

מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה*

מאת

דני סטמן**

תקציר

המאמר דן בהחלטתו של בית-המשפט המחוזי בלוד כי פוליסת ביטוח שלפיה נהגות זכאיות לשירות החלפת גלגל חנים בעוד נהגים משלמים עליו מהווה הפליה כלפיהן, בגלל האופן שבו הפוליסה מנציחה דימויים מגדריים המזיקים לנשים. המטרה העיקרית של המאמר היא לטעון נגד קביעה זו. אף שפעולות מפלות נגד נשים (או גברים) מחזקות בדרך-כלל דימויים מגדריים בעייתיים, תוצאה זו אינה תנאי הכרחי או מספיק להגדרת פעולה כהפליה. לפי המאמר, פלוני מופלה (באופן אסור) רק כאשר מצבו מורע במונחי טוב כלשהו בהשוואה לאחרים הדומים לו מהבחינות הרלוונטיות, וזאת בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת שנתפסת על-ידי המפלה (באופן מודע יותר או מודע פחות) כראויה פחות לכבוד וכזכאית לחלק מופחת בטוב העומד לחלוקה. ממילא, כאשר אין טוב שביחס אליו מצבו של פלוני מורע בהשוואה לאחרים, הוא אינו יכול לטעון להפליה בהקצאת טוב זה. בכל מקרה, לפי המאמר אין לאפשר תביעות פיצויים במסגרת חוק איסור הפליה במקרים מעין אלה, שבהם מצבו של פלוני מוטב באופן שמחזק סטריאוטיפים שליליים. המאמר גם טוען כי הזכות לתבוע פיצויים במסגרת חוק זה נתונה בדרך-כלל רק לקורבנות הישירים של הפעולה המפלה, ולא

* בעקבות פסק-הדין בתביעה הייצוגית שהוגשה נגד איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ – ראו עניין **מירב – אישור תובענה**, להלן ה"ש 8; עניין **מירב – פסק-דין**, להלן ה"ש 9. כפי שמדגיש השופט גרוסקופף בפסק-הדין (שם, פס' 35), אין בפסק-הדין חידוש משמעותי בהשוואה להחלטה על אישור התובענה הייצוגית.

** פרופסור מן המניין, ראש החוג לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה. אני מודה לרון אברהם על שהפנה את תשומת-ליבי לפסק-הדין העומד במרכז המאמר, ועל דיונים רבים שניהלנו לגבי הפליה. הדיונים אומנם הותירו אותנו חלוקים בדעותינו, אבל אין סכין מתחדדת אלא בירך של חברתה. אני מודה גם לנטע ברק-קורן, לעדו לנדאו, לאריאל מירב ולשאל סמילנסקי על הערות מועילות לטיוטות קודמות, וכן לענת עובדיה-רוזנר, העורכת האחראית, ולחברי מערכת עיוני משפט אסף בירגר, רחלי וסרמן ועדן טאטור, על הערותיהם ועל סבלנותם. תודתי גם לשגיא לוק, עוזר-המחקר שלי בפרויקט זה, על עזרתו המעולה.

לכלל חברי הקבוצה שהפעולה המפלה מבטאת העדר כבוד כלפיה ומחזקת לגביה דימויים מזיקים.

הקדמה

- א. הפליה כמושג השוואתי
 - ב. הפליה כמחייבת הרעה
 - ג. נזק נפשי, השפלה והפליה
 - ד. האם הטבה שמחזקת סטריאוטיפים אסורה בהכרח?
- סיכום

הקדמה

ההכרה בשוויון המוסרי בין כל בני-האדם היא אחת ההתפתחויות המוסריות החשובות ביותר בעת החדשה. עימה התפתחה ההכרה בפגם המוסרי הכרוך בהפליה, ונחקקו חוקים שונים האוסרים אותה ולעיתים גם קובעים פיצוי למופלה.¹ לנוכח מרכזיותו של מושג ההפליה בחשיבה הפוליטית, המוסרית והמשפטית, היה אפשר לצפות להסכמה רחבה לגבי משמעותו העיונית והמעשית, אבל לא זה המצב. בעשור האחרון אנחנו עדים למחלוקת רחבה בשאלה מהי הפליה, ובמיוחד מה הבסיס לכך שהיא פסולה מבחינה מוסרית, והמבוכה רבה. כותב מרכזי בתחום, לארי אלכסנדר (Larry Alexander), אשר מאמרו משנת 1992 מאוזכר תדיר בדיונים בנושא,² חזר בו בשנת 2015 מהמסקנות שגיבש במאמר זה לטובת גישה אחרת,³ שגם ממנה הוא נסוג שנה לאחר-מכן, מה שהותיר אותו, לדבריו, בלא תשובה לשאלה מה הופך הפליה פסולה (wrongful discrimination) לאסורה.⁴

כדי להראות זאת, פותח אלכסנדר במקרה מובהק של הפליה: מעסיק E מעדיף את W, המועמד הלבן, ולא את B, המועמד השחור, אף ש-B מתאים קצת יותר למשרה הנדונה, וזאת משום ש-E מאמין כי שחורים נחותים מלבנים מבחינה מוסרית.⁵ מה בדיוק הבסיס

1 ראו, לדוגמה, בהקשר הישראלי: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה).

2 ראו, Larry Alexander, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, 141 U. Pa. L. Rev. 149 (1992).

3 Alexander, *Book Review*, 125 ETHICS 872, 877 (2015) (להלן: Alexander, *Book Review*).

4 ראו Larry Alexander, *Is Wrongful Discrimination Really Wrong?* (Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 17-257, 2016), <http://bit.ly/2UnGjn4>.

5 ההמשגה הזאת של אלכסנדר, שלפיה הפליה כרוכה בתפיסת המופלים כ"נחותים מבחינה מוסרית", רווחת למדי בספרות. חיפוש בגוגל סקולר של הביטוי "discrimination" יחד עם "morally inferior" מניב יותר מ-4,000 תוצאות. השאלה מהי בדיוק הכוונה בכיטוי "נחות מבחינה מוסרית" בהקשר זה מחייבת דיון נרחב, אשר לא זה מקומו.

לכך שהתנהגותו של E אסורה? אפשרות אחת היא שהבסיס נעוץ בגישתו הגזענית של E כלפי שחורים, שמכתימה את פעולתו. זו הייתה עמדתו של אלכסנדר במאמרו המוקדם. אלא שעתה הוא סבור כי מצבו המנטלי של המעסיק (גישתו הגזענית) אינו יכול להשפיע על המעמד הדאונטולוגי של מעשהו (דהיינו, על השאלה אם המעשה מותר או אסור). אופי בלתי־מוסרי, כוונות בלתי־מוסריות או גישות בלתי־מוסריות רלוונטיות להערכת אופיו של הפועל (ה-agent), אך לא להערכת הפעולות שהוא עושה; אדם בעל אופי מעולה עשוי לעשות דברים אסורים, כשם שאדם בעל אופי גרוע עשוי לנהוג באופן שתואם את הדרישה המוסרית. אפשרות אחרת, שאליה נטה אלכסנדר במאמרו משנת 2015, היא שהתנהגותו של E אסורה בשל תוצאותיה המזיקות (כלפי B וכלפי החברה באופן כללי). הבעיה העיקרית בהסבר זה היא שהוא אינו מסביר מה בעייתי באופן מיוחד במעשים מפלים. הם אכן אסורים כאשר הם גורמים תוצאות שליליות, אבל עניין זה הוא קונטינגנטי לגמרי. ניתן להעלות על הדעת מעשים מפלים שמובילים דווקא לתוצאות טובות, והסבר זה יגרור שהם אינם אסורים, ואולי אפילו שהם בגדר חובה מוסרית. אלכסנדר בוחן הסברים נוספים, שלא אוכל להיכנס אליהם כאן, ומגיע למסקנה שאף לא אחד מהם מספק.⁶

על המבוכה שבהבנת טבעה המוסרי (השלילי) של הפליה יש להוסיף את הקושי ביישום המשפטי שלה. ברור שלא כל פעולה בלתי־מוסרית היא כזאת שהמשפט מתערב לגביה, ולכן יש צורך להסביר מדוע דווקא סוגים מסוימים של הפליה (פסולה)⁷ הם עניינו של המשפט, ואילו אמצעים ראוי שמערכת המשפט תנקוט כדי להילחם בהם.

במאמר זה לא אוכל להציע תיאוריה מקיפה משלי על הפליה שתתגבר על כל הקשיים הללו. מטרתי היא לדון באופן ביקורתי בכמה הנחות לגבי הפליה שהניח לאחרונה בית־המשפט המחוזי בלור, ובעיקר בהנחה כי ניתן להפלות אדם גם כאשר פועלים כדי להיטיב עימו. במאמר אנסה להראות: (א) שבמקרים כאלה לא ברור שמדובר בפעולה פסולה מבחינה מוסרית; (ב) שגם אם ההטבה פסולה מבחינה מוסרית, המושג הפליה אינו מתאים כדי לתארה; (ג) שאין להחיל עליה את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), באמצעות חיוב המיטיב בפיצויים. כמו־כן אטען כי בכל מקרה קבוצת הזכאים לפיצויים במסגרת חוק זה כוללת רק את מושאי הפליה הישירים, ולא מעגלים רחבים יותר של חברי הקבוצה המוחלשת הרלוונטית. משמעותם של מהלכים אלה תהיה קריאה לפרשנות מצמצמת יותר של מושג הפליה מזו שהניח בית־המשפט.

אף שחשוב תמיד להיות מודעים להבדלים בין התחום המוסרי לבין התחום המשפטי (לא רק ברמת המשפט הפוזיטיבי, אלא גם ברמת המשפט הראוי), כאשר מדובר במושגים מוסריים בסיסיים – כגון שוויון, הפליה, כבוד ואוטונומיה – סביר להניח שיש להם אותו

6 ראו את שורות הסיכום של רשימה זו. איני נוקט כאן עמדה בשאלה אם אלכסנדר צודק בניתוחו. לדעתי, המצב המנטלי של הפועל עשוי בהחלט להשפיע על השאלה אם המעשה מותר או אסור, אך לא אדון בעניין זה כאן. ראו STEVEN SVERDLIK, MOTIVE AND RIGHTNESS (2011).

7 בכל מקום בהמשך שבו אדבר על הפליה, כוונתי תהיה להפליה שהיא לכאורה (pro tanto) פסולה. הפליה פסולה עשויה להיות מוצדקת, למשל, אם היא צפויה למנוע קטסטרופה או אם תוצאותיה הטובות עולות בהרבה על פסלותה המוסרית.

מובן פחות או יותר בשני התחומים. כך בוודאי לגבי המושג הנדון כאן. לא כל פעולת הפליה היא כזאת שהמשפט מתערב בה, אבל אותן פעולות או גישות שהמשפט מתערב בהן תחת הכותרת "הפליה" יתאמו, כמעט תמיד, את ההבנה המוסרית של מושג זה. לעיתים קרובות המחוקק או בית-המשפט מעטרים את דבריהם בהקשר זה ברטוריקה מוסרית שפונה אל הרגישות הנפוצה של האזרחים במדינות ליברליות נגד הפליה. לפיכך, אם הניתוח הפילוסופי-המוסרי מראה ששימוש מסוים במושג הפליה הוא מוזר או בלתי-סביר, יש בכך בדרך-כלל כדי לספק טעם לא להנהיג שימוש זה גם בתחום המשפטי.

כמה מילים על פסק-הדין המדובר: במסגרת "כתב שירות פרימיום לרכב פרטי ומסחרי קל" כללה חברת איי.די.איי. סעיף שלפיו ניתן להזמין שירות החלפת גלגל במקרה של נקר, אבל השירות כרוך בתשלום של 80 ש"ח. אלא שלסעיף זה היה סייג: "במדה ומקבל השרות הנו אשה – לא ישולמו דמי שרות בגין החלפת גלגל".⁸ חברת הביטוח הבחינה אפוא בין גברים לנשים לעניין התשלום על החלפת גלגל. השאלה שעלתה בבית-המשפט הייתה אם מדובר בהפליה פסולה לפי חוק איסור הפליה, ואם כן – אם ראוי לאפשר למבקש, מר מירב, להגיש תובענה ייצוגית בעניין זה בשם כל אלה שנפגעו מההפליה הנטענת.

בית-המשפט המחוזי קבע כי אכן מדובר במדיניות מפלה, וכי מדיניות זו הייתה בסיס נאות לתובענה ייצוגית. בפסק-הדין של השופט גרוסקופף, שניתן ב-23 באוגוסט 2018, נקבע כי הנתבעת תשלם סכום של 1.1 מיליון ש"ח לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד (שהוקמה מכוח ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006), שתייעד את הכסף "לשימושים המקדמים שוויון מגדרי בישראל והעצמת נשים".⁹ השאלה העיקרית שאעסוק בה במאמר זה היא את מי, לפי פסק-הדין, הפלתה חברת הביטוח.

א. הפליה כמושג השוואתי

אני פותח בהנחה – שהיא לכאורה מובנת מאליה – שהפליה היא במהותה מושג השוואתי, דהיינו, טענות על הפליה מסתמכות על השוואה בין מה שחבר בקבוצה מסוימת מקבל לבין מה שחברים בקבוצות אחרות מקבלים בנסיבות דומות מבחינה רלוונטית. הנחה זו אינה מתבססת על תיאוריה ספציפית לגבי טבעה של הפליה או פסלותה המוסרית, אלא היא נתון שכל תיאוריה כזאת צריכה להביא בחשבון.

על כך יש להוסיף כי ניתן אומנם להפלות גם על רקע פרטני – למשל, ראשת עיר שמפלה את פלוני לרעה בהשוואה לאלמוני כי היא נוטרת לו טינה על מריבה מימי התיכון – אבל המקרה הנפוץ יותר של הפליה עוסק בהפליה על רקע חברותו של המופלה בקבוצה חברתית

8 ראו ס' 1.4.2 לכתב השירות, המצוטט בת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, פס' 4 (פורסם בנבו, 30.8.2016) (לעיל ולהלן: עניין מירב – אישור תובענה).

9 ראו ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, פס' 62 (פורסם בנבו, 23.8.2018) (לעיל ולהלן: עניין מירב – פסק-דין).

מוחלשת (דתית, אתנית וכולי), וכאשר הטעם להפליה מעוגן בחברות זו.¹⁰ זה סוג ההפליה העיקרי שאליו אתייחס כאן.

העובדה שפעולה מסוימת אינה מקיימת את תנאי ההשוואיות, וממילא אינה בגדר הפליה, אינה גוררת כמובן את המסקנה שהיא ראויה מבחינה מוסרית. ניתן להתייחס בצורה נבזית, מדכאת ומרושעת לבני-אדם אף אם התייחסות כזאת אינה גם בגדר הפליה כלפיהם. הדבר קורה, למשל, כאשר היחס השלילי ניתן לכל חברי הקבוצה הרלוונטית (למשל, לכל האזרחים או לכל הסטודנטים) או כאשר הוא ניתן אומנם באופן בריני אבל לא על בסיס השתייכות לקבוצה מוחלשת. למשל, אם היחס השלילי ניתן באופן אקראי ליחידים מסוימים (בקבוצת האזרחים או בקבוצת הסטודנטים, לדוגמה), אזי לקורבנותיו של יחס זה יש זכות להתלונן עליו כי הוא פוגעני או מזיק, אבל לא כי הוא מפלה אותם. באופן דומה, אם בכל שבוע המפקד "מתלבש" על חייל אחר ומטרטר אותו, כדי לחזק את המשמעת בפלוגה, אזי לחייל המטרטר יש בסיס מצוין להתלונן על העוול שנעשה לו, אבל אין לו בסיס להתלונן גם על הפליה, ובלבד שהבחירה בו כקורבן הייתה אקראית.

לאחרונה ניסתה דְּבֹרָה הֶלְמַן (Deborah Hellman) להראות כי אף שהפליה היא בדרך-כלל מושג השוואתי, יש לה גם מובן לא-השוואתי. כפי שיש שני מושגים של חירות (כשם מאמרו המפורסם של ברלין), קיימים גם שני מושגים של הפליה: השוואתית ולא-השוואתית.¹¹ למשל, אף שבדרך-כלל יחס שונה מטעמי גזע מהווה הפליה במובן ההשוואתי – פלוני מקבל פחות מאלמוני בגלל ההבדל הגזעי ביניהם – ניתן לדבר על הפליה על בסיס גזע גם לא בהקשר השוואתי. בלא תלות ביחס שאחרים מקבלים, ניתן לטעון כי יש לבני-אדם זכות שגזעם לא יובא בחשבון כגורם בקביעת היחס שהם מקבלים. מכאן שכדי לקבוע אם הייתה הפליה כלפי פלוני, לא תמיד חייבים לבדוק מה קיבלו אחרים (הרומים לו מבחינה רלוונטית). קנת סימונס (Kenneth Simmons) מתנגד לעמדתה של הלמן, וטוען, בדומה להצעתי לעיל, כי "הפליה פסולה מתייחסת, מעצם הגדרתה, להבחנות בלתי-מוצדקות בין בני-אדם".¹² לגבי הזכות שיש כביכול לבני-אדם שיתעלמו מגזעם, מדובר, לדעת סימונס, בזכות השוואתית. נחשוב, למשל, על מועמד לבן אשר אינו מצליח להתקבל לאוניברסיטה בגלל

10 טענה זו היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, רוצה לומר, המערכה הציבורית והמשפטית נגד הפליה במאה-מאתיים השנים האחרונות נועדה להגן על קבוצות מיעוט שהיו קורבן לצורות שונות של הפליה, הדרה ודיכוי, כגון יהודים, שחורים, הומוסקסואלים, וכמובן נשים. חוק איסור הפליה אומנם אינו קובע במפורש שחברי הקבוצות החזקות (לא-יהודים, לבנים, סטרייטים וגברים) אינם יכולים לתבוע כאשר הם סובלים הפליה, אבל מהצעת החוק ברור שהוא נועד בעיקר להגן על החברים בקבוצות מוחלשות. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו מוצר או שירות רק בשל השתייכותו לקבוצה, "ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר", יש משום פגיעה קשה בכבודו של אותו אדם, וההצעה אף מוסיפה ומציינת במפורש כי בעת האחרונה נמנעה כניסה למקומות בילוי "מאנשים בעלי חזות מזרחית". ראו הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370.

11 ראו Deborah Hellman, *Two Concepts of Discrimination*, 102 Va. L. Rev. 895 (2016).

12 ראו Kenneth W. Simmons, *Discrimination Is a Comparative Injustice: A Reply to Hellman*, 102 Va. L. Rev. Online 85, 88 (2016).

עדיפות שניתנת למועמדים שחורים, ומתלונן על הפליה נגדו. איך יש להבין טענה זו? לפי סימונס, תלונתו אינה על עצם העובדה שהגזע מובא בחשבון, אלא על כך שהוא מובא בחשבון לרעת המועמד.¹³

בתגובה על ביקורת זו טענה הלמן כי אומנם בדוגמה האמורה טענתו העיקרית של המועמד היא השוואתית – דהיינו, שהוא לא התקבל בשעה שאחרים התקבלו – אבל ניתן לדבר כאן גם על זכות לא-השוואתית שהופרה: הזכות שגזע לא יהווה גורם בהחלטה אם לקבל מועמדים לאוניברסיטה. הפליה במונחים לא-השוואתיים מתרחשת, לדעתה, כאשר הבסיס הנורמטיבי לטענת ההפליה הוא לא-השוואתי: A מקבלת יחס X, ואילו B מקבלת יחס Y שהוא טוב מ-X. לפי התפיסה הלא-השוואתית של הפליה, מה שעושה את היחס ל-A לפסול אינו העובדה ש-B קיבל Y, אלא העובדה ש-A לא קיבלה את מה שהיא זכאית לו.¹⁴ בהתאם ללוגיקה זו, אף שתשומת-לב למה שאחרים מקבלים מסייעת לראות שפלונית לא קיבלה את מה שהיא זכאית לו, היא אינה ממלאת תפקיד בביסוס הפסלות המוסרית של היחס שהיא קיבלה.

דוגמה בולטת לזכאות לא-השוואתית כזאת היא תחום הענישה. נניח שהחוק קובע כי על עברה מסוימת לא יושת עונש כבד יותר מחמש שנות מאסר, אך בית-המשפט מטיל על פלוני שבע שנים בכלא בגין עברה זו. הטענה שנעשה לו עוול אינה מתבססת על מה שאחרים קיבלו, כלומר על כך שהם קיבלו עונש קל יותר, אלא על הזכות הלא-השוואתית שקמה לו על בסיס החוק לא לקבל עונש כבד יותר מחמש שנים על העברה שעבר. מי שמניח גישה גמולנית (retributivist) לענישה מחויב לכאורה להבנה לא-השוואתית מעין זו. אם לפלוני מגיע לכל-היותר עונש של X שנים בכלא על עברה שביצע, אזי כל מאסר מעל X שנים יהיה לא-צודק כלפיו, בלא תלות בעונש שאחרים קיבלו על עברה זו. אם כולם מקבלים עונש חמור מ-X, אזי כל אחד ואחד הוא קורבן של אי-צדק עצמאי ולא-השוואתי כלפיו.¹⁵ לעניות דעתי, במחלוקת זו הצדק עם סימונס. לפי הלמן, מה שעושה יחס מסוים כלפי A להפליה אסורה הוא ש-A אינו מקבל את היחס שהוא זכאי לו.¹⁶ ברם, אמת-מידה זו היא כללית עד כדי כך שהתוצאה היא שכל פעולה בלתי-מוסרית היא גם הפליה, שהרי בכל פעולה כזאת העברייני המוסרי מתייחס לאחרים (או לעצמו), אם מניחים שיש לאדם חובות גם כלפי עצמו) "לא כפי שהם זכאים שיתייחסו אליהם". אבל אז מושג ההפליה מאבד את תפקידו כמושג נורמטיבי עצמאי שיכול לכוון את ההתנהגות. אם איסור ההפליה הוא הצד האחר של מטבע הדרישה להתייחס לכל אדם כפי שהוא זכאי שיתייחסו אליו, אזי אנו זקוקים

13 שם, בעמ' 89.

14 ראו Deborah Hellman, *Defending Two Concepts of Discrimination: A Reply to Simons*, 102 VA. L. REV. ONLINE 113, 119 (2016) (להלן: Hellman, *Defending Two Concepts*).

15 האופי הפרטי והלא-השוואתי של צדק גמולני גורר, לכאורה, שאם עברייני קיבל את העונש שמגיע לו, הוא אינו יכול להתלונן על כך שאחרים קיבלו פחות ממנו (בנסיבות דומות מבחינה רלוונטית). במקום אחר הוסבר מדוע בכל-זאת מה שאחרים קיבלו הוא עובדה רלוונטית לשאלה אם נעשה צדק עם פלוני, אבל לא עובדה שמכוננת את אי-הצדק. ראו Ronen Avraham & Daniel Statman, *More on the Comparative Nature of Desert: Can a Deserved Punishment Be Unjust?*, 25 UTILITAS 316 (2013).

16 ראו Hellman, *Defending Two Concepts*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 119.

לאמת-מידה אחרת שתקבע מהו יחס זה.¹⁷ לפי העמדה שאני מציג כאן, אם פלוני אונס את אלמוני, רוצח אותו או שודד אותו, הוא בלא ספק גורם לו עוול לא-השוואתי (דהיינו, עוול שאינו תלוי בשאלה אם גם אחרים נרצחו, נאנסו או נשדדו, וגם לא בשאלה אם פלוני עצמו אנס, רצח או שדד אחרים), אבל הוא אינו גם מפלה אותו בפעולתו זו. או בדוגמת הענישה לעיל: אם עבריין מקבל עונש חמור מזה המגיע לו (לפי החוק או לפי תפיסה כלשהי של צדק גמולני), אזי אי-הצדק שנעשה לו הוא אכן לא-השוואתי, אבל אין שום מובן משמעותי שבו ניתן לומר כי אי-צדק זה מבטא הפליה.¹⁸

הרעיון שזכותם של מועמדים שגזעם לא יובא בחשבון בשיקולי הקבלה לאוניברסיטה היא זכות לא-השוואתית נראה מוקשה במיוחד. ראשית, הזכות הנטענת כאן (אם יש בכלל זכות כזאת) היא זכותו של אדם שיביאו בחשבון בשיקולי הקבלה שלו רק את הנתונים הרלוונטיים, יהיו אשר יהיו, ויתעלמו מהשיקולים הלא-רלוונטיים. אין לו זכות נפרדת שלא יביאו בחשבון את גובהו, את צבע העיניים שלו, את שמו או כל מאפיין אחר, ובכלל זה גזעו. לשון אחר, בעוד המושג הנדון (הפליה לא-השוואתית) היה אמור לזרות אור על הזכות להגנה מפני סוגים מסוימים של הפליה, במיוחד על בסיס גזע, הוא מתחייב לאינפלציה אינסופית כמעט של זכויות.¹⁹ שנית, וחשוב יותר: ההסתמכות על מאפיינים לא-רלוונטיים מטרידה בכל מקרה רק משום שההקשר שבו עסקינן הוא השוואתי ותחרותי. מטרת ההתייחסות לגזעם של המועמדים היא בדיוק להצדיק העדפה של מועמד מסוים על אחרים, בין שהעדפה נובעת מכך שהוא מועמד לבן (שאו זו הפליה אסורה אליבא דכולי עלמא) ובין שהיא נובעת מכך שהוא מועמד שחור (שאו זו הפליה שנויה במחלוקת).²⁰ רק בגלל ההקשר ההשוואתי הזה ניתן בכלל לדבר במקרים כאלה על הפליה ולדון בשאלה אם היא מותרת או לא.

אני חוזר אפוא על הצעתי בראש הסעיף: במקרים הטיפוסיים של הפליה, חברים בקבוצה מסוימת (חלקם או כולם) מקבלים יחס שונה, במונחים של חלוקת טוב מסוים, מחברים בקבוצות אחרות הדומים להם מבחינה רלוונטית. בשאלה אם יחס שונה זה הוא שלילי בהכרח אטפל בסעיף הבא.

מה נובע מתפיסה זו לגבי פסק-הדין מושא דיוננו? מי היה עשוי לטעון כי הפוליסה של חברת אי.די.אי. הפלתה נגדו? פסק-הדין מזכיר שתי קבוצות עיקריות: הקבוצה של מבוטחים גברים שהזמינו החלפת גלגל ונדרשו לשלם בעבורו (וכן אלה שלא הזמינו את השירות בגלל עלותו); ו"קבוצת הלקוחות בכוח או בפועל" אשר לא סבלו נזק ממוני אבל

17 הרחבה בעייתית כזאת של מושג ההפליה מזכירה את הבעייתיות בהרחבה דומה של מושג הכבוד, שעליה עמדתי במאמר קודם – ראו דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001) (להלן: סטטמן "שני מושגים של כבוד").

18 שני סוגי העוול יכולים כמובן לבוא יחדיו – למשל, כאשר פלוני מקבל עונש חמור מזה המגיע לו בעוד שותפו לפשע, שראוי לאותו עונש, מקבל עונש מופחת.

19 לטענה שהאינפלציה של זכויות בשיח הזכויות הנוכחי היא האתגר המרכזי שכל תיאוריית זכויות ניצבת לפניו ראו JAMES GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS (2008). להערכת גריפין, המצב כיום הוא שהביטוי "זכות אדם" הוא "nearly criterionless" (שם, בעמ' 14).

20 לוויכוח הפילוסופי בעניין זה ראו Robert Fullinwider, *Affirmative Action, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., 2018), <https://stanford.io/2CeUGDT>.

ייתכן שסבלו נזק נפשי של השפלה בגין ההפליה. דומני שנוכל להסתייע אם נחלק את כל אלה לחמש תת־קבוצות:

1. גברים שהיו מבוטחים בחברה ואשר נאלצו להחליף גלגל, הזמינו שירות דרכים ושילמו על כך;
2. גברים שהיו מבוטחים בחברה ואשר נאלצו להחליף גלגל אך עשו זאת בעצמם בגלל עלות השירות;
3. גברים שהיו מבוטחים בחברה ואשר לא נאלצו להחליף גלגל;
4. נשים שהיו מבוטחות בחברה (בין אם הן הזמינו החלפת גלגל (חינם) ובין אם לאו);
5. גברים ונשים שביקשו לעשות ביטוח רכב בחברת איי.די.איי. אך נחשפו למדיניותה בכל הנוגע בהבחנה בין נהגים לנהגות לעניין ההשתתפות בעלות של החלפת גלגל ובעקבות זאת נמנעו מלהתקשר עימה.

האם תנאי ההשוואתיות מתקיים לגבי כל אחת מקבוצות אלה? לגבי קבוצה 1 התשובה חיובית. קבוצת ההתייחסות הרלוונטית היא כלל הנהגים המבוטחים בחברה, ובקרב קבוצה זו קיבלו הגברים יחס שונה (וגרוע) מזה שקיבלו הנשים – הם שילמו על שירות שנשים קיבלו חינם. מה לגבי קבוצה 2? הנהגים הכלולים בה לא שילמו על השירות, אלא החליפו בעצמם גלגל על הטרחה הכרוכה בכך. גם אותם ניתן להשוות לקבוצת הנהגות, שהיו פטורות מעול זה כי הן יכלו להזמין את השירות חינם. אם כך, לגבי שתי קבוצות אלה הטענה שהתקיימה כלפיהם הפליה מתיישבת עם תנאי ההשוואתיות (אך השאלה אם מדובר בהפליה אסודה נותרת עדיין פתוחה).

בעניין קבוצה 4 – הנהגות שעשו ביטוח רכב בחברת איי.די.איי. והיו כפופות לפוליסה שהעניקה להן שירות של החלפת גלגל חינם – ארחיב בסעיפים הבאים. לצורך הדיון כאן אומר רק כי אם נשים אלה אכן הופלו, היה הדבר מן הסתם בהשוואה לגברים, שהם הקבוצה (או התת־קבוצה) הרלוונטית במסגרת הקבוצה הרחבה יותר של אלה שעשו ביטוח רכב בחברה. אבל יש משהו מוזר, ואולי אף לא־קוהרנטי, במחשבה שקבוצת הנשים הייתה קורבן להפליה, אם מניחים שגם קבוצת הגברים (קבוצה 1) הייתה קורבן כזה. כפי שהוסבר למעלה, ניתן לדבר על הפליה רק כאשר חברים בקבוצה מסוימת מקבלים פחות, במונחים של טוב מסוים, מאחרים הדומים להם מבחינה רלוונטית. אבל אם הראשונים מקבלים פחות מהאחרונים, לא ייתכן שגם האחרונים מקבלים פחות מהראשונים. למשל, אם הטוב הוא התקבלות לבית־הספר לרפואה, אזי אם בית־הספר מקשה על מועמדים יהודים להתקבל משום שהם יהודים, הם מופלים בהשוואה למועמדים לא־יהודים, אבל אז אי־אפשר לומר שמבחינה זו גם המועמדים הלא־יהודים מופלים.

התגובה המיידית על טיעון זה תהיה שהמועמדים הלא־יהודים עשויים להיות מופלים מבחינה אחרת. אבל האפשרות שאותה פעולה שמפלה לרעה חברים מסוימים בקבוצה במונחי טוב כלשהו תפלה לרעה גם את החברים האחרים בקבוצה במונחי טוב אחר – כלומר, שהיא תפלה את החברים הראשונים לא רק לרעה, אלא גם לטובה – נראית בלתי־סבירה. ייתכן שהפליה לטובה תגרום נזק למוטביה של הפליה זו, למשל שבן שהופלה לטובה בנערותו יגדל להיות יהיר ומפונק, אבל נזקים עקיפים אלה, כפי שיתבהר בהמשך, אינם הופכים את הפעולה הרלוונטית להפליה לרעה שלו. יעקב הפלה את יוסף לטובה בכך שאהב אותו מכל

אחיו ועשה לו כתונת פסים; העובדה שהיו להפליה זו בהמשך הדרך תוצאות קשות מבחינת יוסף אין משמעה שיעקב הפלה אותו גם לרעה בהתנהגותו זו.

מה לגבי קבוצות 3 ו-5, הלא הן "קבוצת הלקוחות בכוח או בפועל" של הנתבעת (וייתכן שצריך לכלול כאן, שוב, גם את קבוצות 1, 2 ו-4)? לפי פסק-הדין, החברים בקבוצות אלה "סבלו נזק נפשי סובייקטיבי של השפלה ופגיעה בכבוד בגין הפליה, היא מינם אשר היא"²¹. נניח לצורך הדיון שאכן נגרם להם נזק כזה.²² ביחס למי בדיוק הם הופלו? נתמקד תחילה באותם "לקוחות בכוח" – אלה ששקלו בדעתם לעשות ביטוח רכב בחברת איי.די.איי., ניהלו עימה משא-ומתן, אבל החליטו להימנע מכך לאחר שלמדו על מדיניותה של החברה בכל הנוגע בהחלפת גלגלים (קבוצה 5). הללו בוודאי לא הופלו ביחס לאלה שעשו ביטוח רכב בחברה זו, כי לפי פסק-הדין עצמו מצבם של האחרונים – הן הגברים והן הנשים – הורע בעקבות הכפתם לפוליסה של החברה. הם גם לא הופלו ביחס לקבוצה הגדולה של הנהגים שלא בדקו כלל את האפשרות של עשיית ביטוח רכב בחברת איי.די.איי., שהרי אלה גם אלה זכו (לפי מה שפסק-הדין מניח) בביטוח ראוי יותר. באשר ל"לקוחות בפועל" של החברה (קבוצה 3, וכאמור, צריך אולי לכלול כאן את כל הלקוחות, כולל קבוצות 1, 2 ו-4), קשה שוב להבין בהשוואה למי הם הופלו.

התשובה שניתן לחלץ מפסק-הדין לשאלות אלה היא שעצם ההיחשפות ליחסה המפלה של חברת איי.די.איי. הייתה משפילה, ולכן היא מזכה בפיצוי, בין שמדובר בלקוחות שנחשפו לפוליסה באופן ישיר ובין שמדובר בלקוחות בכוח. אבל היחשפותו של ראובן ליחס מפלה של שמעון כלפי לוי אינה מקרה של הפליה נגד ראובן, גם אם ההיחשפות מטלטלת ומקוממת אותו. יהודי שמבלה במועדון שבו מפלים לרעה ערבים אינו מושא להפליה בעצמו, גם אם ההפליה מזעזעת אותו מאוד. דבר זה נכון, מקל וחומר, לגבי יהודים שנמנעים מללכת למועדון כזה משום שמפלים בו ערבים, ועל אחת כמה וכמה לגבי יהודים שאינם הולכים כלל למועדונים אבל שנתם נודדת (בצדק) מרוב זעם ובושה על ההפליה האמורה.²³

אף שעצם ההיחשפות להפליה אינה הופכת את הנחשף עצמו למושא להפליה, ייתכן שהדבר קורה לגבי אלה המשתייכים לקבוצה שחבריה היו מושא להפליה, כלומר, בדוגמה האחרונה, לגבי הערבים בישראל. נרצה אולי לומר שהואיל והפליה כלפי ערבים ספציפיים בכניסה למועדון מבטאת מדיניות מפלה כלפי כל האוכלוסייה הערבית, יש לראות כל אחד

21 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 56.

22 אני מניח זאת רק לצורך הדיון, כי לגופו של דבר אני סבור כי מדובר בהשערה רחוקה מאוד. יש לי ספק אם היה מספר משמעותי של לקוחות בכוח שידעו בכלל על הסעיף הרלוונטי; מבין אלה יש לי ספק אם היה מספר משמעותי שהתנגדו לו; ומבין אלה יש לי ספק גדול אצל כמה מהם הייתה ההתנגדות עזה עד כדי כך שהם "סבלו נזק נפשי סובייקטיבי של השפלה ופגיעה בכבוד".

23 חשבו בהקשר זה גם על ס' 6(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. הסעיף קובע כי הטרדה מינית היא עוולה אזרחית שחלות עליה ההוראות של פקודת הנזיקין. אבל ככל שעלה בידי לבדוק, אף-על-פי שהטרדה מינית גורמת נזק לא רק למוטרדת, אלא לנשים בכלל, ובוודאי לנשים אחרות באותו מקום עבודה (גם אם הן עצמן לא הוטרו), פסקי-הדין שקבעו פיצויים בגין העוולה הנזיקית של הטרדה מינית מכוח ס' 6(א) לחוק קבעו פיצויים רק למוטרדות הישירות.

ואחד מהם כמושא של פעולת ההפליה האמורה. אולם, אף שתנאי ההשוואתיות מתקיים כאן, שכן המדיניות מרעה את מצבם של ערבים בהשוואה ליהודים, ברור שלא כל הערבים אזרחי ישראל יהיו זכאים לפיצוי בנסיבות אלה במסגרת חוק איסור הפליה.²⁴ הפיצוי יוענק רק למי שבפועל נפגע ממדיניותו של המועדון (למשל, לא הורשה להיכנס), ואולי גם למי ששקל להגיע למועדון אך נמנע בגלל ההפליה הנהוגה בו.²⁵

בהתאם לקו טיעון זה, נרצה אולי לומר שהגברים שנחשפו לפוליסה המחייבת נהגים לשלם בעבור החלפת גלגל הם כמו הערבים שנחשפו למדיניות של אי-הכנסת צעירים ערבים למועדון. לכן, כשם שערבים שנמנעו מלהגיע למועדון סבלו הפליה וזכאים לפיצוי, כך גם הגברים שנחשפו לפוליסת הביטוח, והוא הדין גם לגבי נשים שנחשפו למדיניות המשפילה של החברה לגבי נהגות (כפי שאסביר בהמשך) ונמנעו בשל כך מלעשות ביטוח בחברה. אלא שאנלוגיה זו נתקלת בשני קשיים עיקריים. ראשית, בעוד במקרה של מועדון המפלה ערבים יש היגיון בטענה שכל הציבור הערבי הופלה בהשוואה לציבור היהודי, האנלוגיה במקרה של אי.די.איי. תהיה שהפוליסה הפלתה את כל הגברים והנשים בישראל – דהיינו, את כל אזרחי ישראל – וזו תוצאה מוזרה למדי. שנית, ובעיקר, במקרה של הפליית ערבים בכניסה למועדון ניתן לדבר על הפליה של כלל הערבים מפני שההפליה היא מכוונת ומבטאת עמדה שלילית לגבי הערבים באופן כללי. לעומת זאת, גם מי שסבור כי אין להבחין בין נהגות לבין נהגים בכל הנוגע בתשלום על החלפת גלגל אינו מניח שמנסחי הפוליסה פעלו מתוך עמדה שלילית דומה לגבי כלל הגברים. לכן מוזר לדבר במקרה זה על כלל הגברים כמי שהיו קורבן להפליה.

טיעון דומה הועלה לאחרונה על-ידי בית-המשפט הפדרלי באורגון בתביעה שהוגשה נגד חברת Airbnb. התובעת, אישה שחורה תושבת אורגון, טענה כי דרישת החברה מלקוחות פוטנציאליים ליצור פרופיל שלהם באתר (שכולל תמונה) מאפשרת הפליה נגד לקוחות שחורים, שמקבלים תשוכות שליליות לבקשות השכרה יותר מאשר לקוחות לבנים. לפי כתב התביעה, סירובה של החברה לבטל מדיניות זו מפר את החוק נגד הפליה של מדינת

24 מסקנה דומה עולה מניתוחה של יפעת ביטון (ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 139 (2005)), הטוענת כי בני-אדם זכאים לתבוע פיצויים על פגיעה באינטרסים "אישיותיים-דיגניטריים", ואף שאלה ממוקדים בדרך-כלל ביחיד, הם עשויים גם ללבוש מעטה רחב יותר – "למשל, אם תחליט עירייה למנוע את אפשרות התפילה של תושביה המוסלמים, יוכל כל אחד מהם לתבוע את נזקו הפרטי-אישי ממנה". פשיטא שלדעת ביטון, מי שיהיו זכאים לתבוע במקרה כזה הם רק התושבים המוסלמים של העיר הרלוונטית, ולא כלל המוסלמים אזרחי המדינה, אף שגם רגשותיהם של האחרונים נפגעו בוודאי מהחלטה זו.

25 בפסק-הדין שניתן לאחרונה בת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2018) (להלן: עניין רדיו קול ברמה) קבע בית-המשפט כי ההפליה שהנהיגה תחנת הרדיו כלפי נשים פגעה "בציבור הנשים בכללותו", משום שהיא העבירה "מסר שלילי באשר למעמדן של נשים בחברה" (שם, פס' 8), ובכל-זאת נמנע מלפסוק פיצויים לכלל הנשים בישראל. הוא אפילו לא פסק פיצויים לכל מאזינות התחנה, אף שלשיתתו הן היו מושא להפליה (גם אם הן לא הבחינו בכך או לא הוטרדו מכך) (שם).

אורגון,²⁶ ובכך מזכה בפיצוי את כלל התושבים האפרו-אמריקנים של אורגון, כולל אלה (כמו התובעת) שאינם – ומעולם לא היו – לקוחות של Airbnb, בין כשוכרים ובין כמשכירים.²⁷ לדבריה, מדיניותה של החברה אנלוגית למקרה של מסעדה שתולה על חלונה שלט האומר כי היא שומרת לעצמה את הזכות לא לשרת לקוחות שחורים, ואז מסרבת לשנות מדיניות זו. כשם שהתנהגות זו הייתה מהווה הפליה נגד כל התושבים השחורים ומזכה אותם בפיצוי, כך גם במקרה של חברת Airbnb. בית-המשפט קבע כי אפילו במקרה המסעדה לא ברור שכל השחורים זכאים לפיצוי, אבל בכל מקרה האנלוגיה אינה תופסת, כי במקרה של Airbnb מדובר לכל-היותר בהפליה בלתי-מכוונת ("הפליה בתוצאה"), שהחוק האוסר הפליה אינו חל לגביה.²⁸

כנגד קו הטיעון שהצגתי, שלפיו רק לניזוקים ישירים יש עילת תביעה על בסיס חוק איסור הפליה, ניתן לטעון כי הדברים שונים ככל שמדובר בתובענה ייצוגית. על-פי טענה אפשרית זו, נכון שכדי לתבוע פיצויים בהליך משפטי רגיל התובע חייב להיות קורבן ישיר של עוולה, אבל המצב שונה כאשר מדובר בהליך של תובענה ייצוגית. לפיכך מאזינות לתחנת רדיו שמפלה נשים יכולות לתבוע פיצוי דרך תובענה ייצוגית אף שהן עצמן לא סבלו נזק ולכן לא קמה להן עילת תביעה נזיקית רגילה,²⁹ ולקוחות בכוח של חברת ביטוח יכולים גם הם לתבוע אף שאין ספק שהם לא היו יכולים לעשות זאת בהליך משפטי סטנדרטי. אלא שלפי הבנתי, ההליך של תובענה ייצוגית אינו יכול לשנות את הדין המהותי ולהעניק עילת תביעה מקום שזו אינה מעוגנת בדין זה. אם פלוני אינו יכול לתבוע את אלמוני על בסיס אחת העוולות שהחוק מכיר בהן – למשל, בגלל הריחוק הסיבתי שלו ממקד הנזק – הוא אינו יכול לעשות זאת גם דרך ההליך של תובענה ייצוגית. בית-המשפט העליון הביע עמדה חד-משמעית בנושא זה:

"התובענה הייצוגית כלי רב-חשיבות היא – כלי רב-ערך ורב-עוצמה – ובהיותה מה שהיא משפיעה היא על זכויותיהם המהותיות של בעלי-הדין – הנתבעים, התובע הייצוגי וחברי הקבוצה, ואולם השפעתה היא במתן אפשרות למימוש זכויות ולא ביצירתן של עילות תביעה חדשות. כוחה וחשיבותה של התובענה הייצוגית הוא בנפח, באפשרות קיבוצן של עילות תביעה רבות – עילות קיימות – תחת חופתו של הליך דיוני אחד במקום שבו כל אחת מן התביעות בנפרד היא

Or. Rev. Stat. § 659A.403 (2017) Discrimination in place of public accommodation 26
prohibited: "(1) Except as provided in subsection (2) of this section, all persons within the jurisdiction of this state are entitled to the full and equal accommodations, advantages, facilities and privileges of any place of public accommodation, without any distinction, discrimination or restriction on account of race, color, religion, sex, sexual orientation, national origin, marital status or age if the individual is of age, as described in this section, or older"

.Harrington v. Airbnb, Inc., 2018 U.S. Dist. LEXIS 62651 (D. Or. Apr. 13, 2018) ראו 27

שם, בעמ' 4. 28

ראו עניין רדיו קול ברמה, לעיל ה"ש 25, פס' 13. 29

חסרת-משמעות. בהכעת אין התובענה הייצוגית עשויה להקים לתובע הייצוגי או למי מחברי הקבוצה עילת תביעה שלא הייתה להם לולא התובענה הייצוגית.³⁰

הבה נסכם את העולה מדיון זה:

1. טענות על הפליה מניחות בהכרח השוואה – השוואה בין מה שחברים בקבוצה מסוימת (באופן טיפוסי קבוצה מוחלטת) קיבלו או זכאים לקבל לבין מה שחברים בקבוצה אחרת קיבלו או זכאים לקבל. בלא הקשר השוואתי, טענות על הפליה אינן מתעוררות כלל.
2. במקרה שלפנינו ניתן מבחינה מושגית להעלות טענת הפליה בשם הגברים שהיו מבוטחים באי.די.אי., הואיל והם חויבו בתשלום (על החלפת גלגל) שנשים המבוטחות בחברה היו פטורות ממנו. בכך איני אומר שההפליה הייתה פסולה בהכרח, אלא רק שניתן לדבר כאן על הפליה.
3. אם אנו טוענים כי הפוליסה הפלטה גברים בהשוואה לנשים, מוזר לטעון שהיא הפלטה באותו סעיף גם את הנשים בהשוואה לגברים. (בשאלה איזה מובן של הפליה עשוי לחול על הנשים בהקשר זה ארון בהרחבה בהמשך.)
4. ככל מקרה, גם אם מקבלים שכלל המבוטחים – גברים ונשים – סבלו הפליה, קשה להבין כיצד ניתן לייחס הפליה לקבוצת הלקוחות בכוח של החברה, הכוללת אף היא גם גברים וגם נשים. קשה לראות מהי קבוצת ההשוואה הרלוונטית שביחס אליה ניתן לומר כי אותם לקוחות בכוח הופלו.
5. מבחינה זו המקרה שלפנינו שונה ממקרים רגילים של הפליה, למשל כלפי ערבים, שבהם ניתן לכאורה לדבר על הפליה לא רק כלפי המושאים הישירים שלה, אלא כלפי הקבוצה הרחבה של הערבים אזרחי ישראל, וזאת בהשוואה לקבוצת היהודים אזרחי ישראל.
6. למרות זאת, קבוצה רחבה זו לא תהיה זכאית בדרך-כלל לפיצוי במסגרת חוק איסור הפליה. למשל, גם באותם מקרים שבהם נפסקו פיצויים לנוסעים ערבים, במסגרת חוק איסור הפליה, בגין יחס מפלה ומשפיל בשדות-תעופה, לא עלה על דעת בית-המשפט לקבוע פיצויים גם לציבור הערבי ככללותו, למרות הפגיעה בציבור זה, ואף לא לאותם נוסעים ערבים שהיו באותה עת במקום והיו עדים להתנהגות המשפילה. מי שזכו בפיצוי היו רק המושאים הישירים של ההפליה.³¹ באופן דומה, ייתכן שנוסעת שהתבקשה לעבור

30 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד (נז) 385, 404-405 (2003) (ההדגשה הוספה). העובדה שתובענה ייצוגית אינה יכולה להקים עילה עצמאית (שלא הייתה לתובע בלעדית) מתיישבת עם העובדה שבהיבטים אחרים קיימים הברלים בין דיני התובענה הייצוגית לבין דיני הנוזיקין הרגילים (ראו במיוחד ס' 20(ג)1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

31 ראו, למשל, ת"א (שלום ראשל"צ) 13-07-1230 אבו סביט נ' ישראיר תעופה ותיירות בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2015); ת"א (שלום חי) 16528-07 שלבי נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.4.2010); תא"מ (שלום ביש"א) 12-10-2887 חסנין נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.5.2014). להרחבה נוספת בעניין מתן סעד פיצויים (פיצוי ללא הוכחת נזק) רק לנפגעים הישירים במקרים דומים ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 15-12-11624 חודוס נ' וסיליו אירועים בע"מ (פורסם בנבו, 1.2.2017) (סירוב לערוך חתונה בשל בקשתם של התובעים לקרוא פסוקים מהברית החדשה במעמד החופה); ע"א (מחוזי י-ם) 12-11-5116 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014)

מקום בטיסה כי נוסע חרדי סירב לשבת לידה תהיה זכאית לפיצוי מחברת אל על,³² אבל לא תהיה עילת תביעה מעין זאת לכלל הנוסעות בטיסה, לכלל הנשים שטסות באל על, לנשים שהיו טסות באל על אבל החליטו לא לטוס בחברה כאשר נודעה להן מדיניותה, או לכלל הנשים בישראל – אף שבמובן מסוים כולן נפגעו מהמדיניות האמורה. לנוכח זאת, ובהתחשב בעובדה שמן הסתם לא הייתה כאן הפליה מכוונת נגד גברים (או נגד נשים), קשה להבין מדוע בעניין מירב פסק בית-המשפט פיצויים לא רק למושאים הישירים של ההפליה (למשל, הגברים המבוטחים באי.די.איי. שנדרשו לשלם על שירות שניתן לנשים חינם), אלא גם למושאים עקיפים, כלומר, לקבוצת הלקוחות בכוח. מה שעולה מן המקובץ הוא שיש משהו מוזר ומטריד בראיית מושאים עקיפים, דוגמת "ציבור הלקוחות בכוח" של חברת אי.די.איי., כזכאים לפיצוי במסגרת חוק איסור הפליה. כך או אחרת, בסעיפים הבאים אמקד את תשומת-הלב בקבוצה של מושאים ישירים, הלא היא קבוצת הנהגות שהיו מבוטחות בחברה.

ב. הפליה כמחייבת הרעה

בסעיף הקודם טענתי כי הפליה מניחה בהכרח השוואה בין שתי קבוצות, כגון לבנים ושחורים או ערבים ויהודים, במסגרת קבוצה רחבה יותר – כגון אזרחי המדינה, תלמידי האוניברסיטה, תושבי עכו וכדומה – במונחים של טוב מסוים (קבלה ללימודים, רמת שכר, רכישת דירה, פתיחת עסק וכדומה). עתה אפנה לשאלה המרכזית של מאמר זה: האם ניתן לדבר על הפליה גם כאשר מצבה של הקבוצה שמופליה, לפי הנטען, דווקא מוטב מבחינה חומרית בהשוואה לקבוצה האחרת? במקרה הנדון כוונתי לקבוצת הנהגות שרכשו ביטוח רכב בחברת אי.די.איי. תנאי ההשוואתיות מתקיים לגביהן, כי ניתן לטעון שהן הופלו בהשוואה לנהגים, ושהן בגדר מושאים ישירים של ההפליה, ולא מושאים עקיפים. אבל ההשוואה מלמדת שהפוליסה דווקא היטיבה עימן מבחינה חומרית, שכן הפוליסה זיכתה רק אותן, ולא את הגברים, בהחלפת גלגל חינם. כיצד ייתכן שהטבה זו היא בגדר הפליה? אם הבעיה אינה ברורה עדיין, חשבו על פוליסה שהייתה מעניקה לנהגות לא רק החלפת גלגל חינם, אלא גם 100 ש"ח במזומן, כדי להשתתף בהוצאות או בנזקים שנגרמו להן בגלל הנקר, כגון איחור לפגישה או הצורך לעצור לקפה. קשה להבין איך אדם שקיבל 100 ש"ח, בשעה שאחרים הדומים לו מבחינה רלוונטית לא קיבלו סכום זה, יכול להתלונן שבכך הפלו אותו לרעה.

זאת ועוד, קצת קשה להאמין שהשירות החינמי הנדון נכפה על הנהגות שקיבלו אותו. אני מניח שאילו הן היו מבקשות לשלם 80 ש"ח על החלפת הגלגל כמו עמיתיהן הגברים או לתקן את הסעיף הרלוונטי בפוליסה, לא הייתה בקשתן מושבת ריקם. אם כך, אף שהן צרכו

(30,000 ש"ח פיצוי בגין סירוב לערוך חתונה בשל נטייתן המינית של המשיבות); ע"א (מחוזי ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת זכויות הפרט, ע.ר. נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2014) (50,000 ש"ח פיצוי בגין סירוב לפרסם מודעה בשל תוכן העוסק בחברי הקהילה הגאה).

32 ראו, למשל, איתי בלומנטל "תובעת את 'אל על': הועברתי מקום כי חרדי ביקש" ynet 27.2.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4771456,00.html

מרצון את ההטבה האמורה, זכו הנהגות כפיצוי על ההטבה על בסיס ההנחה שהיא הפלתה אותן. הן הרוויחו אפוא פעמיים – הן גם זכו בהחלפת גלגל חינום וגם קיבלו פיצוי על כך. הבעיה הנזכרת לא נעלמה מעיניו של השופט גרוסקופף. הוא מורה כי ההטבה האמורה "אולי מטיבה את מצבן של מקבלות השירות בטווח הקצר", אבל לדעתו:

"היא מרעה את מצבן של נשים, ומנציחה סטראוטיפים פוגעניים ביחס ליכולותיהן. גישה פטרונית ביחס לנשים, המשררת את המסר כי אינן מסוגלות ואינן צריכות לבצע עבודות שמוגדרות כ'גבריות' מרחיקה אותנו מלהיות חברה שוויונית, ולא מקדמת אותנו להגשמת יעד השוויון המגדרי."³³

נהגות המבוטחות באי.די.אי. הופלו אפוא, שכן המדיניות האמורה חזקה והנציחה סטריאוטיפים שליליים לגביהן, ועיכבה את השגת היעד של שוויון מגדרי.

כדי לראות את הבעייתיות בטיעון זה, חשבו על המקרים הבאים:

א. הצבא שוקל אם לאפשר לנשים להצטרף ליחידה אשר עד עכשיו הייתה סגורה בפניהן – למשל, יחידת הצוללות. נניח שיש בסיס לחשש שחיילי היחידה לא יקבלו בברכה את החיילות החדשות, והתוצאה תהיה שיהיה להן קשה להסתגל. נניח גם שיש בסיס לחשש רחב יותר שבעקבות ההחלטה האמורה תהיה ריאקציה בגופים שונים בצבא ומחוץ לו נגד מה שייתפס כהגזמה לכיוון הפמיניסטי, והתוצאה תהיה נסיגה לאחור במאבק לשוויון מגדרי והתחזקות מגמות של הפליה כלפי נשים. למרות זאת הצבא מחליט לאפשר לנשים להצטרף לצוללות, והתוצאה האמורה אכן מתממשת.

ב. נניח ששר הפנים מתלבט אם לצרף חברים ערבים לוועדה "רגישה" שעוסקת בהקצאת קרקעות – ועדה שבאופן היסטורי הייתה סגורה בפני ערבים. השר סבור כי חסימת הוועדה בפני אזרחים ערבים היא בגדר הפליה פסולה, אך יועציו אומרים לו שאם יפרוץ את החסימה, יוביל הדבר לגל של חקיקה מפלה נגד הציבור הערבי בתחומים שונים, כדי להגן מפני מה שייתפס כאיום על אופייה היהודי של המדינה. השר אינו נרתע, והתוצאה הגרועה האמורה אכן מתממשת.

בשני המקרים גרמו הפעולות שנקטו להתחזקותם של סטריאוטיפים ולהתרחבותה של ההפליה כלפי קבוצות שסבלו הפליה היסטורית. יתרה מזו, תוצאה זו הייתה צפויה במידה רבה. אף-על-פי-כן ברור שאין להמשיג את הפעולות הללו עצמן כפעולות מפלות. בדיוק להפך: היו אלה פעולות שמנעו הפליה, כלפי נשים וכלפי ערבים, בחלוקה של טוב מסוים. העובדה שהן היו הגורם הסיבתי לפעולות מפלות ולהתגברות סטריאוטיפים בקרב אחרים כלפי נשים או כלפי ערבים אין פירושה שהן עצמן היו פעולות מפלות. הבה נתמקד בנשים. הספרות הפמיניסטית מצביעה על פרקטיקות רבות שמחזקות או מנציחות דימויים בעייתיים של נשים, בעיקר דימויים המבוססים על הציפייה שהן ימצאו חן בעיני הגברים או ישרתו אותם. דוגמה אחת מני רבות היא הציפייה שנשים ינעלו נעלי-עקב, במיוחד באירועים מסוימים (חתונות) או בתפקידים מסוימים (דיילות).³⁴ קיימת הסכמה רחבה על

33 עניין מירב – אישור תובענה, לעיל ה"ש 8, פס' 32.

34 למאבק הדיילות באל על נגד הדרושה שהן ינעלו נעלי-עקב לטיסה ראו איתי בלומנטל "דיילות באל על זועמות: הוארכה החובה לנעול נעלי עקב – עד שהנוסעים יתיישובו" 13.6.2015 ynet

כך שנעליים כאלה, במיוחד כאשר העקב דק וגבוה, אינן נוחות ואינן בריאות.³⁵ לדעת חלק מהפמיניסטיות, העובדה שנשים רבות כלייך נועלות אותן בכל-זאת נובעת מלחץ חברתי שקשור לדימוי שנעליים אלה הן "נשיות", "ייצוגיות" ו"סקסיות", ומהרצון של הגברים לעצב את הנשים ואת גופן בצורה מסוימת. לצורך הדיון הבה נקבל טענה זו. מה שנובע ממנה הוא שמי שמייצר, מוכר או מפרסם נעלי-עקב תורם לחיזוק סטריאוטיפים שליליים כלפי נשים, להגבלת האוטונומיה שלהן, ובאופן כללי לחברה מכבדת פחות ושוויונית פחות. אבל נקל לראות שמכאן לא נובע שמי שמייצר, מוכר או מפרסם נעלי-עקב גם מפלה בכך את הנשים (את אלה שצורכות את הנעליים הללו או את אלה שנמנעות מכך).

הנה דוגמה נוספת: לעניות דעתי, אחד המוסדות החברתיים שתורמים במידה הרבה ביותר לשימור יחסי הכוח בין גברים לנשים הוא מוסד המזכירה. כידוע, כמעט 100% של המזכירות הן נשים, ואין למצוא מזכירים גברים אלא בהקשר של תפקידים בכירים, כגון "מזכיר הממשלה". בהתחשב בכך שהרוב המכריע של הממונים על מזכירות אלה (ה"בוסים") הם גברים, ובהתחשב בכך שהמזכירות אמורות לספק שירותים מגוונים ("סכמי לי את המסמך הזה", "הביאי לנו בבקשה קפה מלמטה", "מגיעים מחר אורחים חשובים, התלבשי בצורה ייצוגית" וכו'), התוצאה היא מוסד רווח ומקובל המנציח את המדרג בין המינים. אין פלא שהשירות שמעסיקים מסוימים מצפים לקבל ממזכירותיהם חורג לעיתים מהדוגמאות האמורות לעבר רמות שונות של אינטימיות או קשר מיני. לצורך הדיון הבה נניח שאני צורך בניתוח זה. מה שנובע ממנו הוא שמוסד המזכירה תורם לסטריאוטיפים פוגעניים כלפי נשים, לדימוי שנשים נועדו לשרת גברים, להגבלת יכולת הבחירה שלהן, לאווירה של ניצול והטרדה, וכיוצא באלה. אבל שוב, מכאן לא נובע שעצם המוסד הזה מפלה, או שכאשר אדם שוכר בתום-לב מזכירה למשרדו ורוכש למענה "כיסא מזכירה",³⁶ הוא מפעיל בזאת הפליה פסולה כלפיה.

העובדה שפעולה או פרקטיקה כלשהן גורמות תוצאות שליליות מבחינת היחס שהגברים בקבוצה מוחלשת מקבלים אינה אפוא תנאי מספיק לכך שהן מכוננות הפליה כלפיהם.³⁷ הפליה היא סוג מיוחד של פגיעה שמתבטאת בהרעה ממשית לחברים אלה, מקצתם או רובם, בכל הנוגע בחלוקה של טוב כלשהו (קבלה לבית-הספר לרפואה, רמת השכר וכו').

הן "ייצוגיות" (שם). www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4667968,00.html. תשובת אל על הייתה שנעליים כאלה

35 ראו Justin Xavier Moore et al., *Epidemiology of High-Heel Shoe Injuries in U.S. Women: 2002 to 2012*, 54 J. FOOT & ANKLE SURG. 615 (2015).

36 קצת קשה להאמין, אבל שיטוט קצר באתרים של חנויות לריהוט משרדי מלמד כי עד היום משווקים בישראל מוצר בשם "כיסא מזכירה" בצד מוצר בשם "כיסא מנהל".

37 אילו כך היה, היינו צריכים לומר שלפחות לפי גישה אחת, פסק-הדין המפורסם *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), שנחשב ציון-דרך מרכזי במאבק נגד הפליה בארצות-הברית, היה בעצמו בגדר פסיקה מפלה – נגד השחורים – "בשל המסר המשפיל שניתן למצוא בה, לפיו השחורים אינם יכולים לדאוג לקידום בכוחות עצמם במסגרות חינוכיות ואחרות ייחודיות לשחורים, וכן, בדיעבד, בשל כשלון החינוך המעורב-להלכה". ראו איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 773 (1998), וההפניות שהוא מביא שם בה"ש 18.

בגלל המסר המשודר בהרעה כזאת, הפליה גם גורמת בדרך-כלל תוצאות שליליות רחבות כלפי הקבוצה, ובכלל זה מעשי הפליה אחרים, אבל תוצאות אלה אינן הכרחיות כדי להגדיר פעולות מסוימות כמפלות. חֶשְבוּ על מקרה הפוך מאלה שתוארו למעלה: מעסיק יהודי נוקט הפליה ברורה וגלויה נגד מועמדים ערבים, ומעדיף עליהם באופן עקבי מועמדים יהודים. הדבר מעורר זעם ציבורי, וכתוצאה מכך נרשמת הקטנה משמעותית של ההפליה כלפי ערבים בחברה. מובן שתוצאה חיובית זו אינה מספקת טעם לסגת מהטענה שפעולתו של המעסיק האמור הייתה מקרה של הפליה פסולה.

אָמְרוּ אפוא: מעשה שמקפיד לא להפלות (כמו בדוגמאות של קבלה ליחידת הצוללות או לוועדה העוסקת בקרקעות) אינו הפליה גם אם תוצאתו היא התחזקות ההפליה והדעות הקדומות כלפי הקבוצה הרלוונטית, ומעשה שמהווה הפליה (בתעסוקה, בקבלה לאוניברסיטה, במכירת דירות וכיוצא בהן) אינו נגאל מאופי זה גם אם הוא מוביל בפועל להקטנת מעשי ההפליה בחברה. הוא אינו נגאל מאופי זה גם אם המפלה פעל מתוך כוונה מפורשת להביא בסופו של דבר לידי צמצום ההפליה בחברה – למשל, בדוגמה שלעיל, כדי להעיר את הציבור (היהודי) מאדישותו כלפי חוסר השוויון בין יהודים לערבים בישראל. נניח בצד את השאלה אם השגת תכלית זו מצדיקה את ההפליה האמורה; מה שחשוב לענייננו הוא שגם אם הפעולה מוצדקת מבחינה מוסרית בהתחשב בכל, היא עדיין בגדר הפליה אסורה כלפי הערבים שהופלו.

סיכומו של דבר, מה שקובע אם לפנינו הפליה או לא הוא אם "בטווח הקצר" (במינוחו של השופט גרוסקופף) מצבו של פלוני מורע במונחי טוב כלשהו בהשוואה לאחרים, ואם הרעה זו נובעת מהשתייכותו הקבוצתית של פלוני. כאשר אין הרעה כזאת, קל וחומר כאשר מצבו של פלוני מוטב באמצעות הפעולה או המדיניות הנדונות, אין לדבר על הפליה כלפיו, גם אם לפעולה או למדיניות היו תוצאות גרועות בטווח הארוך במונחים של חיזוק סטריאוטיפים שליליים וקידום אי-שוויון. מכאן נובע שמועמדים שחורים שנהנים מהעדפה מתקנת ומתקבלים לעבודה או ללימודים, אשר בלעדי ההעדפה הם לא היו מתקבלים אליהם, אינם יכולים להתלונן על הפליה כלפיהם על בסיס הטענה שהמדיניות האמורה מבטאת ומחזקת סטריאוטיפים שליליים לגבי שחורים (למשל, שהם מוכשרים פחות מלבנים).³⁸ הוא הדין לגבי אוכלוסיות אחרות שנהנות מהפליה מתקנת.

הביטוי "טווח קצר" עלול קצת להטעות, שהרי הפליה עלולה להימשך גם בטווח ארוך.³⁹ הנקודה העיקרית היא שכאשר קבוצה מסוימת סובלת הפליה, ההפליה היא בהשוואה לקבוצה

38 עמדתו בעניין זה שונה כנראה מזו של שלומי סגל. לדעתו, העדפה מתקנת היא לכאורה (pro tanto) מפלה, כי היא נוטה לגרום לסטיגמטיזציה של אלה הנהנים ממנה, אבל מכיוון שהיא עשויה לשפר את האינטגרציה בעתיד, היא אינה כזאת. ראו Shlomi Segall, *What's So Bad About Discrimination?*, 24 UTILITAS 82, 92 (2012). לעומת זאת, לפי הצעתי שלי, (א) סטיגמטיזציה אינה תנאי מספיק להפליה; (ב) אילו היא הייתה כזו, האופי המפלה לא היה משתנה רק בזכות העובדה שהפעולה המפלה צפויה להניב תוצאות טובות בעתיד.

39 היא עשויה גם להימשך זמן קצר בלא לגרום להרעה. אריאל מירב הציע לי את הדוגמה הבאה: ללבנים בקהל חולק משקה, ולשחורים לא, על בסיס גישה עוינת כלפי שחורים, אבל למשקאות אלה שורבב בטעות רעל. דומה שנצטרך לומר כי השחורים הופלו לרעה, אף שמצבם לא הורע בטווח הקצר (בהשוואה ללבנים), אלא דווקא הוטב.

אחרת וכיחס לטוב מסוים, והשוואה זו די בה לקבוע כי לפנינו הפליה, בלא להתייחס להשפעת הפעולה המפלה על היחס העתידי כלפי הקבוצה המופלית. ניתוח זה מחדד את מה שנוכל לכנות "האופי הדאונטולוגי" של מושג ההפליה. בתפיסה דאונטולוגית, כדי לקבוע שמעשים מסוימים – כגון בגידה, אונס או רצח – הם אסורים מבחינה מוסרית, אין צורך לבחון את תוצאותיהם; הריגה מכוונת של אדם חף מפשע אסורה מבחינה מוסרית בלא תלות בשאלה אם היא תגדיל או תקטין את מאזן האושר בעולם. לפי גישה רווחת, פסולתם של מעשים כאלה נעוצה במצב התודעתי המשוקע בהם – למשל, בכוונה המוסרית הרעה, בתפיסת מושא הפעולה כאמצעי בלבד ולא כתכלית, וכדומה. כך גם לגבי הפליה. כפי שנחדר בהמשך, הפליה מבטאת כישלון בהבעת כבוד למופלים, ולכן היא פסולה בלא תלות בשאלה מהן תוצאותיה (לטווח הקצר או לטווח הארוך).⁴⁰

במבט ראשון מסקנתנו תואמת את גישתו של השופט דנציגר בפרשת פרוז'אנסקי בנוגע לשאלה אם מדיניות שקובעת הבדל בין גברים לנשים לעניין גיל הכניסה למועדון (לרעת הגברים) מפלה לפי חוק איסור הפליה.⁴¹ דנציגר השיב על כך בחיוב, וטען כי ההפליה היא נגד הגברים (כגיל הרלוונטי). אף שמהצעת חוק איסור הפליה עולה כי המחוקק התכוון להגן בעיקר על קבוצות שסבלו הפליה היסטורית, החוק חל לדעת דנציגר, בצורה "ברורה וחד-משמעית", על כל מי שסובל הפליה, והוא מפנה לפסקי-דין שונים, בארץ ובעולם, שהניחו כי גם גברים עשויים להיות מושא להפליה.⁴²

40 ביקורת ידועה על התועלתנות (במיוחד על תועלתנות-פעולה) אומרת שאילו שיפוטים מוסריים חייבו בחינה של התוצאות לטווח הארוך של האפשרויות המונחות לפנינו, הם היו בלתי-אפשריים, כי היכולת שלנו לחזות תוצאות אלה מוגבלת מאוד. ראו, James Lenman, *Consequentialism and Cluelessness*, 29 PHIL. & PUB. AFF. 342 (2000).

41 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: עניין פרוז'אנסקי).

42 אם מקבלים שחוק איסור הפליה מגן על גברים כשם שהוא מגן על נשים, מגן על יהודים כמו על ערבים וכך הלאה, אזי צריך להסביר כיצד העדפה מתקנת, למשל בקבלה ללימודים באוניברסיטה, יכולה להיות חוקית במשפט הישראלי, ולמה יהודים לא יוכלו לתבוע פיצויים אם האוניברסיטה קיבלה ערבים "במקומם". בית-המשפט העליון הניח שמדיניות כזאת היא לגיטימית, באשר היא נובעת מעקרון השוויון. כפי שניסח זאת השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי (שם, פס' 28 לפסק-דינו), "העדפה מתקנת נועדה להגשמת השוויון במוכנו המהותי, מתוך הכרה כי בין קבוצות מסוימות מתקיימים פערים תחיליים שניתנים לגישור אך באמצעות מתן העדפה, בין בהקצאת משאבים ובין בדרך אחרת, לאותה קבוצה הסובלת מפער שנוצר מהפליה מתמשכת". ראו גם את דבריו של השופט מצא בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, פס' 16, 25 לפסק-דינו (1994). אבל לעניות דעתי, הסתמכות כללית זו על עקרון השוויון אינה מספיקה להצדקת מדיניות של "הפליה הפוכה" (reverse discrimination) – למשל, כלפי יהודים (בהשוואה לערבים) או כלפי לא-אתיופים (בהשוואה לאתיופים). הוראת חוק ספציפית גוברת על הוראה כללית, ולכן משעה שגילה המחוקק את דעתו בחוק איסור הפליה אילו סוגי הפליה (= אי-שוויון) הם אסורים, ובהנחה שהוא כלל ביניהם גם הפליה נגד יהודים בהשוואה לערבים, למשל, אי-אפשר להשתמש בעיקרון הכללי של שוויון כדי לגבור על הוראה זו. כך במיוחד בהינתן שמוכנו של עיקרון זה רחוק מלהיות ברור, עד כדי כך שלרעת הוגים מסוימים הוא בגדר עיקרון ריק. ראו, למשל, Peter Westen,

עם זאת, בדברי הסיכום שלו מבהיר השופט דנציגר כי מדובר כאן גם בהפליה כלפי נשים, "כי ההפליה כנגד גברים מקפלת בחובה פעמים רבות גישה מפלה וסטריאוטיפית דווקא כלפי נשים"⁴³. הוא מוסיף כי הוא לא הסתמך על הפליה זו (נגד נשים), אלא טרח להוכיח כי מדובר בהפליה נגד גברים, מן הטעם הבא:

"לא ניתן להתעלם במקרה דנן מן העובדה הפשוטה שהמבקש בענייננו הינו גבר ולא אישה ואינו יכול לדרוש סעד בגין הפליה שאין הוא הנפגע ממנה. כל קביעה אחרת תפתח את הפתח לתביעות אשר יוגשו על ידי מי שאינם נפגעים ישירים מההפליה וזו אינה מתיישבת עם מושכלות יסוד בדבר הדרישה מתובע להראות עילת תביעה אישית."⁴⁴

מדברים אלה עולה כי לפי דנציגר, בניגוד לעמדה שאני מציג כאן, אילו הוגשה התביעה דנן על-ידי אישה – אישה שזכתה להיכנס למועדון בשעה שגברים בגילה סורבו או אולי אישה שנמנעה מלבקש להיכנס למועדון בגלל מדיניותו – היה נכון שבית-המשפט יפתח לה פתח לתביעה על בסיס חוק איסור הפליה. השופט דנציגר מסתמך, בין היתר, על דברים שכתבה קתרין מקינון לגבי פסק-הדין האמריקני בעניין *Craig v. Boren*, שעסק בשאלה

The Empty Idea of Equality, 95 HARV. L. REV. 537 (1982). אכן, במקרים של העדפה מתקנת

קל לראות שיש בהם בעיה של חוסר שוויון דווקא כלפי המועמד היהודי, אשר מקבל יחס נחות רק בשל היותו יהודי. לכן במצב עניינים שבו קיים חוק ספציפי נגד הפליה, ובהינתן שעקרון השוויון אינו מוביל למסקנה חד-משמעית לגבי הלגיטימיות של העדפה מתקנת, קשה לראות איך הסתמכות עליו עשויה להתיר את מה שחוק איסור הפליה אוסר.

זאת ועוד, המחוקק התיר במפורש העדפה מתקנת רק לגבי נשים (ס' 1ב(2) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951) ולגבי אנשים עם מוגבלות (ס' 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות), ובאופן מרומו הוא התיר אותה בקבלה לשירות המדינה, כאשר הורה לתת ביטוי הולם בשירות המדינה "לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, של בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, של מי שהוא או שאחד מהוריו נולדו באתיופיה, של בני האוכלוסייה החרדית ושל עולים חדשים" (ס' 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959) (ראו גם ס' 18א18א2 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975). הוא גם קבע בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, בס' 21(ד)(3), שכאשר מעסיקים נוהגים בהתאם לתוכנית הכוללת הוראות בדבר העדפה מתקנת, הם אינם מפירים את החוק נגד הפליה בעבודה. מכאן נובע, לכאורה, שבמקרים שלגביהם שתק המחוקק, למשל בכל הנוגע בהעדפה מתקנת כלפי ערבים בקבלה לאוניברסיטה, העדפה כזאת אסורה. השתיקה רועמת במיוחד בחוק איסור הפליה, שבו היה אפשר לצפות לדברים ברורים בעניין זה. אבל אף שבחוקים אחרים המחוקק משתמש במפורש בביטוי "העדפה מתקנת" כאשר הוא מבקש להחריגה, בחוק איסור הפליה הביטוי אינו מופיע. במקום זאת, החוק מתיר הפליה "כאשר הדבר נעשה על ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון" (ס' 3(ד)(2) לחוק). לולא דמסתפינא הייתי מסיק מכל האמור כי במקרים שלגביהם לא התיר המחוקק במפורש העדפה מתקנת, העדפה כזאת אינה מותרת. אך הדברים צריכים עדיין עיון.

43 עניין פרוו'אנסקי, לעיל ה"ש 41, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

אם חוק שמתיר לנשים לרכוש משקה אלכוהולי מסוים מגיל שמונה-עשרה אך מתיר זאת לגברים רק מגיל עשרים ואחת מהווה הפליה נגד גברים.⁴⁵ מקינן מתייחסת לטיעוניה של הפרקליטה (לימים השופטת) רות גינזבורג, שטענה באותו מקרה בשם האגודה האמריקנית לזכויות האזרח (ACLU), ואומרת כי גינזבורג אומנם מראה שההפליה נגד גברים היא אכן ממשית, אך מסתירה הפליה עמוקה יותר נגד נשים.⁴⁶

אלא שלעניות דעתי, כאשר בתי-המשפט דנים בתביעות פיצויים על הפליה, הם צריכים לעסוק רק בהפליה ה"ממשית" שניצבת מול עיניהם – זו המרעה את מצבו של תובע ספציפי בהשוואה לאחרים הדומים לו מבחינה רלוונטית, ולא ב"הפליה העמוקה יותר" המצויה בחברה נגד נשים או קבוצות אחרות. הדברים עולים מהנימוק שדנציגר עצמו העלה נגד השופט ג'ובראן: "כל קביעה אחרת תפתח את הפתח לתביעות אשר יוגשו על ידי מי שאינם נפגעים ישירים מההפליה וזו אינה מתיישבת עם מושכלות יסוד בדבר הדרישה מתובע להראות עילת תביעה אישית."⁴⁷ גם אם תימצא דרך לבסס קשר סיבתי בין ההפליה לטובה של נשים בתחום כלשהו, נניח בכניסה למועדון או בתנאי הביטוח, לבין התחזקותם של סטריאוטיפים פוגעניים בחברה נגדן, ואולי גם בין התחזקות זו לבין נזק ממשי (למשל, פחות הזדמנויות תעסוקה), יהיה זה בלתי-סביר לאפשר לנשים שסבלו נזק כזה לתבוע פיצויים מהגוף המפלה – המועדון או חברת הביטוח. חוסר הסבירות קשור לאותן מושכלות-יסוד שדנציגר רומז להם, דהיינו, להכרח להגביל את היקף הניזוקים שיש להם אפשרות לתבוע פיצויים.⁴⁸ כפי שצוין למעלה, פעמים רבות נזק שפלוגי גורם לאלמוני מזיק באופן עקיף גם לרבים אחרים, בטווח הקצר ובטווח הארוך, ואם נפתח את השער לכל אלה ונאפשר להם לתבוע פיצויים, לא יהיה לדבר סוף. הבעיה אינה רק מעשית, אלא גם מוסרית: הציפייה שאדם יישא בכל הנזקים העקיפים שמעשהו גרם אינה סבירה.

הביקורת שלעיל חלה במשנה תוקף על פסק-דינו של השופט ג'ובראן, שטען כי "מדיניות ההפליה על פיה פועלת המשיבה [החברה המפעילה את המועדון] לא יכולה להתקיים, וזאת, לא בשל הפגיעה הנגרמת לגברים, אלא בשל הפגיעה החמורה המגולמת במדיניות המשיבה, היא הפגיעה בנשים".⁴⁹ ג'ובראן מוטרד מהמבנה החברתי שבו אנו חיים, "המעביר פעם אחר פעם לנשים את המסר כי כוחן המרכזי והבסיס להגדרתן הוא המראה החיצוני. השיח שלנו עודו רווי בדימויים המגדירים את ערכה של אישה על בסיס גילה".⁵⁰ מסר זה גורם נזקים שונים, כולל "הגזק הבריאותי, הנפשי והכספי שנשים גורמות לעצמן דרך ניתוחים ודיאטות", כדברי יופי תירוש וזהר כוכבי שג'ובראן מצטט בהסכמה.⁵¹ אבל שוב, לא יעלה

45 ראו *Craig v. Boren, Governor of Oklahoma*, 429 U.S. 190 (1976).

46 ראו CATHARINE A. MacKINNON, *SEX EQUALITY* 228–29 (2nd ed., 2007) (מצוטט בעניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 41, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דנציגר).

47 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 41, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

48 ראו, למשל, ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פס' 60 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011): "יש לכלול בקבוצת הניזוקים רק את אלה אשר בעקבות אותה פגיעה נגרם להם נזק תוצאתי..."

49 ראו עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 43.

50 שם.

51 שם, בעמ' 42.

על הדעת לאפשר תביעות פיצויים על בסיס הפליה נגד בתי־חולים שמבצעים ניתוחים לנשים לשיפור המראה, על־סמך הטענה שניתוחים כאלה משקפים ומחזקים את המסר האמור, או נגד תוכניות המעוררות נשים לעשות דיאטה. אכן, יהיה מוזר אם אישה שעברה בהסכמתה ניתוח לשיפור המראה (והניתוח הצליח) תתבע פיצויים מבית־החולים על הפליה נגדה, על בסיס הטענה שהניתוח חיזק דעות קדומות נגדה ונגד הנשים בכלל, ויהיה מוזר לא פחות אם נשים אחרות יגישו תביעה כזאת על הנזק שכביכול נגרם להן מהחיזוק הנטען של סטריאוטיפים שליליים נגד נשים בכלל.

אינדיקציה חזקה לכך שפעולה או מדיניות מסוימות מרעות לנשים (בהשוואה לגברים), ולכן מאפשרות העלאת טענה כי מדובר בהפליה, היא שהן מתנגדות לפעולה או למדיניות – למשל, לכך שמונעים מהן השתתפות בבחירות, לכך שהן מקבלות תנאי שכר טובים פחות, לכך שאין מאפשרים להן להגיש מועמדות לקורס טיס וכיוצא באלה. לעומת זאת, אם נשים מרוצות מפעולה או ממדיניות שמכוונת כלפיהם – למשל, מכך שהן מקבלות שבוע חינוך במכון כושר לכבוד "יום האישה"⁵² – והן צורכות הטבה זו באופן וולונטרי, כפי שהודגש לעיל, אזי יש טעם טוב לחשוב שמדובר בהטבה, ולא בהרעה.

אם הנקודה אינה ברורה עדיין מספיק, יועיל אולי לחשוב על סטריאוטיפים לגבי גברים. מרוב העיסוק (המוצדק!) בסטריאוטיפים בעייתיים לגבי נשים, שמגבילים את האוטונומיה שלהן וגורמים להן נזקים שונים, שוכחים שיש בעיה דומה גם לגבי גברים, רוצה לומר, סטריאוטיפים שפוגעים באוטונומיה שלהם, שמסלילים אותם למקצועות "גבריים" ולהתנהגות "גברית", וכך הלאה. אף־על־פי־כן איש אינו מעלה על דעתו לומר שעצם העובדה שמוסד כלשהו מבטא סטריאוטיפים אלה מהווה הפליה נגד גברים. גברים זכאים לפיצוי על הפליה רק אם הם עצמם הופלו (בלא הצדקה), במונחי טוב כלשהו, בהשוואה לנשים.

בהינתן שהטלת פיצויי נזיקין במסגרת חוק איסור הפליה אינה הדרך המשפטית הנכונה להילחם נגד הפליה לטובה שמחזקת לטווח ארוך סטריאוטיפים בעייתיים, היש למשפט אמצעים אחרים לעשות זאת? התשובה היא כמובן שיש לו: הוא יכול להסתמך על המשפט המנהלי ולסרב לתת רישיון ליבואן של נעלי־עקב מסוגים מסוימים או לסגור באופן זמני מועדון שנותן הנחה לנשים, והוא יכול להסתמך על המשפט האזרחי ולטעון כי פוליסת ביטוח שמחזקת סטריאוטיפים שליליים נוגדת את תקנת הציבור ולכן דינה (או דין הסעיף הרלוונטי) להיפסל.⁵³ אבל באמצעים משפטיים אלה צריך להשתמש בזהירות, כפי שאטען להלן בסעיף ד.

התשובה לשאלה שהעלינו בראש סעיף זה היא אפוא שאין לומר כי כלל הנהגות שהיו מבוססות בחברת איי.די.איי. בשעה שהפוליסה הנוכרת לעיל הייתה בתוקף, קל וחומר

52 ראו מודעה באתר BE106 רחובות <http://bit.ly/2ypruHx>.

53 לדיון בהחלט נורמות מהמשפט הציבורי על יחסים במשפט הפרטי ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11 (1994). לדיון בחובות החלים על גופים דומהותיים ראו בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987).

הנהגות שהשתמשו בשירות של החלפת גלגל חנינם, היו קורבן להפליה. הואיל והפוליסה היטיבה עימן, אין להן בסיס לטעון שהיא הפלתה אותן לרעה.

הדיון שערכנו כאן לגבי הסדר ביטוחי שמציע הטבה לנשים משיקולים כלכליים ("גימיק שיווקי")⁵⁴ מזכיר את הפולמוס המשפטי שהתקיים בארצות-הברית על "ערבי נשים" (*Ladies' Nights*), שבהם מציעים לנשים כניסה לברים והנחה בכירה. כפי שהראתה רנק,⁵⁵ בחלק מהמדינות בארצות-הברית ערבים כאלה הם לגיטימיים, ובחלק אחר לא. אבל, ככל שעלה בידי לבדוק, הדיון כולו – המשפטי, האקדמי והציבורי – נסב סביב השאלה אם ערבים כאלה מהווים הפליה אסורה נגד גברים (שנדרשים לשלם יותר על הכניסה לבר או על השתייה). איש בדיון זה אינו מעלה על דעתו שמדובר (גם) בהפליה נגד נשים.⁵⁶

בשולי הדברים אוסיף כי את ההנחה שלפוליסה הנדונה הייתה השפעה שלילית של ממש על מעמד הנשים בחברה קיבלתי רק לצורך הדיון. טענתי המרכזית הייתה שאפילו אם מקבלים אותה, לא נובע מכך שהנשים הופלו על-ידי הפוליסה. אבל להערכת שלי, להנחה האמורה אין רגליים. מה שמחזק את הדימויים הנדונים לגבי התפקידים החברתיים של גברים ונשים ולגבי היכולות הפיזיות שלהם הוא העובדה שכמעט כל מכונאי הרכב הם גברים, שכמעט בכל הבתים הגבר הוא האחראי לתחזוקת הרכב (ובדרך-כלל גם לנהיגה), ושנשים מעטות מאוד מסוגלות לטפל בתקלות ברכב או להחליף גלגל. מציאות זו היא שמרגילה אותנו לחשוב שחלוקת התפקידים האמורה טבעית והכרחית. לעומת זאת, לעובדה שהפוליסה של חברת ביטוח מסוימת כוללת סעיף המעניק שירותי החלפת גלגל חנינם לנשים יש לכל-היותר השפעה סיבתית שולית על חינוך הדימויים האמורים. האפשרות שסעיף זה יגרום באופן סיבתי לכך "שנשים אף לא ינסו להחליף גלגל וסופה בהרחקתן של נשים מפעילות שכרוכה במאמץ פיזי"⁵⁷ נראית לי רחוקה עוד יותר.

ג. נזק נפשי, השפלה והפליה

בתגובה על הטעון שפוחת בסעיף הקודם ניתן לומר כי הוא מניח הבנה צרה מדי של המושג הרעה. הוא מניח שהרעה היא פגיעה ברווחה, והוא מבין רווחה כמתייחסת להיבטים חומריים בלבד, כגון כסף, תעסוקה, לימודים וכיוצא בהם. אבל רווחתם של בני-אדם כוללת גם את מצבם הנפשי, ובו ניתן לפגוע גם בלא הרעה חומרית – באמצעות מעשים משפילים. כך בדיוק קרה לנהגות שהיו מבוטחות בחברת איי.די.אי., אליבא דשופט גרוסקופף. לפי

54 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 9.

55 ראו Jessica E. Rank, *Is Ladies' Night Really Sex Discrimination?: Public Accommodation Laws, De Minimis Exceptions, and Stigmatic Injury*, 36 SETON HALL L. REV. 223 (2005).

56 ראו גם ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 3043/09 גבעון נ' תימור (פורסם בנוב, 5.5.2010) (להלן: עניין גבעון). בפסק-דין זה קבע השופט טננבוים כי הנחה לנשים בכניסה למועדונים מהווה הפליה אסורה כלפי גברים (לא כלפי נשים).

57 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 61(א).

פסק-הדין, הן סבלו "נזק נפשי סובייקטיבי של השפלה ופגיעה בכבוד בגין ההפליה"⁵⁸ או "פגיעה ברגשות"⁵⁹, ולכן הן זכאיות לפיצוי.

אפשרות אחת להבין הצעה זו היא כטוענת שמטבע ההפליה – כפי שנוכל לכנות זאת⁶⁰ – אינו חייב להיות טובין כגון כסף או תעסוקה, אלא יכול להיות גם תחושת השפלה. רוצה לומר, במקרים מסוימים של הפליה חברים בקבוצה אחת מקבלים מנה קטנה יותר של טוב מסוים (רווחה נפשית או אולי תחושה סובייקטיבית של כבוד) מאשר חברים בקבוצה אחרת הדומים להם מבחינה רלוונטית, או בניסוח שלילי זהה בתוכנו – חברים בקבוצה אחת מקבלים מנה גדולה יותר של רע מסוים (תחושת השפלה או מה שפסק-הדין מכנה "נזק נפשי") מאשר החברים בקבוצה אחרת.

הבעיה העיקרית בהצעה זו היא שהכאב הרגשי של השפלה הוא תוצאה של ההפליה (או מה שנתפס כהפליה) באופן החלוקה של טוב מסוים, ואינו בעצמו מטבע ההפליה. כך עולה גם מהציטוט למעלה, שמדבר על נזק נפשי סובייקטיבי שנגרם "בגין ההפליה". אלא שאם הנזק הוא תוצאה של ההפליה, חייבים להצביע על מטבע אחר שביחס אליו הופלו חברים בקבוצה אחת, בדרך-כלל המוחלשת, בהשוואה לקבוצה אחרת. בהעדר מטבע כזה, ובהתחשב בכך שמבחינה חומרית מצבם דווקא הוטב, אין בסיס לטענת הפליה.

ביקורת זו קרובה לזו שפיתחתי בעבר נגד טיעונים על פגיעה ברגשות.⁶¹ טענתי כי עצם העובדה שאדם חש כאב רגשי של פגיעה בכבוד אינה מקימה לו טענה נגד מי שנתפס כגורם את הפגיעה הזו, אלא אם כן יוכח כי ציפיתו שהפוגע יימנע מההתנהגות הפוגענית היא מוצדקת, ואם היא מוצדקת, אזי הכאב הרגשי אינו עושה עבודה של ממש בביסוס הדרישה מהפוגע. למשל, העובדה שמצדד הגאווה מסב פגיעה רגשית לבני-אדם מסוימים – כאלה שיש להם התנגדות עזה למסר של מצעד זה – אינה מספיקה לביסוס תביעה למנוע את המצעד (באופן כללי או באזור מסוים), אלא אם כן יראו המתנגדים כי המצעד פסול מטעמים אחרים, כגון שהוא פוגע בזכותם לעצב כרצונם את רשות הרכים של קהילתם.⁶² אם המתנגדים אינם יכולים להצביע על טעמים כאלה, הכאב הרגשי אינו יכול לברו לעשות את העבודה הנורמטיבית. באופן דומה גם בענייננו: כדי שהכאב הרגשי יישא משקל נורמטיבי במקרים של הפליה, יש להוכיח שהוא נובע מהפליה פסולה שקודמת לכאב, ואשר יש לה מטבע הפליה אחר. הואיל ובמקרה של הנהגות אין מטבע כזה, הן אינן יכולות לטעון להפליה.⁶³

58 עניין מירב – אישור תובענה, לעיל ה"ש 8, פס' 44.

59 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 54.

60 בעקבות הביטוי "מטבע הצדק" שהכניס הפילוסוף ג'רי כהן לדיונים על צדק ושוויון. ראו G. Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice*, 99 ETHICS 906 (1989).

61 דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998). ראו גם דני סטטמן וגרעון ספיר דת ומדינה בישראל: עיון פילוסופי-משפטי פרק 7 (2017).

62 ראו, למשל, בג"ץ 166/71 הלון נ' ראש המועצה המקומית עוספיה, פ"ד כה (2) 591 (1971).

63 בשל עמדתי הביקורתית הכללית כלפי המושג פגיעה ברגשות, אני ספקן לא רק לגבי ההצעה להבין באמצעותו את הנזק שהפליה גורמת, אלא לגבי ההצעה הרחבה יותר (ראו ביטון, לעיל ה"ש 24) להגדירו כראש-נזק חדש בדיני הנזיקין.

אפשרות אחרת היא שמטבע ההפליה אינו התחושה הסובייקטיבית של השפלה, אלא השפלה במובן האובייקטיבי. כפי שהסברתי במקום אחר,⁶⁴ ניתן לדבר על התנהגות משפילה גם כאשר מושא ההשפלה אינו מודע לכך. אולי זו אפוא ההרעה שביסוד הטענה כי הנהגות הופלו לרעה; בהשוואה לנהגים, שקיבלו יחס מכבד, הנהגות היו מושא ליחס מזלזל ופטרונני. לצורך הדיון אניח שהסעיף בפוליסה המעניק לנשים פטור מתשלום על החלפת גלגל הוא אכן פטרונני ומשפיל (במובן האובייקטיבי של המושג). אבל לרעתי, ובהמשך למה שטענתי לעיל, תהא זו טעות לראות זאת גם כהפליה. השפלת בני-אדם, בין בגלל תכונות אישיות ובין בגלל השתייכות לקבוצה (שבה אנו עוסקים כאן), היא דבר פסול ומכוער מבחינה מוסרית, אבל לא כל הלכנת-פנים היא גם הפליה. המושג הפליה מיועד ללכוד קטגוריה ספציפית ומטרידה במיוחד של מעשים שנובעים מחוסר כבוד לאדם, דהיינו, מקרים שבהם חוסר הכבוד שפלונני רוחש כלפי אלמוני מניע אותו להרע את מצבו של האחרון בהשוואה לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית) או למנוע ממנו הטבות הניתנות לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית). גישה שלילית כלפי בני-אדם מקבוצה מסוימת עשויה לבוא לידי ביטוי באופנים שונים ומשונים: רובם משפילים ומזיקים, כגון עלבון מפורש ופומבי, הימנעות בולטת מחברתם, העדפת מועמדים אחרים לעבודה עליהם ועוד; אך חלקם דווקא מיטיבים – למשל, כאשר מעסיק לבן יוצא מגדרו כדי להעסיק שחורים ולהיטיב את תנאיהם במטרה להסתיר (מאחרים וגם מעצמו) את גישתו השלילית לשחורים. מתוך כל אופני הביטוי הללו של הגישה השלילית כלפי קבוצה מוחלשת, רק סוג אחד מכונן הפליה: כאשר הגישה השלילית מובילה להרעת מצבם של חברי הקבוצה בהשוואה לחברי קבוצת הרוב. דהיינו, בעוד כל פעולה מפלה היא גם משפילה, כי היא משרדת לחברי קבוצות מוחלשות שהם שווים פחות מאחרים במובן מסוים,⁶⁵ לא כל פעולה משפילה (בטווח הקצר או בטווח הארוך) היא הפליה. נראה לי שהבנה מצמצמת זו של המושג הפליה עדיפה. אפשר שתהיה לפלונני עמדה שלילית (מכלילה, מבוססת על דעות קדומות או גזענית ממש) נגד בני-אדם מסוימים כחברים בקבוצה שהוא תופס כנחותה או כבעייתית. עצם קיומה של עמדה זו הוא פגם מוסרי, אשר ככל הנראה רק מעטים חסינים מפניו.⁶⁶ אפשר שפלונני ישרד את העמדה הזאת כלפיהם באמצעות מילים פוגעניות, תנועות ידיים מעליבות וכדומה, וזהו כישלון מוסרי נוסף, חמור יותר; אפשר שהוא יבטא את העמדה הזאת במעשים חמורים עוד יותר, כגון הכאה או רצח; ואפשר שהוא יבטא אותה בפעולות המרעות את מצבם בהשוואה לאחרים –

64 על ההבחנה בין השפלה אובייקטיבית להשפלה סובייקטיבית ראו סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 17, בעמ' 557-562.

65 לדעה שלפיה היחס הלא-מכבד הוא המסביר את הפסול המוסרי בהפליה ראו DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? (reprint ed., 2011).

66 כלי רב עוצמה לבחינת דעות קדומות הראה שכמעט לכל בני-האדם יש עמדה שלילית מוקדמת כלפי חברים בקבוצות מסוימות. ראו MAHZARIN R. BANAJ & ANTHONY G. GREENWALD, BLINDSPOT: HIDDEN BIASES OF GOOD PEOPLE (2013). קוראים שרוצים לברוק את ההטיות הלא-מודעות שלהם כלפי חברים בקבוצות מסוימות באמצעות כלי זה מוזמנים למלא בעצמם את השאלון באתר <http://bit.ly/2PIXWLD> (אזהרה: התוצאות עלולות להיות מטרידות). לגרסה עברית, שיש בה תוספת למציאות הישראלית (בחנינה של דעות קדומות בהקשר של אשכנזים/מזרחים), ראו בקישור <https://implicit.harvard.edu/implicit/israel/>.

למשל, ישלם להם שכר נמוך יותר, לא יקבל אותם ללימודים, ימנע מהם את האפשרות לגור באזורים מסוימים וכולי. לפי ההצעה שאני מגן עליה כאן, הפליה מציינת את הסוג השלישי של כישלון מוסרי. היא מתרחשת כאשר הגישה הלא-מכבדת מובילה למעשים שמכוונים להרע למושאייהם.

לפי הצעה זו, המסר הלא-מכבד במקרים של הפליה אינו מפורש או ישיר, אלא מתווכ. הלכן אינו אומר בהכרח לשחור שהוא נחות, מקלל אותו או כיוצא בזה; אדרבה, מבחינת המחוות החברתיות המקובלות הוא עשוי להתייחס אליו בצורה מכבדת ומנומסת. היחס הלא-מכבד בא לידי ביטוי בשלילת הטבות שניתנות לאחרים או בצעדים מרעים אחרים.⁶⁷ כדי לראות מדוע ביטויים ישירים של חוסר כבוד, כגון גידופים, אינם מכוננים הפליה, חשבו על המקרה הבא: מעסיק גונב מאחת העובדות שלו, והסיבה שהוא גונב דווקא ממנה ולא מאחרים קשורה להשתייכותה לקבוצה אתנית שיש לו עמדה שלילית כלפיה. זו כמובן עברה פלילית, ובהתחשב בכך שמדובר בפשע שנאה, מגיע לו עונש חמור במיוחד, לטעמי.⁶⁸ אבל יהיה זה מוזר אם נמשיג את מעשהו כהפליה נגד העובדת (ויהא זה בלתי-סביר לגמרי שנטיל עליו תשלומי פיצויים בגין הפליה). השפלה "ישירה" באמצעות כינויי-גנאי היא מבחינה זו כמו גנבה.

הרעיון שהפליה אינה מתרחשת כל אימת שמצבו של פלוני מורע בהשוואה לאחרים (למשל, אם מכים רק אותו, ולא אחרים, או גונבים רק ממנו, ולא מאחרים), אלא רק בסוגים מסוימים של הרעה (למשל, אם משלמים לו שכר נמוך יותר מאשר לאחרים משום שהוא חבר בקבוצה מוחלשת), קשור לעובדה שלסוגי הרעה אלה יש זיקה הדוקה לתפקיד החברתי שהמפלה ממלא. סעיף 3 לחוק איסור הפליה מבהיר זאת היטב: מפלה פוטנציאלית היא "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי", ובהתאם לכך ההפליה שהחוק מבקש למנוע היא הפליה "בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי". אמרו אפוא: הפליה מתרחשת כאשר בהספקת מוצר או שירות, או במתן רשות כניסה (בעיקר למועדון), מצבו של פלוני מורע בהשוואה לאחרים מחמת ההשתייכות הקבוצתית ה"בעייתית" שלו. היא אינה מתרחשת כאשר מספק השירות חוטא באופנים אחרים כלפי אלה המבקשים לצרוך את השירות או המוצר – למשל, אם הוא גונב מהם, מטריד אותם מינית או משפיל אותם באמצעות כינויי-גנאי. באופן דומה, שופטת יכולה להפלות בעונש שהיא גוזרת, באפשרות שהיא נותנת לבעלי-הדין לטעון

67 הניתוח שלי גורר את התוצאה שלפיה מדיניות של "נפרדים אבל שווים", ובוודאי מדיניות של "נפרדים אבל שווים יותר", אינה בגדר הפליה, אף שהיא עשויה להיות מגונה מטעמים שונים. לכן בדוגמה של הלמן (HELLMAN, לעיל ה"ש 65, בעמ' 26-28), בדבר המנהל שמושיב את התלמידים השחורים מצד ימין של האולם ואת התלמידים הלבנים מצד שמאל, אני מסכים שהתנהגותו היא פוגענית, אבל איני מסכים שהיא מפלה. קל וחומר אם הכסאות בצד ימין נוחים יותר, כך שמצבם של התלמידים השחורים דווקא מוטב בכל הנוגע בטוב העומד לחלוקה, דהיינו, הישיבה באולם.

68 ראו ס' 144 (נא) לחוק העונשין, התשל"ז-1977: "העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסמך א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר."

לפניה וכיוצא באלה, ומרצה יכול להפלות בציונים שהוא נותן, בהקצאת רשות הדיבור בכיתה וכדומה. דברים אלה מחזקים את התזה שאני מבקש לקדם כאן שלפיה הפליה אינה מתרחשת כל אימת שאדם מתנהג בצורה פוגענית, בלתי-מוסרית או לא-חוקית כלפי חברים בקבוצה מוחלשת, באופן שמשפיל אותם ומחזק את מעמדם הנחות בחברה, אלא כאשר הוא עושה זאת במסגרת תפקידו (במובן הרחב של הביטוי) ולגבי אותם טובין והזדמנויות שמתוקף תפקידו הוא ממונה על חלוקתם.

ד. האם הטבה שמחזקת סטריאוטיפים אסורה בהכרח?

עד כאן טענתי כי פעולה שמיטיבה באופן חומרי את מצבם של חברים בקבוצות מוחלשות – למשל, מעניקה להם הנחה בתשלום (בהשוואה לחברים בקבוצה הלא-מוחלשת) – אינה הפליה, ולכן מושאיה של פעולה כזאת אינם זכאים לפיצוי במסגרת חוק איסור הפליה. אבל בזאת לא תם הדיון. מבחינה מוסרית ייתכן שהפליה אינה המושג המתאים לתפוס את פסולתה של הפעולה הנדונה, אבל שהפעולה ראויה בכל-זאת לגינוי. מבחינה משפטית ייתכן שאף-על-פי שהפעולה אינה נופלת בגדריו של חוק איסור הפליה, היא חוסה תחת ענפים אחרים של החוק, בעיקר המשפט המנהלי והחוקתי. גם אם למושא ההטבה אין עילה לתביעה על נזק שנגרם לו כביכול, אולי יש לו (או לאחרים) עילה לתבוע מהגוף הרלוונטי להימנע מפעולות כאלה בעתיד – בוודאי אם מדובר בגופים ציבוריים, אבל מן הסתם גם אם מדובר בגופים דו-מהותיים כחברות ביטוח.

איני מכחישי שייטכנו מקרים שבהם הטבה מהסוג האמור פסולה מבחינה מוסרית, אבל ההצבעה עליהם קשה מכפי שנדמה, ולכן יש צורך לנקוט זהירות כאשר מבקשים להשתמש בכוחו של המשפט כדי למנוע אותם. כדי להסביר את הנקודה, הבה נחשוב על היחס לזקנים (המכונים גם "אזרחים ותיקים"). כידוע, זקנים סובלים מגילנות (ageism), דהיינו, מדעות קדומות נגדם המתבטאות, בין היתר, בהפליה בתעסוקה ובשירותי בריאות. הדעות הקדומות הללו כוללות את המחשבה שזקנים הם חלשים מבחינה פיזית, איטיים בהבנה, כבדי-שמיעה, מתקשים לעמוד על רגליהם זמן רב, מתקשים ללכת ועוד. נניח שאדם צעיר רואה אישה מבוגרת עולה לאוטובוס וקם לִפְנֵיתָה לה את מקומו. היא עשויה לשמוח על כך ולהודות לו, אבל היא עלולה גם לכעוס שהוא תופס אותה באופן סטריאוטיפי כ"זקנה" בשעה שהיא דווקא בכושר גופני מצוין ואין לה שום בעיה לעמוד עשר דקות באוטובוס. יתרה מזו, ניתן לטעון כי הפגיעה אינה רק בה, אלא בכלל הזקנים, שכן בפעולת ה"התחשבות" הפומבית שלו הוא מחזק את הסטריאוטיפ האמור לגבי זקנים. דברים דומים יחולו על פעולות אחרות שמטרתן לסייע לזקנים – למשל, להציע לזקן עזרה בסחיבת סל הקניות מהמכולת, להציע לו עזרה בתפעול הטלפון הנייד שלו וכולי.

מה שאנחנו מתחילים לראות כאן הוא סוג של מלכוד שרובץ לפתחו של כל מי שמבקש להיטיב עם אחרים או להגיש להם עזרה, במיוחד אם הם חברים בקבוצות מוחלשות: מצד אחד, פשיטא שחלק גדול מהם אכן זקוקים לעזרה זו יותר מאחרים, ולכן מבחינה מוסרית ראוי להגיש להם אותה; מצד אחר, עצם הצעת העזרה או ההטבה משדרת למושא הפעולה שהוא חלש (בהשוואה לאחרים), שהוא תלוי באחרים, או בקיצור שהוא אינו חבר מלא וכשר בקהילה הרלוונטית. המסר המדיר הזה משפיל וכואב, ויש לו השלכות על האופן

שבו הקבוצה המוחלשת כולה נתפסת. החרדה ממסר זה עומדת ביסוד הרצון ש"לא ירחמו עלינו"; אנחנו רוצים שבני-אדם אחרים, במיוחד ידידינו, יהיו איתנו בשעת צרה, דהיינו יגלו כלפינו חמלה (compassion – מילה שפירושה המילולי הוא סבל עם האחר), אבל איננו רוצים מהם רחמים (pity), באשר אלה מבליעים תחושת עליונות של המרחם ומדגישים את המסכנות וחוסר האונים של המרוחם.⁶⁹

מלכוד זה קיים לא רק ביחסים במישור האישי, כמו בדוגמה לעיל, אלא גם ביחסים המערבים מוסדות. חשבו על חברת תעופה שתבקש להקל על זקנים את תהליך העלייה למטוס ולכן תזמין "נוסעים ותיקים" לעלות לפני כולם ותדאג להושיכם בשורות הראשונות. לגבי חלק גדול מהם תהיה זו בוודאי הקלה גדולה, אך לגבי אחרים תלווה להקלה תחושה לא-נוחה, שלא לומר משפילה, עקב כך שהם מסומנים כ"זקנים" – תחושה שתחזק כאשר הם ייוכחו שכל שכניהם במטוס זקנים כמותם. המצב יהיה גרוע עוד יותר אם דיילים מטעם חברת התעופה ייגשו לנוסעים שנראים זקנים ויוודאו שהם מודעים לזכותם לעלות לטיסה ראשונים. שוב, לגבי חלק מהזקנים יוזמה כזאת תהיה מבורכת בוודאי, כי בלעדיה הם עלולים לא לדעת על המדיניות האמורה, וכתוצאה מכך יעברו חוויה לא קלה של עמידה בתור צפוף והיסחבות עם תיקיהם – חוויה שתחזור ותנציח את תחושת חוסר המסוגלות שלהם בעיני עצמם ובעיני אחרים. מצד אחר, קל לראות שלגבי זקנים אחרים תיתפס פנייה מפורשת זו כמעליבה.

למלכוד זה אין תשובה פשוטה, ואי-אפשר לספק עצה מוסרית מוצלחת יותר מהאמירה הנדרשת שיש לשפוט כל מקרה לגופו מתוך רגשות לשני הגורמים המתנגשים: מצד אחד, החשיבות של הגשת סיוע למי שזקוק לו; ומן הצד האחר, החשיבות של הימנעות משידור מסר למקבלי הסיוע שהם מוגבלים ונזקקים.⁷⁰ בלשונו של אריסטו, ההכרעה בעניינים כאלה "נעשית אגב התחושה בהם".⁷¹

69 להבחנה בין מושגים אלה ראו Aaron Ben-Zeev, *Mercy, Pity, and Compassion*, in *The Quality of Mercy* 132 (A. Brien ed., 1999).

70 סטואיקן היה אולי אומר שהואיל והמסר הוא אמיתי, שהרי מי שזקוק לעזרה הוא באמת "מוגבל ונזקק" (מהבחינה הרלוונטית), אין סיבה לא לשדר אותו, וצריך להנך את בני-האדם לקבל את חולשותיהם במקום להכחישן. אבל ראשית, חלק מהחברים בקבוצות מוחלשות נתפסים בעינינו כזקוקים לעזרה רק משום שאנחנו תופסים אותם כמונחיה של חברות זו, בעוד בפועל הם אינם זקוקים לעזרה (חשבו על זקן שדווקא מומחה בהפעלת הטלפון החכם שלו או על אישה שיכולותיה הפיזיות גבוהות בהרבה מאלה של רוב הנשים). יש משהו מעליב בכך שתופסים אדם כזקוק לעזרה רק משום שהוא זקן בעוד האמת היא אינו זקוק לה. (על כך יאמר הסטואיקן כי אין הצדקה להיעלבות מטעויות שאחרים עושים; לא אוכל לדון כאן בתשובה זו.) שנית, גם אם הקושי לקבל את החולשה ואת התלות שלנו באחרים משקף סוג של פגם אתי או פגם ברציונליות, מדובר בקושי שרוב בני-האדם חווים אותו, ואת הכללים המוסריים והמשפטיים יש לעצב בהתאם לטבע האנושי הקיים, ולא בהתאם לטבע אנושי אפשרי שעבר שינוי עמוק בנוסח סטואי. אני מפתח רעיון זה בחלק III של מאמרי Daniel Statman, *Humiliation, Dignity and Self-Respect*, 13 *PHIL. PSYCHOL.* 523, 529–32 (2000).

71 אריסטו אתיקה: מהדורת ניקומאכוס 56 (יוסף ג' ליבס מתרגם, תל-אביב: הוצאת שוקן, 1973).

כך גם לגבי פעולות שמיטיבות עם נשים. נכון שהתחושה של נהגות שהן אינן מסוגלות להחליף גלגל במקרה של נקר אינה נובעת רק מהקושי הפיזי, אלא מהבניה חברתית שלפיה החלפת גלגל היא עניין לגברים, אבל דברים אלה אינם משנים את העובדה שבמציאות הנוכחית שיעור הנשים שיכולות להחליף גלגל ואכן יעשו זאת במקרה של נקר במכוניתן קטן במידה משמעותית משיעור הגברים שיעשו כן.⁷² מציאות זו מתייבה שוב דילמה אמיתית שאין לה פתרון פשוט. מצד אחד, הואיל ונהגות רבות ישמחו לעזרה בהחלפת גלגל,⁷³ ראוי שנהגים העוברים ליד נהגת שיש לה נקר ברכב יעצרו כדי להציע לה עזרה. מצד אחר, בכך הם עלולים להשפיל אותה, כי הם משדרים את המסר שבעיניהם היא חסרת אונים, ואם לא די בכך, הם מחזקים בכך דעה קדומה כללית לגבי נשים בחברה, על ההשלכות המזיקות שיש לה. דומני כי יהא זה בלתי-סביר לומר שבדילמות אלה, לגבי נשים או לגבי זקנים, הגשת עזרה תהא פסולה תמיד מבחינה מוסרית משום שהיא מנציחה סטריאוטיפים ומקבעת דעות קדומות. אם נאמר כך, נקריב יחידים שבאמת זקוקים בנקודת הזמן הנוכחית לעזרה (בהחלפת גלגל, בסחיבת סל הקניות, בהפעלת המחשב) לטובת קידומו של תהליך היסטורי שבסופו תתייחס החברה בכבוד שווה לנשים, לזקנים ולשאר האוכלוסיות המוחלשות. עם זאת, לא יהא זה סביר גם לומר שבדילמות אלה הגשת עזרה היא תמיד המעשה הנכון. לעיתים ההפסד, במונחים של השפלת מושאי העזרה וחיזוק הסטריאוטיפים השליליים, עולה על הרווח.

זאת ועוד, במקרים רבים אין כל ודאות לגבי הקשר הסיבתי המשווער. נניח שכדי להילחם בסטריאוטיפ שלפיו נהגות אינן מסוגלות להסדר לבד כאשר רכבן נתקע בכביש, יפסיקו גברים להציע להן עזרה במצב כזה. ייתכן אומנם שהדבר יגרום לערעור הסטריאוטיפ האמור, כי נשים ישקיעו מאמץ כדי ללמוד איך לתקן את הרכב ואיך להחליף גלגל. אבל ייתכן גם שהדעה הקדומה דווקא תתחזק בגלל התנהגות זו של הגברים. בהנחה שחלק גדול מהנשים לא ישקיעו את הזמן והמאמץ כדי ללמוד איך להחליף גלגל, או בכל מקרה יתקשו לעשות זאת בהינתן הכלים הקיימים ברוב כלי הרכב, הן עלולות למצוא את עצמן עומדות חסרות אונים בכביש ליד הרכב התקוע, מה שיחזק בעיני הנהגים (והנהגות) שעוברים לידן את הסטריאוטיפ שרצינו לשרש. כך גם לגבי זקנים: הימנעות מלהציע להם עזרה כדי להילחם

72 דומה שיש קצת היתממות בספק המרומוז שבית-המשפט מטיל בעובדה זו כאשר הוא יוצר את הרושם שהוא מניח אותה רק לצורך הדיון "למרות שלא הובאו לכך ראיות של ממש" (עניין מירב – אישור תובענה, לעיל ה"ש 8, פס' 29).

73 לפי סקר שנערך בארצות-הברית בשנת 2014, שליש מהנהגות מעידות כי הן אינן יכולות להחליף גלגל, בהשוואה ל-6% בלבד מהגברים. ראו Chris Woodyard, *Survey: Women Know Less About Car Tasks Than Men Do*, USA TODAY (Jun. 17, 2014), <http://bit.ly/2OABPKz>. תמונה דומה עולה גם מחוות-דעתו של פרופ' יובל חלד, מומחה לפיזיולוגיה של המאמץ, שהוגשה לבית-המשפט על-ידי הנתבעת. לפי חוות-דעת זו, אף שגבר ממוצע עלול להיתקל בקושי בכואו להחליף גלגל, "מידת הקושי עבורו נמוכה משמעותית ביחס לזה של נשים" (ראו ס' 2 לחוות-הדעת, מצוטט בעניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 44). לא ירדתי לסוף דעתו של השופט גרוסקופף שקבע כי "חוות הדעת אינה קונקלוסיבית כלל בממצאיה... ולראייה, גם המומחה אינו חולק על כך כי פעולת החלפת גלגל היא אפשרית עבור נשים וגברים כאחד" (שם, פס' 45). פרופ' חלד אכן מסכים שגם נשים מסוגלות להחליף גלגל, אבל טוען כי במציאות הנוכחית הדבר קשה להן הרבה יותר מאשר לגברים.

בדעות הקדומות נגדם עלולה לגרום לכך שחלקם באמת יהיו חסרי אונים (יתקשו להפעיל את המחשב או לסחוב את סל הקניות), וכתוצאה מכך דווקא תתחזק הדעה הקדומה נגדם. בחזרה לשאלת הסיוע לנהגות: הואיל ובמצב העניינים הנוכחי קשה יותר לנשים להחליף גלגל, ובאופן כללי קשה להן יותר להתמודד עם תקלות במכונית, דומני שמדיניות שמביאה עובדות אלה בחשבון ומציעה להן עזרה מיוחדת (בהשוואה לגברים) עדיפה על מדיניות שמתעלמת מעובדה זו מתוך מטרה לחולל שינוי ביחסים בין גברים לנשים וכדימוי של נשים בעיני עצמן ובעיני זולתן. הנה השלכה אפשרית של מחלוקת זו: נניח שיש בכביש-אגרה מרכז בקרה ושירות שתפקידו (בין היתר) לספק עזרה לנהגים במצוקה. עתה נניח שהמרכז מקבל כמה קריאות מנהגים שיש להם נקר במכונית, והוא צריך לתעדף אותן. בהינתן העובדות לעיל, נראה לי סביר – כאשר שאר התנאים שווים פחות או יותר – לאמץ מדיניות שנותנת עדיפות לנהגות על נהגים. אני מניח שעמדתו של גרוסקופף תהיה שמדיניות כזאת משפילה נשים ולכן מהווה הפליה פסולה.

מפתיע קצת שבעוד את העובדות לגבי יכולתן של נהגות להחליף גלגל השופט גרוסקופף מכחיש או מציע לראות כהבניות חברתיות חסרות משקל נורמטיבי, בהקשרים אחרים הוא נראה כמקבל הבניות אלה. לדבריו, ככל שקיימים מחקרים המראים כי גברים הם נהגים מסוכנים יותר מנשים, "קיימת הצדקה, המתחייבת מאופיו וממהותו של השירות הביטוחי, להבחין בין הפרמיה המשולמת על ידי נשים לבין הפרמיה המשולמת על ידי גברים".⁷⁴ אבל אם מיומנות טכנית ויכולת להחליף גלגל הן הבניה חברתית, כך גם הבדלים בתרבות הנהיגה בין גברים לנשים, כלומר, האופי התוקפני יותר של גברים על הכביש בהשוואה לזה של נשים.⁷⁵ אם המשפט צריך להילחם בסטריאוטיפים שמקורם בהבניה חברתית, מדוע הוא מוכן להשלים עם הבדל בתשלומי הפרמיה שמבוסס על סטריאוטיפ זה?⁷⁶

זאת ועוד, פסק-הדין מודה כי בהקשרים מסוימים יחס שונה לנשים מוצדק – למשל, "בעולם הספורט ובצבא כאשר מייצרים פלטפורמות ייעודיות לנשים שמאפשרות להן להשתתף [בפרקטיקה הרלוונטית]".⁷⁷ אבל אם ההבדל בין גברים לנשים מבחינת היכולת להחליף גלגל הוא הבניה חברתית שיש להתעלם ממנה, פירוש הדבר הוא שאם תשתנה ההבניה, הן יצליחו לעשות זאת לא פחות מגברים, ושזה מצב העניינים שיש לשאוף אליו. אבל אם כך, מדוע שבספורט ובצבא תהיה לנשים "פלטפורמה ייעודית" נבדלת, במקום להילחם בהבניה החברתית בתחומים אלה ולהפוך את המגדר לשיקול לא-לגיטימי בהם? שרטוט תווי פניה של החברה האידיאלית מבחינת היחסים בין המינים הוא אפוא משימה פילוסופית-מוסרית קשה מכפי שנדמה. האם בחברה כזאת ההבדלים בין המינים יאבדו

74 ראו עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 43.

75 ראו, למשל, Dwight A. Hennessy & David L. Wiesenthal, *Aggression, Violence, and Vengeance Among Male and Female Drivers*, 56 *TRANSP. Q.* 65 (2002).

76 השופט גרוסקופף מבחין בין הבדלים בפרמיה בין גברים לנשים, שעשויים לדעתו להיות מוצדקים, לבין הבדלים בתנאי הביטוח, שלדעתו אין לקבלם (ראו עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 43). אבל קשה להבין הבחנה זו. אם גברים הם נהגים מסוכנים יותר, מדוע אין זה סביר לדרוש, למשל, שהם יתקינו ברכב אביזר בטיחות נוסף (כגון מערכת התרעה מתקדמת), כדי למנוע פגיעה בעצמם ובזולתם, אבל סביר לחייב אותם בפרמיה גבוהה יותר?

77 ראו עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 50.

את משמעותם וייחשבו כמו ההבדלים בצבע העיניים או בגובה? האם ההבדלים בלבוש ובהופעה החיצונית באופן כללי ייעלמו? האם ההבדלים מבחינת הטיפול בילדים ייעלמו? האם נשים יפסיקו להיניק, כדי שההנקה לא תעכב את התפתחותן המקצועית ולא תתרום לדימוי שהן האחראיות לגידול הילדים, או שמא להפך – הן ימשיכו להיניק, כי ההנקה דווקא מעצימה נשים?⁷⁸ וכך הלאה. קשה לתת תשובה ברורה לשאלות אלה, וגם כאשר קיימת תשובה כזו, לא תמיד ברור אילו אמצעים יש לנקוט כדי לקדם את המציאות הרצויה. אימון חינוך לנשים נגד טרור⁷⁹ עלול, מצד אחד, לחזק את הדימוי שנשים הן חלשות וזקוקות ליתר הגנה בהשוואה לגברים, אך עשוי, מצד אחר, לענות על צורך אמיתי של נשים, אשר במצב העניינים הנוכחי אכן חלשות יותר ופגיעות יותר להתקפות פיזיות. לכן לא ברור שזהו הסדר גרוע, וממילא תהיה זו לדעתי טעות אם בית-המשפט יתערב ויפסול אותו (או יציע פיצויים לנשים על בסיס הטענה שהיוזמה הזאת משפילה אותן). כך גם לגבי הסדר שלפיו נשים ייכנסו חינוך למשחקי כדורגל.⁸⁰ ככל שההניעה לכך נובעת מהמחשבה ש"נוכחות נשית גדולה יותר ביציעים תוביל להורדת הגזענות והאלימות הפיזית בהם",⁸¹ היא עלולה לעודד את הדימוי – שהוא מן הסתם תוצאה של הבניה חברתית – שגברים הם מטבעם אלימים יותר מנשים. עם זאת, בהתחשב בכך שבמציאות הנוכחית זה המצב, אולי נוכחות נשית אכן תוביל להפחתת האלימות, וזו תוצאה רצויה אליבא דכולי עלמא.⁸² ודוגמה אחרונה: מורות שהן אימהות לילד עד גיל ארבע-עשרה מועסקות על-ידי משרד החינוך ב"משרת אם", שכוללת הטבות משמעותיות בהשוואה ל"משרת אם למורה אב".⁸³ שוב: מצד אחד, ההסדר הזה מחזק את הנורמה הרווחת שלפיה האחראיות לגידול הילדים מוטלת בראש ובראשונה על כתפי האם, ומבחינה זו הוא הסדר פסול; מצד אחר, במציאות שבה ברוב המשפחות זה עדיין המודל הקיים, הגיוני לקבוע שאימהות יהיו זכאיות בהקשר זה יותר מאשר גברים.⁸⁴

78 לדילמה זו לגבי הנקה ראו, למשל, Deborah McCarter-Spaulling, *Is Breastfeeding Fair? Tensions in Feminist Perspectives on Breastfeeding and the Family*, 24 J. HUM. LACTATION 206 (2008).

79 ראו ניב אעידן "בעקבות פיגוע הטרור בעפולה: אימון חינוך לנשים – נגד סכינאות ומחבלים" עמקניוז <http://bit.ly/2RL8uLx> 18.6.2018.

80 ראו מודעה באתר הרשמי של מועדון הכדורגל בני יהודה תל אביב <http://bit.ly/2J6d3Mo>; "מינהלת הליגות לכדורגל המליצה על רפורמה בליגה הלאומית" כלכליסט <http://22.5.2018>. <http://bit.ly/2CEDOYd>.

81 אביבית שאטל "בהנהלת הקבוצה החליטו – כניסה חינוך לנשים" יבנה-נט <http://4.10.2012>. <http://bit.ly/2PNKF4x>.

82 בית-משפט במדינת וושינגטון קבע כי ההנחה שניתנה לנשים במשחקי כדורסל לא הייתה בגדר הפליה אסורה (נגד גברים), הואיל וההניעה להסדר זה הייתה כלכלית גרידא, ולא רצון להפלות נגד גברים. ראו (Wash. 1981) 635 P.2d 683 (MacLean v. First Northwest Indus.).

83 ראו "היקף משרה" פורטל עובדי הוראה של משרד החינוך <http://poh.education.gov.il/Merhav/Minhali/NetuneiHasaka/Pages/PrataiBemisradHachinuch.aspx>.

84 קשה להמשיג הטבה זו לנשים כהעדפה מתקנת, כי מטרתה של העדפה מתקנת היא לאפשר לחברי קבוצות מוחלשות להגיע למשרות או להזדמנויות אשר בלא העדפה כזאת הם היו מתקשים להגיע אליהן. משעה שהם קיבלו את ההזדמנות הרלוונטית (לימודים בבית-ספר

כפי שהודגש לעיל, כדי להתחיל לברר אם פעולה מסוימת היא פסולה, ובמיוחד אם ראוי להשתמש בכוח החוק כדי למנוע אותה או כדי לקבוע פיצויים למושאה, הפעולה הבסיסית הראשונה היא לברוק אם הפעולה מקובלת על מושאה, ובפרט אם היא נצרכת על-ידיהם באופן וולונטרי. אם התשובה לכך חיובית, יהיה זה בדרך-כלל שיקול נגד שימוש בכוח החוק כדי לאסור את הפעולה או את המדיניות.⁸⁵

השאלה שבמרכזו של סעיף זה הייתה אם מדיניות שמיטיבה עם נשים (או עם חברי קבוצות מוחלשות אחרות) פסולה בגלל המסר המשפיל שבה ותרומתה הסיבתית לחיזוק סטריאוטיפים בעייתיים, בלא קשר לשאלה אם ראוי לכנות זאת "הפליה", ובנפרד מהשאלה אילו אמצעים משפטיים, אם בכלל, יש להפעיל נגדה. ניסיתי להראות שאין לשאלה זו תשובה חד-משמעית. אף שלעיתים מדיניות כזאת פסולה, במקרים רבים הטבה לחברים בקבוצות מוחלשות – מטעם פרטים או מטעם מוסדות – רצויה או לפחות לגיטימית.⁸⁶

סיכום

הריון הביקורתי בפסק-הדין בעניין מירב מפנה את תשומת-הלב לכמה מאפיינים מרכזיים של הפליה, ומתוך כך מניח את היסודות לגיבוש הבנה אחרת מזו שביטא פסק-הדין. באופן טיפוסי פלוני מופלה (באופן אסור) כאשר מצבו מורע, ביחס לטוב כלשהו, בהשוואה לאחרים הדומים לו מהבחינות הרלוונטיות, וזאת בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת שנתפסת על-ידי המפלה (באופן מודע יותר או מודע פחות) כשווה פחות, כראויה פחות לכבוד וכזכאית לחלק מופחת בטוב העומד לחלוקה. הפליה מציינת אפוא אופן מיוחד של כישלון בהבעת כבוד שווה לבני-אדם: במקום להביע העדר כבוד באופן מפורש, למשל בצורה מילולית, המפלה מבטא את העדר הכבוד שלו בחלוקה לא-שוויונית של הטוב שהוא מופקד עליו מתוקף תפקידו – כניסה למועדון, קביעת שכר וכדומה. יש שיאמרו כי העדר כבוד זה הוא שמסביר את הפגם המוסרי שבהפליה.⁸⁷ גם אני נוטה לדעה זו, אבל בדיון הנוכחי איני מתחייב לה. מה שאני מציע הוא שהקטגוריה של הפליה מתייחסת באופן טיפוסי למעשים שמבטאים בצורה מיוחדת העדר כבוד שווה.

לרפואה, חברות בדירקטוריון, מושב בכנסת), הציפיה היא שהם יעמדו באותן דרישות המוצבות בפני הכלל. פטור המבוסס על ההנחה שתפקידה של האישה לטפל בילדים חותר תחת הרצון לשלב את הנשים כשוות בשוק העבודה, בלימודים, בחיים הפוליטיים וכולי.

85 העובדה שגברים ונשים כאחד מסכימים ל"ערבי נשים" היא לפיכך סיבה טובה לחשוב שהחוק אינו צריך להתערב ולאסור אותם. בכל מקרה כדאי לציין כי הנחות לנשים במועדונים ובברים הן פרקטיקה נפוצה ביותר בארץ. ראו, למשל, במודעות הבאות: <http://bit.ly/2PqKj6L>; <http://bit.ly/2L04Q0U>; <http://bit.ly/2vrgyr3>; <http://bit.ly/2DtwywW>. פסק-דינו של השופט טננבוים בעניין גבעון, לעיל ה"ש 56, הולך אפוא בבירור נגד הזרם.

86 הואיל וכך, איני מקבל את קביעתו הנחרצת של בית-המשפט בעניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 9, פס' 9, כי מדיניותה של הנתבעת "מרחיקה" אותנו מהיעד של השגת שוויון מגדרי אמיתי" ועל-כן אינה יכולה להיחשב העדפה מתקנת.

87 ראו *Alexander, Book Review*, לעיל ה"ש 3.

מדברים אלה עולה שאם מצבו של פלוני מוטב ביחס לטוב הרלוונטי (שכר, תנאי עבודה, כניסה למשחקי כדורגל וכו'), הוא אינו יכול לטעון להפליה. אם הטבה זו צפויה להביא בחשבון הכולל לתוצאות גרועות יותר לחבריה ולחברותיה של הקבוצה המוחלשת, ייתכן שיש להתנגד לה, אבל קבלת ההתנגדות אין פירושה הודאה בכך שההטבה הייתה בגדר הפליה. תזה מרכזית שניסיתי לבסס כאן היא כי יש להבחין בין הפעולה עצמה לבין תוצאותיה, כולל תוצאות במונחים של חיוזק או החלשה של ההפליה כלפי הקבוצה הרלוונטית בעתיד. פעולה מפלה (בהתאם לאפיון לעיל) לא תחדל מלהיות כזאת גם אם היא צפויה להקטין מעשי הפליה עתידיים, ופעולה שאינה מפלה – במיוחד כזאת שמיטיבה עם מושאייה – אינה נהפכת למפלה רק משום שהיא צפויה לחזק בעתיד את ההפליה נגד הקבוצה הרלוונטית. להבנה מצמצמת זו של מושג ההפליה יש השלכה גם על השאלה עד כמה הקטגוריה של מושאי הפעולה המפלה רחבה. כאשר ערבי מקבל יחס גרוע יותר מיהודי בבידוק בשרה⁸⁸ התעופה, הוא עצמו בוודאי מושא להפליה. אולם האם בגלל העובדה שהיחס השלילי כלפיו נובע מהשתייכותו הקבוצתית יש לומר שכל הערבים (או לפחות כל הערבים אזרחי ישראל) הם מושא להפליה באירוע זה? הנטייה שלי היא לומר שלא. הם סובלים בהחלט מההשפעה המצטברת של מעשים כאלה על היחס כלפיהם, אבל סבל זה, לפי ההצעה שאני מניח כאן, אינו שקול להפליה. ערבי שזוכה באותו בידוק כמו נוסעים אחרים אינו מושא להפליה בעצמו, גם אם כמה שעות קודם לכן עבר נוסע ערבי אחר בידוק מחמיר יותר (בגלל היותו ערבי). בכל מקרה, בגלל הנטייה של דיני הנזיקין להגביל את תביעות הפיצויים לניזוקים ישירים, בדרך-כלל לא תוכל הקבוצה הרחבה שהמופלה משתייך אליה לתבוע פיצויים. אכן, במקרים שבהם נפסקו בארץ פיצויים לקורבנות של מעשים מפלים, הם נפסקו רק לטובת הקורבנות הישירים, דוגמת הפרטים שלא הוכנסו למועדון, ולא לכלל הקבוצה שהם משתייכים אליה (יהודים ממוצא מזרחי, למשל, או ערביי ישראל).

העובדה שפעולה מסוימת אינה בגדר הפליה מותרת עדיין את השאלה אם הפעולה ראויה או בלתי־ראויה פתוחה, וכך גם את השאלה אילו אמצעים משפטיים יש לנקוט – אם בכלל – אם היא אינה ראויה. לעיתים אכן אין זה ראוי להיטיב עם חברי קבוצות מוחלשות, כגון לנשים, אפילו אם ההטבה נובעת מכוונה טובה, וזאת בגלל השפעתה הרעה של הפעולה על דימוין העצמי של המוטבות, ומשום שהיא מנציחה דימויים בעייתיים של נשים, אשר מובילים בתורם לחיוזק ההפליה נגדן בתחומים שונים. אבל במקרים אחרים הטבה כזאת מותרת ואפילו רצויה, כאשר המוטבים ייהנו ממנה וכאשר אין לה השפעה שלילית משמעותית (אם בכלל) על הנורמות הכלליות הנוהגות בחברה. כאשר נשים צורכות את ההטבה באופן רצוני, יש בדרך-כלל טעם טוב לחשוב שההטבה היא כשורה. בכל מקרה, רק במקרים נדירים יהיה מוצדק להשתמש בכוחו של המשפט כדי לבטל הסדרים או חוזים שמיטיבים עם חברי קבוצות מוחלשות, בגין החשש שההטבה תרע את מצבם בטווח הארוך. לגבי חוק איסור הפליה, ההצעה שלי היא לעולם לא להשתמש בו כדי להעניק פיצוי לחברי קבוצות מוחלשות על הטבה שהם קיבלו בגלל השתייכותם הקבוצתית – לזקנים שהוזמנו להיכנס למטוס ראשונים, ולנשים שקיבלו מתנות "נשיות" לכבוד יום האישה או כרטיסי-חינם למשחקי כדורגל. הם יהיו זכאים לפיצוי על בסיס חוק זה רק אם יפלו אותם לדעה – אם

88 ראו עניין אבו סביט, לעיל ה"ש 31; עניין שלבי, לעיל ה"ש 31.

זקנים יועלו לטיסה בסוף כדי לא לעכב את שאר הנוסעים, או אם נשים יקבלו ביום המשפחה מתנות ששוות פחות מהמתנות שגברים מקבלים.

במחקר שפרסמתי בכתב־עת זה על מושג הכבוד⁸⁹ טענתי לטובת פרשנות מצמצמת שלו, שעומדת בהלימה רבה יותר לשימוש של המושג בשפה המדוברת. בין היתר טענתי כי פרשנות כזאת תחזק את האפשרות לצפות את עמדתם של בתי־המשפט, ותגדיל את האמון בשופטים, ככל שהם משתמשים במושג באותו מובן שבו הציבור הרחב משתמש בו. דומני שדברים אלה חלים גם על המושג הנדון כאן, שהוא קרוב־משפחה מדרגה ראשונה של מושג הכבוד. דווקא פירוש מצמצם של מושג ההפליה, שתואם את השימוש הרווח בו, עשוי להתברר כאפקטיבי יותר במאבק נגדה ובמימוש האידיאל של חברה שנוהגת כבוד שווה כלפי כל חבריה וחברותיה.

89 ראו סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 17.