

מדוע לא תיחשב שרירותיות הפליה? בין פערים מושגיים לאסטרטגיה שיפוטית – תגובה למיטל פינטו

מאת
יפעת ביטון*

תקציר

מאמר זה מאתגר את טענתה של מיטל פינטו ששרירותיות כמותה כהפליה, ולכן יש לפעול למיגורה באופן דומה לזה שבו פועל המשפט למגר הפליה. יומרת ההשוואה של פינטו, יותר משהיא מרחיבה את גבולות התחולה של עקרון השוויון, היא בעיקר מטשטשת את הגבולות החשובים שבין הפליה אסורה להתנהגות לא-רצויה אחרת, כשרירותיות. לא רק שמהבחינה המושגית אין דינה של הפליה כדינה של שרירותיות, אלא שגם מהבחינה הנורמטיבית מתקיימת היררכיה ביניהן, במובן זה של הפליה השפעה מזיקה יותר על החברה ועל הפרט מאשר להשפעה הרעה שיש לשרירותיות, כשלעצמה. קביעה זו יש לסייג למקרים שבהם השרירותיות משמשת למעשה כמסווה להפליה, אז יהיה האיסור עליה נגזרת מסדר שני של האיסור על הפליה, ולא מערך נפרד הנדרש להצדקה משל עצמו וכשלעצמו. בת בעת, ניתן להגן על הפרט מפני שרירותיות בכלים זמינים אחרים, הן במשפט הציבורי הן במשפט הפרטי, למשל באמצעות עילת הסבירות ועולת הרשלנות. קבלת הצעתה של פינטו עלולה לאפשר זילות של מוסד ההפליה האסורה, וויתור מהותי ואסטרטגי כאחד על ההגנה המשפטית המקיפה מפניה הקיימת כיום, אשר הושגה בעמל רב, ושמעמדה השברירי נתון לאיום מתמיד.

- מבוא..... 2
- א. מדוע שרירותיות אינה הפליה?..... 4
1. איסור הפליה ככלי למימוש הזכות לחופש מדיכוי ולא הזכות לחופש מאי-רציונליות..... 4
2. היסוד הקבוצתי בין הפליה לשרירותיות..... 5
3. פריבילגיה בין הפליה לשרירותיות..... 8
- ב. הטשטוש המושגי כמענה לטשטוש הפונקציונלי..... 9
- ג. אסטרטגיה משפטית עכשווית..... 11

ד. מילות סיכום.....12

מבוא

שרירותיות כמותה כהפליה, טוענת ד"ר מיטל פינטו במאמרה המעמיק נשוא תגובה זו, ולכן יש לפעול למיגורה כפי שהמשפט פועל למגר הפליה.¹ זוהי טענה שובת לב המתיימרת להרחיב עוד את מושג ההפליה כך שיחול על עוד התנהגות פסולה מיסודה – התנהגות בשרירותיות. יומרתה של פינטו להרחיב את התחולה של עקרון השוויון מפתה שבעתיים בעידן שבו ניכר ניסיון של שמרנים ליברטריאנים לצמצם דווקא את תחולתו כדי להוציא אל מחוצה לו כמה שיותר התנהגויות אשר תחת עקרון השוויון צפוי שתהיינה נתונות לפיקוח ולהתערבות מדינתית באוטונומיה של הפרט.² אלא שניסיונה זה של פינטו להרחיב את השורות, הנתפס כפרוגרסיבי, עלול להפוך למהלך ריאקציונרי דווקא שישמש כלי בידיהם של אותם שמרנים לצמצם את ההגנה על עקרון השוויון. טענתי בתמצית היא שהפרויקט של פינטו, יותר משהוא מרחיב את גבולות התחולה של עקרון השוויון, הוא בעיקר מטשטש את הגבולות החשובים שבין הפליה אסורה להתנהגות לא רצויה אחרת. בעוד שהראשונה מחייבת התערבות משפטית וצמצום חירות הפרט לנהוג באוטונומיה, הרי שהשנייה, גם אם היא מחייבת התערבות משפטית, אינה מצדיקה את אותו מרחב התערבות שנוטל לעצמו המשפט במקרה של זיהויה של הפליה. כלומר, טענתי היא שלא רק שמהבחינה המושגית אין דינה של הפליה כדינה של שרירותיות, אלא שגם מהבחינה הנורמטיבית מתקיימת היררכיה ביניהן, במובן זה שלהפליה השפעה מזיקה יותר על החברה ועל הפרט מההשפעה שיש לשרירותיות.³ נוכח זאת, יש לעמוד על משמר ההגנה על הגבול שבין שתי תופעות אלה ולהעניק הגנה משפטית שונה והיררכית מפניהן, כזו שבמסגרתה תיתפס הפרת האיסור

* יפעת ביטון, חוקרת שוויון ואיסור הפליה, נשיאת המכללה האקדמית אחוה.
¹ מיטל פינטו "מדוע שרירותיות כשלעצמה מפלה, גם אם אינה קשורה לעילות חשודות" **עיוני משפט מו** (עתיד להתפרסם ב-2022).

² ראו תיאור מפורט של החשיבה הליברטריאנית והגבלתה את עקרון השוויון במשפט האמריקני אצל: Steven J. Heyman, *The Conservative-Libertarian Turn in First Amendment Jurisprudence*, 117 W. VA. L. REV. 231, 252–66 (2014). בישראל עמדה זו ניכרת בעיקר בטיעונים שמעלים ארגונים משפטיים שמרניים כמו פורום קהלת, הניזונים באופן מובהק מאידאולוגיות אמריקניות שמרניות אלה, ובהתאמה, מכספי תרומות של בעלי הון אמריקאים המחזיקים בהן ומקדמים אותן.

³ אין זו לי הפעם הראשונה לעמוד על ההבדל בין "שרירותיות" ל"הפליה" כחשוב וכמסמן את קו הגבול להתערבות משפטית ראויה, ואני שמחה על האפשרות להרחיב את בסיס התנגדותי שהיה נקודתי יותר אז. ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" **משפטים** מא 455, 498–502 (2011).

על הפליה כחמורה יותר ונבדלת מהפרת האיסור על שרירותיות. הפרדה זו יש לסייג במקרה שבו השרירותיות משמשת למעשה כמסווה להפליה, אז יהיה האיסור עליה נגזרת של האיסור על הפליה, ולא כלי נפרד הנדרש להצדקה משל עצמו וכשלעצמו. בה בעת, ניתן יהיה להגן על הפרט מפני שרירותיות בכלים זמינים אחרים, כמו עילת הסבירות. קביעה הפוכה עלולה לאפשר זילות של מוסד ההפליה האסורה, ויותר מהותי ואסטרטגי כאחד על ההגנה המשפטית המקיפה מפניה הקיימת כיום, אשר הושגה בעמל רב.

בטרם אפנה לביסוס טענותיי, חשוב לי לדייק ולהבהיר: ככל שטענתה של פינטו היא שיש להילחם בשרירותיות באשר היא התנהגות פסולה, וכי על המשפט להקצות משאבים לכך, הרי שטיעון זה ראוי לדיון כשלעצמו. עם זאת, ברי כי עמדתה הולכת רחוק יותר: פינטו משעינה את הנמקתה לקיומה של חובה לטפל בשרירותיות על אותם אדנים שעליהם מבוסס האיסור המשפטי להפלות. בכך, היא נמצאת משווה את התשתית לאיסור על הראשון לתשתית לאיסור על השני, ובלשונה: "הטיעון המרכזי שלי הוא שיש להכיר בהבחנות שרירותיות כמפלות גם אם המובחנים לרעה אינם משתייכים או מזוהים עם קבוצה חברתית פגיעה". חיבור זה, כאמור, אינו משכנע לטעמי, ועלול אף להשיג תוצאה שתיחשב רגרסיבית בעיני מי שההגנה על עקרון השוויון חשובה להם, כמו פינטו.

הטיעון במאמר תגובה זה יוצג כדלקמן: בפרק א אטען כי ההבדלים בין שרירותיות גרידא והפליה מצדיקים הבחנה ברורה בין שתי התופעות מסיבות שונות, מושגיות ואסטרטגיות. הסיבה הראשונה תוצג בפרק א.1. בו אטען כי עמדתה של ד"ר פינטו עלולה לחזק את היסוד הרעיוני של הטענה שעקרון השוויון מיועד להגן על הזכות לחופש מאי-רציונליות ולא על הזכות לחופש מדיכוי". הסיבה בפרק א.2. היא שהשימוש בעקרון השרירותיות יעביר את מרכז כובד בחינתה של הפליה מדפוס שיטתי, נמשך וקבוצתי, לבסיס אקראי, חד-פעמי ואינדיבידואליסטי, ובכך יאבד מעוצמת הטענה של איסור ההפליה. בנוסף, אראה כי האפקטים הפוגעניים יותר לאורכו ולרוחבו של מעשה ההפליה לעומת מעשה שמקורו בשרירותיות מבססים הצדקה חברתית מוגברת להתערבות משפטית בגינו. בפרק א.3. אחדד את ההבדל בין הגנה על קבוצות חשודות לבין הגנה על מי שסובלת באקראיות משרירותיות, וזאת באמצעות המושג "פריבילגיה". בפרק ב אדגיש כי ככל ששרירותיות משמשת כסמן (proxy) להפליה אשר קיים קושי להוכיח את יסודותיה, ראוי להפעיל את המערכת המשפטית כנגדה, ואולם, אראה כי טעונו של פינטו פועל מעבר לכך ועל כן הוא אינו מקדם מטרה חשובה זו לבדה, אלא תורם גם לטשטוש הגבולות בין שרירותיות להפליה. בפרק ג אסכם ואראה מדוע, מנקודת מבט ריאליסטית-אסטרטגית, הרחבת מעגלי איסור ההפליה הינה שגויה.

א. מדוע שרירותיות אינה הפליה?

ככלל, ניתן היה לחשוב שהתנהגות שרירותית נכללת בקטגוריה הרחבה של הפליה, שהרי מהבחינה האטימולוגית שרירותיות עניינה התנהגות בחוסר היגיון, המוביל לחוסר הגינות, היושבת בבסיס רעיון ההפליה, כפי שטוענת ברהיטות פינטו במאמרה. ועדיין, בסעיפים הבאים אראה שההבדלים בין שתי התופעות החברתיות הללו מצדיקים הבחנה ביניהן והכרה בכך שרכיב הפוגענות של הפליה קשה מזה של שרירותיות, באופן המחייב הבחנה אנליטית ביניהם והתייחסות נורמטיבית נפרדת אליהם.

1. איסור הפליה ככלי למימוש הזכות לחופש מדיכוי ולא הזכות לחופש מאי-רציונליות

פינטו עורכת מהלך של זיהוי בין התנהלות רציונלית לבין התנהלות שוויונית, ובהתאמה, בין אי-רציונליות להפליה. במקביל, היא גם מזהה שרירותיות ואי-רציונליות כמושגים זהים, ובכך סוגרת את מעגל ההשוואה המתבקשת מבחינה אנליטית בין שרירותיות והפליה. את הליכי השוואה אלה פינטו משענה על המשפט האמריקני, אשר במסגרת עמידתו הדוקנית על הזכות החוקתית לשוויון, המעוגנת בתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות הברית, מבקש למגר יחס לא שוויוני שלא ניתן להצדיקו מבחינה רציונלית. משמע, האיסור על הפליה במשפט האמריקני עניינו באיסור על אי-רציונליות.⁴ אחד הדיונים הסוערים והמכוננים סביב טיבו של עקרון השוויון התנהל בארצות הברית, שבה השוויון נתפס כמאיים על חופש הפרט (בעיקר הלבן, למותר לציין) לנהוג כרצונו כפי שמכתיבה זכותו לאוטונומיה. ביקורת מלומדי ה-CLS שיקפה עבורנו כיצד עקרון השוויון האמריקאי, למרות עיגונו בחוקה, צומצם במסגרת פרשנות ליברלית. בתי-המשפט ניתבו אותו בפרשנותם למרחב שנתפס בעיקר כ"פורמלי" ופחות כ"מהותי" לקידום זכויות אדם, וזאת באמצעות הטענה כי הפליה היא "הבחנה על בסיס אי-רציונליות" ולא "הבחנה על בסיס דיכוי".⁵ המצדדים בגישה הפרשנית השנייה נטעו את עמדתם בעובדה שהפליה מבוססת בקיומן של קבוצות

⁴ ובלשונה של פינטו: "בארצות הברית נהוג לבחון את חוקתיותה של חקיקה תחת התיקון החוקתי המצווה על הליך הוגן ותחת התיקון החוקתי המצווה על שוויון בהתאם למבחן הבסיס הרציונלי. מטרתו המוצהרת של מבחן זה היא למנוע חקיקה שרירותית". פינטו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29.

⁵ הדין בסוגיה זו מעסיק מזה עשורים תאורטיקנים של שוויון בארצות הברית. ראו את הפרויקט החשוב של ההרחבה על דיון זה אצל Robert C. Post, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, in ROBERT C. POST ET AL., *PREJUDICIAL APPEARANCES: THE LOGIC OF AMERICAN ANTIDISCRIMINATION*. LAW 1 (2001).

אנושיות שנתפסו לאורך ההיסטוריה כ"שונות" אלה מאלה. מדומיינת ככל שהייתה החלוקה הזו בין הקבוצות, הרי שבמסגרתה קבוצה – מזוהה! – אחת של אנשים פגעה בקבוצה אחרת ודיכאה אותה, ולכן, על המשפט להתערב כל אימת שפעולה זו של "הפליה-מבוססת-זיהוי-קבוצתי" מופעלת על קבוצה או על הפרט לצורך דיכוי.⁶ התעלמות מהיסוד הקבוצתי המדכא היא זו שהובילה לגיבוש העמדה האמריקנית מעוררת המחלוקת התומכת ב"עיוורון צבעים", שלפיה כל זיהוי על בסיס קבוצתי הינו פסול על רקע היותו מיוחס-קבוצה, בלי קשר לשאלה אם הוא מיועד לדיכוי או לעידוד הקבוצה הרלוונטית. עיקרון זה, אשר שימש בסיס לפסילת פרקטיקות חשובות של העדפה מתקנת (או "תיקון העדפה"), ובכך מנע את תיקון העוול שנעשה בעיקר לשחורים בארצות הברית,⁷ עלול למצוא חיזוק בעמדתה של פינטו. התרחקותה מזיהוי קבוצתי של הנפגע משרירותיות מיועדת לקדם את הזכות להגנה מפני שרירותיות לכל אדם באשר הוא אדם, ובמנותק משאלת השתייכותו לקבוצה מסוימת. אלא שבמרחב הרעיוני שבו פינטו פועלת יש בעמדה זו כדי לחזק את היסודות הרעיוניים והרגסיביים של מי שפועלים בעקביות ובשיטתיות כדי לערער על מהות רעיון השוויון כ"זכות לחופש מדיכוי" ולא כ"זכות לחופש מאי-רציונליות".

2. היסוד הקבוצתי בין הפליה לשרירותיות

שימוש בעקרון השרירותיות שמציעה פינטו יעביר את מרכז הכובד של בחינת החוקתיות של אירוע הפליה מדפוס שיטתי, נמשך ובעיקר קבוצתי, לבסיס אקראי, חד-פעמי ובעיקר אינדיבידואליסטי, ובכך יאבד מהעוצמה של טענת ההפליה.⁸

⁶ השימוש בזיהוי קבוצתי, במונח זה, הינו מהלך אסטרטגי שחשיבותו בשימוש בו בידי המפלה. לרעיון זה ראו Gayatri Chakravorty Spivak, *Subaltern Studies: Deconstructing Historiography*, in *IN OTHER WORLDS: ESSAYS IN CULTURAL POLITICS* 197, 205 (1988)

⁷ על עיוורון הצבעים כמהלך משפטי רגסיבי ראו Garry Peller, *Race Consciousness*, 1990 DUKE L. JOUR. 758, 759–61 (1990)

מזווית פסיכו-חברתית מרתקת ראו Keon West, Katy Greenland & Colette van Laar, *Implicit racism, colour blindness, and narrow definitions of discrimination: Why some White people prefer 'All Lives Matter' to 'Black Lives Matter'*, 60 BRIT. J. SOC. PSYCHOL. 1136–53 (2021)

⁸ לחשיבות ההבנה של איסור ההפליה כקבוצתי ראו Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 157 (1976)

כאינדיבידואליסטית שומטת את הקרקע תחת טענה זו מסיבות שונות. למשל, ניתן לטעון שאין כל אפקטיביות לטענה כזו משום שרק היסוד ההשוואתי שבחלוקת טובין הוא זה שמבסס הפליה. ראו Deborah Hellman, *Equality and Unconstitutional Discrimination*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION* 51 (Deborah Hellman & Sophia Moreau, eds., 2013)

השרירותיות, באופן אינטרניזי, כשמה כן היא: שרירותית. היא נעדרת לפיכך את יסודות השיטתיות המאפיינים הפליה. השיטתיות חשובה כדי לסמן את האפקט הנמשך והמצטבר של הפגיעה בחברי/ות הקבוצה המופלית. פינטו אומנם התייחסה להקשר הקבוצתי המבדיל בין שרירותיות להפליה,⁹ אולם בשל שאיפתה להרחיב את התחולה של עקרון השוויון על שרירותיות גם לצורכי הפעלתו במרחב הפיזיים במשפט הפרטי, ראיתי לנכון להציג את משמעות הייחוס הקבוצתי בהקשר זה דווקא. חשבו למשל על מקרה של תושב יישוב המודר מחלוקת משאב בשל מקום מגוריו, כדוגמת התובע מפרשת סרור שפינטו מציגה במאמרה.¹⁰ נכון הוא שהוא עשוי להיות חלק מקבוצה שניתן לזהותה כ"תושבי היישוב", אולם אין יסוד להאמין שיש דבר מה שיטתי המאפיין את חברי/ות הקבוצה, מלבד היותם חברים אקראיים בה. האקראיות שבה מתגבשת קבוצת נתבעים שנפגעה משרירותיות היא גם מה שהופך את הפגיעה בהם לקלה יותר מהבחינה החוקתית. נכון שכל פגיעה בזכויות אדם הינה מקוממת ומסיבה נזק, אולם ככל שהפגיעה היא אקראית, כך צפוי הנזק ממנה להיות בעל אפקט חלש יותר מהנזק המצטבר כשהפגיעה המדוברת היא בקבוצה שלה היסטוריה נמשכת של הפליה. נזק שכזה מתגבש בצורה מזיקה יותר לאורכה ולרוחבה של הפגיעה, וממילא מצדיק את ההתערבות המשפטית היתירה לטובת האינדיבידואל שספג אותו.

(א) רוחב הפגיעה – ככל שמדובר בקבוצה מופלית מזוהה, הנפגעת באופן שיטתי והיסטורי, סביר שהיא נושאת על גבה את "לוח המטרה" של ההפליה, ומהווה לפיכך מוקד להפליות במישורים שונים בתוך המרחב המבוקר, כמו גם מחוצה לו. נשווה לצורך זה את חבר היישוב המודר האקראי של פינטו במאמרה לחבר יישוב ערבי. בתוך המרחב המבוקר, תושב היישוב עלול להיפגע מהדרה בשל תושבותו בהקשר הספציפי של הקצאת המשאב לכלל תושבי האזור חוץ מתושבי היישוב, בעוד שתושב יישוב ערבי צפוי לספוג הפליה מהמערכת בהקשרים מגוונים ונוספים מחוץ למרחב המבוקר. כך למשל, הוא צפוי להיות מופלה בנגישות להשכלה, לתעסוקה, לבריאות, לתחבורה ועוד.¹¹ לפיכך, ניתן לומר ברמה סבירה של ודאות שהפגיעה הקונקרטית והאקראית בתושב יישוב יהודי תהיה קטנה יותר בעוצמתה מזו של תושב יישוב ערבי, החשוף למגוון הפליות, מעצם היותו תושב יישוב ערבי.

(ב) עומק הפגיעה – גם בלי שיהיה תושב יישוב הסובל מהפליה קונקרטית בהקשר של מגוריו, גבר ערבי הסופג הפליה במגוון הקשרים ומרחבים, כפי שפורטו לעיל, צפוי להינזק בנזקים רב-מערכתיים עקב היותו "קורבן שיטתי" של הפליה שיטתית. משכך, סך הפגיעות בו גם אינו מהווה את סך נזקיו, אלא

⁹ פינטו, לעיל ה"ש 1, בפרק א למאמרה.

¹⁰ ע"א (מחוזי נצ') 198/09 סרור נ' חברת רזידנט מיוזיק בע"מ (נבו 25.11.2009).

¹¹ ראו למשל נתוני הפערים בין יהודים וערבים אצל נסרין חדר חאג' יחיא ויעל בכר-כהן, האוכלוסיה הערבית בישראל במספרים: תמונת מצב על פי סקר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

הוא צפוי להינזק בנזק הייחודי והנוסף של מי שהנזק השלם של הפלייתו גדול מסך חלקיה המזיקים של אינטראקציות ההפליה שהוא חווה¹².

השוונות של אורכם ורוחבם של נזקי ההפליה אינה נוגעת אם כך רק להפעלת כלים להגנה על נפגעי שרירותיות במשפט הציבורי, אלא יש לה גם השלכות ברורות על מעמד המופלים במשפט הפרטי, שבו ניזוקים כדוגמתם עשויים לתבוע את פיצוים. "השוואת מעמד" בין מי שסבלה משרירותיות לבין מי שסבלה מהפליה עלולה לסכל את המאמץ המתגבש לראות את האחרונה כמי שיש לפצותה על הנזק הנמשך, הייחודי והעודף שבהיותה "ניזוקה שיטתית"¹³. תובנה זו בדבר השוונות של הנזקים הללו היא גם פריזמה נוספת לאמור דרכה את השוני העמוק שבין הפליה לבין שרירותיות, המחייב את השמירה על ההבחנה ביניהן. עוד חשוב לציין שהאפקטים הפוגעניים יותר לאורכו ולרוחבו של מעשה הפליה לעומת מעשה שמקורו שרירותיות מבססים גם הצדקה חברתית מוגברת להתערבות משפטית. משמע, העובדה שהנזק הנגרם לפרט שכלפיו הופעלה הפליה צפוי ככלל להיות כבד יותר מנזקה של שרירותיות די בה כדי שתבסס הצדקה ציבורית ליצירת היררכיה בין השתיים.

נוכח הכרתה בקיומם של הבדלים מושגיים אלה, פינטו עצמה נמנעת מ"השוואת מעמד" בין סוגי ההתנהגות השונים ומציעה ליצור מדרג אחריות וסעדים נפרד ומובחן לשני סוגי הפליה שהיא מזהה: הפליה שמקורה ביסוד קבוצתי משפיל – אשר תטופל בכלים נוקשים יותר, והפליה שמקורה בהבחנה שרירותית – אשר תטופל בכלים מקילים יותר. אלא שנראה כי אין בהצעות אלה כדי לפתור את הקושי שבהתייחסות לשרירותיות כהפליה. ממה נפשך: אם מדובר באותה קטגוריית איסור חוקתית – מה טעם יש בגיבוש מבנה מדורג ומובחן בה? ואם מדובר באיסורים שונים – כפי שפינטו עצמה מרמזת בחלק זה של מאמרה – מדוע לא למצוא מרחב של איסור משפטי ההולם אותו יותר ושאינו דורש יצירת מדרגים מעין אלה, הזרים למשפט הישראלי החוקתי, בין אם הוא מופעל במשפט הציבורי ובין אם בפרטי? ניתן למשל לחשוב בקלות על עילת הסבירות המנהלית כמרחב מצוין להגנה מפני שרירותיות במשפט הציבורי, שהרי קשה להלום שהתנהגות שרירותית תיחשב גם סבירה. באופן דומה במשפט הפרטי ניתן

¹² לסקירת מגוון נזקי ההפליה על הפרט המשתייך לקבוצה מובחנת ראו יפעת ביטון, "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות", **משפט וממשל** ט 137, 175-172 (2006).

¹³ להבחנה בין ניזוקים אקראיים לניזוקים שיטתיים, ולאופן שבו דיני הנזיקין צריכים להבדיל ביניהם ולפעול באופן שונה עליהם, ראו Yifat Bitton, *Strictly Relational Duties*, *FROM PERSONAL LIFE TO PRIVATE LAW, for Strictly Random Victims and the Need to Let Go When You Have Nothing to Hold on to – Discussion of John Gardner's Book* JRSLM. REV. LEGAL STUD., 168 (2017).

לטעון כי שרירותיות, בהיותה בלתי סבירה, עשויה להעמיד עילת תביעה בעוללת הרשלנות, שטווח השתרעותה רחב בהרבה מזה שמציע חוק איסור הפליה.¹⁴ מיצוב ההגנה מפני שרירותיות דווקא במרחב החוקתי של איסור הפליה נראה כמהלך אסטרטגי המכוון להעניק אותה במסגרת ההגנה העודפת שהמשפט הישראלי החוקתי מעניק לזכות לשוויון. בחלקו האחרון של מאמר התגובה יוצג כנגד שיקול אסטרטגי זה, שיקול אסטרטגי שיש להביא בחשבון מן העבר השני.

3. פריבילגיה בין הפליה לשרירותיות

ההבדל החשוב בין הגנה על חברת קבוצה מופלית לבין הגנה על מי שסובלת/ באקראיות משרירותיות ניתן להבהרה גם דרך המושג "פריבילגיה". ככלל, מושג הפריבילגיה קשור קשר הדוק לשיח איסור-הפליה, והוא התפתח במסגרתו כחלק אינטגרלי מזיהוי המנגנונים השיטתיים אך השקופים המייצרים פערים חברתיים פסולים.¹⁵ ההנחה, שהוכחה בהמשך בכלים מחקרניים, היא שפריבילגיה מעניקה לנהנה מקיומה יתרונות בלתי הוגנים על פני מי שאינו אווז בה.¹⁶ משכך, לאחר עשורים שבהם הייתה נסתרת ולא מדוברת, החל המאבק בהפליה מתמקד בה, כשהוא מצביע בעיקר על הפריבילגיות המכופלות שהגבר הלבן זוכה להן. הסיבה המרכזית לעיסוק המאוחר בתפקידה המפלה של הפריבילגיה היא שהיא נתפסת ככזו המחולקת באופן שאינו מכוון מראש, אלא מתקיימת באופן פסיבי. אותו אדם עתיר פריבילגיות שתואר לעיל אינו בוחר להיוולד גבר לבן ולנצל את מעמדו ככזה, אלא הוא "מוצא עצמו" נהנה מפריבילגיות אלה, כמו היה תוצר של "זכייה בלוטו של החיים". במובן זה, ניכר כי השרירותיות ששלטה בכיפה בקשר לפריבילגיות היא שאפשרה להן לחמוק מביקורת מזה זמן רב. משכך, ניתן היה להעריך שדרישתה של פינטו לעסוק גם בשרירותיות תפעל בצורה מדויקת על חשיפת פריבילגיות פסולות, ולא כך הוא. טענתי היא שלא כל פריבילגיה מחייבת מאבק בה, ובוודאי לא מאבק הדומה לזה שראוי לנקוט כשהיא פועלת בצורה מפלה. חשבו למשל, לידה עם גנטיקה של תפיסת

¹⁴ לאפשרות השימוש בעוללת הרשלנות להגנה במקרים שחוק איסור הפליה אינו מגן מפניהם ראו: יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי כוח" **משפטים לח** 145, 208–210 (2018). יתרה מכך, ייתכן שדווקא שרירותיות תסווג בקלות רבה יותר כחוסר סבירות, בעוד שלהפליה עשויות בהחלט להיות הצדקות עוברתיות, גם אם לא מוסריות.

¹⁵ טענה מתקדמת היא שהפריבילגיה אינה שקופה כמו שהיא הוצגה כחלק ממנגנון העלמה פסיכו-סוציאלי שלה, בשל משמעותה ההפלייתית. ראו: Taylor L. Phillips and Brian S. Lowery, *Herd Invisibility: The Psychology of Racial Privilege*, 27 CURRENT DIRECTIONS PSYCHOL. SCI. 156 (2018).

¹⁶ ראו ניתוח רחב וביקורתי של התופעה אצל IAN HANEY-LÓPEZ, *WHITE BY LAW: THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE* (1996).

היופי המקובלת בחברה נתונה מעניקה יתרון למחזיקה בה, ועדיין, מגוון אנושי הוא חלק ממצויאות שלא ניתן להיאבק בה משפטית, ויש שיאמרו שלא ראוי להיאבק בה משפטית. עמדה זו רלוונטית גם לפריבילגיות פחות דטרמיניסטיות וטבעיות. ניקח כדוגמה את עובד מד"א המובא בפתיחת מאמרה של פינטו, אשר מתברר כי אינו נהנה מפריבילגיה שזכו בה חבריו לעבודה, שעניינה תשלום עודף עבור כוננויות.¹⁷ הסיבה השרירותית לכך היא שבנקודת הזמן שבה בוצעה הקצאת הפריבילגיה הוא לא יכול היה להימנות עם מי שקיבלו אותה, ואילו כעת, משהגיע מבחינה מקצועית למעמדם של חבריו, אין היא מוקצית עוד. סביר, אגב, שהפריבילגיה שחולקה לחבריו בשל כוננויות במסגרת עבודתם גם אינה מוענקת בהכרח לכל מי שעיסוקם כרוך בכוננויות באשר הם, וגם בכך יש משום אי-צדק שמקורו בשרירותיות. ועדיין, במקרים מסוג זה, ניתן להבליג ולספוג את מחירה של הפריבילגיה שניתנה לחלק מעובדי מד"א, בשל המשקל הקל יחסית של חוסר הצדק החברתי שהיא מייצרת, אשר מקורו בדיוק ביסוד האקראיות שבה. אסביר: פריבילגיה המוקצית באופן שרירותי אינה צפויה ליצור מערך נרחב של פערים חברתיים עיקשים ופסולים מהסוג שהענקת פריבילגיה לקבוצה הגמונית באופן שיטתי מייצרת. חשבו למשל על הפריבילגיה שניתנה לתושבי שכונת "שיכון צמרת" (האשכנזיים ברובם) לרשום את בתיהם ברישום מוסדר שהעניק להם בעלות עליהם, לעומת קיפוח שכניהם תושבי "גבעת עמל" (המזרחיים ברובם) שלהם לא התאפשר הדבר,¹⁸ או על הפריבילגיה שניתנה לקיבוצים ולמושבים (האשכנזיים ברובם, במיקומים שבהם שווי הקרקע הוא אסטרונומי ממש) למכור ליזמים עסקיים זכויות בקרקע שחכרו מהמדינה לצורכי עיבוד חקלאי, אל מול העדר הזכויות בדיור הציבורי של תושבי עיירות הפיתוח (המזרחיים ברובם). פריבילגיות מסוג זה הן בסיס מרכזי להעמקת הפער החברתי-כלכלי בחברה הישראלית, המורכב בחלקו הגדול מבעלות על הון שמקורו בנכסי דלא-ניידי.¹⁹

ב. הטשטוש המושגי כמענה לטשטוש הפונקציונלי

במאמר על אודות היעדר הקטגוריה המזרחית במשפט הבהרתי כי אחד הכלים המשפטיים שניתן לזהותם כאמצעים להימנע מעיסוק בסוגיה המזרחית במקרי הפליה הוא הצבת איסורי שרירותיות, שטיבם הוא כזה שהם הופכים לבסיס להטלת האחריות ולאיסור על הפעולה המפלה.²⁰ כך למשל, הדרישה להכניס אנשים למועדון לפי סדר

¹⁷ פינטו נסמכת במקרה זה על עובדות פרשת סע"ש (אזורי ת"א) 28751-05-15 ברכה – מגן דוד אדום (נבו 2018.8.5).

¹⁸ ראו הראל נחמני ורזית חננאל "אנחנו שנינו מאותו הכפר: הבניה חברתית של אוכלוסיות יעד והשפעתה על חלוקות המרחב" **תכנון** 18, 55 (2021).

¹⁹ ראו Ravit Hananel, *Deserving and privileged: the social construction of the right to housing in Israel*, 24 ISR. AFF. 128 (2018).

²⁰ ביטון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 498–502.

הגעתם תקל מאוד על האפשרות לזהות סטייה ממנה והטלת אחריות על פעולת ה"עקיפה בתור", בלי צורך לנמק את הותרת העומד בתור מאחור בשל מוצאו המזרחי. משמע, איסור משפטי על שרירותיות הוא אמצעי ולא מטרה להעניק הגנה משפטית מפני הפליה. אף שבמאמר גינתי פרקטיקה זו כאמצעי נוסף להימנעות של בתי המשפט והמחוקק מלזהות את הקבוצה המזרחית כמופלית וכזכאית להגנה מפני הפליה, לצורך מאמר קצר זה אני מבקשת להציג תופעה זו כבסיס להצדקה אפשרית דווקא למהלך ההרחבה של פינטו.

ככל שהדרישה לטשטש הבדלים בין שרירותיות להפליה מקורה בכך שהראשונה מהווה פעמים רבות מסווה פונקציונלי לשנייה – הרי שיש בה טעם רב. במקרה זה, ההגנה מפני שרירותיות כעיקרון מסדר שני מיועדת ברמה המעשית להעניק הגנה מפני הפליה כעיקרון מסדר ראשון. משמע, ככל ששרירותיות משמשת כמסמן (proxy) להפליה אשר ישנו קושי להוכיח את יסודותיה, ראוי להפעיל את המערכת המשפטית כנגדה באותה מידה של עוצמה. טיעון אינסטרומנטלי זה יכול לעמוד ככל שיוכח כי יש לו אחיזה עובדתית המצדיקה אותו, משמע שניתן להוכיח קרבה סטטיסטית גדולה בין מקרי הפליה לשימוש בשרירותיות בחלוקה לא שווה של טובין כלשהם. ניכר כי גם פינטו מכירה היטב בכך שברוב המקרים שבית המשפט אוסר בהם על מה שיכול היה להיתפס כ"שרירותיות", הוא עושה כן מסיבה זו. כלומר, מבחינה פרויטיבית, במקרים הבודדים שבהם נראה היה כי בית המשפט אוסר על שרירותיות ומפעיל לשם כך את חוקי איסור הפליה, הוא עשה כן מהסיבה שראה בה מסווה "לדבר האמיתי", משמע, להפליה.²¹ אילו נותר טיעונה של פינטו בתוך מסגרת הצדקה פונקציונלית זו, הייתי תומכת בו במלואו ואף היה נמנע טשטוש הגבולות הבעייתי הנובע מטיעונה הנרחב בהרבה. ניסיונה להתרחב מעבר לפרדיגמה פונקציונלית זו נראה מוקשה גם כעולה מדבריה עצמה. אחת הדוגמאות המרכזיות שהביאה פינטו במאמרה להצגת האפשרות שבתי המשפט ממילא פועלים באופן המגן מפני שרירותיות היא פרשת גלי גיל,²² שם התקבלה טענת התובעת, חולת פסוריאזיס, כי הופלתה בכניסה למועדון ספורט בגין מחלתה. אלא שבפרשה זו קשה לראות בתובעת מישהי שסבלה משרירותיות אקראית, בהיותה חולת פסוריאזיס. השופטת עצמה ראתה בה חלק מקבוצה מובהקת ומובחנת, ולכן פסקה כי חוק איסור הפליה פורש את הגנתו עליה מפני הפליה. משכך, קשה להסכים עם התהייה שפינטו מעלה בתום ניתוחה את פסק הדין ולפיה "אין לדעת אם התביעה להפליה הייתה מתקבלת אילו דובר בהפליה שרירותית שאינה מבוססת על השתייכות לקבוצה פגיעה של חולים". נראה כי מרגע שהשופטת השעינה את הכרעתה על היות התובעת חלק מקבוצה הנהנית גם מהגנה ייחודית במשפט הישראלי מכוח חוק שוויון לאנשים עם מוגבלות,²³ נשמת מניה וביה

²¹ ראו סקירתה של פינטו, לעיל ה"ש 1, בחלקו הראשון של פרק ב למאמרה.

²² ת"א (שלום קר') 11009-11-13 פלוגית נ' גלי גיל מרכז לספורט ונופש בקריית מוצקין

בע"מ, פסק הדין של השופטת וינברגר (נבו 18.6.2015).

²³ חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 1658.

הבסיס להשערה שייכתן שהייתה מחליטה כך גם אילו דובר בתובעת הסובלת מהפליה שרירותית, משמע כזו שהמקור לה אינו קבוצתי.

ג. אסטרטגיה משפטית עכשווית

לקראת סיום רשימה מושגית קצרה זו, אני מבקשת לחברנו לרגע לריאליזם משפטי. כחוקרת משפט הפועלת גם במרחב שמחוץ לד' אמות האקדמיה, אני רואה ערך רב בתכנון אסטרטגי משפטי. כזכור, בפרק ב' זיהיתי את המהלך שפינטו עורכת כאסטרטגי, למצער בחלקו. משכך הוא, חשוב להציג את המחיר שהוא עלול לגבות מהכיוון האסטרטגי ההפוך.

ברמה האסטרטגית, זו שיושבת על עומק היסודות הליברליים של הגבלת זכויות הפרט באמצעות כוחה של המדינה, הרחבת ההתערבות מאיסור הפליה לאיסור שרירותיות אינה נחוצה מכמה סיבות:

ראשית, במישור הציבורי נתונה ממילא התנהגות שרירותית לפיקוח ולהסדרה באמצעות כלים שפותחו לכך במשפט המנהלי. עילות כמו "אי סבירות" ו"שיקול זר" מטפלות היטב בהחלטות שההבחנה שהן עושות בין קבוצות שונות אינה מבוססת היגיון וסבירות. כך למשל קורא ברק מדינה את החלטת בית המשפט בפרשת נסר²⁴ לפסול את החרגת המועצה האזורית תמר באופן שרירותי מהטבת מיסוי כמבוססת על עקרון הסבירות כבסיס אפשרי להגדרה צרה של עקרון השוויון, זאת נוכח השיקול הזר שהנחה את הפוליטיקאים בהחרגה זו.²⁵

שנית, במישור הפרטי, כל הגנה מפני הפליה היא התערבות באוטונומיה של הפרט, ולכן יש הצדקה להגבילה. לבד מן השאלה אם הגבלה כזו ראויה היא מהבחינה האינטרינזית, בשל עוצמת הזכות לאוטונומיה, ודאי שהיא ראויה מבחינת היכולת שלה לגייס תמיכה נרחבת – בין בקהילה המשפטית, בין ברמה העממית והפוליטית. המשפט הישראלי ביצע בקלות יחסית את חציית הגבולות בין המשפט הציבורי לפרטי, בהחלת עקרון השוויון על שניהם – כפי שראוי היה שיעשה.²⁶ ככלל, הורתו של עקרון השוויון והחלתו הטבעית במדינה הליברלית מצויה הייתה במשפט הציבורי. גם בפסיקה הישראלית נעשתה מלאכת השרשת עקרון השוויון במרחבים הציבוריים, החל בפרשת ברגמן,²⁷ כשנדון לראשונה עיקרון זה כבעל מעמד על-חוקי, דרך פרשות **שדולת**

²⁴ בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.5.2012.

²⁵ ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל יז** 63, 119 (2016). מדינה מסביר בכך גם את ההבדל ביחס בית המשפט להחרגת שלושה יישובים לא-יהודיים מההטבה, באופן שהסביר הענקת סעד רחב יותר להם, שעניינו בהתערבות ישירה ומלאה בהחלטת הממשלה והחלת ההטבה האמורה אף עליהם.

²⁶ ביטון, לעיל ה"ש 14.

²⁷ ע"א 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693 (1969).

הנשים,²⁸ כשנדון בהקשר מובהק של יחסי כוח חברתיים, וכלה בפרשות **מילר וקעדאן**,²⁹ שבהן נדון זכות יסוד חוקתית. במישור החקיקתי ממילא הייתה ההגנה על השוויון דלה, אולם נראה כי החלה זו מבשרת שינוי בתפיסת הגבלתה למרחב הציבורי בחקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה,³⁰ שבו רבה היא הרגולציה וההתערבות המיועדת להסדיר את "שוק העבודה" והנורמות בו יותר משהיא מכוונת להסדיר יחסים של נשים או אנשים פרטיים. קריאת תיגר משמעותית בהגבלה של החלת העיקרון למרחב הציבורי נעשתה רק בשנת 2000, בחקיקתו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.³¹ למרות חקיקתו ולשונו המפורשת עורר החוק בספרות שאלות באשר לאפשרות החלתו במרחב הפרטי,³² ואף בפסיקה נעשה ערעור על הצדקת תחולתו בו.³³ למותר לציין כי צידוד במהלך הרחבה זה כשלעצמו אינו עומד בסתירה לעמדה שיש לנהלו בצורה זהירה ומהודקת.

שלישית, ובמנותק משאלת מעמדו של עקרון השוויון, הרי שמעמדו של בית המשפט העליון הוא כזה שכל הרחבה של סמכותו להתערב במעשי הממשלה, ולא רק בחקיקת הכנסת, עלולה לעורר תרעומת פוליטית קשה. הרחבה של היקף השתרעותה של הזכות לשוויון משמעה הרחבה עתידית של חובת ההתערבות של בית המשפט העליון בהחלטות שבבסיסן שרירותיות ולא דווקא הפליה. בהקשר של החלטות כאלה, כאשר הן נובעות ממהלך שלטוני (להבדיל ממהלך פרטי), יש בכך משום הרחבה של זירת ההתחככות – ויש שיאמרו ההתגוששות המסוכנת – בין הרשויות.

ד. מילות סיום

יש להודות על האמת, גם אם בצער רב: יציבותו של עקרון השוויון במשפט הישראלי רעועה. לא רק שאין לו עיגון חוקתי זכות מנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם

²⁸ בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998).

²⁹ בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000).

³⁰ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

³¹ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58.

³² ראו למשל אמנון רובינשטיין וערן דוידי "המדרינה היא לא עסק פרטי" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן**, 855, 877 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים) (2008); וכן משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט ג** 15, 29–32 (2003).

³³ ראו רע"א 8821/09 **פרוידאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ**, פס' 17–29 לפסק הדין של השופט דניציגר (נבו) (16.11.2011).

וחירותו, העובדה ההיסטורית שנמנעה הכנסתו לחוק צצה ועולה כל אימת שנעשה ניסיון להגן עליו במסגרת חוקתית אחרת.³⁴ נכון הוא שלאחר כעשור של דיון סוער על מעמדו בבית המשפט העליון נקבע כי הוא חלק ממערך הזכויות הבלתי מנויות של חוק היסוד, אולם היקפי ההגנה על הזכות לשוויון עדיין שנויים במחלוקת הן בתוך עולם המשפט, הן במרחב הפוליטי.³⁵ גם ההתנגדות המפורשת והגלויה לעין הציבור להכנסת עיקרון זה לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, החלישה עוד את מעמדו.³⁶ בהקשר זה ניתן לומר שגם אם היה טיעונה של פינטו משכנע כשלעצמו והאיסור על שרירותיות יכול היה להוות תוספת ראויה, במבחן פנימי, להגדרתה של הפליה אסורה, הרי שבמבחן החיצוני, של השפעת הרחבת מעגלי איסור הפליה על ההכרה בה, הוא שגוי.

במציאות הנוכחית, נראה כי האסטרטגיה המשפטית הנכונה למי שמבקשים לעגן את הזכות להגנה מפני הפליה צריכה להיות מיצוב עקרון השוויון במתכונתו הנוכחית במסגרת משפטית שאינה ניתנת לערעור, ולא הרחבה של היקף תחולתו על עניינים הנדמים פחות רלוונטיים להגנה על זכויות האדם במובנן החוקתי העמוק, ולא רק זה הפורמלי, המעניק זכות להגנה גם מפני שרירותיות וגבהות לב. הדברים נכוחים ביתר שאת בהינתן זמינותם של כלים משפטיים אחרים שביכולתם לעשות כן, כמו עילת הסבירות – ככלי מסדר ראשון, או עילת איסור הפליה – ככלי מסדר שני, מקום שבו השרירותיות היא רק מסווה להפליה. ניתן למסגר עמדה זאת כהתנהלות מפוכחת במציאות של דמוקרטיה חלשה מהסוג שהמשרט הישראלי, לצערי, מתאפיין בו.³⁷

³⁴ להיסטוריה של אי-הכללת הזכות לשוויון בחוק היסוד מלכתחילה, ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים כח** 257 (1997).

³⁵ ראו הסקירה אצל הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים א** 59, 66–70 (2004).

³⁶ ראו הסקירה על אודות החלשת הזכות לשוויון אצל יובל שני, **חוק-יסוד: שוויון** (הצעה לסדר 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020) בעמ' 22–23.

³⁷ למאפיין בולט זה בדמוקרטיה הישראלית ראו Gila Stopler, *Constitutionalism and religion in a Jewish and Democratic State*, in *CONSTITUTIONS AND RELIGION* 208 (Susana Mancini ed., 2020)