

## מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי

### מיטל פינטו\*

היחסים המושגיים המוצגים בפסיקה בין שוויון אריסטוטלי לבין שוויון מהותי וכבוד מבולבלים לעיתים ולוקים בחסר. כתוצאה מכך יש חוסר בהירות לגבי העילות להפליה אסורה ולגבי הטעמים לאיסורה. מטרתו של מאמר זה היא להבהיר באמצעות ניתוח מושגי את הקשרים בין שוויון אריסטוטלי, שוויון מהותי וכבוד, את ייחודן של עילות ההפליה השונות ואת תפקידן בהגשמתו של השוויון המהותי.

פרשנותה של הזכות לשוויון ומעמדן של עילות ההפליה עמדו במרכזו של עניין פרוז'אנסקי, שבו החליט בית-המשפט העליון כי מועדון שקבע כי נשים רשאיות להיכנס בגיל צעיר יותר מאשר גברים הפלה על בסיס מין בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה). השופטים דנציגר וג'ובראן נדרשו להתמודד עם טענת המועדון שלפיה ההבחנה שעשה בין גברים לנשים מקיימת את עקרון השוויון האריסטוטלי, כי היא מבוססת על ההנחה שגברים מועדים לאלימות ולהתנהגות פרועה במועדונים יותר מנשים צעירות באותו גיל, ולכן היא מהווה הבחנה רציונלית המבוססת על שוני רלוונטי.

השופט דנציגר סבר כי הסטריאוטיפ שלפיו גברים צעירים נוטים יותר לאלימות מנשים צעירות אינו מבוסס על ראיות אמפיריות ולכן אינו אמין. משכך, הוא אינו מצביע על שוני רלוונטי בין גברים ונשים, ומשמש קריטריון להבחנה לא-רציונלית, המפרה את עקרון השוויון האריסטוטלי. דרכו של השופט דנציגר, כך אטען, צלחה אומנם בעניין פרוז'אנסקי, אך עתידה לנחול כישלון ביישום עקרון השוויון האריסטוטלי במקרים אחרים שבהם יידונו הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים. זאת, מכיוון שהשופט

\* מרצה, בית-הספר למשפטים, המרכז האקדמי כרמל, חיפה. תודתי נתונה לליאב אורגד, שעודד אותי לכתוב מאמר זה, וכן לברק מדינה וליופי תירוש, שהאירו את עיניי בנושאים חשובים למאמר. תודה גם לחברי מערכת כתב-העת **משפט ועסקים**, ששלחו ביקורת מעמיקה ובונה. תודה מיוחדת לג'ואי לייטסטון, עוזר-המחקר שעמל רבות והוסיף מהערותיו המועילות בתקופת גיבוש החומר. עוד ברצוני להודות לגיא רוח על הערות מאירות-עיניים ושיחות רבות שעזרו לי להבהיר את כתיבתי, ולבן-זוגי בועז מילר על קריאה ביקורתית של טיוטות קודמות ועל כך שעזר לי לחדד את מחשבותי וכתיבתי.

דנציגר מניח כי שורש הבעיה בהבחנות מסוג זה הוא עצם ההסתמכות על סטריאוטיפים.

אטען כי דרכו של השופט ג'ובראן נכונה יותר. במקום לנהל דיון עקר בדבר אמינותו של הסטריאוטיפ שעליו הסתמך המועדון, השופט ג'ובראן מצביע על הסיבה הנכונה שבעטייה יש לראות בהבחנות מסוגה של זו שעשה המועדון משום הפליה אסורה, והיא נטייתן להשפיל פרטים מובחנים המשתייכים לקבוצות חשודות. השפלה היא הבחנה המשרתת מסר שלילי של הדרה כלפי הפרטים המובחנים. מסר זה נגזר ממערכת הערכים והפרקטיקות הדומיננטיים בחברה המסוימת שבה נעשתה ההבחנה, ומן ההיסטוריה הספציפית של השתייכות חברתית ושל כפיפות והדרה באותה חברה. כל אלה מצביעים על קבוצות פגיעות במיוחד, אשר מעמדן החברתי הפגיע הופך את ההבחנה על בסיס תכונות המאפיינות את הפרטים המשתייכים אליהן למשפלה.

בבסיס פסק-דינו של השופט ג'ובראן עומדת הבנה נכונה של עקרון השוויון המהותי ושל היחס בינו לבין עקרון השוויון האריסטוטלי. הקושי הטמון בעקרון השוויון האריסטוטלי הוא אפיסטמי. הוא נעוץ בכך שעקרון השוויון האריסטוטלי אינו מציע קריטריון שבעזרתו נוכל לדעת כי התכונה המסוימת שעל בסיסה נעשתה ההבחנה אכן הופכת אותה לרלוונטית ולצודקת. עקרון השוויון האריסטוטלי אינו אומר דבר על מהותו של קריטריון הזכאות הראוי לחלוקה של טובים.

עקרון השוויון המהותי מוסיף על השוויון האריסטוטלי מבחנים שקריטריון הזכאות צריך לעמוד בהם כדי להוות קריטריון רלוונטי. הוא מצביע על תכונות החשודות כתכונות מהותיות ביחס לחלוקת טובים בחברה, כגון מין וגזע, ואוסר הבחנות המתבססות עליהן – גם כאשר הן רציונליות – במקרים שבהן נגרמת השפלה לפרטים המובחנים. עילות ההפליה המקובלות בחוקי איסור הפליה שונים, כגון חוק איסור הפליה, מהוות אפוא ניסיון של המחוקק לזהות הבחנות מסוימות שכרוכות בהשפלה.

מכאן אוסיף ואטען כי אין להבין את רשימת העילות החשודות כרשימה סגורה, אלא רק כניסיון של המחוקק לזהות בזמן נתון ובהקשר תרבותי מסוים אותן תכונות שמזוהות עם קבוצות חברתיות פגיעות ואשר הבחנה על בסיסן כרוכה בהשפלה. על בתי-המשפט להיות ערים על-כך למעמדן החברתי המשתנה של קבוצות פגיעות בחברה הזקוקות להגנתו של השוויון המהותי. איעזר בתכונה של עודף משקל על-מנת לתמוך במסקנה זו.

## הקדמה

פרק א: עניין פרוז'אנסקי

פרק ב: שוויון אריסטוטלי

1. פסק-דין של השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי – כיצד לא ניתן

להגשים את עקרון השוויון האריסטוטלי באמצעות מלחמה

בסטריאוטיפים מנבאים

2. פסק-דין של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי – כיצד ניתן להגשים

את עקרון השוויון האריסטוטלי באמצעות התמקדות בייחודן של

עילות ההפליה החשודות

פרק ג: השפלה וכבוד לקבוצות חשודות

פרק ד: מהותו של השוויון המהותי

פרק ה: השפלה וכבוד לא רק לקבוצות חשודות – הבחנות בנוגע לכבדי-משקל

כמקרה-מבחן

סיכום

## הקדמה

המהפכה החוקתית בישראל בישרה על שינוי במעמדה ובתחולתה של הזכות לשוויון. פסקי-דין הכריזו כי מעתה יש לקרוא את הזכות לשוויון כנגזרת מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>1</sup> בד בבד התחזקה התפיסה שלפיה בפרשנותה של הזכות לשוויון אין להסתפק בעקרון השוויון האריסטוטלי, הדורש יחס שונה לשונים ודומה לדומים, אלא יש לפרש אותה לאורו של אידיאל השוויון המהותי, במיוחד כאשר היא מיושמת בהקשרן של הבחנות המבוססות על עילות "חשודות", כגון גזע, דת ומין.<sup>2</sup>

1 הגישה המקובלת היא מודל-הביניים של הנשיא ברק, שלפיו הזכות לכבוד האדם שבחוק-היסוד מגינה גם מפני הפליה, "ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית". בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 657–659, פס' 38–40 לפסק-דין של הנשיא ברק (2006).

2 המונח "עילות חשודות" שאוב מהדוקטרינה האמריקאית בנושא הפליה. "עילות חשודות" הן עילות שעל בסיסן נעשות הבחנות בין "קבוצות חשודות" לבין קבוצות אחרות. "קבוצה חשודה" היא קבוצה בעלת זהות מובחנת, אשר נתפסת כמקופחת מבחינה חברתית ולכן נמצאת ב"גרעין הקשה" של איסורי ההפליה. לפי הדוקטרינה האמריקאית, כאשר הבחנה מסוימת פוגעת לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצה חשודה, שומה על בית-המשפט להפעיל את מבחן "המיון החשוד" (suspect classification), ולבחון בצורה קפדנית במיוחד אם ההבחנה מהווה הפליה. ראו, למשל, מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים" **הפרקליט** מה 94, 102 (2000–2001); ע"ם 343/09

למרות היישום התדיר של הזכות לשוויון בעידן המהפכה החוקתית, היחסים המושגיים המוצגים בפסיקה בין שוויון אריסטוטלי לבין שוויון מהותי וכבוד מבולבלים לעיתים ולוקים בחסר.<sup>3</sup> כתוצאה מכך יש חוסר בהירות גם לגבי העילות להפליה אסורה ולגבי הטעמים לאיסורה. מטרתו של מאמר זה היא להבהיר באמצעות ניתוח מושגי את הקשר בין שוויון אריסטוטלי לבין שוויון מהותי וכבוד, את ייחודן של עילות ההפליה השונות ואת תפקידן בהגשמתו של השוויון המהותי.

פרשנותה של הזכות לשוויון ומעמדן של עילות ההפליה עמדו במרכזו של עניין **פרו'אנסקי**.<sup>4</sup> בפסק־דין זה נידונה תביעה שהגיש גבר בשם פרו'אנסקי נגד מועדון־לילה בגין הפליה בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (להלן: חוק איסור הפליה),<sup>5</sup> משום שכניסתו למועדון נמנעה בשל היותו בן עשרים וארבע. המועדון הבחין באופן מוצהר בין נשים וגברים כאשר קבע כי גיל הכניסה לנשים הוא עשרים וארבע, ואילו לגברים – עשרים ושש. בית־המשפט העליון קבע כי פרו'אנסקי אכן הופלה בניגוד לחוק איסור הפליה. השופטים נדרשו להתמודד בפסק־הדין עם טענת המועדון כי ההבחנה שעשה בין גברים לנשים התבססה על רציונל שלפיו גברים צעירים מועדים לאלימות ולהתנהגות פרועה במועדונים יותר מנשים צעירות באותו גיל. במילים אחרות, טענת המועדון הייתה כי מאחר שקיים רציונל להבחנה שעשה בין גברים ונשים, מדובר בהבחנה מותרת, ולא בהפליה אסורה. השופטים נדרשו על־כן להסביר מדוע ההבחנה שעשה המועדון – אף שהיא רציונלית לכאורה, ולא שרירותית – מהווה בכל־זאת הפליה אסורה.

בבית־המשפט העליון ישבו השופטים דנציגר, לוי וג'ובראן. אף שהתוצאה שאליה הגיעו השופטים דנציגר וג'ובראן הייתה זהה – קרי, שההבחנה שעשה המועדון מהווה הפליה אסורה – נימוקיהם היו שונים (השופט לוי הצטרף לפסק־דינו של השופט דנציגר). נראה שכל אחד מהשופטים התבסס על תפיסה שונה של עקרון השוויון, שכן במרכז פסק־הדין ניצבה מחלוקת בדבר אופיו ותחולתו של עקרון השוויון, ופסק־הדין כלל חילופי דברים בעניין בין שני השופטים.

אטען כי עמדותיהם של שני השופטים ניתנות ליישוב זו עם זו במסגרת מושגית מאוחדת ועקבית של עקרון השוויון. עם זאת, אטען כי גישתו של השופט דנציגר עלולה להציב את בתי־המשפט בפני שוקת שבורה בכל מה שקשור ליישום העקרונות שהוא מציג על מקרים קונקרטיים של הפליה, אם הללו יהיו שונים, אפילו במעט, מעניין **פרו'אנסקי**. עוד אטען כי פסק־דינו של השופט ג'ובראן, לעומת זאת, סולל את הדרך

**הבית הפתוח לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פס' 53 ר-56 לפסק־דינו של השופט עמית (פורסם בנוב, 14.9.2010).

3 להרחבה בנוגע לעמימות הכללית של פרשנות הזכות לכבוד בפסיקה ראו דני סטממן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001).

4 רע"א 8821/09 **פרו'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ**, תק-על 2011 (4) 1814 (להלן: עניין **פרו'אנסקי**).

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

הנכונה לעיצוב כללים משפטיים הניתנים ליישום על-ידי בתי-המשפט. אחשוף את הרציונלים השונים העומדים לדעתי בבסיס פסק-דינו של השופט ג'ובראן, ואראה כיצד ניתן לגזור מהם את ההבחנות הנכונות על-מנת להכריע בטענות הפליה.

על-פי הניתוח שאציע, בבסיס פסק-דינו של השופט ג'ובראן עומדת הבנה נכונה של עקרון השוויון המהותי, שלפיה מטרתו היא למנוע הבחנות שיש בהן פגיעה בכבוד העולה כדי השפלה. אטען כי עליות ההפליה המקובלות בחוקי איסור הפליה שונים, כגון חוק איסור הפליה, מהוות למעשה ניסיון של המחוקק לזהות הבחנות מסוימות שכרוכות בהשפלה. מכאן אוסיף ואטען כי אין להבין רשימה של עליות אלה כרשימה סגורה, אלא כרשימה שיכולות להיתוסף אליה עליות אחרות, המבססות אף הן הבחנות משפילות.

בפרק א אציג בקצרה את העובדות בעניין פרוז'אנסקי, את הסוגיות העיקריות שאיתן נדרשו השופטים להתמודד בעניין זה ואת פסקי-דינם של השופט דנציגר ושל השופט ג'ובראן. בפרק ב אטען כי השופטים דנציגר וג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי מנסים להתמודד עם יישומו של עקרון השוויון האריסטוטלי בשתי דרכים שונות. בתת-פרק ב1 אצביע על כך שהשופט דנציגר מנסה להתמודד עם הקשיים הטמונים ביישום עקרון השוויון האריסטוטלי על-ידי ערעור אמינותו של הסטריאוטיפ שלפיו גברים צעירים נוטים יותר לאלמות מנשים צעירות. דרך זו, כך אטען, צלחה אומנם בעניין פרוז'אנסקי, אך עתידה לנחול כישלון ביישום עקרון השוויון האריסטוטלי במקרים אחרים שבהם יידונו הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים. זאת, מכיוון שהשופט דנציגר מניח כי שורש הבעיה בהבחנות מסוג זה הוא עצם ההסתמכות על סטריאוטיפים. בתת-פרק ב2 אטען כי דרך ההתמודדות של השופט ג'ובראן עם הקשיים הטמונים בעקרון השוויון האריסטוטלי נכונה יותר. במקום לנהל דיון עקר בדבר אמינותו של הסטריאוטיפ שעליו הסתמך המועדון, השופט ג'ובראן מצביע על הסיבה הנכונה שבעטייה יש לראות בהבחנות מסוגה של זו שעשה המועדון משום הפליה אסורה, והיא נטייתן להשפיל פרטים מובחנים המשתייכים לקבוצות חשודות.

בפרק ג אבאר את עול ההשפלה הנגרם כתוצאה מהבחנות המבוססות על תכונות חשודות, כפי שהוא עולה מכתבתה של דבורה הלמן. השפלה היא הבחנה המשדרת מסר שלילי של הדרה כלפי הפרטים המובחנים. מסר זה נגזר ממערכת הערכים והפרקטיקות הדומיננטיות בחברה המסוימת שבה נעשתה ההבחנה, ומן ההיסטוריה הספציפית של השתייכות חברתית ושל כפיפות והדרה באותה חברה. כל אלה מצביעים למעשה על קבוצות פגיעות במיוחד, אשר מעמדן החברתי הפגיע הופך את ההבחנה על בסיס תכונות המאפיינות את הפרטים המשתייכים אליהן למשפילה.

בפרק ד אטען כי הדרך שבה צעד השופט ג'ובראן על-מנת להגשים את תכליתו של השוויון האריסטוטלי היא למעשה דרכו של השוויון המהותי. תפקידו של עקרון השוויון האריסטוטלי הוא למנוע או לצמצם פגיעה באוטונומיה, אך יש בו קושי אפיסטמולוגי מובנה, שכן אין הוא מספק לנו את הכלים הראויים לזיהוי התכונות הרלוונטיות שהבחנה על בסיסן מצמצמת את האוטונומיה או פוגעת בה. עקרון השוויון האריסטוטלי אינו אומר דבר על מהותו של קריטריון הזכאות הראוי לחלוקה של טובים. עקרון

השוויון המהותי מוסיף מבחנים שקריטריון הזכאות צריך לעמוד בהם כדי להוות קריטריון רלוונטי. הוא מצביע על תכונות החשודות כתכונות מהותיות ביחס לחלוקת טובים בחברה, ואוסר הבחנות המתבססות עליהן (גם כאשר הן רציונליות) במקרים שבהן נגרמת השפלה לפרטים המובחנים.

בפרק ה' אטען כי אם הרציונל של עקרון השוויון המהותי הוא מניעה או צמצום של השפלה, המסקנה היא שאין להבין את רשימת העילות החשודות כרשימה סגורה, אלא רק כניסיון של המחוקק לזהות בזמן נתון ובהקשר תרבותי מסוים אותן תכונות שמזוהות עם קבוצות חברתיות פגיעות ואשר הבחנה על בסיסן כרוכה בהשפלה. על בתי-המשפט להיות ערים על-כן למעמד החברתי המשתנה של קבוצות פגיעות בחברה הזקוקות להגנתו של השוויון המהותי. איעזר בתכונה של עודף משקל על-מנת לתמוך במסקנה זו.

### פרק א': עניין פרוז'אנסקי

פסק-הדין שבמרכזו של מאמר זה דן בתביעה שהגיש גבר בשם פרוז'אנסקי, אשר כניסתו למועדון-לילה נמנעה בשל היותו בן עשרים וארבע. המועדון הבחין באופן מוצהר בין נשים וגברים כאשר קבע כי גיל הכניסה לנשים הוא עשרים וארבע, ואילו לגברים – עשרים ושש. פרוז'אנסקי הגיש תביעה כספית לבית-המשפט לתביעות קטנות, בטענה כי ננקטה כלפיו הפליה פסולה בניגוד לחוק איסור הפליה. בית-המשפט לתביעות קטנות דחה את התביעה, בטענה כי לפי חוק איסור הפליה אין מניעה להפלות מחמת גיל בכניסה למקומות ציבוריים.<sup>6</sup> על פסק-דינו של בית-המשפט לתביעות קטנות הגיש פרוז'אנסקי בקשת רשות ערעור לבית-המשפט המחוזי, בטענה כי המועדון הפלה אותו על רקע מינו, ולא על רקע גילו, וכי כך טען גם לפני בית-המשפט לתביעות קטנות. בית-המשפט המחוזי הסכים כי אכן מדובר בהבחנה על בסיס מין, ולא על בסיס גיל, אולם החליט בכל-זאת לדחות את בקשת הערעור של פרוז'אנסקי. בית-המשפט המחוזי קבע כי יש הצדקה במקרה זה להבחנה בין נשים וגברים, ולכן מדובר בהבחנה מותרת, ולא בהפליה. זאת, בשל שתי סיבות עיקריות. ראשית, גברים צעירים בני עשרים וארבע נוטים יותר לאלימות מגברים מבוגרים מהם. שנית, בגרותם הנפשית של גברים צעירים נוטה להיות פחותה מזו של נשים צעירות באותו גיל.<sup>7</sup>

על פסיקתו של בית-המשפט המחוזי הגיש פרוז'אנסקי בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון. בבית-המשפט העליון ישבו השופטים דנציגר, לוי וג'ובראן. השופטים דנציגר וג'ובראן החליטו להיעתר לבקשתו של פרוז'אנסקי: הם ביטלו את פסק-דינו

6 ת"ק (שלום רח') 1274/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב (פורסם בנבו, 16.6.2009).

7 רת"ק (מחוזי מר') 21939-06-09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב (פורסם בנבו, 19.10.2009) (להלן: עניין פרוז'אנסקי במחוזי).

של בית-המשפט המחוזי, וקבעו כי פרוז'אנסקי אכן הופלה בניגוד לחוק איסור הפליה.<sup>8</sup>

בעניין פרוז'אנסקי ניצבו השופטים בפני שלוש בעיות מרכזיות. ראשית, בניגוד למקרים אחרים של הפליה על בסיס מין, במקרה זה הצד הטוען כי הופלה הוא גבר, ולא אישה. כלומר, הצד הטוען כי נפגע משתייך לקבוצה הנחשבת על-פירוב כקבוצה חזקה בעלת מעמד חברתי גבוה. השאלה העקרונית שהונחה אם כן לפני השופטים הייתה אם חוק איסור הפליה מגן גם על קבוצות חזקות או רק על קבוצות מיעוט חלשות. שנית, המועדון טען כי ההבחנה שעשה בין נשים לגברים במקרה זה לא הייתה שרירותית. ההבחנה התבססה לטענתו על רציונל שלפיו גברים צעירים מועדים לאלומות ולהתנהגות פרועה במועדונים יותר מנשים צעירות באותו גיל. במילים אחרות, טענת המועדון הייתה כי מאחר שקיים רציונל להבחנה שעשה בין גברים ונשים, מדובר בהבחנה מותרת, ולא בהפליה אסורה. השופטים נדרשו על-כן להסביר מדוע ההבחנה שעשה המועדון – אף שהיא רציונלית לכאורה, ולא שרירותית – מהווה בכל-זאת הפליה אסורה. בעיה שלישית, הקשורה לשתיים הראשונות, נוגעת בזיהוי הקבוצה המופלית. מדיניות הכניסה למועדון מיטיבה לכאורה עם נשים, מאחר שכניסתן למועדון מותרת בגיל צעיר יותר מגיל הכניסה שנקבע לגברים. עם זאת, בדומה לפרשות משפטיות אחרות שעסקו בהבחנות אשר מיטיבות לכאורה עם נשים בהשוואה לגברים,<sup>9</sup> גם בפרשת פרוז'אנסקי נדרשו השופטים להכריע בשאלה אם ההבחנה שנקט המועדון אכן מפלה גברים או שמא היא מפלה נשים או גברים ונשים גם-יחד.

כיצד השופט דנציגר מתגבר על הבעיה הראשונה שהצגתי, כלומר, על כך שהצד הטוען להפליה בעניין פרוז'אנסקי משתייך לקבוצה חזקה (גברים), ולא לקבוצת מיעוט חלשה? השופט דנציגר מצביע על כך שהטענה שהחוק צריך להגן רק על חברי קבוצות חלשות מסתמכת על התפיסה כי רק קבוצות חלשות סבלו מהפליה היסטורית מתמשכת הן אלה הראויות להגנתו של החוק. על-פי תפיסה זו, הפליה של חברי קבוצות חלשות שהופלו מבחינה היסטורית מהווה השפלה הפוגעת בכבודם. הפגיעה בכבודם היא שמצדיקה בסופו של דבר את ההגנה הפריירנית של החוק רק עליהם. אולם השופט דנציגר טוען כי אין תמיכה לתפיסה זו בלשון החוק. לשון החוק, לדבריו, אינה מבחינה בין קבוצות שסבלו בעברן מהפליה מתמשכת לבין קבוצות שלא סבלו בעברן מהפליה כזאת. גם דברי ההסבר להצעת החוק מציינים כי הפליה של אדם "רק בשל השתייכותו לקבוצה" נושאת כשלעצמה פגיעה קשה בכבודו.<sup>10</sup>

8 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 4.

9 ראו, למשל, בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) (העוסק בשאלה אם קביעת גיל פרישה לגמלאות נמוך יותר לנשים בהשוואה לגברים מהווה הפליה); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 133 (1995) (אשר דן, בין היתר, בשאלה אם שירות צבאי קצר יותר לנשים מהווה הפליה); Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961) (פסק-דין אמריקאי אשר פסל חוק שהתיר לנשים – אך לא לגברים – חופש בחירה אם לשרת בחבר-מושבעים).

10 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1821–1822, פס' 20–22 לפסק-דינו של השופט דנציגר. בהמשך המאמר (בפרק ד) אטען כי פרט לטעם של הפליה היסטורית מתמשכת של קבוצות מיעוט

כיצד השופט דנציגר מתגבר על הבעיה השנייה שהצגתי, כלומר, על כך שהבחנה שעשה המועדון בין נשים לגברים היא רציונלית לכאורה, ולא שרירותית, ובכל זאת מהווה הפליה אסורה? המועדון הצדיק למעשה את ההבחנה שעשה בין נשים לגברים על-ידי שימוש בסטריאוטיפ<sup>11</sup> בנוגע לגברים צעירים בני עשרים וארבע. על-פי הסטריאוטיפ, גברים צעירים בני עשרים וארבע בוגרים פחות מנשים באותו גיל ונוטים יותר לאלימות ולהתנהגות פרועה במועדונים. לכן, לגישתו של המועדון, ההבחנה בין גיל הנשים לבין גיל הגברים היא רציונלית, ואינה מהווה הפליה שרירותית. השופט דנציגר מנסה לפתור בעיה זו על-ידי ערעור אמינותו של הסטריאוטיפ שלפיו גברים צעירים מועדים יותר להתנהגות פרועה מנשים צעירות. השופט דנציגר טוען למעשה כי סטריאוטיפ זה, הקושר בין מין, גיל וסבירות להתנהגות אלימה במועדונים, אינו אמין, שכן הוא אינו נשען על מידע סטטיסטי רלוונטי.<sup>12</sup> לכן מדובר בהבחנה שרירותית של גברים רק על בסיס השתייכותם לקבוצה מסוימת. לדבריו של השופט דנציגר, הבחנה שרירותית זו, הנושאת מסר של דחייה כלפי המאפיין המגדרי הטבוע בזהותם של גברים, מפלה גברים כי היא פוגעת באוטונומיה שלהם ומשפילה אותם. פגיעות אלה מתעצמות בשל העובדה שהן מתבססות על סטריאוטיפ.<sup>13</sup>

הכרעתו של השופט דנציגר בבעיה השנייה מובילה להכרעתו בבעיה השלישית, הנוגעת בזהותה של הקבוצה המופלית. לדידו, ההבחנה שנקט המועדון מפלה גברים, מפני שהיא מבוססת על סטריאוטיפ לא-אמין המבטא מסר של דחייה כלפיהם. עם זאת, הוא מדגיש כי ההבחנה שנקט המועדון פוגעת לא רק בגברים, אלא גם בנשים, הואיל והיא מקפלת בחובה גישה מפלה וסטריאוטיפית גם כלפיהן.<sup>14</sup> בעניין זה השופט דנציגר מזכיר דוגמות להבחנות נוספות אשר היטיבו לכאורה עם נשים אך הוכרזו על-ידי בית-המשפט כהפלות מפני שהתבססו על סטריאוטיפים. דוגמה אחת היא פרשת **אלחנתי**, שבה קבע בית-המשפט העליון כי הקניית זכויות פנסיה פחותות לאלמן בקרן הפנסיה של בת-זוגו שנפטרה, בהשוואה לזכויות המוקנות לאלמנה באותן נסיבות של פטירת בן-זוגה, מהווה הפליה מאחר שהיא מבוססת על סטריאוטיפ המנציח מציאות לא-רצויה

חלשות יש טעמים נוספים שבגינם יש מקום להבחין – לצורך הגנתו של חוק איסור הפליה – בין חברי קבוצת חלשות לבין חברי קבוצת חזקות, וכי טעמים אלה מתיישבים עם תפיסת השוויון המהותי.

11 המונחים "סטריאוטיפ" או "דעה קדומה" מתארים פרקטיקה של ייחוס תכונה או תכונות מסוימות לאדם או לאנשים מסוימים רק מכוח השתייכותם לקבוצה מסוימת, ולא מפני שהתכונות האלה מאפיינות אותם בהכרח. Sujit Choudhry, *Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws*, 9 GEO. MASON L. REV. 145, 152 (2000–2001). כלומר, אף שלמונחים "סטריאוטיפ" או "דעה קדומה" יש בדרך-כלל קונוטציות שליליות, אני מתייחסת אליהם כאל לא יותר מאשר הכללות או קטגוריזציות (שליליות או חיוביות) בנוגע לפרטים המשתייכים לקבוצות מסוימות רק מפאת השתייכותם לאותן קבוצות. ראו הרחבה בנוגע למושג "סטריאוטיפ" בפרק ב.

12 עניין **פרוואנסקי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1827, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

13 שם, בעמ' 1823, פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

14 שם, בעמ' 1824–1825 ו-1828, פס' 25–27 ו-36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.



שבה נשים משתכרות פחות מגברים.<sup>15</sup> דוגמה שנייה נוגעת בחוק באוקלהומה שהתיר לנשים לשתות אלכוהול בגיל צעיר מזה שנקבע לגברים. החוק נפסל על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית בשל התבססותו על תפיסות סטריאוטיפיות בדבר הרגלי שתייה ונטייה לשכרות אצל גברים ונשים. גם כאן השופט דנציגר מדגיש כי מדובר בהפליה נסתרת כלפי נשים, "החכמה תחת האפליה כלפי גברים".<sup>16</sup>

בדומה לשופט דנציגר, גם השופט ג'ובראן צריך להתמודד עם שלוש השאלות העקרוניות שעולות בעניין פרוז'אנסקי: הראשונה היא אם חוק איסור הפליה מגן גם על קבוצות חזקות או רק על קבוצות מיעוט חלשות; השנייה היא מדוע ההבחנה שעשה המועדון – אף שהיא רציונלית לכאורה, ולא שרירותית – מהווה בכל-זאת הפליה אסורה; והשלישית היא אם ההבחנה שנקט המועדון אכן מפלה גברים או שמא היא מפלה נשים או גברים ונשים גם-יחד.

בנוגע לשאלה הראשונה, בניגוד לשופט דנציגר, השופט ג'ובראן אינו קובע מסמרות בשאלה אם חוק איסור הפליה מגן גם מפני הפליה של קבוצות חזקות בחברה (כגון גברים) אם לאו, אלא משאיר אותה בצריך עיון.<sup>17</sup> לדידו, אין צורך להכריע בסוגיה, שכן "אף שהפגיעה הנחזית במקרה שלפנינו היא בגברים, הרי שהפגיעה העמוקה יותר המגולמת במדיניות המועדון היא בנשים".<sup>18</sup> בכך השופט ג'ובראן מכריע למעשה בשאלה השלישית, הנוגעת בזוהתה של הקבוצה המופלית. לכאורה, ניתן להניח מדבריו שגם גברים מופלים מהבחנת המועדון, אם כי במידה פחותה מנשים, אולם את רוב פסק-דינו השופט ג'ובראן מקדיש להסברים הנוגעים בהפליה של הנשים ובפגיעה בהן. למעשה, אף שהשופט ג'ובראן אינו מכחיש שמדיניות המועדון פוגעת בגברים, נראה כי פגיעה זו אינה עולה לדעתו כדי הפליה של ממש. לדבריו, הפגיעה בגברים במקרה זה אינה מהווה יותר מאותה "אי נוחות" הנגרמת כתוצאה מכל הבחנה המעניקה יחס שונה לאדם רק בגלל השתייכותו הקבוצתית.<sup>19</sup> תימוכין למסקנה כי הקבוצה המופלית במקרה זה היא הנשים, ולא הגברים, ניתן למצוא גם בסיום פסק-דינו של השופט ג'ובראן, שם הוא מדגיש כי מדיניות המועדון מהווה הפליה לא משום שהיא פוגעת בגברים, אלא בשל פגיעתה החמורה בנשים.<sup>20</sup>

הבדל חשוב יותר בין שני השופטים מתגלה בהתמודדותם עם השאלה השנייה. בניגוד לשופט דנציגר, אשר בוחן אם הסטריאוטיפ שעליו הסתמך המועדון הוא אמין ומה מידת אמינותו, השופט ג'ובראן אינו מייחס לסוגיות אלה חשיבות לצורך הקביעה אם מדובר בהפליה. הוא מציין במפורש כי גם אילו הביא המועדון תימוכין לאמינותו

15 שם, בעמ' 1824, פס' 26 לפסק-דינו של השופט דנציגר (בהתייחס לפסק-הדין בבג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406 (2008)).

16 שם, בעמ' 1824, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דנציגר (בהתייחס לפסק-הדין בעניין Craig v. Boren, Governor of Oklahoma, 429 U.S. 190 (1976)).

17 שם, בעמ' 1838.

18 שם.

19 שם, בעמ' 1836.

20 שם, בעמ' 1840.

של הסטריאוטיפ, עדיין לא היה בהם כדי להצדיק את ההבחנה בעניין זה בין גברים לנשים.<sup>21</sup> במקום לדרוש בשאלות אם התנהגותן של נשים צעירות במציאות אכן תואמת את הסטריאוטיפ המיוחס להן (בגרות ועדינות), ואם התנהגותם של גברים צעירים במציאות אכן תואמת את הסטריאוטיפ המיוחס להם (צריכת אלכוהול ונטייה לאלימות), השופט ג'ובראן קובע כי ההבחנה שנקט המועדון פוגעת בנשים, ומאיר את הסיבות המוסריות העקרוניות שבגללן יש להיאבק נגד סטריאוטיפים בנוגע לנשים, וזאת גם כאשר הם אמינים. לדידו של ג'ובראן, סטריאוטיפים בנוגע לנשים, אמינים ככל שיהיו, הם משפילים כי הם משעתקים מבני הפליה קודמים שהציבו נשים במעמד חברתי נמוך יותר משל גברים. הסטריאוטיפ הספציפי שבו השתמש המועדון נושא איתו מסר סמלי שלילי שלפיו נשים הן פגיעות וחלשות יותר. סיבה זו אינה מתקיימת לגבי הסטריאוטיפים בנוגע לקבוצה של גברים צעירים בני עשרים וארבע.<sup>22</sup>

בפרק הבא אנתח את הנמקותיהם השונות של השופטים דנציגר וג'ובראן, ואצביע על בעיות שונות העולות מפסק-דינו של השופט דנציגר. הואיל ושני השופטים מתמודדים עם יישומו של עקרון השוויון האריסטוטלי, אתחיל את הפרק הבא בבירור מושגי קצר של עקרון השוויון האריסטוטלי.

## פרק ב: שוויון אריסטוטלי

המונח "שוויון" מופיע בהקשר המשפטי כהיפוכו של המונח "הפליה". אנחנו נזקקים לעקרון השוויון על-מנת לקבוע אם חלוקת משאבים מסוימת היא צודקת או שמא היא מהווה הפליה אסורה. המונח "חלוקת משאבים" מתייחס לפרקטיקה שבה טוב מסוים מחולק באופן לא-אחיד בין אנשים או בין קבוצות, או לפרקטיקה שבה טוב ניתן לאדם מסוים או לקבוצה מסוימת אך נשלל מאדם אחר או מקבוצה אחרת. על-פי עקרון השוויון הפורמלי – או בכינויו האחרים: "שוויון לפני החוק", "שוויון אוניוורסלי", "שוויון טכני" ו"שוויון מכניסטי"<sup>23</sup> – חלוקה של משאבים על-פי חוק צריכה להיעשות תוך הקפדה על החלה אחידה (אוניוורסלית) של החוק כלפי כל הכפופים לו.<sup>24</sup> הרעיון הוא שמרגע שנקבע כלל חלוקה מסוים בחוק, יש להחילו באופן שווה על כולם ללא

21 שם, בעמ' 1839.

22 שם, בעמ' 1838.

23 ראו את פסק-דינו של השופט חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501 (1996).

24 Timothy J. O'Neill, *The Language of Equality in a Constitutional Order*, 75(3) AM. POL. SCI. REV. 626, 630 (1981); Larry S. Temkin, *Inequality: A Complex, Individualistic, and Comparative Notion*, 11 PHILOSOPHICAL ISSUES 327, 329 (2001). לעקרון השוויון הפורמלי בפסיקה הישראלית ראו, למשל, בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 11 (1981).

משוא-פנים. אולם העדר משוא-פנים אינו מבטיח בהכרח צדק.<sup>25</sup> כך, למשל, חלוקה של משאבים יכולה להתבסס על קריטריון שאינו מבחין בשוני רלוונטי בין פרטים, ועדיין לספק את דרישות השוויון הפורמלי. לדוגמה, כלל חלוקה הקובע כי תהיה חלוקה שווה של מזון בין כל הפרטים – גם השבעים וגם אלה הסובלים מתת-תזונה – מספק את דרישת השוויון הפורמלי.

השוויון האריסטוטלי, לעומת זאת, לא רק דורש כי מהרגע שנקבע כלל מסוים בחוק הוא יחול בצורה שווה על כולם, אלא מציב דרישות בנוגע לכלל החלוקה עצמו. השוויון האריסטוטלי דורש כי כלל החלוקה יקיים יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים.<sup>26</sup> כלומר, לפרטים שהטובים מחולקים ביניהם יש תכונה מסוימת שרלוונטית לחלוקת הטובים, ועל הטובים להתחלק באופן יחסי לתכונה זו. מה שחשוב הוא ששני פרטים בעלי אותה תכונה רלוונטית יקבלו חלק זהה מהטובים המחולקים. עקרון השוויון האריסטוטלי קובע כי חלוקת טובים צודקת צריכה להיעשות מבלי להיות מושפעת משיקולים שרירותיים,<sup>27</sup> שאינם מבססים קשר רציונלי בין אופי הטוב המחולק לבין תכונותיהם של הפרטים שהוא מחולק ביניהם.<sup>28</sup> למשל, הבחנה בין אנשים על-פי צבע עורם לצורך ישיבה באוטובוס היא הבחנה שרירותית, משום שאין קשר רציונלי בין הטוב המחולק (מקום ישיבה באוטובוס) לבין התכונה המבחינה בין הפרטים שביניהם הוא מתחלק (צבע עור).

מהו העוול הנגרם כתוצאה מחלוקת משאבים מפלה מסוג הדוגמה שלעיל, המנוגדת לעקרון השוויון האריסטוטלי? חלוקת משאבים על בסיס קריטריון מבחין אינה נהגת כבוד בפרטים המובחנים כאשר היא נעשית ללא צידוק, קרי, ללא רציונל שיצדיק את השימוש שנעשה בקריטריון המבחין.<sup>29</sup> התנהגות שרירותית כלפי פרטים מנוגדת לרעיון העקרוני שמערכות משפט ליברליות מבוססות עליו, שלפיו פגיעה באינטרסים חשובים

25 יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים: השופט דורנר בעניין אליס מילר" **מחקרי משפט** כב 445–450 (2006).

26 שם, בעמ' 447–448; אריסטו **אתיקה** 116–118 (ספר ה, פרק ג, פס' 1131) (מהדורת ניקומאכוס, יוסף ג' ליבס מתרגם, התשל"ג).

27 על הפליה כיחס שרירותי ראו, למשל, בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988); בג"ץ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989); בג"ץ 11088/05 **הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 19.8.2010).

28 Choudhry, לעיל ה"ש 11, בעמ' 152–154; בנבגי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 447–448.

29 כדבריו של השופט לוי: "אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את ענינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע". פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 759, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוי.

בחייהם של אנשים אינה יכולה להיעשות בשל גחמה כזאת או אחרת.<sup>30</sup> יחס של כבוד מחייב סיבה או הנמקה מובנת להחלת נורמות מסוימות על אנשים אחדים אך לא על אחרים.<sup>31</sup> נוסף על כך, ההנחה הבסיסית היא שהתערבות המשפט בהבחנות שרירותיות אינה פוגעת בהכרח בחירותם של אלה המבססים הבחנות על בסיס שיקולים לא-רציונליים, שכן התנהגות לא-רציונלית נתפסת מלכתחילה כהיפוכה של חירות.<sup>32</sup>

עד כאן עמדתי על מושג השוויון האריסטוטלי. בחלק הבא אחזור לפסק-דין פרוז'אנסקי ואתמקד בחוות-דעתו של השופט דנציגר, על-מנת להבהיר כיצד הוא מנסה להגשים את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי.

### 1. פסק-דינו של השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי – כיצד לא ניתן להגשים את עקרון השוויון האריסטוטלי באמצעות מלחמה בסטריאוטיפים מנבאים

המועדון בעניין פרוז'אנסקי ניסה לשכנע את בית-המשפט כי ההבחנה שעשה בין גיל הכניסה לנשים לבין גיל הכניסה לגברים מבוססת על סיבה רציונלית ורלוונטית לטוב המחולק (כניסה ובילוי במועדון) ולכן מקיימת את עקרון השוויון האריסטוטלי. המועדון הצדיק למעשה את ההבחנה שעשה בין נשים לגברים על-ידי שימוש בסטריאוטיפ בנוגע לגברים צעירים בני עשרים וארבע. על-פי הסטריאוטיפ שהציג המועדון, גברים צעירים בני עשרים וארבע בוגרים פחות מנשים באותו גיל, ונוטים יותר לאלומות ולהתנהגות פרועה במועדונים.

לסטריאוטיפ מהסוג הזה אקרא "סטריאוטיפ מנבא", מכיוון שהוא משמש אמצעי לניבוי או לאומדן (proxy) של יכולותיהם האישיות הספציפיות של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. להבחנות המסתמכות על סטריאוטיפים מנבאים (כמו זו שעשה המועדון) אקרא "הבחנות מנבאות". הבחנות מנבאות נקראות גם "הבחנות המבוססות על מתאם סטטיסטי" כאשר הן מבוססות על מידע סטטיסטי בנוגע לתכונותיהם של

30 כדבריו של השופט חשין: "והרי לא נסכים לקבל כנורמה במשפט כי מקריות תקבע גורלו של אדם (או כל הכרעה אחרת בדיון)". בג"ץ 5631/01 אקים ישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(1) 936, 943, פס' 15 לפסק-דינו של השופט חשין (2003). לדעה שונה, שלפיה בנסיבות מסוימות, הקשורות לניהול ההליך השיפוטי, מקריות ושרירותיות עולות בקנה אחד עם ערכיו של המשפט, ואף עדיפות על כללי הכרעה אחרים, ראו אורי אהרונסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדיון" פרוצדורות (איסי רוזן-צבי וטליה פישור עורכים, צפוי להתפרסם ב-2013).

31 אלון הראל, למשל, סבור כי ביקורת שיפוטית מממשת את זכות השימוע, וכי זו האחרונה מגינה על האינטרס הבסיסי של פרטים לקבל הנמקה מהרשות בעקבות החלטה הפוגעת בהם. אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239, 262–269 (2010).

32 משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 21–22 (2003).

פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת.<sup>33</sup> הבחנות מנבאות אינן שרירותיות במובן זה שהן מתיימרות לבסס קשר רלוונטי בין הטוב המחולק לבין תכונות אישיות של הפרטים המובחנים. הרציונל העומד בבסיסן הוא בדרך-כלל רציונל כלכלי. הרעיון הוא שהסתמכות על השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת חוסכת את העלויות הכרוכות בבדיקה פרטנית של תכונותיו האישיות של כל אדם ואדם.<sup>34</sup> הבחנות מנבאות המתבססות על סטריאוטיפים מנבאים פוגעות באוטונומיה של הפרטים המובחנים כי הן אינן מאפשרות את בדיקת התכונות האישיות של כל פרט ופרט, אלא אוכפות באופן קולקטיבי תכונות מסוימות על פרטים, או מניחות שהן מאפיינות פרטים מסוימים, רק מכוח השתייכותם לקבוצה מסוימת.<sup>35</sup> אולם מכיוון שהשימוש בסטריאוטיפ מנבא אינו נעשה באופן שרירותי, אלא מתיימר לבסס קשר בין הסטריאוטיפ לבין הטוב המחולק, במקרים מסוימים ניתן להשתמש בהבחנות מסוג זה באופן שינהג כבוד בפרטים המובחנים ולא יפר את עקרון השוויון האריסטוטלי.

נחזור לבעיה השנייה שעולה בעניין פרוז'אנסקי – כלומר, לטענה שהמועדון עשה הבחנה רציונלית, ולא שרירותית – ולדרך שבה השופט דנציגר מתמודד איתה. השופט דנציגר אינו מקבל את טענת המועדון שלפיה ההבחנה שעשה בין גברים לנשים היא הבחנה רציונלית המקיימת את עקרון השוויון האריסטוטלי. הוא מוכיח שההבחנה אינה רציונלית על-ידי ערעור אמינותו של הסטריאוטיפ המנבא שלפיו גברים צעירים מועדים יותר להתנהגות פרועה מנשים צעירות. השופט דנציגר טוען למעשה כי סטריאוטיפ מנבא זה, הקושר בין מין, גיל וסבירות להתנהגות אלימה במועדונים, אינו מהווה אמצעי ניבוי אמין, שכן הוא אינו נשען על מידע סטטיסטי רלוונטי.<sup>36</sup> לכן מדובר בהבחנה שרירותית של גברים רק על בסיס השתייכות לקבוצה מסוימת. לדבריו של השופט דנציגר, הבחנה שרירותית זו, הנושאת מסר של דחייה כלפי המאפיין המגדרי הטבוע בזהותם של גברים, מפלה גברים כי היא פוגעת באוטונומיה שלהם ומשפילה אותם. פגיעות אלה מתעצמות בשל העובדה שהן מתבססות על סטריאוטיפ.<sup>37</sup>

לפי הפרשנות של עקרון השוויון האריסטוטלי שהוצגה לעיל, פסיקתו של השופט דנציגר נכונה. הבחנה על בסיס השתייכות לקבוצה (גברים במקרה של פרוז'אנסקי)

33 ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37, 64 (2003).

34 שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" **הפרקליט** מד 529, 554 (1999). לטיעון שלפיו נקיטת הבחנה המבוססת על מתאם סטטיסטי אינה יעילה יותר בהכרח מבחינה חברתית ראו מדינה, שם, בעמ' 64–69, וכן פנינה אלון-שנקר "העולם שייך לצעירים": על אפליה מחמת גיל מתקדם בעבודה ופרישת חובה בגיל נקוב" **ספר דליה דורנר** 81, 117 (דוריית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם עורכים, 2009).

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

36 עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1827, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר.  
37 בעניין סטריאוטיפים אמינים ראו שם, בעמ' 1823, פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

מהווה הפליה אסורה המפרה את עקרון השוויון האריסטוטלי כאשר היא פוגעת בכבודם. פגיעה כזו בכבוד מתרחשת כאשר ההבחנה מתבססת על קריטריון שרירותי לחלוטין או על מנבא מאוד לא-אמין שדינו כדין קריטריון שרירותי.<sup>38</sup> ההפליה שנקט המועדון התבססה על סטריאוטיפ מנבא הקושר בין מין, גיל, בגרות נפשית ונטייה לאלימות, אולם המועדון לא הציג מחקרים מתאימים המצביעים על כך שמדובר בסטריאוטיפ מנבא אמין.<sup>39</sup> סטריאוטיפ מנבא אמין בהקשר זה היה מצביע על הסתברות גבוהה יותר להתנהגות פרועה בקרב גברים צעירים מאשר בקרב נשים באותו גיל.<sup>40</sup> לכן במקרה הספציפי של פרוז'אנסקי אכן היה השופט דנציגר יכול לקבוע כי מדובר במנבא לא-אמין עד כדי כך שהוא יוצר הבחנה שרירותית גסה הפוגעת בכבודו של פרוז'אנסקי. אף שפסיקתו של השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי נכונה, אבקש לנצל את פסק-דינו על-מנת לטעון כי הליכה בדרך של הוכחת מידת אמינותם של סטריאוטיפים מנבאים אינה מגשימה את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי. במקרה של פרוז'אנסקי היה קל מאוד לשופט דנציגר לטעון כי מדובר בסטריאוטיפ מנבא לא-אמין, שכן המועדון אפילו לא טרח להביא חוות-דעת מומחים שיתמכו בסטריאוטיפ המנבא (שלפיו גברים צעירים נוטים להתנהגות אלימה במועדונים יותר מנשים צעירות) שעליו הסתמך לצורך ההבחנה בין גברים ונשים בכניסה למועדון. אולם לא קשה לחשוב על מקרים משפטיים אחרים (אולי כאלה שנתבעים בהם פיצויים בסכום גבוה יותר מזה שהיה פרוז'אנסקי יכול לקבל לפי חוק איסור הפליה) שבהם יטרחו הצדדים המבקשים להגן על הבחנה מנבאת שעשו ויביאו מאמרים אמפיריים או חוות-דעת מומחים שיוכיחו כי הסטריאוטיפ המנבא שעליו התבססה ההבחנה הוא אמין ולכן אינו שרירותי. משימת ההערכה של מידת אמינותם של סטריאוטיפים מנבאים, אשר שופטים נדרשים לה לא פעם בפסקי-דין העוסקים בהפליה,<sup>41</sup> אינה פשוטה. אטען כי מעבר לקושי של שופטים להעריך אמינות של סטריאוטיפים, ההתרכזות במידת אמינותם גם אינה נכונה, כי היא אינה מגשימה את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי. לכן אציע לנטוש אותה במקרים מסוימים,

38 על סטריאוטיפים לא-אמינים שמבססים הבחנות שרירותיות ראו: MIRANDA FRICKER, EPISTEMIC INJUSTICE: POWER & THE ETHICS OF KNOWING 42–43 (2007); FREDRICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES AND STEREOTYPES 133 (2003).

39 ראו גם את פסק-דינו של השופט אברהם יעקב בעניין פרוז'אנסקי במחוזי, לעיל ה"ש 7, שציין כי המועדון לא הביא חוות-דעת מומחים בעניין פוטנציאל ההתנהגות הפרועה יותר של גברים צעירים לעומת נשים צעירות. חוות-דעת מומחים לא הוצגו בעניין זה גם לפני הערכאה הדיונית בבית-המשפט להביעות קטנות, לעיל ה"ש 6.

40 להגדרה של סטריאוטיפים מנבאים אמינים ראו SCHAUER, לעיל ה"ש 38, בעמ' 11.

41 ראו, למשל, התמודדות עם אמינותו של סטריאוטיפ מנבא שלפיו נשים אינן מסוגלות לשאת משאות כבדים (או לכל-הפחות מתקשות בכך יותר מגברים) בדב"ע (ארצי) נא/8-3 מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65 (1992); וכן התמודדות עם הסטריאוטיפ המנבא שלפיו דיילי-אוויר בגיל שישים ומעלה אינם מסוגלים לעשות את עבודתם (או מסוגלים לעשותה פחות מדיילי-אוויר צעירים יותר) בבג"ץ 6086/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 316–317, 338 (1997).

ולהתרכז במקום זאת בעילות ההפליה. ליתר דיוק אציע כי במקום להעמיק בדיון על אמינותם של הכללות וסטריאוטיפים, על בתי-המשפט להעמיק בדיון בשאלה אילו עילות ראויות לחסות תחת הגנתו של עקרון השוויון האריסטוטלי גם כאשר הסטריאוטיפים שמיושמים לצורך ההבחנה אמינים. דיון זה, כך אטען, מקדם את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי הרבה יותר מן הדיון בנכונותם של סטריאוטיפים. על-מנת לקדם טענה זו, אבאר תחילה את המונח "סטריאוטיפ", ואצביע על הדומיננטיות הבלתי-נמנעת של סטריאוטיפים בחיינו. המונח "סטריאוטיפ" נאמר בדרך-כלל בהקשרים שליליים, אולם לאמיתו של דבר מדובר בסוג של הכללה. הכללה מתייחסת לכל סוגי האובייקטים: בני-אנוש, יצורים חיים ויצורים דוממים. סטריאוטיפ, לעומת זאת, נאמר בדרך-כלל רק ביחס לאובייקטים שהם בני-אנוש או יצורים חיים, כגון כלבים או חתולים. הכללה כוללת שתי פעולות עיקריות: ראשית, סיווג אובייקטים לקבוצות על-פי מאפיין או מאפיינים מסוימים המשותפים לכל האובייקטים המהווים קבוצה; שנית, ייחוס תכונה או תכונות שמתקיימות אצל חלק מהאובייקטים בקבוצה אך אינן משותפות בהכרח לכולם. התוצאה הבלתי-נמנעת של הכללה היא אם כן ייחוס תכונה או תכונות לאובייקטים שאינם נושאים אותן בהכרח, וזאת רק מפני שהם חולקים מאפיינים משותפים עם אובייקטים אחרים.<sup>42</sup> מהו העוול הנגרם כתוצאה מהכללות? הכללה קבוצתית פוגעת באוטונומיה של פרטים לפתח את תכונותיהם האישיות, לממש אותן ולהציג את עצמם בהתאם להן. זאת, מאחר שהיא מתעלמת מהיכולות ומהתכונות האישיות של כל אחד ואחד מהם כפרט,<sup>43</sup> וכופה עליהם מערך של יכולות ותכונות אחידות רק מפני שהם נופלים תחת הקבוצה המוגדרת על-ידי אותו קריטריון.<sup>44</sup> בספרו על-אודות פרופילים, הסתברויות וסטריאוטיפים, מצביע פרדריק שאוואר על העובדה שהכללות וסטריאוטיפים מנוגדים לאינטואיציה הפרטיקולריסטית הדומיננטית, שלפיה יש להבין כל פרט בפני עצמו, ולא להתייחס אליו או אליה רק כאל חלק מקבוצה. לפי אינטואיציה מוסרית זו, יש להימנע מהכללות, ולהעריך ולשפוט פרטים רק בהתאם לתכונותיהם האישיות, שכן החלטות על בסיס תכונות אישיות של כל פרט ופרט הן חכמות יותר וצודקות יותר.<sup>45</sup> אולם אף-על-פי שהאינטואיציה הפרטיקולריסטית אכן שולטת בשיח הציבורי, במציאות אנו עושים הבחנות מנבאות המסתמכות על הכללות וסטריאוטיפים בשכחות גבוהה הרבה יותר מכפי שאנחנו מוכנים להודות. זאת, אף שהבחנות מנבאות, גם כאשר הן מבוססות על סטריאוטיפים מנבאים אמינים, אינן מובילות אותנו תמיד לתוצאות המדויקות שביקשנו להגיע אליהן. כך, למשל, אנו מניחים כי לבוגרי מוסדות יוקרתיים להשכלה גבוהה יש סיכויים טובים יותר למלא אחר דרישות המשרה שאנו מבקשים לאייש, אך לא אחת אנו מגלים לבסוף כי הם אינם עונים

42 SCHAUER, לעיל ה"ש 38, בעמ' 3-4.

43 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז 469, 526-527 (2004).

44 ראו את ההפניות לעיל בה"ש 35.

45 SCHAUER, לעיל ה"ש 38, בעמ' 19-20.

על ציפיותינו, בעוד בוגרים של מוסדות יוקרתיים פחות מתגלים כעובדים מוצלחים בהרבה. הבחנות מנבאות המבוססות על הכללות שולטות בחיינו אם נרצה בכך ואם לאו. זכויות דמוקרטיות בסיסיות ביותר, כגון הזכות לבחור לכנסת והזכות לנוע ממקום למקום (בנהיגה), ניתנות לנו רק כאשר אנו מגיעים לגיל שמונה-עשרה או שבע-עשרה (במקרה של נהיגה), אף שלבני שש-עשרה רבים יש מן הסתם תודעה פוליטית מגובשת יותר ויכולת נהיגה טובה יותר מאשר לבני שבע-עשרה או שמונה-עשרה.<sup>46</sup>

גם אם נתעקש לערוך מבחנים פרטניים לכל בוחרת ובוחר ולכל נהגת ונהג, נבין לבסוף כי גם מבחנים אלה יהיו מבוססים בהכרח על הכללות מסוימות בנוגע למתאם בין בגרות נפשית לבין בגרות פוליטית ומעורבות פוליטית במקרה של זכות ההצבעה, ובנוגע למתאם בין בגרות נפשית לבין זהירות בנהיגה במקרה של הזכות לנהוג. מבחנים פרטניים אולי יקטינו את מידת ההכללה, אבל הם יהיו עדיין מכלילים במובן זה שהם ייבנו על בסיס מחקרים אמפיריים שנעשו בעבר בדבר נסיונם של בני-נוער אחרים (שביקשו להיות בוחרים או נהגים), ולא של בני-הנוער הספציפיים שנבחנו ואשר לגביהם אנו מבקשים לעשות צדק פרטני. התוצאה הבלתי-נמנעת תהיה שניוותר עדיין עם בני-נוער שהצליחו לעבור את המבחנים אך בכל-זאת אינם בעלי ידע מספיק בנושאים הפוליטיים שהם נדרשים להכריע בהם לצורך מימוש זכות בחירה מושכלת, ועם בני-נוער שהצליחו לעבור את המבחנים אך בכל-זאת נוהגים לבסוף בחוסר זהירות.<sup>47</sup>

העובדה שרובנו איננו זועקים נגד הבחנות מנבאות המסתמכות על סטריאוטיפים אמינים, כגון אלה הקושרים בין גיל לבין מוכנות למימוש זכות הבחירה או בין גיל לבין מוכנות למימוש זכות הנהיגה, והעובדה ששום מבחן פרטני אינו יכול להצילנו במקרים כאלה ממידה מסוימת של הכללה לא-מדויקת, מובילות למסקנה שאם יש עוול מוסרי כלשהו הנגרם במקרה של הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים מנבאים אמינים, הוא אינו קשור לעצם השימוש בסטריאוטיפים או למידת אמינותם.<sup>48</sup>

כדי לגלות את העוול המוסרי האמיתי שעל בית-המשפט לתקן או למנוע, נחזור לעניין פרוז'אנסקי, ונניח לרגע שהמועדון אשר סירב להכניס את פרוז'אנסקי הצעיר טרח ואסף והביא לפני בית-המשפט עדויות של מומחים הקובעים כי יש מתאם חזק בין מין, גיל, שימוש באלכוהול ונטייה להתנהגות פרועה במועדונים, דהיינו, ממצאים המוכיחים כי לגברים צעירים בני עשרים וארבע יש אכן נטייה חזקה לצרוך אלכוהול ולהתפרע במועדונים באחוזים גבוהים יותר מאשר לנשים בנות-גילם. עוד נניח כי גם פרוז'אנסקי עשה מצידו מאמצים גדולים, והציג ראיות אמפיריות אמינות אחרות שלפיהן דווקא נשים צעירות נוטות להוות אובייקט למריבות אלימות בין גברים בכל הגילים. ראיות אמפיריות כאלה, כך יטען פרוז'אנסקי בדוגמה היפותטית זו, מצביעות על כך שיש לאסור או לסגן כניסה של נשים צעירות, ולא של גברים צעירים. מה היה השופט דנציגר

46 שם, בעמ' 118–121.

47 שם, בעמ' 122.

48 שם, בעמ' 121, 129.



(או כל שופט אחר) מחליט במקרה כזה? נראה כי דיון מקיף במידת אמינותם של הסטריאוטיפים המנבאים שהציג כל אחד מהצדדים יהיה דיון עקר לא רק מבחינה אפיסטמולוגית ומבחינת קידום יעילות הדיון, אלא בעיקר מבחינת קידום תכליתו של השוויון האריסטוטלי. דיון מסוג זה הוא עקר מכיוון שהוא מניח כי הבעיה בהבחנות המבוססות על הכללות מנבאות היא עצם ההסתמכות על הכללות,<sup>49</sup> דהיינו, הפגיעה הבלתי־נמנעת באוטונומיה של הפרט הנגרמת מכל הכללה באשר היא. אולם, כפי שהראיתי בפסקות הקודמות בנוגע להכללות מנבאות הקושרות בין גיל לבין תכונות אחרות הנחוצות למימושן של זכות הבחירה וזכות הנהיגה, פגיעה כזאת באוטונומיה אינה עוול שהאינטואיציה המוסרית של רובנו מבקשת לצאת נגדו, לתקנו או למונעו. פסק־דינו של השופט דנציגר מנסה להגשים את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי, אך הוא עושה זאת בדרך שעלולה לפגום בתכליתו של השוויון האריסטוטלי במקרים אחרים. כפי שצינתי לעיל, עקרון השוויון האריסטוטלי דורש יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. דהיינו, עקרון השוויון האריסטוטלי מוגשם כאשר הבחנה נעשית על בסיס תכונה מסוימת שרלוונטית לטוב המחולק ואשר מאפיינת את הפרטים שהטוב מחולק ביניהם ומגדירה אותם כדומים או כשונים לצורך החלוקה. אותה תכונה הופכת את ההבחנה לרלוונטית, להבדיל מהבחנה לא־רלוונטית, המהווה הפליה אסורה. עד כאן עקרון השוויון האריסטוטלי נשמע הגיוני וקוהרנטי מבחינת רמת הדיון העקרונית. הקושי האמיתי הטמון בעקרון השוויון האריסטוטלי הוא אפיסטמי. הוא נעוץ בכך שעקרון השוויון האריסטוטלי אינו מציע קריטריון שבעזרתו נוכל לדעת כי התכונה המסוימת שעל בסיסה נעשתה החלוקה אכן רלוונטית לטוב המחולק. כך, עקרון השוויון האריסטוטלי נהפך לעיתים לקשה מאוד ואף לבלתי־אפשרי ליישום. בגלל הקושי האפיסטמי שטמון בעקרון השוויון האריסטוטלי, רבים חוששים שקריטריונים מוצעים ישקפו ואף ינציחו הלכּי־רוח דומיננטיים בחברה ביחס לקבוצות מסוימות, שאינם רציונליים או רלוונטיים, ואשר עקרון השוויון האריסטוטלי נועד למעשה לאוסרם מלכתחילה.<sup>50</sup> ניעזר בדוגמה. כאשר מחלקים משאב כגון משרה בשוק העבודה, אין זה רציונלי לחלקה על בסיס קריטריון שאינו קשור או אינו רלוונטי לאופי המשרה. אולם בהעדר קנה־מידה ברור המבחין בין קריטריונים רלוונטיים ללא־רלוונטיים, החשש הוא שמשרה מסוימת לא תוצע לאנשים בעלי צבע עור מסוים, למשל,

49 שם, בעמ' 153–154.

50 ראו: Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 543–548 (1982); עניין מילר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 133; בנבגי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 448–449. חשש זה בא לידי ביטוי בעיקר בכתיבה הפמיניסטית הרדיקלית, שלפיה עקרון השוויון האריסטוטלי, המצדיק יחס שונה לשונים, משמש כלי לשימור האידיאולוגיה הפטריארכלית ולהנצחת פערי הכוחות המקובלים בין נשים וגברים. ראו קטרין מקינן "שוני ושליטה: על אפליה מינית" בתוך פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23, 29–30 (דפנה ברק ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005); אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט 23, 33, 35–38 (2007); אלון־שנקר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 106.

רק בשל העובדה ההיסטורית-החברתית שאנשים בעלי אותו צבע עור אינם מאיישים בדרך-כלל סוג כזה של משרה, ולא מפני שצבע עור אכן מהווה תכונה רלוונטית הקשורה לביצוע המשרה המוצעת.

השופט דנציגר ניסה להתגבר על הקושי האפיסטמי שעקרון השוויון האריסטוטלי מציב על-ידי העברת עיקר המשקל בפרשנותו לדין בנושא אמינותם של סטריאוטיפים מנבאים.<sup>51</sup> שלילת אמינותו של הסטריאוטיפ המנבא בעניין פרוז'אנסקי מאפשרת לו לקבוע כי ההבחנה המנבאת שעליה התבסס המועדון היא הבחנה שרירותית הפוגעת בכבודם של גברים ולכן מהווה הפליה אסורה. כפי שטענתי, דרך זו הצליחה בעניין פרוז'אנסקי רק מכיוון שהמועדון לא טרח להציג ראיות אמפיריות המבססות את אמינותו של הסטריאוטיפ המנבא. דרך זו עתידה לנחול כישלון במקרים אחרים שבהם יידונו הבחנות מנבאות המתבססות על סטריאוטיפים מנבאים אמינים. נוסף על כך, היא אינה מטפלת בשורש העוול, אשר אינו נעוץ, כאמור, בפגיעה באוטונומיה הנובעת מעצם השימוש בסטריאוטיפים מנבאים.

בחלק הבא אתייחס לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. המחלוקת בין השופטים נובעת מן הדרך השונה שבה הלך השופט ג'ובראן כדי להתמודד עם הקושי האפיסטמי שעקרון השוויון האריסטוטלי מציב. אטען כי הדרך שבה הלך השופט ג'ובראן אכן מגשימה טוב יותר את תכליתו של עקרון השוויון האריסטוטלי מדרכו של השופט דנציגר.

## 2. פסק-דינו של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי – כיצד ניתן להגשים את עקרון השוויון האריסטוטלי באמצעות התמקדות בייחודן של עילות ההפליה החשודות

בניגוד לשופט דנציגר, אשר דן בשאלות העקרות אם הסטריאוטיפ שעליו הסתמך המועדון הוא מנבא אמין ומה מידת אמינותו, השופט ג'ובראן מציין במפורש כי גם אילו הביא המועדון תימוכין לאמינותו של סטריאוטיפ מנבא זה, לא היה בהם כדי להצדיק את ההבחנה בעניין זה בין גברים לנשים.<sup>52</sup> במקום לדון בשאלות אם התנהגותן של נשים צעירות במציאות אכן תואמת את הסטריאוטיפ המנבא המיוחס להן (בגרות ועדינות), ואם התנהגותם של גברים צעירים במציאות אכן תואמת את הסטריאוטיפ המנבא המיוחס להם (צריכת אלכוהול ונטייה לאלמות), השופט ג'ובראן קובע כי

51 "אף אם ישנו גרעין של אמת באותן קביעות, יש להניח כי הוא מוגבל ומצומצם ואינו מייצג את הכלל, ומשכך גם אינו יכול להצדיק הדבקת סטיגמה לכלל הגברים בגילאים הרלבנטיים והפלייתם לרעה... יש להבחין בין הבחנה המשקפת באופן נאמן את חברי הקבוצה הנדונה הטוענים להפליה לבין סטריאוטיפ שדבק באותה קבוצה ואינו משקף את כלל חבריה. במקרה דנן, אין בליבי כל ספק כי הקביעה שגברים בני 25, אשר אינם רשאים להיכנס למועדון שמנהלת המשיבה, פחות בוגרים מבחינה נפשית ומועדים יותר להתנהגות פרועה ולשתייה לשוכרה מבנות גילם, שכניסתן למועדון מותרת, אינה מעידה על הכלל." עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1827, פס' 34 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

52 שם, בעמ' 1839.

ההבחנה שנקט המועדון פוגעת בנשים, ומאיר את הסיבות המוסריות העקרוניות שבגללן יש להיאבק נגד סטריאוטיפים מנבאים בנוגע לנשים, וזאת גם כאשר הם אמינים ומבוססים על ראיות אמפיריות. לדברי השופט ג'ובראן:

"...האווירה המסוימת אליה שואפת המשיבה היא אווירה המדיפה ניחוח כבד של היררכיה מגדרית. מן הסתם, אבחנה בין גברים ונשים על בסיס גיל יוצרת מציאות בתוך המועדון בו ישנו באופן מובנה צד חזק וצד חלש. הגבר המבוגר יותר, ומכאן שאף, בממוצע, בעל ההשכלה הרחבה יותר, הממון הרב יותר והבגרות הנפשית והרגשית הנלווים להתבגרות הפיזית, מוצב למול האשה, שעיקר אפיונה הרלבנטי הוא היותה צעירה יותר. מבנה זה משקף קוד חברתי נהוג ביחסי גברים ונשים, שזוכה לחיזוק תדיר בדימויים קולנועיים, ספרותיים ואחרים ומשמר יחסי כוח מובנים. ודוק, בעוד שמוצרי תרבות שונים גורמים לשימור ההיררכיה המגדרית על ידי הצגתה כ'טבעית', פועלת המשיבה באופן כוחני לשימורה על ידי חיוב הבאים בשערי המועדון לפעול במסגרת פטריארכלית זו."<sup>53</sup>

השופט ג'ובראן מצביע למעשה על הסיבה הייחודית שבגללה ראוי להילחם בסטריאוטיפים מנבאים לגבי נשים, גם כאשר הם רלוונטיים ואמינים. לסטריאוטיפים מנבאים לגבי נשים, אמינים ככל שיהיו, יש פוטנציאל גדול יותר להשפיל, כי הם משעתקים מבני הפליה קודמים שהציבו נשים במעמד חברתי נמוך מזה של גברים. הסטריאוטיפ המנבא הספציפי שהשתמש בו המועדון נושא איתו מסר סמלי שלילי שלפיו נשים הן פגיעות וחלשות יותר. סיבה זו אינה מתקיימת בנוגע לסטריאוטיפים מנבאים ביחס לקבוצה של גברים צעירים בני עשרים וארבע.

במילים אחרות, כדי להתגבר על כך שעקרון השוויון האריסטוטלי אינו מספק לנו קריטריונים שבעזרתם נוכל לדעת כי התכונה המסוימת (מיין) שעל בסיסה נעשתה חלוקת הטוב בעניין פרוז'אנסקי (כניסה למועדון) אכן הופכת את ההבחנה לרלוונטית ולצודקת, נוקט השופט ג'ובראן מהלך הפוך מזה שנקט השופט דנציגר. במקום לערער על הרלוונטיות של התכונה (מיין) שעליה התבססה הבחנת המועדון, השופט ג'ובראן מניח כי היא עשויה להיות תכונה רלוונטית, אך עם זאת עומד על הסיבות שבעטיין הבחנה על בסיסה מהווה בכל-זאת הפליה אסורה. הסיבות שהשופט ג'ובראן מצביע עליהן מייחדות את התכונה של מיין מתכונות אחרות שעל בסיסן נעשות הבחנות מנבאות.

התכונה של מיין משתייכת לקבוצה של תכונות – כגון גזע, מגדר, שיוך דתי או אתני, ונטייה מינית – המכונות "עילות חשודות" או "עילות קלאסיות"<sup>54</sup>. בפרקטיקה המשפטית נהוג לראות בקבוצת התכונות החשודות (ובהן בלבד) עילות אסורות

53 שם, בעמ' 1838.

54 יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 18–19 (2005). ראו גם לעיל ה"ש 2.

להפליה, וזאת גם כאשר הסטריאוטיפים המנבאים המתייחסים אליהן אמינים מבחינה סטטיסטית. פסק־דינו של השופט ג'ובראן אינו חורג מדוקטרינה זו. חשיבותו של פסק־דין זה טמונה לדעתי בכך שהשופט ג'ובראן עומד בו על הסיבות הנכונות המצדיקות את הדוקטרינה המייחדת את העילות החשודות.

מהן אותן סיבות מיוחדות אשר מצדיקות את התערבות המשפט בהבחנות רלוונטיות המבוססות על עילות חשודות ואשר אינן מתקיימות ביחס להבחנות רלוונטיות המבוססות על עילות אחרות? דהיינו, אילו צידוקים העילות החשודות מספקות להתערבות בסטריאוטיפים מנבאים הקשורים אליהן שאינם מתקיימים לגבי סטריאוטיפים מנבאים הקשורים לעילות אחרות? במילים אחרות, מהן הסיבות להבדל בין היחס לעילות חשודות לבין היחס לעילות אחרות שאינן חשודות?

הספרות והפסיקה מצביעות על כמה צידוקים נורמטיביים-חברתיים שבגינם על המשפט להתערב בהבחנות מנבאות המבוססות על תכונות חשודות, גם כאשר הן מבוססות על סטריאוטיפים מנבאים אמינים. אחד ההסברים הוא שהעילות החשודות מציינות תכונות קבוצתיות שהאנשים הנושאים אותן אינם יכולים לשנותן בקלות (immutable characteristics). הפליה בגין תכונה שאינה ניתנת לשינוי נחשבת חמורה יותר, מכיוון שגם אם האדם הנושא אותה יעשה מאמצים רבים, הוא לא יוכל לשנותה. מאחר שאין לאדם שליטה בתכונה החשודה שהוא נושא, הבחנה על בסיס תכונה זו נחשבת שרירותית, ומנוגדת לנרטיב האוטונומיה הליברלי שלפיו לאדם יש אחריות לגורלו, אשר נקבע במידה רבה מאוד על-פי יכולותיו, מעשיו ורצונותיו.<sup>55</sup> אף שבמבט ראשון ההסבר הקושר בין תכונות חשודות לבין יכולתו של אדם לשלוט בהן נראה משכנע,<sup>56</sup> התבוננות מעמיקה יותר חושפת בו כשלים רבים. ראשית, חלק מהעילות שנחשבות חשודות בשיטות משפט רבות מציינות דווקא תכונות שניתנות לשליטה או לשינוי, כגון מין או השתייכות דתית.<sup>57</sup> שנית, יש תכונות בלתי-ניתנות לשינוי, כגון צבע עיניים או סוג דם, שאינן מוכרות במשפט כעילות חשודות.<sup>58</sup> שלישיית, כאשר העילות החשודות מוצגות כתכונות שאינן ניתנות לשינוי, הן מוכנות כגורמים ניטרליים שאינם מושפעים מתהליכים חברתיים, קרי, כגורל מר שנכפה על הפרטים הנושאים אותן,

55 ראו, למשל, בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 658–659 (1998).

56 למחקר אמפירי המוכיח כי יש נכונות רבה יותר בחברה להגן על הפליות המבוססות על תכונות שאינן ניתנות לשינוי ראו: Tamar Kricheli-Katz, *Choice-Based Discrimination: Labor Force Type Discrimination Against Gay Men, the Obese and Mothers* (2012), available at [ssrn.com/abstract=2101596](https://ssrn.com/abstract=2101596).

57 ראו, למשל: Dale Gibson, *Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing*, 29 ALTA. L. REV. 772, 777 (1991).

58 Sharona Hoffman, *The Importance of Immutability in Employment Discrimination Law*, 52 WM. & MARY L. REV. 1483, 1522–1523 (2011).

להבדיל מתכונות שנהפכו לשליליות כתוצאה מהבניה חברתית וממערכת יחסים הייררכית.<sup>59</sup>

לפי ההסבר המקובל יותר, החוק מיועד להילחם רק בסטריאוטיפים נגד פרטים המשתייכים לאחת הקבוצות החשודות מכיוון שקבוצות אלה סבלו בעבר מקיפוח מתמשך, ועודן סובלות מקיפוח ומהפליה גם בהווה. לכן שימוש בסטריאוטיפים, אמינים ככל שיהיו, נגד פרטים המשתייכים לקבוצות פגיעות אלה הוא חמור במיוחד.<sup>60</sup> הסבר זה, כפי שהוא מוצג בדרך-כלל, אינו מספק. בבסיסו של הנימוק בדבר היסטוריה מתמשכת של קיפוח והפליה, שמתקיימת לכאורה רק ביחס לקבוצות החשודות, נמצאות שלוש הנחות. ההנחה הראשונה היא שסטריאוטיפים כלפי פרטים המשתייכים לקבוצות החשודות בחברה הם שכיחים, ונלווים אליהם מנגנוני הפנמה חברתיים חזקים מאוד. מנגנונים חברתיים אלה מצדיקים התערבות בדמות חוקים האוסרים הפליה, שכן הם אינם ניתנים לתיקון על-ידי כוחות השוק החופשי.<sup>61</sup> ההנחה השנייה היא שהשתייכות לאחת הקבוצות החשודות, כגון גזע או מין, היא מאפיין גלוי של אדם, ולכן הפליה על בסיס מאפיין זה מטביעה אות-קלון פוגעני במיוחד, שאי-אפשר לחמוק ממנו בקלות.<sup>62</sup> ההנחה השלישית היא שהפליה כלפי פרטים המשתייכים לקבוצות חשודות מחזקת עמדות שליליות רווחות בחברה כלפי קבוצות אלה, ועל-כן מסיבה נזק פסיכולוגי חמור יותר למושאי ההפליה, שעלולים להשתכנע בעצמם כי הם טובים פחות מאחרים.<sup>63</sup>

שלוש ההנחות בדבר ייחודן של עילות ההפליה החשודות מצביעות לכאורה על סיבות טובות להבדיל בין עילות חשודות לבין עילות אחרות המשמשות בסיס להבחנות רלוונטיות. הן מצביעות על כך שהעוול של פגיעה באוטונומיה הנגרם על-ידי הפליה על בסיסן של עילות חשודות חמור יותר בדרגתו מהעוול של פגיעה באוטונומיה הנגרם על-ידי הפליה על בסיסן של עילות אחרות שאינן חשודות. אולם הנחות אלה, משכנעות ככל שיהיו, אינן מצביעות על עוול מסוג שונה, אשר מתקיים במקרה של הבחנות על בסיס עילות חשודות ואינו מתקיים במקרה של הבחנות על בסיס עילות אחרות. זאת, משום שכל הכללה או סטריאוטיפ ביחס לתכונה של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת יוצרת עוול של פגיעה באוטונומיה, כפי שהראיתי לעיל בתת-פרק ב.1. עוול זה נוצר גם כאשר מדובר בהבחנות המבוססות על סטריאוטיפים בנוגע לתכונות חשודות וגם כאשר מדובר בהבחנות המבוססות על סטריאוטיפים בנוגע לתכונות שאינן חשודות. שלוש ההנחות שהצבעתי עליהן לעיל מסבירות למעשה מדוע הפגיעה הנוצרת באוטונומיה של פרטים המשתייכים לקבוצות חשודות חמורה מהפגיעה באוטונומיה של פרטים

59 Nitya Iyer, *Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity*, 19 *QUEEN'S L.J.* 179, 189–190 (1993).

60 ראו הצעת חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, התש"ס-2000, ה"ח 2871; כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 22–23.

61 משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" *עבודה, חברה ומשפט* יא 195, 199–200 (2006).

62 שם, בעמ' 202.

63 שם.

המשתייכים לקבוצות שאינן חשודות. אולם אין הן מסבירות מדוע ובאילו נסיבות הבחנות המבוססות על תכונות חשודות יוצרות עוול מסוג שונה, אשר אינו נגרם על-ידי הבחנות המבוססות על תכונות אחרות. כפי שיבואר בפרק הבא, העוול השונה שנגרם בנסיבות מסוימות כתוצאה מהבחנות המבוססות על תכונות חשודות, ואשר אינו מתקיים כתוצאה מהבחנות המבוססות על תכונות שאינן חשודות, הוא השפלה.

### פרק ג: השפלה וכבוד לקבוצות חשודות

בבסיס הגבלתן של עילות ההפליה לעילות החשודות בלבד מונחת אינטואיציה שלפיה הבחנה המבוססת על עילות חשודות היא רעה במיוחד מבחינה מוסרית. לפי אינטואיציה מוסרית זו, הבחנה על בסיס עילות חשודות גורמת עוול חמור במיוחד, השונה מן העוול הנגרם כתוצאה מהבחנות המבוססות על תכונות אחרות. דבורה הלמן מציעה הסבר משכנע לאינטואיציה מוסרית זו. לטענתה של הלמן, הבחנה על בסיס תכונות כגון גזע ומין מופנית על-פני-רוב נגד קבוצות שהופלו בעבר ואשר מעמדן החברתי נמוך גם כיום. להבחנות על בסיס תכונות אלה יש נטייה חזקה יותר להשפיל אנשים הנושאים אותן מאשר להבחנות המבוססות על תכונות אחרות. הלמן מגדירה השפלה כפרקטיקה אשר מדכאת אדם, מבזה אותו, מכפיפה אותו או רואה אותו כאובייקט שאינו אנושי לגמרי או כבעל ערך נמוך מזה של שאר בני-האדם.<sup>64</sup>

מדוע הבחנות על בסיס תכונות כגון גזע ומין משפילות יותר מהבחנות המבוססות על תכונות אחרות? תשובתה של הלמן היא שהשאלה אילו הבחנות משפילות ואילו אינן כאלה תלויה בהכרח בהקשר תרבותי מסוים. הפרשנות וההבנה של המושג "השפלה" מושפעות מן ההיסטוריה, מהתרבות וממערכת ההבנות החברתיות הנהוגה בחברה מסוימת.<sup>65</sup> ניתן לזהות אצל הלמן שלוש שאלות המהוות שלושה מבחנים מצטברים להשפלה. ראשית, האם המאפיין שהבחנה מבוססת עליו כבר שימש בעבר לצורך

64 DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? 29, 35 (2008). טיעונה של הלמן מפתח רעיונות מוקדמים יותר המסבירים הפליה במונחים של הכפפה וביזוי של פרטים המשתייכים לקבוצות פגיעות בחברה. ראו: Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 157 (1976); Kenneth L. Karst, *Why Equality Matters*, 17 GA. L. REV. 245, 247–248 (1982); Robin West, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, 88 MICH. L. REV. 641, 694 (1990); Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2411 (1994); 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, 436–437 (2002).

65 HELLMAN, שם, בעמ' 35. ראו גם: Dov Fox, *Racial Classification in Assisted Reproduction*, 118 YALE L.J. 1844, 1868–1870 (2009).

הבחנה בין פרטים? שנית, מהו מעמדן החברתי היחסי של הקבוצות המוגדרות על-פי מאפיין זה כיום?<sup>66</sup> הבחנות על בסיס מין וגזע צפויות להיות משפילות כי הן משעתקות צורות מוכרות של הפליה נגד חברי קבוצות פגיעות בחברה אשר הציבו אותם בעבר במצב נחות, וכי המעמד החברתי של קבוצות המובחנות לרעה על בסיס מין וגזע (נשים ושחורים, למשל) הוא נמוך יחסית. שלישית, האם הבחנה ביחס לחלוקה של טוב מסוים נושאת איתה מסר סמלי שלילי? כלומר, מה משמעותה התרבותית של ההבחנה? לשאלה זו אין קשר הכרחי לחלק היחסי שהפרטים המובחנים מקבלים מהטוב המחולק. כך, למשל, הוראה המורה רק לשחורים לשבת בחלק האחורי של האוטובוס היא משפילה לא משום שהיא מקצה מספר קטן יותר של מקומות ישיבה לשחורים או מפני שמושבים אחוריים באוטובוס הם בהכרח טובים פחות ממושבים קדמיים; היא משפילה משום שהיא מנציחה את המסר השלילי של היסטוריית הפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית בארצות-הברית.<sup>67</sup> באופן דומה, מעסיקים הדורשים רק מעובדות להתאפר משפילים אותן לא רק בגלל המאמץ העודף שהן נדרשות להשקיע במראן החיצוני בהשוואה לעובדים, אלא בעיקר כי הדרישה לאיפור קשורה להבנה מסוימת של הגוף הנשי כאובייקט לקישוט המוצג לשם גרימת הנאה לאחרים.<sup>68</sup> הבנה תרבותית זו של הגוף הנשי מבדילה את הדרישה לאיפור מדרישות אחרות הקשורות למראה חיצוני המופנות מצד מעסיקים כלפי נשים בשוק העבודה.<sup>69</sup> במילים אחרות, כפי שהדגיש זאת דני סטטמן, התשובה לשאלה אם הבחנה לצורך חלוקה של טוב מסוים היא משפילה אם לא נעוצה בסיבת ההבחנה, ולא באופיו של הטוב המחולק.<sup>70</sup> הבחנה ביחס לחלוקה של טוב מסוים נושאת עימה מסר משפיל כאשר בבסיסה קיימת הנחה (מודעת או לא-מודעת) שלפיה המובחנים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לאותה קבוצה מובחנת.<sup>71</sup> השפלה כזו יכולה להיגרם גם כאשר הטוב המחולק אינו חשוב במיוחד לחייהם של המובחנים. כך, למשל, הבחנה המורה לבני קבוצה מסוימת לא לנסוע בשעות מסוימות בתחבורה ציבורית אינה פוגעת בהכרח באינטרסים חשובים להם, במיוחד כאשר מדובר, למשל, בנסיעה בשעות בוקר מוקדמות מאוד. אולם היא משדרת בהכרח מסר של הדרה שלפיו הם אינם מהווים חברים שווים בחברה, ולכן היא משפילה.<sup>72</sup>

66 HELLMAN, לעיל ה"ש 64, בעמ' 28.

67 שם, בעמ' 27.

68 טענה זו עלתה, למשל, בעניין *Jespersen* (Jespersen v. Harrah's Operating Co., 280 F. Supp. 2d 1189, 1194 (D. Nev. 2002)), שעסק במוזגת בבר בקזינו אשר סירבה להיענות לדרישת מעסיקה שתתאפר. הואיל והדרישה פונוה רק כלפי העובדות בקזינו, טענתה של *Jespersen* הייתה כי הדרישה מהווה הפליה על בסיס מין. להרחבה על מקרה זה ראו: Yofi Tirosh, *Adjudicating Appearance: From Identity to Personhood*, 19 YALE J. L. & FEMINISM 49, 70-74 (2007).

69 שם, בעמ' 42-43.

70 סטטמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 580-581.

71 שם, בעמ' 580.

72 שם, בעמ' 581.

הלמן טוענת כי כדי שהבחנה תיחשב למשפילה, עליה לקיים הנאי נוסף מלבד שעתוק של הפליה היסטורית של קבוצה שמעמדה החברתי נמוך ושידור מסר חברתי משפיל. התנאי הנוסף הדרוש על-מנת שהבחנה כזו תיחשב למשפילה הוא שהאדם או הקבוצה הנוקטים את ההבחנה יהיו בעמדה מסוימת של כוח על הפרטים המובחנים. כלומר, רק כאשר האדם הנוקט את ההבחנה נמצא בעמדה המאפשרת לו להכפיף אחרים, יש ביכולתו לקיים הבחנה משפילה.<sup>73</sup>

יש להדגיש כי אף שהמונח "השפלה" מציין בדרך-כלל תחושה רגשית סובייקטיבית של קורבן ההשפלה, אין לפרשו ככזה בהקשר המשפטי של הפליה. דהיינו, על-פי התזה שמציעה הלמן, הבחנה מסוימת יכולה להשפיל אדם גם אם אי-אפשר לזהות אצלו יסוד נפשי סובייקטיבי של תחושת נחיתות.<sup>74</sup> יש להוציא את רגשותיו של קורבן ההשפלה אל מחוץ לפרשנות של המונח "השפלה" לא משום הקושי להוכיח כי רגשותיו של קורבן ההשפלה אכן נפגעו סובייקטיבית או היו צריכים להיפגע מבחינה אובייקטיבית,<sup>75</sup> אלא מכיוון שמהותה של השפלה בהקשר של הפליה אינה פגיעה ברגשות, אלא הדרה של פרטים המשדרת מסר שלפיו הם אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת.<sup>76</sup>

פסק-דינו של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי תואם את המסגרת המושגית והנורמטיבית שמציעה הלמן. כזכור, מבחנה של הלמן להבחנה המהווה השפלה מורכב משלוש שאלות: ראשית, האם המאפיין שהבחנה מבוססת עליו כבר שימש בעבר לצורך הבחנה בין פרטים? שנית, מהו מעמדן החברתי היחסי של הקבוצות המוגדרות על-פי מאפיין זה כיום? שלישית, מה משמעותה התרבותית של ההבחנה? בנסיבותיו של עניין פרוז'אנסקי התשובות לשתי השאלות הראשונות פשוטות יחסית: מין הוא קריטריון נפוץ שאכן שימש ומשמש עדיין בסיס להבחנות רבות, ומעמדן החברתי היחסי של נשים בחברה אכן נמוך מזה של גברים. התשובה לשאלה השלישית מורכבת יותר. מה משמעותה התרבותית של ההנחה הסטריאוטיפית כי נשים בנות עשרים וארבע בוגרות יותר מגברים בני עשרים וארבע, ונוטות לאלמות פחות מהם? אפשר לחשוב על שתי תשובות שונות לפחות. מחד גיסא, ניתן לטעון, כפי שעשה השופט ג'ובראן בצורה משכנעת, כי המשמעות התרבותית של ההנחה שנשים בוגרות ופגיעות יותר מגברים היא בדיוק הצד האחר של המשמעות התרבותית של ההנחה שגברים הם חזקים ואלים. שתי המשמעויות משפילות כי הן מכוננות ומאששות תפיסות פטריארכליות בדבר

73 HELLMAN, לעיל ה"ש 64, בעמ' 35-37.

74 שם, בעמ' 27, 35. לפרשנות שונה, התופסת השפלה כגורמת תחושה סובייקטיבית של רגשות כואבים, נחיתות וחוסר אונים, ראו סטטמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559-563.

75 על קשיים אלה ואחרים הכרוכים בפרשנות סובייקטיבית של המושג "השפלה" ראו רייכמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 481-492.

76 שם, בעמ' 529.



עליונותו של הגבר המבוגר על בת-זוגו הצעירה.<sup>77</sup> מאידך גיסא, ניתן לחשוב על תשובה אחרת שלפיה יש להבין את המשמעות התרבותית של ההנחה הסטריאוטיפית כי נשים בנות עשרים וארבע בוגרות יותר מגברים בני עשרים וארבע ונוטות לאלמות פחות מהם באופן פרופורציונלי יותר, שהרי פער הגילים שהבחנת המועדון מנציחה אינו משמעותי מבחינת יחסי הכוח שבין נשים וגברים. בניגוד לטענתו של השופט ג'ובראן, אין פער משמעותי בהשכלה או בממון בין בני עשרים ושש לבין בנות עשרים וארבע, בפרט לגבי גברים המשרתים בצה"ל ומשתחררים מאוחר יותר מנשים ולכן מספיקים לרכוש פחות השכלה וניסיון תעסוקתי מהן. עניין פרוז'אנסקי הוא דוגמה טובה, לדעתי, לאחד המקרים היחידים שבהם אופי הסטריאוטיפ המונצח לגבי הקבוצה החלשה הוא דווקא חיובי (נשים בוגרות יותר מגברים), ושלאופיו החיובי יש משמעות בנוגע להבנתו בהקשר התרבותי שבו אנו חיים. אין מדובר באותם סטריאוטיפים שליליים המשרים מסר של השפלה המזכרים בחוות-דעתם של השופטים דנציגר וג'ובראן, כגון ההנחה כי נשים מרוויחות פחות מגברים או כי לנשים אין מספיק כסף לרכוש כרטיס כניסה למועדון ולכן כניסתם מותרת בחינם בעוד מגברים נדרש תשלום.<sup>78</sup>

התשובה הספציפית של כל אחת וכל אחד מאיתנו לשאלה מה המשמעות התרבותית של ההנחה הסטריאוטיפית שעליה הסתמך המועדון חשובה פחות בעיניי. חשוב יותר להעלות את השאלה, להדגיש אותה ולהבין כי הדרך להגשים את עקרון השוויון האריסטוטלי ולהתגבר על הקשיים האפיסטמיים שהוא מערים טמונה בה, ולא בשאלה אם סטריאוטיפים מסוימים אמינים ומה מידת אמינותם. כאן נעוצה לדעתי התרומה העיקרית של פסק-דינו של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי. בפרק הבא אטען כי הדרך שבה צעד השופט ג'ובראן על-מנת להגשים את תכליתו של השוויון האריסטוטלי ולהתגבר על הקשיים שהוא מציב היא למעשה דרכו של השוויון המהותי. טענה זו מחייבת אותי לומר תחילה כמה מילים על עקרון השוויון המהותי, על היחס בינו לבין השוויון האריסטוטלי, ועל תפקיד השוויון המהותי בעניין פרוז'אנסקי.

## פרק ד: מהותו של השוויון המהותי

נהוג להשתמש במונח "שוויון מהותי" בשני הקשרים עיקריים. בהקשר אחד, שבו פילוסופים וכלכלנים מרבים בדרך-כלל להשמיע את קולם, המונח "שוויון מהותי"

77 באופן דומה ניתן לטעון כי שתי המשמעויות משפילות כי הן מחזקות עמדות פטריארכליות והומופוביות המניחות חלוקה קבועה, בינרית וחדה בין גברים ונשים. ראו אייל גרוס "שוויון בין המינים במועדון" הארץ – דעות 7.12.2011 1.1584820 [www.haaretz.co.il/opinions/](http://www.haaretz.co.il/opinions/)

78 ראו עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1824, פס' 26–27 לפסק-דינו של השופט דנציגר, וכן שם, בעמ' 1838–1839 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

משמש למעשה לציון חלוקה צודקת של כלל המשאבים בחברה נתונה. דהיינו, כהגדרתו של תומס סקנלון, המונח "שוויון מהותי" מבטא את הרעיון שלפיו חייהם של אנשים בחברה צריכים להיות שווים בהתאם – או ביחס – לקריטריון מהותי מסוים.<sup>79</sup> בהקשר זה מוצעים קריטריונים מהותיים מסוימים, כגון שוויון במשאבים, שוויון ברווחה<sup>80</sup> או שוויון ביכולות.<sup>81</sup> קריטריונים מהותיים אלה מהווים למעשה עקרונות של צדק, דהיינו, עקרונות נורמטיביים מובילים שאמורים להנחות את חלוקת המשאבים הכללית בחברה נתונה על-מנת שחברה זו תתקרב ככל האפשר לאידיאל של צדק חלוקתי או צדק חברתי.<sup>82</sup>

ההקשר האחר שהמונח "שוויון מהותי" מופיע בו, ואשר עומד במרכזו של מאמר זה, הוא השיח המשפטי. משפטנים נוטים להתרכז יותר בפרשנות של הזכות לשוויון כפי שהיא עולה מתוך מקרה עובדתי נתון שהגיע לפתחו של בית-המשפט. דהיינו, אף שיש קשר ברור בין חלוקת המשאבים הכללית בחברה לבין תביעות לשוויון המגיעות לפתחו של בית-המשפט, על-פירוב משפטנים אינם מניחים שזה מתפקידם – או שיש בידיהם הכלים – להציע עקרונות של חלוקה צודקת של משאבים שיהיו נכונים לכל תחום.<sup>83</sup> מכאן שבהקשר המשפטי המונח "שוויון מהותי" הוא למעשה כלי-עזר פרשני המאפשר לבתי-המשפט לקבוע אם הבחנה מסוימת, שעל בסיסה נעשתה חלוקת משאבים ספציפית, היא צודקת ולכן מהווה הבחנה מותרת או שמא היא לא-צודקת ולכן מהווה הפליה אסורה.

אולם נשאלת השאלה מה הכינוי "מהותי" מוסיף למונח "שוויון", או במילים אחרות, מתי אי-אפשר להסתפק בעקרון השוויון האריסטוטלי על-מנת להכריע אם מדובר בהבחנה מותרת או בהבחנה פסולה. הצורך בעקרון השוויון המהותי מתעורר בהקשרן של הבחנות שקשה ליישם לגביהן את עקרון השוויון האריסטוטלי, כי הוא אינו מצביע על קריטריון שבעזרתו נוכל לבחון את אמינותו של הסטריאוטיפ המנבא שהן מתבססות עליו. ניטול, למשל, את העתירה בעניין מילר,<sup>84</sup> שבה ביקשה העותרת מבית-המשפט לחייב את צה"ל להפסיק לשלול מנשים את הכניסה לקורס טיס. אחת הטענות שהעלו המשיבים הייתה כי קורס טיס מצריך משאבים יקרי-ערך מצה"ל, וכי חבל לבזבזם על נשים שכן הסבירות שהן יוכלו להתחייב לשירות-קבע נמוכה מזו של גברים. זאת, בשל נטייתן של נשים להישאר יותר בבית ולהסתכן פחות עם ההפכותן לאימהות.

79 Thomas M. Scanlon, *The Diversity of Objections to Inequality*, in THE LINDLEY LECTURES OF 1996, 1 (1997).

80 על ההבחנה בין שוויון במשאבים לבין שוויון ברווחה ראו: RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 12–14 (2002).

81 AMARTYA SEN, INEQUALITY RE-EXAMINED 39–55 (1992).

82 להבחנה בין צדק חלוקתי לבין צדק חברתי ראו, למשל, יוסי דהאן **תיאוריות של צדק חברתי** 19–21 (2007).

83 להבחנה בין שני הקשרים אלה שהמונח "שוויון מהותי" מופיע בהם ראו Moreau, לעיל ה"ש 35, בעמ' 291–292.

84 עניין מילר, לעיל ה"ש 9.

ההבחנה שנידונה בעניין מילר התבססה אם כן על סטריאוטיפ מנבא בנוגע לתפקודן ולהעדפותיהן של נשים. עניינו של העוול שנוצר בעניין מילר הוא פגיעה באוטונומיה של נשים כפרטים לפתח את כישוריהן, לנצל אותם ולהציג את עצמן בהתאם לתכונות האישיות המאפיינות אותן.<sup>85</sup>

כפי שצינתי בפרק ב, כל הכללה או סטריאוטיפ פוגעים במידה מסוימת באוטונומיה של הפרט. אולם בהבחנות רבות המבוססות על הכללות או סטריאוטיפים המשפט אינו מתערב כלל בשמו של עקרון השוויון. מדוע אם כן מוצדק שהמשפט יתערב בשמו של עקרון השוויון דווקא בהכללה לגבי נשים שנידונה בעניין מילר? תשובה אפשרית אחת תהיה דומה לתשובה שהציג השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי: יש להתערב בהכללה בנוגע להעדפותיהן של נשים בכל הקשור לשירות-קבע בצה"ל מכיוון שהיא מהווה סטריאוטיפ לא-אמין, אשר מגיע כדי שרירותיות ומנוגד לעקרון השוויון האריסטוטלי. אחרי הכל, בעניין מילר לא הציג צה"ל תשתית ראייתית המבססת את הסטריאוטיפ ששימש להבחנה בין נשים לגברים, שלפיו הסבירות שנשים יוכלו להתחייב לשירות-קבע נמוכה מזו של גברים.<sup>86</sup> כאמור בפרק ב, הבחנה המבוססת על סטריאוטיפ לא-אמין היא למעשה הבחנה שרירותית המפירה את עקרון השוויון האריסטוטלי. בדרך זו פסע השופט מצא בעניין מילר. השופט מצא הדגיש כי החשש שלפיו נשים יהיו מחויבות פחות לשירות-קבע מגברים אינו מבוסס. לדבריו, "חולשתה העיקרית והבולטת של טענה זו היא בכך שכל כולה נשענת על סברות והערכות היפותטיות ולא על לקחים שנלמדו מניסיון מעשי מצטבר".<sup>87</sup> הסטריאוטיפ המנבא הלא-אמין בעיניו של השופט מצא הופך את ההבחנה בין גברים לנשים המבוססת עליו להבחנה לא-רלוונטית אשר אינה מקיימת את עקרון השוויון האריסטוטלי ועל-כן מהווה הפליה.

תשובה אפשרית אחרת תהיה דומה לתשובתו של השופט גובראן בעניין פרוז'אנסקי. תשובה זו תניח כי גם אם ניתן להציג תשתית ראייתית המבססת את אמינותו של הסטריאוטיפ והופכת את ההבחנה שנעשתה על בסיסו להבחנה רלוונטית שמקיימת את עקרון השוויון האריסטוטלי, יש עדיין סיבה טובה לקבוע כי הבחנה זו מהווה הפליה אסורה. בדרך זו פסעו השופטות שטרסברג ודורנר בעניין מילר. השופטת שטרסברג מציינת במפורש כי לדעתה ההבחנה בין נשים לגברים לעניין הקבלה לקורס טיס אכן מבוססת על שיקולים רלוונטיים. לדבריה, "רצף השירות הצבאי של טייסת עלול להיפגע והשירות הצבאי עלול להסתיים אם היא תינשא, תהרה או תהפוך לאם".<sup>88</sup> אולם אף-על-פי שהבחנה בין נשים וגברים מבוססת על שונות רלוונטית, היא מהווה עדיין הפליה לדעתה, כי ניתן וראוי לתקן או לנטרל את השונות באמצעות השקעת משאבים כספיים.<sup>89</sup> השופטת שטרסברג טוענת כי הדבר דומה לאדם על כיסא-גלגלים שמוכשר

85 לעוול של פגיעה באוטונומיה הנוצר בעקבות שימוש בסטריאוטיפים מנבאים ראו תת-פרק ב1 לעיל.

86 רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 34, בעמ' 554.

87 עניין מילר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115.

88 שם, בעמ' 119.

89 שם, בעמ' 125.

למלא משרה מסוימת, אך אין באפשרותו להגיע למשרד הרלוונטי למשרה שכן ניתן להגיע אליו רק באמצעות מדרגות. לפי השופטת שטרסברג, באותו אופן שבו ניתן וראוי לנטרל את השוני הרלוונטי בין אדם מוכשר על כיסא-גלגלים לבין אדם מוכשר שאין לו מוגבלות פיזית, כך ניתן וראוי לנטרל את השוני בין גברים ונשים בהקשר של שירות בחיל-האוויר.<sup>90</sup> גם השופטת דורנר מניחה כי יש שוני רלוונטי בין נשים וגברים לעניין משך השירות הצבאי, שכן לנשים יש צרכים מיוחדים הקשורים לאימהות ולגידול ילדים.<sup>91</sup> אולם לדירה, אף שהבחנה בין גברים ונשים בעניין מילר מבוססת על שוני רלוונטי, היא מהווה עדיין הפליה, כי ניתן וראוי להתאים את המוסדות החברתיים לצורכיהן של נשים. בדומה לשופטת שטרסברג, אשר השוותה בין הצורך להתאים מוסדות חברתיים לצורכיהן הייחודיים של נשים לבין הצורך להתאים מוסדות חברתיים לצורכיהם הייחודיים של אנשים עם מוגבלויות, השופטת דורנר קובעת כי "הדרישה להתחשבות בצורכיהן המיוחדים של נשים דומה לדרישה להתחשבות באמונתו הדתית של אדם".<sup>92</sup>

תפקידו של השוויון המהותי הוא להצדיק מהלכים מהסוג שנעשה על-ידי השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי ועל-ידי השופטות שטרסברג ודורנר בעניין מילר. השוויון המהותי מצביע על סיבה שבגללה נרצה לקבוע כי הבחנות מהסוג שנעשו בעניין פרוז'אנסקי ובעניין מילר הן אסורות אף שהן מקיימות לכאורה את תנאי השוויון האריסטוטלי. הסיבה שבגללה נרצה לקבוע כי הבחנות מסוימות מהוות הפליה אסורה אף שהן עוברות לכאורה את מבחן השוויון האריסטוטלי היא מניעה או צמצום של עוול ההשפלה, כפי שביארתי אותו בפרק הקודם.

השוויון המהותי מהווה אם כן עיקרון שונה מעקרון השוויון האריסטוטלי. תפקידו של עקרון השוויון האריסטוטלי הוא למנוע או לצמצם פגיעה באוטונומיה, אך יש בו קושי אפיסטמולוגי מובנה בכך שהוא אינו מספק לנו את הכלים הראויים לזהות את התכונות הרלוונטיות שהבחנה על בסיסן תצמצם או תמנע פגיעה באוטונומיה. כלומר, עקרון השוויון האריסטוטלי אינו אומר דבר על מהותו של קריטריון הזכאות הראוי לחלוקה של טובים. הוא רק דורש כי מרגע שנקבע קריטריון כזה, כמות הטובים שתחולק תהיה פרופורציונית למידת הזכאות, דהיינו, שני אנשים בעלי אותה תכונה רלוונטית או בעלי אותה מידת זכאות אכן יקבלו טובים בכמות שווה.

עקרון השוויון המהותי מוסיף מבחנים שקריטריון הזכאות צריך לעמוד בהם כדי להוות קריטריון רלוונטי. עקרון השוויון המהותי מזהה את התכונות שאנו מחשיבים למהותיות ביחס לחלוקת הטובים. הוא מצביע על התכונות החשודות כתכונות מהותיות ביחס לחלוקת טובים בחברה, ואוסר הבחנות המתבססות עליהן (גם כאשר הן רציונליות) במקרים שבהם נגרמת השפלה לפרטים המובחנים. אולם עקרון השוויון המהותי לא רק מספק דרך להתגבר על החסרים המובחנים בעקרון השוויון האריסטוטלי,

90 שם, בעמ' 120–121.

91 שם, בעמ' 142.

92 שם.

אלא גם מהווה עיקרון בפני עצמו. תפקידו של עקרון השוויון המהותי הוא למנוע – או לכל הפחות לצמצם – את עוול ההשפלה שהלמן מצביעה עליו. כלומר, תפקידו של השוויון המהותי הוא לאסור הבחנות המבוססות על תכונות חשודות, גם כאשר הן מבוססות על סטריאוטיפים אמינים, משום שהבחנות אלה משפילות. עקרון השוויון המהותי מאפשר למעשה לקבוע כי הבחנות מסוימות אסורות אף שהן עוברות כביכול את מבחן השוויון האריסטוטלי. עקרון השוויון המהותי מאפשר לעשות זאת רק בנוגע להבחנות רלוונטיות המבוססות על תכונות חשודות, כי הבחנות אלה יוצרות – נוסף על העוול של פגיעה באוטונומיה, שנוצר בעקבות כל הבחנה המתבססת על הכללה – גם עוול של השפלה כלפי בעלי התכונות החשודות. עוול זה של השפלה אינו נגרם כתוצאה מהבחנות שמבוססות על תכונות שאינן חשודות.

הבנה זו של עקרון השוויון המהותי, הנשענת על הרציונל שהלמן מציעה לייחודן של עילות ההפליה החשודות, עולה בקנה אחד עם הדרך שבה השופטת דורנר מציעה להבין את היחס בין המושגים "כבוד", "שוויון" ו"השפלה" בעניין מילר. לשיטתה של דורנר, לא כל הפליה היא השפלה, ולכן לא כל הפליה פוגעת בכבודם של המופלים. הפליה המהווה השפלה היא הפליה לרעה על רקע קבוצתי של השתייכות לקבוצה בעלת מאפיינים חשודים, כגון מין וגזע. הפליה של חברי קבוצות חשודות מהווה השפלה כי היא משדרת מסר שלפיו מעמדם החברתי של המופלים נחות ומאששת את הסטריאוטיפים בדבר נחיתותם.<sup>93</sup> השופטת דורנר מספקת למעשה בדבריה הצדקה לייחודן של עילות ההפליה ה"קלאסיות". לדבריה, הפליה על בסיס עילות חשודות נושאת עימה מסר משפיל הפוגע בכבוד, ומכאן עליונותן הנורמטיבית על עילות הפליה אחרות שאינן חשודות.<sup>94</sup>

מעקב אחר השימוש במונח "שוויון מהותי" בפסיקה מעלה כי הוא משמש בה שם נרדף לעקרון הצדק ולעקרון ההגינות, הנדרשים להשגתן של מטרות חברתיות ראויות "כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת".<sup>95</sup> כלומר, המטרות החברתיות הראויות שהשוויון המהותי הוא כלי להשגתן משתנות מתקופה לתקופה ומחברה לחברה. שתי השאלות המרכזיות שמתעוררות ביחס למשמעותו של השוויון המהותי הן אם כן מה תוכנן של אותן מטרות חברתיות ראויות, ובאיזו דרך ישרת השוויון המהותי את מימושן. שאלות אלה מחזירות אותנו לתפיסות הפילוסופיות השונות של שוויון מהותי שהוזכרו בתחילת פרק זה. כפי שפילוסופים שונים מבינים זאת, השוויון המהותי הוא כלי להשגת מטרות חברתיות ראויות. המחלוקת הפילוסופיות על משמעותו של

93 שם, בעמ' 132–133.

94 נוסף על כך, דבריה של השופטת דורנר נושאים מסקנה אופרטיבית חשובה בנוגע למקרי הפליה שאין חוק ספציפי שחולש עליהם, כגון חוק איסור הפליה או חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. במקרים כאלה יוכלו קורבנות ההפליה לטעון כי נפגעה זכותם לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, רק אם ההפליה נגדם מהווה השפלה, דהיינו, רק כאשר קורבנות ההפליה מושפלים על רקע השתייכותם לאחת הקבוצות המתאפיינות בתכונות חשודות.

95 ראו, למשל, פרשת **מרכז השלטון המקומי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 501–502, פס' 4–5 לפסק-דינו של השופט חשין.

השוויון המהותי הן על תוכנן של אותן מטרות חברתיות ועל הדרך שבה ראוי להשיגן (למשל, שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בהקצאת משאבים או שוויון בצרכים).<sup>96</sup> פילוסופים נעזרים במודלים אוטופיים שונים על-מנת לענות על שתי שאלות אלה. הם מציעים מודלים אוטופיים לחלוקה צודקת של כלל המשאבים בחברה, שאלה יש לשאוף על-מנת להגשים מטרות חברתיות ראויות. כך, למשל, רונלד דוורקין מציע כי משאבים יחולקו בין כלל הפרטים בחברה עד שייווצר מצב שבו אין קנאה בין פרטים בנוגע להבדלים בכמות המשאבים שבידיהם. מנקודה זו ואילך יפוצו פרטים על אובדן משאבים רק אם אין להם אחריות אישית לאובדן המשאבים שהיו ברשותם.<sup>97</sup> לפי מייקל וולצר, טובים שונים – כגון חינוך, בריאות, משפחה, ממון וקרירה – מהווים ספרות שונות בחינוך. הטוב הספציפי השולט בספירה מסוימת יתחלק בין הפרטים לפי עקרונות ייחודיים שיוגדרו על-ידי המשמעות החברתית הספציפית של אותו טוב, אשר משתנה מחברה לחברה. על-מנת להשיג שוויון, על כל חברה לוודא כי טוב השולט בספירה אחת בה לא ייהפך לטוב דומיננטי מדי המכתיב קריטריונים לחלוקת טובים המשתייכים לספרות אחרות בה. כך, למשל, על המדינה לעשות מאמצים שטוב כגון עושר לא ייהפך לקריטריון לחלוקה של שירותי בריאות. בצורה זו, כך טוען וולצר, נוכל למנוע – או לכל-הפחות לצמצם – מצבים שבהם פרט אחד או קבוצה של פרטים שולטים בחלוקתו של טוב דומיננטי אחד, המאפשר להם לשלוט גם בחלוקה של טובים המשתייכים לספרות אחרות.<sup>98</sup>

להבדיל מהפילוסופים שהזכרתי, משפטנים מתחילים בדרך-כלל מהעובדות של חלוקת המשאבים הספציפית הנבחנת, ובודקים אם היא הפרה את עקרון השוויון המהותי. אך גם לגבי משפטנים השוויון המהותי מהווה כלי להשגת מטרות חברתיות ראויות, וגם הם שואלים את עצמם אותן שתי שאלות: מה תוכנן של המטרות החברתיות? ומהי הדרך הראויה להגשמתן?<sup>99</sup> התשובות לשתי השאלות האלה בעולם המשפט טמונות לא במודלים אוטופיים לחלוקת כלל המשאבים בחברה, אלא בעילות

96 לדיון בתוכנן של המטרות החברתיות השונות שעל השוויון המהותי לקדם ובדרכים השונות לקדם לפי תפיסותיהם של פילוסופים שונים ראו: Elizabeth Anderson, *What Is the Point of Equality*, 109 ETHICS 287 (1999).

97 DWORKIN, לעיל ה"ש 80, בעמ' 67, 73–82.

98 ראו: MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983) 318–321, 86–91, 17–30, 13–3. ראו גם דהאן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 114–128.

99 לכן, לדעתי, משפטנים הדבקים בתפיסה זו של שוויון מהותי מעדיפים לקדם את המושגים "שוויון טרנספורמטיבי-קבוצתי" או "שוויון תוצאתי", דהיינו, שוויון שמטרתו לחולל שינוי של ממש במציאות חייהן של קבוצות מוחלשות בחברה. בהקשר של שוויון טרנספורמטיבי-תוצאתי ראו יוסף ג'בארין "שני סוגים של שוויון: לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי" **המרחב הציבורי** 7, 37, 41–45 (2012); שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97, 146–150 (2012). בהקשר של שוויון תוצאתי ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 34, בעמ' 561–562; יפעת ביטון "מזרחים במשפט: האין כיש" **משפטים** מא 455, 463–464 (2011).

ההפליה. עילות אלה מסמנות ומאירות את התשובות לשתי השאלות שלעיל. הן מסיבות את תשומת-ליבנו לתוכן של המטרות החברתיות הראויות, ומדגישות כי הדרך לממש את המטרות החברתיות הראויות על-ידי השוויון המהותי היא למזער או למנוע הבחנות ביחס אליהן, גם כאשר הן רלוונטיות.

אם נאמץ את מבחנה של הלמן, כפי שהצעתי, נגיע למסקנה כי תוכנה של המטרה החברתית הראשית, שממנה נגזרות כל המטרות החברתיות האחרות שעל השוויון המהותי לקדם, היא מניעה או צמצום של השפלה. עלינו להבין השפלה לא כמונחים של תחושות סובייקטיביות של כעס או עלבון מצד הקורבן, אלא כמונחים של השתייכות חברתית, כפיפות והדרה. השאלה אם הבחנה מסוימת מכפיפה או מדירה נגזרת, לפי הלמן, מהתפיסות התרבותיות הדומיננטיות בחברה בנוגע לאקט ההבחנה עצמו, בנוגע לנסיבות שבהן הוא נעשה ובנוגע לתכונות שעל בסיסן נעשתה ההבחנה. תפיסות תרבותיות אלה משתנות מתקופה לתקופה ומחברה לחברה.

אם נהיה ערים לתפיסות התרבותיות המבנות השפלה בכל חברה נתונה, נגלה כי הן מצביעות על מעמדן החברתי היחסי של קבוצות מסוימות בחברה ושל הפרטים המשתייכים לכל אחת מהן. בעיקר נוכל להבחין בקבוצות שמעמדן החברתי פגיע יותר. דהיינו, התפיסות התרבותיות הדומיננטיות בכל חברה מצביעות על הקבוצות הפגיעות הזקוקות להגנתו של עקרון השוויון המהותי. זיהוי קבוצות שמעמדן החברתי פגיע אינו מושג באמצעות דיון על נכונותם או מידת אמינותם של סטריאוטיפים מסוימים ביחס לתכונות של הפרטים הנמנים עם קבוצות אלה. נראה כי לעד נתקשה להפריד בין התכונות האישיות של פרטים המשתייכים לקבוצות פגיעות לבין ההבניה החברתית שלהן. כאשר מדובר בהבחנות מנבאות אמינות, המוכיחות כי בקרב קבוצה מסוימת יש שיעור גבוה יותר של פרטים בעלי יכולות מסוימות בהשוואה לקבוצה אחרת, נמצא להן בדרך-כלל סיבות שמקורן במציאות וסיבות שמקורן בערכים. אולם, בניגוד לדבריו של השופט דנציגר בפסק-דין פרוז'אנסקי, לרוב לא נוכל להפריד בין מציאות לבין ערכים.<sup>100</sup> כפי שהדגיש השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי, לא נמצא תשובות ברורות לשאלות כגון אם נשים אכן חלשות פיזית מגברים או שמא הן גודלו וחונכו בהתאם לתפיסות חברתיות המבנות אותן כצד החלש, העדין והפגיע יותר.<sup>101</sup> פעמים רבות מדי ניתקל בהבניה חברתית של תכונה "נשית" מסוימת שהיא גם תוצאה של הדרה היסטורית של נשים מעיסוק או ממידע הקשור לאותה תכונה. במקרים אלה לא נוכל להתייחס ברצינות לשאלה אם תכונה זו מצדיקה הבחנה ולכן אינה הפליה.<sup>102</sup> על בסיס זה טענתי כי עדיף להתמקד בשאלה מי הן הקבוצות הפגיעות הזקוקות להגנתו של השוויון

100 ראו את המובאה שהשופט דנציגר מביא בפס' 34 לפסק-דינו בעניין פרוז'אנסקי (לעיל ה"ש 4, בעמ' 1827), הלקוחה מתוך פסק-דינו של השופט חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 451 (2002).

101 עניין פרוז'אנסקי, שם, בעמ' 1835. ראו גם SCHAUER, לעיל ה"ש 38, בעמ' 137–141.

102 SCHAUER, שם, בעמ' 139.

המהותי, ולהגביל את תחולתו להגנה עליהן.<sup>103</sup> עמדה הפוכה, המשמיעה כי השוויון המהותי מגן גם על הבחנות רלוונטיות לכאורה ביחס לפרטים המשתייכים לקבוצות בעלות מעמד חברתי חזק, תחטא לכן למטרות החברתיות שהשוויון המהותי נועד לקדם מלכתחילה.<sup>104</sup>

אם נסכם עד כה, המסקנה היא שעילות חשודות מצביעות על סיבה שבגינה ירצה המשפט להתערב, בשמו של עקרון השוויון, בהבחנות רציונליות או רלוונטיות לכאורה. אם נקבל את טיעונה של הלמן, המסקנה היא שהסיבה שבגללה עקרון השוויון המהותי מגן רק על קבוצות חשודות, וזאת גם כאשר ההבחנות הנעשות ביחס אליהן רלוונטיות לכאורה, היא שהבחנות המבוססות על תכונות חשודות, רלוונטיות ככל שיהיו, נוטות להשפיל את חברי הקבוצות החשודות, בעוד הבחנות רלוונטיות המבוססות על תכונות שאינן חשודות אינן נוטות להשפיל את הפרטים המזוהים איתן.

בפרק הבא אטען כי אם תפקידו של השוויון המהותי הוא אכן למנוע השפלה או לכל-הפחות לצמצם אותה, כִּי־אז יש להילחם בשמו גם בהבחנות רלוונטיות מסוימות שאינן מבוססות בהכרח על תכונות המוכרות כיום כתכונות חשודות. במילים אחרות, משעומדים על הרציונל שמאחורי עקרון השוויון המהותי, המסקנה היא שאין להבין את רשימת העילות החשודות כרשימה סגורה, אלא כניסיון של המחוקק לזהות בהקשר תרבותי מסוים אותן הבחנות שכרוכה בהן השפלה. לא מן הנמנע שבית-המשפט יזהה עילות נוספות שהבחנה בגינן מהווה השפלה. איעזר במקרה של הבחנות המבוססות על התכונה של עודף משקל כדי לתמוך בטענה זו.

103 עמדה זו מתיישבת עם דעת המיעוט של השופט גרוניס בנוגע לחוק גיוס בחורי ישיבות. לדידו של גרוניס, ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מן הטעם של פגיעה בשוויון תהא מוצדקת בעיקר כאשר החוק פוגע בקבוצות מיעוט. ראו פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 778–782, פס' 4 ו-7 לפסק-דינו של השופט גרוניס. דבריו של השופט גרוניס נוגעים בביקורת שיפוטית של בית-המשפט על חוק שפוגע בקבוצת הרוב, אך ניתן בהחלט להסיק מהם כי עקרון השוויון נועד בראש ובראשונה לאפשר לבית-המשפט לגונן על קבוצות מיעוט מפני קבוצת הרוב הדומיננטית בחברה.

104 בניגוד לדבריו של השופט דנציגר בעניין **פרוידאנסקי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1826, פס' 28 לפסק-דינו, עמדה כזו גם תיצור הפרדה מלאכותית בין משמעותו של עקרון השוויון המהותי בפרשנותם של חיקוקים המתייחסים להפליה לבין משמעותו של עקרון השוויון המהותי בפרשנותם של חיקוקים המתייחסים להעדפה מתקנת. למשמעותו של עקרון השוויון המהותי ביחס להעדפה מתקנת ראו מיטל פינטו והלל סומר "מחיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** 195, 197–199 (ענת מאור עורכת, 2004). היא תהפוך את משמעותו של עקרון השוויון המהותי ללא-קוהרנטי, אף שבשני המקרים משמעותו זהה: קידום פרטים המשתייכים לקבוצות פגיעות וצמצום הפער בינם לבין פרטים המשתייכים לקבוצות חזקות (או במילותיה של רדאי, "לחסל באופן אפקטיבי אפליה נגד חברי קבוצות מסומנות" – פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג 145, 157 (1995)).



## פרק ה: השפלה וכבוד לא רק לקבוצות חשודות – הבחנות בנוגע לכבדי-משקל כמקרה-מבחן

במאמר שכתבה ציינה השופטת דורנר כי הדגש במבחן ההשפלה שהיא הציעה בעניין **מילר** הוא בהפליה של אדם בשל השתייכות לקבוצה כלשהי, ולא דווקא לקבוצה שחבריה נושאים את אחת התכונות החשודות.<sup>105</sup> דהיינו, לפי דורנר, מבחן ההשפלה חל על כל הבחנה רציונלית או רלוונטית לכאורה המבוססת על תכונה המזוהה עם פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. נראה כי קביעתה של דורנר מכלילה מדי, וכי רצוי לקבוע קריטריונים ברורים יותר שיעזרו לנו לזהות קבוצות מסוימות שהשתייכות אליהן הופכת הבחנה למשפילה ועל-כן למנוגדת לעקרון השוויון המהותי. כאן המקום, לדעתי, להיעזר במבחנים להשפלה שעולים מתוך כתיבתה של הלמן. אם מקבלים מבחנים אלה, נובע מכך שרשימת העילות שאסור לבסס עליהן הבחנה – אף אם היא רציונלית או רלוונטית לכאורה – אינה מוגבלת בהכרח לעילות החשודות.<sup>106</sup> המבחן המהותי הוא מבחן ההשפלה והפגיעה בכבוד.

בחלק זה אבקש ליישם את מבחן ההשפלה על התכונה של עודף משקל. תכונה זו מהווה לדעתי דוגמה טובה לתכונה שאינה מוגדרת על-פירוב כתכונה חשודה אך נושאת בכל-זאת מאפיינים דומים לתכונות המוכרות כתכונות חשודות. התכונה של עודף משקל תשמש מקרה-מבחן שיוכיח את הצורך להרחיב את רשימת התכונות החשודות שהבחנה על בסיסן תיחשב כנוגדת את עקרון השוויון המהותי, גם כאשר היא רציונלית או רלוונטית לכאורה.

איננו בשתי דוגמות של מקרים מהמשפט האמריקאי אשר דנו בהבחנות שהתבססו על התכונה של עודף משקל. שני מקרים אלה תומכים לדעתי במסקנה שהבחנות על בסיס עודף משקל מקיימות את מבחן ההשפלה של הלמן. זאת, מאחר שהן ממחישות כיצד הבחנות על בסיס משקל גוף משפילות, גם כאשר הן רציונליות או רלוונטיות לכאורה. מקרים אלה גם ממחישים לדעתי את הצורך בהרחבת קשת העילות המוכרות להפליה, וזאת על-ידי יישום הקריטריונים שהלמן מציעה.

פסק-הדין הראשון, שניתן בעניין *Texas Bus Lines*,<sup>107</sup> דן בעניינה של אישה הסובלת מהשמנת-יתר (*obese*) אשר לא התקבלה למשרה של נהגת אוטובוס בשדה-תעופה משום שהרופא של חברת האוטובוסים חשש שכובד משקלה ימנע ממנה את היכולת

105 דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" **ספר שמגר – מאמרים** א 9, 22–23 (אהרן ברק עורך, 2003).  
 106 כאשר הלמן מסבירה מדוע הבחנה על בסיס תכונות המייחדות קבוצות פגיעות בחברה היא הבחנה משפילה, היא מתייחסת רק לתכונות חשודות, כגון גזע ומין. אולם הגדרתה של הלמן לקבוצה פגיעה כוללת כל קבוצה של אנשים המאופיינים על-ידי תכונה מסוימת המסמנת אותם כבעלי מעמד חברתי נמוך, ואשר סבלו בעבר – ועודם סובלים – מנחיתות בהשוואה לקבוצות אחרות. הלמן מבהירה כי תכונות אלה הן אובייקט של הבניה חברתית ותרבותית, ולכן מטבע הדברים הן משתנות מחברה לחברה וממדינה למדינה. HELLMAN, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21–22, 27–28.  
 107 ראו: *EEOC v. Texas Bus Lines*, 923 F. Supp. 965 (S.D. Tex. 1996).

לעזור לנוסעים במקרה של תאונה. חששו של הרופא היה מבוסס על סטריאוטיפ מנבא בנוגע לאנשים כבדי-משקל, ולא על נתוניה הרפואיים הפרטניים של המועמדת, שכן הבדיקה הרפואית שנערכה לה הייתה תקינה. הרופא הניח כי היא אינה מתאימה לאיוש התפקיד לאחר שצפה בה, לדבריו, "מתגלגלת במסדרון". בית-המשפט קיבל במקרה זה את תביעתה של האישה, וקבע כי מדובר בהפליה אסורה. אולם קביעתו של בית-המשפט התבססה על הטענה כי התנהגותו של הרופא הפרה את ה־Americans with Disabilities Act,<sup>108</sup> שכן התייחסותו לאישה הייתה כאל נכה, וככזו היה אסור לו להפלותה. כלומר, ניתן לשער כי אילו הובחנה אותה אישה מאחרים בשל סטריאוטיפ הקשור לתכונה חיצונית אחרת שאינה קשורה לנכות, כגון מבנה פנים או תסרוקת, או אילו הובחנה בשל כובד משקלה אך היחס אליה לא היה כאל נכה, לא היה בית-המשפט קובע כי מדובר בהבחנה אסורה המהווה הפליה.<sup>109</sup>

פסק-הדין בעניין *Marks* מהווה דוגמה טובה המצביעה על נכונותה של השערה זו.<sup>110</sup> פסק-הדין דן בעניינה של גברת מרקס – אישה כבדת-משקל אשר זכתה בתואר "אשת המכירות של השנה" בחברת המכירות שבה עבדה כמשווקת מכירות באמצעות הטלפון. למרות היותה עובדת מצטיינת, סירבה החברה להעביר אותה לתפקיד מכירות הדורש עבודה פנים-אל-פנים מול לקוחות החברה. כאשר התלוננה על כך, הסביר לה המעסיק כי המראה החיצוני הוא גורם חשוב מאוד בעבודה פנים-אל-פנים, ולכן אין הוא יכול לאשר את בקשתה. במילים אחרות, החלטתו של המעסיק התבססה על סטריאוטיפ מנבא שלפיו אנשים כבדי-משקל מושכים פחות לקוחות כאשר הם עובדים מולם פנים-אל-פנים. גברת מרקס הפסידה בתביעת ההפליה שלה מול החברה המעסיקה מכיוון שמשקל אינו נמנה עם עילות ההפליה ב־Civil Rights Act.<sup>111</sup> משכך, קבע בית-המשפט כי החברה המעסיקה לא עברה על החוק כאשר החליטה שגברת מרקס שמנה מכדי למלא את תפקיד המכירות שרצתה.<sup>112</sup> תביעות אחרות בגין הפליה של אנשים כבדי-משקל על-ידי מעסיקים שונים בארצות-הברית נדחו אף הן מן הסיבה שמשקל, מראה חיצוני או אפילו נכות אינם מופיעים ברשימת העילות המנויות בחיקוקים הרלוונטיים המגינים מפני הפליה.<sup>113</sup>

108 Americans With Disabilities Act (ADA), 42 U.S.C. § 12101 (1990).

109 לפסקי-דין אמריקאיים נוספים שסיווגו השמנת-יתר כנכות ולכן אסרו הפליה בגינה ראו: Robert C. Post, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, in PREJUDICIAL APPEARANCES: THE LOGIC OF AMERICAN ANTIDISCRIMINATION LAW 1, 11 (Robert C. Post et al. eds., 2001); ANNA KIRKLAND, FAT RIGHTS: DILEMMAS OF DIFFERENCE AND PERSONHOOD 7–8, 38–39, 126 (2008).

110 *Marks v. National Communications Association, Inc.*, 72 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 1999).

111 Title VII of the Civil Rights Act of 1964 § 7, 42 U.S.C. § 2000e et seq. (1964).

112 KIRKLAND, לעיל ה"ש 109, בעמ' 9–12.

113 Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English, 68 Pa. Commw. 212 (1982). לפרטים נוספים על המקרה ראו KIRKLAND, לעיל

ה"ש 109, בעמ' 97–98.

אם ניישם את מבחניה של הלמן להשפלה ונראה את העילות השונות כמרכיבות קשת של תכונות המשמשות סטריאוטיפים ועלולות להשפיל בהקשר תרבותי מסוים, אזי ניתן לטעון כי גם הבחנה על בסיס עודף משקל, לדוגמה, מהווה השפלה ופגיעה בכבוד. אם נוכל להוכיח, למשל, כי אדם כבד-משקל לא התקבל לעבודה בשל סטריאוטיפ מנבא המשוך לתכונה זו, כגון עצלות, וכי לכבד-משקל יש היסטוריה של הפליה בעבר ובהווה על בסיס סטריאוטיפים מסוג זה, אזי ההבחנה במקרה זה משפילה ופוגעת בכבוד, ולכן מהווה הפליה אסורה.

ברוב שיטות המשפט עודף משקל או משקל-יתר אינם נמנים עם רשימת העילות שחלוקת משאבים המבוססת עליהן אסורה, אף ששימוש בסטריאוטיפים ביחס לאנשים עם משקל-יתר שכיח מאוד בחברה.<sup>114</sup> משקל-יתר הוא קריטריון המשמש להפליה דה-פקטו אך לא להפליה דה-יורה,<sup>115</sup> מכיוון שהקטגוריה של משקל-יתר אינה באה לידי ביטוי מפורש בחוק. אנשים עם משקל-יתר נתקלים בקשיים רבים במציאת עבודה, ואף חשופים יותר להתנכלויות מצד חבריהם ומעסיקיהם על רקע מראם החיצוני.<sup>116</sup> זאת, משום ששוק העבודה מושפע במידה רבה מהעדפותיהם של מעסיקים ולקוחות, ואלה נוטים להעדיף אנשים שנראים טוב ומתאימים לתפיסת היופי והאסתטיקה המקובלת בחברה.<sup>117</sup> הבחנה כלפי פרטים בשל עודף משקל מאששת עמדות שליליות

DEBORAH L. RHODE, THE BEAUTY BIAS: THE INJUSTICE OF APPEARANCE IN LIFE AND 114  
LAW 15-17, 92 (2010).

115 על ההבחנה בין הפליה דה-פקטו לבין הפליה דה-יורה ראו יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" **מעשי משפט** ד 75, 76-81 (2011).

116 מחקר שנעשה בארצות-הברית בשנות התשעים מוכיח כי אנשים שנראים טוב פחות גם מרוויחים בדרך-כלל פחות מאנשים שנראים טוב. ראו: Daniel S. Hamermesh & Jeff E. Biddle, *Beauty and the Labor Market*, 84 AM. ECON. REV. 1174, 1192 (1994), מצוטט אצל Post, לעיל ה"ש 109, בעמ' 9.

117 RHODE, לעיל ה"ש 114, בעמ' 105-108. גם בתי-המשפט בישראל נדרשו להתמודד עם העדפות של מעסיקים בנוגע למראה חיצוני המתאים לתפיסת היופי המקובלת בחברה. העדפות אלה הוצגו על-ידי המעסיקים כמתחייבות מאופי התפקיד. כך, למשל, בפרשת **רקנט** טענה חברת אל-על כי מהות התפקיד של דיילי-אוויר דורשת הופעה נאה וצעירה, ולכן מוצדק לקבוע גיל פרישה מוקדם יותר לדיילי-אוויר בהשוואה לדיילי-קרקע. השופט זמיר, שקיבל את העתירה וקבע כי הדיילים הופלו על בסיס גיל, ציין כי "אפשר לומר שמוסכמה היא כי דייל אוויר הוא אדם צעיר. ואפשר גם לומר כי חברות התעופה נעשו שבויות בידי מוסכמה שהן יצרו. הן יצרו סטראוטיפ של דייל אוויר. התוצאה היא שציבור הנוסעים מצפה לראות אנשים צעירים בתפקיד של דיילי אוויר". פרשת **רקנט**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 355. תפיסת היופי והאסתטיקה המקובלת בחברה יכולה לבוא לידי ביטוי גם בדרישות מצד מעסיקים כלפי עובדים להופעה הולמת ולקוד לבוש מסוים. במקרים כאלה בתי-המשפט בישראל נוטים לקבל את עמדת המעבידים, ולקבוע כי אין מדובר בהפליה על רקע מראה חיצוני. כך, למשל, בעניין **גבאי** נידונה תביעתו של בחור צעיר עם כתובות-קעקע במקומות בולטים בגופו אשר פוטר מעבודתו בבית-הקפה בעקבות סירובו ללבוש חולצה ארוכה שתסתיר את כתובות-הקעקע שעל גופו. בית-הדין האזורי לעבודה קבע כי דרישה של מעסיק פרטי מעובדו להקפיד על הופעה חיצונית הולמת ועל קוד לבוש כזה או אחר אינה אסורה. דרישה זו נובעת מהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ומזכויותיו הקנייניות לנהל את עסקו באופן הנראה לו וכן להימנע מהפגיעה

וסטריאוטיפים רווחים בחברה בנוגע לאנשים הנתפסים כשמנים.<sup>118</sup> כך, למשל, הבחנה של אנשים עם משקל-יתר מבוססת פעמים רבות על הסטריאוטיפ שהם חסרי שליטה עצמית,<sup>119</sup> עצלים ואיטיים יותר מאחרים.<sup>120</sup> סטריאוטיפ זה נשען לרוב על תפיסה חברתית שלילית של הגוף השמן, המכונה בספרות גם "פניקה מוסרית", ולא בהכרח על מחקרים אמפיריים בדבר יכולותיהם האמיתיות של אנשים עם משקל-יתר.<sup>121</sup> הואיל והבחנה מסוג כזה תואמת את המבחנים של הלמן, היא משפילה ומהווה הפליה אסורה גם אם היא מתבססת על סטריאוטיפים מנבאים אמינים.

במילים אחרות, על-פי הרציונל שהלמן מציעה, יש קשת רחבה של תכונות שהבחנה על בסיסן עלולה להשפיל ולפגוע בכבוד. התכונות החשודות המוכרות נמצאות בקצה האחד של הקשת, אולם אין זה מן הנמנע שבהקשרים מסוימים יהיו תכונות נוספות, אשר אינן נחשבות חשודות, שהבחנה על בסיסן תהיה משפילה ומפלה. יישום הקריטריונים שהלמן מציעה יכול לעזור ביצירת קשת רחבה וצודקת יותר של עילות שהבחנות על בסיסן ייחשבו הפליות אסורות המנוגדות לעקרון השוויון המהותי גם כאשר הן רציונליות או רלוונטיות לכאורה. קריטריונים אלה יוכלו לספק הגנה מפני הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים מנבאים לגבי תכונה מסוימת אשר האינטואיציה המוסרית שלנו מבקשת למנוע שימוש בה כבסיס להפליה אולם הפליה על בסיסה אינה אסורה על-פי המצב החוקי הנוכחי של רוב החיקוקים המיועדים להילחם בהפליה. העילות שנמצא בעקבות יישום הקריטריונים של הלמן אינן חופפות בהכרח את רשימת הקבוצות הפגיעות המוכרת לנו כרשימת "הקבוצות החשודות". העובדה שהמחוקק בחר בזמן מסוים ברשימה של עילות המציינות תכונות המזוהות עם קבוצות פגיעות בחברה אינה מובילה בהכרח למסקנה שבתי-המשפט צריכים להיצמד לרשימה זו. אם תכליתו של השוויון המהותי היא למנוע השפלה או לכל-הפחות לצמצמה, אזי על בתי-המשפט להיות ערים למעמדן החברתי של קבוצות פגיעות אחרות הזקוקות להגנתו. מעמד חברתי זה משתנה מתקופה לתקופה ומהקשר להקשר.

הכלכלית שעלולה להיגרם לו אם יעסיק אדם שאינו מציית לקוד הלבוש המקובל. תע"א (אזורי ת"א) 8435-09 **גבאי נ' פינות קפה בע"מ**, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא מיכאל שפיצר (פורסם בנבו, 9.1.2012).

118 Post, לעיל ה"ש 109, בעמ' 11.

119 על הוויכוח בנוגע לשאלה אם משקל-יתר הוא גורם הנמצא בשליטתם של כבדי-משקל אם לאו, ועל מחקרים אמפיריים בנושא, ראו: Yofi Tirosh, *The Right to Be Fat*, 12(2) YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 264, 284–287 (2012).

120 RHODE, לעיל ה"ש 114, בעמ' 95.

121 העובדה שאנשים עם משקל-יתר משתייכים בדרך-כלל לקבוצות מיעוט בעלות מעמד חברתי-כלכלי נמוך תורמת לתפיסה שלילית זו. Kathleen LeBesco, *Fat Panic and the New Morality*, in *AGAINST HEALTH: HOW HEALTH BECAME THE NEW MORALITY* 72, 73–76 (Jonathan M. Metzler & Anna Kirkland eds., 2010); KATHLEEN LEBESCO, *REVOLTING BODIES: THE STRUGGLE TO REDEFINE FAT IDENTITY* 58–59, 63–64 (2004).

עד כה דנתי בהבחנות המתבססות על סטריאוטיפים מנבאים המתיימרים לבסס קשר רלוונטי בין התכונה הסטריאוטיפית לבין הטוב המחולק. אולם תכונות לא-חשודות יכולות לשמש בסיס להבחנה גם כאשר הן אינן מתיימרות לבסס קשר כזה. כך, למשל, מעסיק עלול לסרב לקבל לעבודה מועמד כבד-משקל רק בשל סלידתו מאנשים שמנים, ולא משום שמשקלו של המועמד מנבא יכולות פחותות שלו למלא את התפקיד. כאמור, הבחנה זו היא הבחנה שרירותית הפוגעת בעקרון השוויון האריסטוטלי. אם עילות לא-חשודות המשמשות אמצעי ניבוי עלולות להוות, כפי שטענתי, בסיס להפליה אסורה במקרים מסוימים שבהם ההבחנה עולה כדי השפלה הפוגעת בכבוד, קל וחומר שהן מהוות בסיס שרירותי להפליה כאשר הן אינן מנסות לבסס קשר רציונלי בין התכונה הסטריאוטיפית לבין הטוב המחולק.

מהניתוח המושגי שהצעתי עד כה עולות שתי מסקנות אופרטיביות. ראשית, אף שעקרון איסור ההפליה מוגבל ברוב שיטות המשפט לעילות החשודות,<sup>122</sup> ואף שהפסיקה הישראלית אימצה עמדה זו גם ביחס לחוק איסור הפליה,<sup>123</sup> יש להכריז על

Samuel R. Bagenstos, *Rational Discrimination, Accommodation, and the Politics of* 122 *(Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825, 846–847 (2003). עקרון איסור ההפליה אינו מגן, למשל, על אדם שלא התקבל למשרה מסוימת בשל סיבות שרירותיות אם הוא אינו משתייך לאחת הקבוצות החשודות המגדירות בדרך-כלל את עילות ההפליה. כך, למשל, עקרון איסור ההפליה אינו מגן על אדם שלא התקבל למשרה מסוימת מפני שלבש חולצה בצבע ששנוא על המעסיק שראיין אותו לעבודה או מפני שפרצופו מזכיר למעסיק את פרצופו של אדם אחר שהוא שונא. כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל", לעיל ה"ש 61, בעמ' 199.

123 ראו, למשל, את העמדה הדומיננטית בפסיקה ביחס לשאלת עילות ההפליה המוגנות תחת חוק איסור הפליה. בבר"ע (מחוזי י"ם) 478/08 ג.א.ת. **ניהול והשקעות בע"מ נ' מור** (פורסם בנבו, 25.9.2008), בפס' 9 לפסק-דינו, מדגיש השופט צבי זילברטל כי הבחנה שרירותית כשלעצמה אינה מספיקה לביסוס טענה להפליה על-פי חוק איסור הפליה אם הפרטים שהובחנו אינם משתייכים לאחת הקבוצות המרכיבות את עילות ההפליה החשודות המוגדרות בו (גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ-מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות). תמיכה בעמדתו זו של השופט זילברטל הובעה בפסק-דינו של השופט פרידמן בעניין ת"א (שלום חי) 2786/07 **עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ**, פס' 114 (פורסם בנבו, 14.1.2010); בעניין ת"א (שלום חד') 17059-06-03 **ערכה נ' גו אנד סיפ בע"מ** (פורסם בנבו, 18.1.2011); בת"א (ת"א) 24272-10-09 **מנו נ' מלכה** (פורסם בנבו, 13.12.2010); ולאחרונה בפסק-דינה של השופטת טויסטיר ישראלית בת"א (שלום רח) 1923/08 **אביטבול נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ**, פס' 74 (פורסם בנבו, 16.4.2012). פסק-דינו של השופט זילברטל בעניין **מור** לעיל ניתן לאחר שהשופטת וסרקרוג, בע"א (מחוזי חי) 3724/06 **קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי**, פס' 27 (פורסם בנבו, 7.1.2008), השאירה בצריך עיון את השאלה אם רשימת עילות ההפליה המנויות בחוק היא רשימה פתוחה או סגורה. רק השופט שפירא קבע בעניין זה, בדעת יחיד, כי עילות ההפליה המנויות בחוק אינן מהוות רשימה סגורה, וכי כל הבחנה שמבוססת על קריטריון לא-רלוונטי ואשר אינה עונה על התריגים שבחוק תוגדר כהפליה. עמדתו זו של השופט שפירא התקבלה בשני פסקי-דין מאוחרים יותר. פסק-הדין הראשון ניתן על-ידי השופט בן-חמו בת"א (שלום עפ') 353-08-07 **לירן נ' קיבוץ רמת דוד** (פורסם בנבו, 5.1.2009) (ראו שם, פס' 24 לפסק-הדין). עם זאת, יש לציין כי נראה שהסיבה המרכזית שבגינה קבע השופט

כל ההבחנות השרירותיות כהפליית המנוגדות לעקרונות השוויון האריסטוטלי, גם אם הן מבוססות על עילות שאינן חשודות. המסקנה השנייה היא שבמקרים מסוימים ניתן לטעון כי גם הבחנה המבוססת על סטריאוטיפ מנבא אמין ביחס לתכונה שאינה נחשבת חשודה פוגעת בכבוד ועל-כן פוגעת גם בזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרשנות כזו תגשים טוב יותר את תכליתו של השוויון המהותי. היא גם תקדם, בין היתר, את תכליתו של חוק איסור הפליה,<sup>124</sup> אשר נועד במקורו להילחם בתופעה של הפליית יהודים מזרחים, אולם בנוסחו העכשווי אינו כולל עילה מפורשת המתייחסת להפליה על רקע של מוצא עדתי, ועל-כן מקשה על בתי-המשפט להילחם בתופעה זו.<sup>125</sup>

בן-חמו כי החוק מגן מפני כל הפליה שרירותית (ולא רק כזו המתבססת על אחת העילות הקבועות בחוק) היא לא העוול שנוצר על-ידי השרירותיות כשלעצמה, אלא הרצון למנוע הכשרת ברירה שרירותית בכניסה למועדונים, אשר בסופו של דבר תעודד הפליה סמויה כלפי הקבוצות שהחוק בא להגן עליהן (שם, פס' 27 לפסק-הדין). פסק-הדין השני ניתן בע"א 198/09 (מחוזי נצ') סרור נ' חב' רזינט מיוזיק בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2009), שעסק בהפליה על רקע מקום מגורים. המערערים במקרה זה לא הורשו להיכנס למועדון לאחר שהתברר כי הם מתגוררים בעיר קצרין, להבדיל מבליינים אחרים, המתגוררים בקיבוצים ובמושבים בסביבת המועדון, אשר הורשו להיכנס למקום. השופט כהן קבע כי יש לקבל את פסיקתו של השופט שפירא ככל שהיא נוגעת בעמדה שלפיה רשימת העילות המנויה בס' 3 לחוק איסור הפליה אינה סגורה. אולם השופט כהן לא התייחס כלל להפליה על רקע שרירותי. נראה שבדומה לשופט בן-חמו בעניין לירן לעיל, אימץ השופט כהן את העמדה שלפיה רשימת העילות היא רשימה פתוחה רק כדי להילחם בתופעת ההפליה הסמויה. דהיינו, לדידו של השופט כהן, ההבחנה במקרה זה התבססה לכאורה על עילה לגיטימית של מקום מגורים, אך זו שימשה למעשה אמצעי ניבוי למוצאם העדתי של המערערים ולמעמדם החברתי-הכלכלי.

124 תכלית זו, יש להודות, משיגה על לשון המחוקק בחוק איסור הפליה. נראה שכאשר המחוקק בוחר באופן מודע להשאיר את רשימת עילות ההפליה פתוחה, הוא נותן לכך ביטוי מפורש בלשון החוק. כך, למשל, ס' 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327, קובע כי "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה" (ההדגשה הוספה). מן העובדה שחוק איסור הפליה אינו כולל ביטוי דומה בסוף רשימת העילות ניתן להסיק כי כוונת המחוקק הייתה להגביל את עילות ההפליה לעילות המפורשות הרשומות בו.

125 ביטון, לעיל ה"ש 99, בעמ' 486-498. חלק מהשופטים מתגברים על קושי זה באמצעות הקביעה כי "אפליה על רקע צבע עור או 'חזות מזרחית', כמוה, לצורך העניין, כאפליה על רקע גזע" (ת"א (שלום ראשל"צ) 39454-08-10 שרגא נ' קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת בלכר (פורסם בנבו, 24.5.2012)) (קביעות דומות ניתן למצוא גם בת"א (שלום ת"א) 43168/05 22225/07 ירימי נ' ב.ת.א 5 החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 27.2.2008) ובת"א (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבח שלוש בע"מ (פורסם בנבו, 26.9.2009)) או באמצעות הקביעה כי "האיסור על הפלייה בהתאם לחוק, חל גם על הפליה בשל צבע עור" (עניין אביטבול, לעיל ה"ש 123, פס' 55 לפסק-דינה של השופטת טויסטר ישראלית) (קביעות דומות ניתן למצוא גם בת"א (שלום ת"א) 155380/09 כהן נ' מלכה (פורסם בנבו, 10.11.2010), בת"א (תל-אביב) 48721/07 אבולעפיה נ' קלרה שירווי בר בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2010) ובעניין קיבוץ רמות מנשה, לעיל ה"ש 123).

לקראת סיום אבקש להתמודד עם שתי ביקורות אפשריות על שתי מסקנות אלה, המבקשות להרחיב את רשימת העילות שבחוק איסור הפליה. הביקורת הראשונה מבוססת על ההנחה כי מימוש עקרון השוויון שבחוק איסור הפליה פוגע באוטונומיה ובזכות לקניין של בעלי עסקים פרטיים המעוניינים להכווין בעצמם את הפעולות בקניינם ולהחליט מי יזכו להיכנס לבית-העסק הפרטי שלהם. לפי ביקורת זו, הִצְעָתִי להרחיב את רשימת עילות ההפליה הקבועות בחוק תעמיק את הפגיעה באוטונומיה ובזכות לקניין של בעלי עסקים פרטיים.

תשובתי לביקורת זו מתבססת על עמדה שהוצגה בספרות האקדמית, המבקשת להצדיק את הפגיעה באוטונומיה ובקניין הנגרמת כתוצאה מחוק איסור הפליה ולהצביע על כך שמדובר בפגיעה מצומצמת יחסית. אביא את עיקריה בקצרה, ואטען כי היא משכנעת ותקפה גם כאשר מבינים את רשימת העילות בחוק איסור הפליה כרשימה פתוחה שאינה כוללת רק את העילות החשודות.

כפי שטוען משה כהן-אליה, הפגיעה בזכות לאוטונומיה של בעלי העסקים מוצדקת כאשר מימוש האוטונומיה של המפלה פוגעת באופן חמור באוטונומיה של המופלה. אין ספק שאנשים המופלים באופן שיטתי בשל צבע עורם, מינם או נטייתם המינית הם אנשים אוטונומיים פחות, מכיוון שאפשרויות הבחירה שלהם במקומות עבודה או במקומות בילוי מצומצמות בשל קיומה של ההפליה נגדם.<sup>126</sup> הפגיעה באוטונומיה של המופלים נגרמת כל אימת שמדובר באנשים המופלים באופן שיטתי, בין על בסיס צבע עור ובין על בסיס משקל גוף.

נוסף על כך, כהן-אליה מצביע על כך שהפגיעה של חוק איסור הפליה באוטונומיה ובזכות לקניין של בעלי העסקים הפרטיים היא לא רק מוצדקת, אלא גם מצומצמת באופן יחסי. בהתאם למסורת הליברלית, חוק איסור הפליה מטיל על בעלי העסקים הפרטיים רק חובת "אל תעשה", ולא חובת "עשה". כך, למשל, בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, חוק איסור הפליה אינו מטיל על גורמים פרטיים חובה לערוך התאמות בעסק שלהם או להבטיח ייצוג הולם של אנשים המופלים באופן שיטתי.<sup>127</sup> באותו אופן, גם הִצְעָתִי להרחיב את העילות בחוק איסור הפליה אינה חורגת מן המתכונת של חובת ה"אל תעשה", ואינה מבקשת להטיל על בעלי העסקים חובת "עשה" כלשהן. לבסוף, כהן-אליה טוען כי חוק איסור הפליה פוגע באופן מצומצם בלבד באוטונומיה של הפרט, מכיוון שהוא אינו חורג באופן משמעותי מן ההבחנה הליברלית היסודית בין התחום הפרטי לתחום הציבורי. אף שחוק איסור הפליה חל על עסקים פרטיים, עניינו במקומות ציבוריים ובשירותים המוצעים על-ידי בעלי עסק לציבור הרחב.<sup>128</sup> כך, למשל, חוק איסור הפליה אינו אוסר על בעל דירה פרטית לסרב להשכיר או למכור את דירתו לאדם מפאת צבע עורו, שכן דירה אינה נחשבת על-פי

126 כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 19, 21–22.

127 שם, בעמ' 21–23.

128 שם, בעמ' 29–31.

החוק למוצר או לשירות ציבוריים.<sup>129</sup> נוסף על כך, איסור ההפליה שבחוק אינו חל על התארגנויות וולונטריות ועל מקרים שבהם ההפליה מתחייבת מאופיו או ממהותו של המוצר.<sup>130</sup> באופן דומה, גם הַצְעָתִי להרחיב את העילות שבחוק איסור הפליה אינה מבקשת לחרוג מן ההבחנה הליברלית היסודית בין התחום הפרטי לתחום הציבורי, ולכן אינה מעמיקה את הפגיעה באוטונומיה ובזכות לקניין של בעלי העסקים.

ביקורת שנייה שאבקש להתמודד עימה גורסת כי חוק איסור הפליה עלול לפגוע בהעדפותיהם של צרכנים ולמנוע מבעלי עסק את היכולת לווסת את הביקוש למוצרים מסוימים, כגון מקומות בילוי. ביקורת זו מניחה כי מועדוני בילוי מהווים "מוצר דו-צדדי" של שתי קבוצות המקיימות יחסי-גומלין ביניהן. יחסי-הגומלין מתבטאים בכך שעד גבול מסוים, ככל שיש יותר גברים במועדון כן עולה התועלת לנשים מכניסה למועדון, וככל שיש יותר נשים במועדון כן עולה התועלת לגברים. באמצעות ויסות הביקושים בין שני קהלי-היעד, בעלי המועדון יכולים להגיע לאיזון מיטבי בין שתי הקבוצות ולהגדיל את רווחתן. אחת הדרכים לערוך את הוויסות היא באמצעות הקשחת רף הכניסה למועדון מטעמי גיל לבני מגדר מסוים, כפי שאירע בעניין פרוד'אנסקי.<sup>131</sup> במצב כזה, טוענים מצדדיה של גישה ביקורתית זו, ההבחנה בין גיל הכניסה לגברים לבין גיל הכניסה לנשים אינה מהווה הפליה, כי אם הבחנה מותרת המתבססת על שוני שרלוונטי לטוב המחולק (כניסה למועדון).<sup>132</sup> לפי קו מחשבה זה, השוני רלוונטי מכיוון שבמצב של גיל כניסה שווה למועדון, שיעור הגברים במועדון גבוה בהרבה משיעור הנשים, באופן שהופך את המועדון ללא-אטרקטיבי הן לגברים והן לנשים. מצדדי ביקורת זו יטענו כי הַצְעָתִי להרחיב את עילות ההפליה המוכרות עלולה להגביל עוד יותר את אפשרותם של בעלי מועדונים לווסת את ביקוש הכניסה למועדוניהם.

תשובתי לטענה זו פשוטה. העובדה שמועדונים מהווים מוצר דו-צדדי אינה מוסיפה משקל נורמטיבי המצדיק פגיעה בשוויון כאשר היא עולה כדי השפלה. גם אם ציבור המבלים במועדון משני המינים היה מעדיף ברובו מצב שבו הגברים מבוגרים מעט מהנשים, העדפה זו אינה מצדיקה עדיין פרקטיקה משפילה (בהנחה שהבחנה זו אכן משפילה). ככלל, אי-אפשר להצדיק לדעתי פרקטיקות מפלות בטענה שהן משקפות את העדפות הצרכנים. ניתן להניח שרוב הבחירות (סלקציות) אינן נעשות ממניעים אידיאולוגיים המבקשים להדיר קבוצת אנשים כזו או אחרת. בחירות משקפות את העדפות הצרכנים.<sup>133</sup> כך, למשל, בעלי מועדונים שהדירו יהודים מזרחים על-ידי בחירה

129 אמנון רובינשטיין וערן דוידי "המדינה היא לא עסק פרטי" ספר הניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 877, 855 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

130 כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 27–26. ראו ס' (ד)3 (1) ר"ד(2) לחוק איסור הפליה.

131 אורי ברעם "הערת פסיקה – על אפליה בכניסה למועדון" הגבלים עסקיים 25.11.2011 antitrust- (spot.blogspot.co.il/2011/11/blog-post\_25.html).

132 שם.

133 כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", לעיל ה"ש 32, בעמ' 20–21, 26.



בכניסה עשו זאת כדי לענות על מה שתפסו כהעדפת רוב קהל המבלים שלהם. אולם מטרתו של חוק איסור הפליה היא בדיוק לאסור מימוש העדפות מסוג כזה במרחב הציבורי, בגלל פוטנציאל ההשפלה הטמון בהן. המצב אינו דומה כאשר מדובר במוצרים דו־צדדיים שנצרכים במרחב הפרטי. כך, לדוגמה, אתרי היכרויות שונים, המהווים מוצר דו־צדדי, מאפשרים לצרכנים להביע את העדפותיהם לגבי מין, דת, גזע, מוצא ומראה חיצוני. העדפות אלה אינן פוגעות בעקרון השוויון המהותי משתי סיבות עיקריות: ראשית, הן אינן מדירות קבוצות מסוימות של אנשים, שכן כולם יכולים להשתתף בצריכת המוצר; שנית, ההעדפות נעשות בתחום הפרטי, ואין להן ביטוי פומבי. לכן מתן ביטוי להעדפות כאלה אינו כרוך בהשפלה.

## סיכום

יישומו של עקרון השוויון האריסטוטלי, המבדיל בין הבחנה רלוונטית מותרת לבין הבחנה לא־רלוונטית אסורה, פשוט רק למראית־עין. רק הבחנות לא־רציונליות או שרירותיות, אשר מלכתחילה אינן שנויות במחלוקת, מפורות אותו באופן מובהק. יישום קריטריון הרלוונטיות נתקל בקשיים כאשר אנו נדרשים לבחון אם שימוש בסטריאוטיפ מנבא, רלוונטי לכאורה, מפר את עקרון השוויון האריסטוטלי. עניין פרוז'אנסקי מהווה דוגמה טובה לקושי זה.

במאמר זה עמדתי על כך שמלחמה משפטית באמיתותם של סטריאוטיפים מנבאים היא עקרה, וברוב המקרים גם אינה אפשרית. היא עקרה כי היא מניחה ששימוש בסטריאוטיפים מהווה בעיה שיש להילחם בה, בעוד למעשה סטריאוטיפים משמשים תדיר בסיס להבחנות רבות שבהן איננו מוצאים כל בעיה מוסרית. מלחמה בסטריאוטיפים גם אינה אפשרית כי כל סטריאוטיפ הוא הכללה, וכל הכללה כרוכה במידה מסוימת של אי־צדק כלפי חלק מהפרטים. לנוכח זאת טענתי כי במקום לדון באמינותם של סטריאוטיפים מנבאים, יש לזהות תכונות שהבחנה על בסיסן מהווה עוול מוסרי, גם כאשר היא רציונלית או רלוונטית לכאורה.

זיהוי תכונות אלה הוא דרכו של השוויון המהותי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסק־דינו של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי. השוויון המהותי מזהה עילות או תכונות מסוימות אשר הבחנה על בסיסן רעה במיוחד מבחינה מוסרית. המבחן הראוי לזיהוי תכונות אלה הוא מבחן ההשפלה. תכונות אשר הבחנות על בסיסן שידרו – ועודן משדרות – מסר שלילי של הדרה כלפי הפרטים הנושאים אותן הופכות הבחנות המתבססות עליהן למשפילות.

תכונות אלה מזוהות עם פרטים המשתייכים לקבוצות שמעמדן החברתי פגיע. משכך, טענתי כי אין להבין את רשימת התכונות החשודות המקובלת במשפט כרשימה הממזה את כל התכונות אשר הבחנה על בסיסן משפילה. עשויות להיות תכונות נוספות המזוהות עם חברי קבוצות שמעמדן החברתי פגיע, אשר גם הבחנה על בסיסן

מיטל פינטו

משפט ועסקים טז, תשע"ד

משפילה ולכן מהווה הפליה אסורה. על המחוקק ובתי-המשפט להיות ערים על-כן למעמדן החברתי המשתנה של קבוצות פגיעות בחברה הזקוקות להגנתו של השוויון המהותי.