

החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים

מאת

משה כהן-אליה*

א. מבוא. ב. תאוריה פוליטית והיחס שבין החירות לבין השוויון. ג. אופי הערך המוחל. ד. אופי החירות המוגבלת. ה. טווח התחולה והיקפה. ו. מתכונות להחלת השוויון על גורמים פרטיים. ז. מילות סיכום.

א. מבוא

בשנים האחרונות אנו עדים למגמה מתחזקת של הטלת חובות בחקיקה ובפסיקה על גורמים פרטיים לנהוג בשוויון. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן – החוק) משתלב במגמה זו. ביסוד החלת החובה על גורמים פרטיים לנהוג בשוויון עומדת ההבנה שבעידן הנוכחי, שבו הכוח "מופרט" ומועבר מהמדינה לתאגידים פרטיים, לא יהיה ניתן להבטיח שוויון אמיתי אם החובה לנהוג בשוויון תוטל על המדינה בלבד. בנתונים אלה פוטנציאל הפגיעה בשוויון בין הגזעים והמינים מצד תאגידים כלכליים רבי עוצמה עשוי להיות גדול אפילו מפוטנציאל הפגיעה בשוויון מצד המדינה עצמה. ההנחה היא אפוא שממוש טוב יותר בשוויון מחייב היקף השתרעות רחב יותר של החובה לנהוג בשוויון. בעיני בעל עמדות ליברליות מגמה זו עלולה להיתפס כפסולה. בעוד שתחולת החובה על המדינה להתנהגות שוויונית איננה פוגעת בחירות האדם, הרי שחיוב גורמים פרטיים לנהוג בשוויון משמעה הגבלת החירות שלהם. החשיבה הליברלית מסתייגת באופן מסורתי מהשתתף חובות התנהגות ראויה על פרטים. היא רואה בכך התייחסות אל האדם שלא בכבוד, התייחסות המזלזלת באוטונומיות שלו ובבחירותיו. גם הניסיון

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים. תודה ליואב המר ולברק מדינה על הערותיהם החשובות.

ההיסטורי לימד את הליברל לחשוך שהניסיון לכפות על פרטים התנהגות ערכית, ראוי, אינו אלא מסווה לקדם אינטרסים שלטוניים בלתי ראויים. ואכן, מקריאה ראשונית של החוק ניתן לקבל את הרושם שהחוק העדיף באופן ברור את הגשתו המושלמת של השוויון על פני החירות האישית. כלומר, הוא שלל את דגם החשיבה הליברלית. מטרת המאמר היא לשלול רושם ראשוני זה ולהראות שאף שחוק מחייב גורמים פרטיים מסוימים לנהוג בשוויון, הוא בכל זאת נותר נאמן לעיקרים מרכזיים של החשיבה הליברלית. במאמר זה אנסה להראות שהנאמנות לעיקרי הליברליזם באה לידי ביטוי בחוק בארבעה מובנים עיקריים: ראשית, המובן שניתן בחוק לשוויון הוא מובן מינימלי, ולפיכך מימושו מחייב פגיעה מצומצמת יחסית בחירות. שנית, החוק מוכן להחיל את השוויון רק במקרים שבהם נפגעות חירויות כלכליות, אך הוא נמנע מהגבלת חירויות פוליטיות ואזרחיות שהגבלות עליהן נתפסות בתאוריה הליברלית הרווחת כחידרה בוטה במיוחד לאוטונומיה של אנשים. שלישית, החוק נותר נאמן להבחנה הליברלית שבין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי, והוא מחיל את החובה לנהוג בשוויון רק בתחום הציבורי. רביעית, החוק נמנע מלהטיל סנקציה פלילית של מאסר בגין הפרת החובה לנהוג בשוויון. בכך הוא מדגיש את אפיקי האכיפה האזרחיים ומשמר עמדה ניטרלית יחסית של המדינה בשלב אכיפת השוויון.

ב. תאוריה פוליטית והיחס שבין החירות לבין השוויון

התאוריה הפוליטית מציעה תשובות שונות לשאלה אם ראוי לעשות שימוש בכוחה הכופה של המדינה לשם חיוב פרטים לנהוג בשוויון על פרטים. הליברטריאן ישלול את כפיית השוויון על גורמים פרטיים מהטעם שבכך תובטח חירות מרבית לבני האדם. לעומת זאת זרמים שווינוניים רדיקליים, כמו התאוריה המרקסיסטית או הפמיניסטית, יאמרו שהמדינה רשאית, ואף חייבת, לכפות גם על גורמים פרטיים התנהגות בהתאם לעקרונות השוויון, גם במחיר הגבלת חירותם.

התנגדותו של הליברטריאן לכפיית ערך השוויון על פרטים, כמו גם ערכים אחרים, מודרכת על-ידי שני טעמים עיקריים, הראשון עקרוני והשני פרגמטי. כאמור, הטעם העקרוני עניינו השאיפה להבטיח ככל הניתן את האוטונומיות של אנשים. כלומר, לאפשר לפרטים להיות המקור של בחירותיהם. הליברטריאן רואה בכפיית ערכים על פרטים, והשוויון בכללם, משום פגיעה חמורה באוטונומיות שלהם. לשיטתו, פעולה זו לוקה בהתייחסות שאינה מכבדת את האדם ואת בחירותיו הערכיות. היא מתייחסת אל האדם כאמצעי למימוש מטרות, ובכך היא פוגעת בכבוד האדם במובנו הקאנטיאני¹.

1 .R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (1974), at p. 31

הטעם הפרגמטי עניינו בחשד העמוק שהליברטריאן רוחש למוטיבציות של השלטון, בייחוד כאשר זה עושה שימוש בכוחו הכופה לשם מימוש ערכים. ההיסטוריה מלמדת כי הניסיון "לחנך" אנשים לערכים, "לעזור" להם בבחירותיהם, בדרך כלל איננו מהלך תמים, אלא הוא נועד לקדם מטרות שלטוניות פסולות. לא יהא זה מופרך לחשוד בכך שהמניע שמאחורי הטלת איסורים על השמעות דעות שונות הוא, בין היתר, הרצון למנוע ביקורת על השלטון ושימור מוקדי הכוח השלטוניים. מטעמים אלו הליברל מעוניין לתחום בצורה המחמירה ביותר את גבולות השימוש בכוח של המדינה². הוא מגביל את השימוש בכוח לשם מניעת נזקים מסוג של פגיעה בחיים, בגוף ובקניין. לפי גישה זו, השוויון חל על המדינה בלבד, והוא מחייב אותה להפעיל את כוחה השיטורי בצורה שוויונית, לעומת זאת אנשים פרטיים הם חופשיים מהחובה לנהוג בשוויון³.

מנגד, תאוריות פוליטיות רדיקליות, המעוניינות במימוש מושלם של ערך השוויון, תצדדנה בהטלת חובות גם על גורמים פרטיים לנהוג בשוויון. גישות אלו סבורות כי הקריאה הליברלית לניטרליות של המדינה ולהימנעות מקידום תפיסות של טוב איננה קריאה תמימה. ביסודה האינטרס הברור של אליטות כלכליות וחברתיות לשמר את ההגמוניה התרבותית והכלכלית שלהן⁴. גישות רדיקליות סבורות שלשם מימוש מרבי של השוויון יש צורך במהלכי עומק, שעניינם דה-קונסטרוקציה של הסדרים משפטיים קיימים תוך התערבויות אגרסיביות בחירויות של אנשים. כך, למשל, לפי תאוריה מרקסיסטית, אחד השלבים ההכרחיים למימוש האידאל של חברה שוויונית וחופשית באמת הוא השלב שבו מתקיימת "דיקטטורה של הפרולטריון", שלב שבו נשללות בצורה נרחבת חירויות האזרח⁵. גם תאוריות פמיניסטיות רדיקליות, דוגמת זו של קתרין מקינון, מצדדות בעקירה מהשורש של דפוסי חשיבה והתנהגות שביסודם חלוקת

2 על פוליטיקת החשד הליברלית באשר למניעי השלטון בפגיעה בחופש הביטוי ובזכות הקניין ראו למשל R. Epstein "Property, speech and the politics of distrust" *The Bill of Rights in the Modern State* (Stone, Epstein and Sunstein eds., 1992).

3 זו הייתה הגישה שרווחה במשפט הישראלי עד לאחרונה. ראו למשל את דברי השופט זוסמן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, בעמ' 2114: "לא הרי דין רשות ציבורית כדין אזרח פרטי. אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן".

4 זוהי הביקורת המרקסיסטית שמצטרפים אליה אנשי הזרם הביקורתי למשפט (CLS). ראו למשל A. Gramsci *Selections From the Prison Notebooks* (Quintin Haore and Geoffrey Smith Morton and Knopff eds. and trans, 1971). לעמדת ה-CLS בסוגיה זו ראו למשל Supreme Court as the vanguard of the intelligensia: The Charter movement as .postmaterialist politics" *Canadian Constitutionalism: 1981-1991* (Ajzenstat ed., 1992) 78.

5 ק' מרקס ביקורת תוכנית-גותהא – הערות שוליים לתוכניתה של מפלגת הפועלים הגרמנית (1952), בעמ' 49.

תפקידים סטראוטיפית ומפלה בין גברים לבין נשים⁶. כך, למשל, מכיוון שחומרים פורנוגרפיים מציגים את האישה כאובייקט מיני בלבד, כחפץ, הרי בקרב מי שנחשף אליהם עלולה להתעצב תודעה מפלה ביחס לנשים. תודעה מפלה זו תוביל לפעולות של הפליה כנגד נשים בחברה האזרחית. לפיכך הפמיניזם הרדיקלי מצדד בשימוש בכלים הכופים של המשפט לשלילת החירות להיחשף לחומרים כאלה. ברור שבגישות רדיקליות אלו טמונה – בד בבד עם התועלת שבהבטחת השוויון – גם סכנה גדולה לחירותו של האדם, פתח לניצול לרעה של הכוח הכופה למטרות בלתי ראויות. ההיסטוריה אכן מלמדת שהתאוריה המרקסיסטית, למשל, לא הביאה בחשבון את האפשרות שלשלטון עלול להיות אינטרס לשלול מהאזרחים חירויות לא רק כשלב ביניים, כאמצעי, למימוש השוויון, אלא גם, ואולי אף בעיקר, כדי לשמור את מוקדי הכוח שלו.

בתווך שבין שני הקטבים הללו, הקוטב הליברטריאני והקוטב הרדיקליזם השוויוני, מצויות תאוריות ליברליות שונות. בניגוד לליברטריאן, המעניק עדיפות ברורה לחירות על פני השוויון, הזרמים הליברליים העכשוויים מנסים להצדיק מימוש היבטים שונים של שוויון במסגרת תאוריה של חופש ואוטונומיה. החשובה שבהן היא התאוריה הליברל-שוויונית, שמובילה הם ג'ון רולס⁷ ורונלד דוורקין⁸. ביסודה של גישה זו עומדים שני ערכים, חירותו של האדם וזכותו לשוויון. בקווים כלליים, היחסים שבין השוויון לבין החירות, לפי גישה זו, הם כדלקמן: הליברל השוויוני יתמוך בחיוב עשירים לשלם יותר עבור מימון פעולתה של מדינת הרווחה. כלומר, הוא יסכים להתערבות בזכות הקניין לשם קידום ערך השוויון במובן של צדק חלוקתי. הוא גם יתמוך בחיוב מעבידים פרטיים שלא להפלות מטעמי גזע או מין. לעומת זאת יסתייג הליברל השוויוני מכפיית השוויון מקום שהדבר פוגע בחירויות פוליטיות יסודיות. למשל, הוא עשוי להתנגד לכפיית ערך השוויון בין הגזעים בדרך של הטלת איסורים על אנשים המאמינים באידאולוגיה גזענית מלהשמיע את משנתם המפלה. תאוריות ליברליות אחרות השואפות לממש את האידאל של האדם האוטונומי, דוגמת זו של יוסף רוז, מצדדות בשימוש בכוח הכופה של המדינה לשם מניעת נזק לאוטונומיות של אנשים⁹. כך, למשל, יהא זה מוצדק מנקודת ראות זו להגביל את חירותו של המעביד להתקין מצלמות

6 ראו את כתביה של קתרין מקינן, ממובילות הזרם הפמיניסטי הרדיקלי: *C. Mackinnon Feminism Unmodified* (1987); *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality* (With A. Dworkin) (1988); and *Only Words* (1993).

7 J. Rawls *A Theory of Justice* (1971)

8 R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977)

9 J. Raz *The Morality of Freedom* (1986)

פרטיות בכל פינה במקום העבודה משום שהגבלות אלו על חירותו השלילית של המעביד תורמות יותר למה שנתפס כבעל ערך: האוטונומיה של האדם¹⁰, ובמקרה זה של העובד¹¹. בדומה, יהא זה מוצדק להתערב בחירות של מעביד להפלות מטעמי גזע משום שמימוש החירות להפלות גורע באופן חמור מהאוטונומיות של המופלה. מי שמפלים אותו באופן שיטתי במקומות עבודה בשל צבע עורו הוא אדם אוטונומי פחות, מכיוון שאפשרויות הבחירה ההכרחיות לפיתוח החיים והאישיות של אותו אדם הן מצומצמות באופן משמעותי בשל קיומה של ההפליה כנגדו בתחום העבודה.

דומה, כי הנכונות של הליברליזם העכשווי להחיל את החובה לנהוג בשוויון גם על גורמים פרטיים נובעת גם מהתחזקות תהליכי ההפרטה המשקיים והמבניים בחברה הפוסט-מודרנית, תהליכים המעבירים את מוקדי הכוח מהמדינה אל המגזר הפרטי. באופן מסורתי הליברליזם עשה שימוש בשיח החירויות כדי לבלום את הכוח הרב של המדינה, בין היתר מתוך חשש שמקום שיש בו כוח עודף, הכוח עלול להיות מופעל לרעה. החלשת כוחה של המדינה המודרנית וחיוזוק כוחו של המגזר העסקי מחייבים המרת כללי הבלוימה לעבר מוקדי הכוח הפרטיים החדשים, הנחשדים כמי שעלולים לעשות בו שימוש לרעה¹². ואכן, המערכות המשפטיות במדינות רבות, כולל מדינות המודרכות על-ידי חשיבה ליברלית, מטילות חובות התנהגות שוויונית גם על גורמים פרטיים, אך זאת בעיקר בתחומים המרכזיים בחייו של אדם שקיימים בהם פערי כוחות משמעותיים, כמו למשל בתחום העבודה והדיוור.

בפרקים הבאים אבקש להראות שאף שהחוק שלל את דגם החשיבה הליברטריאני בעצם נכונותו לחייב גורמים פרטיים לנהוג בשוויון, הוא בכל זאת נמנע מלתת עדיפות

10 פרטיות מבוססת על הרצון לאפשר לאדם לפעול בצורה אוטונומית. אוטונומיה צריכה פרטיות כדי שאדם יוכל לגבש לעצמו דעותיו. לעומת זאת ייתכן שדווקא חשיפת עמדתו של אדם בפומבי ופגיעה בפרטיותו ישרתו את האוטונומיות שלו, מכיוון שפעולה זו מחייבת אותו להתמודד עם ביקורת ולחזק את היסודות הרציונליים של עמדתו. על היחס המורכב בין אוטונומיה לפרטיות ראו ר' גביוון "הזכות לפרטיות ולכבוד" **זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח** (האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ח) 61, בעמ' 70-71.

11 במדינות שרווחת בהן הגישה הליברלית-ניטרלית, למשל בארצות-הברית, ישנה הסתייגות ברורה מהגבלת החירות של המעביד לשם הגנה על פרטיותם של עובדים. במדינות ששורה בהן רוח ליברלית בלתי ניטרלית, למשל צרפת, ישנה נכונות ברורה להגביל חירויות של מעבידים לשם הגנה על פרטיותו של העובד. לסקירה מקיפה ולהשוואה ראו J. Craig *Privacy and Employment Law* (1999), at pp. 55-109.

12 בהקשר רחב זה ניתן להבין את תמיכתה החלקית של פרנסס רדאי בתחולת זכויות האדם במשפט הפרטי. לשיטתה, יש להחיל את הזכויות על גורמים פרטיים במקרים שמתעורר בהם חשד לניצול לרעה של עמדת כוח עדיפה. ראו פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" **משפטים** כג (1994) 21.

ברורה לשוויון על פני החירות. בעיקרו של דבר, החוק הוא ניסיון לפשר בין החירות לבין השוויון מתוך נאמנות לעיקרים יסודיים של חשיבה ליברלית שעניינם, בין היתר, אופי הערך שיש לממש, אופי החירות המוגבלת, ההבחנה שבין הפרטי לבין הציבורי ומתכונת החלת השוויון על גורמים פרטיים.

ג. אופי הערך המוחל

החוק מחיל על גורמים פרטיים את החובה שלא להפלות מטעמי גזע, מין ומטעמים אנלוגיים אחרים. בסעיף זה אבקש להבהיר מדוע איסורי הפליה כאלה עשויים להתיישב עם הנחות היסוד של התפיסה הליברלית.

ראשית, יש לשים לב כי לא כל פעולה המנוגדת לערך השוויון במובן איסור הפליה מבטאת התנגדות אידאולוגית לערך זה. במקרים רבים ההתנגדות להחלת ערך זה מבטאת אינטרסים, שהם בדרך כלל כספיים, ולא אידאולוגיים, ולפיכך אין לראות במקרים אלו בכפיית ערך השוויון משום פגיעה חריפה באוטונומיות של אנשים.¹³ ביסוד טענה זו מונח קיומה של הסכמה חברתית רחבה מאוד לערך של איסור הפליה מטעמי גזע, מין ומטעמים דומים. ואכן, סוגיית ההסכמה (או היעדר ההסכמה) לערכים היא מרכזית בשיח הליברלי. הליברל תובע מהמדינה שתישאיר ניטרלית בין השקפות ערכיות, מכיוון שישנם חילוקי דעות עמוקים בשאלות של ערכים. עם זאת ככל שניתן להניח שאדם מסכים לערך מסוים, הרי חיובו לנהוג על-פי ערך זה איננו נתפס בדרך כלל כפגיעה חריפה באוטונומיות שלו. הרי גם תאוריה ליברטריאנית תסכים לכפות על אנשים שלא לפגוע בחיים, בגוף ובקניין. ההנחה הסמויה בתאוריה שכזו היא שישנה הסכמה מלאה לשימוש בכוח הכופה של המדינה למניעת נזקים לחיים, לגוף ולקניין של אנשים. במילים אחרות, מכיוון שבלעדיהם לא ניתן לקיים מערכת מינימלית של חברה תקינה, ניתן להסיק הסכמה כללית שפעולות אלו הן מזיקות.¹⁴ בדומה, גם תאוריות

13 תודה לד"ר יואב המר על שהעלה בפניי לראשונה נקודה זו.

14 במילותיו של ג' ס' מיל **על החירות** (א' סימון מתרגם, תשנ"ד), בעמ' 20: "ההגנה העצמית היא המטרה היחידה שלשמה רשאים בני-אדם, כיחידים או כקיבוץ, להפריע בעד חירות הפעולה של כל יחיד ויחיד בקרבם; התכלית היחידה שבשבילה מותר להשתמש בכוח הכפייה כלפי חבר אחד בציבור מתורבת, נגד רצונו של אותו איש, היא – למנוע היזק מאחרים. בטובתו החומרית או המוסרית של אותו חבר עצמו אין למצוא טעם מספיק לכך".

ליברליות שוויוניות מבססות את ערך השוויון על הסכמה חברתית רחבה¹⁵. ואכן, במקרים רבים לא יהא זה מופרך להניח שמי שמפלה במכירת מוצרים ושירותים איננו מודרך על ידי משנה סדורה בדבר נחיתות גזעית. סביר יותר להניח שהמניע העיקרי לפעולתו המפלה הוא האינטרס הכספי שלו. כך, למשל, מי שמונע מכהי עור לפקוד מקום בלוי שבבעלותו איננו מונע בהכרח מההשקפה שלפיה כהי העור הם בעלי ערך נחות. לרוב הוא עושה כן מכיוון שאלו הן ההעדפות המפלות של לקוחותיו, ואם לא יכבד העדפות אלה עלולים להיגרם לו נזקים כלכליים¹⁶.

שנית, השמירה על ערך השוויון במובן איסור הפליה היא חיונית לשם הבטחת האוטונומיות של האנשים המופלים, לפיכך תאוריה ליברלית המעוניינת להבטיח את האוטונומיות של אנשים עשויה לצדד בהחלת ערך זה על פרטים. כמוסבר לעיל, מי שבאופן שיטתי מפלים אותו בקבלה לעבודה בשל צבע עורו הוא אדם אוטונומי פחות, במובן זה שעומדות בפניו אופציות מצומצמות יותר למימוש עצמי. מי שבאופן שיטתי מפלים אותו במערכת החינוך הוא אדם אוטונומי פחות, מכיוון שהיכולת שלו לרכוש השכלה ובעקבות זאת לפתח את עצמו היא מצומצמת יותר. הפליה בעבודה, בדיוור ובמצרכים ובשירותים היא חמורה במיוחד, מכיוון שחסימת אפשרויות בתחומי חיים מרכזיים שכאלו מהווה פגיעה חריפה באוטונומיות של מי שמפלים אותו¹⁷.

שלישית, ערך השוויון במובן איסור הפליה מטיל חובת אל תעשה על הצד המפלה. הוא איננו מטיל חובת פעולה על המפלה. באופן מסורתי, תאוריה ליברלית מסתפקת בהטלת חובות "אל תעשה" (זכות שלילית) ונמנעת מהטלת חובות "עשה" (זכות חיובית)¹⁸. ההנחה הליברלית היא שחיובם של פרטים לבצע פעולות הוא התערבות

15 מסקנה זו נגזרת הן מקיומה של הסכמה היפותטית בתנאים של חוסר ידיעה מאחורי מסך הבערות (רולס, לעיל, הערה 7) והן מקיומה של הסכמה בפועל בחברות דמוקרטיות מערביות בעולם
J. Rawls *Political Liberalism* (1993) xviii

16 לפיכך ניסיון להצדיק הפליה בשל הנזק הכלכלי שייגרם למפלה אם לא ייתן ביטוי להעדפות מפלות של לקוחות הוא ניסיון שבדרך כלל ייכשל. ראו למשל *Wilson v. Southwest Airlines co.* 517 F. Supp. 292 (1981).

17 ישנם החולקים על הנחה זו. ריצ'רד אפשטיין, למשל, טוען שמי שמפלה במקום אחד, תמיד יכול לחפש לעצמו מקום (עבודה, בילוי) אחר, ולכן לא נגרם לו נזק של ממש. R. Epstein *Forbidden*.
Grounds: *The Case Against Employment Discrimination Laws* (1992). לדין בטענתו של אפשטיין בהקשר זה ולביקורת עליה ראו J. Hoult Verkerke "Free to Search" 105 *Harv. L. Rev.* (1992) 2080.

18 על ההבחנה בין זכות שלילית לבין זכות חיובית ראו D. Currie "Positive and negative constitutional rights" 53 *U. of Chicago L. Rev.* 864 (1986)
חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש "ספר ברנזון (עורכים א' ברק וח' ברנזון, כרך ב, תש"ס) 183.

חריפה בחירות של אנשים יותר מאשר במקרה שבו מחייבים פרטים שלא לבצע פעולות. לפיכך הטלת חובת איסור הפליה, שהיא חובה שלילית בעיקרה, יכולה להתיישב עם תאוריה ליברלית, מכיוון שהיקף התערבותה בחירות של אנשים הוא מתון יחסית. רביעית, הליברל נוטה לראות בפעולת ההפליה, המושתתת על סטראוטיפים ועל דעות קדומות, פעולה שאיננה מושתתת בהכרח על חשיבה רציונלית, לפיכך הוא עשוי להצדיק במקרים כאלה כפייה של התנהגות שוויונית. החשיבה הליברלית מצדדת בהענקת חירויות לאנשים, בין היתר מכיוון שהיא מניחה שאנשים הם יצורים רציונליים היכולים לעצב בעצמם ועבור עצמם מושגים של טוב¹⁹. אולם ככל שניתן להניח כי פעולתם של אנשים היא בלתי רציונלית, כך מוצדק להתערב בכחירותיהם. הכרעות גזעניות, למשל, המושתתות על הכללות יתר עוינות, הן ביסודן בלתי רציונליות²⁰. העוינות המלווה אותן שקולה לעדשה המעוותת את המציאות, כזו המונעת מהאדם להפעיל שיפוט רציונלי²¹. משעה שנשמט הבסיס להגנה על החירות, ניתן להצדיק הגבלות על חירותו של המפלה. במילים אחרות, ככל שמטרתו של עקרון השוויון היא מניעת חשיבה סטראוטיפית ודעה קדומה, שהיא בעיקרה בלתי רציונלית, הרי שדווקא כפייתו עשויה לתרום לאוטונומיות של המפלה עצמו ולא לגרוע ממנה²².

ממכלול הטעמים האמורים תפיסה ליברלית יכולה לחיות בשלום עם המובן שניתן לשוויון בחוק. החוק הישראלי מחייב פרטים לנהוג לפי ערך השוויון, במובן של איסור הפליה. הוא אוסר הפליה מטעמי גזע, לאום, נטייה מינית ומטעמים אחרים, ובכך הוא מממש ערך שביחס אליו ישנה הסכמה יחסית רחבה; ערך שפגיעה בו עלולה לגרום לנזקים חריפים לאנשים ולהפחית את האוטונומיות שלהם. נוסף על כך, החוק בנוי על דגם החקיקה האמריקנית, האוסרת הפליה שלגביה ניתן לחשוד שהיא נגועה בהכללות סטראוטיפיות ובהנחות של עליונות או עוינות כלפי מי שמשתייך לקבוצות פגיעות²³. ואכן, החוק נועד למגר הפליה "כגד קבוצות שלגביהן יש היסטוריה של

19 זוהי ההנחה הקאנטיאנית בדבר תבונותו של האדם, המקנה לו את היכולת ואת הזכות לממש את האוטונומיות שלו. ראו ע' קאנט הנחות יסוד למטאפיזיקה של המידות (מ' שפי מתרגם, תשנ"ד).

20 J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), at p. 157

21 אמנם במקרים רבים שימוש בהכללות איננו בהכרח בלתי רציונלי, אלא עשוי להיות מנבא טוב להערכת כישורים ויכולות, בהינתן עלויות כבדות לבדיקה אינדיווידואלית. אולם החדרת שיקולים של עוינות עלולה לעוות את היכולת להפעיל שיפוט רציונלי קר ולהסב אותו לפסים רגשיים.

22 במילים אחרות, מימוש האני הרציונלי של האדם מבטא את מימוש חירותו החיובית. למושגי החירות השלילית והחיובית ראו: I. Berlin: "Two Concepts of Liberty" in *Four Essays on Liberty* (1969), at pp. 170-220.

23 P. Brest "In defense of the anti-discrimination principle" 90 *Harv. L. Rev.* (1976) 1.

קיפוח והפליה בעבר²⁴. במובן זה הוא מתמקד בניסיון לצמצם את השפעות הסטראוטיפים הבלתי רציונליים על האופן שבו מתקבלות הכרעות עסקיות. יתר על כן, בניגוד לחוקים אחרים, חוק זה איננו מטיל חובת עשה על גורמים פרטיים, אלא מסתפק בהטלת חובת אל תעשה (איסור הפליה במובן השלילי). כך למשל, החוק איננו הולך בתלם שהתווה חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות ואיננו מטיל חובה על גורמים פרטיים לבצע התאמות סבירות במקרים מסוימים. החוק אוסר הפליה מטעמי מוגבלות, אך אין הוא כולל בגדר הגדרת ההפליה גם סירוב לבצע התאמות סבירות²⁵; דבר המעיד על מטרתו המוגבלת לאיסור העברת מסרים של נחיתות כלפי אנשים בעלי מוגבלויות²⁶. החוק נותר נאמן להגדרת המינימום של שוויון גם בהשוואה להסדרים סטטוטוריים אחרים בתחום השוויון המחייבים מתן ייצוג הולם לקבוצות מיעוט²⁷. אין בחוק כל חובה מפורשת לתיקון מעשי הפליה מוכחים בדרך של העדפה מתקנת²⁸. לתפיסות פרוגרסיביות של השוויון המטיל חובה לביצוע התאמות סבירות וחובת ייצוג הולם אין אפוא כל זכר בחוק. הצרת המשמעות של השוויון בחוק לאיסור על הנחות סטראוטיפיות עוינות כלפי מיעוטים מקטינה את היקף ההגבלות על החירות, והיא מבטאת את הקרבה הרעיונית שבין החוק לבין הנחות היסוד הליברליות.

- 24 דברי המבוא להצעת החוק ודברי ההסבר לסעיף 3 לחוק. ראו הצ"ח 2871 (15.5.2000) 369.
- 25 סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח 1998- מגדיר הפליה כך: "לרבות אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". לעומת זאת סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים אוסר הפליה מחמת מוגבלות, אולם אינו מכליל בגדר איסור ההפליה גם את החובה לבצע התאמות סבירות.
- 26 בת"א (ת"א) 15/97 שמיאן נ' מסעדת גני רוזמרי (לא פורסם) נדון בדיוק סוג כזה של הפליה כנגד אנשים בעלי מוגבלויות. באותה פרשה סירב הנחבע, הבעלים של מקום בילוי, לאפשר לתובעת, אשה עם מוגבלות, מכיוון שחשש שכניסתה "תוריד את הרמה של המקום". ביסוד חשש זה עומדת ההנחה הבוטטה של הלקוחות שלפיה אנשים עם מוגבלויות הם אנשים נחותים. בית-המשפט קיבל את התביעה על בסיס עילות חוזיות וחייב את בעל המועדון בתשלום בפיצוי הולם.
- 27 למשל, סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח 1998- מטיל חובה מפורשת לייצוג הולם במגזר הפרטי. ראו גם סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה 1975-; ואת סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט 1959-.
- 28 בהיעדרה של הוראת חוק מפורשת המטילה חובת ייצוג הולם קשה להניח שבית המשפט יחיל חובה זו בדרך פרשנית על המגזר הפרטי. הדוקטרינה המשפטית הרואה בחובת הייצוג ההולם חובה שאיננה תלויה בהכרח בהוראת החוק המפורשות הוחלה עד כה על גורמים ציבוריים מובהקים, כגון שירות המדינה (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630). סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח 1998- הוא חריג מפורש בחקיקה למגמה שלא להחיל את החובה לבצע ייצוג הולם גם על המגזר הפרטי.

כאמור, אחד הטעמים הליברליים להתנגדות למהלכים של כפיית ערכים עניינו בחשש מפני הניצול לרעה של הכוח השלטוני לשם קידום אינטרסים פרטיקולריים. תוקפו של טעם פרגמטי זה נחלש מאוד כאשר השלטון מגביל חירויות לשם הגנה על קבוצות מיעוט. דברי ההסבר לחוק מדברים מפורשות על הרצון להגן על קבוצות מיעוט חלשות שיש כנגדן היסטוריה של הפליה וקיפוח²⁹. קשה לחשוד בנבחרי הציבור, אשר מבטאים בדרך כלל את רצון קבוצת הרוב, שפעולתם להגנה על מיעוטים נבעה ממניעים פרטיקולריים ופסולים.

מכלול שיקולים אלו הופך את השוויון, כמובנו בחוק, לערך שקיימת לגביו הסכמה רחבה מאוד בדבר לגיטימיות החלתו במגזר הפרטי, גם במחיר של הגבלת חירויות. ואכן, חקיקה למיגור הפליה במגזר הפרטי החלה להתקבל עוד בתחילת שנות השישים בארצות הברית, מדינה שנוטים לייחס לה דווקא גוון חשיבה ליברלית מובהק³⁰. מדינות המשפט המקובל הלכו בעקבות ארצות הברית והגבילו חירויות כדי להבטיח את הערך השווה של בני האדם³¹. איסור ההפליה במגזר הפרטי משתרע היום על מרבית מדינות העולם הדמוקרטי³². הוא קיבל ביטוי גם באמנות הבינלאומיות לזכויות האדם, המטילות חובה מפורשת על המדינות לאסור בחקיקה ובכל דרך אחרת הפליה מצד גורמים פרטיים³³. הגדרת המינימום של שוויון מאפשרת גם למדינות ליברליות להסכים להגבלת חירויות כדי לקדם את מה שנתפס כהיבט היסודי ביותר של השוויון.

29 לעיל, הערה 24.

30 זו חקיקת שוויון הזכויות האזרחיות Civil Rights Act שאומצה בעקבות מאבק השחורים בארצות הברית לשוויון זכויות בשנות החמישים והשישים: 42 USC 2000a-e. האיסור בחוק הפדרלי בתחום המקומות הפתוחים לציבור הרחב (public accommodation) מוגבל להפליה מטעמי גזע, צבע, דת ומוצא אתני בלבד. במדינות ארצות הברית השונות התקבלו חוקי שוויון בעלי היקף רחב הרבה יותר.

31 ראו למשל קנדה: Canadian Human Rights Act, 1976, sec. 3, 5; אנגליה: Race Relation Act, Racial Discrimination Act, 1975, sec. 20; אוסטרליה: Sex Discrimination Act, 1975, sec. 29. S. Chotalia *Canadian Human Rights Act*, 1975, sec. 11-17. לניחוח הוראות החוק ראו C. Bourn, J. Whitemore *Anti-Discrimination Law in Britain* (1996), Annotated 17-25; P. Bailey *Human Rights: Australia in International Context* (1990).

32 לסקירה ראו A. Clapman *Human Rights in the Private Sphere* (1993); M. MacEwen *Tackling Racism in Europe: An Examination of Anti-Discrimination Law in Practice* (1995).

33 סעיף 26 לאמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 (כ"א 1040, כרך 31, 269); סעיפים 2(ד), 5(ו) לאמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, 1966, כ"א 861, כרך 25, 547; סעיף 2 לאמנה בדבר ביטול הפלה כנגד נשים לצורותיה, 1979, כ"א 1035, כרך 31, 179.

ד. אופי החירות המוגבלת

אף שתוצאת החלת התנהגות שוויונית היא הגבלת חירות, אין בכך כדי לשלול אותה מכיוון החשיבה הליברלית. הזרם הליברלי המרכזי מביא בחשבון גם את אופייה של החירות המוגבלת. לדידו, הגבלות על חירויות כלכליות, כגון חופש החוזים, נתפסות כנסבלות, להבדיל מהגבלות על חירויות פוליטיות ועל היבטים אינטימיים של החירות האישית. חוק איסור הפליה איננו מתנתק מהנחות היסוד הליברליות, מכיוון שיש בו נכונות לשלם בהגבלות על חירויות כלכליות בתמורה לקידום ערך השוויון, אך לא בחירויות "יסודיות" יותר.

העמדה הרווחת בקרב הזרמים הליברליים איננה מכירה בחירות פעולה כללית, אלא בסדרה של חירויות פרטיקולריות.³⁴ חירויות האדם אינן עשויות מקשה אחת, אלא הן נבדלות זו מזו באופיין. הדעה המקובלת היא שחירויות כלכליות, כגון חופש החוזים והעיסוק, נהנות בדרך כלל ממעמד מוסרי נמוך יותר מחירויות אחרות המכונות "יסודיות". התאוריה הליברלית הרולסיאנית מכירה בהצדקות המוסריות להגבלות על חירויות כלכליות לשם קידום יעדים חברתיים, וצדק חלוקתי בהם. לעומת זאת לפעולות להגשמת יעדים אלו אין צידוק מוסרי, כאשר מתלווה להן השלכה שלילית על ההנאה מהחירויות הפוליטיות והאזרחיות.³⁵ גם רולנד דוורקין מבחין מפורשות בין הערך המוסרי של החירויות הפוליטיות לבין התועלת שבחירויות הכלכליות. לשיטתו, מכיוון שלהגנה על חירויות כלכליות יש בעיקר הצדקה תועלתנית, ניתן להגבילה מטעמים של תועלת חברתית. לעומתן, חירויות פוליטיות ואזרחיות אחרות אינן כפופות לתחשיב תועלתני. דוורקין סבור כי הניסיון ההיסטורי מוכיח כי החלת חישוב תועלתני בקשר לחירויות יסודיות, כגון חופש הביטוי או חופש הדת, נוטה להיות פגומה.³⁶ לפיכך המדינה רשאית לקדם מדיניות חברתית כל עוד זו מגבילה "חירויות כלכליות", להבדיל

34 התמיכה בחירות הפעולה הכללית מיוחסת לג' פרסון ונוזיק (לעיל, הערה 1). לעומת זאת זרמים ליברליים-שוויוניים מדברים על חירויות פרטיקולריות. על כך ראו למשל דוורקין (לעיל, הערה 8), פרק 12 וכן את עמדתו של רולס (1972) (לעיל, הערה 7), עמ' 61; רולס (1993) (לעיל, הערה 15), פרק 8.

35 התאוריה הרולסיאנית המוכרת מבחינה בין שני כללי צדק: האחד, כלל השוויון בחירויות האזרחיות והפוליטיות; השני, כלל הצדק החלוקתי. לכלל הראשון יש עדיפות על השני. מכיוון שרולס מצדיק מוסרית את מדינת הרווחה, הוא נכון לכפוף את החירויות הכלכליות למטרת השגת צדק חברתי. חירויות פוליטיות אחרות נהנות מעדיפות על שיקולים של תועלת ורווחה חברתית. ראו רולס (1993) שם, עמ' 338.

36 דוורקין (לעיל, הערה 12), עמ' 278.

מ"חירויות יסודיות". ככל שמדובר בחירות כלכלית, קשה לחשוך במדינה בביצוע תחשיב תועלתני פסול³⁷.

מדברים אלו עולה שייתכנו מצבים שבהם פעולה לקידום השוויון כמובנו בחוק, עשויה להיחשב כפסולה מנקודת ראות ליברלית, אם תוצאתה היא הגבלת חירות פוליטית, ומנגד להיחשב כתקפה כאשר תוצאתה היא הגבלת חירויות כלכליות. הליברל אפוא עשוי לצדד בהגבלות על החירות הכלכלית כדי לקדם את ערך השוויון, אולם הוא יתקשה לצדד בהגבלות על חירות הביטוי של מי שתומך בעמדות גזעניות בשל העדיפות העקרונית, המיוחסת לחירות הביטוי כ"כחירות יסודית" על פני מדיניות ממשלתית.

חוק המקדם את השוויון במגזר הפרטי מגביל את חופש ההתקשרות החוזית. במישור הקונקרטי, ההתנגדות העיקרית להתערבות המחוקק בחופש החוזים בהקשר זה מושתתת בדרך כלל על טעמים כלכליים; עיקרה בהפסד הכלכלי שעלול להיגרם מהעדפות מפלות של לקוחות. כפי שצינתי קודם³⁸, כפיית פעולה שוויונית על בעל מתקן פרטי איננה משום כפייה של השקפה ערכית. סביר יותר להניח שבעלי המתקנים הפרטיים המעוניינים ברווח כספי מצדדים באופן אישי בהשקפה ערכית שוויונית. התנהגותם הבלתי שוויונית נובעת מהשפעת ההשקפה הבלתי שוויונית של לקוחותיהם על רמת הרווח שלהם בתנאים של תחרות חופשית, אך האפשרות שייגרם לבעלים נזק כלכלי עקב כפיית ההתנהגות השוויונית³⁹ איננה מעלה או מורידה מזווית הראייה הליברלית. להבדיל מהגישה הכלכלית, הליברל מוטרד יותר מכפיית השקפה ערכית על הפרט ופחות מחוסר היעילות הכלכלית של פעולה זו.

אך יהא זה פשטני לומר שחוק הכופה התנהגות שוויונית על פרטים מגביל אך את חופש החוזים. לכפיית ההתנהגות השוויונית במגזר הפרטי עלולות להיות השלכות אף על חירויות שנתפסות כיסודיות יותר מנקודת ראות ליברלית. כך עלול המחוקק להגביל את חופש ההתאגדות של מי שמעוניין להתרועע עם הדומים לו; כך גם כפיית השוויון בין המינים בתחום המתקנים הפרטיים עלולה לפגוע בפרטיות ובאינטימיות בין בני המין השונים. אולם מתוך עיון בחוק נראה שהמחוקק התמקד בהגבלת חירות כלכלית ונמנע מלהגביל חירויות אחרות, יסודיות יותר. לכך יש ביטוי בולט בהוראות הסייגים המפורשים והמשתמעים הקבועות בו. כך למשל, החוק מתיר קיומן של מסגרות נפרדות

37 כך, למשל, לשיטתו של דוורקין הגבלה על חירויות כלכליות אגב קביעת שכר מינימום איננה צריכה להיתפס כ"העדפה חיצונית" פסולה. לעומת זאת איסור על קיום יחסים הומוסקסואליים בהסכמה מהווה העדפה שהיא חיצונית לאדם והיא פסולה מבחינה מוסרית. שם, עמ' 276-278.

38 לעיל, עמ' 20-21.

39 זו איננה מסקנה מתחייבת. ראו לעניין זה את מאמרו של ב' מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית", המתפרסם בגיליון זה (בעמ' 37), שיש בו ניסיון מעניין ליישב בין תאוריה כלכלית לבין איסור הפליה במגזר הפרטי.

לגברים ולנשים, בעיקר בשל הצורך לשמור על אורח החיים ועל הצביון של קהילות מסורתיות ודתיות.⁴⁰ הוא אף איננו חל על התארגנות וולונטרית, שאינה למטרת רווח, ואשר נועדה לקידום צרכים מיוחדים של קבוצות. באופן זה מכשיר החוק בעיקר התארגנויות של קבוצות מיעוטים המבקשות לשמר את צביוןן באמצעות מסגרות מבדלות מפני שחיקתה על ידי התרבות הדומיננטית.⁴¹ יתר על כן, ניתן גם לשער כי בתי המשפט יוכלו לפרש את הסייג הכללי הקבוע בחוק, המתיר הפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי", כמצדיק פעולה של מועדונים פרטיים שנהוגה בהם פרקטיקה מפלה.⁴² אם אלו עומדים בכמה תנאים הכרחיים, כגון קיומו של תקנון המסדיר את אופן התנהלות המועדון ואת דרכי ההצטרפות של חברים חדשים, וכן שליטה של החברים על נכסי המועדון.⁴³ סייג זה אף יכול להתיר פרקטיקות מפלות בשירות אידאולוגיות ואמונות דתיות.⁴⁴ נוכחותם של סייגים כה רבים בחוק מצמצמת מאוד את היקף הפגיעה בחופש ההתאגדות וממקדת את עיקר הפגיעה באינטרסים כלכליים הנלווים להנאה מחופש החוזים וזו כאמור נתפסת כפגיעה נסבלת מנקודת ראות ליברלית עכשווית.

40 סעיף 3(ד)(3) לחוק. הצעת החוק דיברה מפורשות על טעמים של פרטיות ומסורת דתית. ראו סעיף 3 להצ"ח.

41 סעיף 3(ד)(2) לחוק.

42 אינדיקציה אפשרית לנכונות להכיר במועדון פרטי אמיתי ניתן לדלות מפסק-הדין בפרשת גן העיר בתל-אביב. בית-המשפט ציין כי "עסק של אירוח מטבע בריאתו פתוח לכלל הציבור, אלא אם מועדון חברים סגור, ולא במועדון כזה עסקינן". ראו ת"א (ת"א) 23319/90 פרויקט גן העיר נ' הורוביץ (לא פורסם).

43 הוראת פטור מפורשת לגבי מועדונים פרטיים קיימת בחקיקה מקבילה בארצות-הברית. בתי-המשפט האמריקניים פירשו בצמצום רב מאוד את התנאים לתחולתו של סייג זה. ראו למשל *Cornelius v. Benevolent Protective Order of Elks* 382 F. Supp. 90 (ED La 1967). לניתוח ולסקירת הפסיקה הרלוונטית בעניין ראו D. Bell *Race, Racism and American Law* (3rd ed., 1992), at pp. 136, 164.

44 למשל, סירוב לקבל מדריך בצופים בשל נטייתו המינית. בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת ההתנגדות האידאולוגית של תנועת הצופים לאורח החיים ההומוסקסואלי. לביקורת ראו A. Scott *Boys Scouts of America v. Dale* 120 S. Ct 2446 (2000). "State public accommodation laws. The freedom of expressive association and the inadequacy of the balancing test in *Boys Scouts of America v. Dale*, 120 S.Ct 2446 (2000)" *Hamline L. Rev.* (2000) 132. לדיון באיזון הראוי שבין חופש הדת לבין חוקי איסור הפליה ראו למשל M. Cordish "A proposal for the reconciliation of free exercise rights and the anti-discrimination law" *U.C.L.A. L. Rev.* (1996) 2113.

ה. טווח התחולה והיקפה

אחד העיקרים היסודיים ביותר של התאוריה הליברלית היא ההבחנה בין הספירה הפרטית לציבורית. ההנחה הליברלית היא שפעולת הסדרה שלטונית איננה צריכה לחדור לתחום הפרטי אלא להיות מוגבלת לתחום הציבורי. במבט ראשון נראה שחוק איסור ההפליה חותר תחת הנחה זו, מכיוון שהוא מחיל את החובה לנהוג בשוויון גם במגזר הפרטי. למרות זאת אבקש להראות כי החוק אינו מתנתק באופן חד מההבחנה הליברלית היסודית בין הציבורי לבין הפרטי; הוא לכל היותר מגדיר מחדש תחומים אלה.

תאוריה ליברלית היא פוליטית באופייה, מכיוון שהיא מוטרדת בעיקר מהשימוש במונופול על הכוח המצוי בידי המדינה לשם כפיית ערכים והשקפות על פרטים. עניינו המרכזי של הליברל הוא בלימת השימוש בכוח ההסדרה השלטוני מפני חדירה לתחום הפרטי. לפיכך תכליתה של ההבחנה הליברלית המקובלת בין ה"ציבורי" לבין ה"פרטי" היא לצמצם את התחומים שבהם מותר למדינה לעשות שימוש בכוחה הכופה הרגולטורי במרחב הציבורי, הפוליטי, ולהותיר בידי האזרחים חירות רבה יותר בתחומים הפרטיים. הדרישה הליברלית שהמדינה תימנע מלהתערב בתחום הפרטי נועדה בעצם להבטיח את זכותם של אנשים לפרטיות, שהצידוק המרכזי שמקובל להעניק לה הוא הצידוק של אוטונומיה. אדם שנהנה מפרטיות הוא אדם אוטונומי, מכיוון שהזכות לפרטיות מעניקה לו תחושת ביטחון מפני חדירה שלטונית לתחומים האינטימיים ביותר שבהם הוא מגבש את השקפתו הערכית ואת עמדותיו⁴⁵. ההבחנה שבין הפרטי לבין הציבורי באה לידי ביטוי בחלוקה הפרוצדורלית המקובלת לענפי משפט שונים. המשפט, מנקודת ראות ליברלית, מורכב משני ענפים עיקריים: המשפט הציבורי, המקנה סמכויות הסדרה שלטוניות בתחומים הציבוריים, והמשפט הפרטי, המאפשר לפרטים לבטא את האוטונומיות שלהם תוך שימוש, למשל, בהתקשרויות חוזיות. ההקפדה הליברלית על ההבחנה שבין ענפי המשפט וההתנגדות הליברלית לחלחול נורמות מתחום המשפט הציבורי לתוך הקטגוריה של המשפט הפרטי מושתתות על הרצון להבטיח את חירות

45 הכתיבה התאורטית בתחום הפרטיות דנה רבות בזיקה שבין פרטיות לאוטונומיות. לדיון ביסודות התאורטיים של הפרטיות ולזיקתה לאוטונומיות של האדם ראו אצל F. Schoeman "Privacy and the philosophical dimensions of the literature" in *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology* (Ferdinand Schoeman ed., 1984) 1, at pp. 14-21

האדם ואת האוטונומיות שלו. מבחינה זו אין תמה שהבחנה זו מצאה ביטוי בחוקה האמריקנית, שלה גוון ליברלי מובהק⁴⁶.

ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי איננה מקובלת על זרמים רדיקליים וביקורתיים. למשל, הזרם הביקורתי של המשפט (CLS) מצדד בדה-קונסטרוקציה של תבניות מושגיות ומשפטיות קיימות, מכיוון שהן מתחוורות להיות כלי בשירות האליטות החברתיות באצטלה של ניטרליות לכאורה⁴⁷. לשיטתו, תהליך של מיפוי מחדש של מערכת הכללים המשפטיים, על הבחנותיה היסודיות ביותר, יבסס מערכת של כללים משפטיים חדשים שיטושטש בה הקן החד המבחין בין הפרטי לבין הציבורי. טשטוש הגבולות יקנה למדינה כר פעולה נרחב יותר להגן על הצד החלש בספירה הפרטית.

הביקורת החריפה ביותר כנגד ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי עולה מכיווני החשיבה הפמיניסטיים. הססמה: *The Private is Public* מבטאת את ההתקוממות הפמיניסטית כנגד הימנעות המדינה מלפעול למיגור פעולות של הפליה בספירה הפרטית. הבעיה המרכזית שהתאוריה הפמיניסטית, על גווניה השונים, מתמודדת עמה היא בעיה של חוסר שוויון בין המינים בספירה הפרטית: לשיטתה, לא ניתן לתקן הפליה בשוק התעסוקה בקבלה לעבודה ובתגמולי השכר ללא התערבות חקיקתית למיגורה; לא ניתן לבטל פרקטיקות המפלות נשים הנוהגות בקרב אוכלוסיות דתיות מסורתיות, אם המדינה תקפיד על עמדתה הניטרלית ותימנע מלהתערב בפרקטיקות אלה. גם הותרת מערכת היחסים הפרטית, האינטימית, בין אישה לבן זוגה מחוץ לטווח ההסדרה השלטונית עלולה לחשוף את האישה, כצד החלש, בפני התעללויות והשפלות חמורות. אין פלא אפוא שהתנועה הפמיניסטית רואה בטשטוש ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי את אחד האמצעים המרכזיים לשיפור מעמדה של האישה בחברה האזרחית⁴⁸.

המחוקק לא נותר אדיש לביקורת הפמיניסטית. בסדרה של הסדרים סטטוטוריים שהתקבלו בשנים האחרונות הוא נענה לדרישה להסדיר את שוק העבודה מתוך נכונות לשלם מחירים כלכליים⁴⁹; הוא ביצע מהלך רחב היקף להתמודדות עם הנחות היסוד

46 לדיון ביסודות ההבחנה בין הפרטי לציבורי במשפט החוקתי האמריקני ראו למשל R. Kay "The state action doctrine, the private-public distinction, and the independence of constitutional law" 10 *Constitutional Commentary* (1993) 329.

47 למשל, R. Unger "Legal analysis as institutional imagination" 59 *Modern L. Rev.* (1996) 1.

48 לדיון בטעמי ההתנגדות הפמיניסטית להבחנה בין הפרטי לציבורי ראו R. Gavison "Feminism and the Private-Public distinction" 45 *Stan. L. Rev.* (1992) 1 ולהשלכותיו על דיני החוזים בישראל ראו ה' קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא (תשס"ג) 269.

49 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, אוסר הפליה מטעמי מין והיריון. לאיסור הפליה מטעמי היריון, למשל, יש עלויות כלכליות ולוגיסטיות למעביד.

הסטרואטיפיות של השוק בתגמולי השכר המוצעים למקצועות "נשיים"⁵⁰ ולאחרונה אף נקט מהלך רחב היקף למיגור תופעת ההטרדה המינית תוך טשטוש מוחלט של ההבחנה הליברלית בין הפרטי לציבורי. וכך, להבדיל מהגישה האמריקנית, התוחמת את איסור ההטרדה המינית המילולית לתחומי איסור ההפליה, כגון בתחום עבודה, תחולת החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית היא רחבה הרבה יותר ומשתרעת גם על התחום האינטימי משפחתי.⁵¹

למהלכים אלו של טשטוש הגבולות שבין ה"ציבורי" לבין ה"פרטי" יש ביטוי מוגבל מאוד בחוק העומד לעיוננו. עניינו של החוק הוא במקומות ציבוריים ובשירותים המוצעים לציבור הרחב. אמנם החוק מרחיב את תחולת איסור ההפליה על גורמים פרטיים חוץ מדינתיים, אולם מדגיש מאוד את מאפיינה הציבוריים של הפעולה המוגבלת. וכך בחוק קצר זה, המונה ארבעה עשר סעיפים בלבד, מופיעות למעלה מארבעים התייחסויות למונח "ציבורי", על הטיותיו השונות. אין בחוק כל ביטוי לקריאה של הזרמים הרדיקלים להסדיר גם את הספירה הפרטית אינטימית יותר.

נבחן להלן את תחולת החוק בספירה הפרטית, משפחתית. החוק איננו פוסל החלטה של הורים שלא לקבל לביתם את בת-הזוג של בנם רק בשל צבע עורה. מתן אפשרות לבת-הזוג להיכנס לביתם איננה בגדר "שירות ציבורי", ולפיכך איננה אסורה על-פי החוק. הסוגיה הופכת למורכבת יותר במקרה שבו משפחה אומנת מסרבת לקלוט ילד רק בשל מוצאו. מצד אחד ניתן לראות במשפחה כמי שמספקת "שירותי חינוך לשימוש הציבורי"⁵², אולם מצד אחר, התערבות חקיקתית בתחום המשפחה עשויה להיחשב כחזירה בוטה לספירה האינטימית. בתי-המשפט בבריטניה נדרשו לדון בעניין במקרה שגורמים פשיסטים ניסו להניא בו משפחה אומנת לבנה מלקלוט ילדים שחורים. מכיוון שחוק איסור ההפליה הבריטי אוסר אף על שידול להפליה גזענית, דן בית המשפט בשאלה אם איסור ההפליה חל גם על משפחה אומנת. בית המשפט אמנם קבע שמשפחה אומנת מספקת שירות לפלח מהציבור, ולפיכך כפופה לחוק, אולם הכרעה זו

50 חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, תשנ"ו-1996. מאמץ דוקטרינות חדשניות להתמודדות עם מדיניות שוק מפלה בתגמולי שכר למקצועות נשיים. בין היתר, הוא מכיר בדוקטרינת עבודת שוות הערך (compatible work). המאפשרת הסתייעות במומחים לניתוח עיסוקים בהשוואת גמולי השכר בין מקצועות שונים. ראו סעיפים 3, 4 לחוק.

51 סעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998. אוסר הטרדה מינית (כוללת הטרדה מינית מילולית) בכל מקום, ללא יצירת סייגים לתחום הפרטי. ראו גם א' קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם" **משפטים** כט (תשנ"ח) 317, בעמ' 321.

52 הגדרת המונח "שירות ציבורי", סעיף 2 לחוק; יש לזכור גם שמשפחות אומנות מקבלות תמיכה כספית מהמדינה עבור שירותיהן.

שונתה מיד על ידי המחוקק הבריטי שראה בה חדירה בוטה לתחום המשפחה.⁵³ נוכח ההימנעות הגלויה של המחוקק מלחדור לספירה הפרטית סביר להניח שבתי-המשפט בישראל היו נמנעים מהטלת חובת התנהגות שוויונית גם בתוך המשפחה.⁵⁴ במובן רחב יותר נראה שהבחנה בין הפרטי לבין הציבורי מסכלת את הרצון לעקור מהשורש את תופעת ההפליה. מקורה של תופעת ההפליה הוא בקיומה של תודעה מפלה אצל אנשים. ההתמקדות בתחום הציבורי אמנם שוללת את הלגיטימציה הציבורית מהפעולה המפלה באמצעות האיסור על מתן פומביות לאותה פעולה.⁵⁵ אולם דומה שזהו מהלך מוגבל למדי, שאין בו ניסיון אמיץ להתמודד עם שורשי ההפליה ומניעיה. ובקשר לכך נראה גם שהבחנה הליברלית בין הפרטי לבין הציבורי מתעלמת מכך שהתנהגות מפלה בתחום הפרטי עשויה להשפיע על השוויון בתחום הציבורי.⁵⁶ כך, למשל, חסימת אפשרות יציאתה של האישה לעבודה מחוץ לבית עשויה להתבצע על-ידי הגבר, עוד בספירה המשפחתית. ניתן לראות בהתנגדותו של הגבר את אחד הגורמים המרכזיים למעמדה הנחות של האישה בשוק העבודה. במידה רבה, להתנגדות זו עלולות להיות השלכות חמורות על מעמד האישה יותר מאשר, למשל, ההפליה בתגמולי השכר בשוק העבודה כנגד נשים. מבחינה זו נראה שהתמודדות המדינה עם הסממנים החיצוניים של ההפליה, ולא עם היבטיה השורשיים, עלולה להתחזור כטיפול קוסמטי בלבד בתופעת ההפליה במגזר הפרטי. וכך, בעוד החוק למניעת הטרדה מינית, כאמור, מנסה לתת מענה גם לפעולות פוגעות בספירה המשפחתית, דומה כי החוק העומד לעיננו איננו מתיימר כלל להתמודד עם בעיות שורש אלו. הוא אוסר על הפליה במרחב הציבורי ומתמקד במניעת הפומביות לאקט המפלה.⁵⁷

- 53 Section 23(2) of the *Race Relation Board v. Applin* [1975] A.C. 259 ולאחריו התיקון לחוק J. Gardner "Private activities and Race Relations Act, 1976 לביקורת על התיקון ראו *Discrimination: The Limits of Law* (B. Hepple ed., 1992) 150, at p. 153
- 54 דומה, כי ביסוד ההכרעה השיפוטית בבריטניה בפרשת *Applin* (שם) עמד הרצון להיפרע מהמשדלים למעשה גזענות, ולא הרצון לחדור לספירה הפרטית-משפחתית.
- 55 לצורך השוואה ראו את החוק האמריקני לאיסור הפליה בדיוור Fair Housing Act, 1968; 42 U.S.C. 3603(b)(1). איסור ההפליה איננו חל לפי חוק זה במקרים שבהם אדם פרטי מוכר נכסים המצויים בבעלותו, אך אוסר עליו לתת פומבית לפעולתו המפלה תוך שימוש בגורמי תיווך ופרסום. מנקודת ראות זו הפעולה המפלה היא נסבלת, כל עוד היא איננה זוכה לפומביות.
- 56 J. Garvy, A. Aleinikoff *Modern Constitutional Theory: A Reader* (3rd ed., 1994), at p. 721
- 57 ראו סעיף 4 לחוק האוסר פרסום של מודעה מפלה. "האיסור לפרסום מודעה שיש בה משום הפליה, נועד, בין השאר, למנוע מתן לגיטימיות ציבורית לפעולה המפלה". ראו דברי ההסבר לסעיף 5 בהצעת החוק. **הצ"ח** 2871 מיום 15.5.2000.

1. מתכונות להחלת השוויון על גורמים פרטיים

תאוריה פוליטית משפיעה לא רק על היקף תחולת השוויון בספירה הפרטית, אלא גם על מתכונת החלתו. תאוריה ליברלית תסתייג מהחלה מפורשת של הערכים החוקתיים, ובהם השוויון, על גורמים פרטיים. זרמים ליברליים יעדיפו את החלת כלל איסור הפליה באמצעות הוראה סטטוטורית מפורשת, המקנה עילת תביעה אזרחית, על פני החלת החוקה במישרין או בעקיפין על גורמים פרטיים. מתכונת החלה זו עשויה לצמצם את מידת הפגיעה בחירות האישית, ולפיכך תהיה אופצייה מועדפת מנקודת ראות ליברלית. חוקה המושפעת מתאוריה ליברלית היא בדרך כלל פוליטית באופייה, כלומר היא מסדירה את היחסים שבין הרשויות בחלקה המוסדי ואת היחסים שבין הפרט לרשות בחלק העוסק בזכויות האדם. מכיוון שעניינו המרכזי של הליברליזם הוא בהבטחת חירותו של האדם, החוקה נתפסת כמכשיר אפקטיבי להגבלת כוחן של הרשויות. לכן החוקה איננה מטילה חובות על פרטים ביחסיהם מול הרשות⁵⁸; היא מסתפקת בהטלת חובה על הרשויות שלא לפגוע בחירות האדם. החוקה נתפסת, מפרספקטיבה ליברלית, כמסמך שנועד לבלום את כוח השלטון ולא לחנך פרטים להתנהגות ראויה מבחינה ערכית. לפיכך החוקה איננה חלה על פרטים, והנורמות החוקתיות אינן מחלחלות למשפט הפרטי. ואכן, במדינות חוקתיות ליברליות הגישה הרווחת היא שהחוקה איננה חלה על גורמים פרטיים⁵⁹. ההנחה היא שהחלת החוקה על גורמים פרטיים תגביל חירויות, דבר שנתפס כבלתי רצוי מזווית הראייה הליברלית. לעומת זאת מי שמצדד בהגשמה מלאה של הנורמות החוקתיות יראה בחוקה מסגרת נורמטיבית המשקפת את האני מאמין החברתי של המדינה ושל הפרטים בה. מי שמעוניין בעיצוב תודעה ערכית איננו יכול להסכים להגבלת תחולת הערכים למערכת

58 בית-המשפט העליון בישראל דן בהיקף החובות של פרטים ביחסיהם מול הרשויות. בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 נטתה דעת הרוב (השופטים ברק וחשין) לדגם החשיבה הליברלי, כלומר להסתייגות מהטלת חובה על פרטים ביחסיהם מול הרשויות, בעוד שדעת היחיד (השופט זמיר) עלתה בקנה אחד עם מתכונת החשיבה הקהילתנית המדברת מפורשות על חובות של הפרט כלפי המדינה.

59 בארצות-הברית רווחת דוקטרינת "מעשה המדינה" (State Action), המחילה את החוקה רק על פעולות של המדינה. גישה זו עולה בקנה אחד עם ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי, שדנו בה קודם (לעיל, הערה 46). לביקורת ולתמיכה ביסודותיה ובהצדקותיה של דוקטרינה זו ראו למשל E. Chemerinsky "Rethinking State action" 80 *Nw. U. L. Rev.* (1985) 503; W. Marshal "Diluting constitutional rights: Rethinking 'rethinking state action'" 80 *Nw. U. L. Rev.* (1985) 558. דוקטרינת "מעשה המדינה" תפסה אחיזה גם בפרשנות בתי-המשפט הקנדיים את הצ'רטר הקנדי על זכויות וחופשים משנת 1982. ראו 2 *RWDSU v. Dolphin Delivery* [1986] S.C.R. 573.

היחסים שבין המדינה לבין הפרט, לפיכך הוא יצדד בחיובם של פרטים לנהוג, למשל, בשוויון אף אם הדבר כרוך בהגבלת חירותם. הוא יראה בחוקה מסמך מחנך, החל במישורין על כל הפרטים במדינה. זרמים מתונים יותר יצדדו בתחולת הערכים החוקתיים על פרטים באופן עקיף, כלומר באמצעות הדוקטרינות של המשפט הפרטי. לשיטתם, ניתן לחייב אדם פרטי לנהוג בהתאם לערך השוויון באמצעות דוקטרינות, כגון תום הלב במשא ומתן, תקנת הציבור, ניצול לרעה של זכות והפרת חובה חקוקה⁶⁰.

ליברל המתבקש לבחור בין החלת נורמה ערכית על פרטים באמצעות חוקה או באמצעות הסדר סטטוטורי, עשוי להעדיף את האפשרות האחרונה. לשיטתו, הסדר סטטוטורי עשוי להבטיח בצורה טובה יותר את החירות מפני מהלך של כפיית ערכים. הסדר זה עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות במובנו הליברלי, קרי: הכלל הקובע שאין להגביל חירות אלא מכוחה של הוראת חוק מפורשת. מכיוון שהחוקה היא מסמך עמום, וניתן לפרשה באופן גמיש למדי, יעדיף הליברל שהמחוקק הנבחר הוא שיתווה את אמות המידה המפורשות להגבלת החירות השלילית ולהחלת הנורמה הערכית. הוראות החוק המפורשות נותנות הדרכה טובה יותר לשופט בקביעת הסייגים להנאה מהחירות ומאפשרות למחוקק שנבחר באופן דמוקרטי לתקן פרשנות משפטית בלי שהדבר יהיה כרוך בתיקון חוקתי⁶¹. מבחינה זו, הן מאפשרות לפרטים ליהנות מחירותם בלי שיחששו שפעולתם כרוכה בעבירה על הוראות החוק, יתרה מזו, הדרישה להטלת חובות על פרטים בחקיקה מעבירה את הנטל למחוקק לבצע פעולות, בניגוד להחלת החוקה על גורמים פרטיים בצורה עקיפה. במקרה האחרון כל שנדרש הוא הכרעה שיפוטית בשאלה אם הערך מוחל, או שאינו מוחל, באמצעות הדוקטרינה של המשפט הפרטי, כמו דרישת תום הלב ותקנת הציבור בחוזים. ונוסף על כך, החלת השוויון על פרטים בדרך של חקיקה מפחיתה את החשד במניעי השלטון מפאת שקיפותו של הליך החקיקה. לזווית הראייה הליברלית יש השלכה אף מעבר להעדפת מסלול ההחלה הסטטוטורי על פני החוקתי. הליברל יצדד בהענקת זכות תביעה אזרחית בלבד בגין הפרת הנורמה הערכית הקבועה בחוק, ויסתייג משימוש בסנקציה של מאסר המקובלת במשפט הפלילי. לדידו, שימוש בכוח השיטור המדינתי צריך להיות מוגבל למקרים שבהם עלולים

60 גישה הרואה בחוקה מכשיר מחנך רווחת בקונטיננט, בייחוד בגרמניה, שחולשת עליה דוקטרינת ה-Drittwirkung. לפי דוקטרינה כללית זו, ההוראות הערכיות בחוקה מקרינות גם על מערכות היחסים שבין פרטים ומעצבות אותן באמצעות מושגי השסתום של המשפט הפרטי. לתמיכה ביסודותיה העיוניים של דוקטרינה זו ראו H. Dreier *Dimensionen der Grundrechts* (1993) 63 וראו E. Bockfenorde "Grundrechts als Grundnormen" in *Staat, Verfassung, Demokratie* (1991) 167, at pp. 181-188. לסקירה כללית על עמדת המשפט הגרמני ראו א' ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** (תשנ"ד) 672-675.

61 גרבי ואלניקוב (**לעיל**, הערה 56), עמ' 720.

להיגרם נזקים מוחשיים, כגון פגיעה בחיים, בגוף וברכוש, לפיכך אין להשית סנקציה של מאסר בפלילים בגין פגיעות בשוויון, בפרטיות ובשם הטוב, מכיוון שזו פגיעה בחירות באופן הדרסטי ביותר. מבחינות רבות, הסתפקות במסלול האכיפה האזרחי מלמדת על תפקידה המינימלי של המדינה באכיפת ערך השוויון. אף שהמדינה הייתה גורם פעיל בעיצוב ההסדר הסטטוטורי האוסר הפליה, היא ממלאת תפקיד סביל למדי בשלב אכיפתו. בצורה זו תביעה אזרחית בגין הפליה נתפסת אפוא כסכסוך פרטי שהמדינה איננה צד לו.

מנגד, זרמים רדיקליים המעוניינים להבטיח את השוויון יתבעו שימוש, נוסף על הכלים של המשפט האזרחי, גם בכלים של המשפט הפלילי ובסנקציה של מאסר לשם מימוש השוויון. הם אמנם יצדדו במסלול של תביעה אזרחית, אך לא יסתפקו בכך. לדירם, המשפט הפלילי הוא כלי חשוב להגשמת ערך השוויון, שכן הוא מבטא מחויבות אמיתית של המדינה לשוויון⁶². המדינה היא צד מפורש להליך הפלילי; היא נוקטת עמדה מפורשת לטובת מי שהופלה; היא אף מעמידה לרשותו את שירותיה המשפטיים המיומנים. נוסף על כך, הסנקציה של מאסר הוא גורם אפקטיבי יותר להרתיע מעבירים פורטיים מפני הפליה. הסעד המרכזי שהמשפט האזרחי מציע, סעד של פיצויים, איננו עשוי לספק, שכן ייתכנו מקרים שבהם ישתלם לבעל עסק להמשיך להפלות ולשלם פיצויים בה בעת. במקרים שכאלה הסתפקות באפיק האכיפה האזרחי עלולה להסתבר כמס שפתיים לשוויון, בייחוד בהתחשב בכך שהיוזמה לנקוט הליך אזרחי מצריכה משאבים ותחכום משפטי שאינם נגישים בדרך כלל למי שמשתייך לקבוצות החלשות והמופלות. פתרון אפשרי לקושי זה טמון בהקמת נציבות מטעם המדינה, אשר יוקנו לה סמכויות להגשת תביעות אזרחיות בשם מי שהופלה. נציבויות אכיפה מעין אלו קיימות במדינות רבות בעולם⁶³. הן מבטאות מחויבות עמוקה לשוויון יותר מאשר ההסתפקות בהליך אזרחי רגיל, מכיוון שעניינן גם בחינוך לשוויון וגם בעריכת מחקר שוטף על מקורות ההפליה וביטוייה השונים. מהלך משולב של תביעות פליליות ואזרחיות ומעורבות מדינתית פעילה בחינוך, במחקר ובהענקת שירותים משפטיים מאפשרים הגשמה מושלמת של השוויון.

נתפנה אפוא להעריך את החוק מזוויות ראייה אלו. אף שבתי המשפט נטו בשנים האחרונות לפרש את החוקה כמטילה באופן עקיף חובות התנהגות שוויונית גם על

62 קמיר (לעיל, הערה 51), עמ' 378. לביקורת ראו מ' קרמניצר, ל' לבנון "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו" **שערי משפט** ב (תשס"א) 285 (ביקורת כנגד החלת איסור פלילי בגין הטרדה מינית) ותגובתה של א' קמיר לדברים "תגובה: בחזרה אל "כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת", **שם**, בעמ' 307.

63 לניתוח ולהשוואה במתכונת הפעולה של נציבויות האכיפה כמשפט ההשוואתי ראו M. MacEwen (ed.) *Anti-discrimination Law Enforcement: A comparative Perspective* (1997).

פרטים⁶⁴, העדיף המחוקק להסדיר את תחולת השוויון על פרטים באמצעות הוראות חוק מפורשות. דומה שדווקא פעולת ההסדרה החקיקתית היא גורם הממתן את מידת הפגיעה בחירויות מהטעם שבהסדר החקיקתי נקבעו סייגים מפורשים לתחולת השוויון, שהם רחבים מכפי שבתו-המשפט הכירו עד כה⁶⁵. אף העיון במתכונת ההחלה של השוויון בחוק עצמו מלמד על זיקה למתווה החשיבה הליברלית. אמנם קבוצה בחוק הוראה עונשית, אולם זו סמלית באופייה: אין בצדה סנקציה של מאסר, אלא קנס עונשי⁶⁶. יתר על כן, החוק איננו מקים נציבות מטעם המדינה אשר תהא מופקדת על הענקת שירותים משפטיים ועל הפנמת השוויון בקרב שכבות האוכלוסיה באמצעות מערכת של חינוך לערכים⁶⁷. בסופו של יום, החוק מקים למעשה עילת תביעה אזרחית, המחייבת את מי שטוען להפליה להסתמך על משאבים שבדרך כלל אין לו, ולחלופין על רצונם הטוב ועל משאביהם המוגבלים של ארגונים חוץ-ממשלתיים (N.G.O's)⁶⁸. מחויבות המדינה לשוויון מתמצית אפוא בשלב קבלת החוק ולא בשלב אכיפתו. כך שומרת המדינה על תפקיד סביל למדי; תפקיד העולה בקנה אחד עם הנחות היסוד של התאוריה הליברלית.

ז. מילות סיכום

חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים הנו חוק שוויון ליברלי טיפוסי. הוא קיים בעיקר במדינות המשפט המקובל, שלהן אוריינטציה ליברלית מובהקת. וכך, אף שהחלת השוויון על גורמים פרטיים משמעה הגבלת החירות, חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים נמנע להעניק עדיפות ברורה לשוויון על פני החירות. בפועל, הוא ממתן את הפגיעה בחירות בכמה מובנים יסודיים ונותן נאמן להנחות יסוד ליברליות.

64 ראו, למשל, ת"א (י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם): שמסיאן (לעיל, הערה 26): ת"א (חי') 5233/96 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין (לא פורסם).

65 כך למשל הפרדה בין קבוצות נתפסת בדרך כלל בעיני בית-המשפט כחשודה, ובתו-המשפט נזהרים מלהכיר בה (למשל, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258). לעומת זאת החוק הכיר בפעם הראשונה באופן מפורש בהפרדה בין המינים. ראו סעיף 3(ד)(3) לחוק. לביקורת ראו את מאמרה של נ' רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים", המתפרסם בגיליון זה (בעמ' 99).

66 סעיף 9 לחוק, על סמליותה של פליליות ההטרדה המינית ראו אצל קמיר (לעיל, הערה 62).

67 לעומת זאת השוויון עם הנציבות שהוקמה לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (פרק ו).

68 סעיף 7 לחוק מגדיר את מעמדם של תאגידים העוסקים בהגנה על זכויות של מי שאסור להפלותו.

ראינו שהחוק מעניק לשוויון הגדרת מינימום, במובן איסור הפליה, וכך מקטין את היקף הפגיעה בחירות. לחוק יש השלכה שלילית בעיקר על חופש החוזים, חופש שהתאוריה הליברלית הרווחת כיום מייחסת לו חשיבות משנית בלבד. אין בחוק נכונות להחיל את השוויון בספירה האינטימית-משפחתית, ואפילו לא הקהילתית. בנוסף, החוק נותר נאמן להבחנה הליברלית המקובלת שבין הפרטי לבין הציבורי במובנים רבים, אף שהוא מגדיר מחדש את הספירה הציבורית וכולל בתוכה פעולות חוץ-מדינתיות. גם מתכונת ההחלה של השוויון באמצעות חקיקה, שהדגש המושם בה הוא על אפיק האכיפה האזרחי, מרמזת על נאמנות לחשיבה הליברלית המגמדת, ככל הניתן, את תפקידה של המדינה.

עבור מי שדוגל בגישות פרוגרסיביות לשוויון זו עשויה להיות מסקנה מצערת, אולם דומני כי החוק הוא בכל זאת נקודת מוצא טובה למיגור תופעות של הפליה. ייתכן שדווקא ההיצמדות להגדרת המינימום של השוויון תאפשר הגנה טובה יותר על המובן הגרעיני ביותר שלו: האיסור על קבלת החלטות המבוססות על הנחות עוינות בדבר נחיתותם של פרטים המשתייכים בדרך כלל לקבוצות מיעוט פגיעות. למובן זה של השוויון יש הסכמה ציבורית נרחבת, דבר העשוי לאפשר את הפנמתו החברתית. ואכן, בקביעת סדרה של חזקות ראייתיות, המקלות מאוד את הוכחת ההפליה⁶⁹, מאותת החוק על נאמנותו ועל מחויבותו למובנו הגרעיני של השוויון. בכך מכוון החוק את בתי-המשפט לבצע מהלכים ראייתיים בלתי שגרתיים לצורך מימוש השוויון במובנו הבסיסי ביותר.

69 סעיף 6 לחוק.