלצר. עם זאת, יש לציין כי פסק-דינו של השופט מלצר אינו חורג מתחומי המקרה אל עבר הצגת הפלייתם של מזרחים בחברה הישראלית באופן רחב יותר, והוא נותר בתחומי החינוך החרדי, ואף פחות מכך – בתחומי בית-ספר זה לברו.
- 52 דוגמה טובה נוספת להבנת פרשת עמנואל כנרבך נוסף של הפליית תלמידות במערכת החינוך בישראל על רקע מוצאן המזרחי, מהווה תביעה אחרת שהוגשה בגין אותה פרשה ממש. התביעה, שהוגשה מכוח דיני הנוזיקין, הציגה דרישת פיצוי כספי בגין נזקי ההפליה של התלמידות. במקרה זה, בפסק-הדין הכספי שניתן לטובתן, אימץ בית-המשפט את שפתן של התובעות, והציגן כמזרחיות. ת"א (שלום ת"א) 11475-10-09 שלזינגר נ' בית ספר "בית יעקב" בעמנואל (טרם פורסם, 18.7.2011) <http://goo.gl/pVPpp>. פסק-הדין עצמו, עם זאת, מתמיה ביותר, שכן הוא אינו מכיל קביעה כי הבנות הופלו, אלא רק מורה לנתבעים לפצותן.
- 53 מרתה מינו תולה מצב זה בכישלוננו של שיח השוויון להיחלץ ממלכודת ה"שונויות". ראו MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION AND AMERICAN LAW 147 (1991).
- 54 הסמל מוכר בשמו Yin-Yang Symbol. לסקירה בסיסית של מקורותיו ראו: <http://goo.gl/p28KE>.
- 55 ז'וזה סאראמאגו על העיוורון (מרים טבעון מתרגמת, 2000).