

צדק נרטיבי: מתי הפליה אינה עניין של שוויון חלוקתי? בעקבות פסק הדין בעניין האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת

מאת

גל הרץ*

תקציר

המאמר דן בהחלטתה של שופטת בית המשפט השלום בבאר שבע בתובענה כספית של האגודה לשמירת זכויות הפרט נגד בית הדפוס "צבע הקשת", אשר סירב להעניק לה שירותים בטענה שהשירותים המבוקשים סותרים את אמונתם הדתית של בעלי העסק. בפסק הדין קבעה השופטת על בסיס חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, שאי-מתן שירות לאגודת להט"ב הוא בגדר הפרה של עקרון השוויון, אשר גובר במקרה זה על חופש הדת והמצפון של בעל העסק. לפיכך היא חייבה את הנתבע לשלם פיצוי כספי לתובעת גם ללא הוכחת נזק. ערעור על פסק הדין הוגש לבית המשפט המחוזי בבאר שבע ונדחה, ובעקבות ההחלטה ערערו בעלי בית הדפוס לבית המשפט העליון (ומאז מחקו את בקשתם). אף כי מקרה זה מעלה שאלות חשובות ועקרוניות באשר לזכויות הפרט, לשוויון במרחב הציבורי וליחסים בין קהילות וערכים אינסולריים לבין המדינה, בית המשפט נשען בהכרעתו על תפיסה פורמליסטית של שוויון ושל אי-הפליה, מבלי להתמודד עם המשמעויות הנורמטיביות של המקרה. השופטים בשתי הערכאות ייתרו את הדין הנורמטיבי ונתרו בגבולות הפורמליזם המשפטי, משום שלשיטתם מדובר בהפליה אסורה בהתאם ללשון החוק. אולם האם פסיקה מן הסוג הזה אכן מסייעת למנוע הפליה, או שמא היא מחמיצה את השאלה החברתית הכרוכה בה ובכך דווקא מחריפה את "ריב הרשויות" המתרחש בימינו, השוחק את מעמד שלטון החוק וערך השוויון? טענת המאמר היא שתפיסת השוויון הפורמליסטית המתבטאת בפסק דין זה, המבוססת על היגיון של צדק חלוקתי ושל עיוורון לשונות, לא רק שאינה מאפשרת

* הכותב הוא עמית מחקר והוראה במכון כהן להיסטוריה ופילוסופיה של הרעיונות באוניברסיטת תל אביב. מאמר זה מתבסס על הרצאה שהתקיימה במסגרת הסדרה "שפה, צדק ומשפט" במרכז מינרבה לזכויות אדם שבפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אני מודה לאלאא חאג' יחיא ולליאורה בילסקי על ההזמנה להרצאה ועל ההערות המלמדות שקיבלתי בדיון שלאחריה. ברצוני גם להודות מקרב לב לשקד טורם ים על הערותיה המעולות ועל הסיוע שלה לשיפור המאמר ולגיבושו.

עשיית צדק במובנו הרחב – כלומר הגנה מפני פגיעה ביחידים או בקבוצות – אלא אף יוצרת סעד משפטי אשר הנזק שלו עלול להיות רב על התועלת. מעבר לדיון בפסק הדין, המאמר מעלה טענה עקרונית באשר להבנה של קטגוריית ההפליה: המאמר טוען כי הפליה איננה פגיעה בשוויון (שממנה מתחייבת השוואה או קיזוז), אלא הבדל חברתי היוצר פגיעה לא-מוצדקת (שממנו מתחייב שינוי באשר לאותו הבדל עצמו).

שופטים מכריעים על פי דין, ומכאן גם מקור הלגיטימיות של החלטותיהם. אולם כיצד עליהם לנהוג כאשר פסיקה על פי לשון החוק נמנעת מלהתייחס אל הסוגיה הנורמטיבית שעל הפרק? האם זהו עניינה של הרשות השופטת בכללותה או אולי תפקידו של בית המשפט העליון, או שמדובר בדיון חברתי רחב יותר הנוגע לרשות המחוקקת? בעקבות חנוך דגן ואביחי דורפמן מאמר זה מציע דרך ביניים שיכולה לאפשר התייחסות לסוגיות נורמטיביות בפסיקה, אם כי היא גם מחייבת שמירה על האיזונים הראויים שבין הרשויות.

מבוא

- א. סקירת פסק הדין בעניין צבע הקשת
 - ב. הפסיקה והשיח הציבורי
 - ג. צדק ביחסים וחומות משפטיות
 - ד. נרטיב והבדל – משפט כגשר נורמטיבי
- סיכום: פסיקה נורמטיבית בגבולות החוק

מבוא

החלטת בית משפט השלום בבאר שבע בעניין **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' בית הדפוס צבע הקשת** (להלן: **עניין צבע הקשת**) נוגעת לסירוב לתת שירות הסותר את ערכיו של נותן השירות.¹ המקרה עורר הדים רבים, והציב את השאלה אם במקרה זה עומדת הגנה חוקית לסירוב, ואם לא – מהו הנימוק למה שנראה כפגיעה קשה לא רק בזכויותיו של נותן השירות, אלא גם באמונתו הדתית ובאורחות חייו.

בשנת 2016 פנתה האגודה לשמירת זכויות הפרט (הידועה גם כאגודה למען הלהט"ב בישראל) אל בית הדפוס "צבע הקשת" בבאר שבע בבקשה להדפיס עבורה פליירים. פנייתה נענתה בתשובה הבאה בדואר אלקטרוני: "איננו עוסקים בחומרי תועבה, יהודים אנחנו!". בתגובה תבעה האגודה את בית הדפוס בגין הפליה, ודרשה פיצוי בסך של 100,000 שקלים חדשים על יסוד חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה). בעלי בית הדפוס טענו כי מתן השירות המבוקש סותר את ערכיהם ואסור על פי ההלכה, ועל כן כאנשים דתיים זכותם לסרב לבצעו. השופטת פסקה לטובת התובעת וקבעה כי לבעלי בית הדפוס אומנם עומדת הזכות להחזיק בערכים ובאמונות דתיות כאנשים פרטיים ככל שירצו, אולם ערך השוויון וחוק איסור הפליה מחייבים אותם לתת שירותים לכל לקוח המבקש זאת. השופטת סברה כי אין בטענות הנתבעים כדי לבסס את הגנתם או כדי לנמק את סירובם בהתאם להוראות החוק. לאור זאת היא חייבה את בעלי בית הדפוס לשלם לתובעת פיצויים בסך של 50,000 שקלים חדשים והשיתה עליהם את הוצאות המשפט. הנתבעים ערערו לבית המשפט המחוזי בטענה כי אין מדובר בהפליה אלא בהתנגדות אידאולוגית, וכי מתן השירות כרוך בעבירה על איסור דתי במסגרת התקשרות פרטית. השופט דחה את בקשת הערעור והותיר את פסקת בית משפט השלום על כנה.² הנתבעים החליטו לערער לבית המשפט העליון, אך בהצעת בית המשפט החליטו בהמשך למחוק את ערעורם.³

הפליה לא-מוצדקת אינה רק בבחינת סתירה של הערך הליברלי של השוויון, אלא גם ביטוי למתחים נורמטיביים ולהתנגשות בין עולמות ערכים. בית המשפט נדרש על כן לנסח את "קו התיחום" הראוי בין הפליה שניתן להצדיק ולהגן עליה לבין הפליה שהיא פסולה ואסורה על פי החוק. בגיליון מב של כתב העת "עיוני משפט" התנהל פולמוס מרתק בעקבות פסק הדין בעניין **מירב נ' אי.די.איי** בשאלה אם הפליה המטיבה עם אדם יכולה להיחשב כאסורה. התביעה נגעה לפטור מתשלום לחברת הביטוח

¹ ת"א (שלום ב"ש) 56315-02-17 אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת – מעבדה ללוחות אופסט ושקפים בע"מ (נבו 20.4.2020) (להלן: עניין צבע הקשת).

² ע"א (מחוזי ב"ש) 52336-06-20 כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 19.8.2020).

³ ע"א 7246/20 כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 24.5.2021) (להלן: עניין צבע הקשת בפני בית המשפט העליון).

להחלפת צמיגים עבור נשים. בתביעה נטען נגד הטבה זו כי מדובר בהנצחת סטראוטיפים שליליים הנוגעים לנשים, וכי אף שזוהי הפליה מיטיבה מבחינה כלכלית היא מזיקה מבחינה חברתית ואסורה חוקית. בית המשפט קיבל את עמדת התובעים ופסק פיצויים שיועדו לפעילויות להגברת השוויון המגדרי בישראל. השאלה שהתעוררה בפסק הדין היא אם הפליה המיטיבה עם אדם היא אסורה או אם נכון להגדירה כהפליה כלל. תשובתו של דני סטטמן היא שלילית. הוא הציג גישה מצמצמת, שלפיה הפליה אסורה היא הבחנה לא-מוצדקת בין בני אדם המתבטאת ב"יחס שונה בחלוקה של טוב מסוים".⁴ הפליה אסורה משמעה שטובין או שירות נמנעים מאדם עקב השייכות החברתית ה"בעייתית" שלו. לכן, הפליה מיטיבה – גם אם אנו סבורים שהיא פסולה מוסרית – אינה צריכה להיחשב כאסורה לפי החוק. בעוד שמה שביקש סטטמן במאמר הוא להבחין בין הדיון המוסרי-חברתי (הפליה פסולה) לדיון המשפטי-פורמליסטי (הפליה אסורה), הבחנה זו, כפי שמציינת תמר קריכלי-כץ במאמר תגובה באותו גיליון, מתעלמת מסטראוטיפים חברתיים ומגדריים המעצבים את היחסים שבין הקבוצות שונות והמשמרים ואף מעמיקים את הפערים ביניהם.⁵ קריכלי-כץ מתייחסת לביקורת הפמיניסטית בהקשר של *כינון הבלים*, ביקורת חשובה שתידון בהמשך במסגרת הדיון בדבריו של השופט סאלים ג'ובראן. באופן דומה טוען גם רונן אברהם כי הפליה נוגעת לפגיעה הנוצרת בעקבות יחס שלילי, כגון יצירת רגש נחיתות או השפלה, ועל כן יכולה להתקיים גם ללא כל הרעה ממשית או פגיעה רכושית. אברהם מבקר את הגישה החלוקתית-מצמצמת של סטטמן, אשר מחמיצה את מה שהוא מגדיר כ"מטרד ציבורי" וכ"עוולה חברתית",⁶ וכותב את הדברים הבאים: "בעוד תנאי החלוקה של פרופ' סטטמן מצמצם את הפער בין שאלות של הפליה לשאלות של צדק

⁴ דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו?" **עיוני משפט** מב 239, 245 (2019).

⁵ תמר קריכלי-כץ "אישוויון מגדרי והפליה סטראוטיפית – מחשבות בעקבות פסק-הדין בעניין מירב נ' איי.די.איי" **עיוני משפט** מב 271, 272-280 (2019).

⁶ גישה דומה לצמצום של הערך המוסרי בשיח המשפטי מפתח סטטמן גם בהקשר של כבוד האדם. הוא מבקש ליצור הבחנה בין כבוד האדם כערך מוסרי לבין הצינוי הנורמטיבי של יחס לא-משפיל. הבחנה זו מאפשרת לו לטעון כי הפליית נשים בחברה הדתית (שנשים אלו מסכימות לקבלה) אינה מהווה יחס משפיל, ועל כן אינה מהווה פגיעה בכבודן. אולם השאלה שהדוגמה מעלה אינה ההסכמה או אי-ההסכמה של נשים, אלא השאלה אם יחס כזה אל נשים, שהוא מובנה בתוך מערכות החיים הדתיים בקהילות אורתודוקסיות, הוא ראוי. ההבחנה של סטטמן אינה מאפשרת לערוך דיון מן הסוג הזה, ומעבירה את הדיון מהמישור הנורמטיבי למישור הפרוצדורלי. ראו: דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001).

חלוקתי, גישתי, שאינה מתעקשת על תנאי זה, גורמת לכך ששאלות של הפליה יהיו רחבות יותר משאלות של צדק חלוקתי".⁷

מעבר למושג ההפליה הנידון כאן, נראה כי ההבדלים בגישות נוגעים גם למושג השוויון. הגישה הליברלית הדאונטולוגית של צדק חלוקתי, שאותה מייצג סטטמן, גורסת שיישום ערך השוויון במשפט משמעו הדרישה להצדקה של חלוקת הטובין החברתיים, כלומר חשיפה של פגיעה רכושית לא-מוצדקת. לעומתה, הגישה שמייצג אברהם, אשר הוא מכנה גישה "תוצאתית", גורסת כי יחס לא-שווה בין קבוצות משפיע על התנהגותן ועל היחסים ביניהן, ומביא בין היתר לפגיעה רכושית.⁸ יש להדגיש כי עבור אברהם הפליה היא ביטוי ליחסים חברתיים שהם עצמם מריעים; הדיון שלו בוחן את הפסיקה בהקשר של תפקידה הנורמטיבי והשלכותיה על התפתחותם של יחסים חברתיים עתידיים, כלומר כיצד הפסיקה מהווה התערבות בתוך החוזה החברתי ולא רק שמירה על כלליו. כך למשל, עבור סטטמן אזרחים ערבים העוברים בידוק נפרד ופוגעני בנמל התעופה אינם יכולים לטעון להפלייתם או להשפלתם כקבוצה אלא רק כפרטים, ככל שאכן סבלו מיחס שכזה בפועל. לעומתו טוען אברהם, שהשפלה זו גורמת ל"מפגע סביבתי" אשר משפיע עמוקות על התנהגויות ועל עמדות; היא מביאה

⁷ רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו – תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן" **עיוני משפט** מב 283, 285 (2019). כדוגמה לאופן שבו מוגדרת הפליה על פי גישת הצדק החלוקתי, ראו למשל את מאמרה של סופיה מורר. היא רואה בהפליה משום הפרה של זכות מוקנית לחירות. היא טוענת כך: "In a liberal society, each person is entitled to decide for herself what she values and how she is going to live in light of these values. This means that, in addition to certain freedoms of action, we are each entitled to a set of 'deliberative freedoms', freedoms to deliberate about and decide how to live in a way that is insulated from pressures stemming from extraneous traits of ours. Many of us already have these deliberative freedoms. I shall argue that anti-discrimination law attempts to give them to all of us, because each of us has an independent entitlement to them. It attempts to give them to us by preventing our employers, service providers, landlords, and others from acting in ways that deny us opportunities because of these traits, so that when we deliberate about such things as where to work and where to live, we do not have to think about these traits as costs. I shall try to show that, by understanding anti-discrimination law in this way, we can make sense of its surface structure as correct. That is, we can understand why discrimination amounts to a personal wrong against the victim. It is a personal wrong because the discriminator has interfered with the victim's right to a certain set of deliberative freedom". Sophia Moreau, *What is Discrimination?*, 38(2) PHIL. & PUB. AFF. 143, 147 (2010).

⁸ במובן זה גישתו של אברהם קרובה למשל לזו של אליזבת אנדרסון, הטוענת ל"שוויון של יחסים" ולא רק של נגישות לטובין.

לכך שאזרחים ערבים רבים יעדיפו למשל לעבור במעבר הגבול בירדן וכלל לא להגיע לנמל התעופה בן-גוריון. על כן ההתמודדות עם הפליה צריכה להיות בהקשר הרחב והמהותי. כך, בניגוד לתפיסת ההפליה כהקצאה לא-שוויונית, אברהם מדגיש את ההשלכות החברתיות הרחבות וארוכות הטווח של סוג מסוים של יצירת הבדלים הכרוכים לעיתים קרובות בסטראוטיפים שליליים. אלו, לטענתו, מולידים סוג של פגיעה חברתית שאיננו מוגבל לפגיעה אינדיבידואלית (בדוגמה שלעיל – לא הנוסע הערבי הבודד אלא הערבים כציבור), וזו אינה בהכרח פגיעה רכושית (אי-השוויון בבדיקת משפיל גם אם הוא אינו פוגע בכיס). מעבר לשאלה מהם גבולות הדיון המשפטי, דומה שהוויכוח מערב גם שתי תפיסות שונות באשר למושג החוק עצמו, נושא אשר יידון בהמשך: אכיפה של כללים ראויים לאינטראקציה בין-אישית (תפיסתו של סטטמן) מול התוויית תוכנית חברתית צודקת (תפיסתו של אברהם).⁹

פסק הדין הניצב במרכז המאמר, בעניין **צבע הקשת**, עוסק כאמור באיסור הפליה. כפי שאבקש להראות, פסק הדין הוא דוגמה לאופן המצמצם של הדיון המשפטי בחוק: במקום להתמודד ולגשר בין תפיסות נורמטיביות מתנגשות, בהיצמדו ללשון החוק יישם בית המשפט גישה של שוויון פורמלי ושל צדק חלוקתי; במקום לתת פרשנות למושג השוויון וחופש המצפון בהתאם לתנאי המקרה, הוא הותיר אותם כעקרונות חסרי תוכן. השאלה שלא נידונה בפסק הדין היא מהם גבולותיו של מושג השוויון בהקשר זה, ומתי הפליה במתן שירותים יכולה להיות מוצדקת. אולם מעבר לכך עולה בעיה עקרונית יותר באשר למהות השוויון: ההבנה של הפליה כ"היפוכו של השוויון", כפי שכותבת השופטת בפסק הדין, מבוססת על תפיסה של שוויון כעיוורון לשונות. טענתי היא כי הבעיה בגישה של עיוורון לשונות היא כפולה. מצד אחד, בדומה לביקורת של אברהם על סטטמן, היא אינה נותנת מענה לבעיה החברתית העמוקה של הפליה במקרים של התנגשות בין תפיסות נורמטיביות, ועל כן הסעד שלה הוא מוגבל ולעיתים אף מחטיא את מטרתו. מן הצד האחר, גישה מצומצמת זו לשוויון מתעלמת מחשיבותם של ערכים אינסולריים ומכוחם הנורמטיבי-חיובי של סוגים מסוימים של הבדלים ושל שונות חברתית; על כן, לא רק שאין לבית המשפט עניין לפגוע בערכים אינסולריים, הוא אף מחויב להגן עליהם ככל שהם אינם עומדים בסתירה לחוקי המדינה. יתרה מזו, פגיעה בערכים אינסולריים, במקום שתקנה תוקף נורמטיבי לחוק – כלומר תבסס את הציות לחוק על הממד המוסרי שלו ולא רק על כוח הכפייה שלו – עלולה ליצור ניכור בין המדינה לקהילות אינסולריות ולהפוך את החוק לאמצעי כפייה בלבד, מרוקן ממשמעות. יש להדגיש כי אין הכוונה כאן לגישה של רב-תרבותיות או להכרה בזכותן של קהילות להנהיג יחס מפלה, כלומר להחרגתה של הפליה הנגזרת מערכים תרבותיים.

המאמר ימשיך את הדיון ויציע ביקורת על מושג ההפליה במגבלות הדיון המשפטי-ליברלי וההישענות שלו על ערך השוויון בתוך מסגרת תפיסה של צדק חלוקתי ושל מוסר דאונטולוגי. בחלקו הראשון של המאמר (פרקים א-ג) ניצבת

⁹ על כך ראו: Scott J. Shapiro, *Legality*, 32(3) LEGAL STUD. 499, 499-507 (2011).

השאלה, מדוע הישענות על תפיסה של צדק חלוקתי של בתי משפט בסכסוכים משפטיים שעניינם הפליה חברתית אינה מספקת. טענתי היא שתפיסת שוויון פורמליסטית או דאנטולוגית-ליברלית מובילה לבחינה צרה של סכסוכים המתעלמת מן ההקשר החברתי והקהילתי של הצדדים, מה שאני מכנה "נרטיבים של הפליה"; כך, ההכרעה המתקבלת אינה מקדמת צדק במובנו הרחב ואינה מובילה לפתרון הסכסוך, אלא למעשה עלולה להעמיק את העימות שבין הקהילות בזירה הציבורית באופן המאפשר גריפת הון פוליטי ופגיעה במעמד בתי המשפט ושלטון החוק. חנוך דגן ואביחי דורפמן, אשר הכירו בבעיה, הציעו גישה משפטית שנועדה להתגבר על מגבלות אלה ולהרחיב את הבסיס לפסיקה במשפט הפרטי באמצעות יישום עקרונות מהמשפט הציבורי. אולם טענתי היא שגם גישה זו נטועה בתוך ההיגיון החלוקתי, ועל כן אינה מסייעת בהכרעה שהיא חברתית-נורמטיבית באופייה. בחלקו השני של המאמר (פרק ד והסיכום) מוצעת גישה חלופית אשר יכולה לתת מענה לבעיה זו: אני סבור כי בעמידה על הממד החברתי אשר ביסוד הסכסוך המשפטי באמצעות התייחסות לנרטיבים של קהילות אינסולריות שונות יוכל בית המשפט להכריע מתי ראוי לאסור על הפליה ומתי יש לאפשרה. בית המשפט יוכל לעשות זאת לא בחריגה או בהרחבה של החוק, אלא מתוך פרשנות שונה למושג ההפליה. טענתי, כפי שאראה בפרק ד בהתבסס על מחשבתו של רוברט קאבר, היא שעולם נורמטיבי מבוסס לא רק על ציות אלא בעיקר על משמעות, ומשמעות קשורה תמיד ביצירת הבדלים. תפקידו של בית המשפט מנקודת מבט זו איננו לסלק את המתח הזה אלא להתמודד עימו – לא לסלק הבדלים באמצעות הקביעה הפורמלית שכל הבדל הוא מפלה, אלא במסגרת הסמכות המוקנית לבית המשפט לנקוט התערבות משפטית המתמקדת בצמצום של האופן הפוגעני שבו ההבדל מתבטא.

א. סקירת פסק הדין בעניין צבע הקשת

השופטת בפסק הדין בעניין צבע הקשת מציינת כי הייתה הסכמה בין הצדדים באשר לנסיבות העובדתיות במקרה. חילוקי הדעות נגעו לשאלה אם סוג זה של שירות שמשמעו ייצור מוצר ייחודי עבור הלקוח יכול להוות סעיף הגנה המתיר הפליה חריגה על פי החוק. לדעת השופטת לא עמדה לנתבעים הגנה שכזו, וכך היא מנמקת את עמדתה:

"הנתבעים אינם חולקים למעשה על עובדות התביעה כלל ועיקר, ומצהירים כי אכן סירבו לספק לתובעת שירותי דפוס, לא בגלל סוג העבודה הנדרש או כל סיבה אחרת הקשורה לאופי העבודה המתבקש, אלא אך ורק בשל זהותה של התובעת ואופייה של התובעת

שלטענת הנתבעים, כל מטרתה לקדם 'בין היתר, קיום יחסים אסורים על פי ההלכה' (סעיף 1.6 לסיכומי הנתבעים). מטעם זה השיבו הנתבעים במייל העוקב לפניית התובעת: 'איננו עוסקים בחומרי תועבה. יהודים אנחנו!', באופן המלמד כי זהות הפונה ולא תוכן הפנייה, הם ששימשו יסוד לדחיית מתן השירות המבוקש".¹⁰

השופטת סבורה כי הסירוב לתת שירות כאן נובע מזהותו של הלקוח, וכי זוהי הפליה האסורה בחוק במפורש. השופטת קובעת כי "אין חולק על חוסר רצונם של הנתבעים לעבוד עם התובעת דווקא בשל זהותה של התובעת",¹¹ קביעה הרואה בסירוב של בית הדפוס הפליה אסורה על פי לשון החוק ועל כן מייצרת את הדיון בטענת הנתבעים בנוגע למצפונם או לשאלה הנורמטיבית הנגזרת ממנו. גם טענה מצפונית אינה יכולה להצדיק סירוב לתת שירות לאדם בשל מיניותו (סירוב לתת שירות ללהט"בים). כך קובע החוק במפורש, ובכך צודקת השופטת. אולם גם אם נקבל קביעה זו, עדיין ניתן לטעון שבמקרה זה ישנו קשר בין זהותה של התובעת לסוג השירות שהיא ביקשה: מדובר בהזמנה של עיצוב ושל הכנת פליירים מיוחדים, ולא בבקשה לספק כרטיסי ביקור או בהדפסה של חומר מוכן. כלומר, ניתן לטעון כי סירוב הנתבעים לספק את השירות העומד כאן על הפרק אינו סירוב על יסוד זהותו של מזמין השירות (האגודה ללהט"ב) אלא על יסוד סוג השירות המבוקש (עיצוב של פליירים). השופטת לא קיבלה טענה זו, ולכן אין בפסק הדין התייחסות לשאלות העקרוניות-נורמטיביות שהעלו הנתבעים: האם ישנה זכות לאדם, גם אם הוא נותן שירות ציבורי, לפעול על פי צו מצפוני ולסרב להעניק שירותים מסוימים? האם במקרה דנן מדובר בסירוב לגופו של אדם (להט"בים) או לגופו של עניין (תוכן להט"בי)?

במוקד הכרעתה של השופטת לא עמדה אם כן התנגשות בין ערך השוויון לחופש המצפון והדת (שבה היא אינה עוסקת בפסק הדין), אלא הגנה על זכותה של האגודה למען הלהט"ב בישראל – ככל לקוח אחר – לקבל יחס שוויוני מבית העסק, כפי שעולה מלשון החוק. כנימוק להחלטתה בפסק הדין השופטת פורסת תקדימים שונים הנוגעים לערך השוויון במדינת ישראל, ומדגישה בין היתר כי הוא נשמת אפו של המשטר הדמוקרטי בישראל. כמו כן היא מדגישה שכוונת המחוקק היא לא רק לפצות את מי שנפגע מהפליה אסורה, אלא אף להרחיב את תחולת ערך השוויון ולתת סעד משפטי לכל מי שסובל מהפליה, גם כאשר הוא אינו נפגע מהפליה זו; כלומר, יותר משיש כאן הגנה לתובע, בית המשפט יוצא להגנה על הערך עצמו. הנה שתי מובאות מפסק הדין המדגימות גישה זו:

¹⁰ עניין **צבע הקשת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10.
¹¹ שם.

"הפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו." (בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 58 (2001)).

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם... הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996))."¹²

על פניו אפשר לקבל הרבה מנימוקיה של השופטת בזכות השוויון, גם אם הניסוחים שבמובאות נשמעים נמלצים מעט בהקשר הנידון. השופטת מבהירה כי פסיקתה אינה עוסקת בהתנגשות בין ערכים או בין זכויות מהותיות, אלא מסתפקת בכך שהפליה עומדת בהגדרות החוק ועל כן היא אסורה. אם כך, מדוע נזקקת השופטת למובאות ולציטוטים הארוכים מפסקי הדין בנוגע לשוויון? אם אכן היא אינה מקבלת את הטענה שמדובר כאן במקרה המעלה התנגשות עקרונית בין ערכים, מדוע היא מדגישה שוב ושוב את הערך כאילו מדובר בהפרה עקרונית שלו? פסק הדין של השופטת כולל – כפי שמעיד הציטוט שלעיל – מעין הרצאה על חשיבות השוויון בדמוקרטיה (שהוא תמיד שוויון הזדמנויות, ולא שוויון כלכלי למשל), אך אין בו כל דיון בשאלה מהן מגבלותיו בהקשרים שכאלה ומדוע מקרה זה אינו יכול להיחשב כחריג לגיטימי.

בכך בדיוק התמקדו טיעוני הנתבעים. בעוד שמבחינת התובעת מדובר בהפליה, מבחינת הנתבעים מדובר בפגיעה בערכים האינסולריים שלהם הם מחויבים ושאותם הם ביטאו באמירה "יהודים אנחנו". בין אם נקבל או נדחה את הערכים האלה ואת הפרשנות הזו ליהדות בת-זמננו, ובין אם נגלה שאט נפש בנוגע לשימוש של הנתבעים במושג "תועבה" ולאופן הפוגעני שבו נוהגות קהילות מסוימות בלהט"בים או בקבוצות אחרות בכלל (היחסים בין יוצאי עדות שונות למשל), מבחינת הנתבעים הם פעלו בהתאם לאמונתם ולא מתוך זלזול בערך השוויון. לטענתם אין מדובר בהפליה, ודאי שלא הפליה שבבסיסה אינטרס חומרי או תועלת כלשהי שתצמח לבית העסק, אלא בפעולה מתוקף ערכים אינסולריים – ציות לעולם ערכים של קהילה דתית הרואה את עצמה מחויבת להלכה. זהו סירוב מהותי המייצג זהות והמבטא קשר לקהילה מסוימת. עבור הנתבעים מתן שירות לאגודה לשמירה על זכויות הפרט נוגד את מה שמקנה משמעות ותוקף לאורח החיים שלהם, ומציב אותם בקונפליקט עמוק בין ציות להלכה וחוק המדינה. על מנת לגשר על קונפליקט זה הם טענו שאופייה היהודי של המדינה מקנה להם הגנה אינסולרית. אני אומנם סבור כי אין לקבל את טענתם שעומדת להם הגנה שכזו, ואולם כפי שאטען בפרק הבא זוהי טענה שחשוב להעניק לה משקל

¹² שם, בעמ' 8.

– גם ואולי בעיקר כאשר היא נדחית. על כל פנים, להבנתי השאלה כאן אינה עצם חשיבות השמירה על השוויון במדינה, אלא מתי חוקי מדינה שעניינם איסור הפליה רשאים להגביל ערכים קהילתיים, ואילו נימוקים צריכים להיות במקרה כזה כדי שהפגיעה בחירות הפרט והמצפון תוכל להתקבל לא כפגיעה שרירותית אלא כביטוי של צדק. דיון בשאלות אלה מחייב להתייחס לסוג ההבדל החברתי שבגינו הייתה ההפליה, והוא אינו יכול להסתפק באכיפה עקרונית של שוויון. במילים אחרות, יש לדרוש בשאלה אם הבדל שכזה הוא רלוונטי לסוג השירות במקום להניח חובה גורפת לתת שירות. בהמשך אראה כי זוהי סוגיה כבדת משקל ובעלת השלכות מדאיגות.

החלטת השופטת לא עסקה בשאלות אלה. החלטתה נסמכה על מקרים שונים מתוך הפסיקה, שהיא אף הביאה בנימוקי פסק הדין. אולם הסוגיה הנורמטיבית ומשמעותה בהקשר של איסור הפליה עולה באופן מעניין באחת המובאות שהביאה השופטת כסיוע להחלטתה:

”יחודו של חוק איסור הפליה, אם כן, אינו ביצירת מושג חדש של שוויון החורג מתפישת השוויון הכללית החלה במשפט החוקתי. יחודו הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית המשפט (רע"א 8821/09 פרוזאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)).”¹³

הציטוט לקוח מתוך הכרעת בית המשפט העליון במקרה שבו נתבעה חברה המפעילה מועדון אשר הפלה לרעה גברים לעומת נשים בגיל הכניסה (כניסת נשים הותרה מגיל 22 בעוד שגברים הורשו בכניסה מגיל 24). מעניין שהציטוט שבחברה השופטת אינו של אב בית הדין השופט דנציגר, אשר נשען על תפיסה פורמלית-חלוקתית של שוויון, אלא מתוך חוות דעתו של השופט ג'ובראן אשר חלק עליו בנימוקים לפסק הדין. גם השופט ג'ובראן ראה ביחס השונה של המועדון, המפלה בין גברים לנשים, משום הפליה אסורה, אולם הוא חלק על גישתו של השופט דנציגר, שלדעתו ביטאה תפיסה מוגבלת של שוויון, שאותה תיאר כ”עיוורון לשונות”. לגישתו של השופט ג'ובראן, הבנת הפליה כיחס שונה ולא-מוצדק כלפי אדם על בסיס זהותו, תהא אשר תהא, היא מוגבלת מדי, משום שהיא אינה נותנת מענה לנסיבות ולהקשר החברתי הרחב יותר שבו היא מתקיימת. ואלו דבריו:

”לדידי, מדיניות המשיכה נגועה בהפליה עמוקה יותר. הפליה זו קמה במקום בו עצם החלוקה לקטגוריות משקפת הנחת מוצא מפלה. הנחת מוצא זו הינה כי ישנה הומוגניות בקרב חברי וחברות כל אחת מהקטגוריות, מקום בו אין סיבה להניח הומוגניות שכזו. פירוק הנחת

¹³ שם, בעמ' 9.

המוצא כי הקטגוריות הן "טבעיות" מאפשר לחשוף את השאלה המהותית של אופן עיצוב הקטגוריות.¹⁴

ישנם שלושה היבטים מרכזיים בגישה להפליה שמייצג השופט ג'ובראן. ראשית, במקרים רבים הפליה אינה רק יחס לא-שוויוני בנושא מסוים, אלא היא ביטוי להנחת מוצא המבנה מערכת יחסים פוגענית בין קבוצות. כפי שראינו בביקורת של אברהם על גישתו המצמצמת של סטטמן, הפליה היא במקרים רבים ביטוי לתופעה חברתית רחבה יותר מאשר עצם הפגיעה הנגרמת – אם בכלל – וודאי שלא דווקא פגיעה בעלת אופי רכושני-חלוקתי. במקרה הזה, טוען השופט, גיל הכניסה הנמוך יותר לנשים מאשר לגברים מחזק תפיסות מגדריות מפלות, הרואות בגברים בוגרים אחרים ובנשים דמויות חלשות התלויות בהם. במילים אחרות, הפליה קשורה לטראומים חברתיים ומעצימה אותם. שנית, הפליה היא פרקטיקה חברתית אשר לא פעם יוצרת ואף מבססת חלוקה לא-שוויונית לקבוצות (נשים וגברים) במקרה הזה) ומקנה לה תוקף של "טבעיות". דוגמה לכך היא מיפוי החלוקה לגברים ולנשים כהבדל בין מידת הבגרות והאחריות, בעוד שגברים ונשים כאחד יכולים לנהוג באופן בוגר או לא-בוגר ללא קשר לשייכותם המגדרית. בכך ההפליה אינה עומדת בפני עצמה, אלא היא מהווה סימפטום לתפיסות חברתיות שמן הראוי כי בית המשפט יתייחס אליהן. שלישי, מטרת התערבות של בית המשפט אינה רק להקפיד על יחס שוויוני במובן הצר – מניעת יחס מפלה או משפיל – אלא בעיקר למנוע את האופן שבו ה**בדלים חברתיים נוצרים ומשועתקים באופן הפוגע בקבוצות שונות**. בהמשך לקביעה זו השופט ג'ובראן מציין את הביקורת של מישל פוקו ושל מבקרות פמיניסטיות, ואף מצטט מתוך הגותה של ההוגה הפמיניסטית קתרין מקינון כדי להראות את האופן שבו מושג השוויון עלול לשמר ולהעמיק פערים ויחס מפלה. הפסיקה מחייבת לדעתו התייחסות מפורשת להבדל, שכן עניינו של המשפט במובן זה אינו רק המקרה המסוים שבו הוא דן, אלא השלכותיו העתידיות על החברה.

מכל אלה השופט ג'ובראן מגיע למסקנה דרמטית באשר לרעיון השוויון. המשמעות של אי-הפליה אינה יחס בלתי-מבדיל (כפי שנטען בפסק הדין בעניין **צבע הקשת**), אלא **הבדל לא צודק היוצר או העלול ליצור בעתיד עוולה חברתית**:

"פגיעה בשוויון יכול שתמצא מותרת. במקרים אלו, על הצד הפוגע יהיה להוכיח לא רק כי היחס השונה לקבוצות השוות עומד בדרישות החוק וההלכה הפסוקה לפגיעה בשוויון, אלא אף שעצם החלוקה לקבוצות וראיתן כנקודת ההתייחסות הרלבנטית עומדת בדרישות אלו".¹⁵

¹⁴ רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (נבו) (16.11.2011).

¹⁵ שם, בעמ' 31.

השופט ג'ובראן מכיר בהבדלים חברתיים בתחומי חיים שונים, ואף טוען כי במקרים רבים הפליה היא מותרת ואף נדרשת, כמו למשל במקרה של העדפה מתקנת או במקרים שבהם ההבחנה בין הקבוצות קשורה לאופי השירות או הטובין. במקרים שכאלה ההצדקה לפגיעה אינה ההבחנה כשלעצמה אלא השפעתה החברתית.¹⁶ לאור גישה זו, במקרה של הפליית הגברים הצעירים במועדון, הבעיה אינה רק הפגיעה המסוימת בהם כמי שאינם רשאים להיכנס למועדון באותם תנאים כמו נשים (הפליה על בסיס גיל), אלא האופן שבו מעוצבים עקב כך היחסים שבין גברים לנשים באופן המקבע תפיסות שוביניסטיות – יצירת יחסים של תלות בין נשים צעירות יותר לגברים מבוגרים. יש להדגיש כי ההפליה כאן איננה נגזרת מהפרה של ערך השוויון או מן הפגיעה בזכות לשוויון של היחיד שנמנעה כניסתו למועדון בשל גילו, אלא מכך שההבדל במקרה זה פוגע לא רק בגבר מנוע הכניסה אלא גם ובעיקר בנשים הצעירות שדווקא רשאיות להיכנס. לפי גישה זו איסור הפליה אינו בבחינת סעד לפרט הנפגע בלבד, אלא בראש ובראשונה כלי חברתי לניהול צודק של שונות חברתית, הנוגע לסוג היחסים והתלות החברתית הנגזרת מהם.

אם נחזור לפסק הדין בעניין **צבע הקשת**, ניתן לטעון שמצד אחד היה כאן מקום להתערבות שיפוטית חשובה בנוגע להפליה אסורה, אך מן הצד האחר מדובר כאן בביקורת חשובה: הגישה לשוויון כעיוורון לשונות, אותה גישה פורמלית לשוויון, מחמיצה את האתגר הנורמטיבי.¹⁷ מובן כי לא לכך התכוונה השופטת, שהביאה את

¹⁶ דיונים ערים בשאלה כיצד סוג ההבדל והשפעתו החברתית – לא רק בהווה אלא גם מבחינה ההיסטורית – יכולים להצדיק הפליה נערכים בהקשר של הפליה מתקנת. ראו למשל את גישתה של ג'ודית ג'ארוויס תומסון ואת הביקורות באשר לצדק החלוקתי שעליו היא מתבססת: Judith J. Thomson, *Preferential Hiring*, 2(4) PHIL. & PUB. AFF. 364 (1973); Robert Simon, *Preferential Hiring: A Reply to Judith Jarvis Thomson*, 3(3) PHIL. & PUB. AFF. 312 (1974); Elizabeth H. Wolgast, *Is Reverse Discrimination Fair?*, in LAW MORALITY AND RIGHTS 295 (Mark A. Stewart ed., 1983)

¹⁷ ישנן גישות ביקורתיות באשר למושג השוויון, המדגישות את יחסי התלות שבין הקבוצות ואת הממד המבני של ההפליה – כלומר גישות המבינות את ההפליה לא כדבר מה אשר יש "לקזז" אלא כחלק מההיגיון של הפעולה החברתית, ואשר לכן מחייב שינוי חברתי. על כך ראו: יהונתן אלשר, דני פילק, נווה פרומר ואיתי שניר "שוויון" **מפתח** 6, 77, 91 (2013). הם כותבים: "הביקורת המעמיקה והמעניינת ביותר היא כאמור הביקורת של אנדרסון. לא נוכל לסקור כאן את מכלול טיעוניה, אולם ייחודם הוא בטענה כי שוויונאות מזל כלל אינה מהווה פרשנות נאותה של עקרון השוויון או של העניין בשוויון. לטענתה של אנדרסון, הדבר המקומם באישוויון – הן מבחינה תיאורטית והן כאשר בוחנים את ההיסטוריה של תנועות פוליטיות שווינאיות – איננו העובדה שישנם כאלה שמזלם שפר עליהם מול כאלה שמזלם ביש, וגם לא העובדה שמי ששפר עליו גורלו נהנה מיתרונות שלא הורווחו ביושר. לדעתה מטרת הרעיון השוויוני איננה לקזז פערים או הבדלים

הציטוט מדברי השופט ג'ובראן מחוץ להקשרו. עם זאת עולה השאלה, אם ניתן ללכת בעקבות גישתו גם בעניין **צבע הקשת**, כלומר אם הגישה החברתית-תוצאתית המבקשת לבחון את ההנחות ואת המבנים העומדים ביסוד ההפליה – ולא רק לפסול באופן גורף וכמו-אוטומטי כל יחס לא-שווה וכל בידול – יכולה לבוא לידי ביטוי במקרה זה. במילים אחרות, האם ההתנגשות כאן היא אכן כפי שעולה מלשון החוק התנגשות בין ערך השוויון לבין חופש המצפון או מאבק בין קבוצות על השאלה מהו הבדל לגיטימי (המוגן בחוק) ומה איננו כזה?

הנתבעים ערערו על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, ושבו וטענו כי עומדות להם הגנות מתוקף חופש הדת וחופש ההתקשרות. מדובר לגישתם לא בהפליה של אדם או של ארגון כשלעצמם, אלא בהתנגדות מהותית לתכנים שמזמין השירות ביקש שהם יפיקו עבורו. הם נימקו את סירובם וביקשו פרשנות מצמצמת של החוק בשם השמירה על חופש הפרט ועל האוטונומיה הדתית שלהם. השופט התייחס בהחלטתו להבחנה שבין הפליה במרחב הפרטי, שיש לה הגנה בחוק, לבין הפליה במרחב הציבורי שהיא אסורה. הוא ציין את הטענה לפגיעה בזכויות הפרט של בעלי בית הדפוס ולאמונתם הדתית (כלומר לטענה שזה איננו סירוב סתמי אלא ביטוי לאידאולוגיה מבוססת), אך קבע כי החוק לא רק שאינו מציע הגנה שכזו אלא אף נועד למעשה להתמודד עם מי שמבקש להפלות על יסוד אידאולוגי: "המחוקק אסר על הפליית אלה המשתייכים למגזרים או למגדר, הנקובים בסעיף 3, ללא כל הבחנה בין עוצמתה ומשקלה של המוטיבציה להפליה, ובלא להבריל, כלשהו, בין טעמים שונים, שיכולים להסביר את פעולתו של מי שכפוף לחוק".¹⁸ השופט ביסס את החלטתו על כך שאין ספק שעילת

שמקורם מקרי, כי אם לחתור לביטולם של יחסים חברתיים הנושאים אופי בלתי שוויוני: דכאני, נצלני, שתלטני וכדומה. לדעת אנדרסון, ביסוד הבעיה של שוויונות מזל ניצבת התפיסה שהיא מכנה, בעקבות אייריס מאריון יאנג, הפרדיגמה החלוקתית של שוויון: הטענה שמשמעות השוויון היא חלוקה שווה של דברמה בין סך הפרטים המרכיבים את החברה, ואחת היא אם מושא החלוקה הוא טובין חומריים, משאבים, יכולות, הזדמנויות, כושר השפעה וכו'. במקרה של שוויונאי מזל, ניתן לומר שהם מתמקדים בשאלה מי זכאי ומי אינו זכאי לחלקו ב'חלוקת המזל' החברתית. אולם עצם הרעיון של שוויון, טוענת אנדרסון, צריך להיות שונה לחלוטין: לא חלוקה שוויונית יותר, אלא בראש ובראשונה **ביטול יחסי הכפיפות** (ההדגשה במקור – ג.ה.) של עליונים מול נחותים, כלומר יחסים חברתיים בלתי שוויוניים בין בני אדם – שהתוצאה שלהם ברוב המקרים היא אכן פיזור בלתי שווה של משאבים, יכולות, כוח וכו'. במילים אחרות, האידאול של חברה שוויונית צריך להיות מובן לא כחברה שבה כל אחד מקבל את רק את מה שמגיע לו, או מפצה את מי שלא זכה לקבל את מה שמגיע לו, אלא חברה שבה אף אדם אינו מדכא או שולט באף אדם אחר באופן שמפרר בשיטתיות את השוויון הפוליטי היסודי שהם אמורים להבטיח זה לזה".

¹⁸ ע"א (מחוזי ב"ש) 52336-06-20 כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט, 8 (נבו) 19.8.2020.

ההפליה הייתה הנטייה המינית שאותה מייצג הארגון מבקש השירות, וככזו אין עומדת לה הגנה שבחוק. יתרה מזו, הדרישה המבוססת בחוק לשוויון אוניברסלי ועקרון העיוורון לשונות מיייתרים את הדיון בטענות האידאולוגיות או החברתיות כשלעצמן. החוק משרת את ערך השוויון, כך עולה גם מנוסח החוק, וכך גם הפסיקה. אולם האם החוק במקרה זה אכן משרת את המטרה החברתית שלה הוא נועד? האם פסיקה ברוח זו (התעלמות מן ההבדל) מועילה או דווקא מזיקה ליחסים שבין קהילות דתיות ולהט"ב? האם הטיעון בשם ערך ליברלי אוניברסלי מחזק או דווקא מחליש את מעמדו של שלטון החוק בעיני מי שכעת נכפה עליהם לפעול בניגוד לצו מצפונם? ומעבר לכך, מה באשר להקשר הרחב יותר ליחסים ולמתחים שבין שמרנים ופרוגרסיבים, קהילות מסורתיות ולהט"ב שיש להביא בחשבון כאשר ניגשים לסוגיה הזו? מה שעבור השופטים נראה כ"תיק קל" (פסיקה בהתאם ללשון החוק או לתקדים) הוא מה שאבקש לראות בו – בלשונו של רונלד דבורקין – "תיק קשה", כלומר הכרעה המחייבת בחינה מחודשת של הבסיס הנורמטיבי כדי ליישם את החוק במקרה זה.

ניתן להציע השוואה קצרה בין פסק דין זה לבין משפט דומה שהתרחש בארצות הברית (בעלי בית הדפוס מביאים את המקרה בטענותיהם). בשנת 2012 ביקש זוג הומוסקסואלים מאופה לעצב עבורם עוגה מיוחדת לחגיגת נישואיהם. האופה, נוצרי אדוק, סירב לבקשתם. הם הגישו תלונה למועצה לזכויות האדם של קולורדו, שקבעה כי מדובר בהפליה אסורה, ובית הדין לערעורים של המדינה אישר את פסיקתה. האופה ערער לבית המשפט העליון (בתמיכתם של ארגונים נוצריים אוונגליסטיים), אשר הפך את ההחלטה וקבע שבמקרה של מוצר ייחודי (custom made) עומד חופש ביטוי והדת כהגנה מפני הטענה להפליה. מעניין לציין כי גם במקרה האמריקני, שבו נוצרה התנגשות בין חופש הדת המוגן בחוק לבין החוק למניעת הפליה, נמנע בית המשפט העליון האמריקני מלנסח קביעה עקרונית. פסק הדין קיבל את טענת התובע ליחס עוין של המדינה כלפי אמונתו הדתית, אך לא פסק בסוגיה העקרונית של הגנה על ההפליה מטעמי מצפון.¹⁹

אפשר לערוך דיונים ארוכים בשאלה הנורמטיבית ולנסות ולהגדיר מתי לחייב בעל עסק לתת שירות בניגוד לעולם הערכים שלו ומתי יהיה על הלקוח, ככל שהוא מעוניין בשירות, לפנות לבעל עסק אחר; אך העימות הזה מלמד על פער הולך ומעמיק בין גישות ליברליות לשמרניות, בין התומכים בנישואים חד-מיניים לבין המתנגדים להם (נישואים חד-מיניים התקבלו בקולורדו בשנת 2014, כלומר כשנה לפני המקרה). מבלי להיכנס לדיון הסוציולוגי המעניין בנוגע למאפיינים של המחנות המתגבשים ולקייטוב הפוליטי הכרוך בו בארצות הברית, ניתן לתהות מדוע בחר בית המשפט שלא לשאול מתי חופש הדת יכול להיות פוגעני ומתי איסור הפליה הופך לאמצעי כפייה של המדינה. מדוע גם במקרה זה התעלם בית המשפט מן ההבדל במקום לנצל את המקרה

Eugene Volokh, *The Masterpiece Cakeshop Decision Leaves Almost All the Big Questions Unresolved*, REASON (June 4, 2018), <https://reason.com/volokh/2018/06/04/the-masterpiece-cakeshop-decision-leaves/>

כדי להעניק ניסוח מחייב לסוגיה הנורמטיבית המונחת בבסיסו? מעבר לכך, האם המקרים של בית הדפוס בישראל והאופה בארצות הברית הם ייחודיים, או שהם מלמדים על משהו עקרוני יותר שניתן להסיק ממנו על היחסים הטעונים בין המשפטי והפוליטי, בין ליברליזם ללאומיות ובין תביעות מוסריות למשבר תפיסתי וקיטוב חברתי עמוק המאפייני את העידן שלנו? מהו תפקידה של מערכת המשפט כיום? האם עליה לנקוט יותר ריסון או להיות אקטיביסטית יותר? אני סבור כי התייחסות נורמטיבית להפליה מאפשרת דרך ביניים בין שתי הגישות האלה. כדי להתמודד עם שאלה זו ארחיב מעט את הדין ביחסים שבין קהילה דתית לבין קהילת להט"ב במקרה זה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיח הציבורי.

ב. הפסיקה והשיח הציבורי

הכרעת הדין בעניין **צבע הקשת** עוררה עניין ברשתות החברתיות והגיעה לכותרות של אמצעי התקשורת. פסק הדין הוצג כביטוי נוסף להתנגשויות המתרחבות בשנים האחרונות בין מערכת המשפט הליברלית, קהילת הלהט"ב והציבור הדתי. בכלי תקשורת דתיים הוא הוצג כדוגמה נוספת להתערבות משפטית אקטיביסטית הנובעת מטעמים אנטי-דתיים.²⁰ אין כוונתי לטעון כאן שעל בתי המשפט להיות קשובים יותר לציבור או לפסוק בהתאם להלך הרוחות בחברה; מטרתי בבחינת הדין הציבורי היא לברר את השאלות הנורמטיביות שהיו צריכות לעמוד ברקע הפסיקה, ולהציב את המקרה בתוך ההקשר החברתי וההיסטורי הנתון. אין כוונתי לטעון כי בית המשפט מחויב להתייחס בשיקוליו לדעת הקהל או כי הוא נושא באחריות לשיח ציבורי זה או אחר. עם זאת אטען כי לפסיקה פורמליסטית בנוסח הזה יש השפעה ציבורית לא רק בשל ההכרעה המשפטית אלא גם בשל אופי הפסיקה. מנקודת המבט של הנתבעים בית המשפט משתמש בכוחו כדי לפגוע בערכים האינסולריים שלהם.

שופטת השלום לא נדרשה להגנות בחוק בנוגע להפליה ולא התייחסה למתח הנורמטיבי שהעלו התובעים, וגם שופט המחוזי פסל אותו כלא רלוונטי לפסיקה במקרה זה. אולם פער זה בדיוק הוא שעמד בבסיס הסערה התקשורתית והפוליטית שהתפתחה בעקבות פסק הדין. כלומר, ההצגה התקשורתית של המקרה כעוד מופע של

²⁰ הכיסוי התקשורתי ב"הארץ", ב"מעריב", ב"מקור ראשון" וכן ברשתות חברתיות שונות. ראו למשל: אלמוג בן זכרי "בית משפט השלום: בית עסק אינו יכול לסרב לתת שירות הנוגד את אמונתו הדתית" **הארץ** (22.4.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/> law/premium-1.8787578; מערכת הידברות "מחפיר – בית משפט קנס בית דפוס שסירב להדפיס חומרי פרסום להט"ביים" **הידברות** (21.4.2020) <https://www.hidabroot.org/> article/1137697.

החוק נגד הדת או של תפיסת העולם המשפטית-ליברלית (חילונית, אוניברסלית) נגד תפיסת העולם הלאומית-יהודית (דתית, פרטיקולרית) הפכה אותו מסוגיה משפטית לאירוע ציבורי המלבה רגשות, שאפשר להפוך אותם להון פוליטי. ניתן לראות זאת בהתייחסויות של פוליטיקאים למקרה, כך למשל בתגובתו של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ':

“פסק דין הזוי, חמור ומקומם, שמחייב אדם שומר תורה ומצוות לפעול בניגוד לאמונתו בעסק הפרטי שלו. כפיה חילונית קשה. פסק הדין מבוסס על פרשנות מעוותת של החוק ונראה שאין מנוס מלתקן את חוק איסור אפליה ולקבוע בו מפורשות את הזכות הטריטוריאלית של הציבור הדתי לפעול על פי אמונתו במרחב הפרטי שלו”.²¹

התבטאויות שכאלה מציגות גישה שלפיה החוק אינו נתפס כאוניברסלי או כאובייקטיבי, אלא כביטוי להשקפת עולם חילונית הכופה את ערכיה והמאיימת על אורח החיים של הציבור הדתי. מה שחשוב לענייננו אינם הטענות של חבר הכנסת סמוטריץ' נגד הגבלת חופש המצפון והדת, אלא תחושת הסכנה שהוא מבקש לשדר לציבור שלו. כך הופכת הסוגיה המשפטית של איסור הפליה למאבק פוליטי, בעוד שהקהילה האינסולרית מתלכדת סביב אותה עמדה אנטי-להט"בית כדי לשמור על מעמדה ביחס למערכת המשפטית-ליברלית של המדינה. מה שמתחיל בשאלה של “מהו הערך החשוב יותר” מתחלף בשאלה אחרת: מי מוסמך לקבוע? לשון אחר, פוליטיקאים הרואים בעצמם מייצגים של קהילה ושל הנורמות האינסולריות שלה מציבים את השאלות הבאות: בשם איזו קהילה ובשם אילו נורמות מדברת השופטת? את מי מייצג בית המשפט?²² אני מעלה את השאלות האלה לא משום שאני מסכים לאופן הצגה זה של הדברים או משום שאני סבור שאין לבית המשפט יכולת לענות עליהן, אלא כדי להדגיש שלניסיון של בית המשפט להימנע מדיון נורמטיבי מעמיק דיו – להכריע במקרה דנן רק על בסיס עקרון אי-ההפליה, מבלי להידרש להקשר

²¹ <https://twitter.com/bezalelsm> (15:22, 21.4.2020) (@bezalelsm) [/status/1252573309717360640?lang=he](https://twitter.com/bezalelsm/status/1252573309717360640?lang=he)

²² הדיונים על מי מייצג את העם בשנים האחרונות נסובים על תופעת הפופוליזם הפוליטי. על כך ראו למשל: יאן ורנר מולר “דמוקרטיה לא ליברלית – אין דבר כזה” **הזמן הזה** (מכון ון ליר, נובמבר 2018) <https://hazmanhazeh.org.il/illiberal-democracy/>. גישה אחרת מייצג דני פילק, ראו: דני פילק “המבוי הסתום של הנוסטלגיה דמוקרטית” **הזמן הזה** (מכון ון ליר, אפריל 2020) <https://hazmanhazeh.org.il/socialdemocracy/>.

החברתי הרחב – נודעים מחירים: השאלות נותרות ללא מענה מספק, ודומה שהדיון הציבורי מתקיים במעמד צד אחד.²³

בתקשורת התנהלו גם דיונים עקרוניים יותר ופופוליסטיים פחות. כך למשל, בתוכנית הרדיו של קלמן וליברמן ב"כאן ב" התנצחו עו"ד דוד פטר מפורום קוהלת וד"ר אדם שנער מן המרכז הבינתחומי.²⁴ שנער, אשר ייצג את העמדה הליברלית, טען שבעל עסק חייב לתת שירות לכל מי שפונה אליו בלי קשר לשאלה אם הדבר סותר את אמונתו, כלומר הוא הגן על הפגיעה בחירות הפרט בשם החוק. ואילו פטר, אשר ייצג את העמדה השמרנית, טען בזכות חופש הפרט ונגד הכפייה של המדינה. מן הדיון ביניהם עולה, שעבור שנער הזכות לקבל שירותים באופן שוויוני אינה מחייבת נימוק ואף לא התייחסות לסייגים אפשריים: היא עומדת בפני עצמה, ומצדיקה את הכפייה של המדינה על נותן השירות ככל שהוא אינו מעוניין לספקו. עבור פטר לעומת זאת, שוויון אינו עומד תמיד ובהכרח מעל אמונות, גישות ודרכי חיים. מעבר לשאלה הנורמטיבית והסוגיה המשפטית שתידון מייד, יש לשים לב כיצד האירוע מערער על ההבחנה בין ליברליות פרוגרסיבית המתמקדת על פי רוב בזכויות הפרט לשמרנות קלארית העוסקת בערכים של הקבוצה. שנער הליברל, כמו גם האגודה לשמירת זכויות הפרט, מעדיפים כאן את הכפייה של חוק המדינה (איסור הפליה) גם לנוכח הפגיעה במצפון של נותן השירות, בעוד שפטר, המייצג ארגון בעל אופי שמרני, עומד דווקא על זכותו של הפרט לפעול בהתאם לאמונתו ולצו מצפונו ולזכות בהגנה מהחוק, גם במחיר של יחס מפלה כלפיו. טענתו של פטר היא כי לצד השוויון ישנם ערכים נוספים שיש לתת להם משקל. זהו חילוף תפקידים מעניין, שבו הליברל הופך לשמרן (גישת "ייקוב הדין את ההר") והשמרן לליברל (התייחסות למערכת החברתית כאל חלק משיקול הדעת השיפוטי). אני סבור כי שינוי זה מלמד על הגישה הפורמלית, אשר מתייחסת לערכים באופן כללי ועקרוני ללא דין וחשבון מספק על השאלה החברתית, כפי שכינה השופט ג'וראן את אותו "עיוורון לשונות". אפשר לשאול למשל, מי מבין השניים יזדהה יותר עם עמדתה של עדית זרטל בספרה "סירוב", שבו היא טוענת כי "סרבנות מצפונית היא תו תקן לדמוקרטיה";²⁵ ומה באשר לדמותו של הבלבל הסרבן ברטלבי מסיפורו הידוע של מלוויל, שנעשה לפיגורה של ההתנגדות לכוח בשיח הפוסט-מודרני?²⁶ מדוע חסידיו אינם ממהרים להצטרף בקריאה לתמיכה בחופש

²³ ריק הזה נכנסים משפטים ליברלים כמו למשל מרדכי קרמניצר, אשר מעלה את הטענות המשפטיים-נורמטיביים בסוגיות שונות בשורת מאמרים ב"הארץ". הבעיה היא שדיונים אלה נעדרים תכופות מפסקי הדין עצמם.

²⁴ "קלמן-ליברמן" הפודקאסט של קלמן ליבסקינד ואסף ליברמן (22.4.2020) <https://omny.fm/shows/kalman-liberman/22-4-2020>

²⁵ עדית זרטל סירוב – חובת הציות וזכות המצפון (2018).

²⁶ הרמן מלוויל "בארטלבי הבלבל" המעורר 2 12 (דפנה לוי מתרגמת (1997) דמותו http://readingmachine.co.il/home/books/book_meorer_2/chapter01_2561755

המצפון של בעלי בית הדפוס? האם סירוב הוא מוצדק רק כאשר הוא משרת אידאולוגיה אחת והוא פסול כאשר הוא נעשה למען אחרת?

חשוב גם לשאול מי מרוויח ומי מפסיד מקונפליקטים שכאלה מבחינה מעשית. האומנם האגודה לזכויות הפרט קידמה את אי-הפלייתם של להט"בים באמצעות פסק הדין הזה, או שהיא הכניסה אותם – שלא בטובתם – לתוך קלחת הקונפליקט שבין שמרנים לליברלים? אפשר גם לשאול כיצד קורה שארגון להט"ב נאבק לא על הרחבת החופש האזרחי, אלא על הגברת הכפייה של המדינה ועל צמצום של זכויות הפרט (במקרה זה לא של להט"בים, אלא של נותני שירות דתיים)? ומה יקרה כאשר בעקבות פסק דין שכזה ידרוש רב שמרני ממשרדי פרסום ומבתי דפוס שבבעלות להט"בים ליצור עבורו קמפיין למען "בריאות המשפחה" וטיפולי המרה? האם לא עלולה להיפתח כאן תיבת פנדורה של רמיסת ערכים וזכויות הפרט בשם השוויון במתן שירותים? במילים אחרות, עולה כאן החשש שברגע שההגנה היא פורמלית ולא נורמטיבית והתוצאה שלה היא צמצום החירות האזרחית בלא שנקבעו סייגים ומגבלות לפגיעה, הדבר יכול להפוך לחרב פיפיות.

מעבר לשאלות אלה, נדמה שמה שמתרחש כאן הוא הרחבת הפער שבין תפיסת מוסר ליברלית-מדינית (שלטון החוק) לבין תפיסת מוסר אינסולרית (הקהילה). יש כאן ערעור על סמכותו של בית המשפט בפרט (המכונה לעיתים "סניף של מר"צ") והחלשת המחויבות לשלטון החוק בכלל, משום שניתן ייצוג הולם לערכים של "העם". נדמה שמי שמרוויח מכך הוא מי שהכוח שלו נבנה מקונפליקטים שכאלה, בין אם בצד הליברלי ובין אם בצד השמרני. ואולם מבחינה פוליטית וציבורית הכוחות אינם שווים, וכפי שראינו בתגובתו של חבר הכנסת סמוטריץ', פוליטיקאים פופוליסטים יודעים היטב – גם כאשר הם בצד המפסיד של המשפט – כיצד לנצל לטובתם את כיפופי הידיים.²⁷

של ברטלבי היא מרכזית במסגרת העיסוק ביחסים שבין משפט לספרות, והוא גם מהווה השראה להוגים בשדה הפילוסופיה הפוליטית כמו סלבוז' ז'יזק. סירובו של הבלבר בוול סטריט למלא אחר הנחיותיו של הממונה שלו, אשר הוא מבטא באמירה "אני מעדיף שלא", נעשתה מודל להתנגדות לסדר הפוליטי הנאו-ליברלי. על כך ראו למשל: Lee Edelman, *Occupy Wall Street: "Bartleby" Against the Humanities*, 3(1) HIST. OF THE PRESENT 99 (2013).

בספרו של מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** (2019) מוצעת תזה מעניינת בנוגע ליחסים שבין ליברלים ושמרנים בישראל ולתפקיד בית המשפט בהקשר זה. מאוטנר טוען כי הפרשנות החוקתית שנקט נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק באשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק, מה שמכונה גם "אקטיביזם שיפוטי", הביאה למעשה להעמקת המתח שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, כמו בין ליברלים לשמרנים. לטענתו נכשלה גישה זו בשמירה על זכויות אדם, בדגש על זכויות המיעוט הערבי בישראל, ובמקום

האם יש אפשרות אחרת בתוך המסגרת המשפטית-ליברלית להתמודד בצורה מוצלחת יותר עם בעיות מסוג זה? בפרק הבא אדון בגישתם של דגן ודורפמן כניסיון להציע דרך ביניים, הנוגעת לא רק לממד האישי של סכסוך משפטי בין שני צדדים, אלא גם לשיקולים הערכיים המעצבים את היחסים ביניהם, גישה שהם מכנים "צדק ביחסים".

ג. צדק ביחסים וחומות משפטיות

ניתן לראות את המקרה המשפטי בעניין **צבע הקשת** ואת השיח הציבורי הסוער שהתפתח בעקבות פסק הדין כדוגמה מובהקת לבעיה שדגן ודורפמן רואים כ"צדק ביחסים" – התנגשות בין אוטונומיה וחירות אישית של המשפט הפרטי לבין הדרישה הנורמטיבית של המדינה (לאי-הפליה במקרה זה). כדי להתמודד עם סוגיות מסוג זה הם מציעים גישה שהם מכנים "צדק ביחסים", כלומר הרחבה של המשפט הפרטי לסוגיות נורמטיביות הנוגעות לאופייה של המדינה ו"ייבוא" של הכללים הנהוגים בה לספּרה הפרטית.²⁸ בניגוד לגישה הליברלית-מסורתית, הרואה את ההתערבות השיפוטית כמשפט הפרטי כמוגבלת באמצעות החירות של כל אחד מהצדדים להתקשרות, וכן בניגוד לגישה הביקורתית למשפט, הטוענת נגד ההבחנה שבין המשפט הציבורי לפרטי, דגן ודורפמן מציעים מסגרת שבתוכה הדרישה הנורמטיבית – בדגש על שוויון – תישען על בחינה של הצדק שביחסים בין היחידים.

לממש את סמכותה בביקורת על אופני הפעלת החוק היא נקטה גישה של בחינת תקפות החוקים שלא הועילה. זוהי טענה חשובה הראויה לדיון בפני עצמו. במסגרת מאמר זה אני נוטה לקבל את חלקה הראשון של טענתו של מאוטנר, כלומר שהאקטיביזם השיפוטי יצר יותר שיתוק ומתח מאשר תועלת, אולם אני חולק על הסיבה לכך. בעוד שמאוטנר סבור שבית המשפט הפך – שלא בטובתו – מעורב מדיי בשאלות חברתיות ופוליטיות, לטענתי האקטיביזם הוא פורמליסטי באופיו, בדיוק כפי שעולה מעניין **צבע הקשת**. במילים אחרות, מה שמאוטנר טוען, ובצדק, שהתרחש בעקבות המהפכה החוקתית – שבפועל בית המשפט לא התחזק אלא הוחלש – הוא ביטוי לאופן שבו הדיון החברתי-נורמטיבי הפך להיות פרוצדורלי ונוטה לעקרונות ולכללים במקום לבחינה של ההקשרים שבהם החוקים שבהם הוא דן פועלים. הדוגמאות שמאוטנר נותן, כמו נושא חוק החרם או איחוד משפחות, מלמדות לטענתי לא על כך שבעקבות המהפכה החוקתית בית המשפט אינו ליברלי מספיק, אלא על לקונה הנוגעת למשפט הליברלי עצמו כאשר הוא תופס את עצמו כמגנים של ערכים ולא של אנשים ונמנע מלדון בהקשר החברתי וההיסטורי של החוק והשלכותיו. ראו: מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** (2019).

חנן דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019).

28

שתי גישות רווחות לבחינת יחסים הן הגישה האנכית של יחסי מדינה-אזרחים מחד, והגישה האופקית, המדגישה יחסים בין אזרחים המתבססים על חירות ועל אוטונומיה מאידך. בניגוד להבחנה בין שתי גישות אלו הם מציעים גישה שלישית, המבקשת לבחון בצורה ממוקדת יותר את טיבה של מערכת היחסים הרלוונטית ואת התלות שהיא יוצרת בין הצדדים. גישתם מאפשרת התערבות משפטית על בסיס שיקול נורמטיבי-חברתי, גם אם יהיה בכך כדי לפגוע במידת מה באוטונומיה של הצדדים, והיא מבקשת לתת מענה לאמירה של אותו צד הרואה את עצמו נפגע בעקבות היישום של הכלל הנורמטיבי במקרה הפרטי ("למה אני?").²⁹

דגן ודורפמן מציעים תיקון לגישה הליברלית הקלאסית (הגישה הדאוטולוגית שעליה נשען גם סטטמן) בכך שהם מתייחסים לא רק לזכויותיהם הפורמליות של הצדדים המעורבים, אלא לשוויון המהותי, ובלשונם "מתוך התייחסות אל האדם כפי שהוא באמת".³⁰ כך למשל, הבדלים בכוח מנטלי בין אנשים יכולים להוות טענה בתוך תביעת נזיקין, וכך גם הפליה בהשכרת דירה על בסיס העובדה שהשוכר הוא ערבי. השאלה שיש לבחון לפי גישה זו היא אם היחסים שבין הצדדים אכן מבוססים על אותה אוטונומיה וחירות האמורות להתקיים במסגרתם. אם התשובה היא שלילית, ההתערבות מוצדקת. הדרישה לצדק ביחסים יכולה על כן להצדיק התערבות שיפטית בהחלטה של בעל דירה שלא להשכיר את הנכס לאדם מסוים על יסוד גזעני, או בהחלטה של דייר בבניין משותף שאינו מעוניין לשלם את חלקו בעלות של שיפוץ הבניין. כפי שדגן ודורפמן טוענים, המשפט הפרטי אינו יכול להניח מראש את קיומה של בחירה חופשית, אלא הוא עצמו צריך להיות תנאי לעצם קיומה. אילו יושמה גישה זו בעניין **צבע הקשת**, למשל, היה אפשר לנמק את החלטת בית הדין לא על בסיס שוויון פורמלי אלא בטענה של פגיעה מהותית בשוויון, ובכך לתת משקל לסוגיה הנורמטיבית במסגרת היחסים בין הצדדים – האוטונומיה של בעלי בית הדפוס מול אי-הפלייתו של האגודה למען הלהט"ב בישראל.

אני סבור כי גם פתרון זה אינו מספק – לא לעניין **צבע הקשת** ולא לסוגיות אחרות שבהן אי-הצדק ביחסים הוא מסוג אחר מהסוג אשר דגן ודורפמן מבקשים לאפיין: סוגיות שבהן אין מדובר בשימוש לא-ראוי בטיעון החירות והאוטונומיה האזרחית, אלא בהתנגשות בין תפיסות נורמטיביות מנוגדות, הנוגעות לצורות חיים ולהשקפות עולם חברתיות. אומנם דגן ודורפמן נותנים את הדעת על האדם הקונקרטי ולא המופשט, כלומר על מעמדו, על מצבו ועל תכונותיו; אך כפי שאבקש להראות,

²⁹ הם כותבים כך: "כדי שאנשים יתייחסו זה לזה בשוויון, תנאי התייחסות הגומלין שלהם אינם יכולים לשקף פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים או יתרון ברור שיש לצד אחד על הצד האחר. כדי לענות על דרישה זו של צדק ביחסים, תנאי התייחסות הגומלין במשפט הפרטי חייבים להביא בחשבון את האיכויות האישיות הרלוונטיות של הצדדים להתייחסות הגומלין, כמו גם את מאפייניהם האישיים ואת הנסיבות שבהן עסקינן". שם, בעמ' 329.

³⁰ שם, בעמ' 333.

גישתם עדיין מחמיצה מקרים של הפליה הנעוצים לא ב"תכונותיו" של המופלה (בין אם הן תכונות "אמיתיות" או תכונות המיוחסות לו), אלא בהקשר החברתי הרחב יותר שבמסגרתו מתרחשת ההפליה ואותן "תכונות" מקבלות את משמעותן. טענתי היא כי ההצעה של דגן ודורפמן לא רק מייבאת קריטריון נורמטיבי אל המשפט הפרטי, אלא פועלת גם בכיוון השני: היא מייבאת גישה אטומיסטית-חוזית אל הדיון הנורמטיבי, ומתייחסת אל הצדדים במנותק מן ההקשר החברתי-תרבותי של היחסים ביניהם.³¹ אראה זאת בדוגמה שהם עצמם מביאים כדי להדגים את גישתם בהקשר הישראלי.

אחת הדוגמאות שדגן ודורפמן מביאים היא מתוך דבריה של השופטת חיות בפסק דין משנת 2014 בעתירה לבג"ץ נגד חוק ועדות קבלה ליישובים בעניין **סבח נ' הכנסת**. החוק על סייגיו הוא דוגמה מובהקת למתח שבין השמירה על עקרון השוויון לבין זכותן של אגודות שיתופיות להנהיג נוהל מפלה בהקצאת קרקעות ביישוביהן למי שאינו מהווה בעיניהן חלק מהמרקם הקהילתי הייחודי שלהן. מתח זה מתבטא בכך, שמצד אחד החוק מעגן חוקית את זכותן של קהילות הפלות מועמדים לקבלה ליישוב; אך מן הצד האחר, בהוראות החוק ישנן מגבלות על הטעמים המגינים על הפליה זו. בפסיקתה מצטרפת השופטת חיות לדעתו של הנשיא גרוניס שיש לדחות את העתירות נגד החוק, וטוענת ש"עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקיותו".³² בכך היא נמנעת מלפסול את החוק עצמו, אך מדגישה בדבריה את אמות המידה המגבילות את יכולתן של אגודות שיתופיות שלא לקבל מועמד ליישובן, וכן שמוטל עליהן נטל הראיה שפלוגי אכן אינו עומד באמות מידה אלה. דגן ודורפמן מציינים כי "חיות העדיפה אמנם שלא להכריע בשאלת חוקיותו של החוק, אולם היא מבקשת 'לקרוא אל [תוך ההוראות דלעיל] אמות מידה אובייקטיביות ליישומן', ואת אלה היא שואבת מתוך החוק עצמו אשר מכונן את המוסד המשפטי של אגודה שיתופית".³³ השופטת חיות מקבלת את זכותן של אגודות שיתופיות לשמור על המרקם הקהילתי-חברתי שלהן, ואף מעגנת את זכותן למנוע קבלת חברים העלולים לפגוע במרקם זה. עם זאת היא קובעת שההפליה מותרת רק מתוקף אותו הבדל מוגן, כלומר הבדל שחייב להיות קשור ישירות לאותו מרקם קהילתי, ככל שהוא מוגדר באופייה של האגודה ובמסמכיה. דגן ודורפמן טוענים שדברים אלה של השופטת חיות עולים בקנה אחד עם גישתם לצדק ביחסים, משום שהם מסדירים את חובתה של האגודה השיתופית

³¹ משמעותה של גישה זו בהקשר המשפטי של התייחסות להפליה נוסחה באופן קולע בידי גרושן גונטובניק: "הדימוי לעולם האטומים נועד להמחיש את הלבוש הנקרדתי שעולם המשפט מלביש בו את תופעת ההפליה. בתי המשפט, בסיטואציה המשפטית הטיפוסית שבה נידונה טענת הפליה בודקים את השאלה אם פלוגי מפלה אלמוני. זוהי הראייה המשפטית המגיעה לדיון שיפוטי היא לרוב זוהי צרה – זו של המתדיינים. המערכת המשפטית מתמודדת עם מקרים ממוקדים של הפליה". גרושן גונטובניק **הפליה בדיון וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לחומות חברתיות** 46 (2014).

³² בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פס' 6 (נבו 2014.9.17).

³³ דגן ודורפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 378.

לפגוע במידה המינימלית בעיקרון הנורמטיבי של איסור הפליה, תוך שמירה על האוטונומיה שלה ועל זכותה לשמור על צביונה הייחודי. אלה דבריה של השופטת חיות בפסק הדין:

“הוראה זו טובלת כל כולה בערכים של שוויון ומשמיעה לועדת הקבלה ביישובים קהילתיים, כהגדרתם בתיקון 8, איסור נוקשה לסרב לקבל מועמד מן הטעמים המנויים בסעיף שהינם להשקפת המחוקק בלתי לגיטימיים. על מעמד הבכורה שיש לייחס להוראה זו בבוא ועדת הקבלה לבחון את המועמד, ניתן ללמוד מכך שנוסחו של סעיף זה בהצעת החוק היה מרוכך יותר ולפיו נאסר על ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד 'רק' מן הטעמים המנויים בסעיף, דהיינו כאשר זהו השיקול הבלעדי, אך מן הנוסח שהתקבל בכנסת לבסוף הושמטה המילה 'רק' והשמטה זו משמיעה לנו כי לא ניתן לסרב לקבל מועמד בשל איזה מן הטעמים המפורטים בסעיף, בין אם הוא גלוי ובין אם הוא 'עטוף' בטעמים אחרים המיועדים להסוותו”³⁴.

מאותה השמטה לומדת השופטת חיות – ובעקבותיה דגן ודורפמן – על מה שהוראת החוק אוסרת, כלומר על האופן שבו נוסח החוק “המרוכך” (מושג מעניין בפני עצמו) אינו סותר את עקרון השוויון ולמעשה ניתן לקרוא לתוכו אמות מידה ברורות ליישומו אשר יגדירו את הצדק ביחסים שבין המועמד לאגודה. אולם עצם העובדה שהמילה “רק” הופיעה בנוסח המקורי של החוק מעידה גם על כוונת המחוקק כפי שנאמרה בגלוי, והשמטתה אינה משנה כוונה זו.³⁵ מבחינה מעשית, למרות דבריה החשובים של השופטת חיות, מרגע שנקבעו ועדות הקבלה בחוק אומנם במקרה של פסילת מועמד נטל הראיה מוטל עליהן, אך הן יידרשו לכך רק במקרה שמי שנפסל על ידן אכן יפנה לערכאה משפטית – על כל העלויות, הזמן והמשאבים הנדרשים לכך. אפשר גם להניח, כי במקרה של תביעה עומדים לאגודה משאבים רבים יותר לניהול

³⁴ עניין סבח, לעיל ה"ש 32, בפס' 5.

³⁵ על הממד הפוליטי של החוק ניתן ללמוד מהדין בוועדת החוקה, חוק ומשפט (פרוטוקול ישיבה 207 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 15 (8.6.2010)), המובא בחוות הדעת של השופט ג'ורבאן בפסק הדין: “היועצת המשפטית של הוועדה הסבירה בגלוי, כי אחד הטעמים לחקיקת החוק הוא רצונו של הרוב שהמיעוט לא ייטמע בו. בהמשך ציינה כי 'יש כאן סכסוך לאומי ויש תחושת איום הדדית, ואין טעם להתעלם מהדבר הזה' וכי 'אי אפשר להתעלם מזה שיש כאן דרישה שמובילה, כפי [ש] גם נציג מטעם משרד הרווחה, לטבע ששתי הקהילות לא רוצות להיטמע אחת בשנה"'. שם, בפס' 58.

משפט מאשר למשפחה המחפשת מקום מגורים. אולם אפילו אם עתירתו של המועמד שנפסל תתקבל, כיצד הוא יוכיח שהטעם להפלייתו הוא הלאום שלו ולא טיעון אחר שתביא האגודה כנימוק לפסילתו? וגם אם יקבע בית המשפט שטענתו מוצדקת, כיצד ייראו חייו בתוך אותה קהילה קטנה אשר נגדה הוא ניהל מאבק משפטי? האם לא לכך בדיוק אמורה להתייחס גישה של צדק ביחסים? אדגיש שאין מדובר כאן בהשערה הנוגעת למצב עניינים עתידי, אלא בהתייחסות למקרים ממשיים שאף הובאו בפני בג"ץ בדיון והמופיעים בפסק הדין.³⁶ אמות המידה שהשופטת חיות מדגישה נוגעות לשאלת ההפליה באופן אטומיסטי, שאינו נותן דין וחשבון על השאלות החברתיות והתרבותיות העמוקות שהחוק מעלה – הן באשר לאגודות השיתופיות עצמן וזכויותיהן והן באשר למי שנפגע. זוהי גם התעלמות מן הסוגיה הפוליטית שעלתה באופן מובהק בדיון – הפלייתם של אזרחים ערבים בנגב ובגליל, שהם האזורים שאליהם מתייחס החוק. השופטת חיות עצמה מודעת לכך, ואף מציינת את הביקורת באשר לגישה של "עיוורון הצבעים" בשיח המשפטי על שוויון, אולם היא נמנעת מאימוצה וכותבת את הדברים הבאים: "אני סבורה כי אין לאמץ גישה זו בענייננו".³⁷ כלומר, הכרעתה של השופטת חיות נשענת על גישה מצמצמת של צדק ביחסים, בלא כל התייחסות ליחסי התלות המובהקים ולסוגיות החברתיות-תרבותיות הטעונות שהעתירה מעלה.

גישה שונה מבטאים השופטים הנדל וג'וראן בחוות דעת המיעוט שלהם בפסק הדין. לא איכנס כאן לפירוט הנימוקים שהם מביאים, אלא אתמצת את עיקרם. שניהם אינם כופרים בזכותן של אגודות שיתופיות לשמור על מרקם חיים ייחודי

³⁶ הנה דוגמה המובאת בדבריו של השופט ג'וראן בעניין סבת, לעיל ה"ש 32, בעמ' 56: "לפני כשנתיים אני ומשפחתי החלטנו כי ברצוננו לעזוב את שדרות ולעבור להתגורר באחת ההרחבות... הראשונה אליה ניגשנו היתה זו שבקיבוץ אור הנר. בחרנו מגרש, חתמנו על 'זכרון דברים'. מיד לאחר מכן הופנינו למכון 'כיוונים נוספים' לצורך היבחנות במבחנים פסיכוטכניים. ההליך במכון המיון היה עבורי חוויה שלילית ביותר וזכורה לרעה. מאחר ועברית אינה שפת אמי, ועליתי לישראל בשנת 1992, המבחנים אשר התבססו על השפה העברית היו עבורי קשים מאוד. כשהפניתי את תשומת לב אנשי הצוות לבעיה הם הודיעו כי לא קיימים מבחנים בשפה הרוסית וכי אין לי ברירה אלא להיבחן בעברית. חשתי חוסר נוחות במהלך המבחנים, התקשיתי לעמוד במטלות שהוצגו לי, נתקלתי בקשיים להבין חלק גדול מהשאלות שנשאלו ולהשלים בלוח הזמנים שנקבע את כל השאלות... כחודש לאחר המבחנים זומנו אני ובעלי לוועדת קבלה בקיבוץ אור הנר. הריאיון בוועדה ערך כשעה ובמהלכו נשאלנו שורה ארוכה של שאלות אישיות וחודרניות... במהלך הראיון חשנו כי איננו מוצאים חן בעיני חברי הוועדה וכי הראיון מתנהל בצילה של דעה קדומה שלילית לגבינו... בסוף הראיון נשאלנו כיצד נפעל באם לא נתקבל, ובפרט האם ככוונתנו לערער אחר החלטת הוועדה, השבנו כי לא נערער. לאחר מספר שבועות קיבלנו מכתב אשר הודיע לנו כי ועדת הקבלה החליטה שלא לקבל אותנו מאחר שאיננו מתאימים למרקם החברתי-תרבותי של קיבוץ אור הנר".

שם, בעמ' 127.³⁷

ולפסול מועמדים שאינם מתאימים לאותו אידיאל חיים משותף. שניהם מדגישים את הממד החברתי-תרבותי ואת החובה להתייחס אליו בהקשר של החוק. השופט הנדל מדגיש את ההיבט הפסיכולוגי-חברתי המשפיע על עמדותיהם של חברי קבוצה והמגביר תופעות של הדרה והפליה, בעוד שאצל השופט ג'ובראן ניתן משקל רב יותר לשאלה הפוליטית-נורמטיבית. עם זאת שניהם בדעה שהגישה שהחוק מייצג היא פסולה, לא רק בשל התוכן אלא בעיקר בשל הצורה: הפורמליזם שלו מאפשר להתעלם מהממדים החברתיים הממשיים, ובכך פותח פתח להפליה לא-מוצדקת ולא-מידתית של קבוצות שגם כך ממודרות במדינת ישראל. אך חמור לא פחות מכך, החוק במתכונתו זו פועל בניגוד לאינטרס של אותן אגודות שיתופיות עצמן, ככל שהן מבקשות לשמור על ערכים משותפים ולא על פריבילגיות נדל"ניות ואחרות. השופטים הנדל וג'ובראן שואלים, אם לא היה נכון יותר להגן על ההבדלים התרבותיים של אותן קהילות במקום להותיר את הקצאת הקרקעות בידיהן של ועדות קבלה ללא כל הכשרה או מעמד בנוסח עמום של "מרקם חברתי". האם האופן שבו מופיע השוויון בנוסח החוק לא רוקן אותו למעשה מתוכן והפך אותו לאות מתה? בניגוד לשופטת חיות, חוות הדעת שלהם נוגעות לאופנים שבהם הבדלים מוצדקים הופכים להפליה אסורה.

דוגמה זו מלמדת על מגבלותיה של גישת הצדק ביחסים של דגן ודורפמן. גישה זו אכן מתייחסת ליחסי התלות בין הצדדים, והיא מתבססת לא על רעיון מופשט של צדדים בתוך התקשרות חופשית, אלא על פרטים מובחנים וממשיים בעלי תכונות וזהויות. אולם היא נעצרת ביחסים בין פרטים, ואינה מתייחסת כלל להקשרים הרחבים המגדירים את אותה תלות שבין זהויות ומערכות נורמטיביות. סוגיית ההפליה הופכת פגם זה לבולט במיוחד: כפי שעלה מכל הדוגמאות שלעיל, הפליה נשענת על פי רוב לא על העדפה אישית של המפלה הבודד אלא על השקפות חברתיות ועל יחסי כוח; כדי להתמודד עם הפליה מבלי לוותר על הממד הנורמטיבי שדגן ודורפמן מדגישים, יש צורך בהרחבת המבט המשפטי אל האופן שבו מיוצרים ומיוצגים הבדלים חברתיים. טענתי היא שלשם כך יש צורך בגישה שאינה חלוקתית, כפי שהדגשתי גם בדיון בהצעתו של סטטמן, וכן להיעזר בביקורות החשובות שהציעו קריכלי-כ"ץ, אברהם, והשופט ג'ובראן. כדי לעשות זאת אציע כאן את גישתו של רוברט קאבר, המציעה מסגרת שכזו כפתרון אפשרי למצב עניינים זה ולהכרעה שיפוטית המהווה מענה לסוגיה החברתית הנורמטיבית.

ד. נרטיב והבדל – משפט כגשר נורמטיבי

בשנת 1983 פרסם המשפטן האמריקני רוברט קאבר את ספרו הידוע "נומוס ונרטיב"³⁸. הספר נכתב בעקבות פסיקה של בית המשפט העליון בארצות הברית שנה קודם לכן, שביסודה עמדה הפליה אסורה. אוניברסיטת בוב ג'ונס, אוניברסיטה פרטית בבעלות חלקית של הכנסייה, הנהיגה איסור על נישואים בין-גזעיים בין חברי הסגל שלה. הנוהג הזה גרם לכך שהיא איבדה את הפטור ממס אשר הייתה זכאית לו כמוסד חינוכי. האוניברסיטה עתרה נגד החלטת רשות המיסים לבית המשפט העליון, וזה דחה את העתירה והותיר את ההחלטה על כנה.³⁹ לכאורה זהו עניין מנהלי שגרתי, ופסק הדין רק אישר ואישש את המחויבות שבחוק ליחס לא-מפלה ולא-גזעני של מוסדות המוכרים בידי המדינה. ניתן לשאול על כן, מדוע מצא קאבר לנכון לצאת בביקורת כה נוקבת נגד פסק דין זה דווקא.⁴⁰ יש לציין כי קאבר היה איש התנועה לזכויות האזרח ולוחם נגד גזענות. הוא לא תמך בשום צורה בנוהג המפלה שאימצה האוניברסיטה, ואף דחה את ההצדקות בשמה של מסורת דתית לנוהג הזה. אך מה שנראה לו כלא פחות משערורייה היו הנימוקים הפרוצדורליים של פסק הדין. במקום לראות במקרה זה את ההזדמנות לקיים דיון עקרוני בסוגיה הנורמטיבית שלה השלכות חוקתיות רחבות, הסתפק בית הדין בשפה פורמליסטית. קאבר כותב כך:

"התיק הזה נותן יותר מדיי לטובת ההגדרה המדינית של העולם הנורמטיבי, בתורמו פחות מדיי להבנה המדינית של החוקה. בתיק הזה הסמכות יצאה וידה על העליונה, בלי מתן ביטוי למחויבות משפטנית לעיקרון המגולם בפסיקה חוקתית. בדעת השופט העליון ברגר הובעה מחויבות מרוששת מתוכן, שעל פיה השאלה

³⁸ רוברט קאבר **נומוס ונרטיב** (אביעד שטיר מתרגם, הוצאת מרכז שלם 2012) (להלן: קאבר **נומוס ונרטיב**). הספר נכתב כחלק מהמסורת של אוניברסיטת ייל לביקורת של פסקי דין של בית המשפט העליון. חיבור חשוב נוסף של רוברט קאבר, המאמר "האלימות והמילה", תורגם והתפרסם בעיוני משפט (רוברט קאבר "האלימות והמילה" **עיוני משפט** מג 305 (2020) וצורף לו פתח דבר מאיר עיניים (מיקי זר "עזה כמוות" **עיוני משפט** מג 293 (2020)).

³⁹ Bob Jones University v. United States, 461 U.S. 574 (1983).

⁴⁰ בעניין זה, ראו את המבוא מאיר העיניים של יוסי דוד "האנרכיסט שאהב את החוק", בתוך קאבר **נומוס ונרטיב**, לעיל ה"ש 38, בעמ' ז-כה.

החוקתית איננה מיותרת; ואף על פי כן, בית המשפט התחמק מן השאלה בכך שפשוט הפקיר את התביעה לאינסולריות מוגנת לחסדה של המדיניות בענייני הציבור. הקהילות האינסולריות היו ראויות ליחס טוב יותר – הן היו ראויות לגדר חוקתית שתגן עליהן מפני מה שאינו אלא ממשל. וקהילת המיעוטים גם היא הייתה ראויה ליותר – היא הייתה ראויה למחויבות חוקתית למניעת סבסוד ציבורי של גזענות.⁴¹

קאבר לא חשב שיש לשנות את ההחלטה המנהלית באשר לאיסור הפליה הנהוגה באוניברסיטת בוב ג'ונס, אך הוא סבר שהשופטים היו חייבים להידרש לשאלת היחסים בין גישות ועולמות נורמטיביים שונים. יתרה מזו, מקרה שכזה שבו ישנה התנגשות בין ערכים אינסולריים למדיניים (statist) הוא מבחינתו הזדמנות לתת לחוקה תוקף מחודש באמצעות ההתייחסות לממד הנורמטיבי – לא רק אכיפה של נורמות, אלא יצירה ועיצוב מחדש שלהן מתוך המתח שבין נורמות כלליות לבין הבחנות חברתיות ופרקטיקות של הברדל. יש להדגיש כי מה שמייחד ומבדיל את הקהילה הוא גם היסוד למחויבות הנורמטיבית שבה, וביסוד הזה צריך להשתמש כדי ליצור גשר נורמטיבי בין נומוס לנרטיב. קאבר מכנה סוג כזה של עבודה משפטית "חקיקה גואלת", כלומר כזו שמתוך המתח שנוצר מצליחה לזקק ולנסח את אותו גשר;⁴² פסיקת בית המשפט אינה רק מכריעה בין צדדים, אלא גם מבטאת ומתקפת את הבסיס הנורמטיבי שלה.⁴³ חקיקה מן הסוג הזה היא חיונית בעיניו לכינונו של עולם משפטי הבנוי לא רק על ציות למערכת כללים אלא בעיקר על המשמוע שלהם, ובכלל זה אפשרויות החרגה מהם והתאמתם למצבים שונים, ואף במקרים מסוימים ביטולם המוחלט (Jurispathic courts).⁴⁴

⁴¹ שם, בעמ' 62.

⁴² קאבר בוחר דרך מעניינת להדגים זאת בספרו: הוא מראה כיצד בחוק המקראי מוצג חוק, כמו הירושה לבן הבכור, בעוד הנרטיב שב וחורג ממנו – כמו במקרה של יעקב ועשו למשל. העיקרון שנחשף כאן באמצעות הניגוד בין הנומוס לנרטיב מלמד על הממד העמוק שמלכד את הקהילה העברית: הכפיפות לאל הקודמת לחוק האלוהי.

⁴³ על כך ראו: Julen Etxabe, *The Legal Universe After Robert Cover*, 4(1) L. & HUMAN. 115, 121 (2010).

⁴⁴ Robert C. Post, *Who's Afraid of Jurispathic Courts? Violence and Public Reason in Nomos and Narrative*, 17(1) YALE J. L. & HUMAN. 9 (2005); Judith Resnik, *Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts, and Robert Cover* (Faculty Scholarship Series, Paper 757, 2005), <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1297&context=yjlh>; Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism*, *Circa 2004*, 92(4) CALIF. L. REV. 959 (2004); Perry Dane, *The Public, The Private, and*

דוגמה בולטת לכך שקאבר מביא בספרו היא ביטול העבדות בארצות הברית, ובהמשך לה גם את דחיית הדוקטרינה של "נפרדים אך שווים" – תוצאת מאבק חברתי שדרש לא שינוי פורמלי בלבד (הנומוס), אלא זיהוי בין המאבק לזכויות השחורים לבין עקרון הצדק ושלטון החוק (הנרטיב). מדובר כאן בחקיקה הפורצת והממוטטת חומות משפטיות באמצעות התייחסות לממדים החברתיים-תרבותיים הפועלים להחזקתן. על כן "החקיקה הגואלת" אומנם אינה מקבלת בהכרח את התביעה האינסולרית, אולם היא אינה אמורה לדחות אותה בנימוק פורמליסטי אלא להשתמש בה כאתגר לבחינה מחודשת של החוק ודרכי יישומו. לדעת קאבר, הקביעה של בית המשפט העליון שאכן היה מדובר במקרה זה בהפליה אסורה שנקטה אוניברסיטת בוב ג'ונס הייתה צריכה להיעשות לא בשם הזכות לשוויון כעיקרון משפטי פורמלי (כפייה מכוח הנומוס), אלא על יסוד המחויבות לנרטיב של המאבק בהפליית שחורים וההשלכות הנורמטיביות של מאבק זה על מוסדות חינוכיים כמו האוניברסיטה. מאבק בהפליה אינו יכול להתבסס על גישה של עיוורון לשונות, שכן המשמעות היא גם התעלמות מן השאלה הנורמטיבית העומדת ביסוד הנרטיב. מה שנדרש הוא אפוא פסיקה העוסקת לא בשוויון אלא בהבדל, המציגה אותו בהקשרו החברתי וביחס להשלכותיו העתידיות ואינה מתעלמת ממנו. יש להדגיש כי השאלה כאן אינה רק מהו העיקרון או הכלל (שאינו יכול לעמוד בפני עצמו ללא הממד הנרטיבי שלו), אלא אופני היישום וההפעלה, ההחרגה והסילוק שלו באמצעות חוק המדינה הנוגעים לסדר הנורמטיבי.⁴⁵

עבור קאבר שופטים הם כמו אותם שחקנים-אומנים של בייסבול, אשר לא רק שמפליאים לשלוט בכללי המשחק, אלא במיומנות שלהם מצליחים גם בתוך מסגרת המשחק להמציא אותו מחדש.⁴⁶ עבור קאבר כל תיק משפטי העוסק בשאלה נורמטיבית צריך עקרונית להיות מובן כ"תיק קשה" (hard case) במובן של רונלד דבורקין, כלומר תיק שהיסוד הנורמטיבי שעל בסיסו יש לפסוק אינו נתון מראש, אלא שעליו להופיע באמצעות הדיון וההכרעה בו ולכן מחייב חדשנות משפטית.⁴⁷ לכן גם תפקידם של

the Sacred: Variations on a Theme of Nomos and Narrative, 8(1) CARDOZO STUD. L. & LIT. 15 (1996)

45 ספרו של רוברט קאבר *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (Yale Univ. Press, 1975), הוא דוגמה מצוינת בדיוק לסוג כזה של בעיה משפטית, אשר אינה יכולה להיפתר בתוך עולם המושגים של המשפט הפוזיטיביסטי.

46 בנוגע לאנלוגיה הזו ולדוגמאות מעניינות נוספות ליחס המשחקי של קאבר לחוק, ראו: Robert Cover, *Coda*, in *NARRATIVE, VIOLENCE AND THE LAW – THE ESSAYS OF ROBERT COVER* 249, 249-252 (Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat eds., 1993).

47 סוגיית ה"מקרה הקשה" (hard case) עומדת בבסיס הוויכוח שבין רונלד דבורקין לבין ה.ל.א. הארט, והיא גם ברקע של "נומוס ונרטיב" של קאבר. על הוויכוח ועל המושג של "מקרה קשה", ראו: Scott J. Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the*

השופטים אינו מסתכם לדעתו בשיפוט על פי הדין; הם נדרשים – בכל פעם שהם עומדים בפני מצב שכזה – להגדיר מחדש את המקרה המשפטי באופן המביא לידי ביטוי את המתח הנורמטיבי מעבר לגישות הצדדים ומה שהם מביאים לפנייהם. מה שהשופט צריכה לראות אינו רק האינטרסים השונים של הצדדים, אלא גם אותו "קיר רביעי" של בית המשפט, מתוך הבנה שהפסיקה שלה היא לא רק קביעה הנוגעת לעבר אלא קביעה המעצבת יחסים נורמטיביים עתידיים בחברה.

כל זה יפה לתאוריה, אולם בפסקי הדין שהובאו כאן ראינו משהו אחר: התיק של אוניברסיטת בוב ג'ונס, כמו גם התיק של בית הדפוס מבאר שבע, לא נידונו כהתנגשות בין נומוס לנרטיב אלא בין נומוס לנומוס – שתי מערכות נורמטיביות שאינן מתיישבות זו עם זו, אשר הפסיקה נדרשה להכריע ביניהן. אך מהו קנה המידה להכרעה? גישה דאונטולוגית תאמר כי יש כללים שבאמצעותם ניתן לשפוט; אולם מניין הגיעו הכללים האלה? מדוע הם מחייבים יותר מכללים אחרים? הבעיה לדעת קאבר היא, שאם נישאר בתוך מסגרת זו נעבור משאלת הצדק למאבק על סמכות באופן שהצדדים השונים מתעצבים כתמונות ראי הפוכות אלה של אלה: ליברלים מול שמרנים, חילוניים מול דתיים, ימניים מול שמאלנים וכן הלאה. לכן קאבר מדגיש כי מה שנדרש הוא לא לפסוק בין שתי מערכות נומיות, אלא לאפשר את היצירה של נורמטיביות חדשה באמצעות עבודה נרטיבית סביב המתח ביניהן. יש להדגיש כי המשמעות אינה שהשופטים נדרשים לערוך מחקרים חברתיים כדי לפסוק בתיקים המובאים בפניהם. הטענה של קאבר כפי שהיא עולה מן הציטוט שלעיל היא שבתי המשפט, בשל האופי הפרוצדורלי של עבודתם, הם זירה מצוינת עבור סוג כזה של עבודה נורמטיבית-נרטיבית. הדיון המשפטי הוא דרך של חשיפת הנרטיב ולא רק של אכיפת הנומוס. ואולם גישה זו מחייבת מעבר מגישה משפטית-פורמליסטית, המניחה את הנורמות מראש והתופסת את עצמה כהפעלה או כיישום שלהן, לגישה המבקשת לברר מהן המשמעויות האפשריות של הנורמה בהקשר הנתון ואיזה משא ומתן נדרש כדי להפעילה באופן המשפיע על האופק הנורמטיבי. זוהי הצעתו של קאבר כגישה היוצרת עולם נורמטיבי.

חשוב לציין, כי אף שהעיסוק בנרטיב בהקשר של משפט בכלל הפך נפוץ בעשורים האחרונים עם התרחבות התחום של ספרות ומשפט, העיסוק בספרות המשנית במושג "הנרטיב" בעבודתו של קאבר הוא מועט.⁴⁸ גם כאשר יש עיסוק בו, הוא על פי רוב מובן כ"אחר" של החוק: ביטוי לרב-קוליות שלעיתים מושקת (כך למשל של קורבנות פשע), פתיחת המרחב המשפטי למגוון ולריבוי של תרבויות והצבה

Perplexed (Working Paper No. 77, 2007), https://www.fgv.br/processoseletivo/md/ingresso2020/hardworkindebate_shortguidefortheperplexed7pdf.

על מושג הנרטיב אצל קאבר, ראו את מאמרי: Gal Hertz, *Narratives of Justice: Robert* ⁴⁸ *Cover's Moral Creativity*, 14(1) L. & HUMAN. 1, 1-23 (2020)

של זוויות או ממדים שעלולים לחמוק בעקבות אופני פעולתו של ההליך המשפטי.⁴⁹ גישה זו מזוהה למשל עם מרתה נוסבאום, אשר רואה בנרטיבים משום תרומה חיונית להכשרתם של שופטים לרפלקטיביות, לביקורתיות ולפיתוח אמפתיה – מה שהיא מכנה "צדק פואטי".⁵⁰ אין ספק כי שופטים יכולים להיתרם מהשכלה ספרותית, אולם יש קושי כפול בגישה זו כאשר בוחנים אותה ביחס לעמדתו של קאבר. הקושי הראשון נעוץ בכך שנוסבאום רואה את הנומוס ואת הנרטיב כמייצגים של שתי מערכות נפרדות. מצד אחד עומד החוק, שהוא מערכת הכללים הפורמלית שעל פיה השופטת שוקלת ומעריכה את התיק. מן הצד האחר ניצבים הנאשם, הקורבן והנסיבות הספציפיות – כל אותם היבטים פרטניים שיש להביא בחשבון, ולשם כך נדרשת חשיבה רפלקטיבית ואמפתיה. כלומר, נוסבאום ואחרים מניחים שהחוק הוא קודקס קבוע, א-היסטורי ונוקשה ("הפנים הזועפות" שלו, כפי שהגדיר חיים נחמן ביאליק את ההלכה), בעוד שהנרטיב הוא סיפור הרקע האנושי והמשתנה ("הפנים השוחקות" של האגדה).⁵¹ הנרטיב על פי גישה זו יכול לספק תובנות חשובות באשר למקרה, אולם הוא אינו מעצב מחדש את החוק עצמו ואף אינו מחייב לבחון או להגדיר את הנורמות או את החוקים באופן שונה. הקושי השני הוא שעבור נוסבאום נרטיב אמור לבטא בסופו של דבר את עמדתו של הסובייקט הניצב לפני החוק (כלומר קודם לו). הוא נשא של זכויות, כמו הזכות לשוויון למשל, ועל בסיסה הוא יכול לבוא בתביעה ככל שזכות זו נפגעה. עבור קאבר לעומת זאת הסובייקט נתון תמיד בתוך מערכת יחסים, כך שהזוהות שלו כרוכה לא רק בנרטיב מסוים אלא גם ביחסים שבין הנרטיב הזה לבין הנומוס. לכן הנרטיב הוא לעולם קולקטיבי ולא ביטוי של בחירה אינדיבידואלית. הוא פרויקט קהילתי משותף אשר יש לו מסורת והיסטוריה שאפשר לעצב מחדש, אולם אי-אפשר לדלג מעליו. הנרטיב מבנה לא רק את המשמעות של השתייכות לקהילה אלא גם קובע את מערכות היחסים, הוא נוגע לא רק להווה נתון אלא לאופק עתידי. לכן אי-אפשר לפי קאבר לדבר על הלכה זועפת כללית ועל נרטיב מחייך ואנושי, אלא על האופן שבו נוצרים ערכים משותפים מתוך הניגודים והמתחים שבהם הם נתונים ובאמצעותם.

במילים אחרות, הנרטיב – כמו האגדה – אינו "סיפור הרקע" של ההלכה לצורך הגברת הרגישות והאמפתיה אלא קידוד של מתח חברתי, בעוד שהנומוס – כמו ההלכה – הוא הכרעה מסוימת המיועדת להתמודד עם המתח הזה. את המתח ההלכה אומנם מנסה לקודד, אך היא מתקשה לתארו ולהסביר מדוע הוא דורש הלכה ומדוע

Jason Beckett, *The Violence of Wording: Robert Cover on Legal Interpretation*, 8 No 49 FOUND.: AN INTERDISC. J. L. & JUST. 3 (2011).

מרתה נוסבאום **צדק פואטי – הרמיון הספרותי והחיים הציבוריים** (2004).

51 חיים נחמן ביאליק **הלכה ואגדה** (1959). קאבר עצמו משתמש במושגים של אגדה והלכה ורואה במסורת היהודית מקור השראה להתמודדות עם המבוי הסתום של המשפט הליברלי ובסיס לניסוח של תפיסת משפט ללא יסוד נורמטיבי. על כך ראו: Samuel J. Levine, Halacha and Aggada: Translating Roberts Cover's Nomos and Narrative, Utah L. Rev. 4 465 (1998).

המתח הוא מתח. זאת רק האגדה מצליחה לעשות; ואם לומר זאת בצורה משפטית יותר – מה שמגדיר ומעצב את היחס לחוק הוא הממד הנרטיבי, ובאופן הזה אפשר גם להבין מבחינה חברתית מדוע עבור אדם אחד עבירה היא משהו שנושא עימו קלון ועבור אחר היא מושא לגאווה ודוקא.⁵² מה שעולה מדברים אלה באשר לנרטיבים הוא שהם אינם סוג של השלמה או של נספח לחוק, משהו שהוא מסוכסך וקבוע, אלא יסוד המשפיע והמעצב את החוק עצמו – הפרשנות, היישום או הייתור שלו.⁵³ לכן עבור קאבר החוק אינו מוסד המיישם והמפעיל כללים משפטיים, והוא גם אינו מוגבל לפרשנות משפטית במובן המקובל. זהו פרויקט של הפיכת מתחים ומשברים חברתיים לגשרים של משמעות. קאבר מדגיש: "התזה שלי בנומוס ונראטיב הייתה שהנראטיבים הם נתוני המשמעות העיקריים לבריאתו של עולם-העכשיו, לבריאת העולם-שיש-להגישו, ולגשר שבין שני העולמות – החוק. יתרה מזו, הצבעתי על כך שנראטיבים חסינים בפני סוגי הפיקוח החברתי המופעלים, בדרך כלל, על מה שקרוי לפעמים חומרים 'משפטיים' לחלוטין – חוקים, פסיקות משפטיות רשמיות, קודקסים וחוקות".⁵⁴

על פי קאבר אי-אפשר אפוא לנמק את האיסור על הפליה בהישענות על ערך מופשט של שוויון או בתפיסה של צדק חלוקתי, משום שהם מסלקים בדיוק את מה שבעניינו מופנית הדרישה המוסרית – היחס המבני של החברה, ומציבים במקומו סובייקטיביות נומית שאינה נוגעת למבנה הזה. יתרה מזו, ההבדל שהפרידגמה החלוקתית מבקשת לסלק באמצעות העיוורון לשונות הוא שהיא יכולה להביא לציות אבל אינה מחזקת את המחויבות, וודאי שאינה מעצבת מחדש את האופק הנורמטיבי. כדי ליצור מחויבות שכזו יש צורך בנימוק נרטיבי שאינו מבקש להתעלם מן ההבדלים, אלא שמתוך המחויבות להם מסוגל לעצב מחדש את המשמעות ודרכה לפתח סוג חדש של יחסים.

כדי להיות סוכנים פעילים בעיצובו של יקום נורמטיבי קאבר מציע גישה של פרונוזיס משפטי – אותו מושג חמקמק של תבונה מעשית, של שיקול דעת, שאריסטו הציע בתור חלופה לגישה הסבורה שרק מחשבה גוזרת, דדוקטיבית, ראויה לתואר "רציונלית". קאבר דוחה לא רק את הפורמליזם השיפוטי, אלא גם את הדאונטולוגיה המוסרית ואת גישת החוק הטבעי המזוהה עם הוגים כמו ג'ון רולס, מייקל סנדל, רונלד דבורקין, רוברט נוזיק ואחרים. לפי קאבר, ערכים כמו שוויון, כבוד האדם וחירות אינם אידיאלים שיש לשאוף אליהם אלא בעיות שצריך לפתור; וכדי לפתור את הבעיות, צריך להבין את הנרטיבים שמבעדם הן משתקפות ואת הדרכים שנפתחות – מתוך הפרקטיקה – לבנות משמעויות חדשות.

⁵² כאשר לאופן שבו נרטיב של קלון משפיע ומעצב את החוק, ראו: Shulamit Almog & Ariel L. Bendor, *Views On Prostitution*, 30 HASTINGS WOMEN'S L.J. 3 (2019).

⁵³ על גישתו של קאבר ל"חיסול" חוקים, ראו: Post, לעיל ה"ש 444.

⁵⁴ קאבר נומוס ונרטיב, לעיל ה"ש 38, בעמ' 101.

מה זה אומר על המקרה שלנו? כיצד יכולה להיראות פסיקה נרטיבית במקרה הזה? וגם אם ישנה שיטה שכזו, האם היא בכלל בסמכות בית המשפט? אבחן תחילה את ההקשר החברתי שלא עלה בבית המשפט. בעלי בית הדפוס טענו "איננו עוסקים בדברי תועבה, יהודים אנחנו!". השופט לא התעמתה עם הטענה אלא השתמשה בה כראיה ליחס מפלה. אולם האם יחסה של היהדות ללהט"ב הוא איסור ותועבה? יחסה של היהדות הדתית ללהט"ב מתאפיין במגוון רחב מאוד של עמדות, כשיח מקיף ובעבודה יצירתית המבקשת – וגם מצליחה לא במעט – לעצב מחדש את הנומוס ההלכתי בעזרת נרטיב המאפשר לשלב בין הזהויות המיניות לבין אורח החיים הדתי.⁵⁵ בארץ הוקמו תנועות וארגונים דתיים-להט"ביים, פועלים בתי כנסת מיוחדים וישנן פעילויות בתוך בתי כנסת קיימים, יש ארגון נוער דתי גאה ולא מעט יצירות ספרות וקולנוע מאפשרות את כינונו של נרטיב חדש. אני מבקש להדגיש בנקודה זו שמדובר בנרטיב חדש שאין להבינו רק לפי הקטגוריות המאוד מוגבלות של "מכליל" או "סובלני", אלא בנרטיב שההישג שלו הוא בכך שהוא פותח דרכים חדשות להבנת הדתיות בעידן המודרני. הרב בני לאו פרסם לאחרונה מסמך פורץ דרך שכותרתו "זוגיות ומשפחה לבני ובנות הקהילה הלהט"בית בתוך המשפחה וקהילה הדתית", ובו הוא סולל את הדרך לשילוב של זוגות חד-מיניים בחברה הדתית.⁵⁶ חשוב לציין כי *הזהות הלהט"בית כשיח הדתי מתבססת פחות על הרעיון הליברלי של חופש הפרט וזכותו לממש את נטייתו המינית כפי שיחפוץ, ויותר על תפיסה של מיניות כנרטיב ולא כזכות*. גישה זו מאפשרת חשיבה שונה לא רק בנוגע ליחיד אלא באשר לייעודה של הקהילה הדתית כולה. יש כאן מאמץ מרתק לבניית נרטיב אינסולרי חדש, הכולל מציאת פתרונות המאפשרים לכלל חברי הקהילה לבטא את המחויבות הדתית שלהם ולהיות שותפים לעבודת האל על פי דרכם, גם אם ישנן התנגדויות רבות ללהט"ב בתוך קהילות דתיות (כמו גם בקהילות לא-דתיות). ובכל זאת, ייתכן שמערכת המשפט צריכה דווקא ללמוד מסוג כזה של טרנספורמציה שהעולם הדתי עובר. הכיוון הזה מאפשר לחשוב גם על התערבות שיפוטית "גואלת" במושגים של קאבר, התערבות אשר אינה מסתפקת באכיפה של חוק המדינה, אלא שואלת מהן נקודות המפגש האפשריות בין

⁵⁵ ראו ירון בן נאה "יהדות ויהודים על להט"ב ומולם יחסן של ההלכה והקהילות היהודיות להומוסקסואליות, לסביות וטרנס – סקירה היסטורית" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 117 (עינב מורנגסטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

⁵⁶ גיא עזרא וחדשות סרוגים "הרב בני לאו מציג: המדריך למשפחה הלהט"בית" **סרוגים** <https://www.srugim.co.il/496963-%D7%94%D7%A8%D7%91-%D7%91%D7%A0%D7%99-%D7%9C%D7%90%D7%95-%D7%9E%D7%A6%D7%99%D7%92-%D7%94%D7%9E%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%9A-%D7%9C%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94-%D7%94%D7%9C%D7%94%D7%98%D7%91>

אותו חוק וערך השוויון שהוא מבטא והנרטיב האינסולרי שיכול לבנות את אותה מחויבות, ובאופן כללי יותר – כיצד להצליח ולבנות עולם נורמטיבי מתוך משבר.

כל זאת יכלה לטעון גם האגודה לשמירת זכויות הפרט (אשר מן הסתם מכירה ואולי אף מעורבת בפעילויות המבנות הרחבה של העולם הנורמטיבי), ולתבוע לא בשל שירות הדפוס שנמנע ממנה (הפרה של זכות) אלא בשל האופן שבו בית הדפוס נהג בה – פגיעה בנרטיב. דוגמה לכוחם של נרטיבים ניתן לראות בכתבות בערוץ 7, באתר "הידברות" ובגופי מדיה דתיים-ימניים נוספים שקראו לאיסוף תרומות, להגשת עתירות ולניסוח הצעת חוק כדי להילחם ב"כפייה החילונית" ו"בבית המשפט השמאלני". קשה להגזים בתיאור חדות היצירה, מידת המסירות להתנגדות למסד והתשוקה להרס המאפיינים את הדוברים האלה, שאולי אפילו מעוררים קצת קנאה. אין מדובר רק בחילוקי דעות בנוגע לתפיסות של מוסר, של משפט ושל מדינה. יש כאן תחושה של פגיעה וצריך לשים אליה לב, כיוון שבדיוק בעניינה הייתה אותה עבודה נרטיבית צריכה להתרחש. כלומר, היה צריך להיות כאן פסק דין מנומק, הנותן משקל נגד נורמטיבי לטענה האינסולרית.

בחזרה אל שאלת ההפליה האסורה: האם השוויון כערך מוחלט ו"עיוור" עומד מעל זכותם של בעלי בית הדפוס לפעול לפי צו מצפונם וערכיהם האינסולריים? אני סבור שלא. כאן ראוי, כפי שטוען קאבר, שבית המשפט יגן על זכויותיהן ועל ערכיהן של קהילות ולא יבטל אותם בטיעון פורמליסטי. עם זאת יש לזכות הזו מגבלה, והיא חלה במקרה שההבדל שאותו ההפליה מייצגת יוצר יחס פוגעני כלפי יחידים או כלפי קבוצות; כלומר לא עצם ההפליה היא הבעיה, אלא סוג ההבדל שההפליה נשענת עליו ומשמעותו החברתית. במקרה זה האגודה למען הלהט"ב בישראל לא נפגעה באופן ממשי מן היחס המפלה, ומן הסתם פנתה לבית דפוס אחר וקיבלה את השירות. אולם ההבדל כאן אינו יכול להיות מוצדק, ופגיעתו היא בכך שהוא מקבע יחס משפיל ופוגעני כלפי להט"בים ומכנה את אורח חייהם "תועבה". בדיוק משום כך ובשל המורכבות הנורמטיבית הכרוכה בלהט"ב בקהילה הדתית אני סבור שהיה כאן צורך בהתערבות שיפוטית, אם כי איני בטוח שהתשלום הכספי אשר נקבע בפסק הדין הוא הדרך הנכונה לבטא אותה. אלא שפסק הדין כולו היה צריך להיראות אחרת: היה עליו לעסוק בהכרה בהבדל וגבולותיה, ולא להסתמך על ערך השוויון בלבד.

חשוב להעיר כי גישה שדומה לכאורה למה שמבקש קאבר – מתן עדיפות לערכים אינסולריים על פני ערכים מדינניים – אפשר למצוא אצל גופים המוגדרים שמרנים, כגון "פורום קהלת" או אתר "מידה". גופים אלה מדגישים את האופן שבו רפורמות פרוגרסיביות גרמו לעליית כוחם של בתי המשפט ונתנו עדיפות לערכים הליברליים שעל פיהם הם פועלים על חשבון ירידת כוחם של הנציגים הנבחרים של העם בכנסת ושחיקתם של ערכים קהילתיים-שמרניים. עבור ארגונים אלה נרטיב מייצג את אמונתם של קהילות מסוימת והוא סוג של "פסקת התגברות". הוא מאפשר לא רק לקרוא תיגר על הרשות השופטת אלא גם מבטא את היסוד המיתי של הריבונות, כפי שעולה למשל בוויכוחים על אודות חוק הלאום. הערך האינסולרי הופך בגישה זו למה

שמחליף את המתח הנורמטיבי אשר קאבר מדגיש, בין ערכי מדינה וזכויות לבין ערכים של קהילות, בין מחויבות למסורות ולערכים אינסולריים לבין ערכים אוניברסליים. קריאות שכאלה בקאבר הן נפוצות למדי, ומסבירות בין היתר מדוע ההוצאה שתרגמה ופרסמה את ספרו בעברית היא הוצאת שלם בעלת הגוון השמרני. אולם זו אינה הטענה של קאבר, הדוגל באקטיביזם משפטי, אם כי לא מהסוג הליברלי-פורמליסטי המזוהה עם גישתו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק. עבור קאבר העניין אינו התגברות על ערכים ליברליים, אלא שימוש במתח הזה כדי להעמיק ולפתח את המחויבות לחוק ואת משמעויותיו בחיינו.

אפשר לחשוב על התחושות הללו של אותם מבקרים מימין בעזרת המערכון המפורסם בסרט "בריאן כוכב עליון" של מונטי פייתון, שבו מהפכנים יהודיים לאומניים מתלוננים על יחסם של הרומאים אליהם ושואלים (בפרפרזה לענייננו): "מה כבר הליברלים אי פעם עשו בשבילנו?"⁵⁷; אולם הצד הפחות הומוריסטי כאן הוא אותן חלוקות מעמדיות המשתכפלות באמצעות המתחים הללו. התגובות היוצאות להגן על הערכים הליברליים אינן משיגות את המטרה כל עוד פעולתן נותרת בשדה הנומוס בלבד ואינה נוגעת לנרטיב, וככל שהן מדמיינות את הפוליטי על פי עולם המושגים שלהן בלי להבין את מגבלותיו. לכן, כמענה לאתגר הזה לא מספיק לקדש פרוצדורות (דיונים בבג"ץ) ולדקלם סיסמאות ("שוויון הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה") – אלו אינם כלים מספקים לשינוי מציאות. במקום זאת יש לשאול מדוע נוצרת עוינות שכזו ומהן האפשרויות ליצור סוג אחר של שיחה, אשר במרכזה הסוגיות הנורמטיביות ולא ההתחמקות מהן, ובאופן שכזה לפתח את אותם עולמות נרטיביים או לפחות מוצא חלופי לתחושות של אי-צדק.

סיכום: פסיקה נורמטיבית בגבולות החוק

במאמר זה ביקשתי לטעון, כי הדיון המשפטי הפורמלי בהפליה בעניין **צבע הקשת** מחמיץ את המתח הנורמטיבי שהמקרה הזה מעלה. טענתי גם שהחמצה זו נובעת מהגישה הפורמליסטית שנקטו שופטת בית משפט השלום כמו גם שופט בית המשפט המחוזי, אשר העדיפו להיאחז בלשון החוק ובערך השוויון העומד בבסיסו במקום במתח הנורמטיבי שהמקרה מציף. התוצאה של היצמדות לשוויון הפורמלי כאן כבסיס לפסיקה ולפרשנות של החוק היא החלשה של הצדק: היא לא הביאה להרחבת ההגנה על זכויות להט"ב, ולא נתנה מענה לתחושת אי-הצדק של בעלי בית הדפוס ושל הקהילה הדתית שאליה הם משתייכים. אני סבור כי ההבדל ומשמעותו החברתית

⁵⁷ **בריאן כוכב עליון** (מונטי פייתון במאים 1979).

לרבות הערכים האינסולריים הכרוכים בו היה חייב לקבל התייחסות מרכזית בפסק הדין, שיכול היה לתת כיוון שונה למערך היחסים הטעון שבין הקהילות.

עבור מי שאוחזים בגישות ליברליות הדרישה להתייחס לטענות האינסולריות יכולה להיראות מקוממת, משום שהיא נשמעת כמו ביטוי אהדה למי שאינם ליברלים. מדוע צריך לגלות הבנה? מדוע שלא פשוט לכפות שוויון? מדוע שלא לצייר קו תיחום ברור בין ליברלים ואנטי-ליברלים? התשובה על כך היא כפולה. ראשית, מבחינה פוליטית זו איננה דרך לשינוי חברתי לטובה, אלא רק להגברת מתחים ובעיות. בעניין **צבע הקשת**, מה שיתקבל בעקבות הפסיקה יהיה או קונפליקט חברתי או קבלה של ערכים ליברליים "בחריקת שיניים". זוהי אינה חברה שאנו רוצים לחיות בה, ולא משנה מהי עמדתנו כלפי בית הדפוס. שנית, מבחינה מושגית ישנו הנימוק שניסיתי להראות דרך הוויכוח שבין סטטמן לאברהם, בין השופט דנציגר לשופט ג'ובראן, בין השופטת חיות לשופטים ג'ובראן והנדל ובין נוסבאום לקאבר: הליברליזם מגיע כמעט תמיד כ"עסקת חבילה" יחד עם אינדיבידואליזם (גם בגרסת "צדק כיחסים"), עם צייתנות לחוק רק בגלל טיבו הפורמלי ועם מושג פגיעה שהוא חוזי גרידא. אלה הם הצדדים הבעייתיים של עסקת החבילה הליברלית, שלא רק שמובילה תמיד להתנגשויות, אלא גם יוצרת – שלא בטובתה – חברה אטומיסטית ומנוכרת, מבלי לגרוע מן ההישגים של תרבות הזכויות האזרחית.

במקרים רבים תיק מגיע לבית המשפט משום שהוא מבטא בעיה חברתית וכאשר אין דרך ליישב את הפערים שבין מערכות נורמטיביות בדרכים אחרות. הדרישה של קאבר מן השופטים כאן אינה רק להיות אמפתיים כלפי הנאשם או סובלניים לגישות ולקולות שונים (איננו זקוקים לקאבר לשם כך), אלא להיות ביקורתיים באשר לאופן ההפעלה והיישום של החוק ולמשמעויות שלהם עבור קבוצות שונות. המשמעות היא למשל לתת דין וחשבון על כך שמושג כגון שוויון יכול להתפרש באופן שונה בהקשרים שונים, ושהוא יכול להביא לסעד משפטי צודק במקרה אחד ולאיוולת ולאבסורד במקרה אחר. פסיקה פורמליסטית לפי לשון החוק במקרה זה, כאשר היא מתפרשת על פי גישה חלוקתית, מתמודדת לכל היותר עם ביטוי אחד של המתח (סירוב בית הדפוס לתת שירות) במקום להציע לו מסגור שונה (הגנה על ההבדל בתנאי של צמצום למינימום של הפגיעה שהוא יוצר).

כמו במקרה של האופה מקולורדו, גם במקרה זה הגישו בעלי בית הדפוס ערעור לבית המשפט המחוזי. הערעור שהגיש בית הדפוס על הכרעה זו נדחה כאמור בידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע. בית הדפוס ערער על החלטת בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, ואף שהוחלט כי בקשת הערעור תובה בפני מושב של שלושה משופטי בית המשפט העליון,⁵⁸ כעבור מספר חודשים החליט בית הדפוס – בעצת בית המשפט – למחוק את הבקשה.⁵⁹ למרות המחיקה, יש לציין שהערעור נתמך בידי ציבור החש

⁵⁸ רע"א 72460/20 כהן נ' האגודה לשמירה על זכויות הפרט (נבו) 21.2.2021.

⁵⁹ עניין **צבע הקשת** בבית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3.

אי-האמון כלפי מערכת המשפט. הוא מתבסס אומנם משפטית על ההבחנה שבין הפליה של מבקש השירות (האגודה למען הלהט"ב בישראל) לבין סוג השירות המבוקש (עיצוב של פוסטר), אולם הוא נוגע לקווי התפר המהותיים של החיים המשותפים במדינה. על כן זוהי בעיניי הכרעה חשובה, משום שהיא יוצרת הזדמנות להתמודד גם עם השאלה הנורמטיבית העקרונית שלא זכתה למענה מספק – ההגנה על ערכים אינסולריים. לא הצעתי כאן כיצד לפסוק בסוגיה המורכבת הזו, אלא ביקשתי להסב את תשומת הלב לכך שהכלי המשפטי ששימש לטיפול במקרה אינו מתאים לטעמי לצורך ההתמודדות עימה. גם אם בית המשפט מכריע נגד בית הדפוס, הוא חייב לתת את הנימוק הנורמטיבי לפגיעה בחופש המצפון והדת. בית המשפט גם חייב לסייג את הפגיעה הזו, משום שלדעתי התערבות כופה של המדינה בחופש העיסוק והדת לא תביא לפתיחות ולשוויון חברתי, אלא להסתגרות ולעוינות גוברת של ציבורים ולמצייאת פתרונות חלופיים שימנעו מבעלי עסקים את הצורך לעמוד במצבים אלה, גם ללא התערבות של הרשות המחוקקת.

טענתי במאמר שהדיון בכללו, משעה שהוא מתנהל בתוך קטגוריות של קהילה דתית מול קהילת הלהט"ב מעמיק מתח וקיטוב, ועלול לפגוע במאמצים המתקיימים בתוך הקהילות האלה ליצור סינתזות וגשרים נורמטיביים שונים. איני חושב שעמותות להט"ביות-דתיות צריכות בהכרח להצטרף כידידות בית המשפט לצד זה או אחר, אך טענתי שהאמירה "דברי תועבה" אינה יכולה להיות הצדקה ליחס מפלה כלפי קבוצה כלשהי. בדיוק משום כך, משום הניסיון להשתמש בערך ראוי – חופש הדת והמצפון – למטרה לא-ראויה של פסילה ושל יחס פוגעני, נדרשת אמירה נורמטיבית קונקרטיה הנשענת על עבודה משפטית-נרטיבית ולא פורמליסטית. גישה כמו זו שהציעו דגן ודורפמן מאפשרת לבחון את פסק הדין מעבר למסגרת המצומצמת של המשפט הפרטי, אולם היא נותרת עדיין בתוך היגיון של יחסים בין שני צדדים ולא בספירה של יחסים חברתיים. אני סבור שלכך בדיוק כיוון השופט ג'ובראן, ובאופן הזה גם הצעתי לקרוא את הצעתו של רוברט קאבר. כלומר, יש למשפט כלים משלו לעסוק בסוגיות נורמטיביות, וכאשר הוא מפעילם הוא אינו חורג מתחומו אלא שומר על שלטון החוק במובן הרחב והעמוק. גישה זו הכרחית כדי שהציות לחוק לא יהיה רק תוצאה של האלימות המופעלת כלפי החורגים ממנו, אלא מתוך מחויבות לעולם נורמטיבי משותף, הבנוי על יכולות להתמודד עם מתחים לא-פתורים.

ביקשתי גם להצטרף לדיון העקרוני יותר בשאלת הפליה שנערך גם על דפי כתב עת זה, שהיא כפי שניסיתי להראות לא רק עניין של התנהגות לא-חוקית או לא-הוגנת, אלא ניהול לא-צודק של הבדלים חברתיים. כלומר היא נוגעת לשאלה מתי הבדל חברתי נעשה חשוב בשיח הציבורי. על כן, בניגוד להגדרת הפליה כפגיעה בשוויון, כפי שמציעה גישת הצדק החלוקתית של ג'ון רולס ואחרים, הצעתי להבינה כמצב עניינים חברתי היוצר הבדל פוגעני באופן לא-מוצדק. במילים אחרות, במקרים שבהם הסוגיה היא נורמטיבית, אל לו לבית המשפט לאמץ גישה של עיוורון לשונות, אלא עליו לשאול אם וכיצד ההבדל המדובר פוגע באופן שאין לו מקום בחברה שלנו.

