

מדוע שרירותיות כשלעצמה מפלה, גם אם אינה קשורה לעילות חשודות

מאת
מיטל פינטו*

תקציר

אף שהמבחן המקובל בפסיקה הישראלית הוא שהבחנה על בסיס קריטריון לא-רלוונטי היא בגדר הפליה אסורה, הדוקטרינה מגינה על הזכות לשוויון מפני הפליה לא-רלוונטית (או לא-עניינית) רק כשהיא נעשית על בסיס עילות שמכונות בספרות "עילות חשודות" או "חתכים חוקתיים קלאסיים", כגון השתייכות לקבוצות מיעוט גזעיות, לאומיות, דתיות, מיניות או מגדריות. גם חוקי איסור ההפליה – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה וחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים – אינם אוסרים הפליה בגין כל עילה לא-רלוונטית, אלא רק בגין עילות חשודות ספציפיות המנויות בהם. בניגוד לדוקטרינה הקיימת, מאמר זה מציע להכיר בהבחנות לא-רלוונטיות או שרירותיות כהבחנות מפלות גם אם הקריטריון השרירותי שעל בסיסו הן נעשו אינו קשור במישרין או בעקיפין לעילות חשודות או לעילות המנויות בחוקי איסור ההפליה. בניגוד להבחנות שפוגעות באידיאל האוטונומיה של פרטים, שאנו מוכנים להשלים עימן ושאיןנו מכירים בהן כהפלות (כגון הבחנות המבוססות על מנבאים אמינים), הבחנות שרירותיות גרידא הן הפליות מכיוון שהן מתעלמות מאספקט מרכזי באוטונומיה של פרטים, מצורכיהם ומתכונות ייחודיות להם הרלוונטיות להבחנות הנדונות. הטענה המרכזית במאמר היא שיש להכיר בהבחנות שרירותיות גרידא כהפלות, ועם זאת להכיר בכך שמדובר בהפלות בדרגת חומרה פחותה מהפלות על בסיס עילות חשודות או עילות המנויות בחוקי איסור ההפליה, מאחר שהפלות המתמצות בשרירותיות גרידא אינן כרוכות בהשפלה של פרטים.

* מרצה וחוקרת אורחת של המכון הישראלי באוניברסיטת שיקגו לשנת 2022; מרצה בכירה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת ובפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. אני מבקשת להודות לדור מנה על עזרה מעולה במחקר לקראת כתיבת מאמר זה. תודות שלוחות גם ליניב רוזנאי ולהלל סומר, שאירחו אותי בסדנה שלהם בנושא סוגיות במשפט ציבורי באוניברסיטת רייכמן, ולשלי קרייצר לוי על שאירחה אותי בסמינר "כיווני משפט" במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. הערותיהם והערות הסטודנטיות והסטודנטים באותם סמינרים תרמו רבות למאמר זה. תודתי שלוחה גם למערכת "עיוני משפט", שהשכיחה את המאמר בהארות ובהערות מקיפות ומעמיקות.

242	מבוא
246	א. תאוריות מובילות בנושא הפליה
248	ב. פסיקה העוסקת בהבחנות שרירותיות
248	1. חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה
257	2. פסיקה במשפט החוקתי
263	ג. מהי הבחנה שרירותית מפלה?
263	1. התנאי הראשון: על ההבחנה להיות שרירותית
270	2. התנאי השני: היעדר הצדקה נורמטיבית
272	ד. מדוע הבחנה שרירותית שאין לה הצדקה נורמטיבית היא בגדר הפליה
276	ה. יצירת מדרג נורמטיבי בתוך עילת ההפליה
278	ו. מדוע דיני איסור הפליה?
282	ז. טיעוני נגד והמענה להם
286	סיכום

מבוא

ברכה הועסק במשך שנים רבות בארגון "מגן דוד אדום בישראל" (להלן: "מד"א") כמתרים דם. בשנת 2003 הוא החל לעבוד בתפקיד מתאם התרמות. במסגרת תפקידו כמתאם התרמות הוא קיבל תשלום נוסף עבור "כוננות בפועל". במהלך חודשי העבודה האחרונים שלו התברר לברכה כי עובדים אחרים שהועסקו כמתאמי התרמות קיבלו גם תשלום תוספת "כוננויות גלובלית", שהוא לא קיבל. ברכה הגיש תביעה על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 בטענה להפליה בתשלום תוספת כוננויות גלובלית.¹

ארגון מד"א טען, כי במהלך שנת 2000 פנו מתאמי ההתרמות אל מנהלת בנק הדם בבקשה להעלות את שכרם עקב עבודה מאומצת. המנהלת פנתה אל מנכ"ל מד"א בעניין, והוא החליט להעניק למתאמי ההתרמות המפורטים במכתבו תוספת כוננות גלובלית. ברכה לא נכלל ברשימה זו, שכן בשנת 2000 עדיין לא נשא בתפקיד של מתאם התרמות. לדברי מד"א אין מדובר בהפליה, אלא בתוספת פרסונלית שאינה אינהרנטית לתפקיד מתאם התרמות. עוד טען מד"א, כי ברכה נעדר עילת תביעה על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה מאחר שההבחנה שנעשתה בעניינו לא הייתה מבוססת על אחת מעילות ההפליה.²

בית הדין לעבודה ציין כי "הדעת לא נוחה" ממצב שבו קבוצת עובדים שממלאת תפקיד מסוים זוכה להטבה כספית משמעותית, ואילו עובד שמתקבל שלוש שנים לאחר מכן אינו זוכה לה. בית הדין הוסיף, כי מד"א לא הצליח לנמק את השוני שבין ברכה לבין העובדים האחרים בהסבר המעיד על שוני רלוונטי ביניהם. ואולם בית הדין החליט לדחות את תביעתו של ברכה מחמת היעדר מקור נורמטיבי לתביעה.³ בלשונו של בית הדין לעבודה:

1 סע"ש (אזורי ת"א) 28751-05-15 ברכה – מגן דוד אדום (נבו) 8.5.2018.
 2 שם, בפס' 6, 9 ו-13 לפסק הדין.
 3 שם, בפס' 16, 23.

"יחד עם זאת, על מנת להיכנס לגדרו של החוק, על התובע להוכיח כי הסיבה לשונות בינו לבין העובדים האחרים, מקורה בהפליה אסורה, מחמת סיבה שאף אם אינה מנייה בחוק, הרי שהיא תואמת את תכליתו של החוק. שונות בין עובדים, על רקע שאינו קשור למגדר, מין, דת, מוצא וכיו"ב, אינו בגדר אפליה אסורה. חוק שוויון ההזדמנויות לא חוקק על מנת להתמודד עם שונות בין עובדים בכל הנוגע לתנאי עבודה, שאינה נובעת מעילה פסולה אשר החוק בא להוקיעה".⁴

פסק הדין בעניין ברכה אינו חריג בנוף דיני איסור ההפליה. אף שהמבחן המקובל בפסיקה הישראלית הוא שהבחנה על בסיס קריטריון לא-רלוונטי לחלוקת הטוב הנדונה היא בגדר הפליה אסורה,⁵ ברוב המקרים הדוקטרינה מגינה על הזכות החוקתית לשוויון מפני הפליה לא-רלוונטית (או לא-עניינית) רק כשהיא נעשית על בסיס עילות שמכונות בספרות "עילות חשודות" או "חתכים חוקתיים קלאסיים", כגון השתייכות לקבוצות מיעוט גזעיות, לאומיות, דתיות, מיניות או מגדריות.⁶ גם חוקי איסור ההפליה – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה⁷ וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים)⁸ – אינם אוסרים על הפליה בגין כל עילה לא-רלוונטית, אלא רק בגין עילות חשודות ספציפיות המנויות בהם.⁹

הספרות האקדמית חלוקה בשאלה מהי עילה "חשודה". ואולם, ההנחה המשותפת של רוב הספרות בתחום היא, שההגנה מפני הפליה במישור החוקתי היא הגנה מפני הבחנות המבוססות על תכונות ספציפיות שמסמנות שייכות של אדם לקבוצה פגיעה מבחינה סוציו-אקונומית, ושהחקיקה נגד הפליה, שמונה רשימת עילות חשודות, היא אחד הכלים

4 שם, בפס' 22.

5 ראו למשל ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1061, 1068 (1951); ד"נ 10/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971); בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508-507 (1989); בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 236, 193 (1998); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 344-345 (2000); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' שר הבריאות, פס' 9 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 28.7.2008); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 77 (2016) (להלן: מדינה "הזכות החוקתית לשוויון").

6 שם, בעמ' 65; יואב רותן "האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות" משפטים על אתר יב 1, 8 (2018). ציינית "ברוב המקרים", מכיוון שיש פסיקה של בית המשפט העליון המכירה בהגנה של הזכות החוקתית לשוויון גם מפני הבחנות לא-ענייניות שאינן קשורות במישרין או בעקיפין להשתייכות לקבוצות חשודות. אדון במקרים אלה להלן בפרק ב.

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

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

9 ראו את הדיון להלן בפרק ב.1.

להשגת שוויון מהותי בין קבוצות חזקות באוכלוסייה לקבוצות פגיעות יותר.¹⁰ רוב הספרות מבוססת על ההנחה, שהבחנות שרירותיות אשר אינן קשורות במישרין או בעקיפין לעילות חשודות אינן בגדר הפליה.¹¹

במאמר זה אני מבקשת לאתגר את ההנחה שדיני איסור ההפליה מכוונים להתמודד רק עם הבחנות המתבססות על עילות חשודות. טענתי המרכזית היא, שהבחנה הנעשית על בסיס קריטריון לא-רלוונטי היא הבחנה מפלה גם כאשר הקריטריון הלא-רלוונטי אינו קשור במישרין או בעקיפין לאחת הקבוצות הפגיעות שעל בסיסן בדרך כלל מורכבת רשימת העילות החשודות. אציע כי עלינו להבין את המושג אי-רלוונטיות כמונחים של אי-רציונליות או שרירותיות. לטענתי, הבחנות לא-רציונליות או שרירותיות הן מפלות, גם כאשר אין מדובר בעילות קלאסיות וגם כאשר אין כוונת זדון מאחוריהן. בשונה ממקרים שבהם נערכת הבחנה המבוססת על מנבא אמין, הפוגעת באידיאל האוטונומיה של מי שתכונותיהם אינן תואמות למנבא, הבחנה שרירותית ולא-רציונלית מתעלמת מאספקט מרכזי של אוטונומיה, שכן היא מתעלמת לחלוטין כמעט מהיכולות ומהצרכים הרלוונטיים הייחודיים של הפרט ונכשלת בטיפול שוויוני ומכבד בו.

יש לציין שמאמר זה אינו טוען כי יש להבין את רשימת העילות האסורות להפליה כרשימה פתוחה, להבדיל מרשימה סגורה. טענות מהסוג הזה בדרך כלל מצביעות על מעמדן הפגיע של קבוצות חברתיות שאינן נמנות ברשימת העילות להפליה, כגון של בעלי מוצא עדתי מזרחי, של טרנסג'נדרים, של כבדי משקל או של בעלי מראה חיצוני לא-שיגרתי, מאפיינים שבעטיים יש לכלול קבוצות אלה ברשימת העילות האסורות, גם אם הן אינן כלולות בה מבחינה רשמית.¹² מטרתי במאמר זה שונה. כל הבחנה מבוססת על השתייכות קבוצתית כלשהי (כך למשל, עובדים שהחלו לעבוד בתאריך מסוים לעומת עובדים שהחלו לעבוד

10 משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497, 510 (עניב מורגנטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016) (להלן: כהן-אליה "פוליטיקת הגועל").

11 ראו למשל; DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG 14-21, 53, 121-25 (2008); KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, BORN FREE AND EQUAL? A PHILOSOPHY INQUIRY INTO THE NATURE OF DISCRIMINATION 33-4 (2014); TARUNABH KHAITAN, A THEORY OF DISCRIMINATION LAW 6, n. 24 (2015); Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TORONTO L.J. 417, 420 (2009); Susanne Baer, *Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road*, 46 TULSA L. REV. 59, 63, 73, n. 47 (2010).

12 ראו למשל יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש' " משפטים מא 455 (2012); עידו קטרי "לא עוברות, לא נחמדות – המאבק הטרנסי וטקטיקות של משטור מגדרי בחוקי איסור הפליה" סקס אחר 615, 646 (אייל גרוס, עמליה זיו ורוי יוסף עורכים 2016); מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109 (2013); יופי תירוש "משקל גוף – קטגוריה חדשה במשפט הישראלי" משפט ועסקים יט 861 (2016); כהן-אליה "פוליטיקת הגועל", לעיל ה"ש 10, בעמ' 511-513 Elizabeth E. Theran, *Free to be Arbitrary and Capricious: Weight Based Discrimination and the Logic of American Anti-Discrimination Law*, 11 CORNELL J.L. & PUB POL'Y 113 (2001).

קודם לכן, כפי שעולה מהעובדות בעניין ברכה). הטיעון המרכזי שלי הוא שיש להכיר בהבחנות שרירותיות כמפלול, גם אם המובחנים לרעה אינם משתייכים לקבוצה חשודה או מזוהים עימה או עם קבוצה חברתית פגיעה. יש לעשות זאת, מאחר שהבחנות שרירותיות כשלעצמן מתעלמות מאספקט מרכזי באוטונומיה של פרטים.

הטיעון המוצע במאמר שואב השראה מהמשפט המנהלי, המכיר בהבחנות שרירותיות ככאלה שיש בהן משום הפליה או שהן מבוססות על שיקולים זרים, גם כשהן אינן מבוססות על קריטריונים של השתייכות לקבוצה חשודה או פגיעה. תרגום הטיעון המוצע במאמר זה להליכים משפטיים קונקרטיים יביא למהלך פרשני חדש, שאיננו רווח כיום בפסיקה; מהלך זה רואה בסעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובסעיף 3(א1) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, העוסקים בהפליה תוך קביעת "תנאים שלא מן העניין", סעיפים שמכירים בהבחנות שרירותיות גם כשהן אינן קשורות לקבוצות חשודות או פגיעות. גם אם קריאה זו אינה תואמת בהכרח את כוונת המחוקק הראשונית בחקיקתם של שני חוקים אלה, היא עשויה להיות ראויה משום שהיא מונעת פגיעה חריפה באוטונומיה של המובחנים. תרומתו של מאמר זה רלוונטית במיוחד לאור הדיון שבין השופט סולברג והשופטת ברק-ארז בעניין עדאלה¹³ סביב השאלה, אם יש להכיר בהבחנות שרירותיות גרידא כהבחנות מפלות הפוגעות בזכות החוקתית לשוויון. אף ששאלה זו חרגה מהגדרת לשם הכרעה בעניין, שני השופטים – סולברג וברק-ארז – פרסו משנה רחבה בנושא. שניהם הסכימו כי הבחנות "שרירותיות במובהק", בלשונו של השופט סולברג,¹⁴ פוגעות בזכות החוקתית לשוויון.¹⁵ אולם בעוד שהשופט סולברג השאיר את הסוגיה ב"צריך עיון",¹⁶ השופטת ברק-ארז לא הסתפקה בכך. אף שהיא הבהירה כי הדיון בסוגיה הוא ברמת הפשטה גבוהה, "מבלי לקבוע מסמרות",¹⁷ השופטת ברק-ארז הרחיבה את היריעה והסבירה מדוע יש להכיר בהבחנות "שרירותיות לחלוטין"¹⁸ ככאלה המבססות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, גם כשהן אינן קשורות לתבחינים חשודים או להעברת מסר משפיל או "מתייג" כלפי המובחנים.¹⁹ לא מן הנמנע, כי בעתיד הדיון הנרחב בסוגיה של הבחנות שרירותיות לחלוטין בעניין עדאלה יידרש לשם הכרעה במקרים אחרים.

פרק א של המאמר סוקר תאוריות דומיננטיות שונות של הפליה שאינן מכירות בהבחנות שרירותיות כשלעצמן כהפליה. פרק ב דן בפסקי דין שונים שעסקו בדינן של הבחנות לא-ענייניות במישור חוקי איסור ההפליה ובמישור הזכות החוקתית לשוויון. התמונה שעולה מהדיון היא, שברוב המקרים בתי המשפט אינם מוכנים להכיר בהבחנה לא-רלוונטית או לא-עניינית כשלעצמה כהפליה לפי חוקי איסור ההפליה. גם מהמקרים המעטים שבהם הוכרו הבחנות שרירותיות גרידא כמפלול לפי חוקי איסור ההפליה, אי-אפשר לחלץ

13 בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (נבו) 8.7.2021.

14 שם, בפס' 161 לפסק הדין של השופט סולברג.

15 שם, בפס' 30-31 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

16 שם, בפס' 161 לפסק הדין של השופט סולברג.

17 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

18 שם, בפס' 21 לפסק דינה.

19 שם, בפס' 12-24, 30-32 לפסק דינה.

הצדקה נורמטיבית משכנעת לכך. במישור החוקתי אתמקד בפסק הדין בעניין נסר,²⁰ שבו הוכרה שרירותיות כשלעצמה כהפליה הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון. אטען כי ההנמקה הנורמטיבית שבית המשפט הציג למהלך יוצא דופן זה נכונה. אבקש להרחיב אותה בהמשך המאמר, ולטעון שעליה לחול גם בנוגע להבחנות שרירותיות לפי חוקי איסור ההפליה. פרק ג מגדיר מהי הבחנה לא-רציונלית או שרירותית, ומספק שני תנאים מצטברים הנדרשים לקיומה של הבחנה שרירותית מפלה. פרק ד מסביר מדוע הבחנות שרירותיות כשלעצמן הן בגדר הפליה. פרק זה מרחיב את הטענות במאמר אחר שלי בנושא.²¹ פרק ה מדגיש כי הבחנות שרירותיות אומנם חמורות פחות מהבחנות על בסיס עילות חשודות, אך הכרה בהבחנות שרירותיות כהפליה אינה גורעת מחומרת ההפליה על בסיס עילות חשודות. פרק ו מסביר מדוע המסגרת המתאימה לדיון משפטי בהבחנות שרירותיות היא דיני איסור ההפליה ולא מסגרות נורמטיביות אחרות. פרק ז מתמודד עם טענות שונים, כגון טענות החירות והאוטונומיה של הצד המפלה, שמועלים בדרך כלל כנגד הטיעון המוצג במאמר.

א. תאוריות מובילות בנושא הפליה

הספרות התאורטית על דיני איסור הפליה עשירה מאוד. בחלק זה אתאר בתמצית את התאוריות הדומיננטיות בתחום, אשר מבינות את דיני איסור ההפליה כדינים שאוסרים על הבחנות על בסיס עילות חשודות בלבד. הספרות התאורטית על דיני איסור הפליה מזהה שלושה רעיונות מרכזיים העומדים בבסיס דיני איסור ההפליה: שוויון, כבוד וחירות. על פי התפיסה השוויונית, חוקי איסור ההפליה מוצדקים בשל היותם צעד הכרחי לקיום צדק חלוקתי בחברה. על פי התפיסה הסובבת סביב הערך של כבוד, חוקי איסור ההפליה מוצדקים בגלל שהם אוסרים על הבחנות אשר משפילות אינדיבידואלים ופוגעות בכבודם. תפיסת החירות מבינה את חוקי איסור ההפליה כחוקים המבטיחים אוטונומיה לפרטים באמצעות שחרורם מהעול המוטל עליהם באופן לא-שוויוני בגלל השתייכותם לקבוצות מסוימות בחברה.²² נקודת המוצא של שלושת הרעיונות הללו היא ההנחה שרק הבחנות המבוססות על עילות חשודות הן בגדר הפליה. העילות החשודות מסמנות תכונות של אנשים המזהות אותם עם קבוצה פגיעה – כמו גזע, מין, דת ומגדר.

שלומי סגל, המזוהה עם התפיסה השוויונית, טוען שמטרת דיני איסור ההפליה היא למזער את א-השוויון ולהבטיח חלוקת משאבים והזדמנויות הוגנת בחברה. סגל מדגיש כי קבוצות פגיעות בחברה הן מרכזם של דיני איסור ההפליה, שכן מי שמזוהים עם קבוצות אלה נמצאים מלכתחילה בעמדת נחיתות בנוגע לחלוקת משאבים והזדמנויות.²³ במילים אחרות, עילות הפליה עוזרות לנו לזהות קבוצות פגיעות שאסור שהיו חשופות להפליה, אשר רק תחמיר את מצבן הפגיע יותר מבחינת ההיררכייה הגזעית, המינית או המגדרית. עבורה הלמן, המזוהה עם הגישה הסובבת סביב הערך של כבוד, טוענת כי הסיבה שהעילות החשודות הן במרכזם של דיני איסור ההפליה נובעת מהבניה חברתית הנוגעת לתכונות כמו

20 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (נבו 22.5.2012).
 21 Meital Pinto, *Arbitrariness as Discrimination*, 34(2) CANADIAN J.L. & JURIS. 391 (2021).
 22 Tarunabh Khaitan, לעיל ה"ש 11, בעמ' 6-7; Lippert-Rasmussen; לעיל ה"ש 11, בעמ' 2.
 23 Shlomi Segal, *What's So Bad About Discrimination?*, 24 UTILITAS 82, 96-7 (2012).

גזע ומין, ולפיה הן מאפיינות קבוצות שקופחו בעבר ועודן מקופחות או שנמצאות במצב נחות יותר בהיררכייה החברתית. בגלל ההבניה החברתית, הבחנות המבוססות על עילות חשודות נוטות להיות משפילות, משום שהן נושאות מסר משפיל המנציח את נחיתותן של הקבוצות הפגיעות בחברה.²⁴ הלמן מגדירה השפלה כפרקטיקה אשר מדכאת אדם, מזכה אותו, כופפת אותו או רואה בו אובייקט שאינו אנושי לגמרי או בעל ערך נמוך משל שאר בני האדם.²⁵ השאלה אילו הבחנות משפילות ואילו אינן משפילות תלויה לדעת הלמן בהכרח בהקשר תרבותי מסוים. הפרשנות וההבנה של המושג "השפלה" מושפעות מן ההיסטוריה, מן התרבות וממערכת ההבחנות החברתיות הנהוגה בחברה מסוימת.²⁶ כך למשל, הוראה המורה רק לשחורים לשבת בחלק האחורי של האוטובוס היא משפילה לא משום שהיא מקצה מספר קטן יותר של מקומות ישיבה לשחורים או מפני שמושבים אחוריים באוטובוס הם בהכרח טובים פחות ממושבים קדמיים; היא משפילה משום שהיא מנציחה את המסר השלילי של היסטוריית הפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית שבארצות הברית.²⁷ באופן דומה, מעסיקים הדורשים רק מעובדות להתאפר משפילים אותן לא רק בגלל המאמץ העודף שהן נדרשות להשקיע במראן החיצוני בהשוואה לעובדים, אלא בעיקר כי הדרישה לאיפור קשורה להבנה מסוימת של הגוף הנשי כאובייקט לקישוט המוצג לשם גרימת הנאה לאחרים.²⁸ מושג השפלה אצל הלמן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי או רגשי. כלומר, הבחנה מסוימת יכולה להשפיל אדם גם אם אי-אפשר לזהות אצלו יסוד נפשי סובייקטיבי של תחושת נחיתות.²⁹ ברוח דומה טוען אמנון רייכמן, כי יש להוציא את רגשותיו של קורבן ההשפלה אל מחוץ לפרשנות של המונח "השפלה", מכיוון שמהותה של השפלה בהקשר של הפליה אינה פגיעה ברגשות, אלא הדרה של פרטים המשרדת מסר שלפיו הם אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת.³⁰

סופיה מוראו, המצדדת בתפיסת החירות, טוענת שדיני איסור ההפליה אמורים להגן על חירותם של פרטים לבחור את מסלול חייהם מבלי שיהיו כבולים בתכונות חיצוניות להם, כגון צבע עור או מין.³¹ אף שתכונות אלה יכולות להיות בעלות ערך כלפי הפרטים

24 HELLMAN, לעיל ה"ש 11, בעמ' 28.

25 שם, בעמ' 29, 35.

26 שם, בעמ' 35.

27 שם, בעמ' 27.

28 שם, בעמ' 42-43. לתיאור מורחב של גישתה של הלמן, ראו גם פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 130-132; רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו: תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן" עיוני משפט מב 283, 295-296 (2019).

29 HELLMAN, לעיל ה"ש 11, בעמ' 27-35.

30 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469, 529 (2004). לפרשנות שונה, התופסת השפלה כגורמת לתחושה סובייקטיבית של רגשות כואבים, נחיתות וחוסר אונים, ראו דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 559-563 (2001). לביקורת על הרעיון שלפיו הפליה כרוכה בהכרח בהשפלה במובן הרגשי, ראו אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111, 114-116 (2013).

31 Sophia Moreau, *What is Discrimination?*, 38 PHIL. & PUBLIC AFF. 143, 147 (2010).

הנושאים אותן, יש לאפשר לפרטים לתכנן את חייהם מבלי שיהיו כבולים בעול החברתי שתכונות אלה עשויות להטיל עליהן.³² גם אם פרטים מייחסים ערך לתכונות כגון השתייכות דתית או מגדרית, ולכן גם מבקשים לשקלל את השתייכותם הדתית או המגדרית בשיקולים המובילים אותם להחליט היכן הם יגורו או כמה יעבדו, על דיני איסור ההפליה לחתור למצב שבו אותם פרטים אינם נושאים בעלות חברתית על כך. תפקידם של דיני איסור ההפליה הוא לוודא שאותם פרטים אינם מוערכים פחות בגלל תכונות אלה בקרב החברה הסובבת אותם, כגון המעסיקים, המורים או השכנים שלהם.³³ מוראו אינה מנסה לספק רשימה ממצה של תכונות לא-רלוונטיות שהן בגדר עילות אסורות להפליה. עבודה, רשימת העילות האסורות להפליה מייצגת בחירה ערכית בתכונות אשר מטילות עול חברתי על הנושאים אותן.³⁴ על כן רשימת התכונות יכולה להשתנות מחברה לחברה בהתאם למטען החברתי השונה בהקשרים חברתיים שונים.³⁵

בפרק הבא אדון בפסיקה שעסקה בהבחנות לא-ענייניות או לא-רלוונטיות שאינן קשורות במישרין או בעקיפין להשתייכות לקבוצות חשודות או מובהקות. הדיון בפסיקה זו ייעשה בשני מישורים. המישור הראשון הוא פסקי דין שעסקו בטענות הפליה לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. המישור השני הוא פסקי דין שעסקו בטענות הפליה של הבחנות לא-רלוונטיות על בסיס הזכות החוקתית לשוויון. מתוך הדיון על פסקי הדין נבין את יחס המשפט הישראלי להבחנות שרירותיות. אצביע על כך, שגם מהמקרים הבודדים שבהם הפסיקה הכירה בהבחנות שרירותיות כשלעצמן כהפליות, אי-אפשר לחלץ נימוק נורמטיבי משכנע לכך.

ב. פסיקה העוסקת בהבחנות שרירותיות

1. חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה

מועטים המקרים שבהם הוגשה תביעה על הפליה לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים או לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בגין הבחנה שהתבססה על קריטריון לא-רלוונטי שאינו מנוי בעילות ההפליה השונות הכלולות בחוקים אלה. יכולות להיות כמה סיבות לכך. ייתכן שהסיבה למיעוט המקרים היא העובדה שהרשימה של עילות ההפליה המנויות בחוקים אלה מרתיעה תובעים שאינם משתייכים לקבוצות המסומנות באמצעות עילות ההפליה; ייתכן כי לא רבים הם המקרים של פרטים שהובחנו באופן שרירותי והבינו שנפגעו או זיהו פגיעה חמורה מספיק, ברמה שמצדיקה פנייה לבית המשפט.³⁶ ובכל זאת

32 שם, בעמ' 148.

33 שם, בעמ' 149.

34 שם, בעמ' 157.

35 שם, בעמ' 147.

36 ברוח המאמר הידוע על אודות "Naming, Blaming and Claiming", ייתכן שהפרטים שנפגעו מהבחנות שרירותיות לא עברו את שלב ה-naming, השלב שבו פרטים מבינים שנפגעו ושפגיעתם חמורה מספיק כדי לפנות לבית משפט לקבלת סעד. ראו Bill Felstiner, Rick Abel & Austin

המקרים הספורים שנמצאים בפסיקה³⁷ מעידים על כך, שהבחנות שרירותיות שאינן מבוססות על רשימת העילות המנויה בחוקים אלה אינן בגדר אתגר במישור התאורטי בלבד. זאת ועוד, הדרכים השונות שבהן התייחסו בתי המשפט למקרים אלה יכולות להעיד על העבודה הנורמטיבית הנדרשת כדי להצדיק את העמדה המובעת במאמר זה.

העמדה הדומיננטית באשר לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ולחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים היא שהם משקפים את מודל השוויון הקבוצתי.³⁸ לפי מודל זה, רק הבחנות המבוססות על רשימת העילות המנויות בחוקים אלה, המסמנות את הקבוצות הספציפיות שהחוקים מגינים עליהן, יכולות להיות עילה להפליה. אתחיל בפסיקה הנוגעת לחוק איסור הפליה במוצרים ומשירותים. חלק קטן ממנה מכיר בעמדה ששרירותיות כשלעצמה, גם אם היא אינה קשורה לאחת העילות המנויות בחוק, היא בגדר הפליה על פי החוק. חלק אחר מהפסיקה, משמעותי יותר, שולל עמדה זו מכול וכול. פסק הדין הראשון שאיתרתי, אשר עסק בשאלה אם הבחנה שרירותית כשלעצמה היא בגדר הפליה גם אם היא אינה קשורה לעילות המנויות בחוק, הוא פסק הדין בעניין קיבוץ רמות מנשה.³⁹

המשיב בעניין קיבוץ רמות מנשה היה אדם כהה עור ממוצא מזרחי שביקש להיכנס עם חברו, גם הוא כהה עור ממוצא מזרחי, למועדון בילויים בקיבוץ רמות מנשה. הסלקטור בכניסה עיכב את כניסתם של השניים ואחר כך סירב להכניסם בטענה כי הם "לא נראים לו טוב בעין".⁴⁰ בית המשפט קבע, כי כניסת המשיב למועדון נמנעה בשל גוונו עורו וכי התנהגות זו היא בגדר הפליה לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. בית המשפט המחוזי קיבל את גרסתו של המשיב כי דובר בהפליה על רקע צבע עור, ודחה את הערעור.⁴¹

Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & Soc'y Rev. 631, 633-35 (1980-1981).

37 פרק זה כולל דיון בכל פסקי הדין שמצאתי העוסקים בהבחנות שרירותיות ושהועלתה בהם טענה המבוססת על חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים או על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. על מנת לאתר את המקרים הספורים שנמצאים בפסיקה העוסקים בהבחנות שרירותיות ביצעתי חיפוש במאגר המידע "נבו" לפי שני קריטריונים. ראשית, חיפשתי את כל פסקי הדין שמזכירים את עניין רמות מנשה (ראו להלן ה"ש 39) בנושא חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ואת כל פסקי הדין שמזכירים את עניין נגלר (ראו להלן ה"ש 75) בנושא חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. הטעם לכך הוא שבפסקי דין אלה נדונה השאלה אם כל הבחנה שמבוססת על קריטריון לא־רלוונטי ואשר אינה עונה על החריגים שבחוק תוגדר כהפליה גם אם היא אינה מופיעה ברשימת העילות האסורות להפליה בחוק. שנית, ביצעתי חיפוש של כל פסקי הדין המזכירים את המונחים "לא־רלוונטית" ו"שרירותית" או אחד מהם. ממצאי החיפוש נכונים ליום 6 בפברואר 2022.

38 יפעת ביטון "על שלושה דברים העולם (הליברלי) עומד, והשוויון צולע" עבודה, חברה ומשפט טו 55, 68-71 (2018).

39 בע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי, פס' 27 (נבו 7.1.2008) (להלן: עניין רמות מנשה).

40 שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת וסרקרוג.

41 שם, בפס' 12-22 לפסק דינה.

השופט שפירא, שסבר גם הוא שיש לדחות את הערעור, ציין בדעת יחיד שלא הוכח שהמשיב הופלה בגלל צבע עורו. השופט שפירא הסתמך בעניין זה על העובדה כי המשיב עצמו בילה בעבר במועדון, וכי במועדון מבליים אנשים בעלי צבע עור כהה. אולם השופט שפירא קבע, כי אף שלא הוכחה לדעתו הפליה על רקע צבע עור, הרי עילות ההפליה המנויות בחוק אינן מהוות רשימה סגורה, וכי כל הבחנה שמבוססת על קריטריון לא-רלוונטי ואשר אינה עונה על החריגים שבחוק תוגדר כהפליה. לדבריו של השופט שפירא, "המחוקק לא יכול לצפות ולפרט בדבר חקיקה כל סוג של הפליה אפשרית. לכן צוינו בחוק סוגי הפליה מוכרים ועיקריים. ואולם פירוש החוק צריך להיות שכל הפליה שבבסיסה מתן יחס שונה לשווים היא הפליה פסולה האסורה על מי שבוחר לנהל עסק ציבורי או לספק שירות לכלל הציבור".⁴²

השופטת וסרקרוגו הסתייגה מעמדתו של השופט שפירא, וציינה כי אלמלא הוכחה הפליה על רקע צבע עורו של המשיב לא היה מקום לקבל את תביעתו. לדבריה של השופטת וסרקרוגו, ההפליה שאליה התייחס השופט שפירא "היא הרבה מעבר לחוק האמור". היא ביקשה להשאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם רשימת העילות שבחוק היא בגדר רשימה פתוחה, אך הדגישה כי "סוגי ההפליה בהם מדובר עיקרם מחמת השתייכות קבוצתית ומאפיינים אחרים המנויים בחוק, או בדומיהם".⁴³ השופט כהן הסכים עם עמדתה של השופטת וסרקרוגו.⁴⁴

אף שהשופט שפירא היה בדעת יחיד בעניין קיבוץ רמות מנשה, עמדתו התקבלה בפסק הדין של השופט בן-חמו בעניין קיבוץ רמת דוד.⁴⁵ עם זאת יש לציין, כי באותו עניין טען התובע כי הוא הופלה בשל צבע עורו השחור וכי השופט בן-חמו קיבל גרסה זו. נראה שהסיבה המרכזית שבגינה קבע השופט בן-חמו כי החוק מגן מפני כל הפליה שרירותית (ולא רק כזו המתבססת על אחת העילות הקבועות בחוק) היא לא העוול שיצרה השרירותיות כשלעצמה, אלא הרצון למנוע הכשרת ברירה שרירותית בכניסה למועדונים, אשר בסופו של דבר תעודר הפליה סמויה כלפי הקבוצות שהחוק בא להגן עליהן.⁴⁶

אני סבורה כי יש להבין באופן דומה גם את פסיקתו של השופט כהן בעניין סרור⁴⁷ ואת פסיקתה של השופטת וינברגר בעניין גלי גיל.⁴⁸ בעניין סרור קבע השופט כהן, כי יש לקבל את תביעתם של התובעים אף שעילת הפליה שעליה הצביעו הייתה מקום מגורים, עילה שאינה מופיעה בעילות המנויות בחוק. השופט כהן אומנם קבע כי החוק מיועד למנוע כל סוג של הפליה ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים ושירותים,⁴⁹ אך אין להתעלם מטענת המערערים בעניין הזה. טענתם הדגישה כי מקום מגוריהם שבגיניו

42 שם, בפסק הדין של השופט שפירא.

43 שם, בפס' 27 לפסק הדין של השופטת וסרקרוגו.

44 שם, בפסק הדין של השופט כהן.

45 ת"א (שלום עפ') 07-08-353 לירן נ' קיבוץ רמת דוד, פס' 24-27 לפסק הדין של השופט בן-חמו (נבו 5.1.2009).

46 שם, בפס' 27 לפסק דינו.

47 ע"א (מחוזי נצ') 98/09 סרור נ' חברת רזידנט מיוזיק בע"מ (נבו 25.11.2009).

48 ת"א (שלום קר') 13-11-11009 פלונית נ' גלי גיל מרכז לספורט ונופש בקרית מוצקין בע"מ, פסק הדין של השופטת וינברגר (נבו 18.6.2015) (להלן: עניין גלי גיל).

49 עניין סרור, לעיל ה"ש 47, בפס' 21 לפסק הדין של השופט כהן.

הובחנו הוא היישוב קצרין, המאופיין בקהילה גדולה מארצות מוצא מזרחיות ובדירוג סוציו-אקונומי נמוך.⁵⁰ ייתכן אם כן, כי כמו בעניין קיבוץ רמת דוד, גם בעניין סרור קבע השופט כהן כי החוק מיועד למנוע כל סוג של הפליה, ובעיקר כדי למנוע הפליה עקיפה על רקע מוצא או צבע עור.

פסק הדין בעניין גלי גיל עסק במועדון ספורט ונופש שלא התיר את כניסתה של חולת פסוריאזיס לבריכות במקום, על אף שהיא הציגה אישור רפואי שלפיו מחלת הפסוריאזיס אינה מידבקת. מועדון הספורט טען שהוא סירב להכניס את התובעת לבריכות במקום מפני שהמראה החיצוני של הפצעים שלה הפריע לשאר המנויים מבחינה אסתטית. אף שהתובעת לא הצליחה להוכיח כי היא משתייכת לאחת הקבוצות המוגנות בחוק איסור הפליה במוצרים ושרירותים, בית המשפט קיבל את תביעתה ופסק כי גם שרירותיות כשלעצמה עולה כדי הפליה. השופט וינברגר קיבלה את עמדתו של השופט שפירא, שלפיה בהיעדר טעם סביר וענייני להבחנה בין שווים מדובר בהפליה,⁵¹ אולם נראה שהסיבה המרכזית שבגינה קיבלה השופטת את התביעה היא שהתובעת הופלתה על רקע השתייכותה לקבוצת חולי הפסוריאזיס.⁵² כלומר, לדעתה של השופטת מטרת החוק היא לאסור הפליה על בסיס השתייכות קבוצתית, ומאחר שהתובעת משתייכת לקבוצה אין מניעה לראות בהבחנה הפליה, גם אם הקבוצה שאליה היא משתייכת אינה כלולה בעילות ההפליה שבחוק. השופטת הדגישה כי התובעת נמנית עם קבוצה של חולים במחלה אוטואימונית שהנגעים על גופם אינם בשליטתם, ולכן ההבחנה על בסיס המחלה פוגעת בכבודה.⁵³ משכך, אין לדעת אם התביעה להפליה הייתה מתקבלת אילו דובר בהפליה שרירותית שאינה מבוססת על השתייכות לקבוצה פגיעה של חולים.

מכל מקום, נראה כי בפסיקה ישנן שתי עמדות מקבילות. אם פסק הדין של השופט שפירא ופסקי הדין האחרים שקיבלו את עמדתו מפיחים תקווה באשר לאפשרות להכיר בהבחנה שרירותית גרידא כהפליה, הרי עניין ג.י.א.ת.⁵⁴ שלל את עמדתו של השופט שפירא, וכך גם פסקי דין אחרים שנפסקו בהתאם לעמדה שנקבעה בו. בניגוד לעניין קיבוץ רמות מנשה ולעניין גלי גיל, עניין ג.י.א.ת. עסק בהבחנה שרירותית גרידא שאין לה קשר להשתייכות לקבוצה מובהקת או לקבוצה כלשהי. פסק הדין עסק בזוג שלא הורשה להיכנס לבר, אף שהמקום לא היה מלא ואף שבאותו זמן הותרה כניסה לשני זוגות חברים שלהם. בית המשפט לתביעות קטנות קיבל את התביעה של הזוג, ופסק כי המבקשת הפלתה את המשיב בניגוד להוראות חוק איסור הפליה במוצרים ושרירותים.⁵⁵ בערעור לבית המשפט המחוזי העידו בעלי הבר כי "הכניסה למקום מתאפשרת 'לפי ראות עיניהם' של האחראים על כך".⁵⁶ השופט זילברטל סיכם את המסכת העובדתית במילים הבאות: "מניעת הכניסה לא נעשתה

50 שם, בפס' 12 לפסק דינו.

51 עניין גלי גיל, לעיל ה"ש 48, בפס' 30 לפסק הדין של השופט וינברגר.

52 שם, בפס' 33 לפסק דינה.

53 שם, בפס' 38 לפסק דינה.

54 בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור (נבו 25.9.2008) (להלן: עניין ג.י.א.ת.).

55 ת"ק (שלום י-ם) 5059/07 מור נ' "בר אייזון" חברה פרטית (נבו 7.5.2008).

56 עניין ג.י.א.ת., לעיל ה"ש 54, בפס' 4 לפסק הדין של השופט זילברטל.

על רקע של הפליית הנמנים על מי מהקבוצות הנזכרות בסעיף 3(א) לחוק, אלא באופן שרירותי – 'לפי ראות עיניהם'." ⁵⁷

השופט זילברטל קיבל את הערעור, תוך שהוא מצייין במפורש כי "גם אם צודק המשיב בטענתו, לפיה כניסתו לבר סורבה באופן סתמי, שרירותי, על פי גחמותיה של ה'מארכת', הרי שאין סירוב זה מהווה הפליה על פי החוק". ⁵⁸ לדבריו, מטרת החוק "היא לטפל בהפליה כנגד אדם 'רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר'... החוק לא התיימר להטיל על בעלי עסקים פרטיים חובה מוחלטת לנהוג בשוויון כלפי שווים". ⁵⁹

תמיכה בעמדתו זו של השופט זילברטל הובעה בשורה של פסקי דין. ⁶⁰ רוב פסקי הדין שתמכו בעמדתו של השופט זילברטל עסקו בתובעים שטענו כי הופלו על רקע מוצאם המזרחי, אך לא היה בידיהם להוכיח כי אכן הופלו בשל עילה זו. ⁶¹ שלושה עניינים שעסקו

- 57 ש.ם.
- 58 ש.ם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט זילברטל.
- 59 ש.ם, בפס' 10 לפסק דינו.
- 60 ראו ת"א (שלום חי') 2786/07 עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ, פס' 114 לפסק הדין של השופט פרידמן (נבו 14.1.2010); ת"א (שלום חד') 17059-06-09 ערבה נ' גו אנד סיפ בע"מ, פס' 14 לפסק הדין של השופטת אסיף (נבו 18.1.2011); ת"א (שלום ת"א) 24272-10-09 מנו נ' מלכה, פס' 8-9 לפסק הדין של השופט אטדגי (נבו 13.12.2010); ת"א (שלום רח') 1923/08 אביטבול נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 74 לפסק הדין של השופטת טויסטר ישראלי (נבו 16.4.2012); ת"א (שלום ראשל"צ) 51300-10-10 מזרחי נ' לילה לבן ק.ט.ר בר בע"מ, פס' 37 לפסק הדין של השופטת בלכר (נבו 14.11.2012); ת"א (שלום עכו) 13340-03-19 לייף אנד פיטנס מעלות 2014 בע"מ נ' פוליאק, פס' 6 לפסק הדין של השופט רוזינס (נבו 24.3.2019); תא"ם (שלום חד') 25316-11-19 רבש נ' כפר הים ניהול (1994) בע"מ, פס' 30-29 לפסק הדין של השופטת אונגר ביטון (נבו 29.12.2020); תא"ם (שלום ת"א) 8348-10-19 חיסונים – בחירה מושכלת (ע"ר) נ' סיטיקידס מרכז אנגלית בע"מ, פס' 27-29 לפסק הדין של השופט צימרמן (נבו 29.9.2021).
- 61 ראו את עניין עקיבא, לעיל ה"ש 60, בפס' 39 לפסק הדין של השופט פרידמן; עניין ערבה, לעיל ה"ש 60, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת אסיף; עניין אביטבול, לעיל ה"ש 60, בפס' 61 לפסק הדין של השופטת טויסטר ישראלי; עניין מזרחי, לעיל ה"ש 60, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת בלכר. כפי שיופי תירוש טוענת בצדק, התובעים המזרחים בתיקי הפליה בכניסה למועדונים נמצאים במלכוד: מצד אחד, כדי לבסס תביעת הפליה עליהם להיראות מזרחים באופן מובהק, ומן הצד האחר, המראה הזה מוליד את הסינון שלהם מהמועדון. ראו יופי תירוש "לא רואים עליך" – מלכוד העמימות של זהות מזרחית בפסיקת הפליה במועדונים" משפט וממשל כג 421 (2021). ייתכן שהמלכוד נובע מהקושי לזהות מזרחיות בגלל שהיא נתפסת כזהות ביניים חמקמקה, הממוקמת במשפט הישראלי במרחב ש"בין לבין" – בין הקטגוריות החוקיות המוכרות של "היהודי" ו"הערבי". ראו עידו קטרי "הטרנסיות של הפליית מזרחים – קריאה אנטי-מהותנית בחוקי איסור הפליה" משפט וממשל כג 151 (2021). הסבר אחר למלכוד הוא שהאידיאולוגיה הציונית הדומיננטית בישראל מסרבת להכיר ביהודים מזרחים כקבוצת מיעוט או כקבוצה נפרדת. ראו איסי רוזן-צבי ויובל יקותיאל "מקומו של השלטון המקומי במימוש הזכות לתרבות של מזרחים בישראל" משפט וממשל כג 467 (2021).

בתביעות הנוגעות להבחנות שרירותיות ונדחו הם יוצאי דופן בהקשר הזה. הראשון הוא עניין קשת ניקוי יבש⁶², שבו לא נטענה הפליה על רקע מוצא מזרחי. השני והשלישי הם עניין עזיזי⁶³ ועניין כהן⁶⁴, שעסקו גם הם בהבחנות שרירותיות, וגם בהם לא נטען להפליה על רקע מוצא מזרחי, אלא על רקע העילה של השקפה.

בעניין קשת ניקוי יבש ביקש התובע למסור במכבסה חולצה לגיהוץ. מנהל המכבסה סירב לקבל את החולצה וטען כי זו "הזכות הלגיטימית" שלו "בתור בעל הבית" לבחור את לקוחותיו. כאשר נשאל המנהל לפשר סירובו לקבל את החולצה לגיהוץ, השיב: "סתם משום שבא לי, הפרצוף שלך, האף שלך לא מוצא חן בעיני".⁶⁵ השופטת בלכר דחתה את התביעה, בין השאר משום ש"הנתבע לא סירב לקבל מהתובע את החולצה 'מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, או הורות', כנדרש לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה".

עניין עזיזי עסק בבית ספר לשחייה שכלל שתי מסגרות: האחת היא מסגרת הישגית, שבגדרה התאמנה נבחרת של בני נוער המשתתפת בתחרויות; האחרת היא חוג שחייה "רגיל", שבמסגרתו בין היתר הועברו שיעורי שחייה לילדים ולבני נוער. ההורים נדרשו לשלם סכום מסוים עבור ילדים שהתאמנו בנבחרת, ומעט פחות מסכום זה עבור ילדים בחוג השחייה הרגיל. אחד מבניה של התובעת התאמן במסגרת הנבחרת, ושניים מילדיה התאמנו במסגרת חוג השחייה הרגיל. לטענתה של התובעת, כמעט כל הכספים שמשלמים הורי השחיינים הופנו לטובת שחייני הנבחרת, על אף שהורי השחיינים שאינם בנבחרת שילמו את אותו סכום כמעט. התובעת מחתה על מדיניות זאת באמצעות חלוקת פליירים והפגנות מול בריכת השחייה. כשרצתה לחדש את רישומו של בנה לנבחרת השחייה, נאמר לה כי בנה לא יוכל להירשם לנבחרת בגלל המחאות שלה. לבסוף הוסכם להחזיר את בנה לנבחרת, אולם לטענתו הוא ספג שם יחס משפיל, הודר מתחרות אליפות הארץ בכריכות קצרות ומפעילויות חברתיות אחרות במסגרת הנבחרת.

השופט סתיו דחה את טענת ההפליה, וקבע כי השקפה אשר החוק אוסר להפלות על בסיסה היא השקפה הנושאת מאפיינים קבוצתיים, כגון עמדה פוליטית, ולא מחלוקת נקודתית קונקרטית כמו זו שהתגלעה בין התובעת לבין המשיבים באשר לאופן שבו יש להשתמש בכספים שמשלמים הורי השחיינים.⁶⁶ השופט סתיו הדגיש כי "גם אם תאומץ הגישה הרואה בעילות המנויות בסעיף 3(א) לחוק רשימה פתוחה, נדרש לכל הפחות כי ההפליה תהיה על יסוד מאפיינים של השתייכות קבוצתית".⁶⁷

62 ת"ק (שלום ראשל"צ) 18741-02-10 י"ק ל' נ' קשת ניקוי יבש בע"מ (נבו 8.6.2010) (להלן: עניין קשת ניקוי יבש).

63 ת"א (שלום ראשל"צ) 46994-02-16 עזיזי נ' החברה העירונית ראשון-לציון – לתרבות, ספורט ונופש בע"מ (נבו 31.7.2019).

64 ת"א (שלום י-ם) 42287-01-18 כהן נ' ועד מקומי רבבה (נבו 20.8.2020).

65 עניין קשת ניקוי יבש, לעיל ה"ש 62, בפסק הדין של השופטת בלכר.

66 עניין עזיזי, לעיל ה"ש 63, בפס' 19-20 לפסק הדין של השופט סתיו.

67 שם, בפס' 21 לפסק דינו.

הקביעה בעניין עזיזי יושמה גם בעניין כהן.⁶⁸ שם דובר בתושבת היישוב רבבה (כהן) אשר העבירה חוג ביישוב. ועד היישוב הציע שירותי גבייה עבור כל מעבירי החוגים ביישוב (כולל כהן) בכך שאסף את דמי ההשתתפות בחוגים מהתושבים כחלק מגביית התשלום עבור מיסי היישוב. לאחר שכהן ביקשה לעיין בדוחות הכספיים של הוועד, הודיע לה הוועד שאין בכוונתו להמשיך ולהעניק לה שירותי גבייה. הוועד טען כי הוא הפסיק להעניק את שירותי הגבייה לכהן, מאחר שהיא מנהלת מסע הכפשות נגדו על רקע חשדות שלה בנוגע להתנהלות כספית לא־תקינה. כהן טענה כי הפסקת שירותי הגבייה מטעם הוועד היא הפליה על בסיס השקפה בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.⁶⁹

בדומה לעניין עזיזי, גם בעניין כהן קבעה השופטת צ'רקה כי "השקפה אינה דעה בנוגע לאירוע נקודתי, או לשאלה נקודתית השנויה במחלוקת, דוגמת הדעה בנוגע לאיכותו של ספר מסוים או טיב השירות ברשת מסעדות, אלא דבר רחב יותר, המהווה עמדה עקרונית על העולם והחיים, כגון עמדה כלפי טבע האדם, האם יצר ליבו רע מנעוריו, כלפי שיטה חינוכית או שיטת ממשל".⁷⁰ משכך, קבעה השופטת צ'רקה כי "אין מדובר בהפליה על רקע תפיסת עולם כללית של התובעת, אלא במחלוקת נקודתית, קונקרטי, שהתגלעה בין התובעת לבין העמותה בדבר האופן בו יש להשתמש בכספי העמותה".⁷¹ משאין מדובר בהפליה על רקע השקפה, הרי כהן אינה זכאית לפיצויים מכוח חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.⁷² כפי שאפשר לראות, העמדה הדומיננטית בפסיקה בקשר לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים היא שחוק זה אינו מגן מפני הבחנות שרירותיות שאין להן קשר להשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת המסומנת באמצעות אחת העילות שבחוק. לכאורה, פסקי הדין בעניין סרור ובעניין גלי גיל, שעסקו בהבחנות על בסיס עילות שאינן כלולות בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים ובכל זאת הוכרו כהבחנות מפלות, הן חריג המאפשר פתח להכרה בשרירותיות כשלעצמה כעילה להפליה. ואולם בשני פסקי הדין הושם הדגש לא על השרירותיות הכרוכה בהבחנתם של התובעים, אלא על השתייכותם הקבוצתית לקבוצה פגיעה: בעניין סרור הייתה זו השתייכות קבוצתית ליישוב שמתאפיין בחתך סוציו־אקונומי נמוך ובאחוזים גבוהים של תושבים ממוצא מזרחי; בעניין גלי גיל הייתה זו ההשתייכות של התובעת לקבוצה של חולים במחלה בעלת סממנים חיצוניים בולטים. משכך, אי־אפשר לחלץ מפסקי הדין האלה הנמקה נורמטיבית בתשובה על השאלה מדוע יש להכיר בהבחנות שרירותיות שאינן קשורות לעילות ההפליה המנויות בחוק כהפליות. בפרק ג ובפרק ד אשתמש בדוגמה של עניין גלי גיל כדי להסביר מתי שרירותיות כשלעצמה היא הפליה, ומדוע יש להכיר בה ככזאת.

עניין ג.י.א.ת. היה פסק הדין היחיד שהדגיש את העובדה שדובר שם בהבחנה שרירותית, אולם הוא שלל מכול וכול את האפשרות להכיר בה כהפליה לפי החוק. עניין עזיזי ועניין

68 עניין כהן, לעיל ה"ש 64.

69 אף שוועד היישוב רבבה הוא גוף מנהלי שאפשר לתבוע גם מכוח עילת איסור ההפליה המנהלית, כהן בחרה לתבוע דרך חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, מאחר שהוא מאפשר תביעה ללא הוכחת נזק. ראו שם, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת צ'רקה.

70 שם.

71 שם.

72 שם.

כהן היו יכולים לעורר דיון מעניין בשאלה של הכרה בהבחנה שרירותית גרידא, אלמלא ניסתה התובעת בשני המקרים להיתלות בעילה של "השקפה" ואלמלא ניצלו השופטים שדנו בתיק את העובדה שאין אפשרות להיתלות בתיק הזה באחת העילות המוכרות בחוק כדי לדון בשאלתן של הבחנות שרירותיות.

העמדה בנוגע לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה מורכבת יותר. מצד אחד, יש מי שמניחים שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו מגן מפני הפליה המבוססת על קריטריון לא-רלוונטי שאינו קשור במישורין או בעקיפין לעילות המנויות בו, גם כאשר מדובר בהבחנות שרירותיות לחלוטין.⁷³ כך למשל, משה כהן-אליה טוען כי עקרון איסור ההפליה אינו מגן על אדם שלא התקבל למשרה מסוימת מפני שלבש חולצה בצבע ששנוא על המעסיק שראיין אותו לעבודה או מפני שפרצופו מזכיר למעסיק את פרצופו של אדם אחר שהוא שונא.⁷⁴ עניין ברכה, שנדון בהקדמה למאמר, משקף עמדה זו בצורה ברורה. מן הצד האחר, בשנת 2004 קבע בית הדין לעבודה בתל אביב בפרשת נגלר,⁷⁵ כי הזכות לשוויון היא זכות כללית, וכי ניתן להכיר בטענה להפליה בשכר גם כאשר ההבחנה בין מקבלי השכר אינה מבוססת על אחת העילות המנויות בחוק, כל עוד מדובר בהבחנה שרירותית.⁷⁶

עניין נגלר עסק בתביעה בנוגע להסכם הקיבוצי שנכרת בזמנו בין ההסתדרות לבין חברת אל על. לפי ההסכם, אל על תשלם תוספת שכר לעובדות ולעובדים בעלי תואר אקדמי ושהתואר שלהם דרוש או רצוי לתפקידם בחברה. אחד הנספחים להסכם קבע כי יש לשלם את התוספת ל-22 עובדות ועובדים של אל על (שהנספח נקב בשמם), אף שהם אינם מקיימים את התנאי לתשלום התוספת שלפיו התואר האקדמי שברשותם דרוש או רצוי לתפקידם. התובעים עבדו בחברת אל על, וגם ברשותם היה תואר אקדמי שאינו דרוש או רצוי לתפקידם בחברה. ואולם שמם של התובעים לא נכלל בנספח להסכם, ולכן חברת אל על לא שילמה תוספת שכר עבורם. התובעים טענו כי ישנו שוויון בינם לבין 22 העובדים שלהם משולמת התוספת, ולכן אי-תשלום התוספת גם להם הוא בגדר הפליה פסולה. התובעים לא טענו כי הופלו על רקע אחת העילות המנויות בחוק.⁷⁷ לדבריהם מקור ההפליה הוא בשרירותיות שהפעילה הנהלת אל על כאשר בחרה לכלול בנספח להסכם רק את שמותיהם של עובדים המקורבים להנהלה.⁷⁸

חברת אל על טענה כי ההבחנה בין העובדים ששמם מנוי בנספח לבין העובדים ששמם אינו נכלל בו היא הבחנה רלוונטית. הרקע לחתימתו של הנספח להסכם הוא השינוי שחל במהלך שנות התשעים בהפרשות אל על לקרן השתלמות עבור עובדים לא-אקדמאיים. עובדים אקדמאיים, אשר נהנו כבר מהפרשות לקרן השתלמות בשיעור של 7.5%, דרשו, לאחר

73 שרון רבין-מרגליות "הבחנה, הפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131, 134-135 (2002).

74 משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 199 (2006); כהן-אליה "פוליטיקת הגועל", לעיל ה"ש 10, בעמ' 512.

75 ע"ב (אזורי ת"א) 5817/00 נגלר – אל-על נתיבי אוויר בע"מ (נבו 18.11.2004).

76 שם, בפס' 54-60 לפסק הדין של השופטת גליקסמן.

77 שם, בפס' 2-3 לפסק דינה.

78 שם, בפס' 34 לפסק דינה.

שבהסכם הקיבוצי הוגדלה השתתפותה של אל על בקרן השתלמות לעובדים לא־אקדמאיים, לשמור על הפער שהיה קיים בינם לבין העובדים האחרים. בהתאם לכך, הקריטריון להכללת עובד ברשימת העובדים בנספח היה היותו בעל תואר אקדמי וזכאי להשתתפות אל על בהפרשות לקרן השתלמות בשיעור של 7.5% לפני יום 1.4.1990.⁷⁹

השופטת גליקסמן קיבלה את טענתה של חברת אל על, וקבעה כי ההחלטה בנוגע להכללת שמם של עובדים בנספח להסכם לא הייתה שרירותית אלא התבססה על הקריטריונים שאל על פירטה.⁸⁰ למרות זאת ניצלה השופטת גליקסמן את הנסיבות כדי לדון בשאלה העקרונית אם ישנה עילת הפליה כללית שלא על רקע השתייכות לקבוצה מופלית לרעה. השופטת גליקסמן השיבה על השאלה בחיוב. לדבריה, עילת השוויון ועילת תום הלב־ההגינות שזורות זו בזו.⁸¹ במקרים שבהם התובעים אינם משתייכים לקבוצה מופלית לרעה יש לבחון את עילת השוויון בעזרת עילת ההגינות, שהיא ההפך משרירותיות וההפך מקיפוח. יש לבחון אם ההבחנה בין הפרטים נעשתה על רקע שרירותי או על רקע של שיקול הגיוני – כך למשל, הצורך להתאים את תנאי השכר והעבודה לתנאי השוק המשתנים או הצורך לתקן עיוות קודם. גם אם מדובר בשיקול הגיוני ולא־שרירותי, יש לבחון אם יש בהבחנה המבוססת עליו משום קיפוח משמעותי בין עובדים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חובת תום הלב וההגינות.⁸² הקביעה בעניין נגלר, שלפיה גם הבחנה שרירותית שאינה קשורה לעילות המנויות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה היא הפליה, יושמה בפסקי דין נוספים בבתי הדין לעבודה, כגון עניין עברי,⁸³ עניין קטלית⁸⁴ ועניין בר לב,⁸⁵ אם כי יש לציין שהיישום במקרים אלה הוביל את בתי המשפט למסקנה כי ההבחנה שנעשתה בין העובדים לא הייתה שרירותית.

כפי שציינה שרון רבין־מרגליות, השאלה אם יש להכיר בהבחנות שרירותיות שאינן קשורות לעילות המנויות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כהפליות קשורה לתפיסות שונות של עקרון השוויון. מי שרואה בזכות לשוויון זכות המגינה מפני הפליות קבוצתיות (על בסיס של השתייכות קבוצתית) בלבד, יטען כי שרירותיות כשלעצמה אינה מספיקה כדי לבסס טענת הפליה על פי החוק. לעומת זאת, מי שמצדד בתפיסת שוויון אינדיבידואלית יסתפק בקיומה של שרירותיות כדי לבסס הפליה לפי החוק.⁸⁶

79 שם, בפס' 19 ו־31 לפסק דינה.

80 שם, בפס' 41 לפסק דינה.

81 שם, בפס' 56-58 לפסק דינה.

82 שם, בפס' 59 לפסק דינה.

83 תע"א (אזורי ת"א) 2808/10 עברי – המשרד להגנת הסביבה, פס' 70-80 לפסק הדין של השופטת ריידוב־מוטולה (נבו 7.12.2013).

84 ת"פ (אזורי ת"א) 413/07 קטלית בע"מ – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (נבו 27.1.2009), אם כי נקבע שם שאף שיש להכיר בעילת שוויון כללית מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הכרה זו מוגבלת למישור האזרחי ואינה יכולה להטיל אחריות פלילית על מי שמפירים אותה.

85 ע"ב (אזורי חי') 2648/04 בר לב – חברת נמל חיפה בע"מ, פס' 17-20 לפסק הדין של השופטת פריימן (נבו 7.1.2008).

86 שרון רבין־מרגליות "הקרמה לשער השוויון" עבודה, חברה ומשפט יא 189, 190 (2006).

2. פסיקה במשפט החוקתי

הספרות והפסיקה מבחינות בין עילת ההפליה במשפט המנהלי לעילת ההפליה במשפט החוקתי. בעוד שעילת ההפליה במישור המנהלי רחבה יותר ומכסה גם מקרים של שרירותיות גרידא, הפליה במישור החוקתי בדרך כלל מוכרת רק כאשר מדובר בהבחנות המבוססות על חתכים חוקתיים קלאסיים כגון גזע, דת, מין וכן הלאה.⁸⁷ המבחן המקובל בנוגע לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון הוא מודל הביניים שנקבע בעניין התנועה לאיכות השלטון. לפי מודל זה, הפליה נחשבת לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון אם היא פוגעת גם בזכות לכבוד. פגיעה בזכות לכבוד פוגעת באוטונומיה של הרצון החופשי ובחופש הבחירה של הפרט.⁸⁸ הפסיקה הדגישה כי רק הפליות המבוססות על עילות של השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת יש בהן משום פגיעה באוטונומיה ופגיעה בזכות לכבוד. כך הבהיר בית המשפט, שאין למתוח את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון על הבחנות המבוססות למשל על שוני בין מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה לבין מתן היתר לעובדים זרים בענפי משק אחרים,⁸⁹ או על שוני בין תאגידים בנקאיים שאינם מורשים לרכוש שירותי דואר מגופים שהם גופים מתחרים לרשות הדואר לבין תאגידים אחרים שכן מורשים לכך.⁹⁰

בדומה לפסיקה שעסקה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, אין כמעט פסקי דין במישור החוקתי העוסקים בהבחנה על בסיס שרירותי שאינה קשורה לאחת העילות הקלאסיות. עד לעניין עדאלה,⁹¹ שהוזכר במבוא למאמר זה, פסק הדין בעניין נסר היה פסק הדין היחיד שכלל דיון מעמיק בטענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון על רקע הבחנה שרירותית שאינה קשורה לאחת העילות הגנריות שבדרך כלל מוכרת בגינן הפליה במישור החוקתי.⁹² עניין נסר עסק בחוקתיותו של סעיף בפקודת מס הכנסה, שמכוחו הוענקו הטבות מס לתושבים של יישובים מסוימים ולא לתושבים של יישובים אחרים. הסעיף

- 87 משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? ארישות" משפט וממשל יז 147, 161 (2016) (להלן: כהן-אליה "היסוד הנפשי בהפליה"); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, פס' 14-15 לפסק הדין של השופט זמיר (2001); ע"מ 343/09 הבית הפתוח לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 40 לפסק הדין של השופט עמית (2010); בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח נ' שרת התרבות והספורט, פס' 53 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 13.5.2020); מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ' 64-65; מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 114-109 (2000); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר חלק א 277, 306-308 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003); דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 3-7.
- 88 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 36-40 לפסק הדין של הנשיא ברק (נבו 11.5.2006).
- 89 בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 23 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 7.12.2006).
- 90 בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 7 לפסק הדין של השופטת (כתארה אז) חיות (נבו 25.3.2007).
- 91 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13.
- 92 עניין נסר, לעיל ה"ש 20.

קבע רשימה פרטנית של יישובים אשר תושביהם זכאים להנחות במס הכנסה, אולם רשימת היישובים לא הוגדרה באמצעות קריטריונים כלשהם שבזכותם זכאים תושביהם להטבות מס. העותרים טענו כי מאחר שסעיף החוק העניק הטבות בצורה שרירותית, מבלי שנקבעו לשם כך אמות מידה אחידות, שוויוניות וראויות, הוא פוגע בזכותם החוקתית לשוויון.

חלק מהיישובים התווספו לרשימת הסעיף לאחר החלטת הממשלה להעניק סיוע ליישובי סובב עזה עקב המצב הביטחוני הקשה שם. הצעת החוק הממשלתית שפורסמה בעקבות החלטת הממשלה ציינה במפורש כי יישובי עוטף עזה הם היחידים שיתווספו לסעיף הטבת המס. הצעת החוק הממשלתית עברה לאחר קריאה ראשונה לוועדת הכספים של הכנסת. בדיון בוועדת הכספים ביקשו חברי כנסת להכניס לרשימה יישובים אשר אינם ממוקמים באזור עוטף עזה. כך התווספו לסעיף יישובים נוספים כגון מועצה אזורית הערבה התיכונה וערד, בעוד שהבקשה להוסיף יישובים אחרים נדחתה ללא נימוק.⁹³

בעוד שחלק מהעותרים התגוררו ביישובים בעלי זהות קבוצתית מובהקת שלא נכללו ברשימת היישובים בסעיף, כגון היישוב הדרוזי בית ג'אן, עותרים אחרים שהיישובים שלהם נפקדו מהרשימה, כגון תושבי המועצה האזורית תמר,⁹⁴ לא השתייכו לקבוצה בעלת חתך חוקתי מובהק. טענתה של המועצה האזורית תמר התמקדה לכן באלמנט השרירותיות הנוגע לסעיף הטבת המס. לטענת תושבי המועצה, היישוב שלהם לא נכלל ברשימה מסיבה שרירותית, שכן לא ניתן שום נימוק המבדיל את המועצה האזורית תמר מהמועצה האזורית הערבה התיכונה, למשל.⁹⁵

אחת מטענות המשיבים הייתה, כי גם אם ההבחנה בין יישובים שנכללו בסעיף ההטבה לבין יישובים שלא נכללו בו הייתה שרירותית, היא אינה מקימה עילה להפליה המנוגדת לזכות החוקתית לשוויון.⁹⁶ בית המשפט מיקד לכן את פסק הדין בשאלה המשפטית אם חלוקת משאבי ציבור בצורה שרירותית לחלוטין וללא קריטריונים פוגעת בשוויון.⁹⁷ בית המשפט קיבל את העתירה, וקבע כי חקיקה שרירותית מנוגדת לעיקרון שלפיו המדינה מחויבת לפעול לפי קריטריונים שווים, ברורים וגלויים, ואינה רשאית לנהוג במשאבי הציבור כבשלה.⁹⁸ בית המשפט הדגיש, כי "חלוקת משאבים ללא קריטריונים יוצרת מראית עין של חלוקה שהיא שרירותית, שאין בה הגיון פנימי ושאינה מבוססת על הבחנות רלוונטיות. מנגד, חלוקת משאבים הנסמכת על קריטריונים מחזקת את אופייה האובייקטיבי של החלוקה ומסייעת בהגשמת עקרון השוויון".⁹⁹

מאחר שמדובר בטענה על פגיעה של חקיקה ראשית בשוויון ולא בטענה על פגיעה בשוויון במישור המנהלי, השאלה הבאה שבית המשפט התמקד בה היא אם חלוקת משאבים שרירותית ללא קריטריונים פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, היינו, אם הפגיעה בשוויון

93 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

94 שם, בפס' 19-23 לפסק דינה.

95 שם, בפס' 23 לפסק דינה.

96 שם, בפס' 28 לפסק דינה.

97 שם, בפס' 33 לפסק דינה.

98 שם, בפס' 35 לפסק דינה.

99 שם, בפס' 36 לפסק דינה.

עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁰ בית המשפט השיב על שאלה זו בחיוב, תוך שהוא מאמץ את גישת הביניים שנקבעה בפרשת התנועה לאיכות השלטון, שלפיה פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות לכבוד אם היא פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה של האדם.¹⁰¹

כיצד נפגעים האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הבחירה מהבחנה שרירותית? תשובתו של בית המשפט הייתה, שהבחנה שרירותית כמו זו שנעשתה בסעיף החוק מתעלמת לחלוטין מהמאפיינים הרלוונטיים של תושבי רשויות מקומיות. ההתעלמות מהמאפיינים הדומים שבין היישובים היא שמוכילה לשלילת האוטונומיה ולפגיעה בכבוד.¹⁰² התעלמות שכזו פוגעת בכבוד האדם, הדגישה השופטת ביניש, כי יש בה משום "ולזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות".¹⁰³

ברק מדינה מכנה תפיסה זו בשם "גישת השוויון והאינטרס הציבורי".¹⁰⁴ גישה זו מרחיבה את היקפה של הזכות החוקתית לשוויון, כך שהיא משתרעת על כל מקרה שבו נעשית הבחנה לא-עניינית בין פרטים, גם אם הם אינם משתייכים לקבוצות חברתיות מובהקות. גישה זו לזכות החוקתית לשוויון נחשבת למרחיבה מאוד. היא חורגת מהגישה הפלורליסטית, שלפיה התערבות שיפוטית אינה מוצדקת כל עוד ההבחנה שנחשדת כמפלה התקבלה במסגרת הליך דמוקרטי שבו קבוצות אינטרסים שונות קיבלו תנאים שווים להשפעה. בעוד שהגישה הפלורליסטית רואה התערבות שיפוטית כלגיטימית רק כאשר יש כשל מובנה בהליך הפוליטי עצמו, כגון הדרת קבוצות מיעוט כרוניות ממוקדי קבלת החלטות, גישת השוויון והאינטרס הציבורי מצדיקה התערבות שיפוטית גם כאשר אין כשל מובנה, כמו במקרה שבו המחוקק יצר הבחנה על בסיס לא-ענייני. גישה זו חורגת גם מהגישה הרואה רק הבחנות על רקע קבוצתי מובהק כהבחנות המשדרות מסר משפיל, הפוגעות בכבוד ועל כן גם בשוויון.¹⁰⁵

גישה השוויון והאינטרס הציבורי מבינה אם כן את ההליך הפוליטי כהליך שצריך להיות דומה לאופן הכרעה שיפוטי. על ההליך הפוליטי להתחשב בסבירות במכלול האינטרסים הציבוריים ולהביא את כולם בחשבון בצורה עניינית.¹⁰⁶ כפי שמציין מדינה בצדק, בעניין נסר, עניינה של המועצה האזורית תמר לא הובא בחשבון בצורה עניינית, ככל הנראה בגלל שחברי הכנסת הושפעו יותר מלחצים של קבוצות אינטרס ששירתו יישובים אחרים שכן נכללו בסעיף הטבות המס. בהיעדר קבוצות אינטרס שישירתו את האינטרסים של המועצה האזורית תמר, האינטרסים והצרכים של התושבים שם לא נשקלו כלל.¹⁰⁷

פסק דין נוסף שכלל דיון מקיף בסוגיה של הבחנות שרירותיות גרידא המבססות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון הוא עניין עדאלה.¹⁰⁸ במוקד העתירה עמדה שאלת חוקתיותו של

100 שם, בפס' 45 לפסק דינה.

101 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 88, בפס' 34-36 לפסק הדין של הנשיא ברק.

102 עניין נסר, לעיל ה"ש 20, בפס' 46 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

103 שם.

104 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ' 100.

105 שם, בעמ' 107-110.

106 שם, בעמ' 112.

107 שם, בעמ' 119.

108 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13.

תיקון לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר לשלול קצבאות מסוימות מהוריו של קטין שמרצה עונש מאסר בגין ביצוע עבירות ביטחוניות שלילה גורפת. העותרים טענו כי התיקון פוגע בזכות החוקתית לשוויון, מאחר שאין הוראות חוק דומות השוללות קצבאות מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות חמורות אחרות שאינן עבירות ביטחוניות. בין השאר טענו העותרים, כי ההבחנה בין עבירות ביטחוניות לבין עבירות חמורות שאינן ביטחוניות אינה מבוססת על הצדקה רלוונטית לתכלית של חלוקת קצבאות להורים עבור ילדיהם הקטינים.

השופט סולברג סבר (בדעת מיעוט) כי יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון, ומאחר שהזכות החוקתית לשוויון נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, הרי פגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה על בסיס תבחינים "חשודים".¹⁰⁹ לדידו של השופט סולברג, החוק אינו מבוסס על הבחנה חשודה בין יהודים לערבים, ועל כן אין הוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון.¹¹⁰ השופטת ברק-ארז (שנמנתה עם שופטות ושופטי הרוב) סברה כי השימוש בקריטריון של הרשעה בפלילים בנוגע לקצבאות סוציאליות עולה כדי פגיעה בשוויון, מאחר שהוא כרוך ב"תיג" המורשעים ומשפחותיהם.¹¹¹

שני השופטים – סולברג וברק-ארז – ניהלו ביניהם דיון עיוני מקיף ומעמיק בנוגע לנסיבות שבהן יש לדעתם להכיר בהבחנות מפלות ככאלה המבססות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. מתוך דיון מעמיק זה בחרתי להתמקד רק בסוגיה הרלוונטית למאמר, והיא אם הבחנות שרירותיות גרידא, שהן בגדר הפליה במשפט המנהלי למשל, יכולות לבסס גם פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. יש לציין כי הדיון בין השופט סולברג לשופטת ברק-ארז בשאלה זו חרג מהגדרש לצורך ההכרעה בעתירה בעניין חוקתיות התיקון לחוק, מאחר שהשופטת ברק-ארז סברה שהתיקון לחוק מפלה ופוגע בזכות החוקתית לשוויון לא מפני שהוא "מעורר שאלה של שרירות שלטונית",¹¹² אלא מפני שהוא מעגן הבחנה המתייגת את המורשעים. השופט סולברג סבר, כי קשה עקרונית לחלץ מתוך החוק עצמו תשובה על השאלה אם ההבחנה שהחוק מעגן רלוונטית לתכלית החוק או לא. הוא הניח כי "כאשר המחוקק מבחין בין קבוצות שונות לצורך עניין מסוים, הריהו עושה כן על מנת להגשים תכלית מסוימת. ההבחנה שעשה המחוקק לעולם תהא רלבנטית, מיניה וביה, להגשמת אותה תכלית מסוימת, משום שאחרת לא היה נוקט בה".¹¹³ עבור השופט סולברג, כאשר משפטניות ומשפטנים בוחנים אם מדובר בהבחנה רלוונטית או לא, הם למעשה בוחנים את הרלוונטיות שלה לאור תכלית חיצונית לחוק, שהם מזהים כתכלית הראויה, להבדיל מתכלית החוק הפנימית, שאלה כיוונו המחוקקות והמחוקקים.¹¹⁴ לכן, לדעתו של השופט סולברג, דיון בשאלת הרלוונטיות של ההבחנה במסגרת שלב הבחינה החוקתית הראשון (הנוגע לשאלת קיומה של הפליה הפוגעת

109 שם, בפס' 118-131 לפסק הדין של השופט סולברג.

110 שם, בפס' 147-153 לפסק דינו.

111 שם, בפס' 27-29, 35, 39-40 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. לדידה של ברק-ארז מדובר בהבחנה "מתייגת", מאחר שהיא נעשית על רקע סטיגמה חברתית בנוגע להרשעה פלילית. הוצאתם של הקטינים המורשעים והוריהם מחוץ למעגל הזכאים לקצבאות סוציאליות, משרדת מסר שלפיו הם אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה.

112 שם, בפס' 32 לפסק דינה.

113 שם, בפס' 124 לפסק הדין של השופט סולברג.

114 שם.

לכאורה בזכות החוקתית (שוויון) הוא שגיאה מתודולוגית, המערבת דיון סמוי בשאלות של תכלית ראויה ומידתיות במסווה של בדיקת רלוונטיות, אף שמקומן המתודולוגי הראוי של שאלות שכאלה הוא במסגרת שלב הבחינה החוקתית השני של פסקת ההגבלה.¹¹⁵ מכאן הגיע השופט סולברג למסקנה כי אין להכיר בהבחנות שרירותיות ככאלה שמבססות הפליה הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון.¹¹⁶ לשיטתו של השופט סולברג, פגיעה בזכות החוקתית לשוויון נגרמת בעיקרה בעקבות "הבחנה בין בני אדם על יסוד השתייכותם לקבוצה חברתית מכוננת-זהות. שימוש בהבחנה כזו פוגע לכאורה בכבוד האדם, כאשר הוא דן את הפרט לשבט, על יסוד השתייכותו הקבוצתית. הדבר עלול להשפילו ולבזותו כאדם, ואת בחירותיו הנוגעות לליבת הזהות האוטונומית שלו; הוא עלול לפגוע באוטונומיה שלו".¹¹⁷ לדעת השופט סולברג, בשלב הראשון של הדיון על חוקתיות החוק, העוסק בשאלת הפגיעה בזכות לשוויון, ראוי כי תפקידו של מבחן הרלוונטיות יתמצה רק ב"סיוע" לדיון בשאלה אם הבחנה המסתמכת על עילה חשודה משרדת בהכרח מסר משפיל. בלשונו של השופט סולברג, "לעתים, במקרים חריגים, די בקביעה כי השימוש בתבחין הוא רציונלי, ובניתוח ההקשר של השימוש בתבחין זה, על מנת להיווכח כי הוא אינו טומן בחובו מסר פוגעני, וממילא אינו פוגע בעיקרון השוויון".¹¹⁸

האנדרדלמוסיה המתודולוגית שהצביע עליה השופט סולברג אכן מתקיימת במידה רבה במשפט החוקתי הישראלי כאשר לזכות החוקתית לשוויון. גם ההנחה של השופט סולברג, שלפיה ההבחנה שיעיג המחוקק בחוק תהיה תמיד רלוונטית למטרה שהמחוקק כיוון אליה, נכונה ברוב המקרים, אך לא בכלום. לא תמיד הדיון על רלוונטיות נוגע לעניינים כגון חקיקה המבחינה בין השקעה בתעשיית הטקסטיל לבין השקעה בעידוד תעשיית ההייטק.¹¹⁹ בעניינים דוגמת אלה, שבהם מטרתה המוצהרת של החקיקה היא תמיכה בסוג תעשייה אחד להבדיל מסוג תעשייה אחר, אכן אין מקום לדון בשאלת הרלוונטיות של בסיס ההבחנה (טקסטיל לעומת הייטק); שכן המחוקק הבהיר את תכלית החקיקה במפורש (תמיכה בטקסטיל או בהייטק), ולכן ההבחנה ביניהם תהיה תמיד רציונלית ורלוונטית לתכלית החקיקה. אולם בעניינים אחרים כגון עניין נסר, המצב שונה. עניין נסר הוא דוגמה מובהקת למקרה שבו לא היה אפשר לזהות תכלית קוהרנטית או רציונלית שאליה כיוונו המחוקקות והמחוקקים. השופט סולברג התייחס לעניין נסר בפסקה אחת, בשולי פסק דינו, בחלק שבו הוא השיב על פסק דינה של השופטת ברק-ארז.¹²⁰ הוא הסכים עם השופטת ברק-ארז שחקיקה "שרירותית במובהק", כמו זו שהייתה בעניין נסר, פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. הקטגוריה של "חקיקה שרירותית במובהק" מתייחסת, לפי השופט סולברג, למצבים "תחומים ומצומצמים", שבהם

115 שם.

116 שם, בפס' 124, 126-129, 131, 142 לפסק דינו.

117 שם, בפס' 118 לפסק דינו. ראו גם פס' 108-112, 119-120, 131, 135 לפסק דינו. יש לציין שהשופט סולברג מכיר בכך שרשימת ההשתייכויות הקבוצתיות אינה זהה בהכרח לרשימת העילות החשודות הקלאסיות. לדבריו המשימה החשובה היא לאתר הבחנות המסתמכות על השתייכות קבוצתית שנושאות עימן מסר חברתי פוגעני (שם, בפס' 130 לפסק דינו).

118 שם, בפס' 112 לפסק דינו, וראו גם פס' 126 לפסק דינו.

119 הבחנה שמפנה אליה השופט סולברג שם, בפס' 128 לפסק דינו.

120 שם, בפס' 161 לפסק דינו.

"תכלית ההבחנה המוצהרת שבחוק היא שרירותיות ואקראיות, או שבפי המחוקק עצמו אין הסבר לשרירותיות החוק".¹²¹ כאשר המחוקק מעגן בחקיקה הבחנות אקראיות כדי להשיג מטרה כמו העשרת הקופה הציבורית, הוא פוגע בכבוד האדם משום שהוא מתייחס למוכחנים כאל אמצעים בלבד, "תוך התעלמות מוחלטת ומופגנת" מזהותם וממאפייניהם.¹²² מאחר שלדעתו של השופט סולברג החקיקה שבלב העתירה אינה בעלת תכלית שרירותית ואקראית, הוא הותיר את ההכרעה בעניינן של הבחנות שרירותיות במובהק ב"צריך עיון".¹²³

השופטת ברק-ארז סברה כי עקרונית תיתכן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון גם מהבחנה שרירותית, שאינה מבוססת על תבחינים חשודים. לדידה של השופטת ברק-ארז, שרירות היא שררה "שפועלת ללא גבול וללא מגבלה, עוד מבלי להידרש למושאיה".¹²⁴ שרירות, קבעה השופטת ברק-ארז, פוגעת כשלעצמה בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט.¹²⁵ כדי להמחיש את טענתה בנוגע לשרירות הפוגעת בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט, הציגה השופטת ברק-ארז דוגמה שלפיה "אנשים שמתחילים באות אל"ף יחויבו בתשלומי מס גבוהים יותר".¹²⁶ השופטת הפנתה גם לעניין נסר כדוגמה נוספת ל"מצב קצה" של "פרוטקציוניזם מובהק או חקיקה אינדיבידואלית" שיש בו משום שרירות.¹²⁷

לעומת "מצבי הקצה" שאותם הבחינה השופטת ברק-ארז, יש לדעתה להשאיר "הבחנות אחרות שאפשר אך להרהר אחר ההיגיון שבבסיסן" מחוץ לדיון החוקתי.¹²⁸ מה טיבן של אותן "הבחנות אחרות" שאינן בגדר "מצבי קצה" של שרירות, ולכן גם אינן מצדיקות לשיטתה של השופטת ברק-ארז ביקורת שיפוטית חוקתית? לשיטתה של השופטת ברק-ארז, לא מספיק כי דבר חקיקה יכלול הבחנה לא-רציונלית כדי להצדיק ביקורת שיפוטית חוקתית דרך הזכות החוקתית לשוויון. לדבריה,

"דברי חקיקה כוללים לא אחת הבחנות שיש מחלוקת ביחס לרציונל שביסודן, ואין די בקיומה של מחלוקת, או אף בטענה שההבחנה אינה רלוונטית, כדי להצדיק דיון בהן מן הפרספקטיבה של השוויון החוקתי. כך למשל, אם ירצה המחוקק לתת הטבת מס בשיעור שונה ליצרני מרגרינה וליצרני חמאה, או אם תרצה הרשות לערוך הבחנה בין סוגי עסקים לצורך חיוב בארונה, הרי שהבחנות אלה – שיש אשר יצדדו בהן ויש שיחלקו עליהן במישור של רציונליות ההבחנה – לא יעלו כדי פגיעה בשוויון החוקתי".¹²⁹

דבריהם של השופט סולברג ושל השופטת ברק-ארז מבורכים בעיניי, בעיקר כי הם מכילים דיון ראשוני ומעמיק בנוגע להבחנות שרירותיות ולאפשרות של ביקורת שיפוטית עליהן באמצעות הזכות החוקתית לשוויון. אולם גם דיון זה מותיר עדיין שאלות המצריכות בירור נוסף. מהו בדיוק טיבן של הבחנות שרירותיות שהן "מקרי קצה" ועל כן גם מצדיקות

121 ש.ם.

122 ש.ם.

123 ש.ם.

124 ש.ם, בפס' 30 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

125 ש.ם.

126 ש.ם, בפס' 29 לפסק דינה.

127 ש.ם, בפס' 30 לפסק דינה.

128 ש.ם, בפס' 31 לפסק דינה.

129 ש.ם, בפס' 32 לפסק דינה.

ביקורת שיפוטית באמצעות הזכות החוקתית לשוויון? מהו השוני העיקרי, אם בכלל, ביניהן ובין הבחנות לא-רציונליות שאינן "מקרי קצה"? מדוע הבחנות שרירותיות שהן "מקרי קצה" פוגעות לכאורה באוטונומיה ובכבוד ולכן גם בזכות החוקתית לשוויון, בעוד שהבחנות לא-רציונליות שאינן "מקרי קצה" אינן עושות זאת? בפרקים הבאים אערוך בירור יסודי של המושג שרירותיות ושל המצבים שבהם שרירותיות כשלעצמה – גם אם אינה קשורה לאחת העילות החשודות – יש בה משום הפליה הפוגעת באוטונומיה, בכבוד ולכן גם בזכות החוקתית לשוויון. אציע לפרש את המונח הבחנות שרירותיות שהן "מקרי קצה" כהבחנות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית. על כן יש לראותן ככאלה המבססות פגיעה באוטונומיה, בכבוד ובזכות החוקתית לשוויון. כמו כן, אבחן אם ההיגיון בהכרה בהבחנות שרירותיות ככאלה המבססות הפליה צריך לחול גם על חוקי איסור ההפליה שעניינם הפליות הנעשות בידי גורמים פרטיים.

ג. מהי הבחנה שרירותית מפלה?

על פי ההגדרה שאציע כעת, הבחנה היא שרירותית או לא-רציונלית ויש בה משום הפליה אם היא מקיימת שני תנאים מצטברים. ראשית, ההבחנה מושפעת רק מאינטרסים או מרצונות של המחליט ואינה מושפעת כלל מאינטרסים, מתכונות, מצרכים או מדעות של אחרים המושפעים ממנה. בהקשר של הבחנות בין טובים, הבחנה שרירותית מבוססת על קריטריון שאינו מועיל או הכרחי למטרה של חלוקת הטובים שעבורה מיועדת ההבחנה; שנית, אי-אפשר לאתר בנסיבות העניין הצדקה נורמטיבית משכנעת להתבססות על קריטריון זה.¹³⁰

1. התנאי הראשון: על ההבחנה להיות שרירותית

שרירותיות היא מושג המקמקם, בעיקר בהקשר של הפליה. הבחנות רבות נראות שרירותיות מנקודת המבט של מי שמובחן לרעה. כך למשל, מנקודת המבט של נערה בת 17 בעלת מודעות פוליטית מפותחת, החוק המגביל את זכות ההצבעה לכנסת מגיל 18 ומעלה נראה שרירותי.¹³¹ באופן דומה, גם החוק המגביל החזקת רישיון נהיגה מגיל 18 ומעלה נראה שרירותי בעיני מי שיודעת לנהוג ומבינה את הסכנות הכרוכות בנהיגה לא-זהירה אך עוד לא הגיעה לגיל 18. לא לסוג השרירותיות הזה אני מכוונת במאמר.

הבחנות רבות שהמשפט עושה מבוססות על משתנים כמו גיל. המשתנים האלה הם תכונות "מנבאות" (proxy), מכיוון שהן משמשות לניבוי או לאומדן של יכולותיהם האישיות הספציפיות של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. הבחנות המסתמכות על סטראוטיפים מנבאים נקראות גם "הבחנות המבוססות על מתאם סטטיסטי" כאשר הן מבוססות על מידע סטטיסטי בנוגע לתכונותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. קביעת גיל סף לזכאות להצביע בבחירות לכנסת, קביעת תנאי סף של השכלה אקדמית לתפקידים

130 Timothy Endicott, *Arbitrariness*, 27 CANADIAN J.L. & JURIS. 64-5 (2014)

131 לשימוש בדוגמה זו כדי להמחיש את אלמנט השרירותיות הטמון בכל הבחנה המבוססת על מנבא, ראו פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 124; מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ' 84.

מסוימים או הסתמכות על ציון פסיכומטרי של מועמדים ללימודים הן דוגמאות טובות לתכונות המבססות הבחנות מנבאות.¹³²

התוצאה הבלתי־נמנעת של הבחנות מנבאות היא אם כן ייחוס תכונה או תכונות לאובייקטים שאינם נושאים אותן בהכרח, רק מפני שהם חולקים מאפיינים משותפים עם אובייקטים אחרים.¹³³ הבחנות מנבאות פוגעות אם כן באוטונומיה של פרטים. בהקשר הזה אוטונומיה מובנת כיכולתו של אדם לכתוב את סיפור חייו, כלומר היכולת של אדם לכוון את חייו ולשלוט בהם. הפרט מגשים את האוטונומיה שלו בצורה אידיאלית כאשר יש לו את היכולת המלאה לבצע בחירות והחלטות שיקדמו את סיפור החיים שהוא רוצה בו.¹³⁴ כאשר פרט מסוים משקיע את מיטב זמנו בהשכלה היסטורית ופוליטית, הוא עושה זאת כדי לקדם סיפור חיים מסוים. בצורה אידיאלית סיפור החיים הזה יושלם כאשר אותו פרט יקבל את האפשרות להצביע בבחירות בזכות בשלותו הפוליטית ובזכות הידע הפוליטי שצבר. כאשר אותו אדם מגיע לבשלות הזו בגיל 16 או 17 ואינו מקבל את הזכות לבחור משום שהחוק מאפשר אותה רק לפרטים בני 18 ומעלה, האוטונומיה שלו נפגעת, או לפחות אינה מוגשמת בצורה אידיאלית. במילים אחרות, הגשמה אידיאלית של רעיון האוטונומיה מחייבת את החברה להתייחס לתכונות הספציפיות של כל פרט ופרט, בהנחה שלפחות חלק מהתכונות האלה אינן מקריות, אלא תוצאה של תכנון, בחירות והחלטות אישיות.

הגשמה "טהורה" של אידיאל האוטונומיה מחייבת כביכול התייחסות רק לתכונות שהן תוצאה של תכנון, של בחירה ושל החלטות אישיות. אולם מובן שאי־אפשר להפריד הפרדה מוחלטת בין תכונות שהן תוצאה של בחירה לבין תכונות שהן מולדות. הבחירה או התכנון המובילים לתכונות מסוימות נעשים על בסיס תכונות אחרות, שאינן בהכרח תוצאה של תכנון או של בחירה. זאת ועוד, הדגש כאן הוא על אידיאל הרעיון של אוטונומיה. מובן שלא כל פגיעה באידיאל האוטונומיה היא גם פגיעה בזכות המשפטית לאוטונומיה (במובן שאפשר להצדיקה רק על סמך טיעונים חזקים במיוחד). אם כל פגיעה בהגשמת האידיאל של אוטונומיה תהיה גם פגיעה בזכות המשפטית לאוטונומיה, נצטרך להכיר במה שדניאל סטטמן מכנה "פגיעות סיטוניות" בזכות לאוטונומיה בידי המדינה, כאשר היא מחייבת אותנו בשירות צבאי או בחינוך, למשל.¹³⁵

מנקודת מבטו של הפרט המובחן, הבחנות מנבאות עלולות להיות שרירותיות, כי הן פוגעות באוטונומיה האישית של הפרט ואינן מאפשרות לו להוכיח את תכונותיו הייחודיות

132 פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 120-121.

133 FREDERICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES AND STEREOTYPES 3-4 (2003).

134 JOSEPH RAZ, THE MORTALITY OF FREEDOM 369-70 (1986).

135 ראו דניאל סטטמן "אוטונומיה, מצפון ופטור מחוקים בעלי תחולה כללית: תשובה לדוד אנוך" עיוני משפט לא 741, 742 (2009). על השאלה מתי פגיעה באוטונומיה תוכר גם כפגיעה בזכות לאוטונומיה, ראו גם את פסק הדין של השופטת ארבל בעניין עדאלה, שעסק בנושא של פגיעה באוטונומיה בעקבות תמריץ (שלילי) למתן חיסונים לתינוקות, המוריד סכום מסוים מקצבת הביטוח הלאומי של הורים שבחרים שלא לחסן את ילדיהם. ראו בג"ץ 7245/1 עדאלה נ' משרד הרווחה, פס' 46-47 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 4.6.2013).

החורגות מההכללה;¹³⁶ ואולם הבחנות מנבאות אינן שרירותיות, משום שהן מכוונות לבסס קשר רלוונטי – מתאם חזק – בין הטוב המחולק לבין תכונות אישיות של הפרטים המובחנים. הרציונל העומד בבסיסן הוא בדרך כלל רציונל של יעילות. הסתמכות על השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת חוסכת את העלויות הכרוכות בבדיקה פרטנית של תכונותיו האישיות של כל אדם ואדם.¹³⁷ כך למשל, גם אם נתעקש לערוך מבחנים פרטניים לכל בוחרת ובוחר ולכל נהגת ונהג, נבין לבסוף כי גם מבחנים אלה יהיו מבוססים בהכרח על הכללות מסוימות בנוגע למתאם בין בגרות נפשית לבין בגרות פוליטית ומעורבות פוליטית במקרה של זכות ההצבעה, ובנוגע למתאם בין בגרות נפשית לבין זהירות בנהיגה במקרה של הזכות לנהוג. מבחנים פרטניים יקטינו אולי את מידת ההכללה, אך הם עדיין יהיו מכלילים. הם יבצעו הכללות על בסיס ניסיונם של בני נוער אחרים (שביקשו להיות בוחרים או נהגים), ולא של בני הנוער הספציפיים שנבחנו ואשר בעניינם אנו מבקשים לעשות צדק פרטני. התוצאה הבלתי־נמנעת תהיה, שניווטר עדיין עם בני נוער שהצליחו אומנם לעבור את המבחנים אך למרות זאת אין להם ידע מספיק בנושאים הפוליטיים שהם נדרשים להכריע בהם לצורך מימוש זכות בחירה מושכלת, ועם בני נוער שהצליחו אומנם לעבור את המבחנים אך בכל זאת נוהגים לבסוף בחוסר זהירות.¹³⁸

אני מציעה להתרכז בסוג אחר של הבחנות שרירותיות או לא־רציונליות. תחילה אציג הגדרות שונות לשרירותיות המופיעות בספרות האקדמית, ואת הקשר שלהן למונח "רציונליות" ו"א־רציונליות". לאחר מכן אציע הגדרה כללית להבחנה שרירותית, ואחלק אותה לשתיה קטגוריות משנה.

שרירותיות מובנת בספרות כהשלטת רצון של מישהו שאינו מוגבל בכללים אפקטיביים, בקריטריונים, באמות מידה, בפרוצדורות או במטרות שמוכנים לכלל האנשים בחברה המושפעים מרצונו.¹³⁹ החלטה היא שרירותית כאשר היא כפופה רק לכוחו של המחליט להחליט כך או אחרת על פי רצונו. החלטה שכזו מושפעת רק מאינטרסים או מרצונות של המחליט ואינה מושפעת כלל מאינטרסים, מתכונות, מצרכים או מדעות של אחרים, המושפעים ממנה גם.¹⁴⁰

Sophia R. Moreau, *The Wrongs of Unequal Treatment*, 54 UNIV. TORONTO L.J. 291, 136
298-303 (2004); Denise G. Réaume, *Discrimination and Dignity*, 63 LA. L. REV. 645,
.673 (2003)

137 שרון רבין־מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?"
הפרקליט מד 529, 554 (1999); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ'
.84

138 SCHAUER, לעיל ה"ש 133, בעמ' 122; פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 124.
139 FRANK LOVETT, A GENERAL THEORY OF DOMINATION AND JUSTICE 96 (2010). הנושא של היעדר

קריטריונים או אמות מידה הוא מרכזי להגדרה של המונח שרירותיות. ראו רע"פ 3199/20
זייצב נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין של השופט אלרון, פסק הדין של השופטת ברון
ופס' 2 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 12.8.2021). (פסק הדין עוסק בחוקיות של חיפוש
שנערך בכליו של אדם בשדה התעופה בהיעדר קריטריונים מוגדרים לנסיבות שבהן יש לבצע
חיפוש שכזה).

140 .PHILIP PETTIT, REPUBLICANISM 56 (1997)

רציונליות מוגדרת בדרך כלל כתהליך של חשיבה ושקילה של חלופות לפעולה. פעולה רציונלית היא פעולה שאפשר להסביר ולהצדיק אותה.¹⁴¹ כשעוקבים אחר פסיקה מישראל ומחוצה לה, מגלים כי המונח "שרירותי" נתפס לרוב כהיפוכו של המונח "רציונלי".¹⁴² כך למשל, מבחן המשנה הראשון של מבחני המידתיות מכונה "מבחן הקשר הרציונלי". כאשר בית המשפט מתבקש להסביר מהו קשר רציונלי, הוא מסביר אותו פעמים רבות כהיפוכה של שרירותיות.¹⁴³ 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.¹⁴⁴ מאחר ששרירותיות נתפסת כהיפוכה של רציונליות, בחרתי לכנות הבחנות שרירותיות במונח "לא-רציונליות". המשפט המנהלי מסווג הבחנות כשרירותיות ורואה בהן פגמים מנהליים תחת כמה עילות: ראשית, הבחנות מסווגות כשרירותיות תחת העילה של חובת הפעלת שיקול דעת. כאשר הרשות המנהלית מכריעה באופן מקרי, מבלי להפעיל שיקול דעת המבוסס על נתונים ושיקולי מדיניות, היא פועלת באופן שרירותי אסור;¹⁴⁵ שנית, המשפט המנהלי מסווג הבחנות כשרירותיות תחת העילה של שיקולים זרים כאשר הן מבוססות על קריטריונים שחורגים ממטרות החוק שמכוחו פועלת הרשות המבצעת;¹⁴⁶ שלישית, הבחנות מסווגות כשרירותיות תחת העילה של הפליה כאשר הן אינן מבוססות על טעם כלשהו.¹⁴⁷ במילים אחרות, הרלוונטיות של ההבחנה במשפט המנהלי נבחנת לאור תכלית החוק שמסמיך את

- .Charles Taylor, *Rationality*, 2 PHIL. & HUM. SCI. PHIL. PAPERS 134, 137 (1985) 141
 Charles-Maxime Panaccio, *Apologia for A General Doctrine of Substantive Equality and Discrimination*, 11 JURIMETRICS 213, 217-18 (2020) 142
 ראו למשל בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו 1) 235, פס' 23 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2002); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 37 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 15.4.2007); בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 25 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ביניש (נבו 26.6.2006); עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 88, בפס' 58 לפסק הדין של הנשיא ברק; בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון, פ"ד סג 3) 331, פס' 30 לפסק הדין של השופט פוגלמן (2009); אהרן ברק מידתיות במשפט 380-378 (2010); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה 1) 782, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ארבל (2012). שרירותיות נתפסת כהיפוכה של רציונליות בהקשר של מבחן המשנה הראשון של המידתיות גם בפסיקה הקנדית (ראו את פסק הדין המכונן בעניין פרשנות דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה הקנדית 103, 139 S.C.R. [1986] R. v. Oakes).
 ראו למשל 404 U.S. 71, 76-77 (1971); Vill. of Willowbrook v. Olech, 528 U.S. 562, 563-65 (2000); Robert Bennett, "Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory, 67 CAL. L. REV. 1049, 1052 (1979); Jeffrey D. Jackson, *Classical Rational Basis and the Right to Be Free of Arbitrary Legislation*, 14 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 493 (2016)
 בנדרו, לעיל ה"ש 87, בעמ' 289-290.
 דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ב 641-635 (2010).
 שם, בעמ' 684. 147

הרשות המנהלית לפעול,¹⁴⁸ ולאור החובות של הרשות המנהלית להפעיל שיקול דעת. בחינה זו נעשית גם במקרים שבהם הנפגעים מההבחנות אינם נמנים עם קבוצה חשודה או פגיעה. אני סבורה כי ניתן לבצע מהלך דומה גם במישור החוקתי. גם המחוקק חייב בהפעלת שיקול דעת כאשר הוא מחוקק חוקים.¹⁴⁹ חקיקה אינה יכולה להיות תוצר של גחמה או של מקריות. זאת ועוד, חוק כולל הבחנה מסוימת בין טוב או טובים מסוימים כדי לקדם את המטרה שלשמה נחקק החוק. לכן, לא רק במישור המנהלי ניתן לבחון את הרלוונטיות של ההבחנה לאור החובה להפעיל שיקול דעת ולאור מטרת החוק; גם במישור החוקתי ניתן לעשות זאת. לא מצאתי בספרות או בפסיקה טעם משכנע להבדל הקיים בין הדוקטרינה המכירה בהבחנות שרירותיות שאינן רלוונטיות כפגם במישור המנהלי לבין הדוקטרינה שאינה מכירה בהבחנות שכאלה כהפליה הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון. הגישה הפלורליסטית מקנה למחוקק שיקול דעת רחב יותר בשל היותו נבחר ציבור.¹⁵⁰ אולם גם העובדה שהמחוקק הוא נבחר ציבור אינה יכולה להצדיק חקיקה שרירותית שאין לה הצדקה. נהפוך הוא, אפשר לטעון שמאחר שהמחוקק הוא נבחר ציבור יש לו אחריות גדולה יותר שלא לנהוג בשרירותיות ללא הצדקה. בשני המישורים, המנהלי והחוקתי, אפשר וצריך לבדוק את הרלוונטיות של ההבחנה בהתאם למטרת החוק. בניגוד לדבריו של השופט סולברג בעניין עדאלה, אני סבורה כי לא כל הבחנה שהמחוקק כולל בחוק רלוונטית בהכרח למטרות החוק. חיפוש קשר לוגי בין הקריטריון שעליו מבוססת הבחנה הכלולה בחוק לבין מטרות החוק אינה בהכרח משימה "מעגלית" חסרת היגיון.¹⁵¹ בהחלט ייתכן כי המחוקק יחוקק חוק שכולל הבחנה המבוססת על קריטריון או על קריטריונים שאינם מועילים לקידום מטרת החוק. כפי שאסביר בהמשך וכפי שהשופט סולברג מודה בהמשך פסק הדין בעניין עדאלה, זה בדיוק היה המקרה בעניין נסר.¹⁵²

לפי ההגדרה שאציע, קריטריון להבחנה הוא שרירותי אם הוא אינו מועיל למטרת חלוקתו של הטוב המחולק. קריטריון מועיל להבחנה של חלוקה של טובים מקדם את המטרה שלשמה נעשית החלוקה. כך למשל, מנבא אמין לקריטריון האופטימלי לביסוס הבחנה לחלוקת טוב מסוים הוא קריטריון מועיל. מנבא לא-אמין הוא קריטריון לא-מועיל למטרת ההבחנה. אסביר את הקשר שבין יעילות הקריטריון לבין מטרת ההבחנה ומטרת החוק בעזרת דוגמה מפרשת Andrews¹⁵³ הקנדית, שעסקה בחוק שכלל הבחנה על בסיס קריטריון שאינו

148 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13, בפס' 123 לפסק הדין של השופט סולברג.

149 כפי שציין השופט הנדל בעניין קוונטינסקי, ראוי להבין חקיקה "כפרויקט חברתי משותף, המאזן בין ערכי החלקים השונים של החברה כולה". ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 6.8.2017). את חובתו של המחוקק להפעיל שיקול דעת ניתן ללמוד גם מההגדרה של חקיקה "טובה" או אופטימלית שכוללת פרזדורה של צמצום החשש להטיות קוגניטיביות ולכשלים הנוגעים לקבלת החלטות בקבוצה, ושל יצירת תנאים לדין מושכל ורציונלי (איתי בריסמן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645, 668 (2016)).

150 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ' 100-102.

151 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13, בפס' 124 לפסק הדין של השופט סולברג.

152 שם, בפס' 161 לפסק דינו.

153 Andrews v. Law Society of British Columbia, 1 S.C.R. 143 (1989).

מועיל למטרת החוק. אנדרו היה אזרח בריטי, בעל מעמד של תושב קבע בקנדה. הוא עבר את כל המבחנים הנדרשים כדי להיות עורך דין בקנדה, למעט התנאי הדורש ממנו אזרחות קנדית. לפיכך עתר אנדרו לבית המשפט כדי שיפסול את הוראות החוק הדורשות אזרחות קנדית למתן רישיון לעריכת דין. השאלה הייתה אם הקריטריון של אזרחות קנדית הוא קריטריון מנבא יעיל עבור עורכי דין טובים בקנדה. הנחת בית המשפט הייתה, כי מטרת ההבחנה הייתה לתת רישיון עריכת דין למי שבקיא במשפט, בפוליטיקה ובחברה הקנדית. לכן נשאלה השאלה אם הקריטריון של אזרחות קנדית הוא מנבא טוב לידיעת המשפט, הפוליטיקה והחברה בקנדה. בית המשפט פסק שהקריטריון של אזרחות אינו מדויק דיו על מנת לנבא את יכולותיו של אדם להיות בקיא במשפט, בחיי החברה או בפוליטיקה בקנדה. כלומר, הקריטריון של אזרחות קנדית אינו מנבא טוב ליכולת של אדם להיות עורך דין טוב בקנדה.¹⁵⁴

ההבחנה על בסיס של קריטריון האזרחות בעניין Andrews עונה על ההגדרה שהצעת ההבחנה שרירותית. היא מבוססת על קריטריון שאינו מועיל או הכרחי לצורך קידום הטוב שההבחנה מיועדת לקדם. כלומר, העובדה שאדם הוא אזרח או שאינו אזרח קנדי אינה משרתת את המטרה של הענקת רישיון עריכת דין למי שיש להם את האיכויות הנדרשות להיות עורכי דין.

את ההגדרה שהצעת ההבחנה שרירותית אפשר לחלק לשתי קטגוריות משנה שהן דוגמאות להבחנות שרירותיות. הקטגוריה הראשונה כוללת הבחנות המבוססות על קריטריון הנחשב רלוונטי או מועיל לקידום מטרת ההבחנה רק מנקודת המבט של קידום האינטרס העצמי של מי שיוצרים את ההבחנה. אלה הן הבחנות המבוססות רק על האינטרסים של המבחינים. הקטגוריה השנייה כוללת הבחנות המסתמכות על מנבאים לא-אמינים, היינו, מנבאים שאין להם כל בסיס אמפירי.

אפתח בקטגוריית המשנה הראשונה. הרלוונטיות של הקריטריון צריכה להיבחן מנקודת מבט אובייקטיבית. הכוונה היא לנקודת מבט שאינה מביאה בחשבון רק את האינטרסים ואת הצרכים של המבחין אלא גם את האינטרסים ואת הצרכים של המובחן, ושוקלת אותם באשר לרלוונטיות שלהם לטוב המחולק. הסתמכות על הקריטריון יכולה להיות רלוונטית רק אם ניתן להצדיק אותה מסיבות חיצוניות שאינן קשורות רק לאינטרס העצמי של מי שמסתמך על ההבחנה. כך למשל, בעניין נסר ההבחנה בין סוגי יישובים שזכאים להטבות מס הייתה אמורה להיות בהתאם לקריטריונים רלוונטיים שמועילים או שהם הכרחיים לקידום המטרה של הטבות מס, כגון מצב סוציו-אקונומי, פריפריה גאוגרפית, אזור מלחמה וכן הלאה. אולם בפועל, ועדת הכספים, שהייתה אמורה ליישם את החלטת הממשלה, לא הסתמכה על קריטריונים אלה. תחת קריטריונים רלוונטיים אלה, היא בחרה להתייחס לקריטריון אחר, והוא אם היישובים שלחו לוביסטים שילחצו על הוועדה להוסיף אותם לסעיף הטבת המס או לא. הקריטריון הזה רלוונטי רק מנקודת המבט של חברי הכנסת שישבו בוועדת הכספים, שביקשו לרצות את הלוביסטים שילחצו עליהם. הקריטריון אינו מועיל או רלוונטי מנקודת מבט אובייקטיבית, המבקשת להעניק הטבות מס לתושבים באזורים מסוימים אשר נתקלים

Denise Réaume, *The Relevance of Relevance to Equality Rights*, 31 QUEENS L.J. 707 154 (2006).

בקשיי פרנסה שתושבים של אזורים אחרים אינם נתקלים בהם. באותו אופן, גם בעניין ברכה היה נוח למד"א שלא לתת את תוספת הכווננת הגלובלית לברכה (שעד לשלב מאוחר למדי כלל לא ידע שלעמיתו ניתנת התוספת), מאחר שהוא לא נמנה עם העובדים שלחצו בשנת 2000 לקבלה. אולם מנקודת מבט אובייקטיבית ההנחה היא שהתוספת במשכורת מגיעה בתמורה למאמץ מסוים בעבודה, ועל כן היא צריכה להינתן לכל מי שנשא במאמץ זה. השרירותיות הטמונה בהסתמכות על אינטרס עצמי שאין לו הצדקה עניינית חיצונית מובנת יותר בהקשר הציבורי. כאשר מדובר בגוף ציבורי, כגון ועדה של הכנסת בעניין נסר, אנו מצפים ממנו להיות חסר משוא פנים. אנו מצפים ממנו להוציא שיקולים של אינטרס עצמי מתוך שיקול דעתו, ולהתחשב באופן שווה בשיקולים של כלל האוכלוסייה שהוא אמון על צרכיה ועל בעיותיה. אולם העוול של הסתמכות על אינטרס עצמי מובן פחות בהקשר העסקי והפרטי, שבו מקובל לחשוב שהאינטרס העצמי של בעל העסק – בדרך כלל בהגדלת רווחיו – הוא האינטרס הרלוונטי היחיד, גם אם הוא אינו נראה רלוונטי בעיני אחרים. כך למשל, בעל חנות עלול להעדיף מוכרים שהצורה החיצונית שלהם מתאימה לאידיאל יופי פופולרי, מאחר שלהערכתו קונים יעדיפו לקנות סחורה ממוכרים ש"נראים טוב".¹⁵⁵ אותו בעל חנות יטען כי האינטרס היחיד שמנחה אותו הוא האינטרס להגדיל את רווחיו, וכי אין לו דבר נגד מי שאינם תואמים את אידיאל היופי הפופולרי. כיצד נדע שמדובר בקריטריון שרירותי המבוסס על נקודת המבט של המבחין בלבד ואינו יכול להיות מוצדק מנקודת מבט אובייקטיבית? נדע זאת כאשר בעל חנות למעשה נותן משקל בלעדי להעדפות העסקיות שלו, המבוססות על העדפות מפלות של קהל הלקוחות, מבלי לשקול כלל את האינטרסים של מי שנפגעים מהבחנתו. גישתו של בעל החנות מכונה גם "אדישות מפלה", מאחר שהיא אינה מביאה בחשבון את ההשלכות של המדיניות שלו על מי שניזוקים ממנה.¹⁵⁶ באותו אופן טען המועדון בעניין גלי גיל, כי הוא ביקש להרחיק את התובעת מהבריכות כדי לרצות את המבלים האחרים במועדון שנרתעו מהסממנים החיצוניים של מחלתה. גם כאן טענתו של המועדון פונה לכאורה רק אל העדפותיהם של הצרכנים. בגלל שהמועדון ביקש לרצות את הצרכנים ולמנוע פגיעה ברווחיו, הוא "נאלץ" לכאורה להדיר את התובעת.

אינטרסים עצמיים בהגדלת רווחים או בשימור לקוחות הם כמוכר אינטרסים רלוונטיים, אך הם אינם האינטרסים היחידים שצריכים להישקל במסגרת נקודת המבט האובייקטיבית הנדרשת לקריטריון שאינו שרירותי. כאשר מדובר בהבחנות הנעשות בהקשר הפרטי והעסקי המסתמכות על האינטרסים של המבחין בלבד, מדובר בהבחנות שרירותיות, משום שאין אפשרות להצדיקן מבחינה אובייקטיבית, הכוללת גם אינטרסים, צרכים והעדפות של המובחנים. כפי שאפרט בפרק הבא, הדוקטרינה המשפטית מכירה בהבחנות רלוונטיות שהמוטיבציה שלהן היא עסקית או כלכלית בלבד כהפליית, כאשר הן מתבססות על מאפיינים

155 מחקרים מראים כי באופן כללי, ככל שאינדיבידואלים מתאימים פחות לסטנדרט היופי המקובל בחברה, כך גדל הסיכוי שהם יידחו כמועמדים למקומות עבודה (ראו Ritu Mahajan, *The Naked Truth: Appearance Discrimination, Employment, and the Law*, 14 ASIAN AM. L.J. 167-68 (2007); MARY E. KITE & BERNARD E. WHITLEY, JR., PSYCHOLOGY OF PREJUDICE AND DISCRIMINATION 395 (2016)).

156 ראו כהן-אליה "היסוד הנפשי בהפליה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 171-172, 181.

של קבוצות פגיעות בחברה כגון נשים, מיעוטים גזעיים, דתיים או לאומיים.¹⁵⁷ הטעם לכך הוא שהבחנות על בסיס השתייכות לקבוצות פגיעות מעבירות מסר משפיל ופוגעני, גם כשהן רלוונטיות. בפרק הבא אטען כי על הדוקטרינה להכיר גם בהבחנות שרירותיות המבוססות על אינטרס עצמי רווחי בלבד כהפליית, במצבים שבהם אי-אפשר להצדיקן בטיעונים נורמטיביים חיצוניים. הסיבה לכך היא שהבחנות שכאלה מתעלמות מאספקט מרכזי של האוטונומיה של הפרטים המובחנים.

בקטגוריית המשנה השנייה של הבחנות שרירותיות שהן בגדר הפליה נמצאות הבחנות המסתמכות על מנבאים לא-אמינים, היינו, מנבאים שאין להם כל בסיס אמפירי.¹⁵⁸ הכוונה היא להבחנות "הקופצות" למסקנות מהירות על בסיס קריטריון מסוים, מבלי שיש ראיות שהקריטריון שעליו הן הסתמכו אכן מוביל למסקנות האלה.¹⁵⁹ "הקפיצה" למסקנות מהירות מתבצעת בדרך כלל תוך התעלמות מראיות אמפיריות רלוונטיות. כך למשל, בעניין גלי גיל התבסס מועדון הספורט והנופש על העובדה שהתובעת חולה במחלת הפסוריאזיס, שיש לה סממנים חיצוניים מובהקים, אף שלא היו כל ראיות לכך שמחלת הפסוריאזיס מידבקת. במקרה הזה המועדון הסתמך על מנבא לא-אמין של סממנים חיצוניים למחלה כדי להסיק מסקנה שמדובר בהכרח במחלה מידבקת. המועדון התעלם מראיות שהתובעת הציגה, שלפיהן המחלה אינה מידבקת.

מקרה שכזה יכול לחפוף גם את שתי קטגוריות המשנה של הבחנה שרירותית – הקטגוריה הראשונה של הסתמכות על קריטריון שהוא רלוונטי רק מנקודת המבט של מי שיוצר את ההבחנה והקטגוריה השנייה של הסתמכות על מנבא לא-אמין. ההסתמכות על מנבא לא-אמין בעניין גלי גיל הייתה גם רלוונטית או מועילה מנקודת המבט של המועדון; הוא העדיף להרחיק את התובעת מהבריכות כדי לרצות את המכלים האחרים במועדון, שנרתעו מהסממנים החיצוניים של מחלתה.

2. התנאי השני: היעדר הצדקה נורמטיבית

אדון כעת בתנאי השני, הנוגע להגדרה של הבחנה שרירותית מפלה. אם ההבחנה מתבססת על קריטריון שאינו מועיל או שאינו הכרחי לקידום הטוב שההבחנה מיועדת להשיג, ואין הצדקה נורמטיבית משכנעת להתבסס עליו, מדובר בהבחנה שרירותית מפלה או בשרירותיות שהיא בגדר "מקרה קצה". הצדקה נורמטיבית משכנעת היא הצדקה המצביעה על סיבה או על סיבות חיצוניות משכנעות, שאינן תלויות באדם או בגוף שיוצרים את ההבחנה. אני מכנה סיבה זו "הצדקה נורמטיבית", מאחר שהיא מספקת הסבר להתנהגות השרירותית המסירה אחריות מוסרית ממי שנהג בשרירותיות. כשלאדם יש טעם מוסרי משכנע לנהוג בשרירותיות, אין להבין התנהגות זו כהפליה.

157 ש.ם.

158 Peter Brandon Bayer, *Rationality – and the*; 15-12 בעמ' 133, לעיל ה"ש 133, Schauer, *Irrational Underinclusiveness of the Civil Rights Laws*, 45 WASH. & LEE L. REV. 55 (1988).

159 Miranda Fricker, *Fault and No-Fault Responsibility for Implicit Prejudice*, in THE EPISTEMIC LIFE OF GROUPS, 33 (Miranda Fricker & Michael Brady eds., 2016).

נניח שמעסיקה צריכה לבחור מועמדים שונים למשרה של עסק המספק שירותי שמרטפות. אין לה מידע זמין על המועמדים והמועמדות, והיא צריכה לקבל החלטה מהירה. העובדה שהיא צריכה לקבל החלטה מהירה אינה תלויה בה. נניח לצורך דוגמה זו, שמתוך עשרת השמרטפים והשמרטפיות המועסקים בחברה שניים נפצעו קשה בתאונה ועליה למצוא להם מחליפים. בראיונות הקצרים שהיא מספיקה לערוך היא שואלת למי מהמועמדות ומהמועמדים יש ילדים משלהם. בהתאם לתשובות היא מחליטה לבחור במועמדים שיש להם ילדים משלהם. הקריטריון של הורות איננו מנבא אמין ליכולות של מועמדים להיות שמרטפים טובים. אולם במקרה זה, בשל דוחק הזמן ובגלל שאין לה מידע אחר על המועמדים, יש למעסיקה הצדקה נורמטיבית משכנעת להסתמך על הקריטריון הזה. בנסיבות אחרות, כאשר יש למעסיקה זמן לערוך ראיונות עומק, לעבור על קורות חיים, המלצות וכן הלאה – אין לה הצדקה נורמטיבית משכנעת להסתמך על תכונה מנבאת לא-אמינה של הורות. מקרה שכזה הוא לדעתי דוגמה להבחנה שרירותית שהיא "מקרה קצה", ולכן יש להכיר בה כהפליה. באותו אופן, גם ההבחנה השרירותית שעשתה הכנסת בעניין נסר וההבחנה השרירותית שעשה מד"א בעניין ברכה אינן מוצדקות מבחינה נורמטיבית, ולכן יש בהן משום הפליה. בשני המקרים לא הייתה הצדקה נורמטיבית משכנעת להסתמך על קריטריון שאינו מועיל למטרה שבגללה נוצרה ההבחנה בין יישובים הזכאים להטבות מס או בין עובדים הזכאים לתוספת במשכורת. ועדת הכספים בכנסת יכלה לקבל מידע על הפרופיל הסוציו-אקונומי של היישובים שביקשו להיכלל בסעיף הטבת המס. מובן שמד"א יכול היה לדעת בדיוק מיהם העובדים שזכאים לתוספת כוננות גלובלית.

בדוגמה אחרת, בעל גלריה נחשבת לאומנות, המציגה בעיקר אומנות "חתרנית" ואינה מקבלת תקציב ציבורי, צריך לבחור חמש יצירות אומנות חדשות. בעל הגלריה מפרסם "קול קורא" לאומנים, ובסופו של דבר בוחר באריכות את עבודות האומנות של מי שעונים לקול הקורא ושהאומנות שלהם נתפסת בעיניו כחתרנית. הרשימה כוללת עשרה אומנים ואומניות, ובעל הגלריה מקציב לשם כך עשר שעות עבודה ביום אחד, ככוונה לאפשר לכל אומן ואומנית הכלולים ברשימה שעה כדי להציג בפניו את עבודות האומנות שלהם. בשעה החמישית נקבע ריאיון לאומן ששבה את ליבו של בעל הגלריה. העבודה של אותו אומן נראית לו מושלמת, והפגישה עימו מתארכת לשלוש שעות. לאחר הפגישה עם האומן החמישי, בעל הגלריה סבור שיש בידיו חמש עבודות אומנות חתרניות והוא מבקש מחמשת האומנים והאומניות שנותרו לעזוב. הוא מתנצל בפניהם שנאלצו לחכות לו לשווא, ומסביר שאין לו צורך בעבודות אומנות נוספות לגלריה.

זוהי דוגמה למקרה שבו אין לבעל הגלריה הצדקה נורמטיבית חיצונית להתנהגותו. אין גורם חיצוני או אילוץ שמנע ממנו לערוך פגישות עם חמשת האומנים שנותרו ולבחון את עבודותיהם. זו הייתה החלטה שלו לחדול מעבודתו לאחר הפגישה עם האומן החמישי, מבלי שתהיה לה הצדקה נורמטיבית חיצונית. בעל הגלריה גם לא טרח לפצות את חמשת האומנים שנותרו ולקבוע עבורם יום אחר לפגישות, או להבטיח להם שעבודותיהם יוצגו בתערוכה הבאה של הגלריה. לכן מדובר בהחלטה שרירותית מפלה. במקרה שכזה נגרמת פגיעה באספקט מרכזי של האוטונומיה של חמשת האומנים שנותרו ללא פגישה, כי הכישרון והיכולת שלהם להציג אומנות חתרנית כלל לא נבחנו. כלומר, החלטתו של בעל הגלריה מתעלמת לחלוטין מהיכולות האינדיבידואליות שלהם.

בעניין הצדקה הנורמטיבית, יש להבחין בין הבחנה שרירותית של המחוקק במישור החוקתי, לבין הבחנה שרירותית של מעסיקים או של בעלי עסקים ושל נותני שירותים. במישור החוקתי קשה לחשוב על הצדקה נורמטיבית מתקבלת על הדעת להבחנה שרירותית. כפי שציינתי מוקדם יותר, מן המחוקק מצופה להתנהל בשיקול דעת ולא לחוקק חוקים כלאחר יד מבלי לשקול את הרציונלים שמאחורי ההבחנות הכלולות בחוק. במישור של מעסיקים, של בעלי עסקים ושל נותני שירותים, לעומת זאת, אפשר בהחלט לחשוב על סיבות או על אילוצים המהווים הצדקה נורמטיבית משכנעת להבחנה שרירותית, המוציאים אותה מגדר ההבחנות השרירותיות שיש בהן משום הפליה. אילוצים של היעדר זמן ומשאבים כלכליים יכולים למשל להיות הצדקה נורמטיבית משכנעת לבעלת עסק קטן, גם אם היא סירבה לתת שירות למישהו מטעמים שרירותיים.

נחזור לעניין גלי גיל, ונניח לרגע כי מדובר בבריכת שחייה קטנה בבעלות פרטית. נניח גם כי בעלת בריכת השחייה נמצאת בקשיים כלכליים ובקושי רואה רווח מבריכת השחייה שבבעלותה. נניח גם כי המתרחצים האחרים בבריכה מסרבים בכל תוקף להיכנס לבריכה עם חולת פסוריאזיס, ומאיימים כי לא יגיעו כל עוד היא נכנסת למים. בסיטואציה שכזו נראה שיש לבעלת הבריכה הצדקה נורמטיבית להבחנה השרירותית בין חולת הפסוריאזיס לבין מתרחצים אחרים. כל מתרחץ שתפסיד יכול לעלות לה באובדן העסק, שגם כך נמצא בקשיים כלכליים. שיקולים של גודל העסק, מצבו הכלכלי והתנהגות הלקוחות האחרים בעסק הם בהחלט שיקול רלוונטי במסגרת השאלה אם יש או אין צידוק נורמטיבי להבחנה שרירותית הקשורה להעסקת עובדים או לשירות לקוחות.

שיקול רלוונטי נוסף הוא ייחודו של העסק או מקום העבודה. נניח שבעיר מסוימת או באזור גאוגרפי מסוים יש רק עסק אחד שמספק שירותי הדפסה, או רק מלון אחד עבור תיירים או אורחים בעיר. עסקים מסוג שכזה יזדקקו לציודקים נורמטיביים כבדי משקל כדי להצדיק הבחנה שרירותית בין לקוחותיהם, מאחר שמלקוחות שעסקים אלה יסרכו לשרת יימנעו שירותים שהם לא יוכלו להשיג בעסקים אחרים באזור.

בפרק הבא אסביר מדוע הבחנות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית הן מפלות. אולם חשוב להדגיש כבר בשלב הזה, כי המסקנה העולה מהתנאי ההכרחי השני להגדרה של הבחנה שרירותית מפלה היא ששרירותיות לבדה אינה מספיקה על מנת לבסס הפליה. הבחנה שרירותית לא תמיד מפלה. כדי שהבחנה שרירותית תהיה בגדר הפליה, עליה להיות "מקרה קצה" של שרירותיות ולענות על התנאי השני הנוסף, והוא שבנסיבות הקיימות אי אפשר להצדיק אותה מבחינה נורמטיבית. כפי שציינתי בדוגמת שירותי השמרטפות, בהחלט ייתכנו נסיבות המצדיקות הבחנות שרירותיות מבחינה נורמטיבית.

ד. מדוע הבחנה שרירותית שאין לה הצדקה נורמטיבית היא בגדר הפליה

עד כה הגדרתי מהי הבחנה שרירותית ומתי הבחנה שכזו נחשבת להפליה. כעת אדון בשאלה מדוע הבחנה שרירותית שאין לה הצדקה נורמטיבית היא בגדר הפליה. כפי שציינתי בפרק א, הלמן למשל סבורה שרק הבחנות המבוססות על תכונות המזהות אנשים עם קבוצות מובהקות מפלות, משום שהן משדרות מסר משפיל. לדבריה, אם למשל, אוניברסיטה

מחליטה לחייב רק סטודנטים למתמטיקה ולמדעים ללמוד שיעורי שחייה כדי להשלים את התואר שלהם, האוניברסיטה מסתמכת על מנבא לא-אמין ולפיו תלמידי מתמטיקה ומדעים הם ספורטאים גרוועים, אך ההבחנה שהיא מבצעת עדיין איננה בגדר הפליה כי היא איננה משפילה. במילים אחרות, לדעתה של הלמן, יחס שוויוני לאנשים אינו דורש יחס רציונלי אליהם.¹⁶⁰ מהטעון של הלמן ברור מדוע הסטודנטים למתמטיקה ולמדעים מדויקים אינם מושפלים בעקבות הבחנה המתבססת על קריטריון לא-אמין. כלומר, הטעון שלה מסביר מדוע הסטודנטים אינם סובלים מהסוג הרע ביותר של הפליה. אולם הטעון שלה אינו מסביר מדוע הם אינם מופלים.¹⁶¹

כדי להבין מדוע הבחנה שרירותית שאין לה הצדקה נורמטיבית יש בה משום הפליה, צריך להבין את טיבו של העוול שנגרם לאדם שהתייחסו אליו בשרירותיות שאינה מוצדקת נורמטיבית. אם נחשוב למשל על עניין נסר, ברור שוועדת הכספים של הכנסת התעלמה מאינפורמציה רלוונטית בנוגע למצבם הפיננסי והסוציאלי של התושבים ביישובים השונים שביקשו לקבל הטבות מס. גם הסתמכות על קריטריון שהוא מנבא לא-אמין, כגון הסממנים החיצוניים של מחלת הפטוריאזיס בעניין גלי גיל, אשר מנבאים כביכול את מידת הסכנה הבריאותית שעלולה להיגרם מהתובעת, מתעלמת לחלוטין מאינפורמציה רלוונטית בנוגע למחלה הספציפית שלה, שכלל אינה מידבקת ושאינה מסכנת אחרים. ההתעלמות בשני המקרים היא מתכונות ומצרכים ספציפיים של אינדיבידואלים שהם רלוונטיים לטובים שההבחנות מחלקות. הצרכים הפיננסיים והסוציאליים של תושבי יישובים שונים רלוונטיים כדי לדעת מי מהם זכאי להטבות מס. באותו אופן, השאלה אם מישוי מסכנת בריאותית רוחצים אחרים אם לאו רלוונטית לשאלה אם לאשר את כניסתה לכריכה או לא.

הבחנות המתעלמות מתכונות ספציפיות, מיכולות ומצרכים שונים של אינדיבידואלים אינן מכבדות אספקט מרכזי באוטונומיה שלהם.¹⁶² אולם כפי שצייתינו בפרק ג, גם הבחנות המבוססות על מנבאים אמינים פוגעות ברעיון האידיאלי של אוטונומיה, משום שהן מכלילות ומייחסות לאינדיבידואלים תכונות שלא בהכרח קיימות אצלם. מדוע אם כן הבחנות שרירותיות המתבססות למשל על מנבא לא-אמין מפלות, ואילו הבחנות המבוססות על מנבא אמין אינן מפלות? הבחנות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית יש בהן משום הפליה, מכיוון שבניגוד להבחנות המתבססות על מנבאים אמינים, הן אינן רק פוגעות באידיאל של רעיון האוטונומיה: הן אפילו אינן מנסות או שואפות לצמצם את הפגיעה באוטונומיה של האינדיבידואלים המובחנים; הן מתעלמות לגמרי כמעט מתכונות רלוונטיות, תוך שהן מתרכזות בתכונות אחרות שאינן רלוונטיות כלל, כגון סממנים חיצוניים מבהילים של מחלה שאינה מידבקת או לחץ שמפעילים לוביסטים כדי לזכות תושבי יישובים מסוימים בהטבות מס. העוול האמיתי אם כן של הבחנות שרירותיות איננו הפגיעה באידיאל האוטונומיה –

HELLMAN 160, לעיל ה"ש 11, בעמ' 31.

161 לטיעונו של סימונס בתגובה על טיעונו של הלמן, ראו Kenneth W. Simons, *Discrimination*

Is a Comparative Injustice: A Reply to Hellman, 102 Va. L. Rev. Online (2016)

162 John Gardner, *On the Grounds of her Sex(uality)*, 18 OJLS 170 (1998); Benjamin Eidelson,

Treating People as Individuals, in *Philosophical Foundations of Discrimination Law*

.203, 205-11 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013)

שהרי היא נגרמת גם מהבחנות המתבססות על מנבאים אמינים – אלא הוא הזלזול או ההתעלמות מאספקט מרכזי שלו.¹⁶³ הבחנות המבוססות על מנבאים אמינים פוגעות אם כן באספקטים מרכזיים פחות של אוטונומיה, כי הן בכל זאת שואפות לצמצם את הפגיעה בה באמצעות שימוש במנבא אמין. הבחנות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית, לעומת זאת, פוגעות באספקט מרכזי של אוטונומיה. אם אוטונומיה מוכנת כיכולתו של אדם לכתוב את סיפור חייו ולעצב את חייו בהתאם לבחירות שלו, הרי התעלמות מתכונות רלוונטיות מבלי לנסות או לשאוף לצמצם את ההתעלמות הזו, פוגעת באספקט מרכזי באוטונומיה של פרטים, ואינה מכבדת אותם כבני אדם שווים בחברה.¹⁶⁴

עד לשלב זה הסברתי מדוע הבחנות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית, כשלעצמן, גם כאשר הן אינן קשורות לאחת התכונות החשודות, יש בהן משום הפליה, שכן הן מתעלמות מאספקט מרכזי באוטונומיה של הפרטים המוכחנים. יש לציין בהקשר זה, שיש מי שמבינים שרירותיות כאחת הסיבות שבגללן הדוקטרינה המשפטית אוסרת על הפליות על בסיס עילות קלאסיות או חשודות. ההנחה היא שתכונות כמו גזע או מין אינן רלוונטיות לחלוקה של טובים. כלומר, הדוקטרינה הקיימת מבוססת בין השאר על ההנחה, שחלוקה של טובים על בסיס עילות חשודות כגון גזע או מין היא שרירותית כי אין לה רלוונטיות לטובים המחולקים.¹⁶⁵ למען הסר ספק אציין כי שרירותיות אינה תנאי הכרחי להפליה. אף שיש מי שסבורים שהבחנה על בסיס עילות חשודות היא הפליה בין השאר משום שהיא שרירותית, הדוקטרינה המשפטית מבינה הבחנות על בסיס עילות חשודות כהפליות גם כאשר הן אינן שרירותיות. עניין מילר¹⁶⁶ ועניין פרוז'אנסקי¹⁶⁷ הם דוגמאות טובות לכך. העתירה בעניין מילר כוונה נגד צה"ל, ששלל מנשים את הכניסה לקורס טיס. אחת הטענות שהועלתה הייתה כי קורס טיס מצריך משאבים יקרי ערך מצה"ל וכי חבל לבזבזם על נשים, שכן הסבירות שהן יוכלו להתחייב לשירות קבע נמוכה מזו של גברים, בשל הנטייה של נשים להישאר יותר בבית ולהסתכן פחות עם הפיכתן לאימהות. ההבחנה שנעשתה בעניין מילר הייתה מבוססת על סטריאוטיפ מנבא בנוגע לתפקודן ולהעדפותיהן של נשים. השופט מצא סבר שמדובר בהבחנה שרירותית המבוססת על מנבא לא-אמין, שהופך את ההבחנה לשרירותית ולמפלה. לדבריו, "חולשתה העיקרית והבולטת של טענה זו היא בכך שכל כולה נשענת על סברות

163 אני משתמשת בביטוי "אספקט מרכזי", מכיוון שרוב ההבחנות השרירותיות אינן מתעלמות לחלוטין מאוטונומיה של פרטים. יש היבטים חשובים של אוטונומיה שרוב ההבחנות השרירותיות מכבדות. רובן אינן מובילות להריגת פרטים או לכליאתם. כלומר, רובן מכבדות את ערך החיים של הפרט ואת ההנחה הבסיסית שלפרטים יש זכות לחופש.

164 Rahool Parkash Agarwal, *An Autonomy-Based Approach to Section 15(1) of the Charter*, 164 12 REV. CONST. STUD. 97 (2006) ("Arbitrariness is a harm associated with autonomy – It reflects a lack of consideration by the government of the unique identity and actual situation of the claimant").

165 Re'em Segev, *Making Sense of Discrimination*, 27 RATIO JURIS 57-8 (2014); Stijn Bruers, *Speciesism, Arbitrariness and Moral Illusions*, 49 PHILOSOPHIA 960-64 (2021)

166 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט" (4) 94 (1995).

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

והערכות היפותטיות ולא על לקחים שנלמדו מניסיון מעשי מצטבר".¹⁶⁸ השופטת דורנר לעומת זאת הניחה שיש שוני רלוונטי בין נשים וגברים לעניין משך השירות הצבאי, שכן לנשים יש צרכים מיוחדים הקשורים לאימהות ולגידול ילדים. אולם לדירה הבחנה על בסיס מין הפוגעת בנשים משפילה גם כשהיא אינה שרירותית, כי היא משרדת מסר ולפיו נשים הן בעלות מעמד חברתי נחות ומאששת את הסטריאוטיפים בדבר נחיתותן.¹⁶⁹ השופטת דורנר מספקת למעשה בדבריה הצדקה לעליונות הנורמטיבית של עילות חשודות על עילות הפליה אחרות שאינן חשודות. עליונותן מתבטאת בכך, שהבחנה על בסיסן תיחשב להפליה גם כאשר היא רלוונטית ואינה שרירותית.¹⁷⁰

עניין פרוז'אנסקי עסק במועדון שהבחין באופן מוצהר בין נשים וגברים, בקובעו כי גיל הכניסה המותר לנשים הוא 24 ואילו לגברים הוא 26. טענת המועדון הייתה שהבחנה שעשה בין גברים לנשים הייתה רלוונטית, שכן היא התבססה על רציונל ולפיו גברים צעירים מועדים לאלימות ולהתנהגות פרועה במועדונים יותר מנשים צעירות באותו גיל. השופט דנציגר ביצע מהלך דומה לזה שביצע השופט מצא בעניין מילר, בקובעו כי הסטראוטיפ שעליו הסתמך המועדון, הקושר בין מין, גיל וסבירות להתנהגות אלימה במועדונים, אינו אמין, שכן הוא אינו נשען על מידע סטטיסטי רלוונטי.¹⁷¹ במילים אחרות, השופט דנציגר סבר שמדובר בהבחנה שרירותית המבוססת על מנבא לא-אמין ועל כן יש בה משום הפליה. השופט ג'ובראן לעומת זאת פסע בדרכה של השופטת דורנר בעניין מילר, וציין כי גם אילו הביא המועדון תימוכין לאמינותו של הסטראוטיפ, עדיין לא היה בהם כדי להצדיק את ההבחנה בעניין זה בין גברים לנשים; שכן סטראוטיפים בנוגע לנשים, אמינים ככל שיהיו, הם משפילים כי הם משעתקים מבני הפליה קודמים שגרמו לנשים להיות במעמד חברתי נמוך משל גברים. הסטראוטיפ הספציפי שהשתמש בו המועדון נושא עימו מסר סמלי שלילי, שלפיו נשים הן פגיעות וחלשות יותר.¹⁷² במילים אחרות, השופט ג'ובראן סבר שהבחנה היא בגדר הפליה בגלל שהיא משפילה, הגם שיתכן שהיא מבוססת על קריטריון אמין שאינו שרירותי.

לאחר שהבהרתי כי שרירותיות אינה תנאי הכרחי להפליה, וכי הבחנות המבוססות על עילות חשודות עלולות להיות מפלות גם כאשר הן אינן שרירותיות, אחזור לטיעון המרכזי במאמר, הנוגע להבחנות שרירותיות אשר יש בהן משום הפליה ושאינן להן קשר לעילות חשודות. השאלה הבאה שאעסוק בה היא אם המשפט צריך לאסור הפליות שרירותיות שאינן מבוססות על עילות חשודות, כשם שהוא אוסר הבחנות שרירותיות או רלוונטיות באשר לתכונות חשודות. בפרק הבא אטען, כי אף שלדעתי הבחנות שרירותיות גרידא שאינן להן הצדקה נורמטיבית יש בהן משום הפליה, יש להבדיל בינן לבין הבחנות המתבססות על עילות חשודות. בעוד ששני סוגי ההבחנות יש בהם משום הפליה, הבחנות על בסיס עילות חשודות הן בגדר הפליה מדרגה חמורה יותר.

168 עניין מילר, לעיל ה"ש 166, בפס' 20-21 לפסק הדין של השופט מצא.

169 שם, בפס' 4-5 לפסק הדין של השופטת דורנר.

170 ראו גם פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 135-137.

171 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 167, פס' 34 לפסק הדין של השופט דנציגר.

172 שם, בפסק הדין של השופט ג'ובראן. ראו גם פינטו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 117-118.

ה. יצירת מדרג נורמטיבי בתוך עילת ההפליה

אני מסכימה עם הלמן ועם הגישה השלטת במשפט הישראלי (ובשיטות משפט אחרות), שלפיה הבחנות רלוונטיות ולא-רלוונטיות על בסיס עילות קלאסיות משדרות מסר משפיל כלפי חברי קבוצות אלה, ומנציחות דעות שליליות באשר לחברי קבוצות אלה בקרב האוכלוסייה כולה.¹⁷³ כך למשל, מדיניות שמבצעת בידוק ביטחוני בשדה התעופה רק לגברים ערבים אינה רק פוגעת באוטונומיה של גברים ערבים שאין להם מעורבות בפעולות טרור ועל כן כלל אינם מתאימים לפרופיל הבידוק הביטחוני; הבחנה שכזו היא הפליה חמורה מאוד, מכיוון שהיא גם משעתקת מסר משפיל ולפיו לערבים יש נטייה להיות מעורבים בפעילות טרור. כאשר מסר משפיל שכזה משועתק ומונצח, השפעתו חורגת הרבה מעבר לתחום הבידוק הביטחוני בשדות תעופה; הוא עלול להשפיע על הנכונות של גורמים פרטיים לרכוש מוצרים מאזרחים ערבים, להשכיר להם דירות או לתת להם להיכנס לבתי עסק. במקרה שכזה הנזק מועצם יותר, מכיוון שהדעות השליליות בחברה קיימות כבר בנוגע לאוכלוסייה זו, ושיעיות של דעות שליליות רק מעצים את נחיתותה החברתית.¹⁷⁴

הפליה על רקע עילות חשודות מוסיפה אם כן אלמנט של השפלה, שאינו קיים בהפליות שרירותיות גרידא שאין להן קשר לעילות חשודות. אלמנט ההשפלה הופך את ההפליות על בסיס עילות חשודות לחמורות יותר מהפליות שרירותיות גרידא. על כן נהוג להבין הפליות שכאלה כגורמות לעוול גדול ולסבל רב במיוחד.¹⁷⁵ זאת ועוד, הפליות שרירותיות גרידא הן חמורות פחות מהפליות על בסיס עילות חשודות, משום שהבחנות שרירותיות גרידא נוטות להיות חד-פעמיות. הסבירות שמישהו שהופלה על רקע שרירותי לגמרי יופלה שוב על אותו רקע גם במקומות אחרים היא נמוכה מאוד.¹⁷⁶ הפליות על בסיס עילות חשודות לעומת זאת נוטות לחזור על עצמן, ומעמידות את חברי הקבוצות שעל בסיסן נעשית ההפליה במצב נחיתות מתמיד.

העובדה שהבחנות על בסיס עילות חשודות משפילות ומשעתקות מסרים שליליים כלפי קבוצות מיעוט בהחלט מחייבת הכרה בהן כסוגי הפליה חמורים יותר. ואולם היא איננה סיבה מספקת להכיר רק בהבחנות על בסיס עילות החשודות כהפליות. אם נצא מנקודת הנחה שהתעלמות גסה מתכונות אישיות, מצרכים ומנסיבות של פרטים שונים היא עוול שאיננו מוכנים להשלים עימו, הרי שיש להכיר גם בהבחנות על בסיס שרירותי גרידא (שאינן מוצדקות נורמטיבית), שאינן קשורות לעילות חשודות, כהפליות שיש למנוע ולהימנע מהן. בשלב זה תעלה אולי הטענה, כי הכרה בהבחנות שרירותיות גרידא כהפליות "תוזלת" את השימוש במונח "הפליה". טענת נגד זו רלוונטית גם במישור החוקתי וגם במישור של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה וחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. הטענה על "הוזלת" השימוש במונח "הפליה" היא כי הכרה בהבחנות שרירותיות גרידא כהפליות תיצור שוויון בין העוול הנגרם מהבחנות שרירותיות גרידא לבין העוול הנגרם מהבחנות על בסיס עילות

173 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 5, בעמ' 83.

174 שם.

175 יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 192 (2000).

176 Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 863-64 (2001).

חשודות, אף שבפועל העוול שנגרם מהבחנות על בסיס עילות חשודות חמור הרבה יותר. לפי היגיון זה, ראוי להשתמש במונח "הפליה" רק כדי לגנות הפליות חמורות במיוחד על בסיס עילות קלאסיות, שאינן רק פוגעות באוטונומיה, אלא גם משפילות ומשעתקות תפיסות שליליות כלפי קבוצות פגיעות בחברה.¹⁷⁷

החשש ל"הזלת" השימוש במונח "הפליה" הוא ממשי. החשש הממשי הוא שהכרה בשרירותיות כשלעצמה כהפליה תחליש את דיני איסור ההפליה, שממילא הם חלשים יחסית בישראל, בכל הנוגע לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. האכיפה והסעדים בתחום דיני איסור ההפליה נמוכים משמעותית ממה שמאפשרים הכלים המשפטיים. כבר היום בתי משפט פוסקים פיצויים נמוכים בהרבה מהסכומים הקבועים בחקיקה,¹⁷⁸ בפרט בתובענות ייצוגיות.¹⁷⁹ כמו כן, בתי משפט תרים אחר מעוול שעל בסיס התנהגותו ניתן לזהות דעה קדומה, אף שההלכה קובעת שיש לבחון הפליה לפי תוצאתה ולא לפי כוונת המעסיק או ספק השרות. לבסוף, בתי משפט תרים אחר תובע שנפגע באופן "אותנטי", ומעניקים פיצויים נמוכים במיוחד לתובעים "סדרתיים" המבקשים לחשוף הפליה במגזר מסוים או ל־case testers, כיוון שאלה, לטענתם, לא הושפלו.¹⁸⁰

אני סבורה שהמענה לחשש זה הוא הכרה מפורשת בכך שהפליות על בסיס עילות חשודות הן חמורות יותר מהפליות על בסיס שרירותי גרידא. הכרה בין דרגות החומרה השונות של שתי ההפליות יכולה להתבטא בהקצאת משאבים למלחמה בהפליה על בסיס עילות חשודות,¹⁸¹ או במישור הסעדים הניתנים לקורבנות ההפליה. אם עסקינן בהפליות שרירותיות שאין להן הצדקה נורמטיבית בשוק העבודה או במתן שירותים הנחשבים לציבוריים לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, אפשר לקבוע עבורן מנגנון לפיצוי נמוך מהפיצוי שמיועד להפליות על בסיס אחת העילות החשודות המנויות בחוקים אלה. אם עסקינן בהפליות שרירותיות גרידא בחקיקה שנטען שאינה חוקתית, יש להכיר בכך שבמקרה שכזה הפגיעה בזכות לשוויון היא מצומצמת יחסית כי היא נעדרת את אלמנט ההשפלה כלפי קבוצות פגיעות.

177 לטיעון כזה, ראו למשל Jessica A. Clarke, *Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protection*, 86 IND. L.J. 1247 (2011).

178 כך למשל החלטתו של השופט שטיין בעניין רוטו, המחשיבה פיצוי של 10,000 שקלים ללא הוכחת נזק כסכום פיצוי גבוה בגין מדיניות מפלה על בסיס מין. ראו רע"א 9247/20 רוטו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ, פס' 27 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 24.1.2021).

179 אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 157, 161 (2014). אם כי יש לציין את עניין קול ברמה, שבו בעקבות תובענה ייצוגית חויבה תחנת רדיו שהדירה נשים לשלם פיצוי של מיליון שקלים. ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 12-08-23955 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (נבו 20.9.2018); רע"א 14/6897 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015).

180 ת"א (שלום חי) 23991/06 אלגאני נ' גובי דנס סר בע"מ, 8 (נבו 11.1.2010); ע"א (מחוזי ת"א) 17537-05-14 ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס, פס' 23, 26 (נבו 3.8.2015); גיל גן-מור "עמרי קיס לוחם שוויון (?) 'המשפט' ברשת: זכויות אדם – מבזק הארות פסיקה 92 (יולי 2019) https://zola.colman.ac.il/wp-content/uploads/2019/07/92_3Gan-Mor.pdf

181 Bayer, לעיל ה"ש 158, בעמ' 91.

1. מדוע דיני איסור הפליה?

בשלב זה יש מי שיטען, כי לרוב המקרים שהצגתי במאמר זה יש מענה במסגרות נורמטיביות אחרות של המשפט שאינן דיני איסור ההפליה הקבועים בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים או בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. לפי טענה זו, ישנם סעדים אחרים במשפט הפרטי שיעניקו תרופה או סעדים מספקים אחרים לרובם המכריע של המקרים של הבחנה שרירותית. כך ייחסך הצורך לפגוע בייחודם של דיני איסור הפליה, והם יישארו מסגרת נורמטיבית ייחודית להבחנות המבוססות על תכונות חשודות.

כך למשל, מועמד לעבודה הטורח ומגיש קורות חיים, והם אינם נשקלים מטעמים שרירותיים, זכאי לפיצוי על פי דיני הנזיקין הכלליים, ואולי גם בשל הפרת חובת תום לב במשא ומתן בדיני החוזים, הכוללת את החובה שלא לסרב לנהל משא ומתן מטעמים לא-ענייניים. כך גם באשר ללקוח שבעל עסק מונע ממנו שירות בשל גחמה; יש לפצותו על הוצאות, על ביטול זמן ועל טרדה הכרוכים בפנייה לעסק שהתגלתה כבזבוז זמן ומשאבים, אך לא על הפליה. ייתכן למשל, שהתובע בעניין ברכה, שלא קיבל תוספת כונוניות בגלל שהצטרף לארגון באיחור, היה מצליח בתביעתו אילו נסמך לא על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אלא על טענה חוזית של חוסר תום לב בכריתתו או בקיומו של חוזה העבודה. גם בעניין עזיזי, ייתכן שתביעה נזיקית בגין יחס משפיל של חברה עירונית לתרבות ספורט, ספקית השירות של אימוני נבחרת שחייה, הייתה מקימה סעד מניח את הדעת לנער ולאימו, לכל הפחות של החזרת דמי ההשתתפות בנבחרת.

בהמשך לטענה זו אפשר להוסיף, כי גם אם הבחנה שרירותית אכן פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי, הרי איננו זקוקים דווקא לדיני איסור ההפליה כדי לתקן פגיעה זו. דיני הנזיקין בישראל הכירו בפיצוי על נזקים שנגרמו מפגיעה באוטונומיה.¹⁸² אין צורך לכן להשתמש בדיני איסור ההפליה ולבטל את הייחודיות שלהם, השמורה להבחנות המבוססות על עילות חשודות בלבד.

כדי לענות על טענה זו אבקש לעמוד על היתרונות הגלומים בשימוש במסגרת של דיני איסור ההפליה על פני מסגרות אלטרנטיביות של טענות חוזיות או נזיקיות. ראשית, לדיני איסור ההפליה יש תפקיד סמלי-אקספרסיבי. הם יוצרים מודעות חברתית ושיח במישורים כמו חינוך, תרבות, מחאה ופעילות לשינוי חברתי ולקידום צדק ושוויון. להבדיל מעילות "כלליות"¹⁸³ כמו הפרת תום לב במשא ומתן או פגיעה באוטונומיה של אחד הצדדים העולה כדי עוולה נזיקית המזכה בפיצויים, האיסור על הפליה חורג מעבר לצדדים המעורבים

182 ראו למשל נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה: בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה" המשפט 267 (2007); אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים 5 מב (2012); שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין" משפטים 833 מה (2016); יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג-כהן 465 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2017); תמר גדרון ואלעד שילד "תביעה ייצוגית של צרכני תרופות – בשולי פרשת האלטרואסקין" משפטים על אתר טו 127, 138-139 (2020).

183 כך מכנה אותן השופט מזוז ברע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פס' 16 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו) 19.8.2018 (להלן: עניין מי-טל).

באינטראקציה קונקרטית, כמו ספק השירות והלקוח, העובד והמעביד, או המעביד ומועמדים פוטנציאליים למשרה כלשהי. כפי שעמד על כך השופט מזוז בעניין מי-טל הנרסה ושירותים, "מעבר לתכליתו ההרתעתית-מעשית, יש לחוק איסור הפליה תכלית ערכית-חינוכית שבאה לידי ביטוי בהצהרה שהפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים תהא אסורה במדינת ישראל. להצהרה זו יש חשיבות כלפי המופלה, כלפי המפלה, וכלפי החברה כולה... עבור החברה הישראלית... היא מעבירה מסר לפיו הפליה היא תופעה מגונה אשר אין להשלים עמה ויש לפעול למיגורה".¹⁸⁴

לכן, אם ברצוננו לראות בשרירותיות כשלעצמה יחס אסור ולגנותה כתופעה חברתית שלילית, אל לנו להסתפק בעילות הכלליות מתחום דיני החוזים והנזיקין. אל לנו לראות בשרירותיות של "מקרה קצה" תופעה מקומית שאינה חורגת מסכסוך קונקרטי בין שני צדדים. עלינו לראות בה תופעה חברתית שלילית ולהעביר מסר חינוכי בגנותה באמצעות דיני איסור ההפליה, שזהו תפקידם העיקרי.

שנית, דיני איסור ההפליה, לפחות על פי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, כוללים מנגנון המאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק. העילות הכלליות, כגון הפרת חובת תום הלב במשא ומתן או פגיעה באוטונומיה העולה כדי עוולה, כרוכות בקשיים של כימות ושל הוכחת הנזק, כמו גם בעלויות משפטיות גבוהות יותר.¹⁸⁵ לכך מתווסף גם הקושי להגדיר פגיעה רגשית בעקבות הפליה כ"נזק",¹⁸⁶ והקושי לכמת פגיעה שכזו.¹⁸⁷

שלישית, מבחינת הדין הפוזיטיבי נראה שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה וחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים כוללים סעיפי משנה שנועדו לטפל בהבחנות שרירותיות. סעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע, כי "לענין סעיפים קטנים (א) ו-(א1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין". סעיף 3(ג1) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים מכיל הוראה זהה, שלפיה "לענין סעיף זה, רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין".

מה פשרן של הוראות פוזיטיביות אלה אם לא איסור על הבחנה שרירותית המבוססת על "תנאים שלא ממין הענין"? בענין גלינה נקבע כי סעיף 3(ג1) "אינו עוסק כלל בעילות ההפליה, אלא עניינו בביטוי החיצוני של ההפליה".¹⁸⁸ לא ברור למה התכוון השופט ענבר ב"ביטוי חיצוני של הפליה". ייתכן כי הביטוי החיצוני של כל הפליה הוא העובדה שהיא מבוססת על תנאי מסוים. אני סבורה כי הסבר זה אינו משכנע. כל הבחנה בין פרטים או בין קבוצות לצורך חלוקת טוב מסוים מבוססת על תנאי או על תנאים. הענין ברור מאליו. כאשר נקבע כי רק גברים יכולים להתמודד במסגרת מבחני הכניסה לקורס טיס, ההבחנה הייתה למעשה מבוססת על תנאי, שלפיו רק מיועדים לגיוס שהם גברים רשאים להיבחן.

184 שם, בפס' 14 לפסק דינו.

185 שם, בפס' 16 לפסק דינו.

186 שם, בפס' 17 לפסק דינו. ראו גם יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 141 (2006).

187 אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר – מאמרים כרך ג 21, 51-62 (אהרן ברק יו"ר המערכת 2003).

188 ע"א (מחוזי ת"א) 41592-04-12 שוורץ נ' גלינה בר בע"מ, פס' 13 לפסק הדין של השופט ענבר (נבו 16.10.2013).

אליס מילר, שעתרה נגד מדיניות זו, היא אישה, ולכן לא היה בידה לקיים את התנאי הנדרש.¹⁸⁹ כאשר מועדון בילויים קובע כי הכניסה אליו מותרת לנשים מגיל 24 ולגברים מגיל 26, ההבחנה לצורך הכניסה למועדון מבוססת על אחד משני התנאים הבאים: (א) שהמבקש להיכנס למועדון הוא גבר בן 26 לפחות; (ב) שהמבקשת להיכנס למועדון היא אישה בת 24 לפחות. גברים או נשים שלא עמדו בתנאים אלה לא יכלו להיכנס למועדון הבילוי בעניין פרוואנסקי.¹⁹⁰

מאחר שכל הבחנה מבוססת למעשה על תנאי או על תנאים, ומאחר שהדוקטרינה בנושא הפליה היא ברורה (היינו שהבחנה על בסיס תנאי שאינו רלוונטי היא מפלה) – אין צורך נראה לעין לייחד סעיף שלם על מנת לחזור על כך. המסקנה המתבקשת לדעתי היא, כי עניינם של שני סעיפים אלה – בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים – הוא עילת או עילות ההפליה. כאשר הבחנה אינה מבוססת על אחת העילות המנויות, היא תהיה הפליה אסורה כאשר היא מבוססת על תנאים לא-רלוונטיים. דרך אחרת לפרש את סעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ואת סעיף 3(ג) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים היא להבינם כסעיפים האוסרים על הפליה עקיפה, היינו האוסרים על קביעת תנאים שאינם מן העניין אשר משפיעים בדרך עקיפה על קבוצה מסוימת שהשתייכות אליה נמנית עם העילות האסורות להפליה. כך למשל ציין השופט מלצר בעניין מחמלי, כי

“בהקשר אחרון זה ראוי להזכיר את ‘מודל ההשפעה השונה’ (או ‘מודל האפליה העקיפה’), אשר מעוגן בסעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הקובע כי: ‘לעניין סעיף קטן (א) רואים אפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין’. על פי מודל זה, הבוחן את התוצאה של קביעת תנאי התפקיד על ידי המעסיק ואת האפקט שלהם על העובד, או על דורש העבודה – גם שימוש בקריטריונים שהם, לכאורה, אובייקטיביים וניטראליים, כגון: דרישות של השכלה, ניסיון קודם, או נכונות לעבוד שעות ארוכות – עשוי להוביל לתוצאה של אפליה מחמת מוגבלות, אף שלא נעשה במסגרת ההחלטה בעניינו של העובד שימוש בקריטריון פסול.”¹⁹¹ גם בעניין רקנט,¹⁹² בעניין חנשוילי¹⁹³ ובעניין קידר¹⁹⁴ נקבע, כי עניינו של סעיף 2(ב) הוא בהפליה עקיפה על בסיס אחת העילות המנויות בסעיף 2(א).¹⁹⁵

גם דרך פרשנות זו נראית לי שגויה. סעיף 2(ב) התווסף לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 2001. עוד בטרם השינוי ניתנו פסיקות שהדגישו, כי האיסור על הפליה בגין אחת

189 עניין מילר, לעיל ה"ש 166.

190 עניין פרוואנסקי, לעיל ה"ש 167.

191 בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פס' 35 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו) 5.5.2014.

192 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).

193 ע"ע (ארצי) 61235-02-17 קופולק (1949) בע"מ נ' חנשוילי, פס' 54 לפסק הדין של השופט דוידוב-מוטולה (נבו) 16.10.2018.

194 ע"ע (ארצי) 1842-05-14 עיריית ירושלים נ' קידר, פס' 36 לפסק הדין של השופט דוידוב-מוטולה (נבו) 28.12.2016.

195 ראו גם שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" הפרקליט נ 501, 544-546 (2010).

העילות המנויות בסעיף 2(א) כולל גם איסור על הפליה עקיפה; כלומר איסור על קביעת תנאים שנראים ניטרליים לכאורה, אך למעשה משפיעים על אחת הקבוצות שהשתייכות אליהן מוזכרת באחת מעילות ההפליה המנויות.¹⁹⁶ לכן, אם ממילא הפסיקה ראתה דין שווה בין הפליה ישירה להפליה עקיפה, מדוע היה כל כך חשוב להוסיף זאת גם לדבר החקיקה עצמו? ייתכן כי התיקון לחוק בשנת 2001 ביקש לאחד את הפסיקה כדי הוראה ברורה בעניין תחולתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה על הפליה עקיפה. פרשנות אחרת, רצויה יותר לטעמי, היא שהתיקון לחוק ביקש להבהיר כי האיסור על הפליה חל על כל ההבחנות המבוססות על טעמים לא-ענייניים, לאו דווקא כאלה הקשורים לאחת מעילות ההפליה המנויות בו. גם רות בן ישראל סברה כי ניתן לקרוא את סעיף 2(ב) כסעיף שאוסר על קביעת כל תנאי שאינו מן העניין (כך למשל, תנאי הקובע כי רק נשים וגברים מגובה 1.80 מטר יכולים להיות דיילי אוויר אינו רלוונטי, ולכן מפלה מועמד שגובהו רק 1.75 מטר), וגם כסעיף שעוסק בהפליה עקיפה המשפיעה על השתייכות קבוצתית לאחת העילות המנויות בסעיף.¹⁹⁷

זאת ועוד, לפחות בנוגע לסעיף 3(ג1) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, מסקנתי כי הוא עוסק בכל הבחנה המבוססת על תנאים לא-רלוונטיים נתמכת בנוסח הצעת החוק שהביא לחקיקתו של סעיף 3(ג1). שם נכתב, כי

"במהלך השנים שחלפו מאז חקיקת החוק נעשה לעתים ניסיון לעקוף את הוראותיו במטרה למנוע מתן שירות ציבורי או כניסה למקום ציבורי. זאת, באמצעות מניעת כניסה למקומות ציבוריים או מתן שירות במקומות ציבוריים מסיבות שאינן ממיין העניין... הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה להתמודד עם תופעות אלה ולהבהיר כי מדובר בהפליה אסורה. מוצע לתקן את סעיף 3 לחוק, שעניינו איסור הפליה, ולקבוע כי גם קביעת תנאים שאינם רלוונטיים היא הפליה האסורה לפי החוק".¹⁹⁸

מסקנתי נתמכת גם באמרות אגב בשלושה פסקי דין. פסק הדין הראשון, בעניין בן נחום,¹⁹⁹ עסק במועדון בילויים שסירב להכניס את התובעים בטענה שהם "ערסים". התובעים טענו להפליה מחמת ארץ מוצא לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. הנתבעים טענו בין השאר, כי המונח "ערסים" אינו קשור בהכרח למוצאם העדתי של התובעים, אלא לאופי התנהגותם. הואיל והתובעים היו שחומי עור, השופטת קסלסי דחתה את הטענה שלפיה המילה "ערסים" אינה קשורה למוצאם המזרחי. אולם השופטת הדגישה כי גם אם הבסיס להבחנה היה כביכול התנהגות ולא ארץ מוצא, הרי סעיף 3(ג1) אוסר על הבחנות המבוססות על תנאים שלא מן העניין, כגון התנהגות "ערסית".²⁰⁰

196 ראו למשל תב"ע (ארצי) 3-8-נא מדינת ישראל נ' חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65, 70 (1992); דב"ע (ארצי) 129-3/נו פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פ"ד לג 481, 490 (1999).

197 רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה כרך ב 365 (1998).

198 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 2) (חזקת הפליה), התש"ע-2010, ה"ח 194 (ההדגשה הוספה).

199 ת"א (שלום י-ם) 14-01-17534 בן נחום נ' אלגרה דנס בר בע"מ (נבו 1.2.2016).

200 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת קסלסי.

פסק הדין השני הוא עניין גלי גיל שנזכר לעיל. השופטת וינברגר ציינה, כי גם אם העילה של מחלה אינה נכללת בגדר רשימת העילות בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, ניתן לקבוע שמחלת הפסוריאזיס שבעטייה לא הורשתה התובעת להיכנס לכריכה היא תנאי שאינו מן העניין, ולכן יש לראות בה הפליה.²⁰¹ קביעה דומה ניתן למצוא בפסק הדין השלישי, בעניין קרואני.²⁰² פסק הדין עסק בפקידת בנק, שלטענת התובעת סירבה לתת לה שירות בגלל שהיא נראתה לה חולה. הרשמת אונגר ביטון קבעה, כי "כפי שניתן ללמוד מלשונו של סעיף קטן 3(א) הפליה על רקע מצב רפואי של מבקש השירות אינה נמנית בין העילות המהוות הפליה אסורה. עם זאת, על פי סעיף קטן 3(ג) (1) יראו הפליה גם בהתניית תנאים למתן השירות שאינם ממין העניין. דומני, כי סירוב למתן שירות בנקאי, על רקע מצבו הרפואי הנטען של הלקוח, נופלת לגדר הפליה אסורה, משום שמצבו הרפואי של הלקוח איננו שיקול רלוונטי למתן שירותי בנקאות".²⁰³

ז. טיעוני נגד והמענה להם

ישנם טיעונים נגדיים להכרה בהבחנות שרירותיות כהפליות, שאינם קשורים בהכרח לרצון שלא לפגוע בחומרתן של הפליות על בסיס עילות קלאסיות או לאפשרות לתת מענה לעוול שכרוך בהבחנות שרירותיות במסגרות משפטיות אחרות שאינן דיני איסור הפליה. טיעונים אלה נוגעים להבחנות שרירותיות במישור המשפט הפרטי ולא במישור המשפט החוקתי. טיעונים אלה נובעים מעקרונות היסוד של המשפט הפרטי, כגון חירות ואוטונומיה.²⁰⁴ בפרק זה אבקש להתמודד עם טיעונים אלה. אפתח בטיעון הראשון, הוא טיעון החירות, שלפיו לאינדיבידואלים יש אינטרס חזק להיות חופשיים מכפייה ולעשות עסקאות מבלי להיות טרודים בפרוצדורות מכבידות המחייבות אותם לנהוג ברציונליות, גם אם הדבר כרוך בשרירותיות ובהתעלמות מהאוטונומיה של פרטים אחרים.²⁰⁵ במילים אחרות, טיעון החירות גורס כי לפרטים צריכה להיות חירות מלאה לנהוג בשרירותיות. החירות הזו צריכה להיות מוגבלת כשמדובר בהבחנות על בסיס עילות חשודות של פרטים שמשתייכים לקבוצות המופלות בדרך כלל, בשל ההשפלה הכרוכה בהן. אולם במקרים שבהם מדובר בהבחנות שרירותיות שלא על בסיס עילות חשודות, אין הצדקה לפגוע בחירות של פרטים לנהוג בשרירותיות. במקרים שכאלה, כך גורסים מצדדי טיעון החירות, לא ברור מדוע

201 עניין גלי גיל, לעיל ה"ש 48, בפס' 43 לפסק הדין של השופטת וינברגר.

202 ת"ק (שלוש נת') 12-10-9097 קרואני נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו) 29.5.2013.

203 שם, בפס' 9-10 לפסק הדין של הרשמת אונגר ביטון.

204 הערכים של חירות ואוטונומיה מוצגים כנתונים בקונפליקט עם הזכות לשוויון גם בהקשרים אחרים, שאינם מבוססים על הבחנות שרירותיות גרידא. ראו ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 58 (2003) (להלן: מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי"); Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, 60 EMORY L.J. 257-58 (2010).

205 לטענה כזו, ראו למשל: Javier Portillo & Walter E. Block, *Anti-Discrimination Laws: Undermining Our Rights*, 109 (2) J. BUSINESS ETHICS 214 (2012).

החירות של פרטים שמבקשים לנהוג בשרירותיות חשובה פחות מהאוטונומיה של פרטים שמבקשים שלא ינהגו בהם בשרירותיות.²⁰⁶

לכאורה טיעון החירות נראה חזק כשהוא מיושם על חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים החל על הסקטור הפרטי. כך למשל, בעניין ג.י.א.ת. השתמש השופט זילברטל בטיעון החירות כדי לדחות את העמדה שלפיה הבחנות שרירותיות גרידא צריכות להיות מוכרות כהפליית לפי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. השופט זילברטל הדגיש כי ה"חוק קובע נורמות התנהגות האמורות לחול על בעלי עסקים פרטיים (המספקים 'שירות ציבורי' או מפעילים 'מקום ציבורי', כמשמעותם בחוק), ואלו בהכרח שונות, ולו מחמת ההבדל ב'קהל היעד' שלהן, מנורמות הקבועות במשפט המנהלי והחלות על רשות ציבורית... החוק לא התיימר להטיל על בעלי עסקים פרטיים חובה מוחלטת לנהוג בשוויון כלפי שווים."²⁰⁷

אולם טיעון זה אינו מתמודד עם הפגיעה החמורה באוטונומיה הנגרמת מהבחנה שרירותית למובחנים. כלומר, על מנת שטיעון החירות יהיה משכנע, יש להראות כי הפגיעה בחירות המבחנים חמורה מהפגיעה באוטונומיית המובחנים. חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה חולשים על מתן שירותים מסוגים רבים מאוד ועל כלל מקומות העבודה. כך למשל, חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים חולש על כלל השירותים שנותנים עסקים פרטיים, למצט תחום הדיור.²⁰⁸ לכן, אף שחוק איסור הפליה חל על עסקים פרטיים, עניינו במקומות ציבוריים ובשירותים שמציעים בעלי עסק לציבור הרחב. החרגה של החוקים האלה מהחובה שלא לנהוג בשרירותיות ומתן אפשרות לנותני שירותים ולבעלי עסקים רבים להתעלם לחלוטין מהאוטונומיה של פרטים משאירה פרטים רבים עם אוטונומיה מצומצמת, חשופים לגחמות ולשרירותיות בלי סיבה מוצדקת.

החובה שלא לנהוג בשרירותיות דורשת מבעלי עסקים וממעבידים לאמץ פרוצדורה רציונלית ולהקדיש זמן ומחשבה לפני סירוב ללקוח, יחס שונה לעובד או אי-קבלה של מועמד פוטנציאלי לעבודה. חובה זו נדרשת על מנת לכבד את ערך האוטונומיה של כל פרט, להבדיל מהתעלמות ממנו. החובה לכבד את האוטונומיה של הפרט היא גם העומדת בבסיס האיסור על הפליה של קבוצות חשודות. במקרה של הבחנות המבוססות על עילות חשודות, ההנחה היא שהמוטיבציה לאי-כיבוד האוטונומיה היא בתפיסה בדבר נחיתותן של קבוצות מסוימות.²⁰⁹ לכן הבחנות אלה גם מלוות בהיבט תוצאתי נוסף של השפלה. הבחנות שרירותיות אומנם אינן מובילות להשפלה והמקור שלהן אינו בתפיסה בדבר נחיתותן של קבוצות מסוימות בחברה, אך הן בהחלט מתעלמות מאספקט מרכזי באוטונומיה של פרטים. לכן השאלה החשובה היא, אם על המשפט לעורר התעלמות שכזו מאוטונומיה ולהבינה כחלק מהחירות האנושית הבסיסית, או אם על המשפט לגנות התעלמות זו באמצעות הטלת חובה

206 Tarunabh Khaitan, לעיל ה"ש 11, בעמ' 134.

207 עניין ג.י.א.ת., לעיל ה"ש 54, בפס' 10 לפסק הדין של השופט זילברטל.

208 אמנון רובינשטיין וערן דוירי "המדינה היא לא עסק פרטי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 855, 877 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים 2008). השאלה אם חוק איסור על הפליה במוצרים ושירותים חל גם על מכירה של קרקע פרטית לא הוכרעה בעניין מי-טל, לעיל ה"ש 183. בעוד שהשופט מזוז חשב שיש להחיל את החוק גם בסיטואציה כזו, השופט סולברג ענה על כך בשלילה, והשופט הנדל השאיר את הסוגיה ב"צריך עיון".

209 כהן-אליה "היסוד הנפשי בהפליה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 186.

של רציונליות. אני סבורה שאף שאיסור על שרירותיות כרוך בהטלת חובה של רציונליות, הוא אינו פוגע בחירות יתר על המידה שכן הוא אינו מטיל חובה חזקה יותר, כגון עריכת התאמות, הנדרשת כדי להילחם בסוגים אחרים של הפליות. כך למשל, בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, חוק איסור הפליה אינו מטיל על גורמים פרטיים חובה לערוך התאמות בעסק שלהם או להבטיח ייצוג הולם של אנשים המופלים בצורה שיטתית.²¹⁰ כפי שצינתי, אנשים המופלים על רקע שרירותי ממילא אינם חשופים להפליה שיטתית ולכן אינם זקוקים לעריכת התאמות מיוחדות, המטילות עלויות על בעלי עסקים. כמו כן, חוקי איסור ההפליה, שאני ממליצה לפרשם כאוסרים גם על הבחנות שרירותיות, מלכתחילה אינם חלים על מי שהקפדה על חוקי איסור הפליה מכבידה עליהם במיוחד. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, למשל, אינו חל על הורים המחפשים שמרטף או שמרטפית לילדיהם. הוא כן חל, למשל, על עסק המספק שירותי שמרטפות. ראוי שהחוק יצפה מעסק שמציע שירותי שמרטפות למיין את המועמדים והמועמדות על סמך קריטריונים רלוונטיים ולהשקיע בכך זמן ומשאבים. החוק אינו מצפה לאותם סטנדרטים מהורים בודדים שנדרשים למצוא שמרטף לילדיהם תוך זמן קצר. כך, באיזון שבין זכותם של ההורים לחירות וזכותם של השמרטפים הפוטנציאליים לאוטונומיה, זכותם של ההורים על העליונה, לאור ההכבדה הגדולה שתיווצר אם יידרש מהם לפעול ברציונליות ולהימנע מהבחנות שרירותיות. לעומת זאת, הפגיעה בחירות המעסיק בעסק המספק שירותי שמרטפות אינה גוברת על הפגיעה הפוטנציאלית באוטונומיית השמרטפים שהגישו מועמדות למשרה, שכן לרוב הפגיעה בחירות העסק אינה חמורה מדי. ברוב המקרים שבהם מעסיקים תרים אחר עובדים פוטנציאליים, הם ממילא משקיעים זמן בתהליך מיון המועמדים. השאלה הקריטית היא היכן מושקע הזמן הזה. הדרישה להימנע מהבחנה שרירותית מבקשת שהזמן והמשאבים יושקעו בשיקולים רלוונטיים.

טיעון נפוץ שני כנגד הכרה בהבחנות שרירותיות גרידא כהפליות הוא טיעון האוטונומיה. בהקשר של תעסוקה, טיעון זה לא רק מתנגד לדרישה לקיים הליך תקין בבחירת עובדים ולשקול רק שיקולים רציונליים בנוגע לקליינטים, אלא לעצם הדרישה לקיומו של הליך. האילוץ להשתמש בקריטריונים רלוונטיים לצורך קבלת עובדים פוגע באוטונומיה של המעסיק במקרים שבהם הוא מעדיף קריטריונים לא-רלוונטיים, כגון עובדים שנעים לו יותר להעביר עימם את הזמן בעבודה (כך למשל, כי הם משעשעים או כי הם מתעניינים באותם התחביבים שבהם מתעניין המעסיק). בהקשר של חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, האיסור על הבחנות שרירותיות מגביל, למשל, את האוטונומיה של בעלי עסקים לתת שירות או לאשר כניסה רק ללקוחות שבעלי העסקים מחבבים. ההנחה שמאחורי הטיעון הזה היא שמניעת כניסתם של לקוחות בהתאם לטעמו של בעל העסק היא ביטוי לאוטונומיה שלו לכתוב את סיפור חייו. זוהי שאלה שונה משאלת החירות של פרטים; היא אינה שואלת עד כמה מכבידה תהיה הדרישה שלא לנהוג בשרירותיות על חירותם של מי שנדרשים לה, ואם כיבוד האוטונומיה של מי שמבקש שלא ינהגו בו בשרירותיות עלול לעלות בפגיעה על חמורה יותר בחירות של הצד שנדרש שלא לנהוג בשרירותיות (כמו למשל, ההכבדה על

210 משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 21-23 (2003).

החירות של חברת השמרטפות הנדרשת להשקיע זמן ומשאבים במיון שמרטפים על סמך קריטריונים רלוונטיים). טיעון האוטונומיה מבקש לאתגר את עצם החובה לקיים הליך שבמסגרתו נשקלים שיקולים רלוונטיים עבור מי שאינם רוצים בו, עבור מי שמימוש אוטונומיה בעיניהם הוא בחירה בשיקולים שמתאימים יותר לאופן שבו ירצו לכתוב את סיפור חייהם, גם אם השיקולים אינם רלוונטיים. החופש לבחור עובדים או קליינטים הוא חלק מחופש הבחירה הנגזר מאוטונומיה.²¹¹ טיעון זה בדבר "החופש להפלות" מועלה בדרך כלל נגד כל האיסורים על הפליה.²¹² הוא אינו ייחודי לאיסור על הבחנות שרירותיות שהן "מקרי קצה", שאינן קשורות לעילות החשדות הקלאסיות.

אין ספק שכיבוד האוטונומיה של צד אחד כרוך בפגיעה באוטונומיה של הצד האחר. לכן, החובה שלא לנהוג בשרירותיות כדי שלא לפגוע באוטונומיה של המובחן צריכה להיות מאוזנת כנגד הפגיעה באוטונומיה של המבחין.²¹³ כאשר נשקול את הפגיעה באוטונומיה של המבחין, נצטרך להבדיל בין המדינה – על גופיה השונים – לבין גופים פרטיים, בין מי שמספקים שירות או משרה חיוניים למי שמספקים שירות או משרה שאינם חיוניים. אין ספק שמהמדינה על גופיה השונים מצופה שלא לנהוג בשרירותיות. מאחר שהמדינה אינה אינדיבידואל, אי אפשר להמשיג את הפגיעה בחופש הבחירה שלה כפגיעה באוטונומיה. אולם גם בסקטור הפרטי יש גופים חזקים מאוד שלא ראוי לטעמי לפטור אותם מהחובה שלא לנהוג בשרירותיות. אני סבורה שרובנו נסכים, שככל שהגוף שמצופה ממנו להימנע משרירותיות גדול יותר וככל שהוא חולש על משאב עבודה או על משאב שירות חיוני יותר,²¹⁴ כך נצפה ממנו לפרוצדורה של איתור עובדים בהתאם לקריטריונים רלוונטיים, ולכך שלא יימנע ממתן שירותים לאינדיבידואלים מסוימים.

כפי שמרק קלמן טוען בצדק, טיעון האוטונומיה משכנע רק כאשר מדובר במערכת יחסים אינטימית. כך למשל, ראוי שיהיה לפרטים את החופש לבחור – גם אם בצורה שרירותית לגמרי – את בני ובנות זוגם ואת חבריהם האישיים.²¹⁵ טיעון האוטונומיה אינו משכנע כאשר מדובר בגישה שווה למשאבים, למקומות עבודה ולשירותים חשובים שאינם אישיים במהותם. בנוגע לטובים שכאלה יש לאנשים אינטרס לגיטימי לצפות כי ינהגו אליהם ביחס המכבד את האוטונומיה שלהם ולא בשרירותיות.²¹⁶

טיעון שלישי נגד הכרה בהבחנות שרירותיות גרידא כהפליה מסתמך על יעילות "השוק". לפי טיעון זה, לפחות בספרה הפרטית, אין צורך להפעיל את דיני איסור האפליה על שימוש

Hugh Collins, *The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner*, 76 LAW 211
CONTEMP. PROBS. 73 (2013).

Erwin Chemerinsky, *Not a Masterpiece: The Supreme Court's Decision in Masterpiece* 212
Cake Shop v. Colorado Civil Rights Commission, 43 HUMAN RIGHTS 11 (2018).

213 COLLINS, לעיל ה"ש 211, בעמ' 87-88.

214 ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי", לעיל ה"ש 204, בעמ' 58.

215 KELMAN, לעיל ה"ש 176, בעמ' 868-870.

216 שם, בעמ' 869.

במנבאים חסרי בסיס אמפירי, שכן פעולת השוק תגרום לכך שמי שמשתמש במנבאים שכאלה יימצא בחיסרון מול אחרים שנמנעים מכך, וימצא את עצמו בסופו של דבר מחוץ לשוק.²¹⁷ תשובתי היא, שהתקווה ש"השוק" יעמיד ספקי שירות או מעבידים שמפלים בשל שרירותיות גרידא בחיסרון אל מול עמיתיהם שאינם נוהגים כך היא חסרת סיכוי. הבחנות שרירותיות נוטות להיות אקראיות ומבודדות. לא סביר שספק שירות או מעביד שנוהג בשרירותיות מפעם לפעם "ייענש" בידי השוק. כדי שמי שנוהגים בשרירותיות גרידא יימצאו בחיסרון מול עמיתיהם, עליהם לנהוג בשרירותיות "סדרתית" שתעלה להם במחיר של פגיעה בתחרותיות. זאת ועוד, מחקרים מצביעים על כך שהפלות רבות נעשות ללא מודעות של המפלים לכך שהם מבצעים הפליה.²¹⁸ כלומר, המפלים לא בהכרח מודעים לכך שהם מסתמכים על מנבאים חלשים מבחינה אמפירית, או שהם בכלל מסתמכים על מנבאים. לכן הציפייה שהמפלים, שאינם מודעים למעשיהם, יבינו שהם נמצאים בחיסרון בשוק בגלל שהם הסתמכו על מנבאים לא-אמינים אינה ריאלית. משכך, סביר להניח שהסיכוי שהמפלים ישנו את התנהגותם ולא יפעלו בצורה שרירותית, תוך הסתמכות על מנבאים לא-אמינים, הוא מזערי.

הצעתי להטיל חובה של הימנעות משרירותיות תהפוך את העולם העסקי למריטוקרטי יותר משהוא כיום, מאחר שתידרש הצדקה רציונלית להחלטות חשובות של שכירת עובדים ושל קבלת לקוחות. הצעתי לכן בהחלט תובעת דרך חשיבה שונה על המרחב השוקי, שתיצור אחריות מסוימת בין שחקנים שוקיים שונים. אינני רואה בכך חיסרון. נהפוך הוא. שינוי שכזה ודאי יתרום ליכולת של פרטים לתכנן את חייהם. הוא גם יעלה את הסיכוי של השוק לפעול בצורה הגונה יותר.

סיכום

המונח הפליה בדרך כלל מתקשר אצלנו אסוציאטיבית לקבוצות פגיעות באוכלוסייה שהופלו ושעודן מופלות בחלוקת טובים. אנו רגילים לחשוב על הפליה כעל רעיון של צדק מעברי שנועד להילחם ולרפא עוולות של הדרה ושל השפלה שהיו ועודן מנת חלקן של קבוצות פגיעות באוכלוסייה.²¹⁹ במילים אחרות, אנו רגילים לחשוב על הפליה במונחים של שוויון קבוצתי ולא במונחים של שוויון אינדיבידואלי. מאמר זה מתרכז דווקא בפן האינדיבידואלי של הפליה דרך הדוקטרינה המוכרת לכולנו של הבחנה לא-רלוונטית שיש

217 הרעיון הוא שמעסיקים למשל יסתמכו על מנבאים מסוימים כדי לבחור עובדים רק אם המנבאים האלה יוכיחו את עצמם כיעילים וכאפקטיביים, היינו, כאמצעים שבסופו של דבר מובילים לתוצאה של בחירת העובדים המועילים ביותר. ראו למשל, Hugh Collins, *Discrimination, Equality And Social Inclusion*, 66(1) THE MODERN L. REV. 28 (2003); Javier Portillo & Walter E. Block, *Anti-Discrimination Laws: Undermining our Rights*, 109(2) J. BUSINESS ETHICS 214 (2012).

218 ראו לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן "פרק ט: דיני עבודה" הגישה הכלכלית למשפט 477, 518 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012), ואת ההפניות למחקרים שם.

219 יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" מעשי משפט ד 75, 77 (2011).

בה משום הפליה. במאמר טענתי כי הבחנות לא־רלוונטיות כשלעצמן, גם אם אינן קשורות למאפיינים של קבוצות פגיעות באוכלוסייה, יש בהן משום הפליה. אי־רלוונטיות מוסברת בצורה הטובה ביותר במונחים "שרירותיות" או "אירציונליות". מונחים אלה מדגישים, כי העוול הטמון בהבחנות לא־רלוונטיות כשלעצמן הוא התעלמות מוחלטת מהאוטונומיה של פרטים, מתכונותיהם ומצורכיהם האישיים. טענתי כי לא ראוי שנשלים עם התעלמות בוטה שכזו מהרעיון של אוטונומיה, וכי יש להכיר בכך שהתעלמות מסוג שכזה היא הפליה. הכרה בהבחנות שרירותיות גרידא אינה מורידה מהחשיבות של מלחמה בהפליה על רקע קבוצתי של השתייכות לקבוצות פגיעות. כל עוד נהיה מודעים לכך שהפליה על רקע של השתייכות קבוצתית חמורה בהרבה מהפליה שרירותית גרידא, בגלל אלמנט ההשפלה המתלווה אליה, לא נוריד מאומה מחשיבות ההפליה על רקע קבוצתי. לעומת זאת נרוויח התייחסות מכבדת לפרטים, אשר אינה חושפת אותם לשרירותיות ללא כל סיבה.

