



בבית המשפט העליון

רע"א 8821/09

בפני : כבוד השופט (בדימי) א' א' לוי
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המבקש : פבל פרוז'אנסקי

נגד

המשיבה : חברת לילה טוב הפקות בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז ברת"ק 09-06-21939 מיום 19.10.2009 שניתן על ידי
כב' השופט א' יעקב

תאריך הישיבה : כ"ה בסיון התשע"א (27.06.11)

בשם המבקש : עו"ד א' אבידן

בשם המשיבה : עו"ד ב' שמקר ; עו"ד א' אפריאט

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופט
א' יעקב) ברת"ק 09-06-21939 מיום 19.10.2009, אשר דחה בקשת רשות ערעור
שהגיש המבקש על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות ברחובות (השופט ג'
ברק) בת"ק 1274/09 מיום 16.6.2009, במסגרתו נדחתה תביעתו הכספית של המבקש
כנגד המשיבה בגין הפליה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה
למקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה או החוק).

בקשת רשות הערעור דנן מעלה שתי שאלות הדורשות הכרעה: הראשונה,
נוגעת לפרשנותה של הוראת תקנה 11 לתקנות השיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין),

התשל"ז-1976 (להלן: תקנות השיפוט), המורה כי בהיעדר התייצבות מטעם הנתבע "יתן בית המשפט פסק דין על יסוד כתב התביעה"; השנייה, עוסקת בלגיטימיות ההבחנה בין נשים לגברים כאשר לגיל המינימום לכניסה למקומות בילוי. אך בטרם ניכנס לעובי הקורה בסוגיות אלה, נסקור את הרקע העובדתי אשר הביא את התביעה שהגיש המבקש עד לפתחנו ואת טענותיהם של הצדדים.

רקע עובדתי והליכים קודמים

1. המשיבה מפעילה מועדון בשם "טרומן קפוטה" בעיר רחובות. כחלק ממדיניות המועדון קבעה המשיבה את גיל הכניסה המינימאלי של המבקרים כדלקמן: לגברים – לילידי 1982 ולנשים – לילידות 1984. המבקש הינו יליד 1984. ביום 25.4.2008 הגיע המבקש למועדון אותו מפעילה המשיבה וכניסתו נמנעה בשל גילו. גם בפעמים נוספות שהגיע המבקש למקום נמנעה כניסתו בשל אותו נימוק. לפיכך, הגיש המבקש תביעה כספית על סך 30,000 ש"ח לבית המשפט לתביעות קטנות בטענה כי ננקטה כלפיו הפליה פסולה בניגוד לחוק איסור הפליה.

2. המשיבה הגישה כתב הגנה, המבקש הגיש כתב תשובה ונקבע מועד לדיון. אולם, ביום הדיון לא התייצבה המשיבה ובית המשפט לתביעות קטנות החליט לעיין בכתבי הטענות בטרם ייתן את פסק דינו.

3. בפסק דינו קבע בית המשפט לתביעות קטנות כי על אף אי-התייצבות נציג מטעם המשיבה דינה של התביעה להידחות, וזאת מן הטעם שלפי חוק איסור הפליה אין מניעה להפלות מחמת גיל בכניסה למקומות ציבוריים כהגדרתם בחוק.

על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות הגיש המבקש בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. בשלב הראשון דן בית המשפט המחוזי בטענת המבקש לפיה בהתאם לתקנה 11 לתקנות השיפוט היה על בית המשפט לתביעות קטנות לקבל הצהרה מהמבקש על אמיתות הנטען בכתב התביעה ולתת פסק דין המקבל את התביעה. בית המשפט המחוזי קבע כי בתקנה 11 לתקנות השיפוט אכן נקבע כי כאשר נתבע אינו מתייצב יצהיר התובע בפני בית המשפט לתביעות קטנות על אמיתות האמור בכתב תביעתו ובית המשפט ייתן פסק דין על יסוד כתב התביעה,

ואולם, אין בכך כדי לשלול את שיקול דעתו של בית המשפט לדחות את התביעה במקרים המתאימים. בית המשפט המחוזי קבע כי בהתקיים התנאים שבתקנה 11 לתקנות השיפוט בית המשפט לתביעות קטנות חייב לפסוק על פי עובדות כתב התביעה, אך עם זאת אינו מוגבל למסקנות המשפטיות שהסיק התובע מעובדות אלה.

5. בהמשך דן בית המשפט המחוזי בטענת המבקש לפיה שגה בית המשפט לתביעות קטנות כאשר הכריע בשאלת קיומה של הפליה על פי טענת הפליה מחמת גיל שהמבקש כלל לא טען לקיומה ולא ביסס עליה את תביעתו. המבקש טען כי הבסיס להפליה במקרה דנן הינו מגדרי וכי כך טען גם לפני בית המשפט לתביעות קטנות. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי הצדק עם המבקש ואכן שגה בית המשפט לתביעות קטנות כאשר לא דן בשאלת ההפליה על בסיס מגדרי. עם זאת קבע כי יש לדחות את הבקשה שכן התוצאה אליה הגיע בית המשפט לתביעות קטנות צודקת ונכונה. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי כי הבחנה על בסיס מגדרי מותרת בחקיקה הישראלית בעניינים שונים, והביא כדוגמא את גיל היציאה לפנסיה השונה בין גברים לנשים וכי גם בהקשר הנוכחי יש הצדקה להבחנה בין נשים לגברים, ונימק זאת בשני טעמים, כדלקמן:

”במקומות בילוי קיים הבדל בין גברים לנשים. באותם מקומות שותים משקאות משכרים וקיים פוטנציאל להתנהגות פרועה עקב כך. ניסיון החיים מלמד שככל שגיל המבליים נמוך יותר קיימת סבירות גבוהה יותר שנערים או בחורים צעירים השותים לשכרה ינהגו שלא כראוי. אותה התנהגות לא ראוייה אופיינית יותר, ושוב – על פי ניסיון החיים, לגברים ופחות לנשים. פן נוסף הוא עניין הבגרות הנפשית השונה בין גברים לנשים. אמנם לא הובאו חוות דעת מומחים, אך ידוע מניסיון החיים כי בגרותן הנפשית של נשים צעירות מקדימה להגיע מאשר אצל גברים. ראה לעניין זה גיל המצוות אצל נשים ואצל גברים וזמינותן לקיום יחסי מין על פי ההלכה.”
[עמ' 4 לפסק הדין].

נוכח האמור קבע בית המשפט המחוזי כי ההבחנה שנעשתה על ידי המשיבה בכניסה למועדון הינה הבחנה מותרת ודחה את בקשת רשות הערעור. המבקש התקשה להשלים עם פסיקה זו ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו, אשר בעקבות הדיון שנערך ביום 27.6.2011 החלטנו להיעתר לה ולקיים את הדיון בערעור בדרך של סיכומים בכתב.

6. במישור הפרוצדוראלי – פרשנות תקנה 11 לתקנות השיפוט. המחלוקת בין הצדדים נסבה בהקשר זה על פרשנות ההוראה לפיה במקרה של אי-התייצבות הנתבע "יתן בית המשפט פסק דין על יסוד כתב התביעה". המבקש – באמצעות בא כוחו, עו"ד אייל אבידן – טוען כי הוראה זו מורה לבית המשפט לתביעות קטנות כי עליו לקבל את התביעה במלואה ובאופן "אוטומטי". המבקש טוען כי פרשנות ברוח זו מביאה להשוואת מעמד הנתבע למעמד התובע, אשר לפי אותה תקנה תביעתו תדחה אם לא יתייצב לדיון בעניינו, מגשימה את תכליותיו של מוסד התביעות הקטנות לתת מענה משפטי מהיר ויעיל לאזרח, ומגלמת את המדיניות הראויה ביחס לבעלי דין המגלים זלזול בבית המשפט.

מנגד, טוענת המשיבה – באמצעות באי כוחה, עו"ד בוריס שמקר ועו"ד אשר אפריאט – כי כל שמורה הוראת תקנה 11 לתקנות השיפוט הוא שבמקרה של אי-התייצבות הנתבע וכאשר התקיים התנאי הנוסף הקבוע בתקנה 11, קרי הצהרת התובע על אמיתות האמור בכתב התביעה, אזי רשאי בית המשפט לתביעות קטנות לפסוק בהסתמך על עובדות כתב התביעה, אך הוא אינו מוגבל בשום צורה או אופן לטיעונו המשפטיים של התובע. משכך, טוענת המשיבה, ייתכן מצב בו אף שנתבע לא התייצב לדיון תדחה התביעה מכיוון שעובדות כתב התביעה אינן מגלות כל עילה משפטית המזכה את התובע בסעד. לגוף העניין, טוענת המשיבה, כי מלכתחילה לא הייתה מחלוקת עובדתית של ממש והשאלה המרכזית הייתה משפטית באופיה וכי אי-התייצבותה לדיון נבעה מתקלה גרידא ולא מזלזול בבית המשפט.

7. במישור המהותי – טענת ההפליה בכניסה למקום ציבורי. לטענת המבקש, שגו בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי שפסקו בניגוד לחוק איסור הפליה האוסר הפליה על בסיס מגדרי בכניסה למקומות ציבוריים. בהתייחס לטענת המשיבה ולקביעת בית המשפט המחוזי לפיה ההבחנה בין גברים לנשים בכניסה למועדונים רלבנטית נוכח העובדה כי גברים מועדים לפורענות יותר מאשר נשים, טוען המבקש כי מדובר בטענה מכלילה שאינה מבוססת על קביעה מדעית ולוקה בדעה קדומה. המבקש מלין גם על הקביעה לפיה נשים מתבגרות מהר יותר מגברים וטוען כי אין כל רלבנטיות להבדלים הפיזיולוגיים בין נשים לגברים עליהם הצביעה המשיבה באשר להבחנה בה היא נוקטת בכניסה למועדון שבניהולה. לטענת המבקש, המשיבה עושה שימוש ציני באותם הבדלים בין המינים כדי להכשיר את מדיניות ההפליה הפסולה בה היא נוקטת.

מנגד, טוענת המשיבה כי עובדת היותה עוסק פרטי הנהנה מחופש עיסוק, מזכות הקניין ומחופש ההתקשרות מקנה לה את הזכות להציב רף מינימאלי של גיל לבאים בשערי המועדון שבהפעלתה, שנועד להקנות לו "נופך בוגר ומיושב". המשיבה מביאה דוגמאות לכך שקביעת גיל מינימום נפוצה בחינוך, ובין היתר מפנה לגיל המינימום להוצאת רישיון נהיגה, הגיל לאחריות פלילית, גיל המינימום לנישואין, גיל הכשרות המשפטית ועוד. עוד טוענת המשיבה כי לא ניתן להתייחס אל גברים בכלל ואל גברים שגילם נמוך מגיל 26 כאל "קבוצה" לגביה חל חוק איסור הפליה ושעליה הוא נועד להגן. טענת המשיבה בהקשר זה נוגעת לפרשנותו של החוק אשר לדידה לא נועד להגן על קבוצות חזקות שאינן סובלות מהפליה היסטורית ושלהפלייתן לא נלווים אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה.

לגופו של עניין טוענת המשיבה כי המבקש לא סבל השפלה ומפנה בהקשר זה לקביעתו של בית המשפט לתביעות קטנות לפיה ביקוריו החוזרים של המבקש במועדון נעשו במטרה לבסס עילת תביעה. עוד טוענת המשיבה כי ההבחנה בין גברים לנשים הינה שולית וזמנית וכי לא מדובר במקרה של הפליה על בסיס מין גרידא המצדיקה יחס נוקשה, שכן גברים המבוגרים מגיל 26 מורשים להיכנס למועדון. באשר לרלוונטיות ההבחנה בין נשים לגברים סומכת המשיבה ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי ההבחנה הינה רלוונטית ולגיטימית אף נוכח העובדה כי מבחינה סטטיסטית בקרב זוגות רבים הגבר מבוגר מהאישה. משכך, טוענת המשיבה, ישנה הצדקה מבחינה עסקית לקבוע גיל כניסה מינימאלי נמוך יותר לנשים כדי שלא לאבד זוגות לקוחות פוטנציאלים רבים. לבסוף, מצביעה המשיבה על כך שאף המחוקק מבחין בין נשים לגברים בעניינים מסויימים ומפנה לחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004 (להלן: חוק גיל פרישה) ולחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ומסיקה מכך מכוח קל וחומר לגבי הפרוגטיבה שלה, כעוסק פרטי, להבחין בין נשים לגברים.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור, בתגובה לה ובסיכומי הצדדים ולאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, סבורני כי מדיניות ההבחנה בה נוקטת המשיבה הינה מדיניות מפלה האסורה על פי חוק איסור הפליה. משכך, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, נקבע כי המשיבה עוולה כלפי המבקש כאשר הפלתה אותו בניגוד לחוק איסור הפליה ונחייבה בפיו המבקש. ואולם, בטרם אדון בכך אבקש להקדיש את הפסקאות הבאות לסוגיית פרשנותה של תקנה 11 לתקנות השיפוט, בה דעתי כדעת בית המשפט המחוזי.

פרשנות תקנה 11 לתקנות השיפוט

9. במחלוקת שנפלה בין הצדדים בעניין זה סבורני כי הדין עם המשיבה וכי הן לשונה של תקנה 11 לתקנות השיפוט והן תכליתה תומכות במסקנה כי לבית המשפט לתביעות קטנות הסמכות, ואף החובה, לדחות את התביעה גם כאשר הנתבע לא התייצב לדיון בעניינו אם הוא סבור כי העובדות המתוארות בכתב התביעה שעליהן הצהיר התובע אינן מקימות עילת תביעה.

10. תקנה 11 לתקנות השיפוט שכותרתה "אי-התייצבות למשפט" נועדה להסדיר מקרה בו בעלי הדין, כולם או מקצתם, אינם מתייצבים לדיון בעניינם. באשר לאי-התייצבות הנתבע מורה תקנה 11 כדלקמן:

"התייצב התובע והנתבע לא התייצב – יתן בית המשפט פסק דין על יסוד כתב התביעה, ובלבד שהתובע הצהיר בפני בית המשפט על אמיתות האמור בכתב תביעתו" [ההדגשה לא במקור – י.ד.].

11. תכליתה של ההוראה דנן היא לשנות מנטל ההוכחה המוטל על תובע בתביעה רגילה באותן נסיבות של אי-התייצבות נתבע. בתביעה אזרחית רגילה, בנסיבות דומות בהן הנתבע אינו מתייצב לדיון בעניינו, קובעת תקנה 157(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) כי על התובע "להוכיח את תביעתו עד כמה שחובת הראיה עליו, ואז יהא זכאי לסעד המבוקש ולכל סעד מתאים אחר". ברי כי המחוקק ביקש להקל עם התובע בתביעה קטנה בסיטואציה דומה והסתפק בהצהרה על נכונות האמור בכתב התביעה. הסדר זה משקף איזון ראוי המביא בכלל חשבון את הערכים של הכרעה מהירה ויעילה בסכסוכים אזרחיים, להם ניתנת חשיבות יתירה במוסד התביעה הקטנה, ואת העובדה כי הסכסוכים הנדונים בבית המשפט לתביעות קטנות הינם סכסוכים אזרחיים המערבים סכומי כסף מוגבלים [ראו: רע"א 292/93 טרבוך נ' ע. אופק בע"מ, פ"ד מח(3) 177, 189-191 (1994); ראו גם באופן כללי: סיני דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח 345 (1981)].

12. לטעמי, הפרשנות לה טוען המבקש מבקשת להכתיב, הלכה למעשה, לבית המשפט את המסקנות המשפטיות והסעדים להם חותר התובע בתביעתו. גישה שכזו אינה עולה מלשונה של תקנה 11 לתקנות השיפוט ואינה מתיישבת עם מושכלות יסוד

לפיהן ההכרעה בשאלה האם מסכת עובדות מסוימת מקימה עילה משפטית ומזכה את התובע בסעדים המבוקשים על ידו שמורה לבית המשפט ועומדת ביסודה של ההכרעה השיפוטית. חזקה על המחוקק שאם היה רוצה להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט בכל הנוגע להכרעה השיפוטית היה נוקט בלשון מפורשת וחד-משמעית לפיה בהעדר התייצבות הנתבע בית המשפט "יקבל את התביעה" או בכל ניסוח דומה אחר שיכול היה ללמד על קבלה אוטומאטית של התביעה על סעדיה.

13. זאת ועוד, אף השוואה לתקנה 97(א) לתקנות סדר הדין האזרחי תלמדנו כי הפרשנות בה נקט בית המשפט המחוזי היא הפרשנות הנכונה לתקנה 11 לתקנות השיפוט. תקנה 97(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, בדומה לתקנה 11 בה עסקינן, קובעת כי במקרה של אי-התגוננות הנתבע (במקרה זה בעצם אי-הגשת כתב הגנה במועד שנקבע לכך) "יתן בית המשפט או הרשם פסק דין שלא בפניו על יסוד כתב התביעה בלבד". מקדמת דנא, ועוד בטרם הותקנו תקנות סדר הדין האזרחי, פורש כלל זה באופן המותיר לבית המשפט שיקול דעת לסרב להיענות למבוקש בכתב התביעה, בין היתר, אם סבור הוא כי כתב התביעה אינו מגלה עילת תביעה. בהקשר זה יפים הדברים שנכתבו אצל יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995):

"אכן יתכנו גם מקרים אחרים שבהם לא ינתן לתובע פסק-דין על פי צד אחד, עם הוכחה או בלי כל הוכחה, כגון כשכתב-התביעה אינו מגלה עילה..." [שם, בעמ' 263; בהקשר זה ראו גם: ע"א 127/52 רזנק נ' דאומן, פ"ד ו 722, 724 (1952); והשוו: ע"א 130/74 רחמן שאדי – חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' הילל, פ"ד כח(2) 399, 401 (1974); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי כרך א 468 (מהדורה חמש עשרה, 2007); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 343 (מהדורה עשירית, 2009)].

14. נוכח האמור לעיל אין תמה כי לבית המשפט לתביעות קטנות שיקול דעת מלא באשר לקביעת המסקנות המשפטיות והסעדים הנובעים מעובדות כתב התביעה, גם מקום בו התקיימו התנאים הקבועים בתקנה 11 לתקנות השיפוט. אציין כי מכיוון שאין מחלוקת עובדתית בין הצדדים לא נדרשתי לדון בשאלה עד כמה "מחויב" בית המשפט לתביעות קטנות לעובדות המפורטות בכתב התביעה כאשר הוא פוסק על "יסוד כתב התביעה" לפי תקנה 11 לתקנות השיפוט. שאלה זו, אשר ההסדר החוקי בנוגע אליה שונה מההסדר שנקבע למצב של פסיקה "על יסוד כתב תביעה" בתביעה רגילה, תמצא את פתרונה בהזדמנות המתאימה.

הפליה אסורה או הבחנה מותרת בכניסה למועדון המשיבה

15. ראשית אציין כי בענייננו אין מחלוקת בדבר תחולתו של חוק איסור הפליה על המשיבה. לפי סעיף 2(א) לחוק איסור הפליה "מקום ציבורי" הינו, "כל מקום המיועד לשימוש הציבורי" לרבות "דיסקוטק". משכך, אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי עיסוקה של המשיבה הוא בהפעלת "מקום ציבורי". המסקנה המתבקשת מכך היא כי המשיבה אינה רשאית להפלות בין גברים לנשים ב"מתן הכניסה" למועדון שבהפעלתה.

16. עוד אציין כי לא ראיתי מקום להידרש לטענות המשיבה באשר לגיטימיות הקביעה של גיל מינימום לכניסה למועדון, שכן, כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, המבקש כלל לא טען להפליה מחמת גיל כי אם להפליה מחמת מין. מילים אחרות, המבקש לא תקף את עצם קביעתו של גיל המינימום לכניסה למועדון, אלא את העובדה כי המשיבה קבעה גיל מינימום שונה לגברים ולנשים. משכך טענותיה של המשיבה בדבר הפרוגטיבה שלה לקבוע גיל כניסה מינימאלי והתייחסותה בהקשר זה לחוקים אשר קובעים רף גיל למטרה זו או אחרת, כגון גיל המינימום להוצאת רישיון נהיגה וגיל המינימום שנקבע לנישואין, מחמיצות את העיקר. העיקר, בו אפנה לדון עתה, עוסק בשאלת לגיטימיות הפרקטיקה בה נוקטת המשיבה בהבחנה בין גברים לנשים באשר לגיל הכניסה המינימאלי למועדון אותו היא מפעילה.

היקף פרישתו של חוק איסור הפליה

17. תחילה, בטרם אגש לבחינתן של ההוראות הרלבנטיות בחוק איסור הפליה, אבקש להקדים מספר מילים על תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי, אשר תשמנה בסיס למלאכת פרשנות החוק. כידוע, הזכות לשוויון הוכרה כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל במסגרתה הובטח, בין היתר, כי "מדינת ישראל ... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". המשפט הישראלי אף הוא הכיר בחשיבותה של זכות השוויון והעניק לה מעמד של זכות יסוד לאורה חייבות רשויות השלטון לכוון את פעולותיהן. בהקשר זה לא ניתן שלא להזכיר את בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) ואת אמירתו של השופט מ' לנדוי, אשר צוטטה פעמים רבות בפסקי דין של בתי המשפט, כי:

"אצלנו אין סעיף מפורש כזה [הקובע את עקרון השוויון – י.ד.], לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריין" של חוק-יסוד, ואף על-פי-כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" [שם, בעמ' 698].

ראו גם את חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שחוקק בסמוך לאחר קום המדינה ואשר הבטיח כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית" [סעיף 1א(א)].

18. אולם, זכות השוויון לא נותרה אך במישור המשפט הציבורי ובתהליך מתמשך חדרה גם אל תוככי המשפט הפרטי, ובפרט אל תוך דיני החוזים. מהלך זה משקף תמורה רחבה במשפט הפרטי בכלל ובדיני החוזים בפרט של מעבר מאינדיבידואליזם לקולקטיביזם; מתפיסות של כלכלת שוק טהורה, במסגרתה כל צד מקדם את ענייניו בהתעלם מענייניו של האחר, לתפיסות המעודדות שיתוף פעולה המכירות בכוחם העדיף של צדדים מסוימים ומבקשות להגבילו כדי שלא ינוצל לרעה באופן הפוגע בחירותם של אחרים, מתוך הבנה כי חופש ללא שוויון לאו חופש הוא [ראו: נילי כהן 'השוויון' מול חופש החוזים" המשפט א 131, 131-132, 134-135 (1993) (להלן: כהן, השוויון מול חופש החוזים); נילי כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט 304, 304-308 (1990)].

תחילה הוחל עקרון השוויון על פעולותיה של הרשות הציבורית במישור הפרטי [ראו: בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114-2115 (1962); דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה 598 (1975) (להלן: פרידמן)]. בהמשך, הוחלה גם על גופים פרטיים הממלאים תפקיד ציבורי ושמעמדם הוא ציבורי או מעין ציבורי וקנתה לה מעמד במשפט העבודה ובדיני האגודות השיתופיות [ראו, למשל: בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) (להלן: עניין נבו); בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); והשוו גם לתחולה של נורמות אחרות מהמשפט הציבורי במשפט הפרטי: ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72-73 (1994); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992); בהקשר זה ראו גם: Peter Benson, *Equality of Opportunity and Private Law*, in *Human Rights in Private Law* 201 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001), שגורס כי החלת עקרון השוויון במשפט הפרטי על ידי בתי המשפט צריכה להיות מוגבלת לאותם מקרים בהם הגוף הפרטי הוא בעל מאפיינים מעין ציבוריים או כאשר העמיד את הנכס המדובר לשימוש הציבורי]. לבסוף, אף היו שסברו כי יש מקום להחלת עקרון השוויון אף על מכרזים בין גופים פרטיים לחלוטין, גם כאשר המזמין

פטר עצמו במפורש מקבלת ההצעה הטובה ביותר או כל הצעה שהיא [ראו דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) א' ברק בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 479-485 (1989); לביקורת על גישה זו ראו: גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קריית המשפט א 41 (2001); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 253-254 (1999)].

תמורות אלה התאפשרו, בין היתר, נוכח הוראות סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) אשר קלטו את דוקטרינת תום הלב למשפט הישראלי והוראת סעיף 30 לחוק החוזים המאפשרת להכריז על בטלות חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו מנוגדים ל"תקנת הציבור". לצדה של החקיקה הכללית גם לחקיקה ספציפית, אשר הוקדשה לנושאים מוגדרים, היה מקום בקליטת ערכי שוויון למשפט הפרטי. במסגרת חקיקה זו ניתן למנות את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998, חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993 וחוק איסור הפליה מושא דיוננו אשר שם לו למטרה "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים." [סעיף 1 לחוק].

19. עם זאת, ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסודי. נהפוך הוא, בספֶּכָּה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, חריג המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי [ראו כהן, השוויון מול חופש החוזים, בעמ' 137]. ניתן להמחיש זאת בחירותו של אדם לבחור עם מי יתקשר, בחירה שאין מניעה לבססה על טעמים שרירותיים שלא דווקא מתיישבים עם עקרון השוויון. את ההבחנה בין הכלל לחריג בהקשר זה היטיב לבטא פרופ' דניאל פרידמן בדבריו הבאים:

"דיני החוזים מושתתים על ה'אוטונומיה של הרצון'. העקרון הכללי הוא שאיש אינו חייב להתקשר בחוזה, ומי שמעונין לזכות חוזה חפשי לבחור לו את בן זוגו, מבין אלו המוכנים להתקשר אתו. משום כך, אין אדם זכאי להתלונן על כך שפלוגי מסרב לערוך עמו חוזה, למכור לו נכס, להשכיר לו דירה או לקבלו לעבודה. עקרון זה כפוף ליוצאים מן הכלל מעטים. כך, למשל, לפי המשפט המקובל חייב מי שעוסק ב-Public calling דוגמת מוביל ציבורי, לשרת את כל הפונים אליו. כן ניתן לתאר התערבות חקיקתית בחופש החוזים, העשויה לצמצם או לבטל את האפשרות של אדם לסרב להתקשר בחוזה מסוג מסויים. לקטגוריה זו ניתן לשייך גם את החוקים, אשר נתקבלו

במדינות שונות, והאוסרים הפלייה מטעמי גזע, מין או דת. איסור זה עשוי לחול על פעולות שונות בתחום המשפט הפרטי, דוגמת השכרת נכסים או מכירתם. " [פרידמן, בעמ' 606-605; בהקשר זה, ובהתייחס לחוק איסור הפליה, ראו גם: משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003)].

20. חשיבותו של ערך החירות במשפט הפרטי, ובדיני החוזים בפרט, אינה מוטלת בספק [ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א סעיפים 3.18-3.19 (1991); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 82-84 (2005); לדיון בקשר ההדוק שבין חופש החוזים לבין כבוד האדם, ראו: Roger Brownsword, *Freedom of Contract*, *Human Rights and Human Dignity*, in *Human Rights in Private Law* 181 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001)]. אולם, דומני כי במקרה דנן אין להסכין לפרשנות המצמצמת לה טוענת המשיבה באשר לתחולתו של חוק איסור הפליה. אכן, המקרה שלפנינו ייחודי הוא במובן זה שהקבוצה המופלית לרעה, ממבט ראשון, היא כביכול הקבוצה החזקה אשר אינה סובלת מהפליה היסטורית. מטבע הדברים, במרבית המקרים שנזדמן לבתי המשפט לעסוק בסוגיות של הפליה דובר בהפליה של קבוצה אשר לגביה מתקיימת הפליה היסטורית מתמשכת. עם זאת, סבורני כי לשון החוק, כוונתו של המחוקק בעת חקיקתו, עליה ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, ותכליתו של החוק תומכים כולם בגישה לפיה חוק איסור הפליה אוסר בגדרי התפרשותו על כל הפליה מהטעמים המנויים בו, בין אם היא מופנית כלפי קבוצה הסובלת מהפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה "חזקה", בין אם היא כוללת אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה ובין אם לאו. אפרט.

21. לשונו של חוק איסור הפליה. האיסור על הפליה נקבע בסעיף 3(א) לחוק, אשר מורה, בין היתר, כי מי שעיסוקו בהפעלת מקום ציבורי אינו רשאי להפלול במתן כניסה למקום הציבורי מחמת מין, ובלשון החוק:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות."

לשונו של סעיף 3 לחוק ברורה וחד משמעית, והיא אינה מבחינה בין קבוצות לגביהן מתקיימת היסטוריה של הפליה לבין קבוצות שלא סבלו מהפליה היסטורית.

השימוש במינוח "קבוצה" נעשה בעיקרו בסעיף 6 לחוק אשר קובע כי מקום בו הוכח כי "קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3" הופלתה באופנים המנויים בסעיפים קטנים (2) עד (4), אזי קמה חזקה של הפליה אסורה. אף בסעיפים אלו אין הבחנה בין קבוצות שסבלו מהפליה היסטורית לבין קבוצות אחרות. בכך יש ללמדנו כי שתיקת סעיף 3 בכל הנוגע לזהות ה"קבוצה" המופלית לרעה אינה מקרית ודומה כי המחוקק סבר שכל הפליה מחמת הטעמים המנויים סעיף 3 פסולה היא.

22. הצעת חוק איסור הפליה ודברי ההסבר לה. בדברי ההסבר להצעת החוק ניתן למצוא עדות לכך שהמחוקק לא התכוון להגביל את חוק איסור הפליה רק להגנה על אותן קבוצות שסבלו מהפליה היסטורית. כך נאמר בדברי המבוא להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370:

"בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם." [שם, בעמ' 370].

אכן, דברי ההסבר מציינים כי ההפליה מחמת השתייכות לקבוצה לגביה היסטוריה של הפליה הינה פוגענית במיוחד, אך מצויין בהם כי הפליה של אדם "רק בשל השתייכותו לקבוצה" נושאת כשלעצמה פגיעה קשה בכבודו. מכאן, ברי שהמחוקק לא התכוון להגביל את היקף התפרשותו של חוק איסור הפליה רק להגנתן של אותן קבוצות אשר סבלו וסובלות מהפליה מתמשכת.

23. תכליתו של חוק איסור הפליה. אף הגשמת תכליותיו של החוק – מניעת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים וקידום השוויון בין פרטים הנמנים על קבוצות שונות בחברה ושמירה על כבודם – מחייבת דחיית הפרשנות לה טוענת המשיבה. פסילת הפלייתם של גברים משרתת את תכליות החוק ועוזרת לקידום השוויון באופן שמטיב עם החברה כולה.

24. הפליה על בסיס השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת נושאת מסר של דחייה כלפי מאפיין הטבוע בזהותו של האדם ומשכך פוגעת בכבודו. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), בו נדונה סוגיית שיתופן של נשים בקורס טייס במסגרת צה"ל, שעמדה על כך שלא כל פגיעה בשוויון כרוכה בהשפלת אדם, אך קבעה כי:

"לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה." [שם, בעמ' 132].

עוד ראו בהקשר זה את דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988):

"הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם." [שם, בעמ' 332].

ברי כי אותן תוצאות של הפליה על בסיס שיוך לקבוצה זו או אחרת, תחושת ההדרה והפגיעה בזהות העצמית, פוגעות פגיעה קשה בכבודו של אדם. ההשפלה והפגיעה באוטונומיה היא התוצאה המסתברת הרגילה של הפליה מהסוג בו עסקינן, ובניגוד לטענת המשיבה הוכחתן אינה מהווה תנאי למימוש הזכות הקנויה לנפגע ההפליה לפי החוק. הפגיעה בכבודו של אדם תהייה קשה במיוחד כאשר הפלייתו מבוססת על סטריאוטיפים. סטריאוטיפים קיימים גם כלפי מי שנמנה על קבוצה אשר אינה סובלת מהפליה היסטורית, וכפי שיורחב בהמשך, המקרה שלפנינו, בו הוצדקה ההפליה באמצעות סטריאוטיפים שיוחסו לקבוצת הגברים, משמש דוגמא מובהקת לכך. פגיעות מסוג זה אינן מתיישבות עם ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ואותן התכוון המחוקק למגר, בין היתר, באמצעות חוק איסור הפליה מושא ענייננו.

25. יתירה מכך, פרשנות החוק באופן שאוסר על כל הפליה מחמת הטעמים המנויים בו בלי קשר לשאלה האם המופלה לרעה משתייך לצד ה"חזק" או לצד שהופלה מבחינה היסטורית, צפויה דווקא להביא לשירוש תופעות ההפליה

ההיסטורית, אשר מונעת מסטיגמות חברתיות שונות. בהקשר זה ובנוגע להפליה בין נשים לגברים יפים דבריו של פרופ' Leo Kanowitz, מחלוצי המחקר בתחום של נשים במשפט, שכתב בספרו *Women and the Law: The Unfinished Revolution* את הדברים הבאים:

“As long as organized legal systems, at once the most respected and most feared of social institutions, continue to differentiate sharply, in treatment or in words, between men and women on the basis of irrelevant and artificially created distinctions, the likelihood of men and women coming to regard one another primarily as fellow human beings and only secondarily as representatives of another sex will continue to be remote. When men and women are prevented from recognizing one another's essential humanity by sexual prejudices, nourished by legal as well as social institutions, society as a whole remains less than it could otherwise become.” [Leo Kanowitz, *Women and the Law: The Unfinished Revolution* 4 (1969)].

דברים אלה ליחם לא נס. כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית יש לדחות כל ניסיון להבחין בין נשים לגברים על בסיס טעמים שאינם רלבנטיים. כל הבחנה שכזו, לא רק שפוגעת בכבודו של המופלה לרעה ומשמרת סטריאוטיפים קיימים, אלא מחדדת ומשמרת הבדלים לא רלבנטיים או הבדלים הנשענים על אותם סטריאוטיפים. משכך, אף אם במקרה הספציפי, כגון זה שלפנינו, ההפליה אינה מופנית כלפי מי שנמנה על קבוצה הסובלת מהפליה היסטורית, סופה לשמר את אותה הפליה היסטורית ובכך להזיק יותר מכל דווקא לאותה קבוצה.

26. מקרה דומה בו הנפגע הישיר מהפליה היה גבר כאשר ההפליה למעשה שיקפה גישות סטריאוטיפיות כלפי נשים התעורר בבג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (לא פורסם, 15.6.2008) (להלן: עניין אלחנתי), במסגרתו נדונו מספר עתירות שעסקו במדיניות של קרנות הפנסיה הותיקות אשר הקנתה לאלמן זכויות פחותות בזכויות הפנסיה שצברה בת זוגתו שנפטרה בהשוואה לזכויות שהוקנו לאלמנה באותן נסיבות של פטירת בן זוגה. בין יתר טענותיהן, טענו הקרנות כי ההבחנה בין אלמנים לאלמנות של מבוטחי הקרנות מוצדקת נוכח שונות עניינית הנובעת ממציאות החיים בה נשים משתכרות פחות מגברים, פורשות מוקדם יותר משוק העבודה ובעלות תוחלת חיים

ארוכה יותר, באופן המצדיק תמיכה מוגברת לאלמנות ביחס לאלמנים. טענה זו נדחתה תוך שהשופטת א' חיות קובעת את הדברים הבאים:

"לאפליה זו ... לא סיפקו הקרנות כל הסבר מניח את הדעת, למעט גישות סטריאוטיפיות לפיהן נתפסת האישה כמפרנס משני וכבעלת מעמד נחות בשוק העבודה מבחינת השכר שהיא מקבלת; מבחינת הנכונות להעסיקה; ומבחינת משך העסקתה. אף כי לצערי חלק מגישות אלה יש להן עדיין אחיזה בשוק העבודה הישראלי דומה כי אין חולק שזוהי מציאות בלתי רצויה אשר יש לפעול בהתמדה לעקירתה מן השורש. משכך הסדר הנאחז בגישות אלה כדי להצדיק אפליה בין גברים לנשים בשיעור פנסיות השארים אינו יכול להיתפס אלא כהסדר שיש בו משום פגיעה בכבודן של הנשים כעובדות וכעמיתות בקרנות וכן בכבודם של האלמנים משום שהוא פוגע ללא הצדקה ברמת חייהם לאחר מות נשותיהם. במובן זה מדובר באפליה הקשורה קשר ענייני והדוק לכבוד האדם והפגיעה שהיא יוצרת יש בה על כן משום פגיעה בזכות היסוד של האלמנים ונשותיהן המנוחות לכבוד על פי מודל הביניים שאימץ בית משפט זה..." [שם, בסעיף 26 לפסק דינה של השופטת א' חיות].

27. גם בפסיקה הזרה ניתן למצוא עדויות רבות לפסילתה של הפליית גברים מחמת מינם, ובפרט הפליית גילאים, תוך הדגשת הצורך בנטרול אותן הבחנות בלתי רלבנטיות ואותם סטריאוטיפים המשמרים את ההפליה ההיסטורית. כך לדוגמא, ראו את המקרה המפורסם של *Craig v. Boren, Governor of Oklahoma*, 429 U.S. 190 (1976) (להלן: עניין Craig), בו נדונה עתירה לביטולו של חוק שנחקק במדינת אוקלהומה בארה"ב ואשר קבע כי נשים תוכלנה לרכוש משקה אלכוהולי מסוים בהגיען לגיל 18 בעוד שגברים יוכלו לרכוש את אותו משקה אך בהגיעם לגיל 21. בית המשפט העליון של ארה"ב דחה את טענות המשיבים שהסתמכו על סקרים לפיהם גברים צעירים מועדים יותר מנשים צעירות לנהיגה בשכרות ופסל את החוק בהיותו מנוגד לתיקון ה-14 לחוקת ארה"ב. ראו במיוחד את ההערה לפיה אותם הסטריאוטיפים העומדים ביסוד החוק גם משפיעים על הסטטיסטיקה עליה הסתמכה המשיבה במקרה ההוא [שם, ה"ש 14 לפסק דינו של השופט Brennan].

עוד בנוגע לפסק הדין בעניין Craig יפים דבריה של פרופ' קטרין מקינון אשר מתייחסת לטיעונה של השופטת Ruth Bader Ginsburg, אז פרקליטה שייצגה את אחד מידידי בית המשפט וכיום שופטת בית המשפט העליון של ארה"ב, באשר להפליה הנסתרת כלפי נשים החבויה תחת ההפליה כלפי גברים:

“...in *Craig v. Boren*, which adjudicated men not being allowed to drink and drive as young as women - that fundamental grinding issue of women's everyday lives that created the leading doctrine under all our claims are now adjudicated - Ruth argued that this rule is ‘part of the myriad signals and messages that daily underscore the notion of men as society's active members, women as men's quiescent companions.’... We are just along for the ride. She shows here how discrimination against men discriminates against them, which is real, while hiding deeper discrimination against women at the same time.” [Catharine A. MacKinnon, *Symposium Presentation: Rutgers School of Law – Newark and the History of Women and The Law: A Love Letter to Ruth Bader Ginsburg*, 31 *Women's Rights L. Rep.* 177, 182 (2010); see also: Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* 228-29 (2nd ed., 2007)].

בעניין אחר, *James v. Eastleigh Borough Council*, [1990] 2 All ER 607, (להלן: עניין James), אשר נדון בבית הלורדים בבריטניה התעורר מקרה דומה לעניין שלפנינו וביסודו הפליה בין גברים לנשים על רקע קביעת גיל שונה לקבלת הטבות. באותו מקרה, המערער ורעייתו, זוג בני 61, ביקרו בכריכה ציבורית אשר פטרה פנסיונרים מתשלום דמי כניסה. משמעות הפטור הייתה כי נשים מעל גיל 60 תהיינה פטורות מתשלום דמי כניסה, בעוד שגברים יופטרו רק בהגיעם לגיל הפנסיה הקבוע לגברים בממלכה, הוא 65 שנים. בית הלורדים קיבל את הערעור והכריז כי מדיניות זו מהווה הפליה אסורה על פי ה-Sex Discrimination Act 1975, הדומה במהותו לחוק איסור הפליה מושא ענייננו, תוך שהלורד Goff מציין כי מדיניות החוק היא לקדם התייחסות שווה לגברים ולנשים [שם, בעמ' 617].

אף במקרים אחרים, בהם נדונו חוקים מדינתיים הדומים במהותם לחוק איסור הפליה מושא ענייננו, נקבע כי הפליית גברים בבתי עסק פרטיים מחמת מינם פסולה היא. כך למשל בעניין *Koire v. Metro Car Wash*, 40 Cal. 3d 24 (1985) נקבע שמתן הנחות לנשים בעסקים לשטיפת מכוניות ובכניסה למועדון לילה מהווה הפליה פסולה העומדת בניגוד ל-Unruh Civil Rights Act (Civ. Code, § 51). במקרה זה פסל בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה את אותה פרקטיקה המכונה “Ladies’ Day” או “Ladies’ Night”, לפי העניין, בקובעו כי:

“...differential pricing based on sex may be generally detrimental to both men and women, because it reinforces harmful stereotypes.” [p. 34].

[ראו גם: Pennsylvania Liquor Control Board v. Dobrinoff, 80 Pa. Commw. 453 (1984) (פנסילבניה, ארה"ב – פסילת פרקטיקה במסגרתה קיבלו נשים פטור מדמי כניסה לבר בהיותה מנוגדת לאיסור הפליה שנקבע בחוק מדינת לוד; Ladd v. Iowa West Racing Association, 438 N.W.2d 600 (1989) (איווה, ארה"ב – פסילת מדיניות המקנה לנשים הנחות במתקן מירוצים נוכח איסור הפליה שנקבע בחוק מדינת לוד)].

עינינו רואות כי גם במדינות מהן הושפעה שיטת המשפט הישראלית, בהן חוקקו חוקים דומים לחוק איסור הפליה שנים רבות לפני חקיקתו אצלנו, הוכר הצורך לשלול כל הפליה אף במקרים בהם היא מופנית כלפי מי שנמנה על קבוצה שאינה סובלת מהפליה היסטורית. הרציונאל העומד ביסוד גישתם של בתי המשפט בארה"ב ובאנגליה הוא אותו רציונאל העומד ביסוד חוק איסור הפליה שעליו עמדתי לעיל: קידום השוויון באמצעות שירוש סטיגמות וסטריאוטיפים המשמשים צידוק להבחנה בין קבוצות שונות, ובפרט בין נשים לגברים.

28. אעיר, כי קביעה לפיה חוק איסור הפליה אוסר גם על הפליה של קבוצות אשר אינן סובלות מהפליה היסטורית אין משמעותה כי לא ניתן להעדיף קבוצות מסוימות העדפה שתכליתה למגר פערים ולקדם שוויון מהותי. אכן, גם המגזר הפרטי והמגזר השלישי, אשר אף לגביו חל החוק, רשאים במקרים מסוימים לקדם מטרות חברתיות באמצעות העדפה מתקנת. העדפה שכזו אינה הפליה כמשמעותה בחוק. נהפוך הוא, העדפה מתקנת נועדה להגשמת השוויון במובנו המהותי, מתוך הכרה כי בין קבוצות מסוימות מתקיימים פערים תחיליים שניתנים לגישור אך באמצעות מתן העדפה, בין בהקצאת משאבים ובין בדרך אחרת, לאותה קבוצה הסובלת מפער שנוצר מהפליה מתמשכת [השוו: בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004); וכן ראו דבריו של השופט י' עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 14.9.2010), סעיפים 49-50]. עם זאת, במקרה שבו תעלה טענה של העדפה מתקנת יהיה מקום לבחון אם אמנם בהעדפה מתקנת עסקינן או שמא טענה זו אינה אלא כסות להפליה האסורה על פי החוק. מכל מקום, במקרה דנן, סוגייה זו אינה עולה שכן המשיבה לא טענה כי ההבחנה בה היא נוקטת מהווה למעשה העדפה מתקנת, ובנסיבות העניין ממילא לא היה בסיס כלשהו לטענה כזו אילו הייתה מועלית.

29. לסיכום נקודה זו, הגשמת תכליתו של חוק איסור הפליה מחייבת שלילת הפליה על רקע אחד הטעמים המנויים בו, אף אם המופלה לרעה אינו משתייך דווקא לקבוצה הסובלת מהפליה היסטורית ואין צורך להוכיח כי המופלה סבל במקרה הקונקרטי השפלה או פגיעה באוטונומיה. שלילת כל הפליה בלתי עניינית תתרום לשמירה על כבודם של הנמנים על כל אחת מהקבוצות ותועיל למיגורה של ההפליה בכללותה. דברים אלו מתיישבים כאמור לעיל אף עם לשונו של החוק ועם כוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק.

הפליה פסולה או הבחנה מותרת – שאלת רלבנטיות ההבחנה

30. עתה, משהגענו למסקנה כי חוק איסור הפליה חל גם על מקרים כדוגמת המקרה דנן, נותר לנו לבחון האם יש ממש בטענותיה של המשיבה כי מדובר בהבחנה מותרת המבוססת על שוני רלבנטי או שמא עסקינן בהפליה פסולה כטענת המבקש.

אכן, הבחנה בין אנשים עולה כדי הפליה פסולה רק מקום שהיא אינה מבוססת על שוני רלבנטי ומהותי לעניין ביניהם. כבר נפסק לא אחת כי הפליה, "משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו." [דבריו של השופט ת' אור בבג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989) (להלן: עניין כפר ורדים)].

31. כאמור, לטענת המשיבה, ההבחנה בה היא נוקטת הינה הבחנה עניינית נוכח מציאות החיים לפיה בקרב מרבית הזוגות האישה צעירה יותר מהגבר. על מציאות זו למדה המשיבה מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אשר מגלים כי מבחינה סטטיסטית בקרב זוגות הטרוסקסואליים נשואים הגבר מבוגר במעט מהאישה. לטענה זו יש להוסיף את השוני שמצא בית המשפט המחוזי בעצם קיומה של "סבירות גבוהה יותר שנערים או בחורים צעירים השותים לשכרה ינהגו שלא כראוי" וב"בגרות הנפשית השונה בין גברים לנשים".

32. כזכור, סעיף 6 לחוק איסור הפליה קובע חזקות של הפליה אסורה, ובהן החזקה הקבועה בסעיף קטן (3), אשר קמה מקום שהנתבע התנה כניסה למקום ציבורי "לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה". כך הוא המקרה שלפנינו. המשיבה התנתה את כניסתם של גברים למועדון שבהפעלתה בהתקיים תנאי מסוים, קרי היותם בני 26 ומעלה, תנאי מחמיר מזה אשר הושם לנשים המבקשות להיכנס

לאותו המועדון ואשר לא נדרש מהן. לפיכך, קמה במקרה דנן החזקה של הפליה בניגוד לסעיף 3 לחוק.

33. לגישתי, טענת המשיבה הנסמכת על גיל הנישואין השונה בין גברים לנשים אינה יכולה להוות צידוק להבחנה בה נוקטת המשיבה בכניסה למועדון שבהפעלתה. יש להניח כי הבאים בשערי המועדון אותו מנהלת המשיבה אינם רק זוגות, בוודאי לא רק זוגות נשואים אשר על הסטטיסטיקה הנוגעת אליהם היא מסתמכת. משכך, מלכתחילה דומה כי בנסיבות העניין השוני עליו מצביעה המשיבה אינו בגדר "שוני הגיוני משמעותי", כדבריו של השופט ת' אור בעניין כפר ורדים. המשיבה לא הראתה כי נתונים אלה מתאימים לקהל לקוחותיה ואף לא הראתה כי הפער בגילאי המינימום לכניסה למועדון אותו היא מפעילה אכן נגזר מנתונים אלו. אשר על כן, לא צלחה המשיבה בניסיונה לסתור את חזקת ההפליה שקמה מכוח סעיף 6(3) לחוק איסור הפליה.

34. סבורני כי אף ההבחנות עליהן הסתמך בית המשפט המחוזי לא יוכלו להצדיק את ההפליה במקרה דנן. קביעות אלה, אשר נסמכו על "ניסיון החיים" של בית המשפט, אינן מסוג הדברים המצויים בידיעה השיפוטית ולא הובאה לגביהן כל ראיה שהיא. יתירה מכך, 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. בהקשר זה יפים דבריו של השופט י' זמיר בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (1997) (להלן: עניין רקנט):

"המוסכמה החברתית היא הקרקע שעליה צומחת ההפליה החברתית: הפליה מחמת גזע, דת, ארץ מוצא, מין ועוד. הסטראוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה." [נשם, בעמ' 355; ראו גם: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351-350 (2000)].

בהקשר זה יפים אף דבריו של השופט מ' חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002):

"בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים אנו באטמוספירה חברתית מסוימת, והשקפות המקובלות

בחברה תחדורנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". ... לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטֶרֶאוטיפ שדבק בקבוצה שפלוגי נמנה עם חבריה. [שם, בעמ' 451].

אם נקבל את הנמקתו של בית המשפט המחוזי הרי שנמצא עצמנו באותו "מעגל קסמים" המנציח את ההפליה, כדבריו של השופט י' זמיר בעניין רֶקְנֵט. כדי לצאת מאותו מעגל קסמים יש להבחין בין הבחנה המשקפת באופן נאמן את חברי הקבוצה הנדונה הטוענים להפליה לבין סטראוטיפ שדבק באותה קבוצה ואינו משקף את כלל חבריה. במקרה דנן, אין בלבי 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. משכך, טענה ברוח זו אינה יכולה לשמש כבסיס להבחנה בין נשים לגברים.

35. אוסיף ואציין כי לא מצאתי ממש גם בהפניה שהפנתה המשיבה לחקיקה המבחינה, הבחנה הקשורה לגיל, בין נשים לגברים. ראשית, צדקת ההבחנה תלויה בתכליות החקיקה ובשאלה האם לצורך אותו עניין קיים שוני רלבנטי בין גברים לנשים, וברי כי אין דין העניינים אליהם מפנה המשיבה כדינו של העניין שלפנינו. שנית, ייתכן כי חקיקה תהייה מפלה ועדיין תעמוד בתוקף, אם מחמת העובדה כי ההפליה אינה עולה כדי פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, אם מחמת אינטרסים נוגדים אחרים או אם בשל כך שהיא קדמה לחוקי היסוד. בין כך ובין כך, אין להתיר למשיבה להסתמך על ההבחנה הקבועה בחוק בגילאי הפרישה בין נשים לגברים, אשר כבר נקבע בעבר כי דעת בית המשפט אינה נוחה ממנה [ראו, למשל: עניין אלחנתי, סעיף 25 לפסק דינה של השופטת א' חיות; עניין נבו, בעמ' 770; והשוו לדברי הלורד Bridge, בעניין James, בעמ' 611, אשר דחה טענה לפיה ההבחנה בין גברים לנשים בגיל מתן הפטור מדמי כניסה לבריכה ציבורית מוצדקת נוכח הישענותה על גיל הפרישה הקבוע בחוק]. עוד אוסיף כי לא מצאתי ממש גם בטענה כי ההפליה במקרה דנן מצדיקה יחס מקל נוכח "זמניותה", שכן מידת פגיעתה של ההפליה אינה נגזרת מזמניותה, ומכל מקום לא אך מכך, אלא בעיקר מהמסר שהיא משדרת כלפי המופלה וכלפי סביבתו

ביחס למאפייניו של המופלה. על המסרים השליליים של הפליה מהסוג דנן עמדתי לעיל ואין צורך לחזור על דברים אלו.

36. לאחר שהונחה על שולחני חוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן ולאחר שקראתיה בעיון, מצאתי לנכון להבהיר ולהעיר את הדברים הבאים:

חברי הסיק ממסקנתי הסופית בדבר פרשנות חוק איסור הפליה לפיה החוק אוסר באופן עקרוני על כל הפליה מגדרית, הן של נשים והן של גברים, כי אימצתי גישה של "עיוורון למין". ואולם, אין אלה פני הדברים. חוות דעתי לא אימצה מודל זה או אחר, ובוודאי שלא אימצה את המודל של "עיוורון למין", אלא היא מבוססת על מספר נימוקים שונים המובילים כולם למסקנה כי חוק איסור הפליה בהיקף פרישתו נועד לאסור באופן עקרוני על כל הפליה על בסיס מגדרי, בין של נשים בין של גברים. כך, בין יתר נימוקיי הבהרתי כי ההפליה כנגד גברים מקפלת בחובה פעמים רבות גישה מפלה וסטריאוטיפית דווקא כלפי נשים [ראו סעיפים 25-27 לחוות דעתי]. דברים אלו אף עולים מפורשות מדבריהן של השופטת א' חיות בעניין אלחנתי ושל פרופ' מקינון עליהם, בין היתר, נסמכתי. כפי שעמדתי על כך לעיל, הפליה כנגד גברים מנציחה פעמים רבות דווקא הפליה כלפי נשים. משכך נדרש כלל ברור לשם הגשמת תכלית החוק באופן אפקטיבי; כלל אשר יוכל להבטיח מניעת הפליה באשר היא ומניעת הצורך להתחקות בכל מקרה ומקרה אחרי שורשי ההפליה. מסקנה זו מתיישבת, כמוסבר בחוות דעתי, אף עם לשון החוק ועם כוונת המחוקק בחקיקתו כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק. הנה כי כן, הגישה הנורמטיבית לפיה אין להפלות גברים כשם שאין להפלות נשים בגדר התפרשותו של חוק איסור הפליה, נועדה לשרת צורך אינסטרומנטלי ואין היא נשענת על ההשקפה שמייחס לי חברי.

אף איני יכול להסכים לקביעת חברי כי לא נדרשת במקרה דנן הכרעה בשאלת היקף תחולת עיקרון השוויון באותם מקרים בהם הנפגע הינו חבר בקבוצה חברתית דומיננטית, קרי קבוצת הגברים, שכן הפגיעה העיקרית בנדון דידן היא ממילא בנשים. אדגיש, כי אף שמסכים אני שמדיניות המועדון פוגעת אף בנשים, כפי שנאמר בחוות דעתי, לא ניתן להתעלם במקרה דנן מן העובדה הפשוטה שהמבקש בענייננו הינו גבר ולא אישה ואינו יכול לדרוש סעד בגין הפליה שאין הוא הנפגע ממנה. כל קביעה אחרת תפתח את הפתח לתביעות אשר יוגשו על ידי מי שאינם נפגעים ישירים מההפליה וזו אינה מתיישבת עם מושכלות יסוד בדבר הדרישה מתובע להראות עילת תביעה אישית. משכך, חוות דעתי מתמקדת בפגיעה שנגרמה למבקש ואילו הנימוקים הנוגעים

למדיניות המפלה כנגד נשים הובאו, כאמור, כדי לתמוך בפרשנות הפוסלת בגדר התפרשותו של החוק הפליה מגדרית באשר היא.

אף לגופם של דברים דומני כי קיים קושי של ממש בגזירה השווה שעושה חברי מהאופן בו עוגן עקרון השוויון במשפט החוקתי, ובפרט מהאופן בו נלמד עקרון זה מהזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובקביעתו של חברי כי "יחודו [של חוק איסור הפליה – י.ד.] הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית המשפט".

ראשית, מדובר במאטריה שונה בתכלית. חוק איסור הפליה עוסק ביחסים שבין מי שמעמיד את נכסו לשימוש הציבור הרחב או נותן שירות לציבור הרחב בתחום מוגדר של שירותים לבין ציבור הצרכנים. לעומת זאת, עקרון השוויון החוקתי כפי שפורש מימים ימימה בפסיקתו של בית משפט זה נועד לחול ביחסים שבין הפרט לשלטון או לגופים מעין-שלטוניים. כפי שעמדתי על כך בחוות דעתי החלת עקרון השוויון בסיטואציה של יחסים בין פרטים מערכת שיקולים כבדי משקל, אשר אינם בהכרח קיימים כאשר החובה לנהוג בשוויון מוטלת על הרשות הציבורית.

שנית, וזה העיקר, ההסדר החקיקתי של חוק איסור הפליה שונה בתכלית מההסדרים החקיקתיים באמצעותם עוגן עקרון השוויון במשפט הציבורי. בייחוד בולטים ההבדלים שבין ההסדר הקבוע בחוק איסור הפליה לבין ההסדר הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא עיגן את עקרון השוויון באופן מפורש, ועקרון זה נלמד מהזכות לכבוד, באופן שהתווה את היקף פרישתו [ראו בהקשר זה דבריה של השופטת ד' דורנר בעניין מילר, בעמ' 132-131], העומדת על כך שזכות השוויון הושמטה בהליך חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיקף התפרשותו של עקרון השוויון הנגזר מחוק זה יהיה מוגבל לאותם מקרים בהם מדובר בפגיעה בעלת אלמנט משפיל הטומנת בחובה פגיעה בזכות לכבוד]. יתרה מכך, אף ההסדרים המאזנים הקבועים בדברי החקיקה הנ"ל שונים בתכלית. כך, בעוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבעה פסקת ההגבלה אשר במסגרתה יש להביא בחשבון את השאלה האם הפגיעה בזכות המוגנת הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, נועדה לתכלית ראויה ומידתית, חוק איסור הפליה קובע מנגנון איזון שונה ופרטני יותר, המעוגן בסעיף 3(ד) לחוק, במסגרתו הפליה תהייה מותרת, לדוגמא, כאשר הפליה מתחייבת ממהותו ואופיו של המוצר או כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מהציבור את הספקת המוצר או השירות ובהתחשב באופיו של המוצר. אמנם, בנסיבות העניין לא ראיתי מקום להידרש לאיזונים אלה אותם קובע חוק

איסור הפליה, ואולם, דומני כי לא ניתן להסיק במישרין מאופן פרשנות עקרון השוויון אשר נגזר מהזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לענייננו, מבלי ליתן את המשקל הראוי להסדרים החקיקתיים השונים. ואולם, מכיוון שהמקרה שלפנינו אינו מעורר סוגיות אלה, דומני כי אין הכרח לקבוע מסמרות בעניין השונה והדומה בין ההסדרים השונים, וניתן להשאיר עניינים אלו לעת מצוא.

נקודה נוספת המעוררת לטעמי קושי בחוות דעתו של חברי היא הקביעה העולה ממנה לפיה עקרון השוויון ועקרון החירות הם בעלי אותו מדרג בספירה הפרטית וכי יש לאזנם במקום בו הם מתנגשים "לאור תפישה מורכבת של קניין מחד ושל אחריות המדינה לאופן פעולת הספירה האזרחית מאידך". לגישתי, אשר באה לידי ביטוי בחוות דעתי, עקרון המוצא, עליו מושתת המשפט הפרטי, הינו עקרון החירות. אכן, צודק חברי כי כיום הרגולציה מכפיפה גופים פרטיים רבים לנורמות של שוויון, ואולם, אף אם נמצא לעקרון החירות במשפט הפרטי חריגים רבים, המשתרעים החל מפעולתה של הרשות הציבורית בכובעה הפרטי, המשך בפעולתם של גופים מעין ציבוריים וכלה בגופים פרטיים בעלי השפעה משמעותית על הציבור הרחב, אין משמעות הדבר כי עקרון השוויון קנה לו מעמד זהה לעקרון החירות וכי יש לאזנם בכל מקרה לאור נסיבותיו הייחודיות. עקרון השוויון במשפט הפרטי ראוי לו שיחול אך באותם מקרים בהם גופים פרטיים ממלאים תפקידים ציבוריים או כאשר הרשות פועלת במישור הפרטי, וככל שהדברים אמורים בנוגע לגופים פרטיים לחלוטין, קרי שאינם בעלי מעמד ציבורי או מעין-ציבורי, אף ראוי כי החלת עקרון השוויון תעשה לאור דבר חקיקה מפורש. ער אני לכך כי ההבחנה בין פרטי לציבורי אינה פשוטה כלל ועיקר, אך קושי זה אינו צריך לשנות מן הכלל הבסיסי, לפיו בהקשרים מסחריים כלל של חירות הוא בעל מעמד בכורה, ואילו השוויון הוא חריג לו. בהקשר זה יפים דבריה של פרופ' כהן במאמרה שאוזכר בפתח חוות דעתי, לפיהם:

"כחוט השני עוברת בין השיקולים [לקביעת היקפה של חובת השוויון – י.ד.] ההבחנה בין הפרטי לציבורי. זוהי הבחנה שלא קל לתחמה. רשות ציבורית אינה רשאית להפלות לא במישור המשפט הציבורי ואף לא בפרטי. אך מה לגבי מקרהו של ספק הפועל לפי חוזה אחיד במשפט הפרטי ולפי רשיון של הרשות והוא משרת את הציבור כולו? דומה שקל יותר לקבוע מתי אין מוטלת חובת שוויון מאשר לקבוע מתי כן מוטלת חובה כזו. לכן בהקשר מסחרי מובהק בין שני מתקשרים "פרטיים" נזהר בית המשפט מהטלת חובת שוויון גורפת. חובה כזו עשויה לפגוע בערך החשוב של תחרות, שעליה בנוי עקרון החירות החוזית" [כהן, השוויון מול חופש החוזים, בעמ' 147].

יתר על כן, דומני, כי על אף חילוקי הדעות ביני לבין חברי בעניין זה לא ניתן להתעלם מכך ששאלה זו הוכרעה, הלכה למעשה, כאשר נפסק בדעת רוב בדיון הנוסף בעניין בית יולט כי:

"החובה שעל הרשות הציבורית לנהוג בשוויון ובחוסר הפליה גם בתחום פעילותה במשפט הפרטי לא באה לה משום שחוסר שוויון והפליה בתחרות כלכלית יש בהם, כשהם לעצמם, משום חוסר יושר שבתום-לב. להיפך, תחרות זו מקובלת וישרה, ואף רצויה, בתפיסת עולמנו החברתית והמשפטית. חוסר השוויון וההפליה פסולים הם במרכז של רשות ציבורית משום שהיא רשות ציבורית על שום שחובתה לשרת את הציבור באופן שווה, ומוזהרת היא שלא לנצל את שררתה כשהיא נושאת ונותנת עם היחיד והפרט שהם חלשים הימנה. הכנסת חובת שוויון למסגרת עקרון תום הלב, כאילו חוסר שוויון נוגד הוא את תום הלב, יש בה משום מילוי תוכן למושג תום הלב שהמחוקק מעולם לא העלה על דעתו ושאינו למצוא לו הצדקה משפטית ומוסרית. דווקא משום שעקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות הערכיות של מערכת משפטנו, והוא מבטא את הנשמה היתרה שבמערכת זו - דווקא משום כך עלינו להיות זהירים שלא לכלול בו דבר, שרחוק הוא מתוכנו ושאינו מוצדק לגופו." [שס, בעמ' 471-472].

דברים אלו יפים אף למחלוקת שנפלה ביני לבין חברי. ואולם, מכיוון שבמקרה הנדון קיים דבר חקיקה ספציפי ואין מחלוקת כי עקרון השוויון הוחל על המשיבה, הרי שאף בסוגיה זו אין הכרח לקבוע מסמרות.

100 דבר

37. לסיום דברי אבקש לחזור ולהדגיש את החובה של מי שעוסק במתן שירותים לציבור לנהוג בשוויון בין המינים ובהתייחס לכלל הקבוצות בחברה [השוו לדברים שנפסקו בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (לא פורסם, 5.1.2011), בסעיפים ל"א ו-ל"ד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, בסעיף 8 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן ובסעיף 1 לפסק דיני]. התנהגות ברוח זו תעזור למיגורם של סטריאוטיפים ותעודד אינטגרציה, ובכך תקדם חברה שוויונית וצודקת יותר עבור כל קבוצות החברה.

38. משהגעתי למסקנה כי חוק איסור הפליה מגן גם מגן על גברים הסובלים מהפליה פסולה וכי במקרה דנן עסקינן בהפליה פסולה באשר לא הוכח קיומו של שוני רלבנטי, הרי שאציע לחבריי כי נבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ונקבע כי

המשיבה הפלתה את המבקש בניגוד לאיסור ההפליה הקבוע בסעיף 3 לחוק איסור הפליה ובאופן המהווה עוולה אזרחית לפי סעיף 5(א) לחוק איסור הפליה.

39. מכיוון שפסיקת הפיצויים לפי סעיף 5(ב) לחוק אינה דורשת הוכחת נזק, אציע לחבריי כי נפסוק למבקש פיצוי בגובה 20,000 ש"ח וכן 10,000 ש"ח הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בגין הוצאותיו בכל שלוש הערכאות.

ש ו פ ט

השופט (בדימ') א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

שתי שאלות עומדות בפנינו בפרשה זו. הראשונה, שאלה פרוצדוראלית היא באופיה הסובבת סביב פרשנותה הראויה של הוראת תקנה 11 לתקנות השיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין) התשל"ז-1976 (להלן: התקנות). השאלה השנייה, שאלה מהותית היא, הנוגעת ללב ליבו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: החוק או חוק איסור הפליה).

בחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר, נקבע כי יש לפרש את תקנה 11 לתקנות באופן המקנה לבית המשפט סמכות, ואף חובה, לדחות את טענותיו של תובע גם כאשר הנתבע לא התייצב לדיון, באם מצא כי העובדות המתוארות בכתב התביעה אינן מקימות עילת תביעה. לקביעתו זו של חברי אני מצטרף.

באשר לשאלת תחולתו ופרשנותו של חוק איסור הפליה, קבע חברי כי יש לפרש את החוק כחל על כל הפליה, בין אם של קבוצה מוחלשת בין אם של קבוצה דומיננטית בחברה (פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). בכך, אימץ השופט י' דנציגר, לצורך פרשנותו של חוק איסור הפליה, מודל המוכר בספרות כ"עיוורון לשונות". הגם

שאף לדידי תוצאתו ההכרחית של פסק דין זה הינה קבלת ערעורו של המבקש, מבקש אני לפסוע במשעול אחר מהמשעול בו פסע חברי.
היקף תחולתו של חוק איסור הפליה

בקשת רשות הערעור שלפנינו מציעה לבית המשפט לפרש את חוק איסור הפליה באופן האוסר על כל אבחנה על בסיס מין, מגדר, זהות מינית וכדומה. פרשנות זו, למעשה, מבקשת מבית המשפט לעצב את תחולתו של חוק איסור הפליה בנפרד מדיני איסור הפליה הכלליים, המושגתים על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקה 43(א) לבקשת רשות הערעור).

לדידי, בחינת החוק ודברי ההסבר לו אינה מובילה למסקנה כי קיים פער בין תפישת השיוויון החוקתית במשפטנו, לבין תפישת השיוויון המגולמת בחוק איסור הפליה. מן הראוי לפרש חוק ספציפי, בודאי במקום בו לשון החוק מאמצת שפה חוקתית כמקרה זה, באופן העולה בקנה אחד עם המסגרת החוקתית הכללית של המשפט הישראלי. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא (בדימוס) א' ברק:

”חוק אינו יצירה חד-פעמית של מחוקק חולף, הנחקקת בתוך חלל חקיקתי. חוק הינו חוליה בשרשרת חקיקה של מחוקק קבוע. החוקים כולם יוצרים את מערך החקיקה בשיטת המשפט. מערך זה מהווה, בין השאר, את סביבתו של כל חוק וחוק. סביבה תחקיקתית זו משפיעה על פרשנותו של החוק [...] ההנחה צריכה להיות, כי יש לקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה, באופן שהפירוש שיינתן לדבר חקיקה ישזר “נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עימה” (אהרון ברק, פרשנות במשפט (חלק ב') הוצאת נבו, תשנ"ג, 328-329, ההדגשות שלי – ס' ג').

ברי שאין משמעות הדבר כי החוק הפרטיקולארי מתייתר. החוק הפרטיקולארי מייצר מסגרת משפטית המשקפת את האופן בו החליטו המחוקקים כי ראוי להתמודד עם פגיעה חוקתית בהקשר נתון. כך, מעצב חוק איסור הפליה את פעולת הזכות לשיוויון במרחב האזרחי בשני רבדים – היקף התחולה של הזכות, וטיב הסעד בגין הפגיעה בזכות.

ראשית, קובע החוק את היקף תחולת עיקרון השיוויון בסקטור העסקי. שאלת האיזון בסקטור העסקי בין השיוויון מחד, ובין החירות להפלות מאידך הינה שאלה מורכבת, אליה נדרש אף בית משפט זה בעבר לא פעם (ראו לדוגמא: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ פ"ד מג(1) 441). במובן זה, משקף החוק את

כוונתו הברורה של המחוקק האוסרת על הפליה אף כשזו מתקיימת על ידי מוסדות בבעלות פרטית המשמשים את הציבור הרחב. ודוק, אין החוק מחיל כלל של איסור הפליה גורף. התפישה המשפטית המגולמת בחוק הינה כי מוסדות המשמשים את הציבור אינם יכולים להתפס כשייכים במלואם לספירה הפרטית, שכן פעולתם הינה בספירה הציבורית. משכך, עיתונים, מועדונים, ספקי שירותים וכיוצא בזה, מחוייבים לפעול באופן המכבד את עקרון השיוויון. תפישה זו, כי גופים, אף אם בבעלות פרטית, הפועלים במרחב הציבורי, כפופים לשיח זכויות האדם, הינה תפישה בעלת עיגון עמוק בשיטת המשפט הישראלית, ומוצאת את ביטויה בשלל חובות המוטלות על גופים שכאלו, דוגמת הבורסה, חברות תעבורה וכיוצא בזה (ראו לדוגמא: ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים בע"מ פ"ד מט(3) 196 (1995); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"מ מו(2) 464 (1992)). אף מבחינה תיאורטית, משקף החוק את ההבנה כי במציאות בה חלקים נכבדים מחיי היום יום של הפרט מושפעים על ידי מוסדות אזרחיים, תיחום הזכות לשיוויון רק למוסדות בבעלות המדינה משמעותו שימור מציאות מפלה בפועל. על רקע זה, החוק מייצר מסגרת נורמטיבית פרטיקולארית המגדירה את החובות החוקתיות החלות על פעולה של עסק המצוי בבעלותו של אדם פרטי. לעניין זה, יפים דבריו של השופט זמיר:

"טעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לבין קניין ציבורי. לא כל הנכסים נופלים בגדר "דירה פרטית" או בגדר "בנין ציבורי". המציאות מורכבת יותר. יש בה גוונים וגווני גוונים. היא מכירה גם בנכסים שיש בהם יסודות של קניין פרטי המעורבים, במינון גדול או קטן, עם יסודות של קניין ציבורי. לדוגמה, כיצד יש למיין קמפוס של אוניברסיטה, איצטדיון של אגודת ספורט או חנות כל-בו?"

כשם שהקניין אינו מתחלק באופן חד לקניין פרטי מזה וקניין ציבורי מזה, כך גם הדין החל על הקניין: הקניין הפרטי, אף שהוא מצוי בתחום של המשפט הפרטי, אינו מצוי מחוץ לתחום של המשפט הציבורי. הוא כפוף, למשל, לדיני תכנון ובניה. ויש סוגים של קניין פרטי הכפופים לעקרונות יסוד של המשפט הציבורי כאילו הם קניין ציבורי. אכן, ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, בתחום הקניין כמו בתחומים אחרים, אינה חדה. המשפט הציבורי מחלחל אל המשפט הפרטי...". (ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים בע"מ פ"ד מט(3) 196 (1995), עמודים 203-204).

העולה מן המרובה הינו כי עקרון השיוויון, בהקשרים רבים, הינו חלק אינטגרלי מפעולתם של גופים עסקיים במרחב האזרחי, ואין לראות בו כחריג לזכותו

של פרט הפועל במרחב האזרחי לחירות ולשרירות בעלים. את היחס שבין שני ערכים אלו, במקום בו הם מתנגשים, יש לבחון על פי ההקשר הנורמטיבי הספציפי, ולאור תפישה מורכבת של קניין מחד ושל אחריות המדינה לאופן פעולת הספירה האזרחית מאידך (לעניין היותם של ערכים חברתיים חלק מהותי מהקניין ראו: חנוך דגן, קניין על פרשת דרכים, רמות-אוניברסיטת תל אביב, 2005, עמודים 65-27). מכל מקום, בענייננו, לאור קיומו של חוק איסור הפליה, סוגיית האיזון הכללית בין שני ערכים אלו אינה נדרשת לצורך ההכרעה.

שנית, מעצב החוק מגנון מעשי המאפשר לפרט המופלה לקבל סעד ממוני בגין הפגיעה שחוהה. סעיף 5 לחוק קובע כי:

עוולה אזרחית 5 (א) מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה.

(ב) בית המשפט רשאי לפסוק בשל עוולה לפי חוק זה פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, בלא הוכחת נזק;

שאלת הפיצוי בגין פגיעה חוקתית, אף שזכתה לדיון רציני ומעמיק בספרות, טרם מצאה ביטוי בפסיקתו של בית המשפט, וספק אם מבחינה מוסדית ראוי שבית המשפט יהיה זה שיעצב את הסעדים העומדים לנפגעים מעוולות חוקתית (ליתרונה המוסדי של הרשות המחוקקת בעיצוב סעדים חוקתיים ראו: דפנה ברק ארז, עוולות חוקתיות, הוצאת ברוסי, תשנ"ד, עמודים 178-175). מכל מקום, במספר הקשרים דוגמת פגיעה בפרטיות ועוולת לשון הרע, עיצבו המחוקקים הסדרים מפורשים המאפשרים לנפגע מעוולה חוקתית סעד. זהו אף המצב בענייננו.

יחודו של חוק איסור הפליה, אם כן, אינו ביצירת מושג חדש של שיויון התורג מתפישת השיויון הכללית החלה במשפט החוקתי. יחודו הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית המשפט. לעניין זה, יפים דבריה של השופטת ד' דורנר בפרשת דנילוביץ בקובעה כי:

"מסכימה אני לתוצאה המוצעת על-ידי המשנה לנשיא. עם זאת, לדעתי, זכותו של המשיב אינה נובעת אך מחוק שוויון ההזדמנויות, אלא נובעת היא מעקרון השוויון בכללותו, שנקלט זה כבר בתחום יחסי העבודה.

לשיטתי, חוק שוויון ההזדמנויות, בנוסחו המקורי, שיקף את עקרון השוויון בין המינים אך לא ייסד אותו.

כך, למשל, בפרשת נבו [...], נפסלה על יסוד עקרון השוויון הוראה שקבעה גיל פרישה שונה לנשים ולגברים. פסילה זו התבססה על המצב המשפטי שקדם לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, שהשווה את גיל הפרישה של עובדות ועובדים, תוך ששמר על זכותן של עובדות לפרישה מוקדמת [...]

בדומה, אף החוק המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי.

(בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ פ"ד מח(5) 749, עמודים 779-778, ההדגשות שלי – ס' ג')

אם תתקבל דעתי כי יש לפרש את מושג השוויון בחוק לאור מושג השוויון הכללי במשפט הישראלי, הרי שלא ניתן לאמץ באופן גורף פרשנות של השוויון כ"עיוורון לשונות", כפי שאסביר להלן.

שני רבדי הזכות לשוויון

כאמור, חברי השופט י' דנציגר אימץ בחוות דעתו מודל שוויון של "עיוורון לשונות". לגישתו, לשון החוק ותכליתו מובילים למסקנה כי כל אבחנה על בסיס יסוד בזהותו של הפרט, כמעוגן בחוק, הינה אבחנה אסורה. זאת, ללא תלות ביחסי הכוחות החברתיים. בהקשר זה, עומד חברי על כך שתפישות סטריאוטיפיות קיימות גם ביחס לקבוצות חברתיות חזקות, ואף אותן שואף החוק למגר. יתר על כן, סבור חברי כי מיגור התפישות הסטריאוטיפיות כלפי קבוצות אוכלוסיה חזקות יוביל בסופו של יום אף למיגורן של תפישות סטריאוטיפיות ביחס לקבוצות אוכלוסיה חלשות. לבסוף, חוזר חברי בחוות דעתו על מושכלות ראשונים, כי אין לראות בהעדפה מתקנת, שתכליתה קידום השוויון המהותי בחברה, משום הפליה. לגופו של עניין, עומד חברי על כך שהמשיבה כשלה מלהוכיח קיומו של ביסוס ממשי לאבחנה שהיא עורכת בין גברים ונשים, ולפיכך מדובר בהפליה אסורה על פי דין.

כידוע, בית המשפט יכיר בקיומה של הפליה במקום בו ניתן יחס שונה לשווים. לשם כך, על בית המשפט לקבוע תחילה מהי קבוצת השוויון אליה יש להתייחס. דרך אחת אם כן להוכיח הפליה הינה להראות כי שתי הקבוצות השוות זו לזו זוכות ליחס שונה. בדרך זו פסע חברי בחוות דעתו. משלא הוכיחה המשיבה כי יש ממש בטענותיה בדבר היותם של גברים אלימים יותר או מסוכנים יותר, הרי שלא עמדה בנטל הדרוש ממי שמבקש להבחין את קבוצת הגברים וקבוצת הנשים.

לדידי, מדיניות המשיבה נגועה בהפליה עמוקה יותר. הפליה זו קמה במקום בו עצם החלוקה לקטגוריות משקפת הנחת מוצא מפלה. הנחת מוצא זו הינה כי ישנה הומוגניות בקרב חברי וחברות כל אחת מהקטגוריות, מקום בו אין סיבה להניח הומוגניות שכזו. פירוק הנחת המוצא כי הקטגוריות הן "טבעיות" מאפשר לחשוף את השאלה המהותית של אופן עיצוב הקטגוריות. כך, חוקרות פמיניסטיות הצביעו על היות המדע "האובייקטיבי" הפועל לזהות הבדלים ביולוגיים בין גברים לנשים מדע מוטה המניח את המבוקש (ראו: Sandra G. Harding, Whose science? Whose knowledge? thinking from women's lives; Cornell U. press. 1991). בדומה, ביקורות דומות עלו סביב אפיון קבוצתי על רקע נטייה מינית (ראו בין היתר: מישל פוקו, תולדות המיניות – הרצון לדעת, הוצאת הקיבוץ המאוחד 1996, ובהקשר הישראלי: הדי ויטרבו, "משבר ההטרנסקסואליות: על הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע" בתוך עיוני משפט לג, 2010). ודוק, אין משמעות הדבר כי הקטגוריות הן חסרות משמעות בהקשר האישי או החברתי. אי טבעיותה ההכרחית של קטגוריה כזו או אחרת אינה מובילה למסקנה שקטגוריות אלו אינן בעלות משקל של ממש בחיי הפרטים בחברה. לאורן של קטגוריות חברתיות או תוך התנגדות להן מכווננים הפרטים, ונוצרות תפישות עולם. אמירתה המפורסמת של סימון דה בובואר "אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה. שום גורל ביולוגי, נפשי או כלכלי אינו חורץ את דמותה של הנקבה האנושית בחברה; המכלול התרבותי הוא שמעצב את תוצר הביניים הזה, הנמצא בין הגבר והסריס ומוגדר כנשי" (סימון דה בובואר, המין השני, בבל 2007, כרך שני, עמוד 13) (ההדגשות שלי – ס.ג.) אין משמעותה שכל אחת יכולה לבחור כל עמדה על הרצף המגדרי. משמעותה היא רק שהאופן בו זהות מגדרית נתפסת הינו יצירה מלאכותית. משכך, עלינו להיות ערים לאופן שבו אנחנו מכווננים זהויות ותפישות חברתיות. בהקשר זה, שיח זכויות האדם, והזכות לכבוד האדם ולשיוויון בפרט, הינו משמעותי ביותר לא רק ברובד של בחינת השיוויון בין קבוצות, אלא אף ברובד העמוק יותר, של אופן כינון של קבוצות בחברה. מצב בו קבוצה מסוימת מאופיינת כהומוגנית, באופן שמייחס לכל חברי הקבוצה ערך שלילי (אף אם סטטיסטי בלבד) הוא מצב שאינו מכבד את הפרטים בקבוצה, ועומד בסתירה לזכות הפרטים בקבוצה לשיוויון. לעניין זה יפים דבריה של המלומדת אורית קמיר הטוענת כי:

"רשימה זו מראה כי שוויון החירות (השלילית) ונוסחת השיוויון האריסטוטלית שניהם רעיונות בעלי נטייה שמרנית מבחינה חברתית; הם אינם מקדמים – או אף מאפשרים – ביקורת יסודית של המציאות החברתית הנוהגת או חשיפת סוגי ההפליה העמוקים שעליהם היא

מושחתת ושאותם היא מכוננת ומקבעת. שניהם מנציחים את חלוקת המשאבים והכוח הנוהגת בחברה ומאפשרים רק לזהות ולתקן טעויות ועוולות מקומיות במסגרת הסטטוס קוו השליט הנתפס כמובן מאליו. (אורית קמיר, מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות, המשפט י"ג, תשס"ח, 263, עמוד 265, ראו גם שם עמודים 266-272).

מן הראוי לציין כי תפיסה זו אף הכתה שורשים במשפטנו. כך, בפרשת אבו חנא, בה נדונה השאלה האם ניתן להתחשב בנתונים סטטיסטיים אודות השתכרותם של קבוצות אוכלוסיה שונות לשם קביעת פיצויים בגין אבדן כושר השתכרות לקטינה, קבע חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין כי:

"השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי, הגזעי או האתני של הניזוק, נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. הוא אינו ראוי נורמטיבית." (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (לא פורסם, 27.9.2005), ההדגשות שלי – ט.ג.).

ברי שאין משמעות הדבר שבכל מקרה תפסל אבחנה שכזו. אבחנה בין קבוצות על רקע מאפיינים סטטיסטיים יכול שתמצא כאבחנה מותרת, ממש כפי שלעיתים פגיעה בשוויון יכול שתמצא מותרת. במקרים אלו, על הצד הפוגע יהיה להוכיח לא רק כי היחס השונה לקבוצות השוות עומד בדרישות החוק וההלכה הפסוקה לפגיעה בשוויון, אלא אף שעצם החלוקה לקבוצות וראייתן כנקודת ההתייחסות הרלבנטית עומדת בדרישות אלו.

זיהוי קבוצת השוויון

בערעור שלפנינו טוען בא כוח המשיבה כי גברים מתחת לגיל 26 אינם קבוצה הומוגנית ובעלת אינטרס מוגדר הזכאית להגנה מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. לגישתו, פרשנותו הראויה של החוק מובילה למסקנה כי תכלית החוק היא להגן על אוכלוסיות מוחלשות, ולא למנוע הפליה "שרירותית" של פרטים המשתייכים לקבוצות דומיננטיות בחברה.

גישתה של המשיבה אם כן, היא כי נקודת המוצא לדיון במקרה זה היא הפגיעה הנגרמת לגברים בגין האבחנה בכניסה למועדונים. שאלת תחולתו של החוק על

אוכלוסיית הרוב היא שאלה מורכבת. ודאי שכל אדם, אף אם הוא משתייך לאוכלוסיה הדומיננטית בחברה, צפוי לחוש אי נוחות אם יזכה ליחס שונה מאדם אחר רק בגלל היותו חלק מהאוכלוסיה הדומיננטית. היגיון זה הוא שעמד בבסיסם של שורה ארוכה של פסקי דין מהעולם שאסרו על העדפה גזעית לשחורים באוניברסיטאות ובמבכנים מקצועיים, על מסיבות לנשים בלבד ועוד כהנא וכהנא. זהו אף הבסיס לחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר. יחד עם זאת, גישה זו, של עיוורון למוצא, מגדר וכיוצא באלו זכתה להתייחסויות שונות בספרות. כך, המלומדת קתרין מקינון הצביעה על היות השילוב בין מציאות לא שיוויונית לבין התעלמות מתנאי הבסיס הלא שיוויוניים על ידי מערכת המשפט שילוב המשמר את יחסי הכוחות ואת הכפיפות המגדרית:

“אני מודה גם שקיים שוני רב בין נשים לגברים. כלומר, מי יכול לתאר לעצמו שירוממו חצי מהאוכלוסייה וישפילו את החצי הנותר, והתוצר יהיה אוכלוסייה שבה כולם זהים? סטנדרט הזהות אינו נותן את דעתו על כך שהשוני בין גברים ונשים שווה לשוני בין נשים לגברים. כאן קיים שיוויון. אף על פי כן המינים אינם שווים בהקשר החברתי. גישת השוני מחמיצה את העובדה שהיררכיה של כוח מולידה שוני ממשי מלבד המדומיין, שוני שהוא גם אי שיוויון. גישת השוני מחמיצה מה שהחמיץ אריסטו בתפישה שלו, ששוויון פירושו להתייחס לדומים באופן דומה וללא דומים באופן לא דומה, ומאז איש לא ערער עליה. מדוע את צריכה להיות דומה לגבר כדי להשיג את מה שהוא משיג פשוט מפני שהוא גבר? (קתרין מקינון, שוני ושליטה, בתוך פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה, רסלינג 2005 (עורכת: דפנה ברק ארז, בתרגומה של עידית שורר), עמודים 29-30)

ובהמשך:

“אם בשבילכן הזהות הוא הסטנדרט לשיוויון, ביקורת ההיררכיה שלי תיראה לכן כבקשה מוסווית להגנה מיוחדת. ולא היא. היא צופה שינוי שיאפשר, לראשונה הזדמנות שווה פשוטה. הגדרת המציאות המינית כשוני, והגדרת ההצדקה לשיוויון בזהות, שתיהן מוטעות. מין מטבעו איננו דו-קוטבי אלא רצף. החברה היא שהופכת אותו לדו-קוטבי. ברגע שהדבר נעשה, התביעה מחלק מסויים להיות זהה לאלה שקבעו את הסטנדרט – כאשר החברה כבר הגדירה חלק זה מראש כשונה – פירושה פשוט שמבחינה קונספטואלית השיוויון בין המינים נועד להיות בלתי מושג. [...] בשפת הדוקטרינה, בהקשרים החמורים ביותר של אי שיוויון בין המינים, נשים לא יוגרו כמצויות “במצב דומה” לגברים. ועוד פחות מכך ניתן להוכיח שפרקטיקות של אי שיוויון מטעמי מין הן מפלות במכוון. כל שנדרש הוא שימור הסטטוס קוו.

כאסטרטגיה לשימור כוח חברתי יש קודם לבנות את המציאות באופן לא שיוויוני, אחר כך יש לדרוש שהזכות לשנות אותה תהיה מושתתת על היעדר הבחנה במצב; תחילה יש לבנות את התפישה ששונה פירושו יהיה נחות, לאחר מכן לדרוש שכאפליה תחשב רק הפעולה שמניעים מוחות מרושעים, היודעים שהם מתייחסים לנויים כאל פחותים." (שם, 34, ההדגשות שלי- ס' ג').

לסקירה הממחישה כיצד דיני איסור ההפליה בארצות הברית פועלים, הלכה למעשה, לשימור סטטוס קוו חברתי, ונותנים סעד בעיקר לקבוצות החזקות בחברה (ראו, בין היתר: Ruth Colker, Whores, Fags, Dumb-Ass Women, Surly Black and Competent Heterosexual White Men: The Sexual and Racial Morality ; Underlying Anti-Discrimination Doctrine, 7 **Yale J.L. & Feminism** 195 (1995) Janice C. Janice C. Title VII and Reverse Discrimination: The Prima Facie (Case, 31 **Ind. L. Rev.** 413 (1998)).

אף בית משפט זה הכיר בעבר בכך שיש מקומות בהם תוכל קבוצת מיעוט להדיר את חברי קבוצת הרוב, מבלי שהדרה זו תתפס כהפלייה אסורה (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד מג(4) 297 (1989)). שאלה זו התעוררה בצורה חריפה יותר בפרשת התנועה לאיכות השלטון (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון)). במקרה זה, בו נדונה חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 בהרכב מורחב של שבעה שופטים, נתגלתה מחלוקת עמוקה בסוגיה זו ממש. השופט א' גרוניס דחה בפסק דינו את תחולתו של עקרון השיוויון על קבוצת הרוב בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקה וקבע כי:

"להשקפתי, אין מקום שבית משפט זה יקבע את דבר בטלותו של החוק. זאת, מאחר שאין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט כאשר טענת הרוב היא לפגיעה בשוויון. במילים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב. קביעה שמעשה הרוב פסול הוא בהיותו מפלה, מהווה מעשה של פטרונות שאין לו צידוק בנסיבות דוגמת אלה בהן אנו עוסקים." (פסקה 1 לפסק דינו של השופט א' גרוניס).

השופט מ' חשין מאידך, קבע בפסק דינו כי לדידו יש להחיל את עקרון השיוויון על כלל הפרטים בחברה, ולא רק על קבוצות מיעוטים:

“ערך השיוויון אינו זר לנו. נקרה הוא על דרכנו לעיתים מזומנות אלא שתמיד - נדייק: כמעט תמיד - עניין לנו בו בהקשר זכויות האדם. ואולם השיוויון (צדק, הגינות) אינו כולא עצמו בגדרות זכויות האדם. עיקרון פעיל הוא גם בתחום המישטר והחברה. ושני מושגי שיוויון אלה - שיוויון בתחום היחיד ושיוויון בתחום הכללי - אינם אלא שני צידיה של אותה מטבע. חברה שבחירה לעצמה מישטר דמוקרטי שיכוון את דרכיה ואורחותיה, חייבת לאחוז בידה כל העת בעקרון השיוויון כעיקרון המסדיר את היחסים שבין המדינה, החברה וכל אחד מיחידיה החברה.” (שם, פסקה 12 לפסק דינו של השופט מ' חשין, ההדגשות שלי – ט' ג').

גישתו של הנשיא א' ברק, אליה הצטרפו מרבית שופטי המותב, ביקשה ליצר מודל ביניים, המרחיב את תחולת השיוויון לכל מקום בו הפגיעה הינה באוטונומיה של הפרט, אך אינה מייצרת כלל רחב המחיל את הזכות לשיוויון על כל אבחנה בין פרטים בחברה. כך, קבע הנשיא כי:

“מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, 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.” (פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

וכן ציין ביחס לגישתו של השופט א' גרוניס:

“על פי גישתו של חברי, השופט א' גרוניס, יש להבחין בין הגנה על הרוב לבין הגנה על המיעוט; יש להבחין בין הגנה על מהותה של הדמוקרטיה לבין הגנה על הליכי קבלת ההחלטות בה. חברי אינו מסביר מהן אמות המידה להבחנות אלה. כיצד נבחין בין הרוב למיעוט? וכיצד נבחין בין המהות להליך? כך למשל, במשטר פרלמנטרי רב מפלגתי המבוסס על קואליציות, מיהו הרוב ומיהו המיעוט? מפלגה קטנה המשמשת לשון מאזניים בקואליציה – האם מצביעה הם חלק מהרוב או מהמיעוט? האם פגיעה בחופש הביטוי היא פגיעה במהות הדמוקרטיה, או בהליך הדמוקרטי? האם הקפדה

על השוויון בזכות לבחור ולהיבחר מגנה על ערכיה המהותיים של הדמוקרטיה, או שמא מגנה היא על ההליך הדמוקרטי? (פסקה 76 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

שאלת הגבול אם כן, בין הדרה לגיטימית של חברי קבוצת הרוב על ידי קבוצת המיעוט, ובין הדרה העולה לכדי הפליה אסורה, אינה שאלה הניתנת לפתרון בנקל. ברי, כי זו אף ראוי שתבחן באופן שונה במקרים שונים. כך, שונה מקרה בו נפגע הרוב מכוח חקיקת של הכנסת, כבפרשת התנועה לאיכות השלטון, ממקרה בו מופלה הרוב על ידי עסקים בבעלות פרטית (ראו, בהקשר זה, אף את פסק דינו של השופט מ' חשין בבג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו פ"ד נט(3) 817, 828 (2004); השוו: בג"ץ 4124/00 ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לעניני דתות (לא פורסם, 14.6.2010) וההפניות שם).

יחד עם זאת, לדידי, ניתן לסמן קווים מנחים לאופן בחינת שאלה זו בכל הנוגע להפלייתו של פרט השייך לקבוצה חברתית דומיננטית בידי גורמים אזרחיים. על בית המשפט לשקול את היקף הפגיעה ביכולתה של הקבוצה המוחלשת לקיים את תרבותה ואורחות חייה באם תאסר ההדרה. למול זאת, על בית המשפט לבחון את החלופות העומדות בפני האוכלוסייה הדומיננטית, ואת הפגיעה בחברי הקבוצה הדומיננטית בשל ההדרה. מכל מקום, כפי שאסביר להלן, אף שהפגיעה הנחזית במקרה שלפנינו היא בגברים, הרי שהפגיעה העמוקה יותר המגולמת במדיניות המועדון היא בנשים. משכך, איני נדרש להכרעה בשאלת היקף תחולתו של עיקרון השוויון במקרים בהם הנפגע הינו חבר בקבוצה חברתית דומיננטית, ואמליץ לחברי להשאיר בצריך עיון לעת עתה.

מדיניות המשיב כמדיניות המפלה נשים

במקרה אחר, נדונה בפני בית משפט השלום בירושלים השאלה האם מתן הנחה בכניסה למועדון היא העדפה מתקנת מותרת (ת"ק (י-ם) 3043/09 גבעון נ' תימור (לא פורסם, 5.5.2010)). בעלי המועדון טענו כי ההנחה לנשים למעשה נותנת הטבה לגברים, מאחר ונהוג כי גברים משלמים על בנות זוגן, ולחילופין, טענו שיש לראות במדיניות המועדון כהעדפה מתקנת. בפסק דינו עמד השופט א' טננבאום על כך שמתן ההנחה בכניסה למועדון לנשים (במקרה ההוא, תחת הסיסמא "נשים חינם וסושי גם") פסולה. זאת, לא בגלל הפגיעה שהיא גורמת לגברים. מדיניות שכזו מניחה ומנציחה את

הנשים כצד מוחלש, הנעדר יכולת כלכלית, ומייצרת האבחנה על בסיס הנחות סטריאוטיפיות.

שאלת האבחנה בין גברים ונשים, והיותה מפלה מעצם טיבה, עמדה בפני בית משפט זה בהקשר של הפרדה בתחבורה ציבורית (בג"ץ 746/07 נעמי רגן נ' משרד התחבורה (לא פורסם, 5.1.2011)). במקרה זה התחרו שני ערכים על הבכורה – חופש הדת והמצפון של אוכלוסיות המעדיפות הפרדה בין המינים בתחבורה ציבורית, וזכותן של נשים לשוויון ולכבוד. בית המשפט קבע פה אחד, בהתאם למדיניות משרד התחבורה, כי הפרדה כפויה, על מי שאינה חפצה בה או שאינו חפץ בה הינה אסורה. השאלה שנוטרה לפתחו של בית המשפט הייתה האם יש לאפשר הפרדה בין המינים במקום בו זו וולנטארית, וכיצד ניתן לודא כי ההפרדה בפועל הינה וולנטרית ולא כפויה. על רקע זה, קבע בית המשפט תקופת מבחן במסגרתה תבחן יכולת משרד התחבורה לקיים מנגנון הפרדה שהוא וולנטרי טהור, ואף הוסיף וציין כי אם ימצא שהמציאות בשטח היא מציאות של כפיית הפרדה, הרי שהדבר יהווה שיקול כבד משקל לפסילתה של הפרקטיקה כולה (פסקה 1 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

במקרה שלפנינו, מבקשת המשיבה לשמר מדיניות של אבחנה על בסיס מין הנכפית על כלל הבאים בשעריה, בין אם רצונם בכך בין אם לאו. האבחנה שמבקשת המשיבה לקיים אינה אבחנה המעוגנת בערכים תרבותיים או דתיים ואינה מבקשת לחסות תחת הזכות לאוטונומיה תרבותית. למעשה, אף שהמשיבה שואפת להציג את מדיניותה כרצון ביצירת מקום בעל אווירה מסויימת, הרי שהאווירה המסויימת 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 בדימוי 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 פטריאכלית זו. ברי, שאין מדובר בתופעה חריגה או נדירה. מדיניותה של המשיבה נהוגה באופן גלוי במקומות בילוי רבים. מקומות בילוי רבים לא פחות נוהגים הלכה למעשה, באמצעות סלקציה בין הבאים בשעריהם, להכניס נשים צעירות מהגיל המינימאלי ה"פורמאלי" למבלים ובכך לקיים את האבחנה על בסיס מין אף ללא ציונה הגלוי.

את מדיניות האבחנה הנהוגה על ידה מבססת המשיבה, במשתמע, על הנחות מהותניות בקשר ליחס שבין מין למגדר. לגישה, גברים נוטים להיות אלימים יותר מנשים בנות גילן. תפישות אלו הן צידה השני של התפישה הסטריאוטיפית הרואה בנשים עדינות ושבריריות. אף לו הייתה מביאה המשיבה תימוכין כלשהם לדבריה (ותימוכין שכאלו לא מביאה המשיבה כלל) לא היה בהם כדי להצדיק את ההפליה. כל שהיה בנתונים אלו להצדיק הוא מצב בו כניסתם של גברים רבים יותר בגילאים מסויימים הייתה נמנעת לאור התנהגותם האישית והחשש מהתנהגות אלימה על ידם. ממש כפי שמקיים המועדון בידוק לגברים מעל גיל 26 ולנשים מעל גיל 24 בהיכנסם למועדון, יכול המועדון לקיים בידוק אף לגברים בין גיל 24 לגיל 26.

בהקשר זה, מן הראוי לציין כי תוצאתו של ניתוח זה לא תשתנה גם על רקע הטענה שהסדר האמור מועדף על נשים רבות. בספרו של ג'ון סטוארט מיל, מאבות הליברליזם, "שעבוד האשה" עומד מיל על חוסר היכולת לבחון את קיומם של אוטונומיה ובחירה חופשית במרחב של דיכוי מגדרי. בפתח הדבר למהדורה העברית כותבים המלומדים יופי תירוש וזהר כוכבי את הדברים הבאים:

"הוא [מיל – ט' ג'] מתרה בגברים שלא להשלוח את עצמם כי יש להם הבנה מושלמת של נשים משום שהיו להם יחסי אהבהבים איתן. האינטראקציה הרומנטית והמינית מקצה תפקידים מסויימים מאוד לנשים, ואולי ניתן ללמוד ממנה על נשיותן של נשים, אך לא ניתן ללמוד ממנה הרבה על אנושיותן [...] לכן, הכמיהה שגברים צריכים לפתח היא כמיהה לתנאים חברתיים שיאפשרו להם להתוודע לנשים כאל בני אדם, בלי המחיצות וההגבלות של יחסי הכוח.

תובנה זו יפה, במידה רבה, גם לימינו. גם היום ילדות, נערות ונשים מקבלות מסרים חוזרים ונשנים שהן נמדדות ומוערכות בזכות גופן ויופיו, הצלחתן להינשא ואימהותן, לצד יכולת הקשב, ההתחשבות, התמיכה שלהן בסובבים אותן, תוך הסגת רצונן מפני רצונות מתחרים. גם היום אנו קוראים טורי עצות המסבירים לאישה שכדאי לה "לתת לו" גם כשהיא לא מעוניינת, או שממליצים לה המלצות כמו ללמוד לרקוד כחשפנית כדי לשמור על רעננות יחסי המין עם בן זוגה. במילים אחרות, אנו משערים שלו היה מיל כותב בימינו, הוא היה מתרה מפני הסתמכות נלהבת מדי על רעיונות כמו חופש העיסוק כשמדובר בנשים במצב של זנות, או מפני הסתמכות פשטנית על הטיעון שיש לכבד את האוטונומיה של נשים כאשר אנו מנסים להבין, להסביר ולהיאבק בנוק הבריאותי, הנפשי והכספי שנשים גורמות

לעצמן דרך ניתוחים ודיאטות. המסקנה היא שיש להתמקד ביצירה וחיזוק של נתיבי חיים אחרים לנשים, שדרכם תוכלנה לזכות בהערכה, הכרה וסיפוק גם בלי להיחשב מצודדות פיזית או להציע את מיניותן כמוצר צריכה. (ג'ון סטוארט מיל "שעבוד האשה" (תרגום: שונמית ליפשיץ), רסלינג 2009, עמוד 23-24).

דברים אלו יפים גם לענייננו. המבנה החברתי בו אנו חיים עודנו מבנה המעביר פעם אחר פעם לנשים את המסר כי כוחן המרכזי והבסיס להגדרתן הוא המראה החיצוני. השיח שלנו עודו רווי בדימויים המגדירים את ערכה של אישה על בסיס גילה. במסגרת שיח זה לא יכול להיות שיוויון אמיתי. שיוויון אמיתי שכזה יוכל להיות מושג רק ביום בו נצליח, כחברה וכפרטים, ללמוד להכיר באנושיותו ובאנושיותה של כל אחת ואחד מהעומדים מולנו, ללא תלות במין הביולוגי. יום בו נוכל להתבונן בשונות שבין בני ובנות אדם מבלי להידרש לקטגוריות כוללניות, ומבלי לשעתק את ההיררכיה הקיימת בין קטגוריות אלו.

על רקע זה, מדיניות ההפליה על פיה פועלת המשיבה לא יכולה להתקיים, וזאת, לא בשל הפגיעה הנגרמת לגברים, אלא בשל הפגיעה החמורה המגולמת במדיניות המשיבה, היא הפגיעה בנשים.

סוף דבר

תופעת הסלקציה בכניסה למועדונים על בסיס מאפיינים אסורים כמין, מוצא וגזע מעידה, בראש ובראשונה, כי טרם מוגרה ההפליה מארצנו. עצם תופעת קיומם של סלקטורים וסלקטוריות, שכל תפקידם לסנן את קהל המבלים ולבחור את אלו הנתפסים כ"ראויים", לרוב על בסיס תפישות סטריאוטיפיות (בשונה ממאבטחים המונעים כניסה רק על בסיס חשש מהתפרעויות) הינה תופעה מטרידה, וספק בעיני אם זו יכולה להימצא מוצדקת, למעט במקרים נדירים. תופעה זו היא שעמדה בפני המחוקקים בדיוניהם בחוק למן חקיקתו. כך, חבר הכנסת אלי בן מנחם הסביר כי: "בעלי המועדונים, אדוני היושב-ראש, מוכיחים שהם לא רק מצפצפים על המוסר האנושי, המוסר היהודי הבסיסי, הם ממשיכים בדרך של אפליה, גזענות ושנאת האחר, וגם מצפצפים ביודעין על ספר החוקים הישראלי וממשיכים ביתר שאת את תופעת הסלקציה." (דיון מיום 10.11.2004 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון - אכיפה ועונשין), התשס"ד-2004, הצעת חוק פ/2475, ההדגשות שלי – ס. ג''). שכיחותה של תופעה זו, ונכונותם של רבים

ורבות לעבור עליה לסדר היום, מחייבת את בית המשפט לפעול למימוש תכלית החוק באופן שיצור הרתעה של ממש מפני הפליה.

על רקע זה חוקק חוק איסור הפליה. חוק זה הוא חוק מרכזי במערך חקיקה מורכב ומסועף שתכליתו אחת - קידום השוויון המהותי במדינת ישראל. מטבע הדברים, בשל שנותיו הצעירות, טרם זכה חוק זה לדיון מקיף ורציני דיו, וזהו למעשה הדיון הראשון בבית משפט זה המתמקד בחוק כעילה המרכזית העולה מכתבי הטענות. כאמור לעיל, משמעותו של החוק אינה ביצירת סטנדרט חדש של שוויון, אלא בעיצוב מסגרת מעשית הנותנת סעד משפטי לנפגע הפליה. משאמרו המחוקקים את דבריהם, חובה על בית המשפט לפעול להגשמת תכלית החקיקה באופן המיטבי. ברי, כי שאלות רבות הנוגעות לאופן החלתו של החוק טרם זכו למענה של ממש, ובקרב הערכאות הדיוניות קיימת מחלוקת באשר לאופן פרשנות החוק. שאלות אלו, שפתרונן אינו דרוש לענייננו, עתידות ודאי להתברר בפני בית משפט זה בימים עתידים לבוא.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ט בחשוון תשע"ב (16.11.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')