

Covering של תרגום מאת קנג'י יושינו

יופי תירוש*

“הלא את קיימת, נכון? אז למה להדגיש?”

חנוך לויז, “רווקים ורווקות” בתוך **ההולכים בחושך ואחרים: 7 מחזות** (1985)

רשימה זו מלווה את התרגום לעברית של קטעים מספרו של המשפטן האמריקני קנג'י יושינו, *Covering* (2006), ומבקשת להציג את תרומתו של הספר ולמקמו במסגרת התיאוריה של דיני איסור הפליה. הספר תורם לבעיה ותיקה ומאתגרת בתיאוריות של שוויון – בעיית הדמיון והשוני. יושינו קורא להרחיב את האופן שבו מבין המשפט את חירותו של הפרט ואת התנאים שיאפשרו לו שגשוג והכרה שוויונית בערכו. הרחבה זו מחייבת להכיר בכך שזהות איננה עובדה מופשטת או פנימית, אלא היא תהליך דיאלקטי הכרוך בכינון וסימון מתמידים באמצעות פרקטיקות כמו מראה חיצוני, צורת דיבור או קבוצות שייכות. לטענתו, על המשפט להכיר בכך שחריגותו של אדם על רקע גזעו, מינו או נטייתו המינית היא לא רק נתון דמוגרפי יבש – אלא עובדה סוציולוגית. הסטיגמות והסטריאוטיפים המופנים כלפי בני קבוצות מודרות נעוצים לעתים קרובות לא בהתנגדות עקרונית לעצם נוכחותם, אלא ברתיעה מהשוני המוחשי, זה שניכר בגופם ובהתנהגותם – הנתפסים כחריגים. דרך פסקי דין, תיאוריה וקטעים ספרותיים ואוטוביוגרפיים, יושינו מראה כי תביעות להסוואת השוני מהוות פגיעה בחירות ובשוויון. לדבריו, אמנם המשפט האמריקני כבר לא תובע מבני קבוצות מופלות לשנות או להסתיר את זהותם כדי לזכות בשוויון (למשל, לעבור “טיפול המרה” לשינוי הנטייה המינית, או לפחות לעבור כסטרייטים) – אבל הוא עדיין מבקש מהם לעמעמם את חריגותם. תביעות הסתוות מטילות על בני קבוצות מופלות עול שהמשפט מתקשה לזהות כיוון שהוא מתייחס לזהות כעניין מופשט, בעוד שעליו להכיר בפגיעה שבדרישה להתאמץ שלא להתבלט כשונה. לצד הצגת הטיעון של יושינו, קשייו והביקורות כלפיו, רשימה זו מדגימה את הרלוונטיות של הספר למשפט ולחברה בישראל, וכן לקבוצות הפליה חדשות, כמו אנשים שמנים.

* אני מודה מקרב לב ליפעת ביטון, זהר כוכבי וחגי קלעי על הערותיהם לגרסאות מוקדמות של הקדמה זו ועל שיחות רבות על אתגרי דוקטרינת השוויון, וכן לעוזרת המחקר המצוינת קמילה מיכמן.

התיאוריה של שוויון מתמודדת מקדמת דנא עם שאלת היחס בין שוויון לבין דמיון. האינטואיציה המוסרית היא שדמיון מקנה זכאות לשוויון, או בניסוח אחר, שהפליה מתרחשת כאשר דומים מקבלים יחס שונה זה מזה, ואילו שונים מקבלים יחס שווה באופן שמתעלם משונותם. לפי הנוסחה האריסטוטלית הנודעת, שוויון משמעותו הענקת יחס שווה לדומים ויחס שונה לשונים.¹ אבל כפי שהעירו המבקרים, ובראשם הביקורת הפמיניסטית,² תפיסת השוויון הזאת היא בלתי צודקת, כיוון שהקריטריונים לסיווג מתי הבדלים הם חשובים ורלוונטיים ומתי הם זניחים או בני שינוי – אינם אובייקטיביים, אלא תוצרים של תפיסות חברתיות ותרבותיות. כך, במקום שההבדל יחייב יחס שונה לשם השגת שוויון מהותי, ההסדרים החברתיים משתמשים בנוסחה האריסטוטלית כתירוץ להצדיק יחס פחות טוב כלפי מי שנתפסים כשונים. היחס השונה מעמיק את הפער בין הקבוצות במקום לצמצם אותו, כיוון שהוא משריש את התפיסה שהשוני בין הקבוצות הוא עמוק ומהותי. כך למשל, היסטורית, חוקות וחוקים העניקו זכויות לגברים, ומאבקן של נשים ליהנות מהגנתן של זכויות אלה נכשל שוב ושוב כיוון שנתפסו שונות מגברים באופן עמוק ובסיסי. תפיסה שלפיה בלי דמיון אין זכות לשוויון, תותיר את הנשים מחוץ למטריית ההגנה שמספקות זכויות האדם והאזרח, כיוון שהן לעולם לא תיתפסנה כמספיק דומות לגברים, והשוני שלהן יתפס כמעט תמיד כרלוונטי לזכות או להזדמנות (למשל, לזכות להצביע או להערכת מועמדים לקבלה לעבודה). המציאות המשפטית מדגימה שיש רגליים לספקנות כלפי עקרון השוויון הרווח. כך למשל, בתחומים הייחודיים למעגל חייהן של נשים, כמו היריון, לידה, או הנקה – השוני של נשים מגברים (הזהה, כמובן, לשוני של גברים מנשים) מקשה על עיצוב הגנות משפטיות שיקנו להן שוויון ממש.³ לדוגמה, לעתים קרובות חופשת הלידה וההגנות מפני פיטורים בשל לידה נתפסות כהטבות מיוחדות ולא כהתאמות הוגנות. תפיסה זו מקורה בכך שנשים עובדות מתפקדות בתוך סביבת עבודה שעוצבה לפי מסלול חייהם וצורכיהם של גברים. הנקה, פעולה בסיסית שהיא חלק אינטגרלי מגידול תינוק עבור נשים הבוחרות בה והמסוגלות לה, הופכת לפעולה שראוי להצניע ולדחוק החוצה ממרחבים ציבוריים, והקצאת מרחבים להנקה נתפסת כהתחשבות מיוחדת באימהות, ולא ככלל שוויוני. השוני, אם כן, הוא מכשול בהשגת שוויון לפי המודל האריסטוטלי, שהוא המודל הרווח בשיטות משפט מודרניות.

את Covering, ספרו של קנ'ג' יושינו,⁴ אפשר לתאר כתרומה מורכבת ומאתגרת לשאלת הדמיון והשוני בתיאוריה של שוויון. בעידן שבו כבר ישנן הגנות רבות מפני הפליית אנשים בשל היותם שונים – מיעוטים גזעיים, אתניים ודתיים, נשים, להט"בים, אנשים עם מוגבלויות, אנשים המופלים בשל גילם ועוד – יושינו מזמין אותנו לתהות מדוע אנחנו נתקלים עדיין במהמורות תלולות במסע לעיצוב מרחבים שוויוניים והסדרים שוויוניים במקום העבודה, בייצוגים במדיה ובעולם העסקי, האקדמי או הפוליטי. התשובה שלו היא שטרם פתרנו לגמרי את שאלת הדמיון והשוני, או במילים אחרות, שטרם השתחררנו מההנחה, שהפכה כמעט מובנת מאליה, לפיה מי שרוצה יחס שווה צריך להתאמץ להיראות ולהיות כמה שיותר דומה לנקודת ההתייחסות שלו. בחדרי הישיבות התאגידיים, במערכות גופי התקשורת, בצמרת ההנהגה הפוליטית, באקדמיה, בצבא, או בעולם האומנות רווחת הדרישה מן השונים להידמות ככל שניתן לקבוצה הדומיננטית ולעמעם מאפיינים זהותיים הנתפסים כחריגים. דרישה זו צריכה, לדעת יושינו, לקבל שם ותשומת לב במשפט השוויון, והשם שהוא מעניק לה הוא covering.

כדי להבחין את הדרישה לעמעם או להסוות את הזהות השונה מדרישות אחרות הפוגעות בבני קבוצות מופלות, יושינו מספר סיפור של התפתחות תלת-שלבית שעברה דוקטרינת השוויון במשפט האמריקני. כל שלב התחיל מדרישה שבני הקבוצות המופלות ישתנו לכיוון דמיון כדי לזכות בשוויון. ביחס לשני השלבים הראשונים, המשפט כבר הצליח לזהות את חוסר ההגינות שבדרישה להידמות.

בשלב השלישי, שבו אנחנו מצויים כעת, המשפט עדיין מתקשה לזהות את הבעייתיות שבדרישה זו. הספר של יושינו מבקש לספק את הכלים הרעיוניים והדוקטרינריים לעשות זאת. לפני שאתאר את שלושת השלבים ראוי להתעכב על מהלכה של החשיבה על הפליה במשפט בעולם המערבי. במשיחות מכחול היסטוריות עבות מאוד, ניתן לומר שבשלבים הראשונים של המחשבה המדינית המודרנית, שהניכה תיאוריות של אמנה חברתית, השתתפות אזרחית ובסופו של דבר את המודל הדמוקרטי, הסתפקו דיני השוויון בהבעת מחויבות כללית לרעיון של שוויון בין כל בני האדם. כך, הכרזת העצמאות האמריקנית קובעת כי:

”מקובלות עלינו אמיתות אלה כמוכחות מאליהן, שכל בני-האדם נבראו שווים...”⁵.

על אף כוחו האינקלוסיבי והאוניברסלי, עד מהרה התברר כי הניסוח הכוללני הזה איננו מספק כלים להגנה ממשית על כולם, ובוודאי לא על בני קבוצות שהיו במצב של שליטה, ניצול והדרה על ידי קבוצת הרוב הדומיננטית. לפי מנסחי ההכרזה ולפי מפרשיה במאה או מאתיים השנים הראשונות מאז נכתבה (התיארוך המדויק תלוי בהקשר ובקבוצה שבה מדובר) – הביטוי ”כל בני-האדם” לא נתן את הדעת על אנשים שחורים, ילידים ונשים בכל האמור בגישה לזכויות יסוד כמו חירות, הזכות להחזיק בקניין, זכות ההצבעה, עיסוק במקצועות חופשיים, גישה להשכלה ולהשכלה גבוהה ועוד (וההכרזה בוודאי לא פורשה כמכסה את זכויותיהם של קבוצות שהוכרו כראויות להגנה רק מאוחר הרבה יותר, כמו להט”בים או אנשים עם מוגבלויות). במלים אחרות, האמירה ”כולם שווים” כללה למעשה את מי שדומים למנסחי כלל השוויון: גברים ממוצא אירופי, החיים חיים הטרוסקסואליים, והם בעלי קניין, פנאי ומערך של חירויות וזכויות כגון חופש הביטוי, זכות הבחירה, והזכות להתקשר בחוזים ולהיות בעלים של קניין.

בהדרגה ובעקבות מאבקים דרמטיים, לעתים עקובים מדם, לביטול העבדות, למתן זכויות הצבעה לנשים ולשחורים, לביטול האיסור על יחסי מין בין גברים ועוד, התגבשה ההכרה כי כדי לספק הגנה מהותית על השוויון, יש לייחד הסדרים ספציפיים לקבוצות ספציפיות. לדוגמה, התקבלו תיקונים לחוקה האמריקנית שהתמקדו בנושאים כמו זכויות הצבעה לשחורים ומאוחר יותר לנשים, ונחקקו חוקים שתכליתם להבטיח באופן ממוקד את זכויותיהם של אלה שהשפה האוניברסלית, העוסקת בכל בני האדם, הדירה מבלי לומר זאת במפורש. דוגמאות מעטות מני רבות: חוק משנת 1968 יצר הגנות על זכויות הילידים האמריקנים בתחומים כמו חופש הביטוי וההתאגדות, זכות לייצוג משפטי והזכות להליך נאות ולהחלה שווה של החוקים,⁶ חוק אחר אסר על הפליה על רקע מוגבלות, ואף עיצב דרישות להנגשה והתאמה עבור מוגבלים,⁷ וחוק נוסף אסר על הפליה בשל גיל.⁸ חוקים בעלי אופי דומה ניתן למצוא בספר החוקים הישראלי, כמוכן. חוק עבודת נשים, תשי”ד-1954, המספק הגנות ספציפיות מפני פגיעות בנשים עובדות בשל היותן נשים, ובמיוחד בסוגיות הנוגעות לפונקציות הרבייה שלהן (במידה מסוימת מספק החוק הזה גם הגנות לאבות או לאבות מיועדים, הנמצאים בתהליכי אימוץ או בטיפולי פוריות). חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ”ו-1996 הוא דוגמה נוספת להסדר משפטי שעוצב כפתרון לבעיה קונקרטית לקבוצה ספציפית שהתמודדה עם תפיסות מוטות באשר לערכה וליכולותיה בשוק העבודה. בכל החוקים הללו, הרעיון הוא שיש להכיר מפורשות בשוני: שאלמלא המחוקקים היו קוראים לקבוצות הללו בשמן ולומדים את הבעיות המסוימות להן, אלא מסתפקים בהבטחה כללית לשוויון – לא היה ניתן מענה ממשי לפגיעה בזכויותיהן ולהישארותן מאחור.⁹

לצד ההסדרים החקיקתיים הספציפיים, המפנה המושגי החשוב שהתרחש בחוקי איסור הפליה הוא שהם החלו למנות במפורש את הקבוצות המוגנות מפני הפליה, או את עילות הפליה האסורות,

וזאת, לפחות במקרה הישראלי, במקביל לעיגון פסיקתי ברור שעל פיו עילות איסור ההפליה ותחומי החיים שבהם ההפליה אסורה הן רשימות פתוחות.¹⁰ התגבשה ההבנה שכלל של איסור הפליה איננו יכול להסתפק באמירה שיש לנהוג ככולם בשוויון, אלא עליו למנות במפורש את הקבוצות הפגיעות במיוחד ליחס מפלה, או את צירי ההבחנה החשודים. לא עוד "כולם שווים", אלא מהם צירי ההפליה האסורים ("לא יפלה מעביד את עובדו בשל מינו, גזעו, גילו...") או מהם בני הקבוצות המוגנות ("לא יפלה מעביד את עובדו בשל היותו/ה אישה, ערבי, משרת במילואים, מעל גיל 45"). כך, מדיניות שמקצה הזדמנויות או משאבים באופן שמתפלג בהתאם לאחד הצירים המנויים בחקיקת איסור ההפליה – למשל מדיניות שיוצרת פער בין נשים לגברים שאין לו הצדקה עניינית – תיחשב מפלה ולכן אסורה. הדוגמה האמריקנית הכוללת לחקיקה שכזו היא ה־Civil Rights Act משנת 1964, שמנה גזע, צבע עור, דת, מין, או מוצא לאומי כעילות שהבחנות על בסיסן הן חשודות. בישראל, הכרזת העצמאות נקטה מתודולוגיה זו, ולא הסתפקה בהבטחה כללית של שוויון לכולם. הסיפא של התחייבותה להעניק "שוויון הזדמנויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין" משקפת את ההכרה שבשביל להבטיח שוויון יש לזהות קבוצות פגיעות במיוחד. דוגמאות חדשות יותר הן חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. חוקים אלה נוקטים במפורש הבחנות שיש לחשוד בהן אם נראה שהן מהוות בסיס ליחס שונה, כמו מין, נטייה מינית, מעמד אישי, גיל, גזע, דת, לאום ועוד.

קשה להגזים בחשיבותה של ההתפתחות הרעיונית של המעבר מניסוח אוניברסלי לניסוח המבחין בהבדלים זהותיים בין נמעני המשפט ומונה אותם במפורש בחקיקה. מנייה חקיקתית מפורשת של קבוצות מועדות להפליה מאפשרת לממשלה, למעסיקים, למתדיינים ולשופטים לגבש מדיניות ולזהות כשלים דרך העדשה הקבוצתית. כך, הוספת הקטגוריה "לאום" לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה הפכה את ההבדל בין יהודים לערבים בשוק העבודה להבדל שראוי לבחון אותו ולאסוף נתונים לגביו. מעבר לספירה, החשובה כשלעצמה, של ערבים במקצועות מסויימים או בדרגות בכירות, יש לזהות מחסומים מוצהרים וסמויים שעמם ערבים מתמודדים במקומות עבודה. כך לדוגמה, הפרקטיקה של מעסיקים לדרוש שירות בצבא כתנאי להתאמה לתפקיד לא וזהתה כבעייתית לפני שהחלו לחשוב עליה בהקשר של ערבים בשוק העבודה בישראל. מאוחר יותר אף זיהה המשפט הישראלי שיש מעסיקים שעל מנת להימנע מלהצטייר כאילו הם מחפשים מועסקים יהודים בלבד, לא דורשים במפורש שירות צבאי, אלא מצייבים תנאים שרק יוצאי צבא ממלאים, כמו ניסיון בעבודה במסגרת היררכית או עבודה במשמרות.¹¹

לאזכור הספציפי של עילות הפליה, ולפרידה מהדגם האוניברסלי דוגמת כלל שאומר ששוויון יובטח לכולם, מבלי לפרט, יש גם מחירים. בארצות הברית, קבוצות שונות שאינן מנויות בחקיקה לא זוכות להגנה משפטית, ונאבקות להיות כלולות במפורש בחקיקה. נטייה מינית עדיין איננה חלק מההגנה הפדרלית מפני הפליה בתעסוקה, והפליית טרנסג'נדרים איננה מוכרת כסוג של הפליה מחמת מין וגם לא כקטגוריה מובחנת של הפליה. בישראל הגישה הפסיקתית היא שרשימת העילות החקיקתיות תכליתה לוודא במפורש שהקבוצות המנויות מוגנות, אך לא למנוע הגנה משפטית מפני עילות הפליה הנוגעות לקבוצות אחרות.¹² כך למשל, בפרשה מן הזמן האחרון הכירו בתי הדין לעבודה ובית המשפט הגבוה לצדק בכך שהפליה מחמת משקל גוף היא פסולה, וזאת גם בהיעדר חקיקה בנושא.¹³ אך לעתים השימוש בכלי של מנייה מפורשת של עילות הפליה אסורות הוא בעייתי. לדוגמה, תיקון לחוק ההעדפה המתקנת בשירות הציבורי הכניס לאחרונה חרדים כקבוצה הזכאית לייצוג הולם לצד נשים, ערבים, יוצאי אתיופיה ועוד.¹⁴ אף על פי שחרדים

מופלים בשוק התעסוקה הישראלי וחשופים לדעות קדומות נגדם, ספק אם מאפייניהם כקבוצה עולים בקנה אחד עם ההצדקות של העדפה מתקנת, שהדומיננטיות שבהן היא תיקון עוול היסטורי כלפי הקבוצה.¹⁵ גם כלילת שירות מילואים בתוך העילות המנויות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה נחשבה על ידי מבקרים לנטע זר, שאינו עולה בקנה אחד עם תכליות החוק, ושהיה ראוי להסדירו במסגרת חקיקתית נפרדת.¹⁶ במקרים שבהם אין עילה מפורשת שמתאימה לסיטואציה המטרידה, שופטים מתחבטים בשאלה האם הרשימות שבכללי איסור ההפליה הן סגורות או פתוחות, וגם אם הן אינן סגורות, מה ראוי שייכלל בהן מכוח הכרה שיפוטית.¹⁷ בעיה נוספת היא שהשאלה האם אדם הופלה מחמת מוצאו, למשל, מצריכה עיסוק בשאלות כמו מהו מוצא ומהו הגבול המבחין בין בני מוצאים שונים. שאלות כאלה הן קשות ולעתים אף מייצרות דין וחשבון מטריד שנוטה לקבע את מושג הזהות ואת הגבולות בין זהויות.¹⁸

אבל האם ההכרה החוקית המפורשת בכך שישנן השתייכויות קבוצתיות המעוררות כלפיהן דעות קדומות, יחס לא הוגן, ואפילו אלימות, משמעותה שכבר יש הכרה משפטית בשוני, ולכן יחס שווה כבר איננו מותנה בדמיון לקבוצה הדומיננטית? התשובה, כפי שיושינו מראה, היא שהדרישה להידמות לרוב ההגמוני עדיין לא נזנחה כתנאי לשוויון. בשביל לבסס את התשובה הזאת, יושינו מספר סיפור בן שלושה שלבים. סיפורו מתמקד באבולוציה של מאבקים של הומואים לשוויון, אבל ניתן לספר אותו, בהתאמות מסוימות, גם דרך מאבקן של קבוצות אחרות. יש להקדים ולומר שהחלוקה בין שלושת השלבים היא כמובן נקייה פחות במציאות מאשר בדיון האנליטי.

ההיסטוריה החברתית והמשפטית של מאבקי שוויון מתוארת על ידי יושינו כתהליך שבו מופיעות צורות שונות של תביעות ממייעוטים להידמות לקבוצה הדומיננטית ולהיטמע. דרישות אלה הלכו והתרככו בחומרתן ובחודרנותן, אך על אף השיפור המסוים, שוויון לא יושג עד שהן תיעלמנה לגמרי, או לפחות, אם ננסח את המטרה באופן צנוע יותר, עד שהמשפט לא יאסור דרישות כאלה ויספק הגנה לאלה החשופים להן. יש להקדים ולומר שמונחים כמו דרישה או תביעה הם עמומים ופשטניים למדי. לעתים מדובר בתביעה מפורשת (למשל, כשמעסיק דורש שהעובד לא יסגיר ללקוחות את זהותו המינית, או שהנציג הטלפוני הערבי ישתמש בשם עברי בשיחות השירות שלו), אך לעתים תכופות יותר מדובר בלחצים סמויים ובציפיות לא מפורשות, הגורמים לבני קבוצות המיעוט למצוא דרכים להסתיר או לעמעם את שונותם כאסטרטגיה להשגת יחס שאיננו מפלה.

הסוג הראשון של דרישות הידמות הוא המרה (conversion). הומואים ולסביות, הקבוצה שסביבה בונה יושינו את הדיון שלו, נדרשו להמיר את זהותם המינית כתנאי ליחס שוויוני. מתוך תפיסה שהומוסקסואליות היא מחלה או סטייה, הומואים נתבעו להפוך להטרוסקסואלים בכל מחיר, דרך טיפולי המרה, נישואים שעם הזמן אמורים לעורר את התשוקה, וכוח רצון. בלי טרנספורמציה שכזאת, שונותם נחשבה כמצדיקה יחס שונה במקומות עבודה, בגישה למקומות בילוי ולשירותים, במשפט הפלילי (שאסר על יחסי חדירה בין שני גברים),¹⁹ בנגישות לזכויות הנובעות מיחסים זוגיים יציבים ועוד. בניסוח ישיר יותר, תפיסת השוויון כדמיון שמרה על יציבותה על ידי דרישה מהומואים ולסביות להכחיד את עצמם ככאלה כדי להיות זכאים לטיפול שווה.

לדרישה מהומואים ולסביות אפשר כמובן למצוא מקבילות בקרב קבוצות אחרות. חירשים, למשל, נתונים ללחצים רפואיים וחברתיים להשתיל שתל קוליארי, המאפשר שמיעה במידת־מה, ולא להיות תלויים בשפת סימנים, בקריאת שפתיים ובאמצעי הנגשה אחרים. השתל נשמע במבט ראשון כאפשרות טובה, שאין כל סיבה להתנגד לה, אך השתלה מוצלחת ופיתוח יכולת דיבור טובה כרוכה בהימנעות מסוגי התקשורת האחרים. זאת בעוד שחירשים רבים תופסים את חירשותם לא כחסר ולקות אלא כעניין שיש לו ערך פוזיטיבי, זהותי ותרבותי, שמגדיר אותם, את שפתם, ואת

היחס שלהם לבני הקבוצה שלהם ולחברה בכללותה.²⁰ הפיכה מאולצת לאדם שומע תהיה דרמטית לא פחות מאשר הפיכה מאולצת להטרוסקסואל (גם אם נניח שזו אפשרית).²¹

הסוג השני של דרישות הידמות הוא **מְעַבֵּר** (passing). כאן נדרשים בני הקבוצה הנתפסת כשונה להסתיר את שונותם ולהתחזות באינטראקציות החברתיות שלהם כאילו הם בני קבוצת הרוב. הומואים ולסביות מתורגלים מאוד בחוויית החשש "להיחשף" כגייז. במבט ראשון, הישארות בארון היא עניין פשוט יחסית לתפעול, כיוון שהנחת ברירת המחדל של הסביבה החברתית ושל התרבות היא שגברים, כל הגברים, נמשכים לנשים, ושנשים, כל הנשים, נמשכות לגברים. אך במבט עמוק יותר מדובר בחוויה קשה, התובעת עיסוק מתמיד בהסתרה – לא רק של מינם של השותפים האינטימיים, אלא פעמים רבות של העדפות פנאי ושל זיקות לבני קבוצה אחרים. דמיינו פעולה שגרתית של מילוי טופס פרטים אישיים במקום העבודה או בעת קניית כרטיס טיסה. עבור הומוסקסואלים שנמצאים בארון, הפעולה האגבית של מילוי רובריקת איש הקשר במצב חירום עשויה לחשוף את זהותם המינית וכך לחשוף אותם ליחס מפלה. מסמכים רשמיים רבים מבקשים למלא את פרטי בן הזוג, ואי-גילוי עצם קיומה של הזוגיות, למשל למטרות מס, עשוי לעלות כדי עברה פלילית. דוגמה ידועה נוספת היא מדיניותו של צבא ארצות הברית בתקופת הנשיא קלינטון, שהיה נכון לקבל הומוסקסואלים לשורותיו, אבל כחלק מעסקה שבה הצבא, מצדו, מתחייב לא לשאול על נטייה מינית, ולחיילים, מצדם, אסור לחשוף את עובדת היותם הומוסקסואלים (מדיניות שנודעה כ־Don't ask, don't tell). במלים אחרות, שוויון הובטח כל עוד החייל או החיילת נשארו בארון, והצבא הורשה להטיל סנקציות על פי רוב של הרהקה מהצבא, על כל מי שחשף את נטייתו המינית באופן כלשהו, לרבות רמיזה על נטייה לקיים יחסי מין חד-מיניים או על כוונה לעשות זאת, או אפילו דיבור על עצם קיומם של יחסים חד-מיניים. למרבה האבסורד, מדיניות זו הייתה תוצר של הבטחתו של קלינטון לאפשר שירות צבאי לכול, כולל להומוסקסואלים ולסביות. זוהי הדגמה מצוינת של התפיסה שלפיה אין פסול בדרישה לעבור כאמצעי להשגת שוויון, תוך התעלמות מהעובדה שעצם הדרישה להסתיר את הזהות היא כשלעצמה פגיעה בשוויון.

אנשים עם מוגבלויות נתבעים גם הם, באופן ישיר או עקיף, להסתיר את מוגבלותם ולעבור כאנשים רגילים.²² קשה לעשות זאת כאשר משתמש בכיסא גלגלים או נעזר בכבל נחייה, אבל כאשר מדובר במחלות פנימיות או נפשיות, או בפציעות וניתוחים שהותירו צלקות באזורים שאינם גלויים בדרך כלל, ההסתרה אפשרית. אפילו כאשר אדם הוא קטוע יד או רגל, הממסד הרפואי והמקצועות הטיפוליים (כמו פיזיותרפיה ופסיכולוגיה) מעודדים בדרך כלל את מטופליהם לנקוט אסטרטגיה של הסתרה. הדחיפה של אנשים עם מוגבלויות לעבור כאנשים ללא מוגבלויות מונעת פעמים רבות מכוונות טובות, כדי לחסוך מהמטופל את המפגש עם דעות קדומות והפליה כלפי אנשים עם מוגבלויות. אך כמו במקרה של הומוסקסואלים, יש לכך מחיר: ראשית, לעתים מלאכת ההסוואה עצמה הופכת כשלעצמה לזירת התמודדות חדשה, הכרוכה במאמץ לא חיוני. עבור רבים, הליכה עם פרוטזת רגל, למשל, כרוכה בכאב מתמשך של העברת משקל וחיכוך עם גדם שעצביו חשופים, ובמקרים רבים שימוש בקביים או בכיסא גלגלים היה קל יותר עבורם, אך פרוטזה נחשבת עדיפה כי היא מסתירה את הקטיעה. יתרה מזו, טיפולי הפיזיותרפיה מקדישים אנרגיה רבה לא רק לשימוש הפונקציונלי בפרוטזה, אלא לשימוש בפרוטזה באופן שמדמה הליכה "נורמלית" של אנשים ללא קטיעה, כך שאיש לא ירגיש.²³ שנית, מעבר למאמץ הפיזיולוגי, הסתרה גובה מחירים נפשיים. אדם לא יכול להיות גלוי ופתוח לגבי ההיסטוריה שלו, הפרקטיקות היומיומיות שנדרשות לטיפול במצבו (נטילת תרופות בהיחבא, למשל, בדיקות או טיפולים תכופים), או לגבי האתגרים שלו וההתאמות שיאפשרו לו תפקוד טוב יותר כתלמיד באוניברסיטה או כמועסק במקום עבודה.

שלישית, עקב כך שאנשים עם מוגבלויות עוברים כאנשים ללא מוגבלויות, שחקנים חברתיים – בדמות ארכיטקטים, מעצבים תעשייתיים, נותני שירותים, בעלי מקומות בידור, מעסיקים ומורים – אינם נדרשים לתת את דעתם לצרכים הנובעים מהשוני של אנשים עם מוגבלויות. כך נמשך המעגל השוטה: מי שאינו בא במגע עם אנשים עם מוגבלויות, או איננו ערך לכך שהוא בא במגע אתם, לא נדרש לאתגר את עצמו בעיצוב של מרחבים פיזיים, של דרכי הוראה ובחינה בלימודים, או של תנאים במקום העבודה.

הסוג השלישי של דרישות הידמות הוא מה שיושינו מכנה הסתוות (covering). לתופעה סוציולוגית זו מקדיש יושינו את עיקר דיונו, וזאת כיוון שהמשפט טרם זיהה אותה או גיבש הבנה באשר לנזק שהיא גורמת הן לאוטונומיה של הפרט והן לשוויונו. הומוסקסואלים כבר אינם נדרשים על פי רוב, לנסות להמיר את נטייתם המינית, וכבר אינם נדרשים להעמיד פני הטרסקסואלים, ודרישה כזו תיחשב כמפלה בשיטות משפט המגנות על שוויון של חד-מיניים, אבל הם עדיין נדרשים להידמות. דרישת ההידמות הזאת היא לכאורה צנועה יותר משתי קודמותיה: מדובר רק בדרישה שלא להגיש את נטייתם המינית, ולא להזכיר כל הזמן לסביבתם כי הם שונים.²⁴ למעשה, כותב יושינו, הדרישה להצניע ולעמעם את הנטייה המינית היא מכשול בדרך להשגת שוויון וחירות ללהט"בים. האמירה "אין לי שום בעיה עם מה שהוא עושה בחדר המיטות, כל עוד לא ינפנף בזהותו המינית" מוכרת ושגורה בפי רבים המחשיבים עצמם סובלניים ומחויבים לשוויון. אדם שמצניע את נטייתו המינית בסביבת העבודה שלו, למשל, יכול להיות מחוץ לארון, ועמיתיו ידעו שהוא הומוסקסואל. עם זאת, הוא לא יניח תמונה של בן זוגו על שולחן עבודתו כפי שעמיתיו הטרסקסואלים עושים, הוא לא ישתתף בכנות בשיחה בפינת הקפה על איך בילו כולם את סוף השבוע, אם הוא בילה אותו במסיבת ריקודים במועדון גייז, הוא יצניע תחומי עניין, תחביבים וטעמים שעשויים להתפס כקשורים לנטייתו המינית, הוא יתלבש בסגנון שהולם גבריות קונבנציונלית, הוא יימנע ממחוות גוף וסגנון דיבור המזוהה עם הקהילה הגאה, והוא לא יעיר למישהו שמספר בדיחה הומופובית. במלים אחרות, הוא לא יעמת את חבריו לעבודה עם היותו שונה. התופעה שבה מפרסמי מודעות באתרי היכרות של גברים מציינים לעתים שהם מחפשים בן זוג שהוא straight acting, מדגימה שלעתים הדרישה להסתוות עולה בתוך הקבוצה עצמה, מתוך ניסיון שלה להתמודד עם הומופוביה דרך אסטרטגיית ה"covering". כמובן, לא כל הסתוות היא פסולה בעיני יושינו. שינוי של התנהגות או הופעה חיצונית בהתאם לסיטואציה הוא חוויה אנושית בסיסית, וכל עוד היא אינה מונעת מחוסר סובלנות כלפי בני קבוצות מיעוט ככאלה – אין בה פסול. כך, לחבוש כיפה בביקור בבית הכנסת גם אם אינך דתי, או להשאיר בבית את כובע הבייסבול שלך בעת ביקור באופרה, הן התנהגויות שאינן פוגעות בחירות ובשוויון, כיוון שאינן כפויות וכיוון שאינן מונעות מהצורך בקונפורמיות כמטרה לכשעצמה – יש טעמים קבילים בכיסוין, טעמים שאינם נעוצים בדעה קדומה ותו לא.

גם מאנשים עם מוגבלויות מצופה להצניע את מוגבלותם. גם כאשר לא מצופה מהם להסתיר את המוגבלות לחלוטין, הציפייה היא שלא ידברו על הקשיים שלהם או יחשפו אותם, אלא שינסו שפתיים ויתגברו, ולא יעמתו את האנשים ללא מוגבלויות עם האתגרים שלהם. בדומה, עליהם להימנע מלהעלות את האפשרות של הנגשה או התאמות לצורכיהם, להצניע צלקות או עיוותים גופניים, ולעשות כל שניתן כדי לחסוך מהחברה שמסביב לבוא במגע עם מוגבלותם.

יושינו טוען כי גם בגרסתה המרוככת לכאורה, בדמות הדרישה להיטמע בקרב הקבוצה הדומיננטית ולהצניע את השוני, דרישת הדמיון היא פוגענית. ככל שקבוצה מתקדמת במאבקי הזכויות שלה, כך נחלשות התביעות להמרה, ואז למעבר, והופכות לתביעות להצנעת הזהות, אך זניחת התביעות להמרה ולמעבר אינן מספיקות. תנאים של שגשוג אנושי יושגו רק אם תוסר גם החרב המתהפכת

של הדרישה להתכסות: עבור אנשים עם מוגבלויות, כמו גם חברי קבוצות מודרות אחרות, הדרישה להסתוות מותרת אותם נטולי אפשרות להיות נוכחים במרחב החברתי באופן מלא וחופשי. שוויון אמתי משמעותו הכלה של השוני ולא מיגורו, הסוואתו או הצנעתו. שוויון משמעותו הכרה במגוון העשיר של זהויות אנושיות ויצירת תנאים מכבדים גם כלפי מי שהרקע שלו, יכולותיו, מהלך חייו שונים מאלה של הקבוצה הדומיננטית. אבל – ופה מצויה התרומה החשובה של יושינו – הכרה זו אל לה להישאר במישור העקרוני-מושגי (כגון "אין לנו בעיה עם מזרחים – כל עוד הם נשארים בגדר עובדה סטטיסטית-דמוגרפית מופשטת, ולא ידברו בחי"ת ועי"ן"). הכרה זו צריכה לבטא נכונות לבוא במגע קרוב ויומיומי עם השוני (סגנון הגייה, שם משפחה המסגיר את המוצא,²⁵ טעמים מוזיקליים וקולינריים, ועוד שלל מאפיינים של זהות, תרבות והיסטוריה מזרחית). דרישה לנסות להידמות לקבוצה הדומיננטית, שנתפסת כבסיס ההשוואה, היא דרישה מפלה, כיוון שאף שהיא מאפשרת לפרט לחשוף שהוא הומוסקסואל או אדם עם מוגבלות, היא שוללת ממנו מערך שלם של חירויות לבטא את זהותו במלואה. דרישות ההיטמעות (אסימילציה) פוטרות את החברה הכללית מהצורך למצוא דרכים לתת הזדמנות שווה ותנאים שווים לכולם, חרף השוני שלהם. להצהיר על מחויבות לשוויון כל עוד אנחנו מסרבים להיות מאותגרים באמת על ידי השונה ומצפים לקונפורמיות, זה לא הישג גדול כל כך, טוען יושינו.

לא תמיד כיוון הלחצים והציפיות מבני קבוצות מופלות הוא שיעמעמו את זהותם. לעתים הקונבנציות החברתיות דורשות דווקא את ההיפך – הדגשת השוני, וזאת כדי לשמור על סדר חברתי יציב. הדוגמה הפרדיגמטית היא נשים, שבסיטואציות רבות חשופות לסנקציות חברתיות ומוסדיות אם המראה שלהן או ההתנהגות שלהן היא גברית, ומצופות להתלבש, לדבר ולהתנהג באופן שיאשש תמידי את היותן נשים. יושינו מכנה זאת *reverse covering*, או הסתוות הפוכה. כך, עובדות, במיוחד בסקטור השירותים, נדרשות להתאפר, לנעול נעלי עקב, לצבוע ציפורניים ועוד. אבל גם במקצועות שבהם אין מגע עם קהל ונדרשים השכלה וכישורים ברמה גבוהה, נשים שאינן נתפסות כנשיות נתקלות בתביעות לקונפורמיות מגדרית. הפרשה האמריקנית המפורסמת של *Price Waterhouse v. Hopkins*²⁶ מדגימה זאת היטב: שותפים במשרד רואי חשבון מהמוכילים בעולם הצביעו נגד קבלה לשותפות של אן הופקינס, רואת חשבון שהצליחה מאוד מבחינה מקצועית. הנימוק לדחייה, שהודלף להופקינס על ידי אחד השותפים, היה שבשביל להיבחר כשותפה עליה להיות נשית יותר בהליכתה וכדיבורה, להתאפר, לענוד תכשיטים ולהירשם לבית ספר לנימוסים והליכות.²⁷ כפי שתביעות ה-*covering* משמרות את ההגמוניה החברתית על ידי כך שהן תורמות להותרת הסטטוס קוו על כנו, כך גם תביעות ה-*reverse covering* שומרות על חלוקת תפקידים מגדרית יציבה, הפוגעת לא רק בחירות ובכבוד האדם של נשים (ניתן לטעון שדרישה להתאפר או דרישה לנעול עקבים מתערבות בחופש הביטוי, בפרטיות ובכבוד האדם של העובדת) אלא גם בשוויון ההזדמנויות שלהן. אן הופקינס, למשל, הצליחה להשיג לקוחות משמעותיים ולהיות מעורבת בעסקאות כבדות משקל דווקא בגלל התנהגותה הגברית. כפי שכתב בית המשפט העליון האמריקני, במצב שבו התנהגות שנחשבת גברית כדי להצליח כרואת חשבון בחברה, אבל בה בעת התנהגות שנחשבת נשית נדרשת אף היא כדי להתקדם, העובדת מצויה במצב של מלכוד 22. היבט נוסף של מלכוד זה הוא שבעוד שנשים מצופות להיות נשיות, אין זה לגיטימי שהן תדברנה על נושאים נשיים במרחבים שנחשבים מקצועיים. בעוד שדיבור בחדר ישיבות על נושאים חיצוניים שנחשבים גבריים הוא לגיטימי, מקובל, ואפילו נחשב חלק חיוני מהנטוורקינג (למשל שיחות על פוליטיקה, ביטחון, כדורגל, בורסה ואפילו ויאגרה), הרי שאין זה מקובל להעלות בסביבה מקצועית נושאים הקשורים לגידול ילדים, לטיפוח, להיריון או למחזור החודשי.

דרישת ההסתוות ההפוכה איננה רק נחלת חלקן של נשים. בשנות ה-70 היה גל של פסקי דין אמריקניים שעסקו בזכותם של גברים לשמור על שיער ארוך במקום העבודה, בבית הסוהר או בבית הספר.²⁸ שיער ארוך לגברים נחשב מערער את הסדר היציב של מגדר, במיוחד כך בסמוך לצמיחת התרבות ההיפית בשנות ה-60. גברים הנחשבים נשיים – כלומר לא מתיישרים לפי זהותם המינית הביולוגית ומערערים על הציפייה להלימה בין מין למגדר – חשופים להטרדות מיניות בשל כך שהם לא עושים reverse covering. גם בני קבוצות אחרות מצופים בהקשרים מסוימים להבליט את השוני שלהם דווקא כדי לזכות ביחס הוגן. כך למשל, נער ערבי שמתקבל לקייטנה יקרה במסגרת העדפה מתקנת עשוי להיתקל בציפייה שלא יהיה "סתם" נער ככל הנערים, אלא שיהיה "אותנטי" וינהג באופן המשקף את מוצאו הדתי והלאומי ותורם לתחושה שהקייטנה מורכבת מנערים מזהויות מגוונות. טרנסג'נדרים הם מקרה מעניין, במובן זה שגם כאשר יש קבלה עקרונית של היותם טרנסג'נדרים והם מתגברים על דרישת ההמרה או הכיסוי ועל העוינות כלפי התנהגותם ומראם לפי המגדר החדש שלהם, הם מצופים להתיישר עד "הסוף" מבחינת המראה וההתנהגות שלהם למגדר שאליו עברו, ונתקלים ביחס לא סובלני לעמימות מגדרית. הסתוות והסתוות הפוכה מתרחשות גם בהקשרים שאין להם נגיעה למשפט, אבל מלמדים אותנו הרבה על שוויון. כך למשל, ספורטאיות מקצועיות חשות צורך להפגין את נשיותן במובניה הקונבנציונליים ולהצניע סממנים גבריים של גופן, כמו שריריות.

יושינו אמנם מארגן את הדיון בשלושת סוגי הדרישות להידמות על ציר היסטורי, אבל ניתן למצוא את שלושתם גם במאבקי שוויון בני זמננו, כפי שהודגם כאן דרך הדיון באנשים עם מוגבלויות. קבוצה נוספת שמרתק להדגים דרכה את המהלך המשולש של יושינו היא שמנים. קבוצה שנמצאת בשלבים מוקדמים של מאבקה לשוויון, שמנים עדיין מעומתים במידה רבה עם דרישת ההמרה. השוני של מידות גופם נתפס כשוני רלוונטי, שמצדיק לכאורה התייחסות אליהם כאל נחותים, חסרי שליטה עצמית, לא בריאים ואף מעוררים גועל.²⁹ כפי שהומוסקסואליות נתפסה כסטייה נפשית, ולכן כבסיס מוצדק ורלוונטי ליחס שונה, כך גם השמנה נתפסת כפתולוגיה פיזית ונפשית שמצדיקה שמעביד ידרג מועמד שמן לעבודה כפחות כשיר, יפלה אותו בשכר או יימנע מלקדם אותו, או שמקומות ציבוריים לא יביאו בחשבון מידות גוף גדולות כשהם מתכננים את גודל המושב בקולנוע או במטוס. המרה, כלומר הפיכה לדומים, היא זו שתזכה את השמנים בשוויון המיחול. ועד שיעברו המרה – כלומר יכחידו את גופם השמן ויהפכו לרזים דרך דיאטות, שיקויי פלא, מכשירים ממיסי שומן, ניתוחים ומשטרי אימון גופני – שמנים מצופים לעבור ככל הניתן כרזים. מטר של עצות מיועצי אופנה ותדמית מניח באופן אקסיומטי כי הם צריכים ורוצים לעשות הכול כדי להיראות רזים, ומנחה אותם כיצד ללבוש תחתונים מחטבים, להסתיר את הזרועות, להדגיש את המחשוף (אצל נשים), ללבוש בגדים שחורים ופסים לאורך ולא לרוחב. סרטוני הדרכה מלמדים כיצד להצטלם לתמונות פרופיל ברשתות החברתיות באופן שלא יחשוף את היות המצולם שמן, ותמונות פרסומת ויח"ץ מרוטשות להצרת היקפים.³⁰ כמו להט"בים ואנשים עם מוגבלויות, שמנים כמעט שלא נתקלים באנשים כמותם על מסכי הטלוויזיה או הקולנוע – ואם כן, אז כדמויות נלעגות או חולות.³¹ לבסוף, גם שמנים נתונים ללחץ ההסתוות. אפילו שמנים שאינם מנסים לרזות או לעבור ככל הניתן כרזים מתבקשים להצניע את זהותם כשמנים. למשל, עליהם להימנע מלהתייחס באופן פתוח לעובדה שהם שמנים, להימנע מלאכול בפומבי או בתאוה מזון שנחשב משמין, ולהימנע מלבטא השתייכות קבוצתית או קבלה עצמית, למשל על ידי הכרזה שלעולם לא ינסו יותר לרזות.³² השוויון שיושינו מבקש לשרטט, אם כן, הוא לא שוויון רעיוני-אנליטי – זהו שוויון בין בני אדם בשר ודם. הפרט המשפטי אמנם נוכח בדוקטרינת השוויון כבן לקבוצת זהות מסוימת – מינית,

גזעית וכולי – נוכחות שהיא חיונית כדי לכדוק האם הופלה ביחס לבני קבוצות אחרות, אך הוא נוכח בעיקר כנתון סטטיסטי, ולא כאדם בשר ודם, שמכונן עצמו תמידית דרך האינטראקציות שלו עם אחרים. הבחנה של המשפט בהשתייכות הקבוצתית חיונית להגנה על אנשים שנפגעים מחמת דעות קדומות ביחס להבדלים בין קבוצות, אך יושינו מצביע על כך שהמשפט נוטה לחשוב על ההשתייכות הקבוצתיות כעל נתון דמוגרפי יבש, בלי להביא בחשבון את הצורך של הפרט בחופש לגלם את זהותו במלואה, ואת חובת המשפט להגן עליו מפני לחץ שיסווה את השוני שלו. יושינו יוצא מנקודת הנחה שזהות מינית, גזעית וכולי איננה נתון "רזה", אלא עניין בעל משמעות סוציולוגית ופסיכולוגית. עובדת היותו של הפרט המשפטי הומוסקסואל או שחור איננה חשובה רק לצרכים אנליטיים של השוואה בין הטיפול שקיבל השחור לטיפול שקיבל הלבן, כיוון שהאופן שבו האדם השחור מתנהל בעולם החברתי מושפע מזהותו הגזעית, ואף משחק תפקיד בכינונה ובשימורה. כך, שיטת משפט שמגנה על שחורים מפני הפליה אבל בה בעת מאפשרת למעסיקים או לאחרים לדרוש מהם להצניע את זהותם הגזעית, לא מספקת להם שוויון וחירות מלאים.

ספרו של יושינו סולל עבור המשפט נתיבים להבנת מה שבמדעי הרוח והחברה הבינו זה מכבר: לא ניתן להפריד בין זהות במובן "פנימי" או מהותי כלשהו, לבין זהות במובן "חיצוני" וחברתי. כתיבתו של יושינו מדגימה את הכוח שבשילוב פרספקטיבות סוציולוגיות וספרותיות כדי למלא חללים מושגיים בדוקטרינה ובשיח המשפטיים. הוא מוטרד ממה שהוא מזהה כחסר בהתמודדות המשפט עם חוויה אנושית בסיסית, חסר שפוגע בעיקר בבני קבוצות מופלות. לטענתו, לדרכי ההתנהגות, לפרקטיקות גופניות, לאופני דיבור ולהופעה החיצונית יש תפקיד חשוב המכונן זהות, מאפשר אותה ומשמר אותה. בז'רגון הרווח במדעי הרוח והחברה, מונחים כמו פרפורמנס וסמיוטיקה משמשים כדי להבין ולתאר את הדינמיקה החשובה והמרתקת הזאת. המשמעות של ההכרה בכך שעצמיות וזהות הן לא "דבר" אלא פרקטיקה שיש לגלם ולסמן כל העת, היא שבקשה מאנשים להניח בצד את זהותם, לרסן ולעמעם אותה כדי שלא לאתגר את התרבות ההגמונית, היא בקשה דרמטית בחודרנות שלה, שתוצאותיה חורגות הרבה מעבר לגרימת אי-נוחות, ומגיעות עד לבסיס ה־well-being הפסיכולוגי והחברתי של הפרט. אמנם יושינו אינו משתמש בטרמינולוגיה הזאת, אבל חשוב לומר שאחת הסיבות לכך שדרישות הסתוות אינן נתפסות מבחינה משפטית כפוגעות באוטונומיה או כמפלות היא שהתרבות המערבית מבחינה באופן בעייתי בין מסמן ומסומן, ובהקשר הנוכחי בין הזהות שלכאורה מונחת "בבסיס" לבין השאלה כיצד מביא אותה הפרט לידי ביטוי. ההנחה הרווחת היא שמדובר ביחסים של סימון, ולכן שאפשר גם לבחור שלא לסמן את הזהות באופן "מהימן" אלא לעטות על עצמנו תווית זהותית אחרת. מכאן נובע שכל עוד מעסיק, למשל, מוכן לקבל לעבודה הומוסקסואלים, אנשים ממוצא מזרחי או נשים, אין פסול בתביעה שישנו את הופעתם החיצונית או את התנהגותם כדי להתאים לתרבות הדומיננטית או לציפיותיהם של הלקוחות. אם להדגים על מקרה אמריקני מפורסם, אישה שחורה העובדת כדיילת בחברת תעופה, נתבעה על ידי המעביד להבין שחלק מהמראה המקצועי שלה כרוך בדרישה שתיישר את שיערה ולא תגיע לעבודה בשיער קלוע בצמות. אך למעשה, לא ניתן לנתק בין השיער לזהות הגזעית. מדובר בסגנון שיער שיש לו זיקה רבת שנים לתרבות השחורה (ושגם משמשת פתרון מעשי נוח למי שיש לה תלתלים צפופים).³³ בין הזהות לאופן שבו היא מתבטאת בעולם החברתי יש יחסים תמידיים של כינון הדדי, והצגתם כעניין נפרד או כעניין הנתון כולו לבחירתו של הפרט משרתת רק את קבוצת הרוב, שחבריה על פי רוב אינם נדרשים להתלבט מתי להבליט או להצניע את זהותם.

המהלך של יושינו מספק, אם כן, כלים עבור התיאוריה והדוקטרינה המשפטית לאפשר לנמען המשפטי להיות נוכח בעולם החברתי באופן שניתן לכנותו תלת-ממדי – כזה הכולל את גופו, את

טעמיו, את אורחותיו, את האופן שבו הוא מתלבש ומתנועע.³⁴ על דיני איסור ההפליה, טוען יושינו, להכיר בכך שבני אדם הם מערך עשיר של פרקטיקות, ושלא ניתן להגן על בני קבוצות מופלות בלי להגן על האפשרות שלהם לפעול בעולם בלי לשנות, להסוות או לעמעם את זהותם הגזעית, המינית וכולי. אם המשפט אכן מחויב להגן ברצינות על בני קבוצות מיעוט, עליו להגן עליהם מפני דרישות מפורשות או מרומזות לדחוק הצדה את החריגות שלהם – בין שבמקום העבודה ובין שבמקומות אחרים.

אחת הביקורות המרכזיות כלפי הטיעון של יושינו היא שהוא מאשש תפיסה רומנטית של זהות, שפסה מן העולם עם עליית התיאוריות הביקורתיות והפוסטמודרניות שפירקו את הסובייקט והצביעו על היותו לא יותר מאוסף של הבניות חברתיות, פרגמנטים פסיכולוגיים ומסמנים לשוניים. יושינו מחזיק, לדעת המבקרים, בתפיסה האנכרוניסטית לפיה יש "עצמי אמתי". אך אם אין עצמי אמתי, הרי שלא ניתן לדבר על כיסוי או עמעום של זהות כלשהי, שכן את מה מכסים? במילים אחרות, אם יושינו טוען שיש לאפשר לכל אדם להיות הוא עצמו מבלי שיידרש לעמעם את זהותו האמתית, עליו להניח שקיימת זהות אמיתית שכזו. יושינו נסמך על המודל של הפסיכולוג ויניקוט, המבחין בין העצמי הכוזב והעצמי האמתי.³⁵ אמנם יושינו מסביר שהוא מודע למורכבותו של העצמי, ולכך שהוא פוליפוני ולא תופעה יציבה, מגובשת ונטולת סתירות, אך אין להתעלם מכך שהוא נוקט לשון ייחודית בדיון שלו על עצמיות. העובדה שיושינו מבסס את הטיעון שלו על העצמי האמתי, ועל החופש להיות אותנטי, זכתה לקיתונות של ביקורת,³⁶ שאיננה משוללת יסוד. למשל, על כך שמושג האותנטיות נובע מתפיסה חדשה יחסית בהיסטוריה המערבית, ועל כך שאותנטיות וזהות אינן חוויה פנימית אלא חוויה דיאלוגית. ועם זאת, אני קוראת אותו כמציע שעל אף העובדה שאין "עצמי אותנטי" ממשי ויציב, הרי שבהחלט יש חוויה אנושית רווחת של כמיהה לאותנטיות, ושל תחושת שלווה נפש וסיפוק אם אנחנו מצליחים להרגיש שאנחנו מבטאים את עצמנו באופן אותנטי. יתרה מזו, התיאוריה של יושינו איננה מחייבת הסתמכות על אותנטיות, ככל שהיא מושתתת על הרעיון של קידום החירות. לדוגמה, גם סטרייט שסובל מסנקציות בשל התנהגות שנחשבת נשית או הומואית זכאי להגנה על האוטונומיה שלו, ולא צריך להידרש להסוות את זהותו המגדרית.

ביקורת נוספת שהופנתה כלפי הספר היא שהציר המעמדי נעדר ממנו כמעט לחלוטין: הצורך של אנשים בני מעמד נמוך להסתיר את הרקע המעמדי שלהם בסביבה אליטיסטית כדי להצליח, הוא קשה ומתיש לא פחות ממאמצי ההסתוות של הומוסקסואלים או של מיעוטים גזעיים או אתניים – והוא אולי אף קשה ומתיש ממנו משום שהוא לא זוכה להכרה, אפילו לא בטקסט כמו Covering, שזה כל עניינו. כפי שקורה לא אחת, גם כאן שיח הזהויות מאפיל על הבדלים הנעוצים בגישה לכסף ולהון תרבותי. השאלה כאן היא לא רק של שוויון כמוכח המטריאלי, אלא גם של דינמיקה סוציולוגית. כמו שאומר יושינו לגבי נשים, שחורים או הומוסקסואלים, כך גם לגבי אנשים מרקע מעמדי נמוך ופריפריאלי – הצלחתם תלויה ביכולת מעין פיגמיליונית להיטמע ולאמץ ידע תרבותי, צורת דיבור ולבוש וגניונים שלא יסגירו את השוני שלהם. דמיינו אדם צעיר ממושב בגליל, שגדל בתנאים של דחק כספי. הוא מסיים בהצלחה את לימודי הרפואה, ובשיחה בחדר המנוחה של המחלקה בבית החולים הוא מוצא את עצמו שוב ושוב בדיונים על השוואה בין אתרי סקי, על מעדניות מומלצות בגדה השמאלית בפריז, על אפשרויות השקעה בדירות באירופה, או על מסעדות חדשות בתל-אביב, שהתקציב שלו כנראה לא יאפשר לו לסעוד בהן לעוד שנים רבות. אי-השתתפות בשיחה מסמנת אותו כאוטסיידר, והאוטסיידריות היא לא רק תחושה לא נעימה, אלא היא גם גובה מחיר בקריירה, ומדירה אותו מרשתות חברתיות המספקות מידע, היכרות ואפשרויות. עליו למצוא את

אופן ההנהון האמין, או את התירוץ לצאת מהחדר בדחיפות, כדי לא להסגיר את העובדה שהוא זר לעולם הזה לחלוטין. היבט חשוב נוסף של ההתעלמות ממעמד הוא שישנה, לעתים קרובות, חפיפה בין זהויות מיעוט לבין מעמד חברתי-כלכלי נמוך. מזרחים, ערבים, אנשים עם מוגבלויות – הם קבוצה עניים יותר ובעלי גישה מוגבלת יותר לצבירת הון תרבותי, לכן התעלמות מהציר המעמדי מתעלמת ממה שמכונה בספרות ה־intersectionality של מיקומם החברתי.

כאמור לעיל, יושינו מבהיר שהחוויה של לחץ להסתוות איננה ייחודית לבני קבוצות מופלות, אלא היא חוויה אנושית בסיסית. ואם כך, אמרו מבקריו, לא ברור מדוע יש להגן דווקא על קבוצות מסוימות מפני תביעות הסתוות, ולא ברור כיצד יש להפריד בין פעולה של הסתוות לבין כל פעולה שגרתית של מציאת האופן הנכון של הצגת הדברים או הצגת עצמנו כדי לתקשר. יושינו טוען שנקודת המוצא שלו היא אכן אוניברסלית, והסתוות היא נחלת חלקם של כולם. אך בעוד שחשוב להכיר בה ולהבין אותה כחוויה אוניברסלית, הרי יש מקום לרתום את המשפט להתמודדות עמה רק במקומות שבהם הסתוות פוגעת בשוויון, כלומר ביחס לבני קבוצות שדיני איסור ההפליה מגנים עליהם.

היבט נוסף של שבריריותו של הטיעון של יושינו הוא שקבלתו תוביל לשיפוט וללחץ כלפי אנשים שבחרים להצניע את השוני שלהם. אכן, אין להמעיט בכוחה של ההבחנה שכלל שיותר אנשים יימנעו ממעמדם זהותם, כך תגדל החירות של אנשים נוספים לעשות זאת ויפתחו העלויות האישיות הכרוכות בכך. הומוסקסואלים או שחורים המבטאים את זהותם באופן חופשי יותר (כמו גם נשים שאינן מציינות לחוקי הנשיות הקונבנציונלית) ייצרו נראות גדולה יותר של זהות זו, ויתמרצו את התרבות הדומיננטית למצוא דרכים לקבל ולהעריך את בני הקבוצות שהציפייה המקובלת מהן הייתה להיטמע. מדובר, אם כן, בפעולה קולקטיבית במהותה, והיא קשה להביא לשינוי בלי מודעות של חברי קבוצות אלה לאפקט הפוליטי של הבחירה שלהם ביחס לנראות של זהותם. עם זאת, קשה שלא לדאוג מאובדן חופש הבחירה ומהייחוס לאנשים כאלה פעולה שהיא תוצאה של תודעה כוזבת. אנשים עושים בחירות מורכבות בהקשרים חברתיים ומקצועיים שונים ובנקודות זמן שונות במהלך חייהם. כפי שאין מקום להוציא מהארון אנשים בטיעון שזה לטובתם ויגאל אותם מייסורי ההסתרה, או לפחות בטיעון שזה יקדם את הקהילה הלהט"בית (במיוחד כשמדובר בדמויות ציבוריות) – כך אין מקום ללחוץ על סטודנט או לשופט אותו על שהוא נמצא במצב של תהליך התעוורת ומבקש מיושינו, המרצה שלו, שלא לציין זאת במכתב ההמלצה לשופט – דוגמה שיושינו מביא מניסיונו. יתרה מכך, יושינו מקפיד לציין כי יש אנשים בני זהות מסוימת שלא מרגישים שהם מתחזים או לא אותנטיים כשהם אינם אופייניים לקבוצתם. למשל (הדוגמאות הן של הכותבת ולא של יושינו) יש נשים שאינן מתעניינות בגידול ילדים או במוצרי טיפוח לשיער. יש ערבים שאוהבים להאזין לרחמינו, ומזרחים שמשחקים להנאתם טניס ולא מטקות. כל אלה אינם חווים את עצמם כעושים מינפולציה על ההצגה העצמית שלהם, ומרגישים שלמים עם האופן שבו הם נראים, מדברים ומתנהגים. יושינו איננו מבקש להפעיל לחץ או שיפוט כלפי מי שהתנהגותו נתפסות כנטמעות עם ההגמוניה. הוא מחויב למימוש עצמי ולאוטונומיה של כל אדם. הטקסט שלו עתיר סיפורים אישיים שבהם הוא עצמו בחר להסתוות. הוא סלחני כלפי בחירותיו, אך לדעתו חשוב שישאל את עצמו מדוע היו חיוניות. התרומה של Covering היא בהמשגה ובמתן השם לתופעה שלא קיבלה הכרה מספקת. כך, גם לאדם שמצניע את מוצאו המזרחי, יש כעת אוצר מלים להיות מודע לטווח האפשרויות שלו ולהשלכותיהן.

ההיסטוריה של הספר שופכת אור נוסף על הביקורת שהופנתה כלפיו. הספר הוא עיבוד של מאמר בעל שם זהה, שיושינו פרסם ארבע שנים קודם לפרסום הספר, בכתב העת החשוב *Yale Law Journal*. בעוד שבמאמר ממשיג יושינו את הדרישות להסתוות כפגיעה בשוויון, בספר הוא

נוקט פרספקטיבה מפוקחת יותר. הוא עדיין מאמין שבתי המשפט צריכים לאמץ גישה שמגנה על הקבוצות שבאופן מסורתי מוגנות על ידי חוקי זכויות האזרח מפני הסתוות, אבל מסיק שבאקלים הפוליטי הנוכחי, ספק אם הטענות הזו יתקבלו ויתורגמו לחיי המעשה, כיוון שבתי המשפט מגיבים לעייפות ולהסתייגות של הציבור האמריקני מפוליטיקת הזהויות. נדרשת, לטענתו, פרדיגמה חדשה של זכויות אדם, והוא מציע לעבור מפרדיגמה של איסור הפליה לפרדיגמה של חירות. פרדיגמת איסור ההפליה, על האטרקטיביות שלה, כרוכה במחירים כבדים. למשל, פרמגנטציה אינסופית כמעט של קבוצות ותתי-קבוצות (לדוגמה, שחורים מול אמריקנים ילידים מול אסייתים קוריאנים מול אסייתים הודים, והודים הינדים מול הודים סיקים – לכל אחת מהקבוצות יש חוויה משותפת של הפליה, אבל יש גם חוויות ייחודיות וצרכים שונים). בעיה נוספת, שצוינה על ידי מבקרים רבים, היא ששיח איסור ההפליה נוטה למהותנות: הוא מסתמך על תפיסה שזוהת היא דבר יציב ושיש מאפיינים המשותפים לכל בני הקבוצה, בעוד שכפועל זהות היא דינמית, ולא כל בני הקבוצה נראים או מתנהגים – או רוצים להיראות או להתנהג – אותו הדבר.³⁷ לכן, הטענה בבית המשפט צריכה להיות שהדרישה להסתוות פוגעת בחירות של כל אדם, אך שהמשפט צריך להתערב במיוחד כאשר היא מופנית לקבוצות מופלות כמו שחורים, נשים, הומוסקסואלים, או אנשים עם מוגבלויות. כך, המעבר לפרדיגמת החירות מתמודד, לפחות במידת מה, עם הביקורת ששיחה שמגנה על התנהגות "אותנטית" היא שיחה שיש בה חשש לסטריאוטיפיזציה של זהויות מיעוטים.

הקשר נוסף שדרכו ניתן להבין את הספר הוא כחלק מההבנה החדשה של תופעת ההפליה בעשורים האחרונים, ולפיה זוהי תופעה מורכבת, וסיבותיה אינן נעוצות רק בעוינות מודעת ומכוונת כלפי בני קבוצות גזעיות, מיניות ואחרות. את ספרו של יושינו אפשר להבין כחלק מההתפתחות המחקרית הזאת. מתפיסה שרואה הפליה כפעולה שיש בבסיסה כוונה להפלות ושהיא נעשית באופן מודע, עברה התיאוריה המשפטית, ובמידה מסוימת גם הדוקטרינה, להכרה בכך שהפליה היא פעמים רבות פעולה לא מודעת ולא מכוונת, ולכן, תוצאתה היא החשובה.³⁸ הפליה נתפסת כיום כתוצר של הטיות לא מודעות – הטיות שהן תוצר של הבניות חברתיות, דפוסים קוגניטיביים, כמו גם סיבות נוספות שעדיין איננו יודעים עליהן הרבה.³⁹ אכן, האינטואיציה המוסרית של רובנו תתקשה לייחס אחריות למעסיק או לבעל דירה או למועדון שמפלה אנשים באופן לא מודע. ועם זאת, מן הפרספקטיבה של המופלה, קיומה של כוונה איננו משנה את היעדר ההגינות ואת הפגיעה בשוויון. כך, לדוגמה, אם מעסיק קובע בתום לב דרישות תפקיד שמקלות על יהודים לגשת אליו לעומת ערבים (למשל, שירות בצבא) או דרישות לקידום שגברים יכולים לעמוד בהן ביתר קלות מנשים (למשל דרישת הפוסט-דוקטורט בחו"ל לאקדמאים בראשית דרכם קשה יותר לנשים, שבשל סיבות סוציולוגיות מתקשות להשיג את שיתוף הפעולה של בן זוגן להפסיק את הקריירה שלו לשנה שנתיים או שלוש) – אי-אפשר לומר שכיוון שהמעסיק לא היה מודע לכך, אין לראות בדרישות הללו הפליה. כדוגמה נוספת, מחקרים מוצאים כי למעסיקים יש הטיות קוגניטיביות שמעוותות את השיפוט שלהם. אותה עבודה עצמה, אותם ביצועים, או אותם קורות חיים, כשהם באים מאדם שחור או מאדם לבן, מאדם שמן או מאדם רזה, מגבר או אישה, נשפטים אחרת. החוק מנסה לזהות גם התנהגויות מוטות מעין אלה, אך אין זו משימה קלה. כפי שההתפתחות המדעית לגבי הטיות לא מודעות הרחיבה את התפיסה של מנעד התופעות שהמשפט צריך ללכוד בניסיון למנוע הפליה, כך ההתפתחות (שספרו של יושינו תרם לה תרומה מרכזית) בהבנה שנמעני המשפט אינם רק אוסף של יכולות ותפקודים מופשטים, אלא ישויות מורכבות מבחינה סוציולוגית, פסיכולוגית, תרבותית ופוליטית, מרחיבה את ההבנה של הדינמיקה של הפליה ואת תפיסת תפקיד המשפט במניעתה.

חשוב לומר עוד שהדיון הנוכחי הבלוי את הרובד הנורמטיבי של הספר, אבל בכך במידה מסוימת הוא לא עשה עמו צדק, כי הוא מחמיץ את אופיו הפתוח, המהורהר, המתלבט והאינטלקטואלי. הספר כתוב באופן אישי ופואטי. הוא רצוף רגעים רגישים וחשופים מחייו של יושינו ומחיי אחרים בסביבתו, כמו גם רפלקסיות על ספרות יפה וספרות תיאורטית שקרא במהלך השנים ושעיצבו את עולמו. במידה רבה, זה ספר שמתאר מסע של אדם צעיר שהתחיל את לימודיו בעולם השירה והספרות, וביקש למצוא גשרים אל הטקסטים המשפטיים – פסקי הדין, החוקים והכתיבה האקדמית. הספר הוא תיאור של המסע הזה ובה בעת מהווה בעצם כתיבתו ניסיון לבנות גשר כזה, שיושינו בונה גם בכתבים אחרים שלו. מבין שלל הפרסים שבהם זכה הספר, ראוייה בעיניי לציון במיוחד העובדה שארבעה קולג'ים בארצות הברית בחרו בו כספר קריאת חובה לכל תלמידי השנה הראשונה. הבחירה הזאת מסמלת לא רק את התחכום האינטלקטואלי של הספר ואת מקוריותו, אלא גם את היותו ניסיון מרשים ללכוד כאב אנושי בסיסי ולפתח עבור המשפט דרכים להכיר בו ולרפא אותו.

הערות

- 1 אריסטו אתיקה ספר חמישי 1116-1118 (מהדורת ניקומאכוס, י"ג ליבס מתרגם, 1973). עיקרון זה השתרש בפסיקה הישראלית ומוזכר אינספור פעמים. ראו למשל בג"ץ 94/4541 אלס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 132 (1995); ד"נ 69/10 רחל בורונובסקי נ' הרב הראשי לישראל הרב נסים, פ"ד כה (1) 7, 35 (1971); דגנ"ץ 97/4191 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330, 344 (1997).
- 2 CATHARINE MacKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 32-45 (1987)
- 3 לעמידה על קושי זה בהקשר של היריון ולידה ולניסיון הכושל להתייחס לגבר ולאשה כ"דומים" ראו, למשל, יפעת ביטון "תיעול מחדש בתעלת הלידה: ניווקים משניים או נזק משני?" מחקרי משפט כט 107 (2013) (מציעה לפצות הורים כ"דומים" על מות עובר, אך לפצות את האם בנפרד ובנוסף על נזקי נשיאת ההיריון בגופה לברכה).
- 4 KENJI YOSHINO, COVERING (2006)
- 5 ארנון גוטפלד הדרך למהפכה ולעצמאות האמריקנית: ההתפתחות של הרעיון החוקתי 1763-1776 338 (1987).
- 6 The Indian Civil Rights Act of 1968, 25 U.S.C §§ 1301-1341 (1970)
- 7 "A public entity shall maintain in operable working condition those features of facilities and equipment that are required to be readily accessible to and usable by persons with disabilities by the Act or this part". American with Disabilities Act, 28 C.R.F § 35.133(a) (1990)
- 8 Age Discrimination Act of 1975, 42 U.S.C § 6101 (1976)
- 9 ראו יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה" מעשי משפט ד 75 (2012), בטיעון המדגים כיצד לגבי קבוצות כמו מזרחים בישראל ואמריקנים-מקסיקנים בארה"ב, האתגר המשמעותי במאבק לשוויון נובע מהיעדרו של אזכור חקיקתי מפורש, הן של נורמות מפלות (כמו במקרה של ערבים ושל נשים) והן של נורמות האוסרות במפורש על הפלייתן. בית המשפט העליון עמד מפורשות על כך שהסדרה של איסור ההפליה בחקיקה פרטנית נועדה לעגן את עקרון איסור ההפליה הכללי בהסדרים מיוחדים ולהעניק כלים למופלה לעמוד על זכויותיו, וראו רע"א 8821/09 פרונונסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ תק-על 2011 (4) 1814 ("מן הראוי לפרש חוק ספציפי, בוודאי במקום בו לשון החוק מאמצת שפה חוקתית כמקרה זה, באופן העולה בקנה אחד עם המסגרת החוקתית הכללית של המשפט הישראלי [...]). ברי שאין משמעות הדבר כי החוק הפרטיקולארי מתייטר. החוק הפרטיקולארי מייצר מסגרת משפטית המשקפת את האופן בו החליטו המחוקקים כי ראוי להתמודד עם פגיעה חוקתית בהקשר נתון. כך, מעצב חוק איסור הפליה את פעולת הזכות לשוויון במרחב האזרחי בשני רבדים – היקף התחולה של הזכות,

- וטיב הסעד בגין הפגיעה בזכות", שם, פסק דינו של השופט ג'ובראן; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר ישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); וכן ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 3-4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2012).
- 10 הקביעה שרשימת העילות היא רשימה פתוחה עוגנה, בין היתר, בבג"ץ 09/1268 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 27.08.2012); עע"א (ארצי) 209-10 וינברגר נ' אוניברסיטת בר אילן, פס' 28 לפסק דינה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 6.12.2012); בסע"ש (ת"א) 13-06-791 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית, פס' 8 (פורסם בנבו, 13.5.2014).
- הקביעה שרשימת האתרים והנושאים שלגביהם אסורה הפליה היא רשימה פתוחה, עוגנה בין היתר בבג"ץ 10/6069 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פס' 28 (פורסם בנבו, 5.5.2014); וכן ראו בהקשר זה סע"ש (ת"א) 14-06-24699 מחמלי נ' מדינת ישראל-שרות בתי הסוהר, פס' 28 לפסק דינה של השופטת אסנת רובוביץ-ברכש (פורסם בנבו, 5.9.2015); בש"א (י"ם) 01/2968 בלילתי נ' ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע לט עט (2001).
- 11 ראו בש"א (ת"א) 3863/09 עבדולכרים קאדי ואח' נ' רכבת ישראל (פורסם בנבו, 08.09.2009).
- 12 יצחק זמיר ומשה סובול "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה(1) 165, 228-232 (1999).
- 13 בר"ע (ארצי) 15-05-21567 ציציאשוילי – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 10.11.2015); בג"ץ 15/8966 ציציאשוילי נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים (פורסם בנבו, 10.1.2016). בישראל מבקשת הצעת חוק פרטית להציע הגנה מפורשת מפני הפליה על רקע משקל הגוף של המועסק. ראו הצעת חוק איסור הפליה מחמת משקל (תיקוני חקיקה) התשע"ו-2016 (פ/2674). בעניין ע"ע (ארצי) 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית (חל"צ) נ' מרינה משל (פורסם בנבו, 2.6.2015). הוכרה הפליה על בסיס מין כעילה שמכסה טרנסג'נדרים. תביעת הפליה ראשונה מסוגה, שבה תבעה אישה שלא התקבלה לתפקיד נציגת מכירות בגין המראה החיצוני שלה, הסתיימה בפשרה שבה קיבלה התובעת את מלוא סכום התביעה. ראו כתב תביעה בסע"ש 16-05-1103 אלפרין נ' פיליפ מוריסון בע"מ (עותק הסכם הפשרה מצוי בידי המחברת).
- 14 סעיף 2 להצעת חוק לייצוג הולם של יהודים בני המגזר החרדי בשירות הציבורי (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2015, פ/564123.
- 15 לדיון ביקורתי בתפיסה לפיה החרדים הם מיעוט לפי תיאוריות קונבנציונליות של מיעוטים רב-תרבותיים ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתיאוריה הרב-תרבותית במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי, משפט, חברה ותרבות 11 (ראיף זריק ואילן סכן עורכים, 2016).
- 16 משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה" עבודה חברה ומשפט יא 195 (2005).
- 17 ראו ע"א (נצרת) 198/09 סרור נ' רזידנט מיוזיק בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2009). (רשימת העילות בסעיף 3א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58, היא רשימה פתוחה). לדיון בניתוחים שונים שמציגים בתי המשפט בסוגיות אלה ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש' משפטים מא(3) 455, 491-498 (2011).
- 18 חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167 (2011) (השאלה הרלוונטית היא האם התקיימה פגיעה בשל ייחוס ערך שלילי לפרקטיקות מסוימות, בלי קשר לשאלת נכונותן ובנוסף בלי קשר לשאלה האם הן מאפיינות קבוצה או לא).
- 19 יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי – הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א(2) 257, 262-268 (1999); אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית" משפט נוסף 47, 48 (פברואר 2001); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה(א) 94, 126 (תש"ס).

- 20 ראו Alicia Ouellette, *Hearing the Deaf: Cochlear Implants, the Deaf Community, and Bioethical Analysis*, 45 VAL. U.L. REV. 1247 (2011); Neil Levy, *Reconsidering Cochlear Implants: The Lessons of Martha's Vineyard*, *Bioethics* 16(2) 134 (2002).
- 21 אחד הרבדים המרתקים של הטיעון של יושינו, ובכך הוא הקדים את זמנו, הוא שראוי לאמץ את דוקטרינת ההתאמות (accommodations), המזוהה כיום כרלוונטית ביחס לזכות לחופש דת וביחס לשוויון של אנשים עם מוגבלויות, גם לגבי קבוצות אחרות שחוקי איסור ההפליה מכירים בהן, כמו נשים, הומוסקסואלים, או מיעוטים גזעיים ואתניים.
- 22 לדיון בפוליטיקה של ניהול הזהות כאדם עם מוגבלות ולקשר בין הארון המוגבל לארון הקווירי ראו אלן סמואלס "הגוף שלי, הארון שלי: מוגבלות בלתי נראית וגבולות שיח היציאה מהארון" לימודי מוגבלות: מקראה 276 (שגית מור נטע זיו, ארלין קנטר, אדוה איכנגרין וניסים מזרחי עורכים, הוצאת מכון ון ליר/הקיבוץ המאוחד 2016).
- 23 Michal Hoffman, *Bodies Completed: On the Physical Rehabilitation of Lower Limb Amputees*, 17 HEALTH 229, 235 (2013).
- 24 יושינו מספר כי בתחילת דרכו כמרצה למשפטים קיבל עצה מעמית בכיר יותר, שלפיה יהיה לו סיכוי גדול יותר לקבל קביעות אם הוא יהיה a homosexual professional מאשר אם הוא יהיה a professional homosexual.
- 25 ראו תע"א (ת"א) 3816/09 מישל מלכה נ' התעשייה האווירית לישראל (פורסם בנבו, 02.08.2013), שבו המעסיק הפרטנציאלי דחה מועמד לעבודה רק על בסיס שמו, וכשנשלחו קורות חייו הזוהים בשם שאינו מסגיר את זהותו המזרחית, הוזמן לריאיון עבודה.
- 26 *Price Waterhouse v. Hopkin*, 490 U.S. 228, 251 (1989).
- 27 ראו Cynthia Estlund, *The Story of Price Waterhouse v. Hopkins*, 65-6 in *EMPLOYMENT DISCRIMINATION STORIES* (Joel Friedman ed., 2006) (קריאה של פסק הדין על רקע הניסיונות להגן על מי שאינו קונפורמיסטי מבחינה מגדרית).
- 28 Christopher Gilbert, *We Are What We Wear: Revisiting Student Dress Codes*, 1999 BYU EDUC. & L.J. 3, 16-17; 84 HARV. L. REV. 1702, 1707-12 (1971).
- 29 ראו יופי תירוש "להתיר את הקשירה הפנימית: כתיבה על הגוף השמן בתרבות של רוזן" תיאוריה וביקורת 228, 32 (2008).
- 30 חקיקה ישראלית ייחודית מסוגה בעולם מנסה למתן ייצוגים של רוזן קיצוני בפרסומות, המעוררים הפרעות אכילה. ראו חוק הגבלת משקל בתעשיית הדוגמנות, התשע"ב-2012. לדיון בחוק ראו חן זילברמן "קרבות אופנה" חוקים ה 237 (2013).
- 31 ראו יופי תירוש "משקל גוף: קטגוריה חדשה במשפט הישראלי" משפט ועסקים יט 861 (2016).
- 32 ראו Yofi Tirosh, *The Right To Be Fat*, 12 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 264, 310-312 (2012).
- 33 Paulette M. Caldwell, *A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender*, 40 DUKE L.J 365 (1991); *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981) שבו בית המשפט דחה את תביעתה של רוג'רס להפליה מינית וגזעית, ועל כך נכתבה ביקורת אקדמית נרחבת, לרבות על ידי יושינו בספרו.
- 34 גם לפני יושינו עסקו תיאורטיקנים של המשפט בשאלה עד כמה דרישות מראה חיצוני והתנהגות רלוונטיות לשוויון ולחירות. ראו למשל Katharine T. Bartlett, *Only Girls Wear Barrettes: Dress and Appearance Standards, Community Norms, and Workplace Equality*, 92 MICH. LAW. REV. 2541, 2543-44 (1994); Mary Anne Case, *Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*, 105 YALE L. J. 1, 66-68 (1995); Devon W. Carbado & Mitu Gulati, *Working Identity*, 85 CORNELL L. REV. 1259 (2000); Camille Gear Rich, *Performing Racial and Ethnic Identity: Discrimination by Proxy and Future of Title*

- VII, 79 N.Y.U.L.REV. 1134, 1194-95 (2004); Gowri Ramachandran, *Intersectionality as "Catch 22": Why Identity Performance Demands Neither Harmless Nor Reasonable*, 69 ALB. L. REV. 299 (2005); Yofi Tirosh, *Adjudicating Appearance: From Identity to Personhood*, 19 YALE J. L. & FEMINISM 49 (2007).
- 35 דונלד ו' ויניקוט **עצמי אמיתי, עצמי כוזב** (עמנואל ברמן עורך, אסנת הראל ואח' מתרגמים, הוצאת עם עובד, 2015).
- 36 ראו למשל Peter Goodrich, *Theatres of the Book: Covering, Flaunting, Marketing, Author and Text*, 14 LAW TEXT CULTURE XLI (2010); Paul Horwitz, *Review: Uncovering Identity – Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights by Kenji Yoshino*, 105 MICH. L. REV. 1283 (2007).
- 37 המנסח הבולט של טענה זו הוא ריצ'רד פורד, שטוען שהגנה מפני דרישות להיטמע תזיק לבני הקבוצות המופלות כיוון שהיא תיצור ציפייה שינהגו באופן "אותנטי" התואם את גזעם, מינם או נטייתם המינית, כזה שיקבע את הסטריאוטיפים כלפי זהויות אלה. ראו RICHARD T. FORD, *RACIAL CULTURE: A CRITIQUE* 188-190 (2005).
- 38 למרות התפתחויות דוקטרינריות כמו למשל ההכרה בהפרת חובת השוויון בהתקיים תוצאה מפלה, לא ברור עדיין עד כמה השתרשה בהצלחה הגישה הבוחנת את התקיימותה של הפליה על פי התוצאה ולא הכוונה. ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** 1 (2015). (מבקר את האמונה הרווחת שדוקטרינת "השוויון התוצאתי" חלה במשפט הישראלי, ומראה כיצד בפסיקה המובילה שבה עוצב עיקרון זה, ביסס בית המשפט העליון את הכרעתו, הלכה למעשה, על קיומה של כוונה של המפלה להפלות).
- 39 ראו שרון רבין מרגליות "שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי" **עבודה חברה ומשפט** טו (גיא מונדלק ופאינה מילמן-סיון עורכים, צפוי להתפרסם ב-2017).

