

מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן

מאת
רונון אברהם*

תקציר

במאמר זה אני מציע מסגרת אנליטית לדיון משפטי במושג ההפליה. טענתי הראשונה היא שהפליה עלולה להתממש בכל יחס פוגעני – ולא דווקא אגב חלוקת טובין – על בסיס השתייכות קבוצתית. טענתי השנייה היא שהטבה רכושית עלולה בהחלט להוות הפליה אסורה משום שבמקרים מסוימים היא עלולה לפגוע בכבוד המוטבים. טענתי השלישית היא שהטבה רכושית עלולה להוות הפליה אסורה גם משום שהיא עלולה לפגוע פגיעה חברתית עמוקה בערך השוויון, ככל שהיא משקפת או מקבעת סטריאוטיפי בעייתי בדבר יכולות או רצונות שונים שיש למוטבים בהשוואה לאחרים. התשובה לשאלה אם במקרה מסוים אותו יחס פוגעני אכן מהווה (ולא רק עלול להוות) הפליה אסורה תיגזר מתכלית החקיקה הרלוונטית החולשת על המעשה, ותביא בחשבון, בין היתר, את מידת הפגיעה, היקפה, האפשרות לנקוט אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה, הצדקות אפשריות לפגיעה וכן גורמים נוספים שרלוונטיים לפרשנות נכונה של דבר החקיקה.

בפרשת מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, למרות ההטבה הממונית הגלומה במתן שירותי דרך חינם לנשים, התרחשה גם פגיעה לא-ממונית בכבודן של הנשים בשל המסר החבוי במדיניותה של חברת הביטוח כאילו נשים אינן יכולות או אינן רוצות להחליף גלגל ברכב, וכן התרחשה פגיעה חברתית כללית בשוויון בשל המסר הסטריאוטיפי באשר לחלוקת התפקידים המגדרית בחברה. מכיוון שלא ניתנה שום הצדקה עניינית ראויה לפגיעות אלה, מדובר בהפליה אסורה.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לנעם וייס ולחן פישר על עזרה במחקר. אני מודה להילה גולדשמיד על העזרה בחשיבה, בכתיבה ובעריכה. חנוך דגן, אביחי דורפמן, ברק מדינה, עדנה מירב, דני סטטמן, מיטל פינטו ותמר קריכלי-כץ העירו והאירו. אני מודה למרכז ספרא על התמיכה במחקר, ולמערכת עיוני משפט על עבודת עריכה לעילא ולעילא.

מבוא

- א. תנאי החלוקה
 - ב. תנאי הנזק הרכושי
 - ג. הגישות הרווחות להבנת מהות הפליה
 - ד. הפליה כמושג השוואתי
 - ה. הפליה כמפגע סביבתי
- סיכום

מבוא

פרופ' סטטמן הינו מורי ורעי. אין אדם אחר שממנו למדתי יותר ואשר עימו נהניתי יותר להתפלסף על שאלות של צדק. זיכני גורלי ולפני שנים ספורות אף פרסמנו יחדיו מאמר על צדק גמולי.¹ גם המאמר הנוכחי, העוסק בשוויון, קשור מן הסתם למושג הצדק. במקור היה מאמר זה אמור להיכתב יחד עם פרופ' סטטמן, ולא בתגובה על דבריו, אלא ששעות רבות של נסיונות שכנוע (הדדיים) לא הועילו, ודרכינו בסוגיית הפליה נפרדו, לעת עתה לפחות. וכבר נאמר כי "אסור לו לתלמיד לקבל דברי רבו כשיש לו קושיות עליהם",² וכך גם אני ראיתי חובה לעצמי להגיב על מאמרו של פרופ' סטטמן. ומי יודע, אולי יתקיים בי, במקרה, שעץ קטן ידליק את הגדול.³ ומכיוון שאין ספק בליבי שזוהי מחלוקת לשם שמיים, סופה (של האמת) להתקיים.⁴ וזו מטרתו היחידה של חיבור זה.

העובדות ידועות. במסגרת פוליסת רכב הוציעה חברת ביטוח שירות החלפת גלגל חינם לנשים בלבד, בעוד שמגברים היא גבתה 80 ש"ח. בית המשפט המחוזי (השופט גרוסקופף) קבע כי המדיניות של חברת הביטוח הינה מדיניות מפלה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) כלפי ארבע קבוצות.⁵ פרופ' סטטמן מחלק את הקורבנות לחמש קבוצות,⁶ ולשם הפשטות אשתמש באותה חלוקה.

1 Ronen Avraham & Daniel Statman, *More on the Comparative Nature of Desert: Can a Deserved Punishment Be Unjust?*, 25 UTILITAS 316 (2013)

2 ר' חיים מוולוז'ין בפירושו למשנה, מסכת אבות, פרק א, משנה ד.

3 בבלי, תענית ז, ע"א (נמשלו דברי תורה כעץ... לומר לך: מה עץ קטן מדליק את הגדול אף תלמידי חכמים קטנים מחדדים את הגדולים"). בין אם יתקיים בי ובין אם לאו, תקוותי היא שניעשה עוד יותר אוהבים זה את זה. בבלי, קידושין ל, ע"ב ("הרב ותלמידו שעוסקין בתורה בשער אחד נעשים אויבים זה את זה ואינם זוים משם עד שנעשים אוהבים זה את זה").

4 משנה, אבות ה, יז ("כל מחלוקת שהיא לשם שמים, סופה להתקיים. ושאינה לשם שמים, אין סופה להתקיים. איזו היא מחלוקת שהיא לשם שמים, זו מחלוקת הלל ושמאי. ושאינה לשם שמים, זו מחלוקת קרה וכל עדתו").

5 ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, פס' 54-56 (פורסם בנבו, 23.8.2018). (להלן: עניין מירב – פסק-דין).

6 ראו דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" בחוברת זו, פרק א, אחרי ה"ש 20.

באשר לשתי הקבוצות הראשונות (נהגים שהיו מבוטחים בחברה וסבלו נזק ממוני בגין שימוש בשירות וכן נהגים שנמנעו מהזמנת השירות עקב עלותו), פרופ' סטטמן אינו רואה במדיניותה של חברת הביטוח משום הפליה אסורה כלפיהם, שכן לדעתו היחס השונה לגברים לא נבע מעמדה שלילית כלפיהם ולא ביטא עמדה כזו.⁷ אני, לעומת זאת, סובר שהגברים בשתי הקבוצות הראשונות אכן הופלו באופן אסור, כפי שאפרט בהמשך.

באשר לשתי קבוצות המבוטחים הנוספות (השלישית והרביעית), הכוללות, בהתאמה, את הנהגים שלא נאלצו להחליף גלגל ואת כלל הנהגות המבוטחות, למיטב הבנתי פרופ' סטטמן מוכן לקבל כי לחברי שתי הקבוצות הללו אכן נגרם נזק לא-ממוני של פגיעה בכבוד, אולם הוא מוציא את המקרים הללו מגדר הפליה באמצעות שתי טענות: ראשית, נזק לא-ממוני אינו יכול לשמש עילה לתביעת הפליה; שנית, אי-אפשר, לדבריו, למצוא קבוצה שבהשוואה אליה הופלו חברי קבוצות אלה.

באשר לקבוצה החמישית, שחבריה נחשפו למדיניותה של חברת הביטוח הכוללת החלפת גלגל חינם לנשים בלבד אך נמנעו מלהתקשר עם החברה, פרופ' סטטמן אף מוסיף – מעבר לשתי הטענות האמורות – כי חבריה אינם המושאים הישירים של ההפליה, אלא רק היו עדים לה, ולכן הם בוודאי לא הופלו.

במיוחד שגויה בעיני פרופ' סטטמן הקביעה כי נשות הקבוצה הרביעית הופלו – אלה שהיו מבוטחות בחברה וסבלו נזק לא-ממוני. בהקשר זה עיקר המחלוקת בינינו, אך לא כולה, סובבת סביב השאלה אם פעולה המיטיבה עם אדם מבחינה רכושית עלולה להוות הפליה כלפיו. פרופ' סטטמן סובר שלא, ואילו אני סובר שלעיתים כן.

גישתי נבדלת מגישתו של פרופ' סטטמן בארבעה. הבדל אחד נוגע בתנאי ההשוואתיות – בעוד בעיני פרופ' סטטמן ההפליה חייבת להיות בהשוואה לאנשים אחרים באותן נסיבות, בעיניי היא יכולה להיות גם ביחס לאותם אנשים בנסיבות אחרות, שבהן אין הפליה. הבדל שני קשור להיבט מרכזי בגישתו של פרופ' סטטמן שלפיו תנאי הכרחי לקיומה של הפליה הוא שמתקיימת חלוקת טובין כלשהם (להלן: תנאי החלוקה).⁸ לגישתי, הפליה יכולה להתקיים גם בהקשרים שבהם לא חולקו טובין כלל, ובתנאי (הכרחי אך לא מספיק) שהיחס למי שנמנה עם חברי קבוצה חברתית מסוימת גרוע מזה הניתן לחברי קבוצות אחרות (או מן הנדרש בנסיבות). מכאן, בעוד תנאי החלוקה של פרופ' סטטמן מצמצם את הפער בין שאלות של הפליה לשאלות של צדק חלוקתי, גישתי, שאינה מתעקשת על תנאי זה, גורמת לכך ששאלות של הפליה יהיו רחבות יותר משאלות של צדק חלוקתי. הבדל שלישי בינינו (הנובע משני ההבדלים הקודמים) הוא שלדעת פרופ' סטטמן ההקצאה של הטובין למי שנמנה עם חברי קבוצה חברתית מסוימת צריכה להיות קטנה מזו המוקצית לחברי קבוצות אחרות או להינתן בתנאים גרועים יותר על-מנת להיחשב הפליה, דהיינו יש להראות

7 ראו שם, אחרי ה"ש 25, ליד ה"ש 65 ובתחילת פרק הסיכום.

8 ראו שם, ליד ה"ש 67: "לפי הצעה זו, המסר הלא-מכבד במקרים של הפליה אינו מפורש או ישיר, אלא מתווך. הלבן 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" (ההדגשה במקור).

שנגרם למופלה נזק רכושי (להלן: תנאי הנזק הרכושי),⁹ ואילו לגישתי, גם אם מקבלים את תנאי ההשוואתיות ואת תנאי החלוקה של פרופ' סטטמן, אין הכרח לקבל גם את תנאי הנזק הרכושי. מסקנתי זו מתחזקת עוד יותר כאשר דוחים את תנאי החלוקה ומכירים בכך שהפליה יכולה לכלול מבחינה מושגית לא רק חלוקת טובין, אלא גם יחס והתנהגות שליליים כלפי אנשים מקבוצה מסוימת (בהשוואה לאנשים מקבוצה אחרת או לנדרש בנסיבות). לכן, לדידי, הפליה יכולה להתקיים (אך אין הכרח שתתקיים) גם כאשר מדובר בהטבה רכושית, מקום שלאותה הטבה מתלווה מסר ישיר ומשפיל הפוגע בכבודם של קורבנות המדיניות על רקע השתייכותם הקבוצתית.¹⁰ ההבדל הרביעי (הקשור אף הוא לתנאי הנזק הרכושי) הוא שבעוד פרופ' סטטמן אינו מביא בחשבון את הנזק החברתי שנגרם לערך השוויון כרלוונטי להפליה, לגישתי זהו יסוד חשוב. כידוע, ערך השוויון הוא ערך-יסוד במדינת-ישראל, אשר מחויבת בהכרזת-העצמאות לקיים "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין",¹¹ ובית-המשפט העליון העלה אותו על נס פעמים אין-ספור.¹² כפי שאראה בהמשך, אין להתעלם מיסוד הנזק החברתי בדיון על הפליה.

9 ראו שם, לפני ה"ש 38: "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".

10 השו"ש, לפני ה"ש 61: "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 'נגין 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" (ההדגשות במקור). לעניין זה טלו, למשל, נהג אוטובוס שחור אשר מכריז במערכת הכריזה כל אימת שנוסעים לבנים עולים לאוטובוס: "שימו לב, נוסעים לבנים עולים לאוטובוס. מומלץ לסתום את האף ולהשגיח על החפצים שברשותכם." לגישתי, פשיטא שמדובר בהפליה נגד הלבנים. לעומת זאת, לפי הגדרתו הצרה של פרופ' סטטמן נראה כי אין כאן הפליה – ראשית, משום שאין כאן טובין העומדים לחלוקה; ושנית, אף אם תאמרו שהטובין העומדים לחלוקה הם "תנאי הנסיעה באוטובוס", אין כאן שום פגיעה רכושית בנוסעים הלבנים, אלא "רק" השפלה. דעתי כי מדובר בהפליה לא תיסוג, ואפילו תתחזק, אם יוסיף הנהג להודעתו את המשפט הבא: "מומלץ לכל הנוסעים השחורים להצטופף באחורי האוטובוס כדי לא להיפגע. ראו הוזהרתם!" וזאת, אף שעתה היתווספה על ההפליה הטבה רכושית, במובן זה שהתפנו מושבים לנוסעים הלבנים שעלו לאוטובוס.

11 ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערכים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) פס' 21 ו-24 לפסק-דינו של השופט ברק.

12 להרחבה ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3)

לארבעת ההבדלים הללו בין גישותינו יש השלכות מושגיות מרחיקות-לכת, שידונו בהמשך. בינתיים אציין רק כי גישתו של פרופ' סטטמן עומדת בסתירה חזיתית לפסיקה היסטורית אמריקנית (*Brown v. Board of Education*¹³) וישראלית (עניין קעדאן¹⁴) כאחד. גישתו של פרופ' סטטמן סותרת אף פסיקה של בית-המשפט העליון בישראל שבה נקבע כי הטבה לנשים יכולה להיות פסולה בשל היותה הפליה. כך, למשל, בעניין אלחנתי נקבע כי הסדרי פנסיה שלפיהם אלמנות זוכות בתשלומי פנסיה מוגדלים בהשוואה לתשלומים הניתנים לאלמנים מהווים הפליה אסורה נגד נשים, שכן הם משמרים את מעמדן הנמוך בשוק התעסוקה.¹⁵ בסוגיית החלוקה של נטל מזונות הילדים בין הורים שמקיימים משמורת פיזית משותפת קבע בית-המשפט העליון כי "הבחנה בין נשים לבין גברים שביסודה נימוקים סטריאוטיפיים, להבדיל משוני רלוונטי, היא הפליה פסולה... וזאת גם אם בצידה 'הטבה' עם ציבור הנשים".¹⁶ על-כן, ככל שפרופ' סטטמן צודק בניתוחו הפילוסופי בנוגע למושג ההפליה, מדובר בניתוח בעל השלכות משפטיות החורגות הרבה מעבר לפסק-דין מירב. בפרק א אסביר מדוע תנאי החלוקה מיותר בעיניי. בפרק ב אדון בתנאי הנזק הרכושי. תחילה אציע טיפולוגיה שתסייע בהבנת המושג הפליה. טיפולוגיה זו מקפלת בתוכה ניתוח תוצאתני (ולא דאונטולוגי¹⁷) של סוגיית ההפליה, והיא מבטאת את שלושת סוגי ההשפעות שיש לפעולה מפלה: השפעה רכושית ישירה (monetary), שתסומן במאמר באות M; השפעה לא-רכושית ישירה (non-monetary), שתסומן באותיות NM; והשפעה חברתית (social), שתסומן באות S. טיפולוגיה זו תסייע גם בהבנת ההבדלים בין הגישות השונות בספרות המלומדים להבנת מושג ההפליה, שאותן אסקור בפרק ג. כפי שאראה, גישתו של פרופ' סטטמן על שני תנאיה – תנאי החלוקה ותנאי הנזק הרכושי – מתעלמת מנזק לא-רכושי ישיר שנגרם לקורבנות ההפליה כמו-גם מן הפגיעה החברתית בעקרון השוויון, סותרת פסיקה מפורשת של בית-המשפט העליון בישראל ושל בתי-משפט בעולם, ואף עומדת בסתירה למרבית ספרות המלומדים בסוגיית ההפליה. מכיוון שלגישתו הצרה של פרופ' סטטמן יש השלכה ישירה על מיהות הקורבנות שיכולים לתבוע בגין הפליה, אשוב בפרק ד אל תנאי ההשוואתיות, ואדון בצורה ביקורתית באופן שבו פרופ' סטטמן מסמן לאורו את הקבוצות שזכאיות לפיצוי, ובעיקר את אלה שאינן זכאיות לו. בפרק ה אציע לקבל השראה מן העוולה הנזיקית של מטרד לציבור לשם הבנה אחרת של עוולת ההפליה, ובמיוחד של

630, 650 (1998) (השופט חשין); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 26 (2001) (השופט זמיר).

13 (1954) 483, 494 U.S. *Brown v. Board of Education of Topeka*, שם נקבע כי הפרדה יכולה להיות הפליה כאשר היא מעבירה מסר של נחיתות, גם אם התנאים זהים וגם אם אין כוונה מפלה.

14 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 11, שם נקבע כי הפרדה משררת עלכון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדרת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית.

15 בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, (סב(4) 406 (2008), פס' 26 לפסק-דינה של השופטת חיות.

16 בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פס' 107 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנוב, 19.7.2017).

17 לגישה דאונטולוגית שמגיעה לתוצאות דומות לשלי ראו חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019).

הנזקים החברתיים שבעוולה זו, שהם המרכיב הפחות־מפותח בהבנת העוולה. מדובר בזרעי רעיונות שיידרש לפתחם במקום אחר. בפרק האחרון אסכם.

א. תנאי החלוקה

כאמור, לגישתו של פרופ' סטמון, חלוקת טובין הינה תנאי הכרחי לקיומה של הפליה. אולם לפי הגישות השונות בספרות למושג ההפליה, כמו־גם לפי החוק הבינ־לאומי, חוקיהן של מדינות שונות והחוק הישראלי, תנאי החלוקה של פרופ' סטמון מיותר, שכן מושג ההפליה כולל לא רק חלוקת טובין (M שלילי או חיובי), אלא גם יחס גרוע יותר שניתן לחברי קבוצה חברתית מסוימת לעומת קבוצות אחרות. גישה זו של פרופ' סטמון, המתלה את קיומה של הפליה בחלוקת טובין ממשיים, מוקשית בעיניי. טלו, לדוגמה, חברת ביטוח בריאות אשר שולחת כל שעה עגולה – במסגרת מדיניות של הפחתת עלויות הקשורות לזיהומים – הודעת דוא"ל לכל מבוטחיה שבה היא מבקשת מהמבוטחים יוצאי אטלנטיס לגשת לשטוף ידיים, כי ידוע שיוצאי אטלנטיס הם מלוכלכים. זוהי דוגמה ליחס שונה על רקע השתייכות קבוצתית שמוביל לפגיעה ממשית בכבוד (אפילו אם הוא מציל חיים), אף שאין מדובר כאן כלל בחלוקה של טובין.¹⁸ פרופ' סטמון יכול לטעון כי מדובר בפגיעה בכבוד או בהשפלה, אך לא בהפליה, וכי ניתן להתמודד עם פגיעה כזו באמצעות עילות אחרות, ככל שאלה קיימות. אכן, איני חולק על כך שמדובר גם בפגיעה בכבוד, אלא שפגיעה בכבוד – לפחות במשפט הישראלי – יכולה לשמש כידוע בסיס מושגי לפגיעה בשוויון, וכאשר זו נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, מדובר בהפליה אסורה.¹⁹ שנית, פרופ' סטמון מסיק מלשון החוק כי הפליה הינה בעייתית רק כאשר מדובר בהספקת מוצר.²⁰ מחד גיסא, אין זה ברור כלל עד כמה הפרשנות של תכלית החוק רלוונטית

18 עיון במילונים ובאנציקלופדיות מגלה שהבריה התיכון של כל הגדרות ההפליה הוא יחס שונה על רקע השתייכות קבוצתית, ולא חלוקה שונה. למשל, באנציקלופדיית סטנפורד לפילוסופיה (שפרופ' סטמון מצטט ממנה בה"ש 20 למאמרו, לעיל ה"ש 6) כתוב:

"Any viable account of what discrimination is will regard it as consisting of *actions, practices, or policies* that are—in some appropriate sense—based on the (perceived) social group to which those discriminated against belong."

ראו Andrew Altman, *Discrimination*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2015), available at <https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>. (ההדגשה הוספה).

19 על כך שפגיעה בכבוד היא הבסיס לפגיעה בשוויון ראו, בין היתר, Avraham & Statman, לעיל ה"ש 1.

20 סטמון, לעיל ה"ש 6, בסוף פרק ג: "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 שירות כניסה (בעיקר למועדון), מצבו של פלוגי מורע בהשוואה לאחרים מחמת ההשתייכות הקבוצתית ה'בעייתית' שלו. היא אינה מתרחשת כאשר

להבנה המושגית של המונח הפליה. מאידך גיסא, ממילא פרשנות זו של החוק מוקשית בעיניי, משום שמדובר בפרשנות צרה מאוד של המילה "הספקה". אין זה סביר שאיסור ההפליה נוגע – לענייננו – רק בהבאתה או בשליחתה של הפוליסה לבית הלקוח. פרשנות סבירה יותר היא שהאיסור להפלות מתייחס לכל השלבים הכרוכים בהספקת המוצר, לרבות השיווק וקביעת תנאי הפוליסה. פרשנות זו נובעת מתכליתו של חוק איסור הפליה – הגנה על כבוד האדם מפני הפגיעה שבהפליה.²¹ תכלית זו תקפה גם במקרים שבהם עסקינן לא בחלוקת טובין, אלא בכל יחס פוגעני על רקע השתייכות קבוצתית שקשור להספקת המוצר ואשר גורם לפגיעה בכבוד ולהשפלה. בפרשת מירב היחס השונה לנשים ניתן לאורך כל הדרך, החל בשיווק, דרך קביעת תנאי הפוליסה ומחירה, ועד לטיפול בתביעות. על-כן קשה לראות כיצד ניתן לפרש את איסור ההפליה שבחוק ככזה שאינו חל בענייננו. אכן, קריאה בסעיפי חוק אחרים בישראל מוכיחה כי הפליה יכולה לכלול יחס מפלה, ולא רק חלוקת טובין. כך, למשל, סעיף 2(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, כמו גם סעיף 8(א)(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, קובעים כי אין להפלות אדם בתנאי העבודה, ובגדר אלה ניתן לכלול גם את היחס לעובד, ולא רק את הטובין שמחולקים לו.²²

תנאי החלוקה ריחף גם מעל החלטת בית-המשפט בפרשת מירב. אומנם, בית-המשפט לא דן במשמעות התנאי במפורש, אך הוא הכיר בהפליה (מקום שיש פגיעה לא-ממונית ישירה ופגיעה באינטרס החברתי) אגב הטבה בחלוקה של טובין ממשיים כלשהם. השופט גרוסקופף סבר כי ניתן להבחין בין מיקוד מאמצים לשווק מוצר או שירות במגזר מסוים (שזו תנאי החלוקה אינו מתקיים, לגישתו) לבין הספקת אותו מוצר או שירות באופן שמפלה בתנאים (שזו תנאי החלוקה מתקיים).²³

דעתי שונה. בעוד פרופ' סטטמן והשופט גרוסקופף סוברים כי הפליה מתרחשת רק אם יש הרעה (סטטמן) או אפילו הטבה (גרוסקופף) בהקשר של חלוקת טובין ממשיים,

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.

21 על תכלית החוק ניתן ללמוד במקרה זה מדברי ההסבר במבוא להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370: "בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם."

22 כך, להבדיל מעמדתו של פרופ' סטטמן, בפסיקה נקבע כי תחולתו של חוק איסור הפליה אינה מוגבלת רק למקרים של מניעה מוחלטת של גישה לשירות או למוצר הציבורי, אלא חלה ביחס ל"מכלול תנאי מתן השירות" – ראו תא"מ (שלום ראשל"צ) 15978-06-17 ויצמן נ' עיריית ראשון לציון, פס' 26 (פורסם בנבו, 1.8.2018). זאת ועוד, בית-המשפט אף קבע כי מעסיק שמקלל את עובדו על בסיס מוצאו מבצע הפליה אסורה על-פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. ראו סע"ש (אזורי ת"א) 45718-03-15 מקונן – מפעלי המקור בע"מ, פס' 20 (פורסם בנבו, 30.10.2016), שם קבע בית-המשפט כי "שעה שגורם הממלא תפקיד ניהולי אצל המעסיק משמיע כלפי העובד אמירות משפילות המתייחסות לגזעו או למוצאו, הרי שהתנהלות זו באה בגדר הפליה ומשליכה ישירות על יצירתם של תנאי עבודה לא הולמים במקום העבודה".

23 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 5, פס' 47-48.

בעיניי, כזכור, הפליה יכולה להיות גם יחס משפיל (על בסיס השתייכות לקבוצה חברתית מוגנת), גם אם אין הוא מופגן אגב חלוקת טובין ממשיים.²⁴ קל וחומר, לגישתי, שמאמצי שיווק ממוקדי-מגדר יכולים להוות הפליה על-פי החוק אם הם קשורים להספקת מוצר. בעוד שהשופט גרוסקופף השאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם יש פסול בפרסום המבוסס על סטריאוטיפים, שכן לא ברור איזה הסדר חוקי חל במקרה כזה,²⁵ בעיניי ההסדר החוקי שחל כאן הוא חוק איסור הפליה, משום שמסע פרסום מתנהל תמיד אגב – ואולי אף לשם – מכירת מוצר.²⁶

ב. תנאי הנזק הרכושי

בבסיס המודל הטיפולוגי שאציע עומדת ההבנה כי לכל פעולה נזיקית – ובכלל זה למדיניות מפלה, בוודאי בהקשרים הנופלים לגדר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 – יש שלושה סוגי השפעות על הרווחה המצרפית.²⁷ ראשית, קיימת השפעה רכושית ישירה (monetary) על קורבנות המדיניות, במקרה שלנו – לקוחות החברה (בכוח או בפועל). כך, לקוחות של חברה שנגבה מהם מחיר גבוה יותר בשל השתייכותם לקבוצה חברתית מוגנת סופגים השפעה רכושית ישירה שלילית. שנית, קיימת השפעה לא-רכושית ישירה (non-monetary) על לקוחות החברה (בכוח או בפועל). כאן הכוונה, למשל, לפגיעה האובייקטיבית הרגשית או הנפשית הנגרמת בשל היחס המפלה, כגון כאב וסבל, ואפילו פגיעה באוטונומיה.²⁸

24 על-כן, בהקשר של מעסיק ועובד, נכונה בעיניי (בניגוד לעמדתו של פרופ' סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 66-67) הפסיקה שקבעה כי מעסיק שמקלל עובדים מסוימים על בסיס שיוכם האתני מבצע כלפיהם מעשה של הפליה אסורה – ראו פרשת מקונן, לעיל ה"ש 22. דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה היא לטעון כי מדובר בכל-זאת במקרה של "אגב חלוקת טובין" (תנאי העבודה), ובכך להיכלל בקלות בלשונו של חוק איסור הפליה, אלא שאז התנגדותו של פרופ' סטטמן לפסק-הדין תמוהה עוד יותר.

25 ת"צ (מחוזי מ"ר) 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי. חברה לכיטוח בע"מ, פס' 32 (פורסם בנבו, 30.8.2016) (להלן: עניין מירב – אישור תובענה).

26 בהקשר זה יצוין כי השאלה אם מסע פרסום שוביניסטי מהווה הפליה על-פי חוק איסור הפליה עומדת בימים אלה להכרעת בית-המשפט העליון, לאחר שבית-המשפט המחוזי קבע כי היא אינה הפליה על-פי חוק זה, שכן אין מדובר בהספקת מוצר. ראו ת"צ (מחוזי מ"ר) 44112-03-15 ששון נ' טמפו משקאות בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2017). לנוכח האמור בטקסט, דעתי אינה נוחה מפסיקה זו.

27 מכיוון שמדובר בתובענה ייצוגית, קבוצת הניזוקים הישירים כוללת את כל מי שהשתייך לקבוצתו של התובע הייצוגי ונחשף למדיניותה של הנתבעת, אף אם הוא לא היה מודע לה. משום כך איני נזקק לניתוח ההשפעות על הניזוקים העקיפים, דוגמת הסוגיות שעלו בפסקי-הדין שלהלן: רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007).

28 על כך עמד בית-המשפט העליון פעמים רבות – למשל, כאשר חיווה את דעתו שתחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות" (עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 11, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, פס' 16 לפסק-דינו של השופט א' לוי (2009) (להלן: עניין "נוער כהלכה"), שהיא "מוליכה

שלישית, קיימת השפעה חברתית (social) חיצונית, כזו החורגת מעבר לשתי ההשפעות הישירות הנ"ל על לקוחות החברה (בכוח או בפועל). בעוד שבעבר שלטה התפיסה שדיני הנזיקין הם "פרטיים" ואמורים לעסוק בעניינם של הצדדים לסכסוך הנזיקי בלבד, כיום גישה רווחת היא שדיני הנזיקין יכולים לשמש גם כלי לקידום מטרות חברתיות, כגון הרתעה, צדק מתקן או צדק חלוקתי.²⁹ במקרה של הפליה ההשפעה החברתית החיצונית (S) שאני מכוון אליה אינה סך ההשפעות הישירות על לקוחותיה של המבטחת, וגם לא הפגיעה (לרוב הרגשית) שחוו מי שאינם לקוחות החברה – בין אם הם חברי הקבוצה המופלית ובין אם לא – אשר שמעו על היחס המפלה של החברה לחברי הקבוצה ונחרדו. בהשפעה חברתית חיצונית אני מכוון להשפעה עמוקה, כזו שמערערת מושכלות יסוד באשר לחיים בחברה שוויונית; השפעה ש"מכתימה" את המרחב הציבורי המוסרי, ואשר עלולה לשלוח גלי הדף לחלקים נוספים בחברה הישראלית. בית המשפט העליון הבחין פעמים רבות בסוג השפעה זה.³⁰ השפעה שלישית זו היא שהופכת את הפעולה המפלה מעוולה נזיקית סתם לעוולה חוקתית או לפחות לעוולה נזיקית בעלת השלכות חוקתיות.³¹ בתי המשפט בישראל הכירו בשלוש ההשפעות הללו.³²

במקרים הטיפוסיים של הפליה כל שלוש ההשפעות הן שליליות, ועל־כן מדובר למעשה בשלושה סוגי נזק. למשל, למדיניות שאוסרת על שחורים לנסוע באוטובוסים יש השפעה רכושית שלילית ישירה – ראשית, מפני שנמנעים מהם הטובין של נסיעה באוטובוס, ושנית,

- אל תחושה של קיפוח ותסכול", המובילה "אל קנאה, ובכוא קנאה תאבד תבונה" (דברי השופט חשין בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד (4) 193, 204 (1998)). אלא שמדובר, כאמור בטקסט, בפגיעה אובייקטיבית המתעלמת מעובי העור (נייר או פיל) של קורבן ההפליה. הנזקים הלא-ממוניים לעיתים נלווים לנזק ממוני ולעיתים עומדים בפני עצמם, מה שקרוי "נזק לא-ממוני טהור". דוגמאות לפיצוי על נזק לא-ממוני ניתן לראות בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים (פורסם בנבו, 6.2.2016), ובע"א 1338/97 תנוכה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד (4) 673 (2003).
- 29 יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" דין ודברים יא 77, 81-82 (2018).
- 30 כך, למשל, קבע בית המשפט כי הפליה "מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש" ו"מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 503, 485 (1996) (השופט חשין)); כי היא "פוגעת בכוחות המאחדים את החברה" (ראו עניין "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 28, פס' 16 לפסק-דינו של השופט לוי); וכי היא "רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטות ולחורבנו" (בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה" 57, 49 (5) (2001) (השופט לוי)).
- 31 רפנה ברק-ארו עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (1993).
- 32 כך, למשל, בעניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 5, בפס' 56, קבע השופט גרוסקופף כי לצד ההטבה החומרית ברמות שירות חינמי (M+) יש גם נזק נפשי לא-ממוני (NM-), ושם, בפס' 61, הכיר השופט גרוסקופף גם בנזק חברתי (S-). כך היה גם ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011), שבו קבע השופט דניציגר, בפס' 24 ו-26 לפסק-דינו, כי לצד ההרעה הממונית לגברים, אשר לא הורשו להיכנס למועדון בגיל צעיר כמו נשים (M-), הייתה גם פגיעה נפשית (NM-).

משום שהם עלולים להיזקק לנסיעה במוניות (M-); יש לה גם השפעה שלילית על כבודם ועל האוטונומיה שלהם (NM-), שכן נמנע מהם שירות ציבורי שמותר ללבנים; ויש לה גם השפעה שלילית על ערך השוויון החברתי בין שחורים ללבנים (S-), באשר היא מקדמת מסר בדבר נחיתותם של השחורים, ולמסר זה יש השלכות לתחומי חיים רבים נוספים. את המקרה הטיפוסי הזה נציג בקיצור כ- (S-, NM-, M-).

במקרה הטיפוסי מדובר אם כן בשלושה ראשי-נזק, דהיינו השפעות שליליות, אך כל אחת משלוש ההשפעות הללו יכולה להיות חיובית, שלילית או ניטרלית.³³ אכן, המקרה מושא פסק-דין מירב אינו המקרה הטיפוסי. במקרה זה הייתה למדיניותה של חברת הביטוח השפעה רכושית חיובית (M+) כלפי נשים, שכן הן זכו בהחלפת גלגל חינם.³⁴ במקביל שידרה אותה מדיניות גם מסר אישי פוגעני ולא-מכבד כלפי נשים (NM-), וכן מסר שתרים להגברת אי-השוויון בחברה (S-), שכן היא ביססה סטריאוטיפים בעייתיים באשר להבדלי היכולת והרצון בין גברים לנשים.³⁵

פרופ' סטטמן ואנוכי חלוקים באשר לתנאי הנזק הרכושי: בעוד בעינינו זהו תנאי הכרחי ואולי אף מספיק (בהנחה שמתקיים תנאי החלוקה) לקיומה של הפליה, בעיני זהו תנאי שאינו הכרחי ואינו מספיק. על-כן דעתי היא שהפליה פסולה מתקיימת לא רק במקרים של (S-, NM-, M-) אלא גם במקרים נוספים, כגון (S-, NM-, M+), ככל שמדובר ביחס פוגעני על בסיס השתייכות קבוצתית, כפי שהתקיים בפרשה שלפנינו.

טלו, לדוגמה, בית-חולים דתי אשר יוצא במבצע שמעניק לזוגות חד-מיניים הנזקקים להפלה מלאכותית אפשרות להפיל את העובר חינם, וזאת בשל רצונו להקטין את מספר המשפחות החד-מיניות בעולם, שכן בעיני בעליו הדבר פסול מן הבחינה הדתית ומן הבחינה המוסרית. לגישתי, מדובר בהפליה של הזוגות החד-מיניים אף שמדובר בהטבה חומרית (M+), וזאת בשל הפגיעה הישירה בכבוד (NM-) והנזק החברתי באשר למעמדם המוסרי של הזוגות החד-מיניים (S-). גם במקרה הזה ניתן לסכם את ההפליה כ- (S-, NM-, M+). באשר לזוגות שאינם חד-מיניים, אלה חווים הפליה ממונית, משום שהם אינם מקבלים את ההפלה חינם (M-), אין פגיעה בכבודם אך גם אין הוקרה מיוחדת ולכן רכיב הנזק הלא-ממוני נותר ניטרלי (NM), וקיים נזק חברתי הנובע מהפגיעה בשוויון (S-). לכן כלפי הזוגות שאינם חד-מיניים מתקיימת הפליה מסוג (S-, NM, M-). במקרה זה אני משער שגם פרופ' סטטמן יסכים עימי שיש הפליה, אם כי שיקוליו יהיו צרים משלי ויתמקדו בתנאי הנזק הרכושי.

כאמור, לפי המודל המוצע, די ביחס מפלה (על בסיס השתייכות לקבוצה חברתית מוגנת) כדי להביא לידי התקיימות הפליה. טלו, לדוגמה, מצב שבו המבטחת גובה פרמיה זהה מגברים ומנשים אך כל אימת שאישה מתקשרת למבטחת מוטחים בה גידופים וקללות ואילו הגברים זוכים בברכות ובמחמאות. וכי לא ברור שחברת הביטוח מפלה נשים בהספקת

33 בסך-הכל יש עשרים ושבעה צירופים אפשריים, אולם למרבה המזל אין צורך לבחון את כולם, אלא די בבחינה של חלקם.

34 בהמשך אטען כי אין זה בטוח כלל שהייתה כאן הטבה ממונית, אך לעת עתה אניח שהייתה. ראו בהמשך את הדיון סביב ה"ש 98.

35 בשל המסר הפוגעני כלפי גברים, מדיניותה של חברת הביטוח ביחס לגברים הייתה (S-, NM-, M-). על המסר הפוגעני כלפי גברים ראו פירוט להלן בפרק ד.

המוצרך? במקרה זה מדובר בהפליה מסוג (M-, NM-, S-): הנשים אינן נפגעות מבחינה ממונית (ולכן M ניטרלי), הן מושפלות (ולכן NM שלילי), ונגרם נזק חברתי (ולכן S שלילי).³⁶ אם אני צודק שמדובר בהפליה לרעה של נשים, אזי האם ההפליה תיעלם לפתע אם המבטחת, לאחר שתסיים לקלל ולגרף את הנשים, תעניק להן זיכוי של כמה אגורות? והרי זו למעשה הייתה תוחלת ההטבה בפרשת מירב.³⁷ דומני שברור כי הזיכוי הממוני שנלווה להשפלה הלא-ממונית הישירה אינו מאיין את ההפליה (וספק בעיניי אם מן הבחינה המושגית הוא יכול בכלל לאיין את ההפליה).³⁸ מכאן שלא רק (M-, NM-, S-) יכול להוות הפליה אסורה, אלא גם (M+, NM-, S-).

לבסוף, הבה נתבונן על דוגמה שהביא פרופ' סטטמן ובה נשים ייכנסו חינם למשחק כדורגל מתוך כוונה – אשר נניח שהיא מציאותית – ש"נוכחות נשית גדולה יותר ביציעים תוביל להורדת הגזענות והאלימות הפיזית בהם".³⁹ מבחינת הגברים זהו הסדר מסוג (M-, NM-, S+): הם נאלצים לשלם מחיר כניסה גבוה יותר; ההסדר מלווה פגיעה בכבודם, שכן הוא מושגת על ההנחה שהגברים אלימים יותר מנשים; אלא שלהסדר יש החצנה חברתית חיובית משום שהוא מוביל, על-פי ההנחה, להורדת הגזענות והאלימות (S+). לעומתם, מבחינת הנשים מדובר בהסדר מסוג (M+, NM+, S+): הן נכנסות חינם; ההסדר אינו מלווה פגיעה בכבודן (ואולי דווקא להפך – יש הכרה בכך שהן אינן אלימות ואף משפיעות לטובה על הגברים); וכן להסדר יש החצנה חיובית על החברה כולה. קל לראות שגם אם ההסדר האחרון – שהוא מסוג (M+, NM+, S+) – אינו מהווה הפליית נשים, כפי שפרופ' סטטמן טוען, יש פער גדול בינו לבין ההסדר שבענייננו, שהוא מסוג (M+, NM-, S-). אומנם

36 סטטמן, לעיל ה"ש 6, בה"ש 39, מביא את הדוגמה הבאה: "ללבנים בקהל חולק משקה, ולשחורים לא, על בסיס גישה עוינת כלפי שחורים, אבל למשקאות אלה שורכב בטעות רעל. דומה שנצטרך לומר כי השחורים הופלו לרעה, אף שמצבם לא הורע בטווח הקצר (בהשוואה ללבנים), אלא דווקא הוטב." אני מסכים שהשחורים הופלו לרעה. אלא שעתה נניח מצב שבו לכולם חולק משקה אולם לשחורים חולקה גם מפית בשל התפיסה הגזענית שהם אינם יודעים לשתות מבלי שהמשקה יישפך עליהם. מדובר בהטבה. האם השחורים לא הופלו? שתי הדוגמאות הללו מבהירות שכאשר ברור כי מדובר בכוונה מפלה, אזי לעיתים קרובות התוצאה הרכושית אינה משנה כלל, ומה שמשנה הוא דווקא התוצאה הלא-רכושית (NM).

37 מדובר בהטבה של 80 ש"ח אשר תמומש רק במקרים שבהם למבטחת יהיה נקר והיא תחליט להפעיל את שירותי הדרך במקום לפתור את העניין בעצמה. כאשר מכפילים את גובה ההטבה (80 ש"ח) בהסתברות מימוש מצטברת כה נמוכה, מתקבלת תוחלת הטבה שנתית של אגורות ספורות בלבד.

38 מדובר בקונסטרוקציה משפטית שאף אינה מקובלת בדיני הנזיקין: נזק לא-ממוני, גם אם הוא טהור (דהיינו, אינו מלווה נזק ממוני), הינו בר-פיצוי, ונזק לא-ממוני משמעותי אינו מתאיין בשל הטבה ממונית שולית. כך גם נפסק בהקשר של חוק איסור הפליה (ראו עניין פרוד'אנסקי, לעיל ה"ש 32, עניין קול ברמה, להלן ה"ש 106).

39 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 81; אביבית שאטל "בהנהלת הקבוצה החליטו – כניסה חינם לנשים" יבנה-נט 4.10.2012 <https://www.yavnenet.co.il/%D7%A1%D7%A4%D7> .%95%D7%A8%D7%98/43896

בשני המקרים יש הטבה רכושית (M+), אלא שבזה מסתיים הדמיון בין המקרים, ואין הנדון דומה לראיה.

כפי שנראה בהמשך, גישתו של פרופ' סטטמן נותנת משקל בלעדי כמעט לרכיב ההשפעה הראשון – זה של הפגיעה או ההטבה הממוניות (M) – ומשקל אפסי לשני הרכיבים האחרים (NM ו-S). מבחינה רטורית, פרופ' סטטמן מנמק את גישתו בדרך של "הפרד ומשול": ראשית, הוא מדגים את אי-החשיבות של המרכיב החברתי (S), במנותק מהרכיבים האחרים;⁴⁰ ושנית, הוא מדגים את אי-החשיבות של המרכיב הלא-רכושי (NM), גם-כן במנותק מהרכיבים האחרים.⁴¹ לאחר שביסס לכאורה את אי-החשיבות, לגישתו, של שני הרכיבים האחרונים (S ו-NM), נובע כמעט מאליו שהפליה תחייב פגיעה רכושית (M-), שהרי איזושהי פגיעה חייבת להיות... אלא שגישת ה"הפרד ומשול" מוקשית בעיניי. ברור שלא כל מעשה הגורם לפגיעה ברגשות מהווה הפליה, וכן שלא כל מעשה המקדם סטריאוטיפים שליליים מהווה הפליה. אך גם ברור שלא נובע מכך שפגיעה ברגשות ו/או קידום סטריאוטיפים שליליים אינם מהווים הפליה לעולם.

ג. הגישות הרווחות להבנת מהות ההפליה

כפרק זה אסקור בקצרה את ספרות המלומדים שעסקה בהבנת מהות ההפליה וכן פסקי-דין מייצגים של בתי-משפט בארץ ובעולם בנושא זה. כפי שנראה, יש כמה גישות רווחות להבנת מהות ההפליה, אשר לעיתים קרובות יש ביניהן חפיפה מסוימת, ורק הדגשים שונים בכל אחת מהן. כפי שאראה בהמשך, אליבא דכולן (כמעט), מדיניותה של חברת הביטוח בפרשייתנו הינה הפליה אסורה.

1. כוונה סובייקטיבית פוגענית – בגישתו של פרופ' סטטמן קיים ערפול מסוים באשר ליחסו לגישת הכוונה הסובייקטיבית הפוגענית.⁴² לפי גישה זו, הפליה הינה פסולה כאשר היא מונעת מחוסר כבוד כלפי הגורם המופלה ומן הסברה שהוא נחות.⁴³ הפליה כזו מבוססת לעיתים קרובות על סטריאוטיפים שליליים ודעות קדומות פוגעניות של הגורם המפלה

40 דוגמה לכך שפרופ' סטטמן דוחה את החשיבות של מרכיב הנזק החברתי של הפליה ניתן לראות במאמרו, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 37: "העובדה שפעולה או פרקטיקה כלשהן גורמות תוצאות שליליות מבחינת היחס שהחברים בקבוצה מוחלשת מקבלים אינה אפוא תנאי מספיק לכך שהן מכוננות הפליה כלפיהם".

41 כפרק ג למאמרו ("נזק נפשי, השפלה והפליה") פרופ' סטטמן מנמק מדוע נזק נפשי אינו נחשב בעיניו רלוונטי לשאלת ההפליה.

42 מחד גיסא, לעיתים נראה שגישתו מכוונת-תוצאה. כך, סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 37-38, מתמקד בסוגיה של חלוקת טובין, וטוען כי "מה שקובע אם לפנינו הפליה או לא הוא אם 'בטווח הקצר' (במינחו של השופט גרוסקופף) מצבו של פלוני מורע במונחי טוב כלשהו בהשוואה לאחרים", ומכאן שהוא מתמקד בהפליה כמכוונת-תוצאה – הרעה ממונית. לעומת זאת, נראה שברוב המקרים פרופ' סטטמן מכיר בכוונה מוסרית לפגוע כסיבה לפסולתה המוסרית של ההפליה – שם, לפני ה"ש 40.

43 Erin Beeghly, *Discrimination and Disrespect*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 83, 85 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2017). ראו גם

כלפי הגורם המופלה, וכן משעתקת אותם.⁴⁴ המדיניות המפלה מתבססת על השתייכות לקבוצה ומייחסת תכונות שליליות לנמנים עימה, כגון יכולות מנטליות ירודות וכישורים לקויים. בכוונה שבבסיס ההפליה יש זדון או עוינות, או לכל-הפחות אדישות לגורלם של בני הקבוצה.⁴⁵ המוקד של גישה זו הוא בהניעה הפנימית, כך שאותה מדיניות יכולה להיות פסולה במקרה אחד ולא-פסולה במקרה אחר. ככל שמדיניותה של חברת הביטוח בעניין מירב התבססה על תפיסה של נשים כנחותות, ככאלה שאינן יכולות או יודעות להחליף גלגל, היא מעידה על כוונה פוגענית ולכן פסולה. עם זאת, ככל שהמדיניות התבססה על רצון כן להיטיב עם נשים, לפי גישה זו הבעייתיות נחלשת. אולם התנגדותו של פרופ' סטטמן למציאת הפליה בענייננו אינה נובעת, לפחות לא בעיקרה, מסברתו שחברת הביטוח נעדרה כוונה סובייקטיבית משפילה, אלא משום שלדעתו אין מדובר כלל בהרעה משום שלא נגרם נזק ממוני ישיר. אלא מגישה זו מוקשית בעיניי. אם כוונה פוגענית מפלה גורמת נזק לא-ממוני ישיר לקורבן (NM-), היש מקום להתעלם מן הנזק הזה רק משום שלא נגרם גם נזק ממוני ישיר (M-)?

2. מסר אובייקטיבי פוגעני – גישה זו הינה תוצאתנית, ומתמקדת במסר החברתי של ההפליה ללא קשר ישיר לכוונה הסובייקטיבית.⁴⁶ גם כאן יהיה זה נכון לטעון כי פרופ' סטטמן מתמקד בתוצאה הרוקשית של המדיניות המפלה (M), ומתעלם מהמסר האובייקטיבי המשפיל שהיא משררת.⁴⁷ לגישתה של דֶפֶרה הלמן, הדוברת המרכזית של הגישה, כדי לקבוע אם מדיניות המבחינה בין קבוצות שונות מהווה הפליה פסולה, יש לבחון אם היא משררת מסר אובייקטיבי משפיל שלפיו הקבוצה המובחנת נחותה.⁴⁸ בקביעה אם מסר מסוים הוא משפיל יש חשיבות רבה להקשר החברתי-תרבותי שבו הפעולה המפלה נעשית; הלמן מציעה לשאול, בין היתר, אם הקבוצה הנדונה נתפסה בעבר כנחותה, מה מעמדה החברתי כיום ומה המשמעות התרבותית של היחס כלפיה.⁴⁹ לשיטתה, הפליה יכולה להיות פסולה אף אם לגורם המפלה אין כוונה או תפיסה שלילית ביחס לגורם המופלה, ואף אם

What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies, 141 U. PA. L. REV. 149 (1992)

Alexander, שם, בעמ' 170.

45 כך, בבג"ץ מילר, שעסק בפתיחת קורס טיס לנשים, הסבירה השופטת דורנר כי בכל הפליה מיוחס מעמד נחות למופלה. בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995). ראו גם ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה 'לנטרל את השונות'" ספר שטרסברג-כהן 203, 214 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017). משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 147 (2016).

46 DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? (2011); Deborah Hellman, *Discrimination and Social Meaning*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 97 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2017).

47 ראו את דיונו של סטטמן בפרק ג למאמרו – "נזק נפשי, השפלה והפליה".

48 Hellman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 97-100.

49 HELLMAN, לעיל ה"ש 46, בעמ' 28.

הגורם המופלה אינו חש מושפל ממנה.⁵⁰ דהיינו, רכיב הנזק החברתי (S) חשוב יותר מרכיב הפגיעה הלא-ממונית הישירה (NM). כך, בעניין מירב, ובניגוד לדעתו של פרופ' סטטמן,⁵¹ גישתה של הלמן מובילה למסקנה שהעובדה שהנשים ששמעו על הפוליסה לא חוו בהכרח השפלה אישית ולא חוו נזק נפשי חמור אינה שוללת שמדובר בהפליה פסולה. מכיוון שהלמן מתמקדת רק ברכיב הנזק החברתי, קל להבין שלגישתה גם הפליה "מיטיבה" היא פסולה אם יש לה מסר חברתי משפיל.⁵²

אם כן, הקושי בתפיסה של פרופ' סטטמן הוא שהיא אינה נותנת משקל רב להשפעה החברתית (S) ארוכת-הטווח שגלומה במדיניותה של חברת הביטוח בעניין מירב. התייחסות שונה ל"אחר", גם אם היא שוויונית לכאורה (מבחינת ההשפעה הרכושית שלה), מבוססת כמעט תמיד על תפיסה של עליונות על האחר. הנזק החברתי גדול עד כדי כך שהטבה רכושית (בוודאי כזו שתוחלתה, כאמור לעיל, היא אגורות ספורות בלבד) אינה יכולה לאיינו.⁵³ זאת ועוד, מדיניותה של המבטחת בפרשת מירב לא רק משקפת סטריאוטיפים שוביניסטיים, אלא אף מבססת אותם, ובכך מגדילה עוד יותר את הפגיעה החברתית (S) בעקרון השוויון. קיים חשש שבשל ההטבה הרכושית יבחרו נשים רבות יותר בשירות החנימי, ולא יחליפו לגלגל בעצמן, ואילו גברים מעטים יותר יבחרו בשירות בשל עלותו.

היבט רלוונטי נוסף בגישתה של הלמן הוא הדגש שהיא שמה במיחות הגוף המפלה. לשיטתה, על-מנת להגדיר מעשה כהפליה פסולה, יש למלא שני תנאים מצטברים: ראשית, כאמור, שלמדיניות יהיה מסר פוגעני; ושנית, שהגורם המפלה יהיה שחקן בעל כוח חברתי ממש.⁵⁴ יש להדגיש כי לדעת הלמן מדובר בכוח פוטנציאלי של הגורם המפלה לתרום לשעתוק של סטריאוטיפ; היא מדגימה זאת באמצעות ההבחנה בין מעסיק שמקבל לעבודה רק עובדים לבנים לבין אדם שבוחר רק חברים לבנים – הראשון מהווה גורם מפלה בעל כוח חברתי, שבכוחו לחזק סטריאוטיפים שליליים באמצעות התנהגותו, ואילו השני אינו מהווה גורם מפלה בעל כוח חברתי, ולכן התנהגותו אינה מהווה הפליה פסולה.⁵⁵

50 Hellman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 100-102.
 51 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 85.
 52 כדי להמחיש תובנה זו, הלמן מביאה פרט מהאוטוביוגרפיה של נלסון מנדלה, שבה הוא מספר כי בבתי-הכלא של דרום-אפריקה בתקופת האפרטהייד נדרשו אסירים לבנים ללבוש מכנסיים ארוכים, בעוד שאסירים שחורים נדרשו ללבוש מכנסיים קצרים. על פניו, מבחינה פיזית, מדובר במדיניות מבחינה שמיטיבה עם השחורים, שכן מכנסיים קצרים נוחים יותר ומתאימים יותר למזג-האוויר החם במדינה. אולם למעשה היה למדיניות זו מסר משפיל כלפי השחורים, בשל התפיסה החברתית-התרבותית המזהה מכנסיים קצרים עם תינוקות. ראו HELLMAN, לעיל ה"ש 46, בעמ' 5-6. בעוד לגישתו של פרופ' סטטמן אין כאן הפליה, לגישתה של הלמן מדובר בהפליה פסולה, ואנו למדים על כך מהמסר שהמדיניות המפלה משרדת (S-), ולא מהתוצאה החומרית שלה (M+).
 53 במקרה שלנו הפרדת האחר משרדת מסר משפיל שלפיו נשים אינן יכולות, צריכות או אמורות להחליף לגלגל ברכב, וכך משקפת תפיסה שוביניסטית ופטרונית המבוססת על סטריאוטיפים פוגעניים כלפי נשים. ראו עניין מירב – אישור תובענה, לעיל ה"ש 25, פס' 29 ו-37.
 54 Hellman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 103-104.
 55 שם.

פרופ' סטטמן, לעומת זאת, מבקש לדחות במאמרו את הגישה שלפיה גם הפליה מיטיבה יכולה להיות פסולה, ככל שהמסר שלה מפלה, באמצעות דוגמה של צעיר שקם ממקומו באוטובוס כדי לפנותו לאישה מבוגרת. לדברי פרופ' סטטמן, ייתכן שמדובר בפעולה בעלת מסר משפיל, המחזקת סטריאוטיפים שליליים נגד אנשים בגיל זקנה, אולם אין לאסור אותה מבחינה משפטית, ובוודאי אין להגדירה כהפליה.⁵⁶ אולם בהתאם להבהרה לעיל בנוגע לגישתה של הלמן, פרופ' סטטמן מתייחס בדוגמה שלו לפעולות וולונטריות שבין אדם לחברו, ולא למדיניות מחייבת של נתן שירות בעל כוח השפעה. אילו דובר במדיניות מחייבת רשמית שלפיה בכל אוטובוס יוקצו מקומות ישיבה לנשים מבוגרות בלבד, אזי ככל שהייתי מוצא כי יש במדיניות זו משום מסר משפיל כלפי נשים בגיל זקנה (NM-) או החצנה שלילית על יסודותיה של החברה כולה (S-), הייתי סובר שמדובר במדיניות מפלה. אלא שברור שאין דינה של חברת אוטובוסים הנותנת שירותים לציבור כדין אדם פרטי בהיבט של כוחם החברתי ויכולתם הפוטנציאלית לפגוע בקבוצות חלשות ו/או לתרום לשעתוק של סטריאוטיפים מגדריים בעייתיים באמצעות מדיניות מפלה. לפיכך אין לגזור גזרה שווה באשר לחובות המשפטיות שראוי להחיל עליהם.⁵⁷

3. גישת ה-*anti-subordination* – לפי גישה זו, השואפת לאיין את חוסר השוויון בחברה, הפליה היא פסולה אם יש בכוחה לשמר את מעמדה הנחות והמוכפף של קבוצה חברתית אחת לקבוצה חברתית אחרת.⁵⁸ גישה זו מציעה לבחון באופן דקדקני יותר אם המדיניות המפלה יוצרת מדרג לא-צודק בין הקבוצה שהיא מתייחסת אליה לבין קבוצות אחרות בחברה. בבחינה זו יש לבדוק אם המדיניות משמרת את נחיתות הקבוצה, אם ההיסטוריה הקבוצתית של אותה קבוצה כוללת הפליה או נחיתות, ואם מדובר בקבוצה הלוקה בחוסר כוח פוליטי.⁵⁹

לעומת גישה זו, פרופ' סטטמן שולל התייחסות לתוצאה של הפעולה המפלה מבחינת כלל חברי הקבוצה המופלית, ויוצא נגד אמת-המידה של שימור מעמד נחות של קבוצה

56 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, פרק ד.

57 לבסוף, סיבה נוספת לכך שהדוגמה של פרופ' סטטמן מעוררת אצלנו ספק קושי היא שמדובר בה הפליה על רקע גיל, אשר שונה לחלוטין מהפליה על רקע גזע או מגדר. הפליה על רקע גיל הינה הפליה שהחברה סובלנית יותר כלפיה באופן יחסי – בין משום שכלפי זקנים אין היסטוריה של הפליה, ובין בגלל ההכרה שכולנו היינו צעירים וכולנו נהיה זקנים יום אחד. אותה מדיניות כלפי שחורים הייתה הופכת את הדוגמה על פיה, שכן אם חברת תעופה תעלה שחורים לפני לבנים למטוס מתוך מחשבה שהם אינם יכולים למצוא את מושבם לבר, הדבר ישפיל אותם ויחזק סטריאוטיפים שליליים כלפיהם, ובכך יהווה (על-אף ההטבה הרכושית) הפליה אסורה מסוג (S-, NM-, M+).

58 John Hasnas, *Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination*, 71 *FORDHAM L. REV.* 423, 436–38 (2002).

59 Abigail Nurse, *Anti-Subordination in the Equal Protection Clause: A Case Study*, 89 *N.Y.U. L. REV.* 293, 300–03 (2014). דוגמה לגישה זו ניתן לראות בדבריו של השופט ג'ובראן בפסק-דין פרו'אנסקי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 61, שבהם ציין כי הכנסת נשים למועדון בגיל צעיר יותר מאשר גברים פסולה בשל העובדה שהיא מבטאת מדרג מגדרי.

אחת לעומת אחרת כמגדירה הפליה. לשם כך הוא מביא דוגמאות כגון חברות המתמקדות בשיווק תוכניות דיאטה, ניתוחים פלסטיים או נעלי-עקב, כדי להבהיר שפעולה שעלולה לחזק סטריאוטיפים ודעות קדומות בלבד (מבלי להזיק באופן ממוני) אינה מהווה הפליה.⁶⁰ אלא שככל שהדוגמאות הללו משרתות את פרופ' סטטמן, הן עושות כן משתי סיבות: ראשית, משום שאין מדובר שם במכירת מוצר בתנאים שונים לגברים ולנשים, ולגישתו של פרופ' סטטמן, כזכור, מקום שאין מדובר בחלוקת-חסר של טובין כלשהם אי-אפשר כלל לדבר מבחינה מושגית על הפליה;⁶¹ שנית, משום שדומה כי לנשים בדוגמאות הללו לא נגרם כלל נזק לא-רכושי. כך, כשם שאין להאשים יצרני נשק ברצח, אף שהוא בוצע על-ידי מוצר שיצא ממפעליהן, כך גם אין להאשים יצרנים של נעלי-עקב בהפליה אסורה. כשם שהרצח יתגבש אם ייעשה שימוש פסול בכלי-הנשק, כך בענייננו ההפליה תתגבש, למשל, אם המעביד יבקש למשטר את לבושן של עובדותיו על-ידי חיובן לנעול נעלי-עקב אך יימנע מלמשטר את הגברים באופן דומה.

4. גישת ה-"anti-classification"⁶² – גישה זו, כך נטען, מבוססת על עקרון השוויון האריסטוטלי, הדורש לנקוט מדיניות שוויונית בין שווים ושונה בין שונים, ובהתאם לכך להבחין בין גברים לנשים רק כאשר יש שוני רלוונטי.⁶³ לפי גישה זו, הפסול בהפליה הוא בכך שהיא מנוגדת לחובה לראות כל אדם כפרט, ולחובה לא לשפוט אותו בהתאם לשיוכו הקבוצתי.⁶⁴ משכך, גישה זו מתנגדת גם להפליה "מיטיבה".⁶⁵ לצורך הקביעה אם קיים שוני רלוונטי בין שתי קבוצות שמצריך הבחנה ביניהן לאור תכליתה של המדיניות המפלה, נדרשת אמת-מידה שתסייע בקביעה עד כמה הקשר בין התבחינים לבין אותה תכלית חזק. הדוקטרינה של "סיווג חשוד" (suspect classification) פותחה לצורך זה בדיוק, והיא דורשת בחינה מדוקדקת והתאמה הדוקה בין התבחין לבין התכלית.⁶⁶ לפי פיתוחה של גישת ה-"anti-classification" בפסיקה האמריקנית, פעולה המבחינה בין בני-אדם על בסיס מין, המהווה "סיווג חשוד", היא הפליה אסורה, למעט במקרים שבהם יש לה הצדקה משכנעת במיוחד – למשל, כאשר היא מבוססת על הבדלים ביולוגיים מוכחים.⁶⁷ ההיגיון העומד

60 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 34 וכן ליד ה"ש 51.

61 פרופ' סטטמן מביע זאת, בין היתר, בכך שהוא מסביר מדוע מעסיק שמקלל עובדים על בסיס שיוכם האתני אינו מבצע הפליה. ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 68 ואילך.

62 גישה זו מכונה גם גישת ה-"anti-differentiation". ראו, למשל, Hasnas, לעיל ה"ש 58, בעמ' 433-431.

63 לכתיבה על שאלת ההפליה והרלוונטיות ראו, למשל, Lena Halldenius, *Discrimination and Irrelevance*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 108 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2017).

64 Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470, 1472 (2004).

65 שם, בעמ' 1473.

66 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 108-14 (1976).

67 ראו, למשל, Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) (מדינת אוקלהומה אסרה מכירת משקה אלכוהולי מסוים לגברים מתחת לגיל שמונה-עשרה ולנשים מתחת לגיל עשרים ואחת; בית-

ביסוד הדוקטרינה המחייבת את בתי-המשפט לבחון בשבע עיניים את הסיבה להבחנה הוא שיש לוודא שמאחורי ההבחנה לא עומדת כוונה שלילית. המשמעות האופרטיבית של בחינה שיפוטית מחמירה זו היא העברת נטל ההוכחה אל מי שנטען כלפיו כי הוא מפלה, כלומר, כאשר בתי-המשפט נתקלים בהבחנה חשודה, על הנתבע להראות כי ההבחנה רלוונטית למטרה.⁶⁸ כך, למשל, מסעיף 3 לחוק איסור הפליה ניתן ללמוד כי תכליתו של חוק איסור הפליה משקפת את גישת ה-anti-classification, ולו משום שלשון החוק מונה במפורש סיווגים חשודים שאסור להפלות על בסיסם אלא במקרים נדירים. אכן, הפסיקה הישראלית נתנה בכורה לגישת ה-anti-classification⁶⁹, וזו גם דעתם של מלומדים אחרים.⁷⁰

מבחינת יישומו של המודל הטיפולוגי ניתן לראות שגם בגישת ה-anti-classification הפליה יכולה להתקיים בין שיש הטבה ממונית ובין שיש הרעה ממונית (M+/M-). גישה זו מגינה על הפרט, על-מנת למנוע ממנו את הנזק הנפשי הכרוך בכך שמתייחסים אליו באופן שונה מכפי שמתייחסים לאחרים, על-סמך תבחינים שאינם רלוונטיים לנושא הנדון (NM-). נוסף על כך, גישת ה-anti-classification מכירה בנזק החברתי שנוצר כתוצאה מהפליה (S-), ומנסה למנוע אותו באמצעות הדרישה להתייחס בחשדנות גם לסיווג רציונלי לכאורה כאשר הוא פוגע בקבוצה שסובלת מחוסר הערכה ומתיגים שליליים, מתוך הכרה בכך שחוסר הערכה כלפי קבוצה מסוימת הוא דבר שמושרש באופן עמוק.⁷¹

ומה לגבי אמות-המידה לקיומו של שוני רלוונטי בין הקבוצות המצדיק בכל-זאת מתן יחס שונה לכל אחת מהן? על-מנת ששוני יהווה הצדקה ליחס שונה, עולה מהפסיקה כי עליו לעמוד בשני תנאים מצטברים: ראשית, כאשר לשאלה בדבר עצם קיומו של השוני, עליו להיות מבוסס ומגובה בעובדות ובנתונים אמפיריים, ולא בסטריאוטיפים;⁷² שנית, גם אם קיים שוני, עליו להיות רלוונטי למהות הטובין המחולקים, באופן שיחייב את ההבחנה.⁷³ בעניין מירב כשלה המבטחת בהוכחת שני התנאים: ראשית, לפי השופט גרוסקופף, המדיניות התבססה על סטריאוטיפים מופרכים ביחס לתכונות נשיות וגבריות;⁷⁴ שנית, גם אילו הוכח קיומו של שוני פיזיולוגי מובהק, היה צריך להראות שהבדל זה מחייב מתן הנחה. אלא

המשפט קבע כי ההבחנה המגדרית אינה חוקתית משום שהמדינה לא הציגה נתונים סטטיסטיים מהימנים המצדיקים אותה); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996) (ביטול המדיניות של קבלת גברים בלבד לפנימייה צבאית שנוהלה על-ידי מדינת וירג'יניה).

68 כהן-אליה, לעיל ה"ש 45, בעמ' 163.

69 ראו, לדוגמה, בג"ץ 678/88 *כפר ורדים נ' שר האוצר*, פ"ד מג(2) 501, פס' 8 לפסק-דינו של השופט אור (1989); עניין *פרוואנסקי*, לעיל ה"ש 32, פס' 30 לפסק-דינו של השופט דנציגר; בג"ץ 721/94 *אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ*, פ"ד מח(5) 749, 762 (1994) (המשנה לנשיא ברק).

70 Yifat Bitton, *Finally, Our Own Brown!* (?), 45 *ISR. L. REV.* 267, 281 (2012).

71 מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" *מחקרי משפט כו* 217, 225 ה"ש 46, 235 (2010).

72 ראו עניין *פרוואנסקי*, לעיל ה"ש 32, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

73 עניין *מילר*, לעיל ה"ש 45, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מצא.

74 עניין *מירב – פסק-דין*, לעיל ה"ש 5, פס' 41 ו-45.

שבמקרה שלנו ההבחנה הנטענת בין המינים מצדיקה דווקא פרמיה גבוהה יותר לנשים, כאשר הן נזקקות יותר לשירותי החלפת גלגל, אליבא דמבטחת.⁷⁵

5. גישת ה-*anti-stereotype* – גישה זו מתנגדת להבחנות של קבוצות חשודות אשר יש בהן כדי לקבע סטריאוטיפים. בהקשר המגדרי המקור הפילוסופי של גישה זו הוא ג'ון סטיוארט מיל וספרו *The Subjection of Women*, שבו הראה מיל כיצד החברה יוצרת באופן מלאכותי את "הטבע הנשי" ו"הטבע הגברי", ולפיכך אשמה בכך שנשים משועבדות לגברים. או כמאמרה המפורסם של סימון דה בובואר: "אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה".⁷⁶ מיל הגיע לשתי מסקנות: ראשית, אי-שוויון בין נשים לגברים אינו ניתן להצדקה על-ידי "שוני טבעי"; ושנית, מטרתה של חברה ליברלית צריכה להיות מיגור כל זכר לכוחות משפטיים וחברתיים שדוחפים פרטים להתאים לתבניות מבוססות-מגדר.⁷⁷

לפסיקתה של שופטת בית-המשפט העליון בארצות-הברית רות ביידר-גינסבורג יש חלק מרכזי בפיתוחה של גישה זו. לפי גישתה, יש סיווגים על בסיס מגדר שאינם מהווים מדיניות מפלה.⁷⁸ הפסול במדיניות מפלה מתבטא בסיווג שמשעתק סטריאוטיפים מגדריים היסטוריים בעייתיים ואת נחיתותן המשפטית והחברתית של נשים.⁷⁹ עקרון השוויון מחייב לא לתת לנשים "זכויות-יתר מיותרות" על גברים, ולכן גם במקרים שבהם ההפליה שנקטה המדינה הייתה לכאורה לטובת נשים, בכך שהיא העניקה להן הטבות חומריות שלא הוענקו לגברים, טענה ביידר-גינסבורג כי ההפליה משקפת תפיסה שלפיה נשים אינן אזרחיות שוות ובנות-אדם האחראיות למעשיהן.⁸⁰ על-כן גם סיווג מגדרי ש"מייטיב" עם נשים הוא פסול ככל שהוא מבוסס על סטריאוטיפים של חלוקת תפקידים בעייתית בין גברים לנשים.⁸¹ כאמור לעיל, זו גם הייתה גישתו של בית-המשפט העליון בישראל בפרשות אלחנתי ופלוני.⁸²

75 שם, פס' 46. בחינת התנאים המצטברים לקיומו של שוני רלוונטי עולה גם מדבריו של השופט גרוסקופף שם, בפס' 41, שבה כחן, ראשית, את עצם קיומו של השוני, ולאחר-מכן קבע כי גם אילו היה קיים שוני מבוסס אמפירית, היה צריך להראות כי הוא רלוונטי למהות השירות הניתן על-מנת להצדיק הבחנה בין גברים לנשים.

76 סימון דה בובואר המין השני כרך שני – המציאות היומיומית 13 (שרון פרמינגר מתרגמת, הוצאת בבל, 2007).

77 Cary Franklin, *The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination* 77 *Law*, 85 N.Y.U. L. REV. 83, 92–97 (2010).

78 Cary Franklin, *A More Perfect Union: Sex, Race, and the VMI Case*, in *THE LEGACY OF RUTH BADER GINSBURG* 88, 92 (Scott Dodson ed., 2015).

79 שם; עניין *United States v. Virginia*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 533–534. ביידר-גינסבורג מציגה טענה דומה גם ביחס להפליה גזעית: לדעתה, מדיניות המבחינה על בסיס גזע היא חשודה לא משום שסיווג גזעי הוא אסור באופן עקרוני ואפריורי, אלא משום שבדרך-כלל השימוש בו נעשה כדי לשמר אי-שוויון גזעי. ראו *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 301 (2003).

80 Deborah Jones Merritt & David M. Lieberman, *Ruth Bader Ginsburg's Jurisprudence of Opportunity and Equality*, 104 COLUM. L. REV. 39, 43–45 (2004).

81 Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Benign Classification in the Context of Sex*, 10 CONN. L. REV. 813, 819–20 (1978).

82 ראו עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 15, ועניין פלוני, לעיל ה"ש 16.

ניתן לראות כי גם על-פי גישה זו אין זה משנה אם מדובר בהטבה ממונית או בנזק ממוני (M+/M-), אלא ההתמקדות היא בנזק החברתי הרחב שבשעתוק סטריאוטיפים ובהסללת נשים וגברים לתפקידים מגדריים (S-), שאליו נלווה גם נזק לא-ממוני של השפלה של הצד המופלה כתוצאה מהיחס הסטריאוטיפי המשפיל כלפיו (NM-). לנוכח זאת קל לראות את הבעייתיות בפרשת מירב. הסיווג המגדרי בפרשת מירב אומנם "מיטיב" בטווח הקצר עם נשים מבחינה כלכלית, אך הוא מבוסס על סטריאוטיפים מגדריים בעייתיים – שלפיהם יש חלוקת תפקידים ברורה בין גברים לנשים והחלפת גלגל אינה תפקיד ראוי לנשים – ואף עוזר לבססם. ודוק, השופטת האמריקנית ביידר-גינסבורג הבדילה בין הפליה מיטיבה פסולה לבין הפליה מתקנת ראויה: בעוד הראשונה מבוססת על סטריאוטיפים מגדריים מושרשים ומשעתקת עוול היסטורי, השנייה מבקשת להתמודד עם עוול היסטורי הנובע מהבניה חברתית פגומה ולתקנו.⁸³ בעוד הפליה מיטיבה פסולה פוגעת בפועל בשוויון, הפליה מתקנת מקדמת בפועל את השוויון, בתקנה את ההפליה ההיסטורית. בעניין מירב, כפי שהיטיב השופט גרוסקופף להבין, טענתה של חברת הביטוח כי מדובר בהעדפה מתקנת הייתה חסרת שחר, שכן המדיניות לא נועדה להקטין פערים היסטוריים שנבעו מהבניה חברתית פגומה ולקדם שוויון מהותי. דובר במדיניות שמיטיבה לכאורה עם נשים בטווח הקצר, אלא שבטווח הרחוק היא פוגעת בהן ואינה מסייעת בקידום השוויון.⁸⁴

גישתה של ביידר-גינסבורג באה לידי ביטוי גם בעמדות שהציגו השופטים דנציגר וג'ובראן בפסק-דינם בפרשת פרוז'אנסקי, שלפיהן מטרתם של דיני איסור ההפליה היא מיגור סטריאוטיפים. במקרה זה נפסלה מדיניות שאפשרה כניסה לגברים מעל גיל עשרים ושש ולנשים מעל גיל עשרים וארבע. טענת המועדון הייתה כי גברים בגיל עשרים וארבע הם אלימים מדי, ואילו נשים בגיל זה אינן אלימות. בית-המשפט דחה את הטענה משום שהיא משמרת סטריאוטיפים מגדריים ביחס לגברים ולנשים.⁸⁵

פרופ' סטטמן מתנגד לגישתם של השופטים בפרשת פרוז'אנסקי, הנותנת משקל למסר החברתי השלילי שהמדיניות המפלה משרדת ולסטריאוטיפים השליליים שהיא מחזקת (S-). פרופ' סטטמן טוען כי אי-אפשר לראות את מדיניותה של חברת הביטוח בעניין מירב כמפלה רק משום שהיא פוגעת בשוויון בטווח הרחוק. פרופ' סטטמן צודק; אלא שכפי שראינו, אין זה המצב כלל, שהרי בעניין מירב, נוסף על הפגיעה החברתית (S-), חברת הביטוח גם פוגעת בנשים פגיעה לא-רכושית ישירה (NM-). כזכור, בדרך של "הפרד ומשול" הראה פרופ' סטטמן כי נזק לא-רכושי אינו יכול כשלעצמו לבסס הפליה, אלא רק להוות תוצאה של (מה שנתפס כ-) הפליה בחלוקת הטובין.⁸⁶ אולם גישה זו מוקשית, כאמור לעיל. איש אינו טוען כי נזק לא-רכושי כשלעצמו או נזק חברתי כשלעצמו יכולים תמיד לבסס הפליה. הטענה היא שיחס על בסיס השתייכות קבוצתית שגורם נזק רכושי (M-) ו/או נזק לא-רכושי (NM-), בצירוף נזק חברתי (S-), הינו יחס מפלה.

83 שם, בעמ' 823. בהקשר זה ביידר-גינסבורג מדגישה את הכוונה וההניעה של הגורם המפלה (שפרופ' סטטמן מתעלם מהן, כאמור).

84 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 5, פס' 50.

85 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 32, פס' 24-25 ו-36 לפסק-דינו של השופט דנציגר ופסק-דינו של השופט ג'ובראן.

86 סטטמן, לעיל ה"ש 6, פרק ג.

זאת ועוד, כדי לבסס את טענתו שאי־אפשר לראות את מדיניותה של חברת הביטוח בעניין מירב כמפלה רק משום שהיא פוגעת בשוויון בטווח הרחוק, פרופ' סטטמן מביא כדוגמה צירוף חברים ערבים לוועדה ציבורית, שאחת ההשלכות העקיפות הצפויות שלה היא גל של חקיקה מפלה נגד הציבור הערבי.⁸⁷ פרופ' סטטמן טוען כי מדיניותה של חברת הביטוח דומה: היא מקדמת שוויון בטווח הקצר, וגם אם תוצאתה הצפויה היא נסיגה בשוויון בטווח הרחוק, היא אינה מפלה. אלא שבדוגמה הזו (כמו־גם באחרות שהובאו, הדומות לה) יש לפחות ארבעה קשיים: ראשית, אף אם נסכים שבמדיניותה של חברת הביטוח בעניין מירב יש בטווח הקצר הטבה רכושית לנשים (וראו בהמשך סיבות לפקפק בכך), אין סיבה לסבור שהמדיניות מקדמת שוויון בטווח זה, כפי שקורה בדוגמה שהביא פרופ' סטטמן;⁸⁸ שנית, כפי ששנינו, מדיניותה של חברת הביטוח גורמת לא רק נזק חברתי בטווח הארוך (S-), אלא גם נזק לא־רכושי ישיר (NM-), דבר שאינו מתקיים בדוגמה של הוועדה הציבורית; שלישית, יש הבדל גדול בין הגדלת הייצוג של קבוצה מוחלשת בדירקטוריון או בוועדה ציבורית, שהינה פעולה שמעצימה ומתקנת הפליה (ולכן קרויה "הפליה מתקנת"), לבין פעולה שמקבעת סטריאוטיפים של חולשה וחוסר תושייה ועל־כן אינה מתקנת הפליה אלא מבססת אותה;⁸⁹ (ראו, כאמור, בצדק דחה השופט גרוסקופף את טענתה של המבטחת כי מדובר בהפליה מתקנת⁹⁰); לבסוף, התוצאה השלילית של נסיגה בשוויון בטווח הרחוק, העלולה להיגרם עקב מדיניותה של חברת הביטוח, היא תוצאה ישירה ואינה־נשית של מדיניות זו, הנובעת מתוכה עצמה. חברת הביטוח עצמה היא שמשעתקת סטריאוטיפ פוגעני שלפיו נשים הן חלשות וחסרות תושייה. זאת, בניגוד לתוצאה השלילית העלולה להיגרם בדוגמת הוועדה, שאינה נובעת בהכרח מהמדיניות עצמה, אלא היא בעיקרה תוצר של גורמ־ירקע אחרים שאינם קשורים ישירות למדיניות של צירוף הערבים לוועדה הציבורית, שהיא מדיניות דווקא ראויה כשלעצמה. כך, בעוד שפסק־הדין פרוז'אנסקי ומירב דנו בהשפעות ישירות של המדיניות המפלה על השוויון (S-), נוסף על הנזק הלא־רכושי שנגרם לנשים קורבנות ההפליה (NM-), הדוגמאות של פרופ' סטטמן מתייחסות להשפעות עקיפות של מדיניות אשר כשלעצמה אינה גורמת שום נזק לא־רכושי ישיר, ואותן השפעות עקיפות תלויות בכלל בגורמ־ירקע חיצוניים. חוששני, על־כן, שהדוגמאות הללו אינן משכנעות, ורלוונטיות פחות לניתוחנו כאן.

87 ראו שם, לפני ה"ש 34 (דוגמה ב). ראו שם גם את הדוגמה הראשונה בעניין שילוב נשים בצבא.

88 אילו דובר בהטבה ממונית משמעותית, המלווה פגיעה לא־ממונית ופגיעה חברתית זעומות, אזי היה אפשר לתהות אם מדובר בהפליה אסורה. אך במקרה דנן מדובר כאמור בהטבה של אגורות ספורות ובצידה פגיעה לא־ממונית ופגיעה חברתית לא־מבוטלות.

89 כפי שפרופ' סטטמן מציין קיימים מקרים שבהם קשה במיוחד להבין מהו כיוון ההשפעה, כגון "משרת אם" (סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 83). אכן, "משרת אם" הינה דבר שנוי במחלוקת. אלא שגם כאן יש להבדיל בין הפליה מתקנת אמיתית, שמתמודדת עם מנגנונים חברתיים שקשה לבטל ביום אחד, כגון מציאות שבה אימהות מטפלות בילדים ואבות מפרנסים, שאז יש מקום (אם כי לא תמיד) להסדרים (זמניים) של הפליה מתקנת, לבין מצבים שבהם הבעיה היא טכנולוגית (העדר מברגה חשמלית), שאז ניתן לדמיין שינוי חברתי מהיר, וממילא הפגיעה החומרית שולית. במילים אחרות, במקרה של "משרת אם" יש הטבה כלכלית משמעותית ופגיעה סטריאוטיפית בינונית; במקרה של החלפת גלגל יש הטבה כלכלית שולית ופגיעה סטריאוטיפית גדולה.

90 עניין מירב – פסק־דין, לעיל ה"ש 5, פס' 50 לפסק־דינו של השופט גרוסקופף.

לסיכום, מעמדתו של פרופ' סטטמן נעדרים מרכיבים חשובים שנכללים במושג הפליה הפסולה. ראשית, הפליה אינה חייבת להיות בהקשר של חלוקת טובין, כפי שפרופ' סטטמן סובר, אלא יכולה להתבטא גם ביחס שונה לאחר המשתייך לקבוצה חברתית מוחלשת (תנאי החלוקה מיותר). שנית, יסוד חשוב בהפליה הוא הנזק הנפשי (NM-). פרופ' סטטמן טוען כי בעוד כל פעולה מפלה היא גם משפילה, לא כל פעולה משפילה היא הפליה.⁹¹ גם כאן הוא צודק. אלא שטענתי היא אחרת – אני טוען כי פעולה משפילה שנעשית על-ידי שחקן בעל כוח חברתי ממשי, ואשר ההשפלה הגלומה בה נובעת מהבחנה בין קבוצות חברתיות מוגדרות, היא הפליה.⁹² שלישית, יסוד חשוב בהפליה הוא הנזק החברתי (S-) שנגרם כאשר הגורם המפלה הינו שחקן בעל כוח חברתי ממשי.

ד. הפליה כמושג השוואתי

פרופ' סטטמן דן בתנאי ההשוואתיות שלפיו "טענות על הפליה מניחות בהכרח השוואה – השוואה בין מה שחברים בקבוצה מסוימת (באופן טיפוסי קבוצה מוחלשת) קיבלו או זכאים לקבל לבין מה שחברים בקבוצה אחרת קיבלו או זכאים לקבל. בלא הקשר השוואתי, טענות על הפליה אינן מתעוררות כלל".⁹³ פרופ' סטטמן יוצא כאן מנקודת-הנחה שלפיה קבוצת ההשוואה (לחברים בקבוצה החברתית המוחלשת) היא חברים בקבוצות אחרות (שאינן מוחלשות) בנסיבות דומות מבחינה רלוונטית.⁹⁴

באשר להנחה זו יש לי כמה תהיות, משום שבספרות הפילוסופית יש גם גישות אחרות. פרופ' סטטמן תיאר את גישתה הלא-השוואתית של דֶפֶרָה הלמן ואת ביקורתו של קנת סימונס עליה, ובחר להסכים עם סימונס. הלמן טוענת כי להפליה יש מובן לא-השוואתי, הכולל את זכותו של אדם, הבלתי-תלויה בזכויות אחרים, לקבל את היחס שהוא זכאי לו – למשל, שהגזע שלו לא יובא בחשבון בקביעת היחס שיקבל. סימונס מתנגד לטענה זו, וטוען כי הפליה היא השוואתית שכן היא מתייחסת להבחנות בלתי-מוצדקות בין בני-אדם, כך שברוגמה של הלמן האדם לא יתלונן על עצם העובדה שגזעו הובא בחשבון, אלא על כך שהוא הובא בחשבון לרעה, לעומת מועמדים אחרים. פרופ' סטטמן מסכים כאמור עם סימונס, ומוסיף כי המובן הלא-השוואתי של הלמן גורם לאובדן תפקידו של מושג הפליה כמכוון התנהגות חיובית, שכן הוא כללי מדי ומוביל למסקנה שכל פעולה לא-מוסרית היא גם הפליה, שהרי כל פעולה כזו מתייחסת לאחרים לא כפי שהם זכאים שיתייחסו אליהם.⁹⁵

91 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 65.

92 גישתו המצומצמת של פרופ' סטטמן מובילה אותו לטענה כי "יש משהו מזוה, ואולי אף לא-קוהרנטי, במחשבה שקבוצת הנשים הייתה קורבן להפליה, אם מניחים שגם קבוצת הגברים... הייתה קורבן כזה" (סטטמן, לעיל ה"ש 6, פרק א, בפסקה השנייה אחרי רשימת חמש הקבוצות). אולם קביעה זו אינה מוזרה כלל אם מביאים בחשבון שהפליה יכולה ליצור גם נזק ממוני וגם נזק לא-ממוני.

93 ראו שם, אחרי ה"ש 30 (ס"ק 1).

94 שם, פרק א.

95 שם, ליד ה"ש 16-17.

יצוין כי בספרות המלומדים ניתן למצוא פילוסופים נוספים שתומכים בגישה דומה לזו של הלמן.⁹⁶ לפי גישה זו, ניתן להסיק שההשוואתיות הרלוונטית במושג ההפליה יכולה בעצם להיות בין היחס שאדם מקבוצה מסוימת מקבל (על רקע השתייכותו הקבוצתית) לבין מה שהוא עצמו היה צריך לקבל אילו חי בחברה שמפלה את חברי קבוצתו. דומה הדבר לוויכוח הישן באשר לאדם הסביר, שבמסגרתו נקבע כידוע כי האדם הסביר הינו אדם נורמטיבי יציר-כפיו של בתי-המשפט, וכי אין מדובר באדם השכיח, החציוני או הממוצע (כולם מושגים השוואתיים).⁹⁷ למרות התהיות שיש לי באשר להנחה האמורה, איני מכריע נגדה, משום שלגבי רוב העניינים שנדונים בפסק-הדין ואשר יידונו להלן ניתן לוותר עליה, שהרי ברור כי נשים נפגעו פגיעה שאינה ממונית ביחס לגברים, וכבר הוכחנו לעיל שפגיעה כזו בת-תביעה היא בעילת הפליה.

נעבור עתה לבחינה מדוקדקת של הקבוצות השונות שמנה סטטמן במאמרו, ונתחיל בקבוצות 1 ו-2. בהיבט הממוני חברת הביטוח מפלה גברים בכך שהיא גובה מהם סכומים שהיא אינה גובה מנשים. זו הסיבה שגם אני וגם פרופ' סטטמן (אם כי לגביו, כאמור, איני בטוח בכך) מסכימים לקביעת בית-המשפט שאישר תובענה ייצוגית של גברים בעבור הנזק הממוני. לכאורה היינו אמורים להיות גם תמימי-דעים באשר לעובדה שחברת הביטוח מיטיבה עם הנשים בהיבט הממוני, ולכן צדק בית-המשפט בכך שלא אישר תובענה ייצוגית לנשים בשל הנזק הממוני. אלא שיייתכן בהחלט שהמדיניות המפלה של המבטחת הובילה לעלייה בביקוש של הנשים לביטוח (שהרי זו הייתה בוודאי מטרת המדיניות), וכידוע, בשוק תחרותי עלייה בביקוש מובילה בדרך-כלל לעלייה בפרמיה שתתלם בסופו של דבר.⁹⁸ במצב זה יש לברר מי משלם בסופו של דבר את תוספת הפרמיה הזו.⁹⁹

96 כך, למשל, סופיה מורו טוענת כי הפליה פוגעת באידיאל החירות, אשר כל אדם זכאי לו, שכן היא יוצרת מציאות שבה אדם מופלה נאלץ להביא בחשבון את הגזע, המגדר או הנטייה המינית שלו כאשר הוא שוקל החלטות חשובות ואף טריוויאליות בחייו. ראו Sophia Moreau, *Discrimination and Freedom*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2017) 164, 168–69. גישה דומה ניתן למצוא אצל קספר ליפרטרסמוסן, שטוען כי כדי לקבוע אם הפליה היא רעה מבחינה מוסרית, יש לבחון את הנזק שהיא גורמת, תוך בחינה אם ההפליה מציבה את המופלה במצב גרוע מזה שבו היה מצוי אילו חי בחברה צודקת או לפחות צודקת יותר. ראו: Kasper Lippert-Rasmussen, *The Badness of Discrimination*, in ETHICS ISSUES AND REFLECTIONS 93, 100–01 (Samuel E. Lott ed., 2011).

97 ראו ע"פ 385/89 אבנת נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 1, פס' 7 לפסק-דינו של השופט לוי (1991).

98 טיעון זה מבוסס על טיעון זהה בהקשר של הטעיה צרכנית שהועלה לראשונה על-ידי יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לו 7 (2014).

99 ייתכן שקבוצת כלל הנשים המבוטחות היא ששילמה פרמיה גבוהה יותר כתוצאה מהגימיק השיווקי המפלה, שאז תעמוד גם להן טענה בגין נזק ממוני. אפשרות נוספת היא שתוספת הפרמיה נפלה דווקא על כתפי הגברים, שאז נגרם להם נזק ממוני נוסף שיש לפצותם עליו.

בהיבט הלא-ממוני חברת הביטוח מפלה נשים בכך שהיא מתייחסת אליהן בצורה פוגענית כאילו הן אינן מסוגלות או מעוניינות להחליף גלגל רק בשל היותן נשים. קל יחסית לראות את הפגיעה הלא-ממונית בנשים המשתייכות לקבוצה 5. עם קבוצה זו נמנות נשים שנחשפו למדיניות החברה והחליטו לא לרכוש את הביטוח בשל הפגיעה בכבודן. זאת ועוד, גם אם יוכח שהסיבה שהן לא רכשו את הביטוח שונה לחלוטין, כגון הצעה אטרקטיבית יותר שהן קיבלו מחברה אחרת, ניתן לשער שהאטרקטיביות של ההצעה האחרת נבעה, בין היתר, מכך שלא נלווה אליה מסר פוגעני. מה לגבי נשים שהחליטו לרכוש בכל-זאת את הפוליסה על-אף המסר הפוגעני (נשות קבוצה 4)? גם אלה שקנו את הפוליסה היו במצב טוב יותר אילו ויתרה חברת הביטוח על המסר הפוגעני והעניקה את ההטבה (החלפת גלגל חינם) לכולם ללא הבדל מין.¹⁰⁰

באופן דומה ניתן לשאול אם היה ראוי לאשר את התובענה לקבוצת הגברים שרכשו את הפוליסה (הקבוצה הראשונה) לא רק בשל הנזק הממוני שנגרם להם, אלא גם בשל הנזק הלא-ממוני שנגרם להם. לכאורה לגברים אלה לא נגרם כל נזק לא-ממוני, משום שהיחס אליהם אינו משפיל כלל – המסר אליהם הוא לכאורה שהם חזקים ומסוגלים להחליף גלגל כמו ידיהם המסוקסות. אלא שלדעתי התשובה היא חיובית, ויש לפצות גם קבוצת גברים זו בגין הנזק הלא-ממוני, שהרי ידוע שגברים רבים (ואולי אפילו רובם) אינם יודעים להחליף גלגל בעצמם. גברים אלה מקבלים את המסר הפוגעני שלפיו מי שאינו יכול להחליף גלגל בעצמו אינו מספיק "גבר". אם נוסיף על כך את הנזק החברתי של הנצחת חלוקת התפקידים המגדרית, נקבל שמדובר למעשה בהפליה מסוג (S-, NM-, M-).

נשים לב שאם אני צודק, יוצא שחברת הביטוח מצליחה לשדר מסר פוגעני גם לנשים וגם לגברים בו-זמנית. המסקנה היא שחברת הביטוח מפלה בו-זמנית גם גברים וגם נשים בהיבט הלא-ממוני. לכאורה זוהי תוצאה "מוזרה",¹⁰¹ אלא שבית-המשפט המחוזי, כפי שראינו לעיל, חשב בצדק שהיא אינה כה מוזרה, וגם בית-המשפט העליון, בעניין פרוז'אנסקי, קבע כי הפליה נגד גברים – שכניסתם למועדון הותרה רק מגיל מבוגר יותר – מקפלת בתוכה למעשה גם הפליה נגד נשים.¹⁰²

סוגיה קשורה נוספת שעולה בהקשר של קבוצת הלקוחות בכוח של חברת הביטוח, כפי שזו כונתה בפסק-הדין, רלוונטית להבחנתו של פרופ' סטטמן בין ניזוקים ישירים לניזוקים עקיפים. פרופ' סטטמן טוען כי מי שרק נחשף לפעולה המפלה לא בהכרח נפגע ממנה, וכי הנפגעים הם רק המושאים הישירים של ההפליה.¹⁰³ כתמיכה בטענתו זו הוא טוען כי לא

100 דרך אחרת להמשיג זאת היא לומר, בהתבסס על גישתם של מורו וליפרטרסמוסן (ראו לעיל ה"ש 96), כי מצבן של הנשים הורע ביחס למצב המוסרי הראוי.

101 פרופ' סטטמן טוען כי "אם אנו טוענים כי הפוליסה הפלתה גברים בהשוואה לנשים, מוזר לטעון שהיא הפלתה באותו סעיף גם את הנשים בהשוואה לגברים" (סטטמן, לעיל ה"ש 6, אחרי ה"ש 30 (ס"ק 3)). לנוכח האמור בטקסט, אין כאן מוזרות כלל.

102 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 25.

103 סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 23. בדוגמתו פרופ' סטטמן מחמיץ את המאפיין המרכזי של ההפליה בפסק-דין מירב – יחס שונה לכלל הנשים לעומת היחס לכלל הגברים. כך, למשל, שם, ליד ה"ש 32, הוא נותן דוגמה של נוסעת שהתבקשה להחליף מושב במטוס שכן נוסע חרדי סירב להתיישב לידה, וקובע בצדק כי לנשים האחרות שישבו באותה עת במטוס אין עילת

יעלה על הדעת שבמקרה של השפלת ערכים כשדחתה עופה יפסוק בית המשפט פיצויים לציבור הערבי בכללותו או אף לאותם נוסעים ערכים שהיו באותה עת במקום והיו עדים להתנהגות המשפילה.¹⁰⁴ אלא שהמסקנה בדוגמה, אף אם היא נכונה, אינה משליכה על ענייננו. המקבילה ללקוחות בכוח של המבטחת ששמעו על ההסדר המפלה ולא רכשו בשל כך את הפוליסה הם נוסעים ערכים שהחליטו לנסוע לחוץ-לארץ דרך נקודת יציאה אחרת שבה אין משפילים ערכים, דוגמת מעבר הגבול לירדן, משום רצונם לא להיות מושפלים. מכאן שאותם לקוחות בכוח הם נפגעים ישירים של ההפליה, ולא נפגעים עקיפים שלה.¹⁰⁵ זהו גם הדין הנוהג. כך, למשל, בעניין קול ברמה פסק בית המשפט כי הקבוצה הנפגעת מההפליה כוללת את כלל המאזינות של תחנת הרדיו שלא התירה לנשים לעלות לשידור, ובכלל זה גם אלה שלא ביקשו כלל לעלות לשידור. לכאורה, בהיקש מן הטיעון של פרופ' סטטמן, רק הנשים שביקשו לעלות לשידור וסורבו הן מושאים ישירים של ההפליה ולכן רק להן יש עילת תביעה, אלא שבית המשפט קבע כי כלל המאזינות נחשפו לפגיעה הנפשית הגלומה בעצם הידיעה שרק בשל היותן נשים הן אינן רשאיות להשתתף בשידורי התחנה.¹⁰⁶ לסיכום, בחינה זו של הקבוצות בעניין מירב מוכיחה כי ראשי-הנזק – נזק ממוני ונזק לא-ממוני – אינם דרים בהכרח בכפיפה אחת כאשר מדובר בהפליה, וכי יכול בהחלט להיות מצב שבו תתקיים הטבה ממונית לצד נזק לא-ממוני של השפלה, אשר יגרום לסיווג המקרה כהפליה. עניין מירב, כמו-גם עניין פרוז'אנסקי ועניין אלחנתי, מאירים את מורכבותה של הפליה מבוססת-סטריאוטיפים כלפי גברים ונשים, ומוכיחים כי יחס מפלה על בסיס סטריאוטיפים פוגעניים פוגע בכלל האוכלוסייה – גברים ונשים כאחד.

ה. הפליה כמפגע סביבתי

אחת הבעיות הקשות שמתנגדי הפליה צריכים להתמודד איתן היא מקרים שבהם קיימת הסכמה של הקורבן להפליה. הדבר יכול להתרחש כאשר נשים מסכימות לעלות על אוטובוסים שבהם מותר להן לשבת רק מאחור או כאשר הן רוכשות פוליסה שבה המסר הוא שהן אינן

תביעה נגד חברת התעופה. אולם אילו הודיעה חברת התעופה כי נשים יהיו חייבות לעבור מושב כל אימת שחירי יבקש זאת, ברור שלכל נוסעת, ולכל מי ששקלה להיות נוסעת, הייתה קמה עילת תביעה.

104 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 31.

105 דרך אחרת לראות זאת היא לשים לב שהלקוחות בכוח מופלים ביחס ללקוחות בכוח של חברות ביטוח אחרות, אשר אינן משפילות את לקוחותיהן.

106 בהקשר זה אף שם בית המשפט את ליבו לאפקט המצנן אשר הניא נשים מלכתחילה מלנסות לעלות לשידור בשל הידיעה שהן ייתקלו בסירוב. ראו רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס' 63 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.12.2015) (לעיל ולהלן: עניין קול ברמה). ברק מדינה נותן משקל רב לפגיעה בצדדים שלישיים באמצעות הפליה, וטוען כי מדובר באחד הנימוקים לקיומו של חוק איסור הפליה. ככל שהיקף הפעילות של העסק גבוה יותר כן היקף התפוצה של ההשפעה השלילית של מדיניותו עולה, מה שמצדיק את החלת חוק איסור הפליה גם על הניזוקים העקיפים – אלה שמרגישים מושפלים מההפליה כלפי חברי קבוצתם. ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 56-58 (2003).

מסוגלות להחליף גלגל. אכן, פרופ' סטמץ טוען כי כאשר נשים צורכות הטבה מסוימת באופן וולונטרי, יש טעם טוב לחשוב שאין מדובר בהפליה.¹⁰⁷ למתנגדי ההפליה יש שתי דרכי פעולה כדי להצדיק את נסיונות ההתערבות שלהם כנגד רצונן של הנשים בהפליה. האחת היא להתעלם מהעדפותיהם של הפרטים בקבוצה על בסיס ההנחה שהסכמתם אינה חופשית, מיוודעת או רציונלית, ועל-כן ההתנגדות החיצונית להפליה מיטיבה איתן בטווח הקצר משום שהיא מונעת את השפלתן (שאותה אין הן חוות כלל לכאורה), וכן מיטיבה איתן בטווח הארוך משום שהיא מונעת התקבעות של סטריאוטיפים בעייתיים. אולם דרך זו היא פטרנליסטית ועל-כן בעייתית מאוד במדינה ליברלית, במיוחד לנוכח העובדה שגם נשים בעמדות כוח בוחרות לא אחת בהפלייתן מרצון.¹⁰⁸ הדרך האחרת היא לטעון שיש קבוצה של מיעוט-בתוך-המיעוט שמתנגדת להפליה אך חוששת להתקומם פן יבולע לה. הבעייתיות בדרך זו נעוצה בהתבססות על קבוצה שלא ידוע אם היא קיימת ומה גודלה, וללא נתונים אלה קשה לדעת אם ההתערבות מוצדקת.

הדרך להימנע מבחינה של הסכמת הגורמים המופלים להפליה היא לחשוב על הפליה במונחים של מפגע סביבתי. על-פי גישה זו, חברת הביטוח פוגמת באיכות "האוויר המוסרי" בכך שהיא מפיצה מסרים פוגעניים כלפי נשים. גישה זו מפנה זרקור אל אותו נזק חברתי (S-) היורד לשורשיו החוקתיים של המשטר בישראל. העובדה שיש נשים שמעוניינות בפוליסה – בין משום החינוך השמרני שקיבלו, בין משום שלגביהן ההטבה הממונית עולה על הפגיעה בכבודן ובין מכל סיבה אחרת – אינה שוללת את אפשרות קיומו של מפגע סביבתי רחב. טלו, לדוגמה, מפעל שמוזהם נהר ומפצה את שכניו כדי שלא יגישו נגדו תביעה, אלא שאותו פיצוי אינו מניע את המפעל להפנים את הנזק הסביבתי שהוא גורם לאקוויפר, והדבר פוגע באיכות המים של תושבים רחוקים. כשם שיש מקום לתבוע את המפעל גם על הפגיעה באקוויפר, כך גם בהקשר של פגיעה בשוויון ניתן לחשוב על תביעה נגד חברת הביטוח בשל הפגיעה הסביבתית ב"אקוויפר המוסרי", הלא הוא ערך השוויון בחברה. הרעיון שההיקש ממפגע סביבתי יכול לשמש להמשגה טובה של בעיות מתחומים נוספים מעבר לזיהום פיזי קנה לו שביטה לאחרונה בקרב מלומדים¹⁰⁹ כמו-גם בפסיקה.¹¹⁰

107 ראו סטמץ, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 52.

108 ייתכן שהיה אפשר להצדיק התערבות מקום שאין שוק משוכלל עם בחירה רבה. למשל, אילו הייתה רק חברת ביטוח אחת והיא הייתה מפלה, אזי היה קשה לדבר על בחירה חופשית של הנשים בחברת הביטוח המפלה. אך לא זה המצב בענייננו, שכן לנשים עמדו אפשרויות רבות.

109 בהקשר של סדר דין אורחי ראו, Ronen Avraham, William H.J. Hubbard & Itay E. Lipschits, *Procedural Flexibility in Three Dimensions* (Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics No. 843, 2018). בהקשר של פגיעה בפרטיות ראו, Omri Ben-Shahar, *Data Pollution* (U. of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 854; U. of Chicago, Public Law Working Paper No. 679, 2018).

110 הפסיקה בארצות-הברית דנה בעוללת המטרד לציבור בהקשרים לא-שגרתיים. כך, יצרניות נשק נתבעו בגין מטרד לציבור בשל נזקי רציחות שנעשו באמצעות נשקים שהוחזקו ללא רישיון – *Ileto v. Glock Inc.*, 349 F.3d 1191 (2003); יצרניות צבעים נתבעו בשל נזקיה של מדינת רוד-אייילנד מטיפול בילדים שנפגעו מעופרת בצבעי הקירות בבתי-הם – *State v. Lead* – *Indus. Ass'n*, 951 A.2d 428 (2008); מינסוטה תבעה עיתון בעילת מטרד בטענה שפרסומו

יתרון שנעוץ בגישת ההפליה כמטרד לציבור הוא שהיא מחדדת בעייתיות מרכזית – הפגיעה החברתית ארוכת-הטווח (S-). לפגיעה זו יש שני היבטים. ההיבט האחד הוא ההיבט הסטטי – מדובר בהחצנת עלויות של ה"מזהם" על קורבנות שאיתם אין לו יחסים הסכמיים. כך, למשל, נטען כי חיילות רבות נפגעות בגלל מחויבותו של הצבא לאפשר לחיילים חרדים סביבה "סטריילית מנשים", דבר שהוביל להדרתן מחרדי האוכל הצבאיים וממפאות צבאיות, לחיובן ככללי צניעות מחמירים, לריקון תפקידים ממשמעותם ועוד.¹¹¹ ההיבט האחר הוא ההיבט הדינמי. זיהום פיזי שאינו מקבל מענה מידי הולם עלול להתפשט ולהרחיב את פגיעתו בסביבה. אכן, נסיון החיים מראה כי הפגיעה בשוויון וההדרה מתפשטות ומרחיבות את פגיעתן אם אין עוצרים אותן בזמן. כך היה בהפרדה המגדרית באקדמיה, וכך היה בהקשר של הפרדה מגדרית במסגרת אירועים דתיים במרחב הציבורי. כאשר שני ההיבטים מתקיימים יחדיו, התוצאה עלולה להיות קשה. כך, למשל, נטען כי להפרדה מגדרית בקמפוסים לחרדים יש השלכות רוחב הרסניות לא רק על הציבור החרדי, אשר הסללתו למקצועות שבהם יכולה להתקיים הפרדה מגדרית תקבע אותו במלכודת העוני, אלא גם על הנשים החילוניות, שמודרות כיום מלימודים אקדמיים מסוימים (ההיבט הסטטי), ואשר שכרן אף ילך וירד ככל ששוק העבודה יענה לדרישות בדבר מרחבי עבודה גבריים ומרחבי עבודה נשיים (ההיבט הדינמי).¹¹²

ההיקש ממטרד עוזר לנו לחוש בהבדל בין הנזק החברתי שנגרם מאירוע לא-שוויוני – למשל, אירוע דתי המחיל הפרדה מגדרית – המתקיים בכיכר מרכזית בעיר חילונית¹¹³ לבין

היו שערורייתיים – Near v. Minn., 283 U.S. 697 (1931); עיריית ניו-יורק תבעה כנסייה בשדרה החמישית שאפשרה לדירי-רחוב לישון על מדרגותיה – Fifth Avenue Presbyterian Church v. City of New York, 293 F.3d 570 (2nd Cir. 2002) עילה הנויות ספרים ובתי-קולנוע שהציגו סרטים ו/או מגזינים המכילים דברי תועבה – People ex rel. Busch v. Projection Room Theater, 17 Cal. 3d 42 (1976) דירות אירוח בגין מטרד לציבור בשל כך ששיכנו תיירים בדירות שלא עמדו בסטנדרטים של בטיחות – City of New York v. Smart Apts. LLC, 39 Misc. 3d 221 (2013). בישראל ציין השופט פוגלמן כי דואר-הזבל מהווה "מטרד ציבורי הגורם לנזקים רחבי היקף" – רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (פורסם בנבו, 4.8.2014).

לעומת זאת, בית-משפט שלום נמנע מלהכיר במטרד של פגיעה בפרטיות – ת"א (שלום חי) 36249-05-11 שרון נ' קהילת מוריה, פס' 61 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.1.2016). להרחבה על-אודות האפשרות להכיר בפגיעה בזכות הפרטיות כמטרד ראו ע"א (מחוזי ב"ש) 35/73 שוורץ נ' נחום, פ"מ תשל"ה(2) 320, 324-325 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 4.4.1975).
 111 על אכיפת כללי צניעות ועל דחיקת רגליהן של נשים משירות משמעותי בצה"ל, הגורמת לריקון תפקידים מתוכן, ראו אלינור דוידוב את מי זה משרת? פקודת השירות המשותף והדרת חיילות בצה"ל (שדולת הנשים בישראל, 2018) drive.google.com/file/d/1gY2UuPDzEXA.kA7aTjffUeUiqlHp5BMDC/view

112 ראו סמי פרץ "הקינוח של אשתו של בנט, והעניין הנשי החשוב של השבוע" TheMarker, www.themarker.com/markerweek/premium-1.6723504 7.12.2018

113 עיריית תל-אביב התנגדה לקיומו של אירוע "משיח בכיכר" משום שהוא כלל הפרדה מגדרית במרחב הציבורי. ראש עיריית תל-אביב רון חולדאי אמר בנושא כי "עיריית תל אביב-יפו תעמוד על כך שבעתיד לא יתקיימו אירועים בהפרדה מגדרית במרחב

הנזק הנגרם מאירוע דומה המתקיים באולם סגור.¹¹⁴ כשם שריח לא־נעים שעולה ממטרד רגיל מתפשט רחוק יותר כאשר מקור הריח הוא בכיכר פתוחה, לעומת התפשטותו כאשר הוא באולם סגור, דומה שכך המצב גם לגבי הפגיעה בשוויון.¹¹⁵ זאת ועוד, גישת ההפליה כמטרד לציבור אף עוזרת בהבנת הפסול שבהפליה גם אם מניחים שההסכמה להפליה מצד הקורבנות היא אמיתית ומלאה. עובדות המסכימות לממש הטבה ברמות טיפולי בוטוקס לפנים חינם שהמעביד נתן להם לכבוד חג כלשהו עוזרות להפיץ את המסר הפוגעני שמראה נשי צעיר הוא עניין ראוי למעביד להתעסק בו או עניין ראוי בכלל. בכך הן מסייעות בהפצתו של "זיהום מוסרי" בחברה. זאת, על אחת כמה וכמה אם במקביל נתן המעביד לעובדיו הגברים הטבה הנגועה בסטריאוטיפ גברי, כגון פגישת ייעוץ חינם עם מנהל השקעות. מי שטרם השתכנעה כי יש כאן החצנה שלילית על החברה של אותן עובדות (ועובדים, אך זו לא הנקודה בדיון כאן) שמסכימות לממש את ההטבה המינימלית מוזמנת לחשוב על מצב שבו המעביד מחלק לנשים מנוי למגזין, דוגמת COSMOPOLITAN, שמקדיש חלק ניכר מדפיו למתן עצות מעשיות לנשים מהסוג של "עשרים ואחת דרכים לספק את הגבר שלך",¹¹⁶ בעוד לגברים הוא מחלק מנוי למגזין SCIENCE. האם הסכמת העובדות למדיניות מעין זו יכולה להצדיקה? האם לא ברור שה"נפרד אבל שווה" הזה הוא לא באמת שווה, אפילו אם העובדות באמת שמחות בחלקן?

מחד גיסא, קשה למצוא אסמכתאות בישראל לרעיון של הפליה כמטרד לציבור.¹¹⁷ מאידך גיסא, ההבחנה בין הפגיעה האישית לבין הפגיעה החברתית אינה זרה לפסיקה בישראל,

הציבורי בעיר. אני רואה בכך ביטוי ראוי לערכי השוויון במדינה דמוקרטית".
 גלעד מורג "ביהמ"ש: אירוע 'משיח בכיכר' עם הפרדה מגדרית יתקיים כמתוכנן" ynet
 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5294968,00.html 24.6.2018

114 לאחר תלונות על הפרדה מגדרית באירוע שמחת בית השואבה שהיה אמור להתקיים במרחב הציבורי גן התקווה, ולאחר הוראת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לקיים את האירוע ללא הפרדה, סוכם בין מארגני האירוע לבין עיריית תל־אביב להעביר את האירוע לאולם, ושם לקיימו בהפרדה מגדרית. אבי רבינא "תל אביב: שמחת בית השואבה הועברה בשל רדיפה אנטי דתית" כיכר השבת
 www.kikar.co.il/291530.html 25.9.2018

115 ההיקש עוזר להבין גם את ההבדל בין הפרדה מגדרית בקווי אוטובוס שאמורים לשמש רק את האוכלוסייה החרדית לבין הפרדה מגדרית בקווים שבהם משתמשת גם אוכלוסייה אחרת שאינה רוצה בה. ראו את פסק־הדין שעסק בהפרדה מגדרית בתחבורה ציבורית – בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד ס"ד (2) 530 (2011) – שם קבע השופט ג'ובראן (שם, בפס' 8 לפסק־דין) כי "אין מקום לקבל כפייה במרחב הציבורי הפוגעת באורח קשה בשוויון ובכבוד", ואילו השופט רובינשטיין הסביר (שם, בפס' לא לחוות־דעתו) כי "המצב הנוכחי נוגע לקווי אוטובוס שאף אם יש מי שסבור שהם 'שייכים' לאוכלוסייה החרדית, להלכה ולמעשה הם עומדים, וליתר דיוק: נוסעים, לשימושו של הציבור בכלל – וממילא גם למשתמשים שאינם חפצים בהסדרי הפרדה, חרדים ושאינם חרדים. על נוסעים אחרונים אלה, ובפרט על נוסעות, נכפים הסדרי ההפרדה בניגוד לרצונן, ולעתים באלימות מילולית ויותר ממנה. לפיכך, אין חולק כי מדובר בפגיעה קשה בשוויון ובכבוד שאין להלמה, לרבות בתחום הפלילי" (ההדגשה במקור).

116 Jennifer Fabulous, *The Cosmopolitan Whisperer* (Apr. 10, 2012) <http://jenniferfabulous.blogspot.com/2012/04/cosmopolitan-whisperer.html>

117 אך ראו אורי אורבך דתי נורמלי 95–97 (2018).

אשר הרבתה לעסוק בנוק החברתי הטמון בהפליה (ולא סתם בנוק החברתי הטמון בפגיעה בכבוד) באופן שמזכיר את הנזק ממפגע סביבתי.¹¹⁸ ניכר כי ניתוחים שונים בפסיקה של תוצאות ההפליה, אשר הדגישו את היות ההפליה "גורם הרסני", "נגע" המייצר "גלי הדף" הפוגעים בחברה כולה, באיכויותיה ובבריאותה, דומים למאפייניו של מפגע סביבתי המזהם את הסביבה – דמיון שיוכל בעתיד להוות פתח להפיכת הנזק של "הפליה סביבתית" לבר-פיצוי. אכן, בדומה לגישת ההפליה כמטרד לציבור, בעניין מירב הכיר השופט גרוסקופף בנוק החברתי שנגרם, ואף קבע פיצוי לטובת הציבור שמיועד לקידום שוויון מגדרי והעצמה נשית בישראל.¹¹⁹ כך, ההיקש ממפגעים סביבתיים עוזר לא רק בהבנת הבעיה שבהפליה, אלא גם בהבנת התרופות המשפטיות העומדות לרשות הנפגעים.¹²⁰

לבסוף, המשגת ההפליה כמטרד לציבור עשויה להתגלות כמעניינת במיוחד במצבים שבהם מתעוררות שאלות של שוויון מול חופש דת, כגון במקרים של הפרדה מגדרית במרחב הציבורי.¹²¹ במצבים אלה יש רלוונטיות רבה להבחנה בין רשות היחיד לרשות הרבים, להבחנה בין הפגיעה ביחיד לבין הפגיעה הכללית בציבור, ולרכיבים נוספים שרלוונטיים לעוללת

118 כך, לדוגמה, בעניין קול ברמה, לעיל ה"ש 106, פס' 8, 38 ו-58, הודגש כי למדיניות מפלה יש "גלי הדף" אשר משפיעים על החברה כולה; בפסק-דין שעסק בהימנעות של רשות מקומית מבחירת אישה כנציגה קבע השופט ברק כי "תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה" – ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988); בעתירה שעסקה בשילובם של יוצאי אתיופיה במערכת החינוך הדגישה השופטת פרוקצ'יה כי "כיבוד זכותו של הפרט לשוויון בחינוך חורג מגבולותיה של רשות היחיד ומשליך על דמותה של החברה בכלל" – ראו בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד (סד) 820, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010); ובפסק-דין שעסק בשוני בגיל הפרישה בין גברים לנשים קבע השופט כך כי "ההפליה... פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבואציה החיובית להשתתף בחיי החברה... חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה" – ראו בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, פס' 9 לפסק-דינו של השופט כך (1990).

119 עניין מירב – פסק-דין, לעיל ה"ש 5, פס' 62. חוק תובענות ייצוגיות מכיר בהבחנה בין הפגיעה האישית לבין הפגיעה החברתית, ומאפשר במקרים מסוימים פסיקת פיצויים לציבור. ראו ס' 220(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

120 כידוע, התרופות למפגעים סביבתיים נחלקות לשלושה סוגים מרכזיים: צו מניעה; פיצוי או קנס; ואסדרה פרטנית (דוגמת החוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, והתקנות שהותקנו מכוחו). על-כן, גם כאשר מדובר בפגיעה בשוויון ניתן לחשוב על תרופה של צו האוסר פוליסות עם סעיפים מפלים; על פיצוי נזיקי לקורבנות הישירים אך גם לארגוני נשים, בדומה לפיצויים הניתנים לארגוני איכות הסביבה בשל מפגעים סביבתיים; וגם על אסדרה מפורטת (פרי השלטון המרכזי, השלטון המקומי או בית-המשפט) של אירועים בהפרדה מגדרית במרחב הציבורי – אסדרה שתביא בחשבון ניואנסים כגון אם מדובר באירוע שיש לו רק סממנים דתיים או באירוע תפילה ממש, אם מדובר באירוע חד-פעמי, משך האירוע, אם המארגנים חפצים בגדרות או באנשי ביטחון כדי לאכוף את ההפרדה או שמא הם מסתפקים באפשרות התארגנות ספונטנית להפרדה, ועוד ועוד.

121 האם חל בהקשר זה הכלל שטבע י"ל גורדון "היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך", ואשר השופט חשין ציטט בהקשר של האיזון בין החופש מדת לבין חופש הדת בפרשת מיטראל? ראו בג"ץ

המטרד לציבור. אלא שקצרה היריעה מלפתח כאן את רעיון ההפליה כמטרד לציבור, ועל-כן אשאיר זאת לזמן או למישהי אחרים.

סיכום

איני חולק על כך שקיימים הבדלים פיזיים ואחרים בין נשים לגברים. חלק מההבדלים מולדים, וחלקם תוצאה של הבניה חברתית. השאלה שלפנינו היא כיצד על המשפט להתייחס להבדלים אלה. התשובה מורכבת, משום שבהקשרים מסוימים התייחסות שונה לקבוצות מוחלטות דווקא רצויה. כך, למשל, הפליה מותרת כאשר היא נועדה לתקן – למשל, לשבור סטריאוטיפים, להעצים מוחלשים בטווח הארוך ולתרום לשוויון מהותי בחברה. גם אז עדיף שאותה הפליה מתקנת תהיה לזמן קצוב שבו נדרש עדיין תיקון.¹²² בהקשר הביטוחי הצר, גישת החוק הישראלי היא שאין להבחין בין גברים לנשים אלא במקרים נדירים שבהם הדבר מתחייב מטבעו וממהותו של המוצר. לא יכולה להיות מחלוקת על כך שמתן ההטבה לנשים לא "התחייב" ממהותו של הביטוח, שהרי חברות הביטוח האחרות לא עשו זאת, ואף הנתבעת עצמה שינתה את מדיניותה לאחר הגשת התובענה ונתנה את ההטבה לגברים ולנשים כאחד. על-כן יחס פוגעני לנשים כגימיק שיווקי שבו מחולקת להן הטבה רכושית אגב מכירת פוליסת ביטוח מהווה הפליה, ונופל בגדר חוק איסור הפליה. אך מה אם נאמין לחברת הביטוח שמבחינתה לא דובר בגימיק שיווקי פוגעני, אלא ברצון כן להטיב עם נשים? כאמור בפרק הבוחן את הגישות השונות להפליה, רוב הגישות בוחנות את תוצאת המעשה, ולא את הכוונה מאחוריו, ואם תוצאות המעשה המבחין על רקע השתייכות קבוצתית הינן פוגעניות ברמה האישית וברמה החברתית, הדבר מהווה הפליה.¹²³

3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993), פס' 6 לפסק-דין של השופט חשין.

122 נעיר כי המודל הטיפולוגי מאפשר לנתח גם את מוסד ההפליה המתקנת. מדיניות זו – אשר מבוססת מטבעה על הבחנה בין קבוצות ומיטיבה עם הקבוצה החלשה – יכולה להיות רצויה ומוצדקת, אך רק אם המסר החברתי שהיא משדרת אינו משפיל. כך, למשל, העדפה של שחורים בקבלה לאוניברסיטאות בשל הכרת המדינה בהפליה ממסדית של שחורים שמנעה מהם שוויון הזדמנויות בחינוך, בשוק העבודה וכדומה, ואשר כתוצאה ממנה נתוני הכניסה של צאצאיהם של השחורים נמוכים יותר, נושאת מסר חברתי אחר לחלוטין מהעדפה מתקנת בקבלה לאוניברסיטאות הנובעת מהתפיסה כי שחורים נחותים מלבנים ולכן יש להוריד למענם את רף הקבלה. מבחינת השחורים, במקרה הראשון מדובר בהפליה מסוג (+M, +NM, +S), ולכן היא העדפה מיטיבה מותרת, ואילו במקרה השני מדובר בהפליה מסוג (+M, -NM, -S), שהיא הפליה אסורה. מבחינת הלבנים, במקרה הראשון מדובר בהפליה מסוג (+M, -NM, +S). מעניין שעל-אף הנזק הרכושי שנגרם להם מדובר בהפליה מותרת (ולו באופן זמני) בשל התועלת החברתית (+S) הגלומה בה. ראו Hellman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 101-102.

123 הפילוסופית אייריס יאנג מתארת מצב שבו אישה מתלוננת על כך שגבר אחז במרפקה כאשר ליווה אותה החוצה מחדר הישיבות. לעיתים תלונה כזו נענית בביטול, וכעסה של האישה נתפס כבלתי-מוצדק, שהרי הגבר רק התכוון להיות "ג'נטלמן", הוא לא התכוון לשום דבר שלילי במעשהו זה. אלא שיאנג טוענת כי יש לשפוט את המעשה עצמו גם אם לא נלוותה אליו כוונה רעה. ראו Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* 150-51 (1990).

אך מה כאשר אין מדובר ביחס שונה בנוגע לתנאי השירות בפוליסה, אלא בפרמיה שונה לגברים ולנשים? בעוד שבית-המשפט בפסק-דין מירב פסק כי אסור לחברת ביטוח להציע בפוליסה תנאים שונים לגברים ולנשים, הוא השאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם היה מותר לחברת הביטוח לגבות פרמיה שונה מגברים ומנשים כאשר קיימת הצדקה אקטוארית לכך. פרופ' סטטמן מצא עמדה זו כלא-קוהרנטית.¹²⁴ אכן, הפתרון הנכון הוא שגם גביית פרמיה שונה אסורה, שהרי פוליסה שבה תנאי השירות לגברים ולנשים שונים אך הפרמיה זהה – פוליסה שבית-המשפט פסל, כאמור – שקולה מבחינה כלכלית לפוליסה שבה התנאים זהים אך הפרמיה שונה.¹²⁵ בין כך ובין כך, במקרה שלפנינו "ההצדקה האקטוארית" פועלת בכלל בכיוון של גביית פרמיה גבוהה יותר מנשים, ולא פחותה, שהרי נשים, לגישה של חברת הביטוח, מהוות סיכון ביטוחי גדול יותר בתחום שירותי הדרך. עובדה זו מחזקת את הטענה שבפרשת מירב דובר בתרגיל שיווקי שנועד למשוך נשים אל החברה.

אך האם יש בכלל מקום לדבר על שוק הביטוח ככלי להעברת מסרים בדבר צדק בחברה? התשובה חיובית. אומנם ביטוח מתואר לעיתים כמדעי, כאקטוארי וכניטרלי, אלא שלאורך כל ההיסטוריה הוא היה רווי התייחסויות ערכיות על קבוצות בחברה.¹²⁶ למרות התיאור המדעי של הערכת סיכון ביחס לקבוצות שונות, ההסברים לסיכון מבוססים עדיין לעיתים קרובות על שיח מוסרי, שכולל התייחסות לאתניות, למיניות ולסטריאוטיפים חברתיים נוספים,¹²⁷ כפי שניתן להיווכח גם מעניין מירב.¹²⁸ משעה שברור שאין ומעולם לא הייתה

124 ראו סטטמן, לעיל ה"ש 6, ליד ה"ש 74-76.

125 שיטוט בעולם המשפט מגלה כי יש שיטות משפט שמכירות ב"הצדקה אקטוארית" כשיקול הגובר על שיקולי שוויון, ומתירות גביית פרמיה שונה מגברים ומנשים. בקנדה פסק בית-המשפט העליון כי הפליה כזו מותרת כל עוד היא מבוססת על נתונים סטטיסטיים ואין חלופה מעשית אחרת: Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Comm.), [1992] 16 C.H.R.R. D/255 (S.C.C.) באירופה, לעומת זאת, פסק בית-הדין הגבוה לצדק, בשנת 2011, כי הדבר אסור באופן קטגורי: Case C-236/09 Test-Achats [2012]. החוק הישראלי מכיר בכך שייטכנו מקרים שבהם אכן מתחייב מטבעו וממהותו של המוצר הביטוחי לערוך הבחנות בין נשים לגברים, אלא שלדעתי יש לפרש את החריג לאיסור הפליה בצמצום כך שיחול רק במקרים נדירים ביותר, כגון כאשר קיימת סכנה ממשית לבריאותו של שוק הביטוח, שהרי אין היגיון – בשם השוויון – להוביל להתמוטטות שוק הביטוח ולכך שלאיש לא יהיה כיסוי ביטוחי.

126 כך, למשל, במאה התשע-עשרה היה קשר הדוק בין תפיסה חברתית-מוסרית של המבוטח לבין ההחלטות של חברות הביטוח לגביו. חברות ביטוח אמריקניות, לדוגמה, השתמשו במושג "סיכון מוסרי" (moral hazard) וחילקו באמצעותו את האנשים לקטגוריות של "טובים" ו"רעים", ובהתאם לכך קבעו אם אדם זכאי לביטוח ובאיזה מחיר, וזאת על-סמך התנהגותו ואופיו. ראו Tom Baker, *Insuring Morality*, 29 *Econ. & Soc'y* 559, 559-60 (2000).

127 ALAN HUNT, *Risk and Moralization in Everyday Life*, in *RISK AND MORALITY* 165, 171 (Richard V. Ericson & Aaron Doyle ed., 2003). דוגמה לכך ניתן לראות בהתייחסות לאיידס, שגרמה להערכת המוסריות של הומוסקסואליות (שם).

128 כזכור, בעוד שהמבטחת הביאה נימוקים אמפיריים כביכול שמוכיחים כי נשים חלשות יותר מגברים ביחס ליכולת להחליף גלגל, למעשה הנתונים האמפיריים לא היו חזקים, וספק אם חברת הביטוח טרחה לבררם בטרם נקטה את המדיניות המפלה. עובדות אלה מעלות את החשד

הפרדה בין עולם הביטוח לבין תפיסות של צדק, ניתן בהחלט לרתום את מנגנון הביטוח להעברת מסרים חברתיים חיוביים. כך, למשל, בישראל מועבר מסר חברתי וערכי באמצעות ענף הביטוח בכל הנוגע בהטרדות מיניות. הנחיות הפיקוח על הביטוח אוסרות על חברות הביטוח לכלול בתוכניותיהן כיסוי חברות בשל הטרדה מינית, ובכך מועבר המסר שהטרדה מינית אינה עוד סיכון פיננסי ב־ביטוח שיכול להתרחש אם מתרשלים, אלא מעשה מכוון, פלילי ועל־כן לא ב־כיסוי.¹²⁹

לסיכום, השאלות שבמחלוקת ביני לבין פרופ' סטטמן היו אם הפליה מחייבת חלוקה של טובין (תנאי החלוקה) ואם אגב חלוקה של טובין מתן הטבה רכושית יכול להוות הפליה (תנאי הנזק הרכושי). גם אם נקבל את תנאי ההשוואתיות של פרופ' סטטמן, שלפיו יש להשוות את מצבם של חברי קבוצה מוחלשת לחברי קבוצות שאינן מוחלשות, טענתי היא שהפליה הינה כל יחס פוגעני – ולא דווקא אגב חלוקה של טובין – על בסיס השתייכות קבוצתית, ועל־כן הטבה רכושית עשויה בהחלט להוות הפליה אסורה משום שהיא עלולה במקרים מסוימים לפגוע בכבוד הנשים (והגברים) (NM-) ומשום שהיא עלולה לפגוע פגיעה חברתית עמוקה בערך השוויון (S-) ככל שהיא משקפת או מקבעת סטריאוטיפ מגדרי בעייתי בדבר יכולות ורצונות שונים שיש לנשים ולגברים. ודוק, איני טוען שכל הטבה רכושית, כל השפלה או כל פגיעה במקרה החברתי מהווים בהכרח הפליה. טענתי היא שיחס פוגעני בשל השתייכות לקבוצה חברתית (בעיקר כאשר היא מוחלשת) יכול להוות הפליה, בין אם יש חלוקה של טובין ובין אם לאו. התשובה לשאלה אם במקרה מסוים אותו יחס פוגעני אכן מהווה (ולא רק יכול להוות) הפליה אסורה תיגזר מתכלית החקיקה הרלוונטית החולשת על המעשה, ותביא בחשבון, בין היתר, את מידת הפגיעה, את היקפה, את האפשרות לנקוט אמצעים שפגיעתם פחותה, הצדקות אפשריות לפגיעה וגורמים נוספים שרלוונטיים לפרשנות נכונה של דבר החקיקה.

בפרשת מירב התרחשה פגיעה לא־ממונית בכבודן של הנשים (בשל המסר החבוי במדיניותה של החברה כאילו נשים אינן יכולות או רוצות להחליף גלגל), וכן התרחשה פגיעה חברתית כללית (בשל המסר הסטריאוטיפי באשר לחלוקת התפקידים המגדרית בחברה). גם אם אין מדובר בנזקים המצויים בקצה החמור של סקלת הפגיעות, לא ניתנה שום הצדקה עניינית ראויה לפגיעות אלה (תוחלת הטבה ממונית של אגורות ספורות בשנה אינה מהווה הצדקה עניינית, וטענת הפליה מתקנת הינה מגוחכת בנסיבות הללו). על־כן דומני שעסקינן בהפליה אסורה.

שמאחורי הדברים מסתתרת עמדה ערכית לגבי חלוקה מגדרית של תפקידי האישה ותפקידי

הגבר בחברה. ראו עניין מירב – פסק־דין, לעיל ה"ש 5, פס' 41 ו-45.

129 חוזר ביטוח 16-1-2015 "הוראות לניסוח תוכניות ביטוח" (20.8.2015).

