



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

התובע:

מתן בכר

ע"י ב"כ עו"ד רועי בכר
ממשרד יהודה, בכר ושות'

נגד

הנתבעות:

1. ג.ע. ניהול ברים בע"מ (נמחקה)

2. מעתוק חולי בע"מ

3. ע.ר. בוסקילה בע"מ (נמחקה)

5. איי פאב בע"מ

6. כוכב דוד בוסקילה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד חיים פרוכטר, נעה ברוך וליאור פרנק,
חיים פרוכטר, משרד עורכי דין

4. סוזן ר.י. בע"מ – בעצמה

פסק דין

"Equality in human societies... is commonly affirmed
but rarely practiced... Social inequality, by contrast,
is seldom defended but widely practiced... Sex equality
remains more promise than fact"

Catharine A. Mackinnon, Sex Equality, 3 (3rd. ed. 2016)

שאלות של שוויון והפליה בין נשים לגברים עומדות במרכז פסק הדין שלפניי.

מקומות בילוי רבים, בארץ ובעולם, קובעים גיל כניסה מינימלי שונה לנשים וגברים למקומות בילוי (גיל גבוה יותר לגברים), כמו גם תמחור שונה של דמי כניסה (גבוה יותר לגברים). מונחת לפניי בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעניינה מדיניות כזו של הנתבעות, בפאבים או מועדונים, בשם "הספריה", שהן מפעילות במקומות שונים בארץ.

השאלות המרכזיות בהן אעסוק הן האם מדיניות זו מהווה הפליה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה**), ומהי המדיניות הראויה באשר לתובענות ייצוגיות מכוח חוק איסור הפליה.

כפי שציננה פרופ' מקינון בציטוט לעיל, אין חולק על חשיבות השוויון והצורך במיגור ההפליה. מנגד, פרקטיקות מפלות נפוצות מאד בחברה. הטענה המרכזית בתובענה הייצוגית הינה כי הנתבעות הפרו את חוק איסור הפליה, כיוון שבמועדונים ובפאבים אשר הפעילו, הייתה נהוגה הפליה אסורה על



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בסיס מין, כאשר כניסת גברים בגילאי 18-22 סורבה, ואילו כניסת נשים באותם הגילאים הותרה. כמו כן היו ימים בהם נשים נכנסו חנם בעוד על הגברים היה לשלם דמי כניסה.

יהיו מי שיאמרו, שאין מקום לעשות שימוש בכלים הכבדים של שוויון והפליה, זכויות ועקרונות יסוד לטפל בתופעה מקובלת של הפליה בגיל בין נשים לגברים בכניסה למקומות בילוי ובתשלום דמי כניסה. לטעמי, הטיפול במופעי ההפליה הנפוצים כל כך, הנראים רגילים כל כך ועל כן נדמים לכאורה כלא בעיתיים, דווקא הוא מחויב המציאות כדי לקדם את החברה בדרך לשוויון המיחול ועם זאת קשה להשגה.

הפליה של אדם בין היתר על רקע מינו אינה תופעה חדשה, אנו עדים למופעים רבים ושונים של תופעה זו. במישור הציבורי הדבר נאסר ע"י הפסיקה, ולאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, נקבע כי מדובר גם בהפרה של זכות חוקתית. לצד זאת, המחוקק חוקק שורה של חוקים האוסרים, בנסיבות מסוימות, גם על אפליה במשפט הפרטי. בין היתר, נחקק חוק איסור הפליה, עליו מתבססת התובענה שלפניי.

תפיסת השוויון העומדת בבסיס חוק איסור הפליה נועדה לרדת לשורשם של דפוסים מפלים בחברה. רוח החוק ותכליתו נוגעים לשוויון בין כלל בני האדם, לגבי כל הקבוצות הנכללות בחוק, לרבות הפליה בין גברים לנשים. החוק נועד החוק נועד כדי ליצור כלי אפקטיבי למאבק בהפליה כדי להתגבר על הפליה גם כאשר היא מבוססת על התנהלות, תבניות, ודפוסי חשיבה מושרשים ומקובלים, כמו הפרקטיקות בהן נהגו הנתבעות במקרה זה.

טרם הוגשה תגובה לבקשה הגיעו הצדדים להסדר פשרה, שאישורו עומד במרכז החלטה זו.

1. רקע הדברים וההליכים שלעניין

ביום 13.8.18 הגיש מתן בכר (להלן: **התובע**), תובענה ובקשה לאשרה כייצוגית. התובענה הוגשה במקור כנגד חמש נתבעות. הנתבעת 1, ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ, הינה חברה פרטית אשר הקימה, ייסדה ומנהלת את רשת הפאבים "**הספריה**" (להלן: **נתבעת 1**). הנתבעות 2-5 לאותה בקשה- מעתוק חולי בע"מ (להלן: **נתבעת 2**), ע.ר.ן בוסקילה בע"מ (להלן: **נתבעת 3**), פאב הספריה- רמת ישי בע"מ ואיי פאב בע"מ (להלן: **נתבעת 5**)- הינן חברות אשר רכשו מהנתבעת 1 זיכיונות להפעלת פאבים מרשת הספריה. בהמשך, בהחלטה מיום 18.2.19, התרתי לצרף את נתבעת 6, כוכב דוד בוסקילה בע"מ (להלן: **נתבעת 6**), חברה המפעילה פאב בראשון לציון. כמו כן, ביום 5.5.19, הוריתי כי הנתבעת 4 לבקשה המקורית תימחק מהתיק, ובמקומה תצורף כנתבעת 4 החברה סוזן ר.י. בע"מ (להלן: **נתבעת 4**).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

ביום 18.2.19, בטרם נתקבלה תגובת הנתבעות לבקשת האישור, הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה בין התובע לבין נתבעות 1,2,3,5,6. ביום 21.2.19, שעיקרו הפסקת המדיניות המפלה, ופיצוי בדמות 12,000 מנות צ'ייסר (משקה אלכוהולי) לכל מבקר בפאבים ברשת הספריה, עד לסיום הכמות. בהחלטתי מיום 21.2.12, קבעתי כי הפיצוי עליו הסכימו הצדדים במסגרת ההסדר שהוצע אינו נראה ראוי לבית המשפט, בעיקר לאור העובדה שיביא דווקא לפרסום חיובי לנתבעות. קבעתי כי יתקיים דיון בהסדר.

בדיון שנערך בהסדר הפשרה ביום 5.5.19, הוריתי כי הצדדים יודיעו בתוך 30 ימים, האם הגיעו להסדר פשרה חלופי, ואם לא- יודיע התובע כיצד הוא מתכוון להמשיך בהליך, ואם יש הסכמה מצד הנתבעים או מי מהם לקבלת בקשת האישור.

ביום 26.6.19, הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה מתוקן, בהתאם לסעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות**) ולתקנה 12 לתקנות תובענות ייצוגיות (להלן: **תקנות תובענות ייצוגיות**). במסגרת הסדר זה התחייבו הנתבעות להפסיק את המדיניות המפלה וכן להעביר סכום של 70,000 שקלים לקרן התובענות הייצוגיות מכוח סעיף 27א לחוק.

ביום 27.6.19 הוריתי להעביר את הסדר הפשרה לתגובת היועמ"ש. היועמ"ש הגיב לבקשה ביום 8.9.19 והבהיר כי אין בדעתו להביע עמדה, לחיוב או לשלילה.

בעקבות זאת, בהחלטתי מיום 10.9.19, קבעתי כי אין טעם לדחות את הבקשה להסדר פשרה על הסף. על כן, הוריתי כי יש לפעול לגבי הבקשה לאישור הסדר הפשרה בהתאם לסעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות (פרסום ההסדר), וכי לאחר מכן אדרש לבקשה לאישור הסדר הפשרה גופה. ביום 22.10.19, הודיע ב"כ הנתבעות כי הבקשה לאישור הסדר פשרה פורסמה בעיתונות, בהתאם לנוסח שאושר על ידי ביום 17.9.19. לבית המשפט לא הוגשה כל התנגדות להסדר הפשרה כפי שפורסם.

1.א. תקציר העובדות הרלוונטיות

לטענת התובע, שהיה חייל בעת הגשת התובענה, כניסתו וכניסת חבריו הגברים לפאבים ולמועדונים שהפעילו הנתבעות סורבה מספר לא מבוטל של פעמים במשך השנתיים שקדמו להגשת התובענה בשל גילם, כאשר לנשים בנות גילן אפשרו להיכנס. בכתב התביעה, מפרט התובע את תקריות הסירוב השונות: בחלק מהמקרים הגיע הוא לבדו או עם חבריו לאותם פאבים ושם סורבה כניסתם. זאת, בעוד הנשים בחבורה, בנות אותם הגילאים, נכנסו ללא כל בעיה. במקרים אחרים נמנע ממנו להזמין מקום מראש באמצעות תיבות הפנייה בעמודי הפייסבוק של הנתבעות, לאחר שנשאל על גילו או על הרכב הקבוצה והתברר כי זו כוללת גברים בני 18-22. כמו כן, על מנת לברר האם המדיניות נמשכת, שלח התובע מדי פעם בפעם הודעות לאותם עמודי פייסבוק, בהן שאל מה גיל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

הכניסה המותרת ונענה תמיד כי גיל הכניסה שונה, בעיקר בסופי שבוע בין גברים (שגיל הכניסה לגביהם נע בין גילאי 20-22), לנשים (שגיל הכניסה לגביהן נע בין גילאי 18-19). התובע הוסיף והפנה לסרטון וידאו שהקליט בכניסה לאחד הפאבים, וכן פרסומים ותשובות שקיבל מהנתבעות העומדות על ההפליה בין גברים לנשים בגיל הכניסה.

כך בנספח ה' לבקשת האישור מובאות תשובות של פאב הספריה הוד השרון ופאב הספריה הרצליה, שלשאלה מה גילאי הכניסה השיבו: 21 בנים 19 בנות; פאב הספריה רמת ישי שהשיב לאותה שאלה: בימי ששי בנות 20+ ובנים בני 21+. בפאב הספריה קריות הבהיר כי בימי חמישי תותר כניסה לבנים בני 21 ובנות בנות 20, ואילו בימי ששי, תותר הכניסה לבנים בני 23 ובנות בנות 21. באתר הפייסבוק של פאב הספריה הוד השרון מצוין במפורש כי גילאי הכניסה הם 21+ לבנים ו-19+ לבנות (נספח ז' לבקשת האישור).

בנוסף, לפחות בחלק מהמקומות שהפעילו הנתבעות (למשל "הספריה", כנרת, וראשון לציון), הונהגה פרקטיקה של כניסת נשים חינם בערבים מסוימים, בדמות "Ladies night's", בעוד גברים נדרשו לשלם דמי כניסה מלאים באותם ערבים. בפאב הספריה כינרת פורסמה מודעה בזו הלשון (נספח ט' לבקשת האישור):

Ladies Night"

בנות חינם עד 23:00"

פניותיו החוזרות של התובע לנתבעות לא הועילו, גם כאשר ציין בפניהן כי הפרקטיקות המונהגות על ידן הינן מפלות ואסורות, ופנייה מקדימה ע"י בא כוחו, לא נענתה. על כן הוגשה תובענה זו.

1.ב. עיקרי הסדר הפשרה

על פי ההסדר, הקבוצה הרלוונטית להסדר הינה כל אדם אשר ביקש ב-7 השנים האחרונות להיכנס לאחד הפאבים אותם הפעילו או מפעילות הנתבעות, אך כניסתו סורבה בשל הפליה על רקע גיל או מגדר.

הצדדים הסכימו כי בקשת האישור נגד הנתבעות 1 ו-3 תימחק והתביעה נגדן תידחה, שכן הן לא הפעילו ואינן מפעילות מקומות בילוי. הנתבעות 4 ו-5 התחייבו לחדד את נהליהן ולוודא כי במקומות הבילוי המופעלים על ידן לא תינקט מדיניות הפליה אסורה, ויקוימו הוראות חוק איסור הפליה.

הנתבעות 2,4,5,6 יישאו בפיצוי משותף בסך 70,000 ₪. פיצוי זה יועבר לקרן התביעות הייצוגיות לפי סעיף 27א' לחוק, באופן שכל נתבעת תשלם 1/4 (רבע) מהסכום האמור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

נקבע בהסדר, כי עם אישורו בידי בית המשפט, יהווה פסק הדין מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה, כך שיהיו מנועים מהגשת תביעה בגין העילות שהוסכמו והמפורטות בהסדר (עילות אלה יפורטו בהמשך הדיון) או בגין כל עילה אחרת הנובעת מטענה של הפליה על רקע גיל או מגדר, נגד הנתבעות.

הצדדים המליצו לבית המשפט כי הנתבעות ישלמו גמול לתובע בסך 24,500 ₪, וזאת כפיצוי בגין עוגמת הנפש והרגשות השליליים שחווה עת סורבה כניסתו למועדוני הנתבעות; בגין היוזמה שנקט והמאמץ לתעד את ההפרות; ובגין הסיכון שנטל על עצמו בהגשת הבקשה והתובענה. כן המליצו הצדדים כי הנתבעות ישלמו לב"כ התובע שכ"ט עו"ד בסכום כולל של 38,889 ₪ בתוספת מע"מ, סכום שלדידן משקף את התועלת הישירה שהושגה מההסדר, ובנוסף את ההשפעות הרחבות שלו והתועלת העתידית שתצמח לציבור כתוצאה מהבקשה (בדמות הרתעת חברות ובתי עסק אחרים מפני התנהלות דומה כלפי הציבור).

2. על אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית

2.א. מטרתו של הליך אישור הסדר הפשרה הקבוע בסעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות בתובענה רגילה, ככלל, כאשר בית המשפט מתבקש לאשר הסכם פשרה בין צדדים, במיוחד כאשר הצדדים מיוצגים על ידי עורכי דין, הנטייה היא לאשר הסכמים כאלו. בית המשפט מניח כי הצדדים שקלו את סיכוייהם, את סיכוייהם, ואת יתר האינטרסים הרלוונטיים הקשורים בניהול התביעה או בהסכם פשרה, וכי הגיעו להסכם לאחר משא ומתן ביניהם.

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בהסכם פשרה במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית. הליך התובענה הייצוגית הינו הליך מיוחד, שכן גורם יחיד מייצג קבוצה גדולה של תובעים בכוח, אשר אינה לוקחת חלק פעיל בהליך, אך תוצאת ההליך יוצרת מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה, כפי שקבעה לעניין זה כב' השופטת ענת ברון בע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 05.08.2018, להלן: עניין סונול, בפסקה 21 לפסק דינה):

התובענה הייצוגית היא "בת חורגת" לסדר הדין האזרחי. ההליך הייצוגי מנוהל על ידי תובע מייצג ובא כוח מייצג בשם קבוצה של אנשים – המונה לעיתים מאות, אלפים ואף עשרות אלפי תובעים – וזאת הגם שאף לא אחד מחברי הקבוצה בחר במייצגים ולא נתן להם הסמכה מפורשת לייצוגו (ואולם הייצוג כפוף לאישורו של בית המשפט). חריגה כאמור מעקרון הייצוג היא המאפשרת מיצוי הדין עם מי שגרמו לפגיעה ממשית בזכויות של פרטים רבים – שעה שהיקפה המצטבר של הפגיעה משמעותי, בעוד הנזק האינדיבידואלי לכל אחד מהפרטים הוא שולי. הכלי הייצוגי קורא תיגר על כשל השוק המונע מנפגעים למצות את תביעותיהם האישיות בשל שיקולי כדאיות כלכלית (וליתר דיוק אי-כדאיות כלכלית), ובכך מקדמת התובענה הייצוגית את אכיפת הדין ואת ההגנה על זכויות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

לפיכך, מצא המחוקק לנכון לקבוע הסדרים מיוחדים הנדרשים לשם בחינת בקשה לאישור הסדרי פשרה והסתלקות בהליכים אלו. זאת – נוכח העובדה שבשלב זה של אישור הסדר הפשרה, האינטרס של התובע הייצוגי ובא כוחו אינו בהכרח תואם לזה של חברי הקבוצה, שכן בעוד שחברי הקבוצה נהנים רק מהסעד שניתן לקבוצה – התובע ובא כוחו זוכים גם לגמול (לתובע) ושכ"ט (לבא כוחו).

כפי שנאמר בעניין רע"א 8562/06 לימור פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ, (פורסם בנבו 2007), בפסקה 8 להחלטה:

"לאור חשיבותה של התובענה הייצוגית והשפעתה על הציבור המיוצג ועל הגופים הנתבעים, יש לשרש את התופעה של בקשות לאישור תובענה ייצוגית שמוגשות ללא תשתית ראייתית ראויה, כגון בקשות המוגשות על בסיס כתבה בעיתון ותו לא...אין להתיר ניסיונות ליצוק תוכן לבקשות נבובות לאישור תובענה ייצוגית תוך כדי הליך האישור".

במאמרו של אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", משפטים, מא 5 (יוני, 2011), להלן: **קלמנט, פשרה והסתלקות**, עומד המחבר על הקשיים הכרוכים בפשרות בתביעות ייצוגיות: **האחת**, בעיית הנציג, הגוררת פשרות שעלותן לנתבע נמוכה גם אם התביעות ראויות; **והשנייה**, בעיית תביעות הסרק, המביאה נתבעים להסכים להתפשר בתביעות סרק למרות סיכוייהן המעטים. וכך מציין קלמנט ביחס לקושי השני (שם, בעמ' 6):

"ככל שיש יותר פשרות בתביעות סרק כך גדלות העלויות הכרוכות בפעילותו של הנתבע ללא צורך ופוחתת יעילותה של אכיפת החוק. יתרה מזו: בעוד שבהליך רגיל הפשרה חוסכת במשאבי המערכת המשפטית, בתובענה הייצוגית הפשרה עלולה להביא לעומס נוסף על בתי המשפט. פשרות שאינן נתונות לביקורת מספקת של בית המשפט עלולות לעודד הגשה של תביעות סרק. תביעות כאלה לא רק חושפות נתבעים פוטנציאליים להוצאות שאינן מוצדקות ומשפיעות באופן שאינו ראוי על תמריציהם לפעול על פי די אלא גם מגדילות את העומס על בתי המשפט".

קלמנט, באותו מאמר, עומד על כך שכאשר בית המשפט חושש שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית הייתה נדחית משום שאינה עומדת בדרישות סעיפים 4 ו-8 לחוק, ובמיוחד כאשר הדרישה לסיכויי הצלחה בסעיף 8(א)(1) לחוק אינה מתקיימת וסיכויי התביעה הינם קלושים, החשש הינו מתביעות סרק, ולפיכך על בית המשפט לדחות את הבקשה לאישור של הסדר פשרה (שם, בעמ' 59, 60).

ב.2. התנאים לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית

סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, קובע את השאלות הדרושות הכרעה במקרה בו הסדר הפשרה מוגש בטרם אושרה התובענה כייצוגית, כבענייננו:

"19. (א) בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה, ואם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – גם כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) וכי סיום



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.

בהתאם לסעיף 19(א) לחוק כתנאי לאישור הסדר פשרה על בית המשפט להתרשם שמתקיימים מספר תנאים: ראשית, במקרה כמו המקרה שלפניי בו הבקשה לאישור הסדר פשרה הוגשה לפני אישור התובענה כייצוגית, ואף לפני הגשת תגובה, שאז על בית המשפט להתרשם: "כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית", דהיינו: בתנאים הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) לחוק; מטרתו של תנאי זה הינה, כמפורט בדברי ההסבר לסעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93, עמ' 239-240: "למנוע ניצול לרעה של מנגנון התובענה הייצוגית לשם השגת פשרות, בהליכים אשר מלכתחילה כלל לא היה סיכוי לאשרם כתובענה ייצוגית, משום שלא מתקיימים לגביהם התנאים לאישור תובענה ייצוגית לפי ההצעה". על כן במסגרת זו יש לבחון האם מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית.

על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם מצא שהתקיימו חמישה תנאים מצטברים: 1. למבקש עילת התביעה נמנית על העילות המוזכרות בחוק כעילות שניתן להגיש בגין תובענה ייצוגית (סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות); 2. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות); 3. יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה (שם); 4. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות); 5. קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות).

התנאי השני לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, הינו כי: "סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".

התנאי שלישי בו על הסדר הפשרה לעמוד הינו כי: "ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". במסגרת בדיקת ההסכם לגופו של עניין על בית המשפט לבחון: האם ההסדר מיטיב עם חברי הקבוצה, האם שווי הפיצוי המוצע (במקרה של הסדר הכולל פיצוי) סביר ביחס לנזק שנגרם לחברי הקבוצה, האם ההסדר מאזן כראוי את סיכויי ההצלחה בהליך, האם קבוצת הנהנים מההסדר זהה לחברי קבוצת הנפגעים או לכל הפחות בעלת זיקה קרובה לקבוצת הנפגעים, האם ניתן לאתר את קבוצת הנפגעים ולהעניק להם פיצוי ישיר ועוד.

דיון והכרעה

דרך הילוכי תהיה כזו. בטרם אבחן את התנאים לאישור הסדר הפשרה, אעמוד על הזכויות העומדות בבסיס חוק איסור הפליה, עקרון השוויון בכלל, ושוויון על בסיס מין בפרט (הפרק השלישי).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בהמשך, בפרק הרביעי, אבחן האם התובענה שהוגשה, עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה כייצוגית. במסגרת זו אבחן האם לתובע עילת תביעה הנמנית על העילות המוזכרות בחוק שניתן להגיש בגין תובענה ייצוגית (פרק 4.1); האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (פרק 4.2). במסגרת זו אבחן את השאלה על מי מגן החוק, ומהו הבסיס הרעיוני למתן אפשרות תביעה לקבוצה ההגמונית.

פרק 4.3. אדון בשאלה האם יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו לטובת הקבוצה. זהו הפרק המרכזי בפסק הדין במסגרתו אדון בשאלות של שוויון והפליה; החריגים לאיסור הפליה: שונות רלבנטית והעדפה מתקנת, ועל סטריאוטיפים המנציחים הפליה. עוד אדון בעילות נוספות להן טען התובע כמו הפרת חובה חקוקה; רשלנות ועוולה חוקתית.

פרק 4.4. אדון בתנאי בשאלה האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, ובפרק 4.5 אבחן האם מתקיים התנאי האחרון לאישור תובענה כייצוגית - האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

בפרק החמישי אעבור לבחון את התנאים הנותנים לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית – האם סיום ההליך בדרך של פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין והאם ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. בפרק זה אדון בשאלה מהו הנזק כתוצאה מהפרת חוק איסור הפליה, כיצד מוכיחים אותו ומהו שיעורו במקרה זה. כן אדון בתועלות נוספות שצמחו מהתובענה ואבחן את סכומי הגמול ושכר הטרחה עליהם המליצו הצדדים.

בפרק הששי אסכם.

3. הבסיס הרעיוני לחוק איסור הפליה

3.א. הזכות לשוויון והפליה אסורה

השוויון הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי, הוא עקרון יסודי בבסיס כל חברה דמוקרטית. הזכות לשוויון היא אחת מזכויות האדם המרכזיות ומוגנת בכל האמנות הבינלאומיות הנוגעות לזכויות אדם. בבסיסה, הזכות לשוויון עוסקת ביחסיות. הזכות לשוויון מחייבת יחס או זכויות שוות לבני אדם, אלא אם כן קיים ביניהם שוני רלוונטי המחייב התייחסות שונה. כדברי אריסטו משמעות השוויון היא: "נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם" (אריסטו, אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, ספר ה', פרק ג', בתרגומו של ג. ליבס, תשל"ג)).

במשפט הישראלי הוכרה הזכות לשוויון כזכות חוקתית עוד לפני חקיקת חוק היסוד בעניין כבוד האדם. בבג"ץ 98/69 אהרון ברגמן נ' שר האוצר והחשב הכללי, פ"ד כג, 693, 698 (פורסם בנבו, 1969),



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

קבע השופט, לימים הנשיא, משה לנדוי, כי השוויון מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו" (עוד ראו, בין רבים רבים אחרים: בג"ץ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221 (1988); בג"ץ 953/87, 1/88 אברהם פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו, בעמ' 332 הנשיא א' ברק; בג"ץ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 340 השופט יצחק זמיר, 1997, להלן: עניין רקנט); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749, 760 (1994), להלן: עניין דנילוביץ). ובג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995), להלן: עניין אליס מילר); לניתוח הפסיקה והטמעת ערכים של שוויון מכוח פרשנות ראו: דפנה ברק-ארז, "פרשנות, שוויון והעצמה", בתוך: ספר יורם דנציגר, 503, 512 (לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים, התשע"ט-2019).

לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכרה הזכות לשוויון, כזכות חוקתית כחלק מכבוד האדם, במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל אף שאינה נזכרת מפורשות בלשון החוק (ראו: עניין דנילוביץ, פסקה 12 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא, לימים הנשיא, אהרן ברק. (לדיון במורכבות המצב בישראל לעניין הזכות לשוויון ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך ג' פרשנות חוקתית 423 (תשנ"ד); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 274 (תשנ"ז) וכן: יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 208 (תש"ס)).

פרופ' ברק מדינה, במאמרו: "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי", משפט וממשל יז, 63 (תשע"ו-2016), פורסם גם בספר קרמניצר, בעמ' 67, להלן: מדינה, הזכות לשוויון), סבור כי יש להבחין בין שלוש גישות שונות באשר לתכליתה של הזכות לשוויון, ובהתאמה שלוש דוקטרינות משפטיות באשר לתוכנה של חובת הכיבוד של זכות זו. לדבריו (בעמ' 72):

"גִּישָׁה אחת, שהיא הגישה המקובלת במשפט החוקתי במדינות רבות, מזהה הפליה עם שימוש בתבחינים מסוימים. הפליה היא מדיניות שמבחינה בין אנשים על בסיס השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת, בנסיבות שבהן מדובר בהבחנה שפוגעת בכבוד האדם. לפי גישה זו, התכלית היסודית של הזכות החוקתית לשוויון היא אכיפת החובה להתייחס לכל בני-האדם כאל שווים. לפי גישה שנייה, הפליה היא העדפת אינטרסים של אנשים מסוימים (או פגיעה בהם) לשם מטרה אשר על פניה לפחות נראית בלתי מוצדקת. הזכות החוקתית נועדה להבטיח שהרשויות הפוליטיות יכריעו באופן "מעין-שיפוטי", כלומר, יבחנו באופן נטול פניות (impartial), מהו המשקל הראוי של האינטרסים השונים, תוך דחיית העמדה שהכרעה פוליטית צריכה להיות תוצאה של מיקוח בין מייצגי האינטרסים השונים. לבסוף, לפי גישה שלישית, הפליה היא שילוב של מציאות של אי-שוויון כלכלי עם מסחור ההספקה של טובין מסוימים...תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון לפי גישה זו היא לקדם מימוש של צדק חלוקתי.... מחייבת את השלטון לצמצם את אי-השוויון בחברה, בעיקר בין מי שנמנים עם קבוצות חברתיות שונות או ביחס לטובין מסוימים".

(הדגשות במקור – מ' א' ג').



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 חוק איסור הפליה, עליו נסמכת התובענה שלפניי, הוא אחד המופעים של החלת עקרון השוויון
2 במשפט הפרטי (ארחיב על כך להלן, בשאלת העילות העומדות לתובע).

3.ב. שוויון בין נשים לגברים

5 מעבר לקביעת עקרון השוויון כעקרון יסודי, הן במישור הבינלאומי, הן בישראל, נקבעה
6 במפורש חובה לקיים שוויון בין גברים לנשים.

8 במישור הבינלאומי, הדבר נקבע באמנה מיוחדת למניעת הפליה כנגד נשים - The Convention on
9 the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), להלן:
10 האמנה למיגור הפליה נגד נשים, האמנה אומצה בשנת 1979 ע"י האו"ם, ואושרה ע"י קרוב
11 למאתיים מדינות, ביניהן ישראל (אם כי ישראל אשררה בכפוף להסתייגויות, הנוגעות בעיקר
12 להחלת הדין האישי על נישואים וגירושין בישראל). האמנה מגדירה הפליה כנגד נשים כך (סעיף 1
13 לאמנה):

14 "Any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which
15 has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition,
16 enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on
17 a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental
18 freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other
19 field."
20

21 בישראל, לצד הזכות לשוויון, קיימים מספר דברי חקיקה בישראל הנוגעים באופן ייחודי לזכויות
22 נשים. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, נחקק בסמוך לקום המדינה, כבר ב-1951 (להלן: חוק
23 שיווי זכויות האשה). החוק קובע בסעיף 1 את מטרת החוק: "לקבוע עקרונות להבטחת שוויון
24 מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

26 חוק שיווי זכויות האשה עיגן בחקיקה את עקרון השוויון בין גברים לנשים, לצד חקיקה ספציפית
27 בהקשרים רבים נוספים (כך, למשל חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, חוק עבודת נשים,
28 תשי"ד-1954; וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988). גם האמנה וגם החוקים בישראל,
29 לרבות חוק איסור הפליה מחריגים מהגדרת הפליה, על כל מופעיה, אבחנות על בסיס שונות
30 רלבנטיות.

32 וכעת אפנה לבחון האם הסכם הפשרה עומד בתנאים לאישורו על פי חוק תובענות ייצוגיות.

4. לתובע עילת תביעה הנמנית על העילות המוזכרות בחוק שניתן להגיש בגינן תובענה ייצוגית

35 עילת התביעה העיקרית היא מכוח חוק איסור הפליה, והיא נמנית עם העילות המנויות בחוק
36 תובענות ייצוגיות כעילות שניתן להגיש בגינן תובענה ייצוגית. סעיף 7 לתוספת השנייה לחוק
37 תובענות ייצוגיות, מאפשר להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה: "7. תביעה בעילה לפי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-
2 2000. תביעות בגין חוק איסור הפליה, כאשר מדובר במדיניות, ולא במקרה נקודתי, כפי שהדבר
3 במקרה שלפניי, מתאימות מטיבן וטבען לתובענה ייצוגית, שכן מדיניות מפלה מתייחסת לקבוצה
4 (ראו לעניין זה: אביאל פלינט וחגי ויניצקי, **תובענות ייצוגיות**, 504 (2017). עם זאת, על התובע
5 להוכיח גם עילה אישית.

6
7 על כן יש לבחון, על פי הנתונים שבידי (שאינם שנויים במחלוקת בין הצדדים) האם עומדת לתובע
8 עילה על פי חוק זה. היינו, האם הפרקטיקות בהן נקטו הנתבעות: גיל כניסה שונה לגברים ונשים
9 (נשים צעירות החל מגיל 18, וגברים החל מגיל 21), וכניסה לנשים ללא תשלום בעוד שעל הגברים
10 היה לשלם דמי כניסה, מהווים הפליה לפי חוק איסור הפליה.

11
12 בחינת השאלה האם הנתבעות הפרו את הוראות חוק איסור הפליה מחייבת לבחון שלוש שאלות
13 משנה: ראשית, האם חוק איסור הפליה חל על ההתנהלות האמורה; שנית, בהנחה שהחוק חל, האם
14 התנהלות זו מהווה הפליה אסורה או אבחנה מותרת; שלישית, בהנחה שמדובר בהפליה אסורה,
15 האם ניתן להצדיקה. אך קודם שאדון בשאלות אלו, אעמיד, בקצרה, את המסגרת לחקיקת החוק,
16 עקרון השוויון והחלתו במשפט הפרטי.

17
18 חוק איסור הפליה מגדיר בסעיף 2(א) כמקום ציבורי "כל מקום המיועד לשירות הציבור", וזאת
19 לרבות דיסקוטק. בדברי ההסבר להצעת החוק, מוצע כי החוק יחול גם על עסקים פרטיים
20 המחזיקים מקומות ציבוריים, שכן **"עיקר התופעה החברתית השלילית מתרחשת במקומות
21 בבעלות פרטית"**. ואכן, החובה שלא להפלות מוטלת על כל מי שפתח את שעריו לציבור הרחב.
22 החלה זו של החוק גם על מקומות בבעלות פרטית, עולה בקנה אחד עם מטרת החוק, כפי שמובאת
23 בסעיף 1: **"חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת
24 מוצרים ושירותים"**.

25
26 התובע מבסס את תביעתו בעיקר על פסק הדין ברע"א 8821/09 פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב
27 הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: **עניין פרוז'אנסקי**) שם נקבע, במסגרת ערעור שני
28 על פסק דין בתביעה קטנה, כי חוק איסור הפליה חל על מועדונים, ונקבע פיצוי לגבר שכניסתו
29 סורבה מחמת גילו, בעוד שנשים באותו גיל הותרו להיכנס כמו במקרה שלפניי. לכאורה, לאור פסק
30 דין פרוז'אנסקי, ניתן היה לקבוע כי מתקיימת עילת תביעה, לפחות לגבי ההפליה בגילאי הכניסה
31 ולא להרחיב בעניין. עם זאת, לאור העובדה שבמקרה זה קיימת פרקטיקה נוספת של הפליה במחיר
32 הכניסה, ובעיקר לאור העובדה שבמקרה שלפניי מדובר בתובענה ייצוגית, אני סבורה שיש לשוב
33 ולדון בשאלה העקרונית של תחולת חוק איסור הפליה על פרקטיקות אלו בהקשר של התובענה
34 הייצוגית. אדגיש כי על אף שפסק הדין בעניין פרוז'אנסקי, ניתן בשנת 2011, לפני תשע שנים, עולה
35 מן התובענה שלפניי שפרקטיקות אלו ממשיכות ונוהגות באין מפריע.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1

2

חוק איסור הפליה אוסר על הפליה במקרים הבאים, כקבוע בסעיף 3(א) לחוק:

3

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי,

4

לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או

5

במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין,

6

נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות."

7

8 אין מחלוקת כי הפליה בין גברים לנשים היא הפליה על בסיס מין, האסורה בחוק איסור הפליה.

9

במקרה שלפנינו, כפי שנקבע בעניין פרוז'אנסקי, מדובר בהפליה בכניסה למקום ציבורי (מועדון או

10

פאב). יפים לעניין זה דברי בית המשפט העליון ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך –

11

פורום נשים דתיות פורסם בנבו, 2015, להלן: עניין רדיו קול ברמה, דברי כב' השופט יורם דנציגר,

12

בפסקה 49 לפסק דינו) כי:

13

"לעניין היקף פרישתו של חוק איסור הפליה, החוק משקף מגמה ארוכת שנים של

14

הרחבת תחולתו של עקרון השוויון גם בתחומי המשפט הפרטי, וכן שתכליתו של

15

החוק מחייבת לדחות פרשנויות אשר משמעותן היא הותרת מופעים של הפליה על

16

כנם.... עיון בהליכי החקיקה השונים מלמד על רצונו של המחוקק לפרוש באופן

17

נרחב את יריעת החוק על מופעים של הפליה, ובפרט על מופעים של הפליה גנרית

18

על בסיס מין."

19

20 היינו בשני המקרים, הן אפליה בכניסה בין גברים לנשים על פי גיל, הן במחיר הכניסה (חינם לנשים)

21

מדובר, על פני הדברים באפליה על בסיס מין האסורה על פי החוק.

22

23 זאת ועוד, לפי סעיף 6 לחוק איסור הפליה, במידה והוכיח התובע קיומן של אחת החזקות המנויות

24

בסעיף, עובר נטל ההוכחה לנתבע, להראות כי לא פעל בניגוד לחוק: "6. הוכיח התובע בהליך אזרחי

25

לפי חוק זה אחד מאלה, חזקה שהנתבע פעל בניגוד להוראות סעיף 3, כל עוד לא הוכיח אחרת."

26

27 התנהלותן של הנתבעות נופלת בגדר שלוש מהחזקות המנויות בסעיף 6 לחוק איסור הפליה:

28

"6. (1) הנתבע סירב לספק מוצר או שירות ציבורי, מנע כניסה למקום ציבורי או

29

סירב לתת שירות במקום ציבורי, לאחר שבירר פרטים הנוגעים לעילות ההפליה

30

המנויות בסעיף 3;"

31

(2) הנתבע סירב לספק מוצר או שירות ציבורי, מנע כניסה למקום ציבורי או

32

סירב לתת שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות

33

ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא סירב כאמור, באותן נסיבות, למי שאינם נמנים עם

34

אותה קבוצה;"

35

(3) הנתבע התנה הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן

36

שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה

37

המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה;"

38

39 כמפורט בכתב התביעה, בעת הגעתו של התובע (ולעתים גם חבריו הגברים) לפאבים של הנתבעות,

40

נשאל הוא לגילו. כשהתברר כי גילו נמוך מ 21 או 22, סורבה כניסתו למועדונים. כניסתן של הנשים

41

שהגיעו יחד עם התובע וחבריו לא סורבה, וזאת במספר הזדמנויות ועל אף גילן הזהה. בנוסף, צירף

42

התובע תיעודי שיחות באמצעות הפייסבוק עם חלק ממועדוני הנתבעות, במסגרתן ניסה להזמין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

מקום לו ולחבריו. התובע נשאל על הרכב הקבוצה וגילאי הגברים והנשים בה. כאשר נתברר, שוב, כי גילם של הגברים נמוך מ-22, סורבה ההזמנה. בחלק מהפאבים המדיניות לגבי הגילאים פורסמה במפורש בעמוד הפייסבוק של הפאב. לבסוף, הביא תובע הוכחות לכך שבחלק ממועדוני הנתבעות היו מועדים בהם גברים נדרשו לשלם עבור כניסה למועדון, בעוד נשים נכנסו ללא תשלום.

השאלה הראשונה שבה יש לדון היא האם חוק איסור הפליה חל על הפליה כנגד קבוצת הרוב. בעניין פרוז'אנסקי הוכרע העניין ונקבע כי גם גברים רשאים לתבוע בגין הפליה אל מול נשים באותה סיטואציה, אם כי השופטים נחלקו באשר להנמקה לכך (על כך להלן). עם זאת, עניין פרוז'אנסקי דן במקרה של תביעה אישית של גבר על פי חוק איסור הפליה. על כן ניתן לקבוע כי לתובע המייצג יכולה לקום זכות על פי החוק. אולם השאלה כיצד מבססים זכות זו, חשובה לעניין תובענה ייצוגית, לצורך הגדרת הקבוצה. בכך אדון בפרק הבא.

על כן ניתן לסכם ולקבוע כי לתובע עילת תביעה אישית בגינה ניתן להגיש תובענה ייצוגית.

4.2. האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

(סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות)

התנאי השני נוגע לחברי הקבוצה. התובע הוכיח כי מדיניות הפאבים של הנתבעות הייתה לאפשר כניסת נשים מגיל 18 וגברים מגיל 22, כמו כן הוכח כי היו מועדים בהם פורסם כי נשים יזכו לכניסה חינם, בעוד על גברים יהיה לשלם דמי כניסה. על כן השאלה אם בעובדות אלו, שאינן שנויות במחלוקת, מדובר בהפליה אסורה על פי חוק, ואם כן מהו הפיצי הראוי במקרה זה, הן שאלות משותפות. השאלה מי הם חברי הקבוצה לעניין זה. כאן המקום לעמוד על השאלה מהו הבסיס הרעיוני לאפשר לחברים מבין הקבוצות החזקות על פי חוק איסור הפליה לתבוע.

4.2.א. תכלית חוק איסור הפליה: על מי מגן החוק

חוק איסור הפליה נועד למנוע את הפליה של קבוצות ה"מועדות" להפליה (נשים, ערבים, מזרחיים, חברי וחברות הקהילה הגאה ועוד). אולם, החוק אינו מגביל בלשונו את אפשרותם של בני קבוצות אלו לתבוע. בעניין פרוז'אנסקי נחלקו השופטים באשר לבסיס הרעיוני למתן אפשרות תביעה לבני הקבוצה ההגמונית. באותו מקרה, כיון שמדובר היה בתביעה אישית, לא נדרשה הכרעה ועניין זה הושאר בצריך עיון. אולם, במקרה של תובענה ייצוגית יש לכך חשיבות לעניין הגדרת הקבוצה.

כב' השופט יורם דנציגר, עמד על כך ראשית, כי לשון החוק ברורה וחד משמעית והיא, כלשונו (פסקה 21): "אינה מבחינה בין קבוצות לגביהן מתקיימת היסטוריה של הפליה לבין קבוצות שלא סבלו מהפליה היסטורית". עוד הדגיש כי קידום השוויון ושמירה על כבוד כל בני האדם, מחייבת פרשנות זו (שם, בפסקה 23). כב' השופט יורם דנציגר הוסיף וקבע כי מכל מקום, ההבחנה הגילאית על פי מין מבוססת גם על סטראוטיפים כנגד גברים והוסיף כי מיגור התפישות הסטריאוטיפיות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

כלפי קבוצות אוכלוסיה חזקות יוביל בסופו של יום אף למיגורן של תפישות סטריאוטיפיות ביחס לקבוצות אוכלוסיה חלשות (שם בפסקה 24 לפסק דינו).

לעומתו, כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה, סלים ג'ובראן, סבור כי הגישה לפיה יש לאפשר בכל מקרה לבני הקבוצה ההגמונית לתבוע, ובכך למנוע כל הפליה שאינה מבוססת על שונות רלוונטית או על העדפה מתקנת אינו נקי מקשיים (עמ' 36 לפסק הדין תחת הכותרת: "זיהוי קבוצת השוויון"). בהקשר של חוק איסור הפליה, והשוויון במגזר הפרטי סבור כב' השופט ג'ובראן כי יש לקחת בחשבון את יחסי הכוח בהכרעה האם ליתן זכות תביעה לחברי הקבוצה ההגמונית, אולם הוא משאיר זאת בצריך עיון. זאת, כיון שלדבריו, במקרה זה: "אף שהפגיעה הנחזית במקרה שלפנינו היא בגברים, הרי שהפגיעה העמוקה יותר המגולמת במדיניות המועדון היא בנשים", ולכן, מתן זכות תביעה לגברים, תגשים את מטרת חוק איסור הפליה שהיא מתן מעמד שווה לנשים (שם בעמ' 40). השופט ג'ובראן ממשיך ומפרט את הסטריאוטיפים הנשיים העולים מפרקטיקות אלו, וקובע כי: "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".

היינו, זכותם של הגברים לתבוע, נובע מהפגיעה בנשים דווקא (לדיון בשאלות אלו בהקשר לפסק הדין ראו: מיטל פינטו, "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי", משפט ועסקים טז, 109, 110 (תשע"ד-2013, להלן: פינטו, מהותו של השוויון), משה כהן-אליה, "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים", בתוך: זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית, 497, 516 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל, עורכים, תשע"ו-2016), להלן: כהן-אליה, פוליטיקת הגועל). לדיון בשאלות דומות לאור פסק הדין בת"צ (מחוזי מרכז) 8214-05-14 רונן מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 30.08.2016, להלן: עניין מירב נ' איי.די.איי.), ראו: דני סטטמן, "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה", עיוני משפט מב' 1 (ייתכנו שינויים במספרי העמודים לכשיתפרסם הכרך המודפס, תשע"ט-2019, להלן: סטטמן, פעולה מיטיבה); רונן אברהם, "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו – תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן, "עיוני משפט מב', עמ' 18-19 למאמר (ייתכנו שינויים במספרי העמודים לכשיתפרסם הכרך המודפס, תשע"ט-2019, להלן: אברהם, פעולה מיטיבה תגובה עמ' 18-19 למאמר); תמר קריכלי-כץ, "אי-שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית – מחשבות בעקבות פסק-הדין בעניין מירב נ' איי.די.איי.", עיוני משפט מב' (מספרי העמודים ישתנו עם יציאת הרך המודפס לאור, תשע"ט-2019, ניתן לצפייה: https://law.tau.ac.il/sites/law.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Law_Review/Vol_ume42/2Kricheli-Katz.pdf, להלן: קריכלי-כץ, אי שוויון מגדרי), וכן דני סטטמן, "הפליה, סטריאוטיפים והמשימה של יצירת חברה צודקת יותר – תשובה לפרופ' רונן אברהם ולד"ר תמר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

קריכלי-כץ", עיוני משפט מב (ייתכנו שינויים במספרי העמודים לכשיתפרסם הכרך המודפס, תשע"ט-2019, להלן: סטטמן, הפליה).

2.4.ב. פגיעה באוטונומיה כבסיס רעיוני לתביעה ע"י חברי הקבוצה ההגמונית

כאשר מדובר בתובענה ייצוגית יש להכריע בשאלות אלו, שהושארו בצריך עיון בעניין פרוז'אנסקי, ולא הוכרעו גם בפסק הדין בעניין קול ברמה, שכן באותו עניין התובעות נמנו על הקבוצה המוחלשת שהודרה. הצורך בהכרעה זו בתובענה ייצוגית נוגע להגדרת הקבוצה, ממנה נגזר גם שיעור הנזק. יהיו מקרים, בהם יהיה קושי לטעון כי התנהלות מסוימת מחזקת סטראוטיפים גם כנגד חברי הקבוצה ההגמונית (ראו מאמריהם של סטטמן, קריכלי כץ ואברהם לעיל). מנגד, אם נאמר כי הנזק נגרם לקבוצה המוחלשת, ולאור הפגיעה בחברה בכללותה, ניתן גם לבני הקבוצה ההגמונית לתבוע, הדבר יעורר קשיים באשר להגדרת הקבוצה הנפגעת ולנזק שנגרם, כאשר מדובר בתובענה ייצוגית.

לטעמי, ניתן לבסס את זכותם של חברי הקבוצה ההגמונית לתבוע על פי חוק איסור הפליה, על פגיעה באוטונומיה, כחלק מפגיעה בכבודם. שכן, בישראל, נקבע כי השוויון הוא חלק מכבוד האדם (ראו לעניין זה: דליה דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם" בתוך: ספר שמגר – מאמרים א' 9, 22-23 (אהרן ברק, עורך, 2003); אורית קמיר, "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט יג' 263, 280 (2008)).

כב' השופט אדמונד א. לוי קבע דברים היפים לעניין זה בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 780 (2006):

"עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכוחו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכל מימוש... דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של... תחושתו כי פעולותיו הרציונליות מניבות תוצאות נטולות שרירות, ובבטחוננו, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו"

לכאורה דברים נשגבים שאין מקומם בהחלטה בעניין גיל מינימלי בכניסה למקום בילוי או תשלום דמי כניסה. אולם, הדברים יפים גם לעניין זה. התובע, גבר, ביקש לבלות בפאב עם בנות גילו, זהו רצונו, זוהי בחירתו, אין לפגוע בכך על בסיס השתייכות קבוצתית, גם אם מדובר בקבוצה ההגמונית.

פרופ' אמנון רייכמן, במאמרו: "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילה המוסרית" משפט וממשל ז' 469, 508 (2004), מציע לראות זכות תביעה לכל אדם, כולל לחברי הקבוצה ההגמונית, במקרים של:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 "מעשה או מחדל הסותרים את מערכת היחסים שקמה במסגרת הסטטוסים
2 השונים מתוכם פועלים בני האדם בחברה האזרחית, מהווים פגיעה בביטוייה של
3 החברות השווה בקהיליה המוסרית, ולפיכך מהווים פגיעה בביטוי של כבוד האדם.
4 מכאן ניתן לפתח עילות תביעה ספציפיות הנשענות על מערכות יחסים אלו".
5

6 היינו, התחשבות במאפיינים, כגון מין, שאינם נוגעים לשירות המתבקש, מהווה פגיעה בהתייחסות
7 הראויה לכל בני האדם החפצים בקבלת השירות, הן אלו הנמנים על הקבוצה ההגמונית, הן אלו
8 הנמנות על הקבוצה המוחלשת. במקרה זה ניתן לומר כי התחשבות במינו של התובע כדי לשלול
9 ממנו הטבות (כניסה מגיל 18, וכניסה חנם במועדים מסוימים), כיון שאינו קשור למהות השירות,
10 פוגעת בכבודו.
11

12 פרופ' אמנון רייכמן מוסף, שם בעמ' 515, דוגמא לעניין מתן שירות או מכירת מוצר היפה לענייננו:

13 "כאשר ההתקשרות היא של בעל מקצוע, אשר מקצועו מאורגן סביב התקשרות
14 שאינה מערבת את המרכיבים האישיותיים של המתקשרים ואיננה נתפשת כסוג
15 של קשר חברתי...ניתן לומר כי המקצוע מושתת על חברים בקהיליה באשר הם....
16 מכיוון שמקצועות אלו מהווים את עמוד השדרה של השוק, מגדירים את הלקוח
17 באופן מופשט, הרי ההחלטה שלא להתקשר עם פלוני משום היותו ערבי או יהודי,
18 גבר או אישה, משמעה המעשי כי נשלל או נפגע הביטוי לחברותו של היהודי או
19 הערבי, הגבר או האישה, בקהיליית בני האנוש. הערבי או היהודי, הגבר או האישה,
20 אינם זוכים לביטוי החברות בקהילייה, שלו זוכה הלקוח המופשט ממרכיבי זהות
21 קבוצתיים אלו. זהו מצב של פגיעה בכבוד האדם. ושוב – פגיעה זו איננה מושתתת
22 בהכרח על השפלה או על מסר כלשהו של נחיתות. היא מושתתת על הדרה –
23 *exclusion* - ממערכות היחסים...."
24

25 ובעמ' 520:

26 "כבוד האדם תוחם אפוא את גבולותיהן של זכויות משפטיות הנובעות מן
27 האוטונומיה של הפרט באופן שזכויות אלה אינן כוללות את הכוח לכונן כללים
28 המפלים בין אדם לרעהו בקונטקסט של פעילות כלכלית א-פרסונלית, כגון מסחר
29 המושתת על ספק ולקוח מופשטים. הפליה זו משמעה פגיעה בביטוי של החברות
30 בקהיליה המוסרית, דהיינו פגיעה בכבוד האדם".
31

32 בדומה, מדגיש משה כהן אליה היבט זה של החוק במאמרו: "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור
33 הפליה במוצרים ובשירותים", עלי משפט ג', 15, 30 (תשס"ג, להלן: כהן אליה, החירות והשוויון):

34 "עניינו של החוק הוא במקומות ציבוריים ובשירותים המוצעים לציבור הרחב. אמנם
35 החוק מרחיב את תחולת איסור הפליה על גורמים פרטיים חוץ-מדינתיים, אולם
36 מדגיש מאוד את מאפיינה הציבוריים של הפעולה המוגבלת."
37

38 אני סבורה כי חוק איסור הפליה מבוסס על העקרון האמור, לפיו על כל מי שנותן שירות או מוכר
39 מוצרים לציבור, להציע את השירותים והמוצרים לכל אדם באשר הוא אדם. סירוב לעשות כן, פוגע
40 בכבוד האדם של כל מי שסורב, בין אם הוא חבר בקבוצה המוחלשת שנוטים להפלות או שהופלתה
41 מבחינה הסטורית (נשים במקרה זה) ובין אם בקבוצה ההגמונית, החזקה חברתית בזמן נתון (גברים
42 במקרה זה).
43



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

אני ערה לביקורת לפיה ביסוס איסור הפליה על תפישות ליברליות של אינדיווידואליזם, אוטונומיה ואוניברסליות פוגעים בבני הקבוצה המוחלשת, שגם אם אין מניעה חוקית לפעילותם, הם חסרים כוח ומשאבים בשל היותם חברים בקבוצה מוחלשת (ראו: יפעת ביטון, "על שלושה דברים העולם (הליברלי) עומד, והשוויון צולע", **עבודה חברה ומשפט** טו, 55 (2018). כן ראו **EEOC v. Sears**, 504 F. Supp. 241 (1980), שם נקבע שנשים אינן מופלות במסגרת תעסוקתית בה הרוויחו פחות מגברים משום שבחרו, במסגרת האוטונומיה שלהן במשרות מתגמלות פחות, שכן אינן חפצות במתח ובתחרותיות שבתפקידי ניהול). אולם. דבריי שלי מכוונים להצדקת אפשרות התביעה של הקבוצה ההגמונית לפי חוק איסור הפליה, כאשר אין מדובר בהעדפה מתקנת (בה אדון להלן), ולא לביסוס איסור ההפליה עצמו.

ביסוס חוק איסור הפליה על הפגיעה בכבוד כנובעת מעצם היחס הלא שוויוני מאפשרת לפצות על נזק שנגרם בעת הפרת זכויות וחובות הנשענות על האוטונומיה של האדם, נזק שאינו תלוי בהשפלה, ומונע את הוויכוח האם סטראוטיפ מגדרי מסוים כרוך בהשפלה של הנחשפים אליו אם לאו (ראו הדיון אצל **סטטמן**, **פעולה מיטיבה**, **אברהם**, **פעולה מיטיבה תגובה ו-סטטמן הפליה**, שם חלוקים המחברים סטטמן ואברהם בשאלה האם חשיפה לפוליסה בעניין **מירב נ' איי.די. איי**, המקנה לנשים זכות להחלפת צמיג חינם, בעוד על גברים לשלם עבור כך, משפילה או גורמת נזקים נפשיים). כך ניתן לומר, גם במקרה **מירב נ' איי.די. איי**, כי גברים מודרים מהטבה מסוימת (החלפת גלגל חינם במסגרת תשלום על שירותי דרך) בשל היותם גברים, כאשר הדיון הוא רק בשאלה האם ההבחנה בין גברים לנשים לעניין החלפת צמיג היא רלבנטית.

במקרה זה כל הגברים בני 18-22 שרצו להגיע לגברים של הנתבעות ולא עשו כן לאור מדיניותן לפיה מנועה כניסתם של גברים (לעומת נשים) בגילאים אלו, כמו גם גברים בגילאים אלו שהגיעו בפועל לפאבים של הנתבעות ונמנעה כניסתם, וכן גברים שנאלצו לשלם דמי כניסה, במועדים בהם נשים לא חויבו בכך לא קיבלו שירות או הטבה רק בשל מינם ובכך נפגע כבודם והם רשאים לתבוע.

כעת יש לבחון האם מדובר בהפליה אסורה על פי החוק. לכך אפנה עתה.

4.3. האם יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו לטובת הקבוצה

כדי לבחון שאלה זו יש לבחון האם התנהלות הנתבעות מהווה הפליה אסורה או שמא מדובר באבחנה מותרת או העדפה מתקנת.

4.3.1. מהי הפליה אסורה

הפליה היא כל הבחנה על בסיס שיוך קבוצתי, אלא שלא תמיד הפליה היא הפליה אסורה. הבחנה בין קבוצות המבוססת על שוני רלוונטי אינה מהווה כשלעצמה הפליה (ראו: בג"ץ 8487/03 **ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 296, פסקה 23 לפסק הדין, (2006); בג"ץ 11956/05 **סוהאד**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בשורה נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, פסקה 8 לפסק הדין, 2006); לניתוח הפסיקה בהקשר זה ראו: ברק מדינה, "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה "לנטרל את השונות", בתוך: ספר שטרסברג כהן, 203, 207 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי, עורכים, תשע"ו-2017, להלן: מדינה, שוויון ואיסור הפליה).

על מנת לבסס טענת הפליה המהווה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, יש להצביע על קיומה של הבחנה בלתי מוצדקת. התייחס לכך כב' המשנה לנשיא (כתוארו דאז) השופט אהרן ברק בעניין דנילוביץ, בעמ' 762:

"דין נתון יוצר הפליה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה (חוסר שוויון עובדתי), מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, בלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין. ביסוד ההפליה מונחים אפוא גורם השרירות, חוסר הצדק וחוסר הסבירות."

הפליה אסורה הינה במקרים בהם ההבחנה, גם אם היא מבוססת על שונות בתכונות רלבנטיות, היא מפרה אילוץ מוסרי, שכן היא מבטאת התייחסות לאנשים שלא כאל שווים (מדינה, שוויון ואיסור הפליה, בעמ' 213, עוד על התפתחות פסיקת בית המשפט ביחס להפליה, ראו ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, 275 (2016)). הפליה אסורה היא מדיניות שפוגעת באוטונומיה של אדם לפעול כשהוא חופשי מגבלות שהחברה מטילה עליו בגין מאפיינים הקשורים לזהותו, כגון צבע עורו, מוצאו העדתי, המגדר שלו וכיו"ב.

מדיניות כגון זו שהונהגה על ידי הנתבעות אינה ייחודית או חדשה. בפסיקתנו ובפסיקה הזרה, ניתן למצוא דוגמאות למקרים דומים, בעבר הרחוק יותר או פחות, להפליה של גברים ככלל, או גברים בקבוצות גיל מסוימות בהקשרים שונים: הפליה בכניסה למועדונים כבענייננו (ראו עניין פרוז'אנסקי); הפליה במסגרת האיסור לרכוש משקה אלכוהולי מסויים (Craig v. Boren, 475 U.S. 819 (1976) (Governor of Oklahoma)); (להלן: Craig v. Boren); הפליה בדמות Ladies night - ערב במסגרתו נשים מורשות להיכנס חנם או לרכוש משקאות במחיר מוזל, בעוד הגברים משלמים מחיר מלא (Hollander v. Copacabana Nightclub, 624 F.3d 30 (2016) (להלן: Hollander)); הפליה בדמות מתן הנחות לנשים בעסקים לשטיפת מכוניות, המכונה גם Ladies Day (ראו: Koire v. Metro Car Wash, 40 Cal. 3d 24 (1985) (להלן: Koire)); הפליה בשעות הרחצה הנפרדת בבריכה, ועוד דוגמאות שבחלקן עוד אדון בהמשך. ברוב המקרים שצוינו לעיל, הפרקטיקה המפלה נאסרה.

4.3.2. החריגים לאיסור הפליה

ישנם שני חריגים, הרלוונטיים לענייננו, לאיסור הפליה. הראשון, הקבוע בסעיף 3(ד) לחוק ולפיו לא יראו בהבחנה הפליה: "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי" (שני החריגים האחרים הקבועים בסעיף זה אינם חלים בענייננו). השני, הינו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

מקרה של העדפה מתקנת, כאשר מדובר בהפליה לטובה של הקבוצה המוחלשת, שאז נקבע, אין
מדובר בהפליה אסורה. לעניין העדפה מתקנת לנשים הדבר נקבע בסעיף 1(ב) לתיקון חוק שיווי
זכויות האישה.

טענות לקיום חריגים אלו מועלות תדיר בתובענות לפי חוק איסור הפליה (ראו למשל: בש"א (מחוזי
באר שבע) 5315-08 נדב להט נ' 008 הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2011, להלן: עניין להט), שם
נקבע מחיר כניסה גבוה לגברים, ונטען כי מדובר הן בשונות רלוונטית הן בהעדפה מתקנת. טענה
דומה של אבחנה מתקנת לעניין כניסה ללא תשלום לנשים למועדון, בעוד הגברים שילמו, עלתה גם
בת"ק (שלום ירושלים) 3043/09 איתאל גבעון נ' ארז תימור (כב' השופט אברהם טננבוים, פורסם
בנבו, 5.5.2010, להלן: עניין תימור), בעניין פרוז'אנסקי נדונה בהרחבה טענת השונות הרלוונטית
(על כך להלן).

4.3.3. שונות רלוונטית - הבחנות לגיטימיות בין נשים לגברים

כפי שציינתי לעיל, חוק איסור הפליה מחריג אבחנה, בין היתר על פי מין: "כאשר הדבר מתחייב
מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי".

כמו השוויון גם ה"שונות הרלוונטית" היא מושג עמום למדי. בעניין אליס מילר כב' השופטת דליה
דורנר עמדה על כך שההגדרה הקלאסית של אריסטו על יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, אינה
כוללת אמות מידה לקביעת הרלוונטיות של השונות.

אציין כי אריסטו עצמו, שקבע עקרון זה, חשב כי ההבדלים בין נשים וגברים מחייבים התייחסות
שונה, ואין מדובר בהתייחסות שווה לשווים:

"excellence of character....the temperance of a man and of a woman, or
the courage and justice of a man and of a woman, are not. As Socrates
maintained, the same: the courage of a man is shown in commanding,
of a woman in obeying"

Aristotle, The Politics 19 (Stephen Everson ed. & Benjamin Jowett trans.
1988).

בבג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 2010), מציינת
כב' השופטת איילה פרוקצ'יה (בפסקה 3 לפסק דינה) כי: "מהו שווה ומהו שונה לצורך עניין זה
אינו תמיד קל להבחנה". פינטו, מהותו של שוויון, מתייחסת גם היא לכך באמרה (שם בעמ' 110):

"הקושי הטמון בעקרון השוויון האריסטוטלי הוא אפיסטמי. הוא נעוץ בכך שעקרון
השוויון האריסטוטלי אינו מציע קריטריון שבעזרתו נוכל לדעת כי התכונה המסוימת
שעל בסיסה נעשתה ההבחנה אכן הופכת אותה לרלוונטית ולצודקת. עקרון השוויון
האריסטוטלי אינו אומר דבר על מהותו של קריטריון הזכאות הראוי לחלוקה של
טובים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

עקרון השוויון המהותי מוסיף על השוויון האריסטוטלי מבחנים שקריטריון הזכאות צריך לעמוד בהם כדי להוות קריטריון רלוונטי. הוא מצביע על תכונות החשודות כתכונות מהותיות ביחס לחלוקת טובים בחברה, כגון מין וגזע, ואוסר הבחנות המתבססות עליהן....".

סוזי נבות ומורן קנדלשטיין-היינה, "העדפה מתקנת כ'הפליה חוקתית'", בתוך: ספר אליהו מצא 151, 145 (עורכים: אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעד, 2015, להלן: נבות והיינה, העדפה מתקנת), מציעות לקבוע כי שונות תהא רלוונטית אם ההבדל הקיים בין פלוני לאלמוני מחייב "כשלעצמו ומעצם טיבו וטבעו, מתן יחס נבדל בהקשר הקונקרטי". המחברות ממשיכות ומפרטות את המבחן המוצע (שם בעמ' 152):

"ההבדל הקיים בין פלוני לאלמוני יכול להיות גנרי או פונקציונלי. בכל מקרה ומקרה יש להראות כי להבדל זה יש קשר ענייני והדוק למקרה הקונקרטי. השאלה אם יש שונות רלוונטית בהקשר קונקרטי היא שאלה אובייקטיבית-ניטרלית, אולם היא עדיין שאלה פרשנית. נדרשת זיקה קונקרטית וישירה כדי לאפשר מתן יחס שונה שלא יהא בו משום הפליה. כך לדוגמה השוני הביולוגי שבין גברי לבין נשים לא ייחשב בכל הקשר שהוא שוני רלוונטי קונקרטי. אם מדובר ביחס שונה המוענק ישירות בשל תפקיד הרבייה של הנשים, למשל האפשרות הניתנת לאישה להיעדר מהעבודה בשל טיפולי פוריות, אין בכך משום פגיעה בשוויון שבין גברים לבין נשים. כדי להגשים את עקרון השוויון בהקשר האמור יש צורך לנקוט יחס שונה. לעומת זאת, לשיטתנו, אין שוני רלוונטי בין גברי לבין נשי לעניין משך השירות הצבאי הסדיר. אין אנו סבורות כי השוני הביולוגי יכול להיחשב בהקשר זה רלוונטי.... השוני החברתי הקיים בין נשים לבין גברים... אינו בבחינת שוני רלבנטי".

אני סבורה כי ראוי לאמץ מבחן זה. היינו, יש לקבל אבחנה המבוססת על הבדלים ביולוגיים מתחייבים, ולהתעלם ממצב חברתי נתון, שלעיתים קרובות, הוא עצמו תוצאה של הפליה מתמשכת.

3.3.4. א. בסיס ביולוגי מתחייב או מוסכמות חברתיות מבוססות סטראוטיפים

הן בספרות, הן בפסיקה, בארץ ובעולם, נדונה השאלה, מתי מוצדקת הבחנה על בסיס מין. אחד הפרמטרים שנקבעו הוא כי הבחנה המבוססת על הבדלים ביולוגיים מוכחים (תוחלת חיים גבוהה יותר של נשים, הריון ולידה) היא מוצדקת, אם ההתחשבות הוא בנתון הביולוגי עצמו, בניגוד למצב הדברים בחברה בזמן נתון (אף אם חלקה היא תוצאה של סטראוטיפים שנגזרו מהנתונים הביולוגיים (כך, למשל, שנשים מרוויחות פחות כי הן עוסקות יותר בגידול הילדים). היינו, כאשר מדובר במצבן החברתי של נשים כיום, המבוסס לעיתים על הפליה מתמשכת, אין להתחשב בכך.

ברור שנשים וגברים שונים זה מזה בפיזיולוגיה שלהם. אולם, אייהשוויון המגדרי אינו נשען רק על הבדלים פיזיולוגיים מסוימים, אלא מבליט ומעצים את אותם הבדלים ומדגיש בעיקר את המשמעותיות החברתיות שלהם. על כן יש להתעלם מהבדלים חברתיים שאינם מתחייבים מהשונות הפיסיולוגית עצמה, ונובעים מכך שאותם הבדלים מביאים להתייחסות שונה לגבי משאבים, סטטוס וכוח.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בנוסף, נקבע כי גם אם יש שונות רלבנטית בין גברים לנשים, הבחנה ביניהם צריכה להיות מידתית. בעניין אליס מילר בית המשפט ייחד את אכיפת הזכות החוקתית לשוויון למקרים שבהם ההבחנה בין בני אדם (באותו מקרה בין נשים לגברים) מבוססת על השתייכות לרצועה חברתית מובהקת. היינו, אין לקבל אבחנה המבוססת על יסוד מציאות חברתית שניתן וחובה לפעול לשנותה (ראו דברי כב' השופט שטרסברג כהן בעניין מילר, שם בעמ' 121. לניתוח הפסיקה בהקשר זה ראו: **מדינה, שוויון ואיסור הפליה**, שם בעמ' 210).

על כן נעשה ניסיון לאבחן בין אבחנה על בסיס תפיסות סמויות, סטריאוטיפיות, שאינן מהוות הצדקה להפליה, לבין אבחנות לגיטימיות. חלק מההטיות או התפישות כלפי נשים וגברים מבוססים על מנגנונים מוסדיים אשר פעלו מכוח דעה קדומה והניעו תהליך שיצר פעמים רבות את האמונה - גם בקרב בני הקבוצה עצמה - כי פערים מסוימים הם "טבעיים", בעוד שלמעשה אין הם אלא שיקוף של דעות קדומות אשר השתרשו בחברה (על הצורך בחשיפת מנגנונים מורכבים וסמויים כדי למגר את ההפליה כנגד נשים ראו: Catharine A. MacKinnon, **Toward a Feminist Theory of the State**, Harvard University Press (1989)).

כך, למשל, בבג"ץ 104/87 ד"ר נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990), נקבע כי חיובה של אישה לצאת לגמלאות בגיל מוקדם מזה של גבר מהווה הפליה. בפסק הדין מביא בית המשפט, כב' השופט גבריאל בך, את הנימוקים שהובאו לתמיכה בטענה כי מדובר בהבחנה ראויה (שם בפס' 4):

"בא-כוחה המלומד של המשיבה טוען, כי סעיף 6 [בחוקת הפנסיה שחייב זאת] מהווה פריווילגיה, בכך שהוא למעשה מעניק לאישה הטבה. לדידו, הסעיף אף מקדם את השוויון בין המינים בכך שהוא מקל על האישה, שכן גיל פרישה מוקדם מפחית מן האישה עומס יתר, אשר נוצר עקב כך שהאישה העובדת הינה גם אם ורעה".

בית המשפט לא קיבל טיעון זה ועמד על כך שאין לתת גושפנקא לעומס היתר המוטל על נשים, בשל כך שהן היחידות שנושאות בנטל הבית וגידול הילדים, ומדגיש את ההשפעות השליליות של יציאה לגמלאות, בעיקר על נשים, שסטטיסטית עובדות פחות שנים. היינו, בית המשפט אינו מתחשב במצב הקיים לפיו נשים עובדות במקביל לנשיאה בעול הבית והמשפחה, שכן מצב דברים זה הינו עצמו תוצאה של הפליה מתמשכת, סמויה או גלויה, ואינה מתחייבת מההבדלים הביולוגיים בין גברים לנשים. כפי שמציינת קריכלי-כץ, אי שוויון מגדרי בעמ' הרביעי למאמרה:

"לפערים המגדריים במשאבים ובכוח נלווים פערי סטטוס בין נשים לגברים. פערים אלה נעוצים בסטריאוטיפים המגדריים, קרי, באמונות ובתסריטים התרבותיים המשותפים שלנו לגבי מי הן נשים ומי הם גברים, מה ההבדלים ביניהם ואיזה סטטוס מוקנה להם. במובן זה, הסטריאוטיפים המגדריים מעניקים לגיטימציה למערכת איהשויון המגדרי. הם מצדיקים את הפערים בחלוקת המשאבים והכוח בחברה, בשוק ובמשפחה באמצעות אמונות לגבי ההבדלים בין נשים לגברים. במילים אחרות, הסטריאוטיפים המגדריים מסבירים מדוע איהשויון המגדרי מתקיים (למשל, משום שגברים "מסוגלים" או "מוכשרים יותר" בשוק העבודה או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

משום שנשים "טובות יותר בטיפול בילדים"), ובכך הם גם מצדיקים את איהשוויון המגדרי ומובילים להעמקתו.

בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"מ (5) 501 (1994), להלן: עניין שדולת הנשים הראשון), נאמר לעניין זה:

"הואיל והפלייתן של נשים בחברה המודרנית הינה, בעיקרה, תופעה המושרשת בתפיסות סמויות, חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטוס-קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית."

שימוש בסטריאוטיפים יוצר "מעגל קסמים" המנציח את אותה הפליה ומאפשר את המשך קיומה (ראו פסק דינו של כב' השופט יצחק זמיר בעניין רקנט, שם בעמ' 335):

"המוסכמה החברתית היא הקרקע שעליה צומחת ההפליה החברתית: הפליה מחמת גזע, דת, ארץ מוצא, מין ועוד. הסטריאוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה."

בדיון הנוסף בעניין רקנט (דנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330, 351 (2000) הוסיף לעניין זה כב' השופט, לימים הנשיא אהרן ברק: "אין לך קרקע פורייה יותר להפליה מאשר סטריאוטיפים שפותחו במשך השנים.... התחשבות בסטריאוטיפים שומטת את הקרקע מתחת למבחן הרלוונטיות עצמו".

בשנת 2000, ניתן פסק הדין בבג"ץ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו (6) 663, 760 (2002), שם נדונה הסכמה של אחיות לצאת לפרישה מוקדמת בתנאים מפלים. כב' השופט, לימים המשנה לנשיא, מישאל חשין, הביא את הדברים שנאמרו בעניין נבו עמד על חלופ הזמן שלא הביא עימו את השינוי המיוחל, והדגיש כי יש להמשיך ולעשות כל מאמץ כדי לשרש סטריאוטיפים אלו:

"דברים אלה, דברים שיש בהם גם רגש גם תבונה [עניין נבו], נכתבו בחודש אוקטובר 1990. פסק-הדין של בית-הדין הארצי לעבודה בענייננו נכתב במחצית השנייה של שנת 2000 – כעשר שנים לאחר דבריה של השופטת נתניהו – וכיום מצויים אנו באמצעה של שנת 2002, כשתים-עשרה שנים לאחר פסק-הדין בפרשת נבו. וכמו מאומה לא נשתנה. כמו מאומה לא נשתנה לא אך מאז פרשת נבו אלא מאז ימי-קדם, שעה שהגבר היה השליט האחד והיחיד במשפחה ובחברה; האישה עשתה את רצונה, כנועה וממושמצת; כבודה של בת-מלך הייתה פנימה וכבודו של בן-המלך הילך ורעם מקצה העולם ועד קצהו. אם גוף מכובד כסוכנות היהודית נהג כפי שנהג, ואם בדרך זה הלכה גם קופת חולים הכללית, אף היא גוף מכובד בקהילתה, כנראה ענייננו בצופן הגנטי של החברה, צופן גנטי המורה אותנו כי אישה נחותה מגבר. ואם זה הוא אמנם הצופן הגנטי של החברה, נדרשים אנו, כמסתבר, למוטציה מעשה ידי-אדם. מוטציה זו נעשה אנו – בתי-המשפט – בעקביות ובעקשנות, עד אם ידעו הכול כי זכויותיה של אישה הן כזכויות הגבר, אף לא כחוט השערה פחותות מהן. כך נעשה, כך נמשיך ולא נרפה. ויבָּרַךְ אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצִלְמוֹ בְּצִלְם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ זָכָר וְנִקְבָּה בָּרָא אֹתָם (בראשית, א, כז). על פסוק זה נאמרו דברים אלה בבג"ץ שדולת הנשים השני (שם, בעמ' 663):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

גם הזכר גם הנקבה נבראו – יחדיו נבראו – בצלם האלוהים. האישה והאיש אחד הם: גם היא אדם, גם הוא אדם, שניהם אדם. כך היה – כך ראוי היה; כך הווה – כך ראוי הוא; כך יהיה – כך ראוי שיהיה. נזכור ונשמור.
(הדגשה שלי – מ' א' ג').

בשנת 2008, בבג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2008, להלן: עניין אלחנתי), הובאו להכרעת בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, שתי עתירות שעניינן אחד – תביעה להשוואת שיעורי פנסיית השארים המשתלמים לאלמנים של מי שהיו חברות בקרן פנסייה מסוימת (מבטחים) לשיעורי פנסיית השארים המשתלמים על ידי אותה קרן לאלמנות של מי שהיו חבריה. בעתירה האחת (עתירת אלחנתי) נתקף סעיף 19 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, שהורה על ביטול חוק השוואת זכויות פנסייה לאלמן ולאלמנה, התשס"א-2000 (להלן – חוק השוואת זכויות). ביטול חוק זה החזיר לתוקפו את אי השוויון ששרר בשיעורי פנסיית השארים המשתלמים לאלמנים לאלה המשתלמים לאלמנות בקרנות הפנסייה הוותיקות, ובהן מבטחים. העתירה האחרת (עתירת פידלמן) הופנתה נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה שבו נקבע כי תקנה 35 לתקנות מבטחים מפלה שלא כדין בין אלמנים לאלמנות ולפיכך דינה בטלות. עוד נקבעה בעניין פידלמן בבית הדין הארצי לעבודה, בטלותה של הוראה הכלולה בתקנון האחיד שהכין המפקח על הביטוח הדומה להוראת תקנה 35 האמורה. בית המשפט העליון קבע כי עצם העובדה שגשים, כתיאור דיסקריפטיבי, משתכרות פחות, אסור לו להשפיע נורמטיבית ולאפשר שונות בזכויות הפנסייה. וכך נקבע (בסעיף 24 לפסק הדין, כב' השופטת, לימים הנשיאה, אסתר חיות):

"ראויה לציון העובדה כי כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת, וכפי העולה מדו"ח הוועדה, נדחתה העמדה שהציגו בפנינו הקרנות והמדינה לפיה יש הצדקה להסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בעניין פנסיית השארים בשל הפערים הקיימים בין נשים לגברים בשוק העבודה או בשל היותו אך משקף מציאות דיפרנציאלית קיימת בין נשים וגברים בישראל. דחייתה של גישה זו תוקפה עימה גם כיום וביתר שאת...

פערי שכר אלה אין בהם כדי להצדיק יחס שונה לאלמנים באשר לשיעור הפנסייה וזאת משני טעמים. ראשית, העובדה כי שכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים באה ממילא לידי ביטוי בחישוב פנסיית השארים המשתלמת כאחוז מתוך השכר הקובע של העמית והעמיתה. שנית, אף אם כטענת הקרנות הותיקות היחס השונה והזכויות השונות לאלמנים אינם אלא בבואה של מציאות הדברים כהווייתה והם נובעים מכך ששכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים, נראה כי קביעת שיעור הפנסייה לאלמנים בהתבסס על אותה מציאות יש בה משום השלמה עימה. השלמה כזו אך מעצימה את הפער הבלתי ראוי והבלתי מוצדק הקיים בין שכרן של נשים לשכרם של גברים והיא עלולה לתרום להנצחתו בעוד שראוי לפעול לעקירתו מן השורש... 'ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה' (...).

כב' השופטת חיות הוסיפה וקבעה (בפסקה 26 לפסק דינה):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

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

14
15 היינו נשללה טענה לאבחנה המבוססת על מצב דברים קיים, בשל היות המצב הקיים מהווה מציאות
16 בלתי רצויה שיש לפעול לשינויה, ואין לאפשר לבסס עליה שונות רלבנטית.

17
18 בבג"ץ 227/18 קיבאן חקנזרי נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר (פורסם בנבו,
19 26.03.2019) דובר בהבחנה המגדרית המתייחסת לגיל הפרישה שעד אליו עומדת הזכאות לקצבת
20 נכות. בית המשפט לא דן לגופה בהבחנה המגדרית והצדקותיה כיון שזו בוטלה ביחס לעמיתות
21 שהצטרפו לקרנות משנת 2015 ואילך, בעקבות הנחיה שהוציאה הממונה על שוק ההון, ביטוח
22 וחיסכון. הממונה נתנה הוראות שהסירו את החשש להפליה אף ביחס לעמיתות שהצטרפו לקרן
23 הפנסיה קודם לשנת 2015, ואשר מקרה הביטוח טרם התרחש לגביהן. לפיכך, קבע בית המשפט כי
24 הטענות כי מדובר בהבחנה מגדרית פסולה, רלוונטיות רק ביחס למבוטחות שמקרה הביטוח לגביהן
25 (אובדן כושר העבודה) התרחש לפני שנת 2015. ואולם, ביחס למבוטחות אלה תוצאת ההבחנה
26 המגדרית שנכללה בהנחיות שניתנו בעבר על ידי הממונה, היא בגדר "מעשה עשוי", שאין אפשרות
27 להורות על תיקונו. עוד נקבע כי לא ניתן לטעון לעניין זה כנגד קרנות פנסיה שפעלו בהתאם להנחיות
28 הממונה. בית המשפט אמנם השאיר את שאלת האבחנה המגדרית בעניין זה בצריך עיון, אולם, כב'
29 השופט עופר גרוסקופף ציין (פסקה 9 לפסק דינו) כי:

30 "לגופה של השאלה האם יש להתיר הבחנה מגדרית בעניין זה ניתן להעלות טיעונים
31 לכאן ולכאן, וזאת בשים לב לכך שמחד גיסא הפליה מגדרית בתנאי הביטוח
32 תתאפשר רק במקרים נדירים, בהם הדבר מחויב מאופיו וממהותו של השירות
33 הביטוחי בו מדובר (ראו סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה
34 למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000....) ומאידך גיסא הבחנה
35 מגדרית ביחס לגיל הפרישה עודנה נהוגה במדינת ישראל (גיל הפרישה לגבר כיום
36 הוא 67 וגיל הפרישה לאישה הוא עדיין 62, למרות שהחוק כולל אפשרות להעלותו
37 ל-64. ראו סעיפים 3 ו-6-9 לחוק גיל פרישה)."

38
39 לאחר פסק דין זה נדון מקרה נוסף בבית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 26328-09-14 הראל
40 חברה לביטוח בע"מ - מירב תותי אשבל (פורסם בנבו, 03.12.2019, להלן: עניין אשבל), שם נדונו
41 פוליסות ביטוח מנהלים בהן נהגו חברות הביטוח לזכות מבוטחות נשים, בהגיען לגיל הפרישה,
42 בגמלה חודשית נמוכה מזו שמקבל מבוטח גבר בנתונים זהים ונימקו זאת בתוחלת החיים הארוכה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

יותר של נשים. במקביל, כך נטען באותה תובענה, חברות הביטוח גובות מנשים פרמיה בגין רכיב הריסק בשיעור זהה לזה הנגבה מגברים, אף ששיעורי התמותה שלהן נמוכים בהרבה. נטען כי יש לבטל את ההבחנה בין נשים לגברים ברכיבי הגמלה והריסק, או לערוך הבחנה כזו "בשני הכיוונים". ביה"ד האזורי קיבל את הבקשה לאשר כתובענה ייצוגית את התובענה שבבסיסה טענת ההפליה האמורה. בית הדין הארצי הפך את ההחלטה וקבע כי נפסק כי קיימים סיכויים גבוהים לקבלת עמדת המערערות שלפיה הפוליסות הרלוונטיות אינן נגועות בהפליה פסולה, שכן ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה לא נשענת על תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות שיש לשרשן כדי לצמצם את אי השוויון המגדרי בחברה, אלא נבעה מטעמים ענייניים - החשש מאנטי סלקציה וכשל שוק בשל הפער בתוחלת החיים בין המינים, שהצדיקו חריגה מעקרון התעריף האחיד. בפסקה 58 לפסק הדין נקבע כי: "המערערות הוכיחו, ולו לכאורית, כי ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה, אינה הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת, הנשענת על ההבדלים המובהקים בין המינים בתוחלת החיים בגיל הפרישה", והוסיף, בפסקה 74:

"גם ההסתמכות על בג"ץ פידלמן מוקשית, וחסרה, בין היתר, את ההבחנה בין הטעמים להפליה שעמדו ביסוד ביטול ההוראות בתקנות מבטחים ובתקנון האחיד שם, ובין הטעמים להפליה בענייננו, שאותם, כאמור, נמנע בית הדין מלבחון לעומקם, אם בכלל. ההוראות המפלות בעניין פידלמן שיקפו מציאות סטריאוטיפית כלפי נשים שאין לה מקום, ואילו בענייננו כפי שיפורט בהמשך נשענים הטעמים להבחנה ברכיב הגמלה על תוחלת החיים הארוכה יותר של נשים, שהיא נתון אמפירי ולא ערכי, ועל כן אין לומר כי כרוכה בהבחנה זו השפלה כלשהי, העשויה להוביל למסקנה כי לפנינו הפליה פסולה."

והוסיף, במודגש, בפסקה 84:

נשוב ונדגיש בהקשר זה כי ההבחנה בין הנשים לגברים ברכיב הגמלה מבוססת על ההבדלים בין המינים לעניין תוחלת החיים, שלגופם אינם שנויים במחלוקת, ושהם – וזה העיקר – נתונים אמפיריים-מחקריים שאינם מבוססים על תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות שהנחתן עשויה להגביר את אי השוויון המגדרי בחברה. בהינתן טיבה זה של ההבחנה, אין כל מקום להשוות את ענייננו לפסקי הדין בעניין פידלמן, כפי שכבר קבענו לעיל, או לפסקי דין אחרים כגון עניין מירב ועניין פרוז'אנסקי, שעניינם הפליה פסולה שמקורה בסטריאוטיפים מגדריים המעמיקים את אי השוויון בחברה. (הדגשה במקור)

כלומר, בית המשפט קיבל הבחנה המבוססת על הבדלים ביולוגיים מוכחים שאין בצידם סטריאוטיפים מגדריים.

סטריאוטיפים מגדריים תורמים להעמקה של אי השוויון המגדרי בשלושה מובנים עיקריים: הם משפיעים על ההתנהגות של נשים וגברים (שמתנהגים ומתנהגות "כמצופה" מהם ומהן, הם משפיעים על האופן שבו אנחנו מעריכים את ההתנהגות של נשים ושל גברים (עד שערכו מבחנים לתזמורות מאחורי פרגוד היו באופן בולט יותר נגנים בתזמורות), והם נותנים לגיטימציה לאי השוויון במשאבים ובכוח בין נשים לגברים (ראו: קריכלי קץ, אי שוויון מגדרי, בעמ' החמישי). חשוב להדגיש כי חלק מהסטריאוטיפים המגדריים משקפים ומעמיקים מציאות של אי שוויון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

שפוגעת בגברים, כך שמצופה מהם לשהות פחות בבית עם הילדים, נפוגעת בגברים שאינם נוהגים כ"מצופה" מהם.

התרומה של סטריאוטיפים להעמקת אי השוויון, מדגישה את הצורך לשלול פרקטיקות מסוג זה כאשר הן נכנסות בגידור של חוק איסור הפליה, שעלינו לפרש באופן רחב. כפי שמציין קריכלי קץ, אי שוויון מגדרי (בעמוד העשירי למאמר):

"העמדה של דיני איסור ההפליה שלפיה יש להתערב כדי לאסור לא רק הפליה נגד הקבוצה המוחלטת שסבלה הפליה היסטורית, אלא גם הפליה נגד הקבוצה החזקה, מאותתת כי גם להפליה לטובה של קבוצות מוחלטות עלולה להתלוות פגיעה חברתית חמורה עד כדי כך שהיא מצדיקה את הפגיעה בחופש החוזים של הצדדים. במילים אחרות, המשפט הפרטי נוטה להתערב במערכות היחסים החוזיות של צדדים אך ורק במקרים הנדירים שבהם קיימת סכנה לפגיעה של ממש בצדדים או בחברה בכללותה..... הבחירה של דיני איסור ההפליה להתערב גם במקרים שבהם ההפליה היא לרעת קבוצות חזקות מושתתת על ההנחה שתוצאותיה של הפליה כזו הן חמורות עד כדי כך שהן מצדיקות את הפגיעה בחופש החוזים של הצדדים. בכך בחירה זו מתיישבת עם הבנת אופני הפעולה של חלק ממערכות איה שוויון (דוגמת איה שוויון המגדרי) ועם כך שלעיתים הפגיעה בקבוצה החזקה והפגיעה בקבוצה החלשה כרוכות זו בזו ואינן ניתנות להפרדה, כך שאי אפשר להגדיר את הפעולה הספציפית כמיטיבה או כגורעת".

דברים דומים הדגיש כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן, בעניין פרוז'אנסקי, כי מדיניות המפלה בכניסה על בסיס מין (נשים צעירות יותר מורשות להיכנס מתבססת על הסטריאוטיפים המגדריים לגבי שברירותן של נשים וחשיבותן של המראה החיצוני שלהן.

פרופ' יופי תירוש ערכה מחקר אמפירי בעניין סלקציה הנעשית בכניסה למועדונים (ראו: Yofi Tirosh, Constructive Ambiguity: Dance Club Door Profiling and Its Lesson for Antidiscrimination Law" (manuscript under review 2019). ממנו עולה כי לנשים תמיד נתונים להיכנס (ללא קשר לגילן או לאופן הלבוש שלהן). לדבריה (שם בעמ' 37):

"I encountered a reductive binary: if you are a woman – your admission is guaranteed, and it would be quick and smooth, sometimes also cheaper, free, or at a younger minimum admission age than men's. Appearance, ethnicity, age, or class may demote a woman in the eyes of the bouncer, who may wish she were younger or more nicely dressed – but ultimately, except in extreme cases – her admission is secured. The only reasons that came up for rejecting women are drunkenness or violent behavior".

על אף שניתן היה לחשוב כי ממצאים אלו תומכים בהעדר הפליה כנגד נשים, פרופ' תירוש מגיעה למסקנה כי דווקא קבלה מוחלטת זו של נשים מבססת את התפישות הסטריאוטיפיות הללו. פרופ' תירוש מציינת (שם בעמ' 39):

"...it reinforces gender norms by which women's value is primarily erotic, or at least decorative, as passive recipients of men's advances, be they gallant or predatory."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

ומסכמת, בעמ' 41, דברים היפים למקרה שלפניי :

"In sum, gender normative women are not discriminated in club admission in any immediate or direct sense, and are even given preference in admission. This preference is tricky, however, as it reductively casts them as nothing but sexually alluring to male guests, overshadowing other aspects of their identity, such as ethnicity or social class".

היינו, ההבחנה בין גברים לנשים במקרים אלו מבוססת על סטריאוטיפים ולא על הבדלים המתחייבים מהשירות.

3.4.3.ב. הבחנה סטטיסטית מותרת

אחת הטענות, שעלתה בעניין פרוז'אנסקי, גם שם הפלו בין גברים לנשים בגיל הכניסה למועדון, הייתה כי ההבחנה שעשה בין גברים לנשים התבססה על רציונאל שלפיו גברים צעירים מועדים לאלימות ולהתנהגות פרועה במועדונים יותר מנשים צעירות באותו גיל. במילים אחרות, טענת המועדון הייתה כי מאחר שקיים רציונאל להבחנה שעשה בין גברים ונשים, המעוגן מבחינה סטטיסטית, מדובר בהבחנה מותרת, ולא בהפליה אסורה.

הבחנות המבוססות על נתונים סטטיסטיים אינן מותרות אך בשל כך, שכן, גם אם הבחנות סטטיסטיות המראות על הבדלים בין גברים לנשים מוכחות, אין די בכך, שכן לעיתים הדבר נובע, לכשעצמו מהבניה חברתית, כפי שפורט לעיל.

בעניין פרוז'אנסקי טענה המשיבה (להלן: **לילה טוב**), מפעילת מועדון לילה שאסר כניסת גברים מתחת לגיל 26 בשעריו, כי מדובר בהפליה מותרת המבוססת על שוני רלוונטי, בהסתמכה על נתונים סטטיסטיים. **בית המשפט המחוזי**, שעל החלטתו נסב הערעור, קיבל את הטענה (ראו פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר, המביא מעמ' 4 לפסק הדין במחוזי):

"במקומות בילוי קיים הבדל בין גברים לנשים. באותם מקומות שותים משקאות משכרים וקיים פוטנציאל להתנהגות פרועה עקב כך. ניסיון החיים מלמד שכלל שגיל המבלים נמוך יותר קיימת סבירות גבוהה יותר שנערים או בחורים צעירים השותים לשכרה ינהגו שלא כראוי. אותה התנהגות לא ראויה 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 בגרות הנפשית של נשים צעירות מקדימה להגיע מאשר אצל גברים. ראה לעניין זה גיל המצוות אצל נשים ואצל גברים וזמינות לקיום יחסי מין על פי ההלכה."
[עמ' 4 לפסק הדין במחוזי]."

ואילו **בית המשפט העליון** בעניין פרוז'אנסקי דחה טענות אלה של המשיבה כמו גם את קביעותיו של בית המשפט המחוזי משתי סיבות עיקריות שיפות למקרה שלפניי. הראשונה, לילה טוב לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

הוכיחה כי הנתונים הסטטיסטיים גוזרים איסור כניסה לגברים עד גיל 26 בשעריה. שנית, גם אם ניתן היה למצוא "גרעין של אמת" באותם נתונים, ספק, לדעת בית המשפט, אם הוא מייצג את הכלל ומצדיק הדבקת סטיגמה לכלל הגברים באותם גילאים והפלייתם לרעה (ראו עניין פרוז'אנסקי, פס' 33-34 לפסק דינו של כב' השופט יורם דנציגר. לניתוח שאלה זו ראו: כהן-אליה, פוליטיקת הגזע, שם, בעמ' 516).

כאמור, כיון שבענייננו לא נטענה טענה זו לא ארחיב מעבר לכך, אולם, יש לציין כי שימוש בנתונים סטטיסטיים לבסס אבחנה מחייב הוכה ברמה גבוהה יחסית של הסתברות רלבנטית (ראו לעניין זה, בין רבים: דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, סד(1) 533 (2010); פסק הדין בעניין *Craig v. Boren*, וכן: יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" משפט ועסקים ה-323 (2006); טליה שטיינר, שוברים אישוויון - התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי, 25 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013). עוד ראו: Hanming Fang and Andrea Moro, *Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey* (April 2010). NBER Working Paper No. w15860.

3.3.4.ג. משפט משווה

פנייה למדינות אחרות מעלה גם היא קביעות דומות בהן פסלו הפליית גברים מחמת מינם, תוך הדגשת הצורך בביטול סטריאוטיפים מגדריים המשמרים הפליה הסטורית.

לעניין פטור מדמי כניסה, נקבע במרבית מדינות ארה"ב וכן באנגליה, כי פרקטיקות אלו אינן חוקית, בעיקר כיון שהן מבססות סטריאוטיפים לא ראויים בין גברים לנשים. בארה"ב במישור הפדרלי נקבע אמנם כי אין הדבר מנוגד לתיקון ה-14 לחוקה, או לחוק זכויות האדם. זאת, בשל כך שהמחויבות לשוויון חוקתי מוטלת על רשויות המדינה ולא במגזר הפרטי (ראו לעניין זה: *Comiskey v. JFTJ Corp.*, 989 F.2d 1007 (8th Cir. 1983); *Hollander v. Copacabana Nightclub*, 580 F.Supp.2d 335 (S.D.N.Y. 2008); *Hollander v. Swindells-Donovan*, 2010 WL 844588 (E.D.N.Y. 2010). עם זאת, מרבית ההתדיינות היא מדינתית, שכן נחקקו חוקי איסור הפליה ב-43 מדינות. במרבית המדינות בהן יש חוקים הדומים לחוק איסור הפליה, נקבע כי מדובר בהפליה בלתי חוקית (קליפורניה (להלן), מרילנד (ראו: *Peppin v. (Woodside Delicatessen*, *Pa. Liquor Control Bd. v. Dobrinoff*, 471 (A.2d 263 (MD App. 1986); *Ladd v. Iowa W. (Racing Ass'n*, 438 (A.2d 941, 943 (Pa. Commw. Ct. 1984); *Novak v. Madison Motel Associates*, 525 (N.W.2d 600, 602 (Iowa 1989); *N.W.2d 123* (Wis. App. 1994). במדינות נוספות קבעה נציבות שוויון זכויות כי מדובר בפרקטיקה מפלה אך העניין לא נדון בבתי המשפט).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

עם זאת, יש לציין כי במדינות מסוימות הותר הדבר. בושנינגטון (להלן), במיניסוטה (שם נפסלה החלטה מנהלית לאסור על הנחה לנשים בפאבים, כנוגעה בחוסר סמכות: **In re On-Sale Liquor License**, 763 N.W.2d 359 (Minn. App. 2009). באילינויס אושרו פעולות אלו, בעיקר בשל העדר כוונה להפלות, שנדרשה בארה"ב (**The Dock Club, Inc. v. Illinois Liquor Control Comm'n.**, 428 N.E.2d 735, 738, Ill. App. Ct. (1981). ובמישיגן נקבע כי כל עוד גברים מורשים להיכנס למועדון ספורט, אין בהנחה לנשים משום הפליה (ראו: **Tucich v. Dearborn Indoor Racquet Club**, 309 N.W.2d 615, 619 (Mich. Ct. App. 1981)).

לסקירה מפורטת ולניתוח הפסיקה ראו: Jessica E. Rank, "Is Ladie's Night Really Sex Discrimination?: Public Accommodation Laws, De Minimis Exceptions, and Stigmatic Injury" **Seton Hall Law Rev.** 223 (2005), והאסמכתאות שם, בה"ש 15.

להלן אפרט את פסקי הדין המרכזיים בהקשר זה. בעניין **Craig v. Boren, Governor of Oklahoma**, 429 U.S. 190 (1976), נדונה עתירה לביטולו של חוק שנחקק במדינת אוקלהומה, לפיו 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. השופט ברנץ ציין באותו עניין, כי אותם הסטריאוטיפים שעמדו ביסוד חקיקת החוק שהבחין בין גברים לנשים לעניין גיל המינימום לשתית אלכוהול, הם המביאים גם לשוני הסטטיסטי עליו ניסו לבסס אבחנה מותרת או שוני רלבנטי (ראה ה"ש 14 לפסק דינו):

"The very social stereotypes that find reflection in age-differential laws... are likely substantially to distort the accuracy of these comparative statistics. Hence "reckless" young men who drink and drive are transformed into arrest statistics, whereas their female counterparts are chivalrously escorted home."

עוד בארה"ב, בשנת 1984, מקרה זהה לענייננו, בו נפסלה הפליה של גברים בתשלום דמי כניסה למועדון, כאשר נשים היו פטורות מתשלום דמי כניסה: **Pennsylvania Liquor Control Board v. Dobrinoff**, 80 Pa. Commw. 453 (1984). מטעמים דומים נקבע כי אין להפלות גברים בבתי עסק פרטיים מחמת מינם. בעניין **Koire v. Metro Car Wash**, 40 Cal. 3d 24 (1985), לגבי שטיפת מכוניות וב-**Angelucci v. Century Supper Club**, 158 P.3d 718 (CA 2007), לעניין דמי כניסה למועדון לילה. נקבע שמתן הנחות לנשים בעסקים לשטיפת מכוניות ובכניסה למועדון לילה (בהתאמה) מהווה הפליה פסולה העומדת בניגוד ל-Unruh Civil Rights Act (Civ. Code, -).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 § 51). בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה פסל את אותה פרקטיקה המכונה "Ladies'
2 Day או "Ladies' Night", לפי העניין, בקובעו (בעניין Koire, בעמ' 34) כי:

3 **... "differential pricing based on sex may be generally detrimental to**
4 **both men and women, because it reinforces harmful stereotypes."**
5

6 בית המשפט מתח ביקורת על בית המשפט העליון בוויסקונסין שאישר פרקטיקה דומה.
7

8 מנגד, בית-משפט במדינת וושינגטון קבע כי ההנחה שניתנה לנשים במשחקי כדורסל לא הייתה בגדר
9 הפליה אסורה כנגד גברים, שכן מדובר היה בבסיס כלכלי ולא רצון להפלות נגד גברים (לשאלת
10 הכוונה כמבחן להפליה בארה"ב ראו: . MacLean v. First Northwest Indus., 635 P.2d 683 (Wash. 1981).
11 בישראל, אין צורך בכוונה, ועל כן אין ללמוד ממקרה זה לענייננו.
12

13 בשנת 1996 ניתן בבית המשפט העליון בארה"ב פסק דין בעניין **United States v. Virginia**, 518
14 U.S. 515, 550 (1996), שדן אמנם בשאלה של קבלה לאקדמיה צבאית (שעד אותה עת קיבלה גברים
15 בלבד), אך קבע דברים היפים לענייננו, שהובאו, בהמשך לתמיכה בפסיקה דומה לעניין הפליה על
16 בסיס מין במתן שירותים. השופטת רות ביידר גינזבורג קבעה כי:

17 **"[G]eneralizations about 'the way women are,' [and] estimates of what**
18 **is appropriate for most women, no longer justify denying opportunity**
19 **to women."**
20

21 מעניין במיוחד הוא פסק הדין ב- **Maria Curto et al v. A Country Place Condominium**
22 Ass., Court of Appeals for the third Cir. No. 18-1212 (April 22, 2019), שניתן בשנת 2019,
23 ודן בזמנים נפרדים לרחצה לגברים ונשים בבריכת שחיה (יהודים אורתודוקסים בקומפלקס דוור
24 מוגן). על אף שהזמנים היו מחולקים בשווה נקבע כי חלוקת הזמנים הינה סטריאוטיפית על פי
25 מגדר. גברים קיבלו את שעות הערב, כי זה הזמן המקובל בו גברים חוזרים מהעבודה. נשים לא
26 קיבלו את שיעי בבוקר, כי הן צריכות להכין את השבת. בית המשפט קבע כי לנשים עובדות כמעט
27 לא היו שעות בהן יכלו לשחות. לאור זאת חלוקת השעות נפסלה. נקבע כי חלוקת השעות:
28 **"Perpetuates stereotypes about the relative likelihood of men and women to be**
29 **working during those hours"**. כמו גם ההנחה כי דווקא נשים מכינות את השבת בשעות הבוקר
30 ביום ששי.

31
32 דברים דומים נקבעו בבית הלורדים באנגליה, בשנת 1990, בעניין **James v. Eastleigh Borough**
33 Council, [1990] 2 All ER 607. שם, המערער ורעייתו, זוג בני 61, ביקרו בבריכה ציבורית אשר
34 פטרה פנסיונרים מתשלום דמי כניסה, כך שנשים מעל גיל 60 היו פטורות מתשלום דמי כניסה, בעוד
35 שגברים הופטרו מתשלום רק בהגיעם לגיל הפנסיה, שהיה 65 שנים. בית הלורדים קיבל את הערעור
36 והכריז כי מדיניות זו מהווה הפליה אסורה על פי ה- **Sex Discrimination Act 1975**, הדומה
37 במהותו לחוק איסור הפליה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

מרבית המקרים היו מבוססים על חוקים כדוגמת חוק איסור הפליה, וחלקם על הזכות החוקתית לשוויון. היינו, גם במשפט המשווה במרבית המקרים נפסלו פרקטיקות כגון אלו בהן נקטו הנתבעות שלפניי.

3.3.4. ד. הסטריאוטיפים המונצחים במתן הנחות לנשים בכניסה למקומות בילוי

במאמר: Shana S. Brouwers, A Guy Walks into a Bar: Gender Discriminatory Pricing (להלן: (and Admission Policies in Las Vegas Establishments, 11 Nev. L. J. 201 (2010): **Brouwers, Discriminatory Pricing**), מבהירה המחברת מהן הסכנות בהבחנות מסוג זה ומדוע מדובר בהפליה.

Brouwers, Discriminatory Pricing מתייחסת לסטריאוטיפ הגברי עליו נשענת הפליית מחיר מגדרית. לטענתה, כאשר מקומות הבילוי מאפשרים לנשים להיכנס בחינם בשעריהם ולרכוש שתיה אלכוהולית במחיר נמוך, בעוד הגברים משלמים מחיר מלא (על הכניסה והמשקאות), באים לידי ביטוי שני סטריאוטיפים עיקריים. הראשון הוא יכולתו הגבוהה יותר של הגבר לשלם עבור הכניסה והמשקאות וזאת בשל הבדלי השכר המוכרים בין גברים לנשים, והשני הוא נכונותו הגבוהה יותר לעשות כן, על מנת "לקנות" את הקרבה לנשים המגיעות למועדון ועל כן את הקרבה (proximity) ליחסי-מין. במילים אחרות, מדיניות ההפליה מדגישה תפיסות נושנות בדבר שליטתם הכלכלית שלהגברים וטבעם ה"חייתי" (שם, עמ' 206).

וכעת לסטריאוטיפ הנשי. כיוון שהפליה זו מתבססת על נכונותם הגבוהה יותר של גברים לשלם עבור קרבה לבנות המין השני, היא גם מניחה שלנשים נכונות פחותה יותר לשלם עבור אותה קרבה. יוצא מכך, כי ללא תמריץ נוסף, נוכחות הנשים באותם מקומות בילוי תהיה נמוכה, ובהמשך גם נוכחות הגברים "המחפשים" את אותן נשים. למעשה, טענתה של **Brouwers** היא כי המטרה המרכזית היא עידוד הגברים להגיע למקומות הבילוי. בכך שהנשים משלמות מחיר נמוך על השתייה האלכוהולית, הן מתמרצות להשתכר ולרקוד לעיני הגברים, בעוד האחרונים משלמים מחיר גבוה כדי ליהנות מ"גישה" לאותן נשים. טענתה בהקשר זה עמוקה יותר, ומתייחסת למיניותן של הנשים, הנגזלת מהן למעשה. הימצאותן של הנשים במועדוני הבילוי מוצדקת רק לשם משיכת "male business", ובכך אין כל הכרה ברצונותיהם המיניים, באופן אנומלי לגברים המוצגים כיצורים מיניים (שם, עמ' 207).

ניתן להוסיף ולומר כי פרקטיקה זו מנציחה את התפיסה הקיימת לפיה הגברים הם המפרנסים, משתכרים יותר, ויכולים לשלם, בעוד הנשים אינן עובדות, אינן משתכרות ותלויות בגברים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בעניין פרוז'אנסקי עמד כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה, סלים ג'ובראן, על הסטריאוטיפים הנובעים מהפליה בגילאים בין נשים לגברים (שם נטען כי ההפליה לעניין גיל הכניסה נובעת מהצורך בגיוון בין המינים, דבר המתחייב מטיב ואופי השירות). לדבריו, שם בעמ' 40):

"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. דווקא, 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.... המבנה החברתי בו אנו חיים עודנו מבנה המעביר פעם אחר פעם לנשים את המסר כי כוחן המרכזי והבסיס להגדרתן הוא המראה החיצוני. השיח שלנו עודנו 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."

במקרה שלפניי המודעה שפורסמה: "Ladies Night – בנות חינם עד 23:00" מחזקת סטריאוטיפים אלו בכך שהיא מחפצה נשים, ומרמזת שהנשים (בנות) הן מצרך (בדומה לעניין תימור, שם הפרסום היה בוטה עוד יותר: "נשים חינם וסושי גם").

הן הגברים, הן הנשים נפגעים מסטריאוטיפים אלו.

4.3.3. סיכום ביניים לעניין החריג של שונות רלוונטית

מכל האמור לעיל עולה, כי הפליה גברים בני 18-22, ע"י מניעת כניסתם, כאשר נשים באותם גילאים מורשות להיכנס, כמו גם פטור מדמי כניסה לנשים במועדים מסוימים, מהווים הפליה אסורה. זאת, כיון שהבחנות אלו אינן מתחייבות מהשירות של כניסה למקום בילוי.

4.3.4. העדפה מתקנת

המקרה השני בו הפליה אינה אסורה הוא המקרה של העדפה מתקנת. העדפה מתקנת נדרשת, מקום שעקרון השוויון אינו מוגשם הלכה למעשה על אף יישום חקיקה המעניקה לנשים, או לקבוצות מיעוט זכויות לתבוע שוויון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

4.3.4.א. חוסר שוויון לנשים – הבסיס לצורך בהעדפה מתקנת
במהלך ההיסטוריה היו נשים במעמד נחות חברתית וכלכלית. נשים היו בחסות בעליהן, ואפילו
בניהן. בשנת 1873 קבע השופט Bradley בבית המשפט העליון בארה"ב (Bradwell v. State, 16)
(Wall. 130, 141 (1873)), את הדברים הבאים:

"Man is, or should be, woman's protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interests and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband. . . .
. . . The paramount destiny and mission of woman are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator."

מאה שנים מאוחר יותר, השופט ברנן הביא הדברים הללו, וקבע כי האפליה עדיין קיימת ויש לעקרה
מהשורש. בפסק דינו: (Frontiero v. Richardson 411 U.S. 677, 685 (1973) :

There can be no doubt that our Nation has had a long and unfortunate history of sex discrimination. Traditionally, such discrimination was rationalized by an attitude of "romantic paternalism" which, in practical effect, put women not on a pedestal, but in a cage.... this paternalistic attitude became so firmly rooted in our national consciousness.....
As a result of notions such as these, our statute books gradually became laden with gross, stereotyped distinctions between the sexes, and, indeed, throughout much of the 19th century, the position of women in our society was, in many respects, comparable to that of blacks under the pre-Civil War slave codes. Neither slaves nor women could hold office, serve on juries, or bring suit in their own names, and married women traditionally were denied the legal capacity to hold or convey property or to serve as legal guardians of their own children. And although blacks were guaranteed the right to vote in 1870, women were denied even that right ... until adoption of the Nineteenth Amendment half a century later."

השופט ברנן מודע אמנם, ואף עומד על ההתקדמות הרבה שחלה בעניין זה, אך מדגיש כי עדיין
קיימת הפליה (שם בעמ' 686):

It is true, of course, that the position of women in America has improved markedly in recent decades. Nevertheless, it can hardly be doubted that, in part because of the high visibility of the sex characteristic, women still face pervasive, although at times more subtle, discrimination in our educational institutions, in the job market and, perhaps most conspicuously, in the political arena."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

עוד ראו דבריה של השופטת Sotomayor מבית המשפט העליון בארצות-הברית, שקבעה כי האפקט המצטבר של הפליה בת דורות נמשך גם בתקופתנו, ומתבטא בפערים בולטים בעוני, באפשרות הגישה למערכות בריאות, ברמת הדיור ובהשכלה: **Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action**, 572 U.S. 45 (2014).

נשים היתה קבוצה מוחלשת ומופליה במהלך השנים, כאשר מופעים רבים של הפליה זו נמשכים גם היום (ראו: Vern L. Bullough et al., **The Subordinated Sex: A History of Attitudes Towards Women** (rev. ed. 2004); Cecilia L. Ridgeway, **Framed by Gender: How Gender Inequality Persists in the Modern World** (2011)).

על פי דו"חות האו"ם, הפליה עדיין קיימת במרבית ארצות העולם, אם כי בדרגות שונות (ראו לעניין זה: U.N. Dev. Fund for Women (UNIFEM), **Progress of the World's Women 2008/2009: Who Answers to Women? Gender and Accountability** (2008); dcrU.N. Dev. Prog., Human Development 2013: **The Rise of the South: Human Progress in a Diverse World** 156-159, tbl 4 (2013); U.N. Dep't of Econ. & Soc. Affairs, **The World's Women 2010: Trends and Statistics**, U.N. Doc. (2010)).

נתונים של הפורום הכלכלי העולמי בדו"ח שפורסם בדצמבר 2019 (World Economic Forum, **Global Gender Gap Report 2020**, להלן: דו"ח ה-WEF), מצביעים על כך שנים נמצאות כמאה שנה מסגירת הפער הכלכלי בין נשים לגברים (שמשקלל פערים בכלכלה, חינוך, בריאות והשתתפות פוליטית), אם לא ינקטו צעדים אקטיביים משמעותיים לשיפור המצב.

4.3.4. ב. פערי שכר

פערי השכר בין נשים וגברים קיימים גם במדינות מפותחות וגם במשרות בכירות. פערי שכר שאינם מצטמצמים על אף ניסיונות לעשות כן, ועל אף חקיקה במדינות רבות, לרבות בישראל, בנוגע לשכר שווה. נשים מרוויחות בין 10% ל-30% פחות מגברים (ראו: Matthew Morton, Jeni Klugman, Lucia Hanmer and Dorothy Singer **"Gender at Work: A Companion to the World Development Report On Jobs"**, World Bank (2014), avl. At: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884131468332686103/pdf/892730WP0Box3800report0Feb-02002014.pdf>).

בישראל, בשנת 2016 שכרם הממוצע של גברים לשעה המשיך להיות גבוה משמעותית מזה של נשים בכל מדד שנבחן. בשנתון בנושא נשים ומשפחה (רות הלפרין-קדרי, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ, עורכות, **נשים ומשפחה בישראל - דו שנתון סטטיסטי** (התשע"ט-2019), להלן: **שנתון נשים ומשפחה בישראל**, שם בעמ' 141-146), בשנת 2016, שכרם הממוצע של גברים לשעת עבודה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

היה 61.2%, לעומת 50.1% לנשים. השכר הממוצע ברוטו לחודש באותה שנה היה 7,633 ₪ לנשים ו-11,664 ₪ לגברים. השכר הממוצע ברוטו לשכיר בשנת 2016 היה 9,799 ₪. כלומר ההפרש בין שכרם הממוצע לשעה של גברים ונשים עמד, בשנת 2016, על 18.1% וההפרש בשכרם החודשי הממוצע היה 34.6%. לאורך יותר מרבע מאה - מאז 1990 - הפער בהכנסה החודשית הממוצעת בין גברים לנשים הצטמצם רק ב-8.4%: בשנת 1990 עמדה הכנסתה החודשית הממוצעת של אישה על 57% מזו של גבר, וב-2016 היא עלתה ל-65.4% מהכנסה חודשית ממוצעת של גבר. לשם השוואה, בשנת 2014 הייתה הכנסתה החודשית הממוצעת של אישה 67% מהכנסתו של גבר. בדו"ח של ויצ"ו לכבוד יום האישה הבינלאומי במרץ 2019, פורסם "מדד תקרת הזכוכית" לפיו נשים הרוויחו, בשנת 2018 34% פחות מגברים. עוד עולה מאותו דו"ח כי חלק מהפער נובע מהעדר נשים בעמדות בכירות. מהדו"ח עולה כי שיעור המנכ"ליות במשק לשנת 2018 עומד על 12.2% בלבד (5,400 מול 38,900) ושיעור המנהלות הבכירות על 38.4%. רק 10.5% מהמיזמים בעולם ההייטק והטכנולוגיה שהוקמו בישראל בין 2014-2017 הובלו ע"י נשים. בחברות הממשלתיות נשים מהוות כ-20% מחברי הדירקטוריון ורק כ-10% מכהנות כיו"ר דירקטוריונים. מדד נוסף המצביע על הפער הינו התפלגות השכירים לפי עשירונים. נשים העובדות בעבודות שוות לעבודות שמבצעים גברים ומשתכרות כמותן הן החריג שאינו מעיד על הכלל.

על פי דו"ח ה-WEF, ישראל צנחה 18 מקומות במדד השוויון הכלכלי, מהמקום ה-46 בו הייתה בשנת 2018, למקום ה-64 בשנת 2019. זאת, מתוך 153 מדינות במדד. היינו, לא רק שאין שיפור, יש נסיגה משמעותית.

4.3.4.ג. הסיבות לפערים

בתרבויות וארצות רבות חלוקת הקניין במשפחה אינה שוויונית, הן במקרים של ירושה (העדפה של בנים), הן במקרים של אלמנות (זכויות האלמנה פחותות מזכויות אלמן). יש מדינות בהן עדיין הקניין המשפחתי רשום על שם הבעל. היינו, חוקי קניין וירושה, מותירים רכוש גברים במשפחה בלבד (ראו: FZL Bacho, "Can I Sell One of my Cows? Institutions Assets and Gender-Based Poverty", Ghana Journal of Development Studies, vol. 1, p. 1 (2004)). גם במדינות מודרניות יש שרידים לכך (כך, בישראל, רק בשנת 2009 תוקן החוק לפיו הופסקה קצבה של אלמנות משרד הבטחון עם נישואיהן בשנית. החוק קודם לתיקונו הניח כי אשה שנישאה אינה זקוקה עוד לקצבה כי הגבר לצדה יפרנס אותה. בעולם קיימות עדיין מדינות שבהן נשים אינן כשירות להחזיק ברכוש (ראו: דפנה ברק ארז, "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים", בתוך: **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 855, 857 (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה-2004)). בשוויון ניתנה לנשים הזכות לבחור רק בתום מלחמה"ע השנייה.

בחלק מהמקרים הדבר נובע מגישות ואמונות דתיות וחברתיות באשר למקומן ותפקידיהן של נשים כמו איסור או הגבלת נשים ללמוד, לעבוד בכלל או בתחומים מסוימים, נישואין בגיל צעיר, מספר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

הילדים הרצוי וכיו"ב. במקרים אחרים הדבר נובע מהפליה בחקיקה, או בהסדרים מנהליים, וכן מהפליה של שנים, שגם אם תוקנה במקרים מסוימים, עדיין נותנת את אותותיה (ראו לעניין זה: Matthew Morton, Jeni Klugman, Lucia Hanmer and Dorothy Singer "Gender at Work: A Companion to the World Development Report On Jobs, World Bank (2014), at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884131468332686103/pdf/892730WP0Box3800report0Feb-02002014.pdf>, ממנו עולה כי נורמות חברתיות משפיעות על מצבן הכלכלי של נשים, כיון שנורמות אלו קובעות איך אם בכלל יממשו נשים את הפוטנציאל שלהן מחוץ לבית בשוק העבודה. עוד ראו לעניין זה: Jerker Edström, Deepta Chopra, Catherine Müller, et al, "Reframing Gender Justice in an Unequal, Volatile World, 22 (2017).

עד היום קיימים בעולם פערים בחינוך בין גברים לנשים (ראו: UNESCO Institute for Statistics: **Adult and Youth Literacy: National, Regional, and Global Trends, 1985-2015** (2013). לפי הדו"ח 11.4% מהגברים בעולם אינם יודעים קרוא וכתוב, לעומת 20.1% מהנשים).

סיבה נוספת לפער הינה ילודה. נשים בכלל, ואימהות בפרט, משתתפות פחות בכוח העבודה. בתחילה לעיתים נשים נאלצות לצמצם את היקף עבודתן או אף להפסיקה כליל בשל טיפולי פוריות, הריון ולידה. ישנן תרבויות בהן מצופה מאמהות להישאר בבית ולטפל בילדיהם. אולם, גם במקרים בהם אימהות מעוניינות לעבוד, יש חסמים רבים בדרכן. לידת ילדים מוציאה נשים (ולעיתים נערות), ולו לתקופה מסוימת משוק העבודה. ממחקרים שנערכו במדינות המתועשות עולה כי ככלל, לידת ילדים פוגעת בנשים בשוק העבודה, ואינה פוגעת, ולעיתים תורמת לגברים בשוק העבודה (ראו: Janet C. Gornick, "Women's Economic Outcomes, Gender Inequality and Public Policy: Findings from the Luxembourg Income Study", **Socio-Economic Review**, Volume 2, 213-238 (2004); Charlotta Magnusson, Magnus Nermo, "Gender, Parenthood and Wage Differences: The Importance of Time-Consuming Job Characteristics", **Social Indicators Research**, vol. 131, pp. 797-816 (2017).

לאחר מכן, הטיפול בילדים, מקשה עוד יותר על השתלבות בשוק העבודה, בעיקר במשפחות בהן עומדת אישה לבד בראש המשפחה. כיוון שבמרבית החברות, לרבות בעולם המערבי הליברלי, עדיין גידול הילדים מוטל בעיקרו על נשים, הרי יכולתן לעבוד מצטמצמת בשנים בהן הן מטופלות בילדים קטנים, בעיקר לאור עלויות המסגרות לגיל הרך (ראו לעניין זה: Mary Ann Case, "How High the Apple Pie – A few Troubling Questions about Where, Why and How the Burden of Care for Children Should Be Shifted" 76 **Chicago-Kent L. Rev.** 1753 (2001).

שנתון נשים ומשפחה בישראל, מרכז נתונים סטטיסטיים מגורמים שונים בנושאים שונים. הנתונים בישראל לעניין זה חד משמעיים ולפיהם שיעור השתתפותן של נשים הוסיף לעלות, אולם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

עדיין שיעור ההשתתפות בכוח העבודה של גברים גבוה בהרבה מזה של הנשים. בנוסף, לאימהות השפעה מכרעת על כל מאפייני ההשתתפות של נשים בכוח העבודה, החל מעצם ההשתתפות (שיורד ככל שיש ילדים קטנים יותר) ושיעור העבודה במשרה חלקית (שגבוה יותר אצל אימהות מאשר אצל אבות) (לנותנים בעניין זה ראו: **שנתון לנשים ומשפחה**, עמ' 125 עומד על עיקרי הממצאים בהקשר זה ולפיהם גברים בשוק העבודה הינם 69%, ואילו נשים 59.3%. 46.1% מן הנשים בגילאי 18-64 שלא נמנו עם כוח העבודה בשנת 2015 דיווחו כי הסיבה לכך היא טיפול בילדים או עבודה במשק הבית. שיעור ההשתתפות של גברים נשואים בכוח העבודה גבוה יותר מזה של כל הקבוצות האחרות, למעט בקבוצת הגיל 18-24. נשים נשואות, לעומת זאת, השתתפו בכוח העבודה פחות מאשר נשים שאינן נשואות ועבדו פחות שעות מהן ובהיקפי משרה מצומצמים יותר. שיעור הנשים שעבדו במשרה חלקית בשנת 2017 היה כמעט כפול משיעור הגברים שעבדו במשרה חלקית ומסתמנת מגמת ירידה בפער מאז 2007. בשנת 2015 שיעור הנשים בגילי 35-44 שעבדו במשרה חלקית היה גבוה פי 3.4 משיעור זה בקרב גברים. שיעור הנשים העובדות במשרה חלקית שדיווחו כי הסיבה לכך היא טיפול בבית ובילדים, המשיך לעלות מאז שנת 2003, ועמד בשנת 2017 על 19.3%. שיעור הגברים שדיווחו כך היה 1.1%. בשנת 2016 נשים עבדו בשכר 36.9 שעות בשבוע בממוצע, לעומת ממוצע של 44.6 שעות עבודה שבועיות בשכר אצל הגברים. ככלל, בשנת 2017, להרחבה ראו שם, בעמ' 131, 151, 154, 157 ו-164).

אשר לרמת ההכנסה לפי מגדר ולפי השכלה, כאשר יש מתאם בין השתתפות בכוח העבודה כנגזר מרמת השכלה, יש מתאם בין רמת ההשכלה לרמת ההכנסה (עולה עם עלייה בהשכלה) וכן בין רמת הכנסה למגדר (נשים מרוויחות פחות מגברים). כך, ככל שנשים משכילות יותר הן משתתפות יותר בכוח העבודה, ועובדות פחות במשרה חלקית. שנתון נשים ומשפחה בישראל, עמ' 125, 149-150; ככל שההשכלה עולה (ללא תלות במגדר), עולה רמת ההכנסה, עם זאת, רמת ההכנסה של גברים בכל רמות ההשכלה עולה בכ-20% על זו של נשים. שם בעמ' 144).

במהלך השנים נעשה רבות, הן במישור הבינלאומי, הן בישראל, כדי להעניק לנשים זכויות שוות בכל המישורים, ושוויון בין המינים נקבע כזכות יסוד חוקתית, כפי שפרטתי לעיל. למרות חקיקה נרחבת זו, הנתונים מדברים בעד עצמם. נשים גם בעולם וגם בארץ מופלות לרעה בכל התחומים עליהם עמדתי, ועל כן המאמץ להשגת שוויון בין המינים טרם הגיע לסיומו. בארצות רבות עדיין לנשים יש פחות זכויות. גם בארצות דמוקרטיות שבהן אין הפליה עלי ספר, יש הפליה בפועל. אנו רואים פחות נשים בעמדות הנהגה ובתפקידי מפתח, וקיים פער שכר מגדרי שאינו מצטמצם.

הסיבה שעמדתי על פערים אלו בהרחבה, באה להבהיר את הבסיס למדיניות של העדפה מתקנת, ובכדי להבהיר אילו פערים יש לצמצם. לאור זאת אבחן, האם במקרה שלפניי מדובר בהעדפה מתקנת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

4.3.4. ד. מהי העדפה מתקנת

הבסיס הרעיוני להעדפה מתקנת הינו להביא לשוויון חברתי. זאת, באמצעות פעולות אקטיביות לקידום קבוצות מוחלשות בחברה, או קבוצות שסבלו מהפליה. פרופ' מקינון סבורה כי ללא פעילות משמעותית לאכיפת שוויון לנשים ישאר עמנו חוסר השוויון לדורי דורות. בספרה: Sex Equality (שם בעמ' 3)

"Unless something is done, even if recent rates of measurable progress for elite women continue, no American now alive will live in a society of sex equality, nor will their children or their children's children"

כאשר תחושה זו מגובה, בדו"ח ה-WEF לפיו יקח 99 שנה להשלים את הפערים הכלכליים בין נשים לגברים.

נבות והיינה, העדפה מתקנת, שם בעמ' 154, עומדות על כך שאין הגדרה אחת להעדפה מתקנת, ומגדירות זאת כך:

"העדפה מתקנת [היא] כל הוראה, פעולה או מדיניות שתכליתה קידום אוכלוסיות הסובלות מתת ייצוג או שהופלו בעבר, ולפיכך נמצאות בעמדת נחיתות, וזאת באמצעות מתן עדיפות לפרטים בשל השתייכותם לאחת מהקבוצות הללו על פני פרטים שאינם משתייכים לקבוצות אלו".

כאשר מדובר בהעדפה מתקנת בגופים פרטיים, מדובר בהתערבות המוחקק בכוחות השוק. מטרתה של ההעדפה המתקנת היא להוביל שינוי תודעתי, שכשיתחולל, ייעלם הצורך בהתערבות ישירה. העדפה מתקנת היא אמצעי להשגת השוויון המהותי, גם אם כתוצאה מכך מפלים פורמלית את קבוצת הרוב. פסק דין זה אינו המקום להרחיב באשר לתיאוריות וההצדקות השונות לעקרון זה, כאשר יש הרואים בכך הגשמת עקרון השוויון ואחרים חריג מותר לעיקרון השוויון (להרחבה בעניין זה ראו: נבות והיינה, העדפה מתקנת, שם בעמ' 155; הילי מודריק – אבן חן, העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה (מחקר מדיניות 24 של המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנחת פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס, 2000, להלן: מודריק-אבן חן, העדפה מתקנת); פרנסס רדאי, "על העדפה מתקנת", משפט וממשל ג', 145 (תשנ"ה); מיטל פינטו והלל סומר, "תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל", בתוך: העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, 209, 216 (ענת מאור עורכת, 2004); נויה רימלט, הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה – המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארה"ב, 48-49, 77 (2010), וכן: מיכל הורוביץ, "העדפה מתקנת וגדרותיה – שאלת היחס הראוי כלפי תגובת שוק אפשרית", מאזני משפט י', 253 (תשע"ה, להלן: הורוביץ, העדפה מתקנת)).

יש הסבורים כי עצם קיום אי השוויון מצדיק התערבות בדמות העדפה מתקנת ואחרים מתנגדים לכך (ראו לעניין זה: יפעת ביטון, "מזרחיים במשפט: ה'אין' כייש", משפטים מא 455 (2012); יפעת ביטון, "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחיים בישראל בין הגלוי לנסתר" מעשי משפט ד' 75



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

(2011); יוסף ג'בארין, "שני סוגים של שוויון: לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי, **המרחב הציבורי**, 7, 37 (2013); **מדינה, שוויון ואיסור הפליה**, בעמ' 221, והשוו: מנחם מאוטנר, "ליברליזם בישראל: 'האדם הטוב', 'האזרח הרע', והשגשוג האישי והחברתי", **עיוני משפט** לו 7 (2013).

המונח "affirmative action" הוטבע לראשונה בארה"ב ע"י הנשיא ג'ון קנדי ב-1961 בהוראה ממשלתית לשוויון זכויות בתעסוקה, והסוגיה עוררה מחלוקות ושאלות רבות במהלך השנים (לסקירה ראו: **הורוביץ, העדפה מתקנת**, בעמ' 257. עוד ראו: אבי אללוף "הערכת יישומה של מדיניות ההעדפה המתקנת בארצות-הברית — סקירה של מחקרים חדשים", בתוך: **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל**, 109 (ענת מאור עורכת, 2004) וכן: **נבות והיינה, העדפה מתקנת** (שם בעמ' 152). מדיניות ההעדפה המתקנת זכתה להכרה, באמנות בין-לאומיות, לרבות באמנה לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (שם, בסעיף 14(1), כרך 31, עמ' 179, 184).

בישראל, חוק שיווי זכויות האישה, שענין, כאמור, בחקיקה את עקרון השוויון בין גברים לנשים, קובע כי ניתן לפגוע בשוויון כאשר מדובר באבחנה רלבנטית או הפליה שנועדה לתקן הפליה קודמת. סעיף 1ב(2) קובע כי לא יראו פגיעה בשוויון או הפליה אסורה: "**הוראה או פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של נשים, או הוראה או פעולה שנועדה לקדם שוויון**". המונח המקובל הינו העדפה מתקנת בו אעשה שימש (השופטת דליה דורנר כינתה זאת "הבחנה משווה" כדי לעמוד על הגשמת השוויון באמצעותה, ראו: דליה דורנר, "הבחנה משווה ומעמד האישה", **עיוני משפט** כ 541 (1997)).

בית המשפט העליון עמד במספר הזדמנויות על כך שהעדפה מתקנת אינה חריג לעיקרון השוויון, אלא מגשימה אותו (ראו, בין רבים: עניין **שדולת הנשים הראשון**, דברי כב' השופט מצא בפס' 6 לפסק דינו; בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב (3) 630 (1998), פס' 31 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא, השופט מישאל חשין (להלן: **עניין שדולת הנשים השני**); בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה (5) 15 (2001); בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.ן לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון**, פ"ד נח (5) 79 (2004); ע"ם 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 2010, פסקה 41 לפסק דינו של כב' השופט יצחק עמית).

לאור פערי השכר והפערים הכלכליים, עליהם עמדתי לעיל, **לכאורה** הטבות כלכליות לנשים, בדמות פטור מתשלום דמי כניסה, עונה על מבחן זה של העדפה מתקנת. קשה יותר לטעון להעדפה מתקנת בהקשר של הבחנה בגיל כניסה, אם כי היו שטענו שמדובר ביצירת אווירה רגועה ובטוחה (להלן אתייחס להנחה או פטור מדמי כניסה, אך הכוונה גם להפליה בגיל הכניסה בין נשים לגברים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

המחזקת גם היא את אותם סטראוטיפים). אולם, בחינה מעמיקה יותר מלמדת כי לא כך הם פני הדברים.

4.4.3.4. האם הנחות או פטור מדמי כניסה רק לנשים מהווה העדפה מתקנת
לכאורה, הפלית מחירים לטובת נשים טובה לכולם. בראש ובראשונה לנשים הנשכרות מכך. גם אם הן באות עם בן זוג, ככלל ההוצאה תהיה קטנה יותר. באופן זה מגיעות נשים רבות למועדונים ופאבים, הגברים מגיעים למקומות בהן יש יותר נשים, ובעל העסק מרוויח אף הוא. אולם, כפי שפרטתי לעיל, במרבית המדינות בהן קיימים חוקים דומים לחוק איסור הפליה, קבעו כי פרקטיקות אלו, כאשר מדובר בהפליה על בסיס קבוצתי, אינם חוקיים.

אכן, נפסק, הן בארץ, הן בעולם, כי העדפה מתקנת שמטרתה למגר פערים ולקדם שוויון מהותי היא לגיטימית, ואינה בגדר הפליה. אולם, במקרים בהן ניתנת הטבה לנשים יש לבחון האם (כלשונו של כב' השופט יורם דנציגר בעניין **פרוז'אנסקי**, בפסקה 28 לפסק הדין): **"אם אמנם בהעדפה מתקנת עסקינן או שמא טענה זו אינה אלא כסות לאפליה האסורה על פי החוק"**.

4.4.3.4. מתי מוצדקת העדפה מתקנת
פגיעה בשוויון (של גברים) בשם ההעדפה המתקנת, יהיה מוצדק, רק אם יתקיימו התכליות החשובות העומדות בבסיסה. היינו פגיעה בשוויון כדי להשיג שוויון מהותי. כפי שמציינות נבות והיינה, העדפה מתקנת (בעמ' 158): **"העדפה מתקנת כרוכה בחוסר שוויון. כדי להשיג יעד ראוי של שוויון חלוקתי יש צורך בנקיטת יחס לא שוויוני כלפי מי שאין ביניהם שונות רלבנטית"**. המחברות מציעות להעמיד העדפה מתקנת במבחני פסקת ההגבלה.

על אף שבמקרה שלפניי אין מדובר ברשות שלטונית אלא בגוף פרטי, עמידה על תנאי פסקת ההגבלה בהקשר זה, ובעיקר לאור התכליות העומדות בבסיסה, מבהירות כי במקרה זה אין מדובר בהעדפה מתקנת.

העדפה מתקנת היא אמצעי הפוגע בשוויון, במקרה זה של גברים, כדי להגשים תכליות ראויות. יש הצדקות רבות להעדפה מתקנת של נשים, ביניהן שיקולי צדק מתקן, פיצוי על עוול הסטורי עליו עמדתי לעיל והכרה כי ההפליה נגד נשים בעבר לא הייתה מוצדקת (ראו לעניין זה **עניין הבית הפתוח**, שם בפס' 49 לפסק דינו של כב' השופט יצחק עמית. עוד ראו: **מודריק אבן חן, העדפה מתקנת**, בעמ' 9, **נבות והיינה**, העדפה מתקנת, בעמ' 160), ביניהן ניפוץ סטריאוטיפים חברתיים ועקירה מן השורש של דעות קדומות וצמצום פערים.

במקרה שלפניי אין לומר שמדובר בהעדפה מתקנת. ראשית, צעדים הנכנסים בגדר העדפה מתקנת צריכים להביא לשיפור מצבה של הקבוצה המוחלשת, הנמצאת בעמדת נחיתות, במקרה זה הנשים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

מתן הנחה בכניסה לפאבים או בקניית משקאות חריפים לא תשפר את מצבן של הנשים (למעט בחסכון מינורי בכניסה לפאבים), שכן, פרקטיקה זו בעיקרה מנציחה סטריאוטיפים, ואינה מיטיבה את מצב הקבוצה בטווח הארוך.

יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט יורם דנציגר בעניין פרוז'אנסקי (בפסקה 25 לפסק דינו):

כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית יש לדחות כל ניסיון להבחין בין נשים לגברים על בסיס טעמים שאינם רלבנטיים. כל ההבחנה שכזו, לא רק שפוגעת בכבודו של המופלה לרעה ומשמרת סטריאוטיפים קיימים, אלא מחזקת 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."

(על השפעת סטריאוטיפים מגדריים על אי השוויון ראו: קריכלי-כץ, אי שוויון מגדרי).

לאור כל האמור לעיל, לא מתקיימת במקרה זה העדפה מתקנת.

4.3.5. סיכום ביניים – הפליה בגיל כניסה מינימלי בין גברים לנשים, והפליה במחיר הכניסה

מהווים הפליה אסורה לפי חוק איסור הפליה

בדרכם למימוש השאיפה להשיא רווחים כתוצאה מהמדיניות המפלה, פוגעים העושים שימוש בה (ובענייננו, הנתבעות) בכבודם של הגברים שכניסתם מסורבת. הם פוגעים בשוויון. באותה עת, הם מעמיקים סטריאוטיפים קיימים, נושנים ופסולים בדבר מעמדן ותפקידן של קבוצות הגברים והנשים בחברה, ולכך יש לשים סוף.

על אותו מוצר ואותו שירות צריכים נשים וגברים לשלם מחיר זהה. יש לאפשר לכולם להיכנס למקומות בילוי החל מאותו גיל ובאותם תנאים.

כיוון שלא מתקיימים החריגים להפליה (שונות רלוונטית והעדפה מתקנת, ניתן לסכם ולומר כי מדובר בהפליה אסורה לפי חוק איסור הפליה. היינו, עומדת לתובע עילה על פי חוק איסור הפליה.

מעבר להפרת חוק איסור הפליה, נקבע בהסכם הפשרה כי עילות התובענה הן הפרת חובה חקוקה לאור חוק איסור הפליה; רשלנות, לפי סעיף 35 לפקודת הנזיקין והפרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - עוולה חוקתית של פגיעה בכבוד האדם. לבדיקתן של אלו אפנה עתה.

4.3.6. עילות נוספות

4.3.6.א. הפרת חובה חקוקה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

סעיף 5 לחוק איסור הפליה, קובע כי הוראות פקודת הנזיקין יחולו על מעשה או מחדל בניגוד לסעיף 3 לחוק:

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

בהתאם להוראות סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: **פקודת הנזיקין**), על הטוען להפרת חובה חקוקה להראות חיקוק המטיל חובה על המזיק; כי המזיק הפר את החובה שהוטלה עליו; כי החיקוק נועד לפי פירושו הנכון, לטובתו או להגנתו של הנזוק, וכי ההפרה גרמה לנזוק נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק (ראו ע"א 5792/99 **תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי פרסום שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה**, פ"ד נה (3) 933, 952 (2000); ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש** פ"ד לז (1) 113 (להלן: **עניין ועקנין**), בעמ' 140).

כאמור לעיל, בהיותן של הנתבעות "מקום ציבורי" כהגדרתו בחוק איסור הפליה, החובה מכוח החוק שלא להפלות במתן כניסה חלה עליהן. הנתבעות אכן הפרו חובה זו, בכך שאסרו על כניסת גברים בקבוצת גיל מסוימת למועדונים שהפעילו, בעוד כניסת נשים באותו הגיל הותרה. לאור מטרתו של חוק איסור הפליה וההוראות הקבועות בו, אין ספק בעיניי בדבר התקיימותו של התנאי השלישי. מטרתו של חוק איסור הפליה היא בראש ובראשונה קידום השוויון. החוק נועד להגן על כלל האוכלוסייה מפני הפליה פסולה, ככתוב בהצעת החוק:

"חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, המוצע בזה (...), נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים, משירותים וממקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב".

התובע טוען לשני סוגי נזקים שנגרמו לו ולחברי הקבוצה: הראשון הוא נזק בלתי ממוני בדמות פגיעה בכבוד. השני, הוא נזק ממוני בדמות המשאבים שהשקיע במטרה לבלות במקומות הבילוי שבבעלות הנתבעות, וכניסתו אליהם סורבה (למשל נסיעות).

הנזק הראשון, הוא בדיוק הנזק אליו נתכוון החוק:

"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".

וראו גם בעניין **פרוז'אנסקי**, בסעיף 24 לפסק הדין:

"ההשפלה והפגיעה באוטונומיה היא התוצאה המסתברת הרגילה של הפליה מהסוג בו עסקינן".

היינו, מתקיימת לכאורה העוולה של הפרת חובה חקוקה, ועל כן ניתן לאשר את הסדר הפשרה גם בהקשר זה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

4.3.6.ב. רשלנות

בבואנו לבחון האם נהגו הנתבעות ברשלנות, יש לבחון תחילה האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק. תשובה לשאלה זו מצויה במבחן הצפיות (סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). מבחן זה כולל בחובו שני היבטים. ההיבט הראשון, הוא ההיבט העקרוני, חובת הזהירות המושגית, במסגרתו בוחנים האם ביחס לסיכון מסויים קיימת חובת זהירות. ההיבט השני, הוא ההיבט הספציפי, חובת הזהירות הקונקרטית, ובו ניתנת תשובה לשאלה, אם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבותיו של אירוע אלמוני, קיימת חובת זהירות. אם קמה חובת זהירות, יש להמשיך ולבחון האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו, דהיינו: האם הוא סטה מסטאנדארט הזהירות המוטל עליו. אם גם התשובה לשאלה זו הינה בחיוב, יש לבחון האם הפרת החובה גרמה לנזק.

חובת הזהירות המושגית נבדקת ביחס לשאלה האבסטרקטית- האם קטגוריות שלמות של מזיקים (למשל בעלי עסקים) חבות בחובת זהירות כלפי קטגוריות שלמות של ניזוקים (למשל לקוחות). ראו בע"א 3521/11 עו"ד דניאל וגנר נ' מזל עבדי, סז(1) 84 (2014); עניין ועקנין, סעיף 6 לפסק דינו של השופט ברק):

"עם התפתחות והתגבשות העוולה בפסיקה הישראלית, מונח החובה פורש כמכיל שני היבטים. האחד, היבט עקרוני המתמקד בחובת זהירות מושגית שחלה על סוג המזיק, כלפי סוג הניזוק, לעניין סוג הפעילות שבוצעה וסוג הנזק שגרם המזיק."

המבחן הרלוונטי הוא מבחן הצפיות המצוי בסעיף 36 לפקודת הנזיקין, במסגרתו נשאלת השאלה האם אדם סביר היה צריך לצפות את התרחשות הנזק. דוגמאות לקיום חובת זהירות מושגית בין סוגי מזיקים לניזוקים, ניתן למצוא בכל רחבי הפסיקה (ע"א 8117/03 איתן ענבר נ' ד"ר אסף יעקב (פורסם בנבו, 16.01.2006):

"עוולת הרשלנות היא "עוולת מסגרת". בית המשפט יוצק לתוכה תוכן, בדמות חובת הזהירות המושגית. הדוגמאות שניתן להביא לשם המחשת חובת הזהירות המושגית, על כן, הן רבות עד אין ספור: רופא כלפי מטופל (ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ' 784); בנק כלפי לקוח (דנ"א 1740/91 בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ נ' פרוסט, פ"ד מז' 31 (5)); נושא משרה בחברה כלפי החברה (ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נז' 4, 289); חייל כלפי הפרט (ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, פ"ד נו' 4, 304); בעל מקום ציבורי כלפי עובדי אורח (ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה' 5, 826); בעל דין כלפי הצד שכנגד (רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד' 5, 638); עורך דין כלפי לקוחו (ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו' 4, 529); בעל מקרקעין כלפי מבקר (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז' 1, 113); מעביד כלפי עובד (ע"א 663/88 שירזיאן נ' לבידי אשקלון בע"מ, פ"ד מז' 3, 225); ועוד ועוד ועוד."

בענייננו, הנתבעות הן בעלים ומפעילות (או בעלות זיכיון) של מקומות בילוי. בהיבט זה ניתן להצביע על שני מקורות עיקריים בפסיקה לתחולת חובת הזהירות עליהן, כלפי המבקשים להיכנס בשעריהן: אחריות מכוח הבעלות או ההחזקה במקרקעין ואחריות מכוח יחסי נותן שירות-לקוח.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 פקודת הנזיקין (לאחר תיקון מס' 4) והפסיקה מכוחה, קובעות חובת זהירות מושגית כלפי מבקרים,
2 הן על בעלי המקרקעין והן על המחזיק בהם (ראו **ועקנין**, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט אהרן
3 ברק; ראו גם ע"א 3510/99 **ולעס נ' אגד - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל**, פ"ד נה (5) 826).
4 בנוסף כפי שהובא לעיל, חובת זהירות מושגית הוכרה בשלל מקרים בהם מערכת היחסים היא של
5 נותן שירות ולקוח (כגון בנק-לקוח; עורך דין-לקוח).

6
7 חובת הזהירות הקונקרטיית נבדקת ביחס לניזוק והמוזיק הספציפיים, ותחת נסיבות המקרה
8 הקונקרטיים. גם כאן מופעל מבחן הצפיות, הפעם באמצעות השאלה: האדם אדם סביר יכול היה
9 לצפות את התרחשות הנזק בנסיבותיו המיוחדות של המקרה. אם התשובה לכך חיובית, נשאל האם
10 אדם סביר היה צריך לצפות את התרחשות הנזק, כשאלת מדיניות.

11
12 דעתי היא כי התשובה לשתי השאלות חיובית. הנתבעות פתחו את שעריהן לציבור הרחב, ובכך נטלו
13 על עצמן אחריות לקיום החוקים החלים על סוג העסק שהקימו. בהחלט היה ביכולתן לצפות כי
14 איסור כניסתם של גברים בקבוצת גיל מסוימת, תביא לפגיעה באותה קבוצה, בניגוד להוראות
15 החוק. על הנתבעות היה לצפות את הנזק גם כעניין של מדיניות, שהרי בדיוק למטרה זו חוקק חוק
16 איסור הפליה. החוק נועד לאכוף, בין היתר על עסקים פרטיים, את החובה שלא להפלות בין קבוצות
17 אוכלוסייה, ולעשות כל שביכולתם כדי למנוע הפליה ופגיעה שכזו.

18
19 עם זאת, נראה כי לאחר חקיקת חוק איסור הפליה, הקובע חובה זו במפורש, אין להיזקק עוד
20 לעוולת הרשלנות במקרים עליהם חל חוק איסור הפליה.. השאלה מה הדין במקרה עליו לא חל חוק
21 איסור הפליה, היא שאלה מורכבת, שהושארה בצריך עיון הן בעניין **פרוז'אנסקי**, הן בעניין **רדיו**
22 **קול ברמה**. גם בעניין שלפניי אין מקום להידרש לכך, כיון, שכאמור חוק איסור הפליה חל ישירות
23 על המקרה שלפניי.

4.3.7. עוולה חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

24
25 הצדדים הסכימו, במסגרת הסדר הפשרה, כי מעשי הנתבעות מהוות גם עוולה חוקתית מכוח חוק
26 יסוד: כבוד האדם וחירותו. להלן אבחן האם מתקיימת גם עילה זו.

27
28 השוויון הוכר אמנם כזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,
29 אולם חוק היסוד מדבר על רשויות המדינה, בעוד שבענייננו מדובר בעסק פרטי.

30
31 על כן השאלה היא, האם עסק או שירות שחוק איסור הפליה אינו חל עליהם, מחויבים לכבד את
32 הזכות לשוויון, ככזו, מכוח חוק היסוד. איסור הפליה בעסק פרטי הוא חריג לכלל. ניתן לפגוע
33 בחירות ובחופש החוזים, המבוססים גם הם על כבוד האדם, או מכוח חוק מפורש, כמו חוק איסור
34 הפליה, או מכוח מושגי שסתום כגון רשלנות ותום לב בחוזים.
35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי היא במידה רבה עובדה מוגמרת, עם כי היקף התפרשותה עדיין שנוי במחלוקת. במהלך רב־שלבי חלחל עקרון השוויון אל תוככי המשפט הפרטי באמצעים שונים (ראו: נמרוד אברמוב ועמרי רחום-טוויג, "אכיפה בהעדר חוזה מחייב ופריזמת ההסכמה – מבט תרופתי על חוקי איסור הפליה", **עיוני משפט** לח, 5, 8 (2015), להלן: **אברמוב ורחום-טוויג, אכיפה**).

עקרון השוויון הוחל על פעולותיה של הרשות הציבורית בפועלה במישור הפרטי, ובהמשך הוא הוחל גם על גופים פרטיים בעלי מעמד ציבורי – גופים דו מהותיים (לסקירה מפורטת ראו: ברק מדינה, איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית", **עלי משפט** ג', 37, 41 והאסמכתאות שם (תשס"ג, להלן: **מדינה, איסור הפליה במגזר הפרטי**). בית המשפט הרחיב את מסגרת הגופים הנחשבים דו מהותיים, אך לא קבע כי חובת השוויון מכוח הפסיקה חלה על גופים שאינם כאלה. לגבי גופים פרטיים חלה הלכת **בית יולס**, בה נקבע כי גוף פרטי טהור אינו חייב לכבד את עקרון השוויון, במובן זה שהחובה לנהל מו"מ בתום לב אינה כוללת את החובה לכבד את עקרון השוויון (ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג (1) 441).

ברע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' חאלד סלמאן** (פורסם בנבו, 19.08.2019, להלן: **עניין מי-טל**), נדון עניינה של חברה קבלנית פרטית, שחתמה על חוזה עם רשות מקרקעי ישראל לשם בניית דירות על מקרקעי המדינה ושיווקן. המשיבים, ערבים, חאלד סלמאן ורימא סלמאן בשארה, ביקשו לקנות דירה מהחברה הקבלנית, אך זו הבהירה כי אינה מוכרת דירות לערבים. השופטים נחלקו בשאלה האם חוק איסור הפליה חל על מכירת דירות ע"י קבלן. שופטי הרוב (כב' השופטים ניל הנדל ואלכס שטיין) סברו כי חוק איסור הפליה אינו חל על מכירת דירות מקבלן בעוד כב' השופט מנחם מזוז סבר כי יש תחולה לחוק.

עם זאת, שופטי הרוב סברו כי חל איסור על החברה הקבלנית להפלות, בראש ובראשונה מכוח כללי המשפט המנהלי, שכן החברה הקבלנית היתה קשורה וקיבלה את הקרקע במסגרת חוזה עם רשות מקרקעי ישראל. לחלופין, נקבע כי מדובר בשימוש לרעה בזכות הנובעת מחוזה, מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים, או ניהול מו"מ שלא בדרך מקובלת בניגוד לסעיף 12(א) לחוק החוזים. השאלה אם תהיה לחובת השוויון תחולה במקרה של קבלן הבונה על קרקע פרטית הושארה בצריך עיון ע"י שופטי הרוב (פס' 24 לפסק דינו של כב' השופט אלכס שטיין).

החלת עקרון השוויון במשפט הפרטי נעשתה באמצעות מונחי שסתום, הן כלפי גופים דו מהותיים, ובהמשך גם במשפט הפרטי ממש, וכן באמצעות חקיקה ישירה כדוגמת חוק איסור הפליה אעמוד על התפתחויות אלו להלן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

4.3.7.א. תחולת עקרונות חוקתיים במשפט הפרטי מכוח מושגי שסתום

אחת הדרכים בהם נעשה שימוש להחלת עקרונות חוקתיים במשפט הפרטי הוא דרך מושגי שסתום הנמצאים בחקיקה, כגון הרשלנות ותום הלב.

פרופ' אהרן ברק במאמרו: "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק, עמ' 363 (להלן: ברק, זכויות חוקתיות), עוסק בשאלה האם זכויות חוקתיות חלות בין פרטים באופן אופקי (ראו ה"ש 4 בעמ' 364, בה מובאים מספר רב של מקורות העוסקים בשאלה זו). לדבריו, יש ארבע אפשרויות להשיב לשאלה זו. הראשונה, כי יש תחולה ישירה לזכויות חוקתיות בין פרטים, בלשוננו – המישור האופקי; השנייה – כי אין כל תחולה של זכויות חוקתיות במישור האופקי. השלישית – תחולת הזכויות החוקתיות ביחס האופקי באמצעות הרשות השופטת והרביעית – תחולה עקיפה של הזכויות החוקתיות ביחס האופקי (עמ' 368 למאמרו). לאחר בחינת כל האפשרויות, סבור פרופ' ברק כי יש עדיפות לתחולה העקיפה ומבהיר את התחולה העקיפה (בעמ' 375):

"על פיה הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד הרשות חלות במשפט הפרטי – לא במישורין אלא בעקיפין. אין הן חלות במישורין. אין להכניס לנעליה של הרשות השלטונית, כבעלת החובה בזכויות החוקתיות, את הפרט. אין לפרט אחד זכות חוקתית כלפי פרט אחר. הזכויות בין פרטים הם ברמה תת-חוקתית ולא ברמה חוקתית... תחולה עקיפה זו מתרחשת על סמך ההנחה שלכל זכות חוקתית של הפרט נגד רשויות השלטון יש היבט ערכי אובייקטיבי המוקרן לכל ענפי המשפט. משמעות הדבר היא כי הזכויות של הפרט כנגד הרשות השלטונית לכבוד, חירות, פרטיות וקניין מבטאות גם ערכים אובייקטיביים המעצבים את היחסים בין פרטים במסגרת המשפט הפרטי... מבין ארבעת האופציות שעליהן עמדתי, אופציה זו נראית לי הראויה. היא מקובלת במרבית שיטות המשפט שבהן התעוררה הבעיה. היא חלה במסגרת האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם והחירויות הבסיסיות (1950)... האופציה של התחולה העקיפה מכירה בשוני בין הזכות החוקתית של הפרט, המכוונת כלפי רשות שלטונית, לבין הזכות התת-חוקתית של פרט המכוונת כלפי פרט אחר."

בהמשך, מפרט פרופ' ברק את השוני בין הזכויות, כלפי השלטון מזה, וכלפי הפרט מזה (בעמ' 376):

"שוני זה מתבטא במעמד הנורמטיבי של הזכות ובהיקפה. לעניין המעמד הנורמטיבי – זכותו של הפרט כלפי השלטון היא זכות ברמה החוקתית, ואילו הזכות של פרט כנגד פרט אחר היא ברמה תת-חוקתית. היא מעוגנת לרוב במשפט הפרטי. לעניין ההיקף – הזכות החוקתית של פרט כנגד השלטון מקיפה יותר מזכותו של פרט כנגד פרט... הזכויות בין הפרטים אינן זכויות חוקתיות. אין הן חלק מהחוקה... הן מעוגנות בחקיקה רגילה או במשפט המקובל (כגון דיני החוזים, הנזיקין, הקניין והעבודה). הזכויות והתרופות בגין הפרתן עוצבו על ידי המשפט הפרטי במשך מאות בשנים..."

היו אחרים שסברו כי יש עדיפות לתחולה ישירה (כך, למשל פרופ' פרנסיס רדאי בתחום דיני העבודה (ראו: פרנסיס רדאי, "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח, "משפטים כג", 21, 31 (1994)), כך גם פרופ' בוקשפן (בספרו: המהפכה החברתית, בעמ' 64-66).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

החל בשנות התשעים של המאה העשרים התפתחה בפסיקת בית המשפט העליון מגמה של פתיחות גוברת לתפיסה של תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי. עמדו על כך פרופ' דפנה ברק-ארז ופרופ' ישראל גלעד במאמרם: "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה", **קרית המשפט** ח' 11 (התשס"ט-2009), להלן: **ברק-ארז וגלעד, זכויות אדם**), והבהירו את הסיבה לכך:

"במידה מסוימת יש לייחס התפתחות זו (בעיקר בתחום דיני החוזים) לתהליכי ההפרטה, העבירו כוח מגופים ציבוריים הכפופים לחובות מתחום המשפט הציבורי לגורמים פרטיים אשר לפי התפיסה המסורתית כפופים לכאורה רק למשפט הפרטי. תהליך זה חידד את העוצמה המסורה בידיהם של גורמים פרטיים והמחיש את הצורך לאזן אותה על-ידי כך שגם גורמים פרטיים יוכפפו לחובה לכבד את זכויות האדם. הצדקה זו להרחבת התחולה של זכויות האדם במשפט הפרטי לא נידונה במישורין בפסיקתו של בית המשפט העליון, אך באה לידי ביטוי בשיח המשפטי האקדמי."

בהמשך (בעמ' 16), מדגישים המחברים, כי העמדה המקובלת לתחולת זכויות חוקתיות במשפט הפרטי היא התחולה העקיפה:

"העמדה המקובלת כיום לגבי תחולתן של זכויות אדם במשפט הפרטי תומכת במודל התחולה העקיפה. על פי מודל זה, חוקי היסוד משנת 1992 אינם חלים על צדדים פרטיים, אך הם משמשים מקור השראה לפרשנותם של מושגים בעלי "רקמה פתוחה", דוגמת תקנת הציבור, סבירות ותום-לב. בדרך זו הם משפיעים על המשקל היחסי שניתן לזכויות במסגרת דוקטרינות קיימות של המשפט הפרטי."

הגישה שהוטמעה בפסיקה היא התחולה העקיפה, משנקבע כי ערכי היסוד, הבאים לידי ביטוי בזכויות החוקתיות, כמו כבוד האדם, יעמדו בבסיס פרשנות כלל הנורמות. הדרך להטמעת הערכים שביסוד הזכויות החוקתיות למשפט הפרטי היא באמצעות מושגי שסתום, כמו תום לב ותקנת הציבור. עמדה על כך פרופ' דפנה ברק-ארז, במאמרה: "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", **משפט וממשל** ט', 103, 120 (תשס"ו):

"תפיסה זו של מערכות היחסים הפרטיות, לפיה הן משוחררות מעול זכויות האדם, אינה משקפת עוד את הדין...הגישה העדכנית של המשפט החוקתי בישראל היא שזכויות אדם "מחלחלות" אל המשפט הפרטי, גם אם תחולתן בו היא מצומצמת יותר. "חלחול" זה נעשה בעיקר באמצעות "מושגי השסתום" של המשפט – תום לב, תקנת הציבור, סבירות ועוד. התוצאה היא שלפחות חלק מן הזכויות מחייבות במצבים מסוימים גם במערכות יחסים פרטיות.....בחלק מן המצבים שבהם יש "חלחול" של זכויות אדם אל המשפט הפרטי, הדיון בתוצאותיו מעורר שאלות מתחום דיני החוזים. החובה לנהוג בתום לב ובהתאם לתקנת הציבור גוררת אחריה את חובתם של צדדים לחוזה...לנהוג באופן שאינו פוגע פגיעה קשה בזכויות יסוד." (הדגשה שלי – מ' א' ג')

הערכים שבאים לידי ביטוי בזכויות החוקתיות "חודרים אל המשפט הפרטי באמצעות פרשנות תכליתית" (ברק, **זכויות חוקתיות** בעמ' 381). כלומר, יש לפרש נורמות במשפט הפרטי באופן המגשים את הערכים שבבסיס הזכויות החוקתיות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בתחילה הוחלו עקרונות חוקתיים כמו שוויון במשפט הפרטי בדיני החוזים על גופים דו מהותיים. לראשונה, התעוררה השאלה בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו (2) 464 (1992), שם נקבע, כי התניה לפיה ניתן לכתוב על מצבה רק בעברית נוגדת את תקנת הציבור. כב' השופט (כתוארו אז), א' ברק קבע באותו עניין כי: **"הוראה זו של תקנת הציבור" מזרימה אל תוך המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט בכלל ואת זכויות האדם הבסיסיות בפרט** (שם, בעמ' 531, עוד ראו: ע"א 6601/96 AES Systems Inc. נ' משה סער, פ"ד נד (3) 850 (2000)).

מאוחר יותר הורחב ייבוא הזכויות החוקתיות לכלל ענפי המשפט הפרטי, ואף שאין מדובר היה בגופים דו מהותיים. כך למשל, הכרה בערך האוטונומיה של החולה במסגרת דיני הנזיקין (עוולת הרשלנות) מבוססת על ההכרה בכבוד האדם כערך, המבוסס על הזכות החוקתית לכבוד (ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נ"ג (4) 526, 584-585 (1999), להלן: **עניין דעקה**; ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי**, פ"ד נו (4) 673 (2003) וע"א 8037/06 **שי ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ**, פ"ד סז (1) 410 (2014)) (להלן: **עניין פרינר**). כך, גם כן, במסגרת דיני הנזיקין החיל כב' השופט א' ריבלין את ערך כבוד האדם, כששלל מניזוק אפשרות לקבל פיצוי בגין שירותי מין בע"א 11152/04 **פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד ס"א (3) 310 (2006), בפסקה 20 לפסק דינו:

"אותם עקרונות כלליים המתפרסים כ"מטריה נורמטיבית" מעל המשפט הישראלי, מוצאים את דרכים לתוככי המשפט האזרחי דרך שערי-כניסה שונים. אחד מאותם שערים...הינו עקרון "תקנת הציבור". עקרון זה הוא אחד הכלים המשפטיים שנועדו לשמור על ערכי-היסוד הגרעיניים של השיטה ולכוון את הפעלת כללי המשפט בדרך שתהלום את אותם ערכי-יסוד. עקרון זה "מזרים" ערכי יסוד לתוך המשפט הפרטי... "תקנת הציבור" נתפסת במושג-גג... סבורני, כי ביישום עקרון "השבת המצב לקדמותו", יש בידי בית המשפט כלי לחסימת חזירתם של הסדרים המנוגדים לתפיסות ערכיות יסודיות של השיטה... "תקנת הציבור" עשויה להשפיע על יישום עקרון "השבת המצב לקדמותו" מקום בו המצב הקודם או המצב אליו חותר הפיצוי כרוך באי-חוקיות או בפגיעה בערכי-יסוד של החברה והשיטה... מקום בו [מדובר] בניצול או בפגיעה בזכויות יסוד של אדם אחר, עשוי עקרון השבת המצב לקדמותו לסגת מפני תקנת הציבור... מסקנתנו היא כי אין מקום לכך שבית המשפט יפסוק פיצוי שתכליתו מימון שירותי-ליווי."

בע"א 10064/02 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' רים אבו חנא**, פ"ד ס' (3) 13 (פורסם בנבו, 2005), נקבע כי לעניין הפסד השתכרות לתינוקת שנפגעה, יתבסס על השכר הממוצע במשק, ולא על הממוצע בכפרה, וכן כי לא ילקח בחשבון הרקע הסוציאקונוי שלה, כדי לא להנציח פערים חברתיים כלכליים.

עם זאת, בעניין **פרוז'אנסקי**, שהתבסס על חוק איסור הפליה (בכניסה למועדונים באותו מקרה) קבע כב' השופט יורם דנציגר, כי החוק מהווה חריג לכלל לפיו חובת שוויון אינה חלה בין פרטים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-08-26994 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 (פס' 19 לפסק דינו): "ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסודי. נהפוך הוא, בספרה הפרטית
2 החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החרג לו".

4.3.7. ב. חקיקה המחילה שוויון במשפט הפרטי

3
4 במקביל הוחל ערך השוויון במשפט הפרטי, בתחומים מוגדרים שונים, באמצעות חקיקה המחילה
5 את חובת איסור ההפליה על התקשרויות פרטיות. כך חוק איסור הפליה, כמו גם חוק שוויון
6 הזדמנויות בעבודה וכן בחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, האוסר על הפליה בשכר על בסיס מין.
7 בבג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 2012) נקבע כי אין להכיר
8 בחופש ההתקשרות של המעסיק כשיקול עצמאי שעשוי להצדיק הפליה בשכר בין גברים לנשים
9 (עוד ראו לעניין זה: שרון רבין-מרגליות, ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק
10 דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן, הפרקליט נ' 501, 539-542 (תש"ע) וכן אריאן
11 רנן-ברזילי "בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שיוויון הזדמנויות ומחויבות
12 משפחתית", מחקרי משפט לא, התשע"ז-2017).

4.3.7. ג. חקיקת חוק איסור הפליה

13
14
15 חוק איסור הפליה הינו דוגמא מובהקת להחלת עקרון חוקתי, עקרון השוויון, באופן ישיר בחקיקה
16 על פעילות עסקית פרטית. חוק איסור הפליה שהציב לעצמו את המטרה למנוע הפליה בכניסה
17 למקומות ציבוריים והספקת מוצרים ושירותים, כקבוע בסעיף 1 שבו על ידי בעלי עסקים פרטיים
18 המספקים מוצרים ושירותים ציבוריים. החידוש שבחוק, והצורך בחקיקתו נובעים מהקושי לאכוף
19 נורמות של איסור הפליה על ידי בעלי עסקים פרטיים, על רקע זכותו של הפרט לבחור עם מי הוא
20 רוצה להתקשר, העומדת ביסוד דיני החוזים שבבסיסם האוטונומיה של הרצון וערך החירות. במצב
21 דברים זה ראה המחוקק לנכון לבצע הסדרה של קליטת ערכי השוויון למשפט הפרטי, וזאת
22 בחקיקה ספציפית שהוקדשה לנושאים מוגדרים שבהם המחוקק מצא לנכון להתערב (ראו לעניין
23 זה: דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור
24 הפרטי" משפטים ה' 598, 605-606. (1975) עניין פרוז'אנסקי, פסקאות 18-20 לפסק דינו של
25 השופט דנציגר ומשה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים
26 ובשירותים" עלי משפט ג' 15 (2003).

27
28
29 עניין זה מבהיר כי היה צורך בחקיקת החוק, דווקא משום שאין חובת שוויון ישירה במשפט הפרטי.

4.3.8. עוולה חוקתית

30
31
32 השאלה האם ניתן להחיל חובת שוויון כעוולה חוקתית. בספרות המקצועית הובעה בעבר הדעה
33 שלפיה מכשיר התובענה הייצוגית עשוי להוות כלי אפשרי להתמודדות עם מקרים של פגיעות
34 קולקטיביות כדוגמת הפליה ולריפוי נזקיהן, וזאת לכאורה גם במנותק מחוק איסור הפליה. סוגיה
35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

זו הושארה בצריך עיון [ראו פסקאות 26-28 לפסק דינו של השופט דנציגר בעניין **רדיו קול ברמה** ; דעת המיעוט של השופט ג'ובראן בעניין **פרוז'אנסקי**). במקרים אחרים אושרו תובענות ייצוגיות גם בעילה זו, אך בלא שהיה דיון נפרד בעניין, כאשר העילה שנדונה היא חוק איסור הפליה (**ראו**: ת"א 2356-08 (מחוזי י-ם) **רות ריי יסעור נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 27.9.2012, השופטת תמר בזק-רפפורט, ואישורה, גם כן ללא התייחסות לעילה זו, בפסקה 3 לפסק דינה של כב' השופטת אסתר חיות בערעור שהוגש על החלטה זו (בנוגע לעניין אחר): ע"א 7115/14 **שרון סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 2017); השוו: בג"ץ 2171/06 **שני כהן נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 2011).

בעניין מי-טל התייחס לכך כב' השופט א' שטיין באמרו (פסקה 25 לפסק דינו):

"כמו כן אציין, כי הסוגיה שהונחה לפתחנו קשורה לשאלות חוקתיות יסודיות וכבדות משקל בתחום השוויון החברתי. ניתן אפוא לחשוב על פתרון הסוגיה גם באמצעות דיני חוקה. ברם, דרך זו איננה דרכי. הנני מוצא טעם רב בהלכה אשר מורה לנו להימנע מלדון בשאלות חוקתיות כאשר בידינו להגיע להכרעה בתיק מבלי להידרש אליהן הדיון בשוויון כעיקרון חוקתי איננו נחוץ במקרה דכאן לנוכח קיומו של איסור על הפליה במשפט המינהלי הכללי, וכן, במשתמע, בהוראות חוק רמ"י שצויינו לעיל."

כב' השופט ניל הנדל סבר אף הוא כי כיון שאין מדובר בקרקע פרטית וממילא חלה חובת השוויון בשיווק הדירות, אין צורך להידרש לשאלה, מה היה הדין לו מדובר היה בקרקע פרטית (עוד ראו לעניין זה יצחק עמית, "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה", בתוך: **ספר שטרסברג כהן**, 465 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי, עורכים, תשע"ו-2017, להלן: **עמית, הפגיעה באוטונומיה**), הסבור גם הוא כי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא ראש נזק בגין עוולות קיימות כמו הפרת חובה חקוקה ורשלנות, ואינו מהווה עילה כשלעצמה, שם בעמ' 473).

אני סבורה כי במקרה שלפניי כיון שחל חוק איסור הפליה, ולכן יש עילה על פי חוק איסור הפליה, כמו גם של הפרת חובה חקוקה, אין צורך, גם במקרה שלפניי להידרש לשאלה מה היה הדין במקרה שאינו נכלל בגדר החוק, ועל כן אין מקום לקבל, במסגרת הסכס הפשרה כי קמה לתובע זכות בגין עוולה חוקתית של פגיעה בשוויון.

לאור כל האמור לעיל אני סבורה שלו התביעה הייתה נדונה, היה בסיס לכך כי בעילות של הפרת חוק איסור הפליה והפרת חובה חקוקה, השאלות היו מוכרעות לטובת הקבוצה. כעת אמשיך ואבחן את התנאים לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית.

4.4. האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

מטרתו של תנאי זה, היא לאפשר לבית המשפט לשקול את היתרונות והחסרונות באישור התובענה
כייצוגית, בהשוואה לחלופות הקיימות בסדרי הדין- ניהול תובענות נפרדות וצירוף תובעים בדרך
הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי (ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות
הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131 (תשס"ז) בעמ' 145, להלן: **קלמנט, קווים מנחים
לפרשנות**)).

המקרה שלפניי אינו המקרה הראשון בו הוגשה תובענה על פי חוק תובענות ייצוגיות בעילה של
הפרת חוק איסור הפליה. **בעניין רדיו קול ברמה**, אושרה בקשה לניהול תובענה כייצוגית על פי חוק
זה. השאלה היא מתי יש לנקוט בהליך נקודתי של תביעה אישית ופיצוי ללא הוכחת נזק, ומתי
בתובענה ייצוגית. יש לזכור כי בסעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה מאפשר תביעה ללא הוכחת נזק
בסכום של עשרות אלפי שקלים. אולם, סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע לא ניתן לפסוק
בתובענה ייצוגית פיצויים ללא הוכחת נזק (למעט בתובענה לפי הפריט התשיעי בתוספת השנייה,
שעניינה הגנה על אנשים עם מוגבלות). בשל כך לא ניתן בהליך של תובענה ייצוגית לפסוק פיצוי
לפי סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה (עמד על כך במפורש כב' השופט יורם דנציגר, בפסקה 65 לפסק
דינו בעניין **רדיו קול ברמה**)).

מפסק הדין בעניין **רדיו קול ברמה** ניתן ללמוד על גישה, לפיה מכשיר התובענה הייצוגית ייוחד
לטיפול במקרים בהם מוכחת מדיניות של הפליה, בעוד שהמכשיר של פיצוי בלא הוכחת נזק ישמש
להתמודדות עם מקרים בהם מוכחת הפרה נקודתית של חוק איסור הפליה, שאין בה די כדי ללמד
על מדיניות של הפליה (ראו פסקאות 72-77 לפסק דינו של כב' השופט יורם דנציגר בעניין **רדיו קול
ברמה**, ליישום גישה זו ראו פסק דינו של כב' השופט עופר גרוסקופף בעניין **מירב נ' איי.די.איי**, שם
בפסקה 16).

במקרה שלפניי מדובר על רשת פאבים, שפרסמה ברשתות החברתיות מיוזמתה על המדיניות לפיה
גילאי הכניסה לגברים ונשים יהיו שונים, וכן הזמינה בהזדמנויות שונות, נשים להיכנס חינם לאותם
פאבים, בעוד שעל הגברים היה לשלם דמי כניסה. היינו, אין מדובר בסירוב נקודתי לתת למבקש
להיכנס, או לחייבו בתשלום דמי כניסה, אלא במדיניות הרשת. על כן, ככל שהתנהלות זו של
הנתבעות מפרה את חוק איסור הפליה, המדובר בהפרה שיטתית, המהווה חלק ממדיניות כוללת,
ולא באירוע מסוים, המייצג תקלה נקודתית. לפיכך, יש הצדקה לבחון התנהלות זו במסגרת בקשה
לאישור תובענה כייצוגית.

כפי שציין כב' השופט מנחם מזוז בעניין **מי-טל** :

"נוכח מרכזיותה וחשיבותה כאמור של הזכות לשוויון למרקם החיים החברתיים,
קיימת אפוא חשיבות ציבורית-ערכית רבה לשיגור מסר חד-משמעי בגנותה של
האפליה ולהעמדת כלים משפטיים אפקטיביים לרשות נפגעי האפליה לתבוע את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

עלבונם. מעבר לתכליתו ההרתעתית-מעשית, יש לחוק איסור הפליה תכלית ערכית-חינוכית שבאה לידי ביטוי בהצהרה שהפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים תהא אסורה במדינת ישראל. להצהרה זו יש חשיבות כלפי המופלה, כלפי המפלה, וכלפי החברה כולה. היא מגדירה כי הנורמה המקובלת במדינת ישראל היא שלילת ההפליה, ובכך שולחת מסר חשוב למפלה או למי ששוקל להפלות כי הוא פועל מחוץ לנורמה המקובלת. באותה העת ההצהרה שולחת מסר מנחם למופלה ומאשרת את תחושתו הפנימית כי האופן בו נהגו כלפיו הוא עוול, וכי הוא זכאי לתבוע את עלבונם באמצעות הכלים שהוקנו לו בחוק. הצהרה זו חשובה לא פחות אף עבור החברה הישראלית, באשר היא מעבירה מסר לפיו הפליה היא תופעה מגונה אשר אין להשלים עמה ויש לפעול למיגורה.

אמנם השופט מנחם מזוז היה בדעת מיעוט, שם, לעניין תחולת חוק איסור הפליה, אולם דבריו יפים למקרה זה בו אין מחלוקת כי יש תחולה לחוק איסור הפליה.

אני סבורה כי התובענה הייצוגית יכולה להוות מכשיר ראוי לקידום השוויון המגדרי בישראל

למען שלמות התמונה אציין כי בעבר נקט בית משפט מחוזי באר שבע (כב' השופט ברוך אזולאי) עמדה אחרת במקרה דומה (בש"א (מחוזי באר שבע) 5315-08 נדב להט נ' 008 הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2011)), בו הוגשה תביעה לפי חוק איסור הפליה נגד מועדון הפורום בבאר שבע, שגבה דמי כניסה גבוהים יותר מגברים מאשר מנשים. כב' השופט ברוך אזולאי קבע אמנם כי יש סיכוי כי שאלת האפליה תוכרע לטובת הקבוצה, בעקבות פסק הדין בעניין פרוז'אנסקי, אך הוסיף וקבע כי תובענה ייצוגית אינה המכשיר הראוי, בין היתר, כיון שהדבר עלול לפגוע במקומות רבים העושים שימוש בפרקטיקות אלו. לדבריו (בפסקה 8 לפסק דינו):

"כמו כן, נראה לי שבנסיבות העניין התועלת שיכולה להיות במתן אישור להגשת תובענה ייצוגית אינה שקולה כנגד הנזק שיכול להיגרם כתוצאה מכך, שכן מתן אישור להגשת תובענה ייצוגית שכזאת, שבעקבותיו יכול וינתנו אישורים כאלה ביחס להנחות הניתנות במועדונים מסוג זה או נגד גופים אחרים שנותנים הנחות כאלה, ביחס לארועי ספורט וארועים אחרים, יכול להביא לחיוב אותם גופים בסכומי עתק ולהפסקת הפעילות שלהם, בעוד שאף אם ייקבע שמדובר בהפליה אסורה, ניתן להביא להפסקת אותה הפליה, בעצם העובדה שנקבע בהחלטה זאת שיש אפשרות סבירה שייקבע שמדובר בהפליה אסורה, או על ידי הגשת תובענות אישיות של תובעים יחידים שימצאו לנכון להגיש תובענה אישית גם בגין נזק לא ממוני שיכול להיות גבוה למדי."

לטעמי, אין לקבל עמדה זו. ראשית, פסק דין זה ניתן לפני פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רדיו קול ברמה, שכאמור ניתן ללמוד ממנו על הנסיבות להגשת תובענות ייצוגיות בשל חוק איסור הפליה. שנית, ובעיקר, ניתן להתחשב במקרים אחרים בכך שמדיניות כזו רווחת בחברה, לעניין גובה הנזק (שממילא נתון להערכת בית המשפט).

בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. 564, U.S. 1, 11 (2011), קבע כי בהוכחת דפוס או פרקטיקה, ולבטח בהוכחת מדיניות מפלה בה נקט המעוול, קמה מעין חזקה הניתנת לסתירה, לפיה כל חברי הקבוצה סבלו מאותו הדפוס המפלה, ועל כן הם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

חולקים "שאלות משותפות" הקשורות לאחריות הנתבע ביחס לדפוס זה, מה שמאפשר דיון
במסגרת תובענה ייצוגית:

"In a pattern-or-practice case, the plaintiff tries to 'establish by a preponderance of the evidence that... discrimination was the company's standard operating procedure [,] the regular rather than the unusual practice.' ... If he succeeds, that showing will support a rebuttable inference that all class members were victims of the discriminatory practice..."

[ראו שם, הערת שוליים 7 לחוות דעתו של השופט Scalia. כן ראו בעמוד 7 לחוות דעתה של
השופטת Ginsburg].

אמנם, כפי שהבהיר כב' השופט יורם דנציגר, בעניין קול ברמה (שם בפסקה 70) כי בעניין Wal-Mart
מדובר היה בהפליה תעסוקתית, מקרה שונה במקצת, וכן כי לא הוכחו באותו מקרה "דפוס
או פרקטיקה". עם זאת הקביעה העקרונית לפיה מדיניות מפלה מקימה שאלות משותפות לחברי
הקבוצה המופלה, ומצדיקה דיון במסגרת תובענה ייצוגית, יפה גם לעניין שלפניי.

לא רק שתובענה ייצוגית מתאימה לעניין, השפעתה הרחבה עונה על המטרות של חוק איסור
הפלייה ואכיפת חובת השוויון. ברק אתירם, במאמרו: "תובנות מבראון, ההיסטוריה החברתית
של התובענה הייצוגית", משפט וממשל כ', 47 (תשע"ט-2019) עומד במאמר על ההשפעות
החברתיות של הליך ייצוגי, ומביא דוגמא מעניינת של עאדל קעדן ומשפחתו שביקש להתגורר ביישוב
קציר (וכשסורבו הגישו עתירה לבג"ץ):

"שוו בנפשכם שבג"ץ קעדאן המפורסם היה מנוהל כאותן תביעות לדה-סגרציה
בדין האמריקאי, ובמקום רצונו של אדם יחיד... היו ניצבים עשרים או שלושים
מקרים נפרדים של מועמדות לקבלה ביישובים קהילתיים שונים.... הניחו כי
ההנמקות הפורמליות לדחיית המועמדים היו מתועדות וכך גם המאפיינים המגוונים
של היישובים הקהילתיים השונים שדחו את הבקשות.... סביר להניח שתובענה
כזו הייתה השלכה ברורה על מסגרת הדיון המשפטי. בעיקר לא היה אפשר להיאחז
בנסיבותיו הפרטיקולריות של עאדל קעדאן... ועל מאפייניו הלא מיוחדים של
היישוב קציר, ומסגרת הדיון הייתה עוסקת גם בתופעה העמוקה יותר של הדרה
במגוון עשיר של קהילות".

אמנם המאמר עוסק בתובענות ייצוגיות בענייני זכויות אדם כנגד רשויות, אולם הדברים יפים גם
לענייננו. בארצות הברית קידום זכויות נשים, כמו גם מלחמה בגזענות, בוצע במקרים רבים
באמצעות תובענות ייצוגיות שהוגשו לעתים ע"י נשים ולעיתים ע"י גברים.

בנוסף, הכרה בעוולה, או הפליה בניגוד לחוק איסור הפליה ירתיעו ספקי שירות אחרים מהפליה
דומה, יותר מאשר בתביעות אישיות, לאור האפשרות לפסוק פיצוי גבוה הרבה יותר (ראו הפיצוי
בסך מיליון שקלים שנפסק בעניין מירב נ' איי.די.איי, להרחבה בעניין שיקול זה ראו: כהן אליה,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 **החירות והשוויון**, שם, בעמ' 523). יש חשיבות לדבר על פרקטיקות רחבות של הפליה בין גברים
2 לנשים לעניין גיל הכניסה ותשלום במועדונים, ותובענה ייצוגית יכולה לדון בבעיית הרוחב, במסגרת
3 הדיון בעילה, כפי שנעשה במקרה זה. לטעמי, כאשר מדובר בפרקטיקה מפלה, על אחת כמה וכמה
4 אם זו נהוגה במקומות רבים, כי התובענה הייצוגית היא הכלי המתאים לטפל בכך.

5
6 מעבר לשאלה כללית זו **קלמנט, קווים מנחים**, מציין שלושה נושאים עיקריים אותם על בית
7 המשפט לבחון, כאשר הוא מכריע בשאלה זו: גודל הקבוצה; הגנה על הנתבע מפני שימוש לא ראוי
8 במכשיר התובענה הייצוגית; והיחס בין התועלת בניהול התובענה הייצוגית בשאלות המשותפות
9 לקבוצת התובעים, לבין העלות הכרוכה בדיון הנפרד בשאלות שאינן משותפות. במקרה זה כל
10 הפרמטרים מובילים לתשובה חיובית לשאלה האם התובענה הייצוגית היא הכלי המתאים. ראשית,
11 מדובר בקבוצה גדולה ולא מזוהה, הגברים בגילאי 18-22, שכניסתם לפאבים ולמועדונים של
12 הנתבעות נמנעה בסופי שבוע, או שמראש נמנעו מלהגיע בשל מדיניות ההפליה בגיל המינימלי,
13 וגברים ששילמו מחיר כניסה מלא בערבים בהם נשים היו פטורות מתשלום. שנית, כמתברר מהדיון
14 שנערך בפניי ביום 5.5.19, העסקים שבבעלות הנתבעות נמצאים בהליכי סגירה או בקשיים
15 כלכליים. ואולם, דווקא ניהול ההליך וסיומו כעת, בצורה של פשרה בתובענה ייצוגית, יאפשר
16 לפצות את הקבוצה המיוצגת על הנזק שנגרם לה, במסגרת הסכמה בה יכולות הנתבעות לעמוד.

17
18 שלישית, ובעיקר, העילות להן טען המבקש משותפות כולן לכל חברי הקבוצה, וסובבות סביב
19 הנקיטה במדיניות מפלה. על כן, התועלת בניהול התובענה בשאלות אלה, עולה בהרבה על העלות
20 האפשרית של דיון נפרד.

21
22 אני סבורה, כאמור, כי דווקא תובענה ייצוגית עשויה לקדם הפסקה של אבחנה בגילאי כניסה על פי
23 מין, כמו גם מתן הנחות על פי מין, המהווה, כאמור, הפליה אסורה. לאור האמור, תובענה ייצוגית
24 היא דרך המלך לניהול המחלוקת שבנדון. הן לאור חשיבות הנושא כפי שפורטה על ידי בהרחבה
25 לעיל, הן היות מכשיר התובענה הייצוגית כלי יעיל לקידום אינטרסים ציבוריים ולשינוי חברתי.

4.5. האם קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום

לב

30 הדרישות לייצוג הולם ובתום לב הינן נפרדות זו מזו. מטרתן המשותפת של דרישות אלה היא הגנה
31 על האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת (**עניין פרינר, שם**):

32
33 **"אכן – החובה לייצג ולנהל את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב,**
34 **המוטלת על התובע המייצג ועל בא-הכוח המייצג, מוסבת בראש ובראשונה כלפי**
35 **חברי הקבוצה, אשר עניינם מופקד בידיהם. דרישות אלה נועדו להבטיח כי**
36 **האינטרסים של חברי הקבוצה – שלא מסרו בידי התובע המייצג ו/או בא-כוחו ייפוי**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

כוח פרטני לייצגם ואינם נוטלים חלק פעיל בניהול ההליך (ולעתים אף אינם מודעים כלל לקיומו) – לא יפגעו כתוצאה מייצוגם ומאופן ניהול התובענה בידי מי שמתיימרים לייצג אותם.

הדרישה לייצוג הולם - לב ליבה של דרישה זו היא כשירותו של עורך הדין לייצג את הקבוצה בצורה הולמת. על עורך הדין להיות בעל הכישורים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית באופן ישיר נאמנה את עניינם של חברי הקבוצה (קלמנט, קווים מנחים לפרשנות, עמ' 147 ועניין פריניר).

הדרישה לייצוג בתום לב - עיקרה של דרישת תום הלב היא לוודא כי לא נעשה שימוש מצד התובע הייצוגי במכשיר התובענה הייצוגית למטרות זרות. עיקרון תום הלב בהקשר זה, מגן על אינטרס הנתבע באותה מידה בה הוא מגן על קבוצת התובעים (קלמנט, קווים מנחים לפרשנות, עמ' 149).

לגבי שתי הדרישות - ייצוג בתום לב וייצוג הולם - סבורה אני כי הנטל להוכיח שאינן מתקיימות רובץ על הטוען לכך. משמע, בהיעדר טענה כי מניעי התובע פסולים או כי עורך הדין אינו מסוגל להעניק ייצוג הולם, ההנחה היא כי הדרישות מתקיימות. וכך כתב השופט מלצר בעניין פריניר בהקשר זה (פס' 93):

"נוכח התמקדותו של המחוקק בדרישת תום הלב בייצוג ובניהולה של התובענה, ולא בהגשתה, הרי שמניעיו האישיים של עורך הדין (או של התובע) בהגשת התובענה הייצוגית, אינם צריכים איפוא להכריע את גורל הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לשבט – כל עוד אין בהם כדי להעיד על כך שעניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב וכל עוד הם עולים בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה."

בענייננו, בהיעדר טענות המעידות אחרת, שתי הדרישות מתקיימות.

5. האם סיום ההליך בדרך של פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין והאם מדובר בהסדר ראוי וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה

5.1. האם ראוי לסיים את התובענה על דרך הפשרה

במאמרו "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", דן פרופ' קלמנט בדרישה זו המוצבת בסעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות. לגישתו, מכוח דרישה זו על בית המשפט לבחון מה היו תוצאותיו האפשריות של דיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית. הוא מדגיש, כי בדרישה זו המחוקק אינו דורש לבדוק האם תובענה ייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכרעה במחלוקת (בכך נערך הדיון במסגרת התנאים לאישור התובענה הייצוגית), אלא האם סיום ההליך בדרך של פשרה יהיה כזה (ראו אלו קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 59 (תשע"א), להלן: קלמנט, פשרה והסתלקות).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

בענייננו הסכימו הנתבעות, במסגרת הסדר פשרה להעביר סכום של 70,000 שקלים לקרן התובענות הייצוגיות, בהעדר אפשרות לאתר את הנפגעים. השאלה אם הסדר זה ראוי לאור ההפרות הנטענות, ההסכמות שהושגו, ובשים לב לערך השוויון העומד על הפרק.

אני סבורה כי לא הייתה תועלת בהמשך ניהול התובענה, בעיקר לאור העובדה שהנתבעות לא התכחשו לעובדות, לקחו על עצמן אחריות והתחייבו להפסיק את ההפליה שגרמה התנהלותן. לא ניתן היה להגיע לתוצאה טובה יותר מהמשך ניהול התובענה.

5.2. האם ההסדר ראוי בנסיבות העניין

עתה, יש להמשיך ולבחון האם מדובר בהסדר ראוי. לשם כך יש צורך לעמוד על הנזק שנגרם (שכן הן חוק איסור הפליה במקרה של תובענה ייצוגית, הן העילה של הפרת חובה חקוקה מחייבות נזק). כן יש לראות האם הסכום המוצע מהווה פשרה ראויה לאור הנזקים שנגרמו, והתועלות שבסדר הפשרה.

5.2.1. הנזק כתוצאה מהפרת חוק איסור הפליה

חוק איסור הפליה מאפשר לתבוע ולקבל פיצוי ללא הוכחת נזק בתביעה אישית. בתביעה ייצוגית אין תחולה לסעיף זה ועל כן יש להוכיח נזק (כך גם לגבי העוולות של הפרת חובה חקוקה ורשלנות). השאלה מהו הנזק שנגרם, וכיצד להעריכו.

ככלל, ניתן לומר כי כיוון שהמניע להפליה במקרה זה הינו, ככל הנראה, כלכלי, נדרשת סנקציה כלכלית אפקטיבית. סנקציה כזו קיימת בדמות פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק איסור הפליה, וכן במסגרת התובענה הייצוגית, במסגרתה ניתן לכמת את הנזק שנגרם לקבוצה גדולה של נפגעים. היינו, שימוש בדיני הנזיקין לצורך מיגור הפליה על דרך של הרתעה כלכלית. יפעת ביטון ולירון קנטי, "בין הפרטה לפרט – תמורות פוליטיות ותמורות הנזיקית", **עיוני משפט** מ', 493, 511 (תשע"ח), מציינות:

"החל באמצע שנות האלפיים החלו להופיע בבתי המשפט תביעות אזרחיות נזיקיות שמטרתן המובהקת הייתה שינוי חברתי באמצעות המשפט, משמע, השפעה באופן שאינו פוליטי-מסורתי על מוסדות המדינה או על גורמים פרטיים לטובתן של אוכלוסיות מוחלשות ולהגנתן של זכויות אדם. העיקרון שעליו נשען מהלך זה, בקצרה, היה שדיני הנזיקין הם כלי מרכזי וחשוב למיגור הפליה ולקידום זכויות אדם בדרך של *up-bottom*. במובן זה, על-אף החדשנות שבמהלך, הוא נשען על עיקרון קלאסי-מסורתי של דיני הנזיקין שלפיו אחת ממטרותיהם המוצהרות היא הרתעה, ולכן הם ייצרו הניעה כלכלית ברורה לשינוי אופן ההתנהלות של המדינה ואף של גופים פרטיים, במקרים של פגיעה בזכויות יסוד"

דרישת או חיוב הנתבע בפיצוי, תייקר את הפעילות, עד כדי כך שלעיתים היא כבר לא תהיה משתלמת (להרחבה בעניין זה ראו: ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין", **משפטים** כב, 421 (1993); צחי קרפז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז', 541 (2004); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" — פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט, 137 (2005); יפעת ביטון, "קפיטליזם בדיני הניזקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש", **דין ודברים** יא, 77, 81 (תשע"ח), וכן: Hanoch Dagan, Just Compensation,, Incentives, and Social Meanings, 99 Mich. L. Rev. 134 (2000).

5.2.1. א. הנזק – פגיעה בכבוד

כפי שציינתי בהרחבה לעיל, הבסיס הרעיוני למתן זכות תביעה לגברים שהם הקבוצה ההגמונית בהקשר של מין, על פי חוק איסור הפליה, יש לראות את הפגיעה בהם כפגיעה באוטונומיה שהיא חלק מזכותם לכבוד.

פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נדון הן באשר לתובענות פרטניות, הן לגבי תובענות ייצוגיות, והשופטים בבית המשפט העליון נחלקו בהקשר זה. אין מחלוקת, וכך נקבע **בעניין דעקה**, פסק הדין הראשון בו הוכרה הפגיעה באוטונומיה כראש נזק, כי יש להעריך את גובה הנזק על דרך האומדנה, שכן אין אפשרות להעריך נזק זה במדויק על פי ראיות חיצוניות. המחלוקת היא האם מדובר בנזק אובייקטיבי, היינו, נזק שנגרם מעצם הפגיעה באוטונומיה, או נזק סובייקטיבי, כך שיש להוכיח תחושות פגיעה, עלבון, וכיו"ב, כדי לבסס נזק בעילה זו.

לעניין פגיעה באוטונומיה, קבע כב' השופט תיאודור אור, לימים המשנה לנשיא **בעניין דעקה** (שם בעמ' 584-585):

"בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין, ועל התרשמותו של בית-המשפט. על בית-המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית-המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים".

בהמשך, בע"א 9936/07 מאיה בן דוד נ' ד"ר אייל ענטבי (פורסם בנבו, 2011) נקבע אמנם כי הערת הנזק תיעשה על דרך האומדנה, אולם, כב' השופט ניל הנדל קבע כי ככלל, יש להגדיל את הסכומים הנפסקים במקרים אלו (פסק 11 לפסק דינו של כב' השופט ניל הנדל):

"אכן, בעניין דעקה הסתפק בית המשפט בפסיקת פיצוי בסך 15,000 ₪ בלבד בגין פגיעה באוטונומיה. בשנים שחלפו מאז ההכרה בעילת התביעה נפסקו במשורה סכומי כסף נמוכים כפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופל. דומני כי עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'. כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן... יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

יש להדגיש כי בשני המקרים מדובר היה בתביעה אישית של מטופלים, כאשר הפגיעה באוטונומיה נגעה לטיפול הרפואי שקיבלו.

בהמשך נחלקו השופטים בשאלת מהות הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה, הגדרתו ואפיונו במשפט הישראלי (ראו: ע"א 8126/07 **עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו, 2010), וכן: אסף יעקב, במאמרו: "דא עקה דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה, **משפטים** מב, 5 (תשע"ב-2012); אסף יעקב ויוני לבני, "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה", **עיוני משפט** לז, 437 (2015); הסבורים כי הקפיצה שם נבעה מהקושי להוכיח קשר סיבתי במקרה של טיפול רפואי שכשלעצמו לא היה רשלני. עוד ראו לעניין זה: נילי קרקו-אייל, אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה בעקבות 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה", **המשפט** יא, 267).

עמית, הפגיעה באוטונומיה, חוזר על עמדתו בפסיקה וסבור כי ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה הוא חלק מהנזק הלא ממוני, הנלווה לנזק ישיר, וכן כי יש להוכיח פגיעה סובייקטיבית ברגשות הנפגע. במאמרו הוא מפנה לפסקי הדין בעניין תנובה (עניין **תנובה הראשון**, ועניין **תנובה השני**), וטוען כי הפגיעה באוטונומיה משמעה שלילת כוח הבחירה של הנפגע, אך מוסיף כי: "**הפגיעה באוטונומיה צריכה לבוא לידי ביטוי בנזק תוצאתי של תחושות שליליות כמו כעס, תסכול, עלבון, גועל, זעזוע וכיוצא באלה**".

אחד הנימוקים לקביעה זו הייתה, כפי שעמית עצמו מציין במאמר כי מקרה תנובה "**אינו מדגים פגיעה בליבת האוטונומיה**" (שם, בה"ש 90. עוד ראו לעניין זה בעניין **פרינר**, פסקה 43 לפסק דינו של כב' השופט חנן מלצר).

אין זה המקום להכריע בשאלה לגבי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ככלל, שכן הדבר אינו נדרש במסגרת פסק הדין שלפניי. עם זאת, אני סבורה כי במקרה של תובענות ייצוגיות לפי חוק איסור הפליה, אין לעמוד על דרישה זו של הוכחה סובייקטיבית של תחושות כעס, זעם, תסכול וכיו"ב. אנמק.

5.2.1. הדרישה לנזק סובייקטיבי תחושות עלבון תסכול וכעס בתובענות ייצוגיות לפי חוק איסור הפליה

שלושה טעמים עיקריים עומדים בבסיס החלטתי לפיה בתובענה ייצוגית לפי חוק איסור הפליה אין לעמוד על נזק סובייקטיבי לחברי הקבוצה הנפגעת.

ראשית, פעמים רבות כמו במקרה שלפניי, ובניגוד לתובענות האישיות בנוגעות לטיפול רפואי, הפגיעה באוטונומיה היא הנזק היחיד, והוא גם הנזק שחוק איסור הפליה התכוון למנוע.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

שנית, גם במקרים של תובענות ייצוגיות צרכניות כמו עניין תנובה, כאשר הנזק היחיד הוא פגיעה באוטונומיה, אין מדובר, כאמור, בליבת הפגיעה באוטונומיה, ועל כן נדרש כי הפגיעה עצמה תהיה קשה במיוחד. זאת, כדי לאבחן מקרה זה מכל מקרה של רכישת מוצרים שאינם תואמים את התיאור שניתן לגביהם, או שנתגלו בהם תקלות (ראו לעניין זה את פסק דיני בת"צ (ת"א) 32117-08-16 נורית הפטר גילמור נ' הנסיך מפיל לייצור טחינה בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.19), בו קבעתי שברכישת מוצר מקולקל והחזרתו אין פגיעה באוטונומיה (ערעור על פסק הדין תלוי ועומד ברע"א 2298/19 ריבה פינצבסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ). לעומת זאת בתביעות לפי חוק איסור הפליה, הפגיעה היא בליבת הכבוד, בליבת הזכות לשוויון, ועל כן אין צורך להוכיח פגיעה סובייקטיבית קשה במיוחד, ואין ללמוד לעניין זה מעניין תנובה. לעניין זה יש להדגיש כי התבקש דיון נוסף בעניין תנובה השני, בשאלה האם יש לאמץ גישה אובייקטיבית או גישה סובייקטיבית בנוגע לנזק בגין פגיעה באוטונומיה. כב' הנשיא אשר גרוניס דחה את הבקשה (דנ"א 9416/11 עזבון ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2012), וקבע כי שאלה זו בנוגע לנזק היא סוגיה מורכבת וקשה, שביחס אליה נחלקו הדעות בע"א 4576/08 ליה עטרה בן-צבי נ' פרופ' יהודה היס (פורסם בנבו, 2011), אך דחה את הבקשה לדיון נוסף מטעמים אחרים.

בתובענות לפי חוק איסור הפליה, הפגיעה בכבוד, הפגיעה באוטונומיה, הן בדיוק הפגיעות שמטרת חוק איסור הפליה הייתה למנוע. דרישת הוכחה סובייקטיבית, כאשר מדובר בתובענה ייצוגית תקשה על כך.

תמיכה לגישה זו ניתן למצוא בעניין רדיו קול ברמה, שם קבע כב' השופט יורם דנציגר לעניין הנזק (בפסקה 61 לפסק דינו) כי:

"ההכרה בקיומו של נזק וכן הזכות המשפטית לקבל פיצוי בגינו נובעים בנסיבות העניין מתוך חוק איסור הפליה עצמו, וזאת אף ללא צורך להידרש למסגרות משפטיות אחרות לביסוס המסקנה. חוק איסור הפליה מניח כהנחת עבודה שכאשר נגרמה הפליה במובן סעיפיו, נגרם בשל אותה הפליה נזק, וכי אותו נזק הוא בר פיצוי. מושכלת היסוד הגלומה בסעיפי החוק היא ש"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 אדם" [הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 2871]. זאת ועוד, המחוקק אף מציע בחוק איסור הפליה מנגנונים לקבלת הפיצוי ותקרת מחיר לפיצוי שניתן לפסוק ללא הוכחת נזק."

והוסיף בפסקה 64, לאחר שקבע כי השלב שנדון שם, שלב אישור הבקשה, אינו נדרש לשאלת חישוב הנזק:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

"אין לכחד כי אכן מלאכת חישוב שווי הפיצוי במקרה דנן מעוררת שאלות מורכבות, בייחוד משום שהפגיעה הנטענת עוסקת בתחושות סובייקטיביות ואינדיבידואליות של השפלה ופגיעה בכבוד. כבר נאמר, ביחס לסוגייה מעט שונה, כי חישוב הפיצוי במקרים מעין אלו עשוי להיות משימה שאינה פשוטה, ובפרט כאשר מדובר בהליך של תובענה ייצוגית [ראו בשינויים המחייבים בחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות בעניין ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקאות 43-59 (4.12.2011), (להלן: עניין תנובה)]. בלי שיהיה בכך משום הבעת עמדה, אין לשלול את האפשרות כי ככל שיתעורר הצורך ייבחנו מודלים אפשריים לפסיקת הפיצוי, לרבות אלו הקבועים בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, במסגרתם מוסדרת האפשרות לפסוק סעד כספי בסכום כולל וכן סעד לטובת הקבוצה או הציבור. (הדגשה שלי – מ' א' ג')

לבסוף, תמיכה לכך שניתן להסתפק בהערכה אובייקטיבית ולא בנזקים סובייקטיביים, כאשר מדובר בתובענה ייצוגית, ניתן למצוא בכך, שחוק תובענות ייצוגיות, מאפשר בתובענות לפי חוק איסור הפליה, כי התובע יהיה ארגון העוסק בכך, ולא תובע שנפגע אישית. סעיף 4(3) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית יכול שתוגש בידי תאגיד שפועל לקידום מטרה ציבורית, כאשר מושא התביעה הינו בתחום אותה מטרה ציבורית ראו: גיל-גן מור, "הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי", מעשי משפט ט' 207, 213 (2018), (להלן: גן מור, הפליה במבחן). התובענה הייצוגית יכול שתוגש בידי הארגון ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות העניין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם שיש לו עילה פרטית. בענין רדיו קול ברמה נתן כב' השופט יורם דנציגר (שם, בפסקה 61), כדוגמה למקרים שבהם אין מקום להחמיר עם ארגון בדרישה למציאת תובע בעל עילה אישית, את המקרים שבהם "הניזוקים הישירים אינם מודעים לעצם הפגיעה בהם בשל פערי ידע או היעדר יכולת להבין את הפגיעה". לדבריו, "במצבים אלו, כאשר הניזוקים הישירים מתקשים לאמוד את הפגיעה בהם, עלול להימצא קושי בשכנועם להגיש תובענה ייצוגית בשמם".

הסיבה למתן מעמד לארגונים היא כדי שהכלי של תובענה ייצוגית יהפוך לכלי אפקטיבי למיגור ההפליה. דרישה לנזק נפשי סובייקטיבי בתובענות ייצוגיות לפי חוק איסור הפליה, תחתור תחת מטרה זו. העובדה שארגון יכול לתבוע בתובענה ייצוגית, מדגישה את האפשרות כי אין מדובר בנזק סובייקטיבי, שכן, הארגון יכול לתבוע במקרים בהם אין תובע, כיון שזה לא היה מודע לזכויותיו. כך, אם במקרה כמו זה שלפניי, לא היה תובע אלא ארגון, והיה נטען שהגברים אינם ערים או מודעים להפליה בפרקטיקה זו, אזי הפיצוי שהיה ניתן, היה פיצוי אובייקטיבי. המופלים לא נפגעו סובייקטיבית שכן, כלל לא ידעו על הפגיעה.

כעת יש לבחון מהו הנזק שנגרם, זאת כדי לבחון האם הסדר הפשרה ראוי.

5.3. הערכת הנזק בתביעות לפי חוק איסור הפליה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

במקרים רבים דווקא בתובענה חברתית הפיצוי המבוקש וההישג החברתי גדולים כשלעצמם, אך כדי לפסוק פיצוי, או לאשר הסדר פשרה, אין להסתפק בכך ויש לכמת את גובה הנזק, על אף שמדובר בנזק לא ממוני הקשה לכימות (ראו: אסף פינק, תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי, **מעשי משפט** 157, 161 (2014)). הקושי הראשון נובע מכך שקשה להעריך כמה גברים בני 18-22 הגיעו לפאבים של הנתבעות וכניסתם סורבה, או שנדרשו לשלם דמי כניסה במקרים בהם נשים היו פטורות מתשלום זה. קשה עוד יותר ולמעשה בלתי אפשרי להעריך כמה גברים בגילאים אלו נמנעו מלהגיע בשל מדיניות הנתבעות.

על כן במקרה זה תחת הקביעה מה הנזק שנגרם לכל חבר קבוצה שנפגע מההפליה והכפלתו במספר הנפגעים, אבחן מהו הפיצוי הראוי הכולל, ואז אבחן, האם הינו סביר ביחס לגודלה המשוער של הקבוצה. לצורך כך בחרתי לעשות שימוש בשלושה מבחנים, מהם נגזרת חומרת הפגיעה: עוצמת הפגיעה בעקרון השוויון, היקף הפרקטיקה המפלה ושיקולי אשם (מבחנים עליהם עמד כב' השופט עופר גרוסקופף בעניין **מירב נ' איי די איי** (שם בפסקה 61)).

עוצמת הפגיעה בעקרון השוויון – ככל שהפגיעה בעקרון השוויון הכרוכה בהתנהלות המפלה חמורה יותר, כך גם יגדל הפיצוי שראוי לחייב בו את העוסק המפלה. יש לבחון את חומרת ההפרה הן לאור פגיעתה ברגשות חברי הקבוצה המופלית לרעה ("הפגיעה האישית") וההשלכות השליליות שיש להפרה על השאיפה ליצור חברה שוויונית ("הפגיעה החברתית"). במקרה שלפני, מדובר הן בפגיעה אישית משמעותית, בעיקר כלפי אלו, כמו התובע, שהגיעו בפועל וכניסתם סורבה. המעמד של סירוב כניסה, הוא אחד המעמדים הקשים בדיני ההפליה. לכך מצטרפת פגיעה חברתית ממשית, עליה עמדתי לעיל בהקשר של ביסוס סטריאוטיפים מפלים כלפי נשים. מדיניות הנתבעות מבוססת על סטריאוטיפים והבניות חברתיות באשר לחלוקת התפקידים בין גברים לנשים, ומעצימה אותם. למדיניות כזו עלות חברתית רבה בכך שהיא מבססת חברה בלתי שוויונית, גם אם בטווח הקצר נשים נהנות מכך כלכלית (על כך לעיל בפרק על העדפה מתקנת).

התכלית המרכזית של חוק איסור הפליה הינה לשרש סטריאוטיפים מגדריים, התורמים לאי השוויון בין נשים לגברים, עליו עמדתי בהרחבה לעיל. מדיניות הנתבעות פוגעת בתכלית זו ומהווה פגיעה חברתית משמעותית. על כן יש חשיבות לפיצויים גבוהים יחסית במקרים אלו (ראו לעניין זה: **גן מור, הפליה במבחן**, שם בעמ' 213).

היקף הפרקטיקה המפלה – במקרה שלפני דובר במדיניות של הנתבעות, ולא התנהלות במקרים ספורים. בחלק מהמקרים פורסמה מדיניות זו במוצהר. בנוסף, פרקטיקה זו נפוצה מאד לא רק אצל הנתבעות, ועל כן יש חשיבות לעקרה משורש. על כן יש חשיבות גם לשאלת ההרתעה. עצם העובדה כי פרקטיקות אלו ממשיכות ללא הפרעה אף שנים לאחר פסק הדין בעניין **פרוזאנסקי**, היא המעידה על הצורך בפיצוי משמעותי, במקרה בו אומצה מדיניות זו כמדיניות הנתבעות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

שיקולי אשם – שיקול שלישי בו יש להתחשב, לעניין הסעד הלא ממוני, הינו האם מדובר בפרקטיקה מכוונת, והאם שינו הנתבעות ממנהגן לאחר פניית התובע בעניין. במקרה שלפניי, קשה לטעון כי מדובר במדיניות שאינה מכוונת, לפחות לעניין ההבחנה בגיל הכניסה בין נשים לגברים, לאור פסק הדין בעניין פרוז'אנסקי. גם העובדה שהנתבעות לא השיבו לפניות התובע בעניין זה, עומדת לחובתן.

מנגד, יש לזקוף לזכות הנתבעות, שמיד עם הגשת התובענה לקחו אחריות, התחייבו להפסיק את הפרקטיקות המפלולות לאלתר, והגיעו לפשרה עם התובע.

במקרה זה סיכמו הצדדים על תשלום כולל של 70,000 שקלים שיועברו לקרן לניהול וחלוקת כספים על פי חוק תובענות ייצוגיות. כיון שמדובר ברשת פאבים שאינה גדולה, אף אם נאמר שהקבוצה שהופלתה לרעה היא בת 10,000 איש, וקשה להניח שמדובר ביותר (גם על פי הנתונים בכתב התביעה ובבקשת האישור), הרי הפיצוי עומד על 7 שקלים לאדם, שזהו פיצוי סביר (השוו לעניין מירב נ' איי.די.איי, שם נקבע פיצוי של 1 ₪ לאדם, אולם הפיצוי כולו עמד על מיליון ₪, בהתחשב בהיקף הנפגעים ובנתבעת שהינה חברת ביטוח גדולה). סכום זה כולל הן את הנזקים הישירים (עלות הגעה למקום לגברים שסורבו, ותשלום דמי כניסה, שגובהם לא צוין בכתב התביעה) ובעיקר נזק לא ממוני של פגיעה בכבוד.

כן יש לקחת בחשבון כי חלק מהנתבעות הפסיקו את פעילותן, כמו גם להימנע מתוצאה שבעקבות פיצוי גבוה יגרם נזק כה כבד למקום שיביא לסגירתו.

5.4. תועלות נוספות

ישנן שתי תועלות נוספות מהסדר הפשרה, גם בשלהן הסדר הפשרה הוא ראוי הנסיבות העניין.

הפסקת ההפליה - במסגרת הסדר הפשרה לקחו עליהן נהנתבעות להפסיק לאלתר את הפעילות המפלה, ולדאוג להבא להקפיד על הוראות חוק איסור הפליה. מבלי לגרוע מהאמור התחייבו הנתבעות לבטל את מדיניות ההפליה בין גברים לנשים לעניין גיל הכניסה, וכמו כן לתמחר את דמי הכניסה כך שהתמחור השונה לא יהווה הפליה על פי חוק איסור הפליה. הנתבעות הוסיפו והתחייבו לחדד את הנהלים בעניין זה. מדובר בהתחייבות חשובה, שכן מטרת חוק איסור הפליה הינה למנוע הפליה, והסדר הפשרה מגשים מטרה זו (על חשיבות האכיפה במקרים של הפרת חוק איסור הפליה ראו: אברמוב ורחום-טוויג, אכיפה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

העלאת הנושא לשיח הציבורי – תובענות ייצוגיות בשאלות חברתיות כמו בעילה על פי חוק איסור הפליה, הן חשובות כשלעצמן, כיון שהן מעלות נושא חשוב לסדר היום הציבורי (על כך בהרחבה בפרק על גמול ושכר טרחה).

5.5. גמול ושכר טרחה

בהסדר הפשרה הסכימו הצדדים כי למבקש ישולם גמול בסך 24,500 ₪, ואילו לבא כוחו ישולם שכר טרחה בסך 38,889 ₪ בתוספת מע"מ.

השיקולים השונים לפסיקת גמול ושכר טרחה בהליך ייצוגי שהסתיים בפשרה, המפורטים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות, נדונו בהרחבה בע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט ומנשה כהן [פורסם בנבו] (2012), עוד ראו: ראו תצ (ת"א) 1475-08 יוליאנה גולדשטיין נ' פלאפון תקשורת בע"מ [פורסם בנבו, (2014): שיקולי תשומה – שיקולים הנוגעים לעלויות ולסיכון שנטל על עצמו התובע המייצג ועורך הדין; שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת – דהיינו, שיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לקבוצה המיוצגת, והשיקול השלישי, שהוא המרכזי במקרה שלפניי, שיקולים הנוגעים לתועלת הציבורית מהתובענה הייצוגית, ולרצון לכוון את המשאבים באופן שיושקעו בתובענות ייצוגיות שתועלתן הציבורית גדולה ביותר. במסגרת זו יבחנו החשיבות הציבורית של קידום אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו והפער בין הסעד הנתבע לסעד שנפסק.

התובע בענייננו לקח על עצמו עלויות הקשורות בתיעוד ההפרות, בניהול ההליך ובסיכון כי יחויב בהוצאות ככל שתידחה בקשתו לאישור התובענה. המטרה של מתן תמריץ להגשת תביעות ראויות מצדיקה מתן תגמול ראוי במקרה כגון זה.

כמו כן, תוצאותיה של התובענה הינן לקיחת אחריות מצד הנתבעות, התחייבות להימנע ממדיניות מפלה בעתיד ותשלום פיצוי לקרן. יש חשיבות מרובה לכך שבעתיד לא ינקטו הנתבעות בהתנהלות מפלה.

בכל אלה יש כדי להביא תועלת לקבוצה המיוצגת, תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של זהות הקבוצה והרכבה, וכן זהות ומצב הנתבעות הנוכחי. בהקשר זה ראוי לציין גם כי ספק אם יחיד הקבוצה היו טורחים להגיש תביעה אישית כדי לעמוד על זכויותיהם. זאת ועוד, הצדדים הגיעו לפשרה עוד טרם אישור התובענה כייצוגית וההליך נוהל ביעילות ובהגינות.

לבסוף אך בעיקר, מדובר בתובענה ייצוגית בעלת חשיבות מן המעלה הראשונה ותועלת ציבורית רבה. ליבה של התובענה הוא קידום הנושא החשוב של איסור הפליה והרתעת בעלי עסקים, נותני שירות ואחרים מהפרת איסור זה. חשיבותה של התובענה הינה בכך שהיא מביאה למודעות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

פרקטיקות מקובלות, ועומדת על כך כי מדובר בפרקטיקות מפלות האסורות על פי חוק. בעקבות התובענה ניתן לזהות ולשרש דפוסי התנהגות מקובלים, המנציחים סטראוטיפים פוגעניים כנגד נשים (על אף שמי שהופלה במקרה זה הוא הגברים שכניסתם נמנעה במקרים אחדים ובאחרים נאלצו לשלם מקום שנשים היו פטורות מתשלום). בנסיבות אלו יש חשיבות לעצם ההרתעה והקביעה כי התנהלות זו הינה אסורה, שכן 10 שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין **פרוז'אנסקי** נראה כי המסר טרם הופנם.

על החשיבות בהגשת תובענות נזיקיות ככלי לשינוי חברתי עמדו **ביטון וקנטי**, בין הפרטה לפרט, שם בעמ' 518 :

"המעבר לשימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי מתאפיין, יותר מכל, ביצירתיות ובחדשנות. הוא מהווה דרך חדשה להשפיע על החברה, אשר הולכת וצוברת תנופה והכרה, ואשר כוללת שילוב מנצח של שימוש בכוחה של המערכת המשפטית ושימוש בכוחה של מערכת השוק. התובנה שניתן להשפיע על מזיקים באמצעות חיובם להפנים את עלות הנזק שהסבה התנהגותם השלילית היא אחד הבסיסים המוכרים לאחריות הנזיקית. השילוב של מאפיין נזיקי מסורתי זה עם התובנה שבכוחה של השפעתם המרתיעה של דיני הנזיקין לייצר שינוי בעל משמעות מערכתית רחבה על המבנה החברתי הוא שהניע פרטים לפנות לנתיב משפטי זה. לכאורה אין חדש גם בתובנה השנייה, שהרי זה כוחה של הכרעה נזיקית – שהשפעתה אינה מתמצה בצדדים לפסק-הדין הקונקרטי, אלא מתפרשת לכל מי שמצויים במצב דומה לזה שהוכרע באותו פסק-דין. עם זאת, השילוב של שתי תובנות אלה, בצירוף עבודה מאומצת של סוכני משפט שונים (בתי-משפט, אנשי אקדמיה מן התחום הנזיקי, עורכות-דין מחויבות וכן לקוחות חדורי הניעה ליצור שינוי חברתי בעקבות פגיעה אישית בהם), היוו מערך חדש וייחודי שאפשר לקדם מהלך של ממש בתחום".

בהקשר זה, אציין כי במסגרת מחקר אמפירי מקיף וחשוב שפורסם בשנת 2016, נמצא כי מתוקף חוק איסור הפליה הוגשו תביעות ייצוגיות מעטות בלבד מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות (0.1% מכלל התובענות הייצוגיות שהוגשו) (ראו קרן וינשל-מרגל, אלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709 (2016) בעמ' 727). על כן, עידוד הגשת תביעות מוצדקות כגון זו שבפניי היא מטרה חשובה ביותר, ויש לתמרץ תובעים ומייצגים לפעול לכך (ראו בהקשר זה גם : אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935 (2016) בעמ' 939-938).

כל אלה מצדיקים תשלום גמול על הצד הגבוה.

לאור האמור, מצאתי לנכון לפסוק למבקש גמול בסך 24,500 ₪, כפי שהוסכם על ידי הצדדים.

לעניין שכר הטרחה לעורך הדין המייצג, הסכום שהוסכם הינו ראוי לאור האמור לעיל. עם זאת, כדי לתמרץ את בא כוח התובעים לפעול למען מימוש ההטבה לקבוצה המיוצגת מן הראוי להורות, כי 50% (מחצית) משכר הטרחה שהוסכם עליו ישולמו לבא כוח התובע בסמוך לאחר אישור ההסדר,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 כאשר לגבי היתרה תינתן החלטה לאחר שיוגשו דיווחי הנתבעות באשר לתשלום הפיצוי לקרן
2 התובענות הייצוגיות. באופן זה ניתן יהיה להבטיח שבא כוח המבקש יעשה כל אשר לאל ידו על מנת
3 שמלוא הסכום שהנתבעות התחייבו לשלם אכן ישולם.
4
5
6
7

6. סוף דבר

9 אני מאשרת את הסדר הפשרה שלפניי ונותנת לו תוקף של פסק דין. מכוח הסכם הפשרה הנתבעות
10 יפסיקו לאלתר את ההתנהגות המפירה, ככל שלא עשו כן. הנתבעות 4 ו-5 יחדדו את הנהלים
11 לעובדיהן ויוודאו כי במקומות הבילוי אותם הן מפעילות לא תינקט מדיניות הפליה בניגוד לחוק
12 איסור הפליה. מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, יקבע גיל כניסה אחיד לגברים ולנשים למקומות
13 הבילוי של הנתבעות, ויגבו דמי כניסה אחידים מגברים ומנשים.
14

15 בקשת האישור נגד הנתבעות 1 ו-3 תימחק והתביעה נגדן תידחה, שכן הן לא הפעילו ואינן מפעילות
16 מקומות בילוי.
17

18 הנתבעות 2,4,5,6 יישאו בפיצוי משותף בסך 70,000 ₪, באופן שכל נתבעת תשלם 1/4 (רבע) מהסכום
19 האמור. סכום הפיצוי עליו הוסכם, 70,000 שקלים יועבר מיידית, ע"י ב"כ הנתבעות מחשבון
20 הנאמנות בו הופקדו, לקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי סעיף 27(א) לחוק תובענות
21 ייצוגיות. הקרן תייעד את הכספים לשימושים המקדמים שוויון מגדרי בישראל והעצמת נשים.
22

23 הנתבעות ישלמו לתובע המייצג, מתן בכר, גמול בסך 24,500 ₪ ולבא כוחו, עו"ד רועי בכר, שכר
24 טרחה בסך 38,889 ₪ בצירוף מע"מ. הגמול לתובע ומחצית שכר הטרחה ישולמו בתוך 7 ימים
25 מהיום, ואילו מחצית שכר הטרחה הנוספת תשולם בתוך 30 ימים מהיום, לאחר דיווח הנתבעות על
26 תשלום מלוא הפיצוי לקרן התובענות הייצוגיות.
27

28 הקבוצה המיוצגת תהיה כלל הגברים בגילאים 18-22, שכניסתם לפאבים או למועדונים של
29 הנתבעות נמנעה, בעוד כניסה של נשים באותם גילאים הותרה, כמו גם גברים ששילמו דמי כניסה,
30 במועדים בהן נשים הופטרו מכך. עוד תכלול הקבוצה את כל הגברים בגילאי 18-22 שנמנעו מלהגיע
31 לפאבים של הנתבעות בשל מדיניות ההפליה בכניסה על פי גיל בין גברים לנשים.
32

33 עילות התביעה יהיו עילה בשל הפרת הוראות חוק איסור הפליה והפרת חובה חקוקה.
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 26994-08-18 מתן בכר נ' איי פאב בע"מ ואח'

1 אני מורה על פרסום ההודעה השנייה לפי סעיף 25(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה
2 השנייה יובא לאישורי בתוך 14 יום מהיום, בהתאם לקביעות בפסק דין זה. לאחר קבלת אישורי
3 לנוסח ההודעה, תפורסם ההודעה על ידי הצדדים באותה מתכונת ובאותם עיתונים שבהם פורסמה
4 ההודעה הראשונה. הפרסום יבוצע ע"י הנתבעות ועל חשבון.

5
6
7
8
9 הנתבעות יגישו דיווח לבית המשפט בדבר השלמת ביצוע הסדר הפשרה וזאת בתוך 30 ימים מהיום.

10
11 המזכירות תעביר העתק מפסק הדין בצירוף הסדר הפשרה למנהל בתי המשפט, בהתאם להוראות
12 סעיף 19(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, לשם רישומם בפנקס תובענות ייצוגיות.

13
14
15 ניתן והודע לצדדים, היום, ט"ז טבת תש"פ, 13 ינואר 2020.

16

17 מיכל אגמון-גונן, שופטת
18
19
20