

איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית

מאת

ברק מדינה*

א. הקדמה: ב. הטלת איסור על גופים פרטיים להפלות: ג. ניתוח כלכלי של איסור הפליה במגזר הפרטי: עקרונות יסודיים: ד. מדיניות מפלה בשוק חופשי: ה. סיווג של המניעים לנקיטת מדיניות מפלה במגזר הפרטי: ו. הפליה הנובעת ממניעים לא כספיים של בעל העסק: ז. הפליה שנועדה לספק את ההעדפות של ציבור הלקוחות של העסק: ח. הפליה המבוססת על מתאם סטטיסטי: ט. סיכום.

א. הקדמה

האם יש לחייב גופים פרטיים לכבד את עקרון השוויון? בפרט, האם יש לחייב בעלי עסקים העוסקים באספקת מוצרים או בהפעלת "מקום ציבורי" להימנע מלהפלות בין ציבור לקוחותיהם על בסיס השתייכות "קבוצתית" (כגון דת, לאום, מין, ארץ מוצא וכדומה) או על בסיס מאפיינים אישיים (כגון נטייה מינית, מעמד אישי, לקות פיזית וכדומה)? האם יש לאסור הפליה בתעסוקה?
תכלית הדברים המובאים כאן היא לבחון סוגיות אלה על פי "תאוריה כלכלית", שעניינה הערכה מהי המדיניות ה"יעילה", היינו זו הצפויה להוביל לרווחה מצרפית

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. אני מודה לעופר גרוסקופף, לאלעזר זוננשטיין, למשה כהן-אליה, למשתתפי יום העיון בנושא איסור הפליה במגזר הפרטי שנערך במכללה האקדמית למשפטים ולחברי המערכת של כתב העת, על הערותיהם החשובות.

הגדולה ביותר האפשרית. אנסה להראות כי ניתוח כלכלי עשוי להוביל לתמיכה בחיובם של גורמים "פרטיים" להימנע מהפליה¹.

שאלה מקדמית היא, כמובן, מדוע יש להיזקק בכלל לניתוח כלכלי של הסוגיה. הרי איסור ההפליה מבוסס על השאיפה לקדם את השוויון ולמנוע פגיעה בכבוד האדם ועל הרצון להגן על האפשרות של הפרטים להתפרנס ולצרוך מוצרים ושירותים. לכן, הוא מוצדק ללא קשר לשאלה אם החלתו תגדיל את סך (השווי הכספי של) התועלות של הפרטים בחברה. למרות זאת נראה לי כי יש טעם בניסיון להצדיק איסור הפליה גם מנקודת מבט "כלכלית". ניתן להצביע על שלושה טעמים עיקריים לכך: ראשית, בחינה מסוג זה מאפשרת להעריך מהו המחיר, מבחינת החברה בכללה, הכרוך בנקיטת מדיניות שתכליתה קידום השוויון. אכן, חברה מתוקנת צריכה להיות נכונה לשאת בעלות נכבדה לשם הגנה על כבוד האדם בדרך של איסור על הפליה. עם זאת מובן כי היקפה של העלות – אם היא בכלל קיימת – הוא גורם רלוונטי בהערכה באילו הקשרים יש מקום לאסור נקיטת מדיניות מפלה².

שנית, בהיבט רחב יותר, ניתוח כלכלי של הסוגיה מאפשר להדגים את מהותו של אמצעי זה להכרעה בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית. חסידיה של "הגישה הכלכלית" מציגים אותה כדרך להכרעה "אובייקטיבית" (או "מדעית"), העדיפה על פני

1 הדיון במאמר זה מתמקד בהיבט ה"שלי" של עקרון השוויון, שעניינו האיסור להפלות; ההתייחסות להצדקת ההחלה של החובה לכבד את ההיבט ה"חיובי" של עקרון השוויון, שעניינו חלוקה מחדש של משאבים, הסדרים המבטאים "העדפה מתקנת" וכדומה, היא עקיפה בלבד. לניסיון להצדיק החלת מדיניות של העדפה מתקנת על יסוד ניתוח כלכלי ראו, למשל, E.M. Iacobucci "Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution" 36 *Osgoode Hall L. J.* (1998) 293; G. De Fraja "Affirmative Action and Efficiency in Education" (CEPR Discussion Paper No. 3357, 5/2002, Available from the SSRN Electronic Paper Collection).

2 ראו, למשל, בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 121 (השופט שטרסברג-כהן): "שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיסיים כלכליים, לוגיסטיים וכיו"ב, היא שונות רלוונטית. אף על פי כן, באותם מקרים בהם היא ניתנת לנטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-מנת להשיג שוויון". ראו גם בג"ץ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(5) 472, בעמ' 476 (השופט גולדברג): "על אף נדושות הטענה כי אילוצים תקציביים מעכבים ביצוען של משימות ממלכתיות, אין לראות טענה זו... כבאה לאחז עיניים, וככסות להשתמט ממילוי המשימה... אין לומר, נוכח העדרם של משאבים כספיים, כי חלוקה בלתי שווה של שעות [לימוד במסגרת יום חינוך ארוך] כמוה כהפעלה בלתי סבירה של החוק". ראו גם בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167.

הכרעות המבוססות על הכרעות ערכיות שהן, מעצם טיבן, סובייקטיביות³. בסוגיה הנדונה כאן השאלה הטעונה הכרעה היא מהי נקודת האיזון הראויה בין שני ערכים: "חירות" (במובן השלילי, של הימנעות מהגבלה שלטונית של חופש הפעולה של הפרטים) לעומת "שוויון" (או "חירות במובן החיובי", היינו התערבות שלטונית שתכליתה יצירת תנאים שיאפשרו לכל אחד מן הפרטים בחברה להגשים את שאיפותיו ולממש את ה"עצמיות" שלו או את ה"אוטונומיה" שלו). הקביעה מהי נקודת האיזון ה"נכונה" היא הכרעה "פוליטית" במהותה, כלומר הכרעה המבטאת תפיסת עולם ערכית, שמכוחה מייחסים משקלות יחסיים לערכים המופשטים של "חירות" ו"שוויון". הגישה הכלכלית משליכה יהבה על אמת מידה חלופית להכרעה בסוגיה – זו של "רווחה מצרפית מרבית". היא מבטאת בחירה ב"ערך" חלופי לערכים של "חירות" ו"שוויון"⁴. מובן כי אמת המידה החלופית איננה "ניטרלית" מבחינה ערכית, כפי שנראה בהמשך. עם זאת, החלטה מספקת ממד נוסף לדיון במדיניות הרצויה.

טעם **שלישי** להיזקקות לגישה הכלכלית בהקשר הנדון הוא השאיפה להפריך טענה מקובלת שלפיה ניתוח "כלכלי" מחייב להימנע מהגבלת חופש הפעולה של בעלי העסקים, ובכלל זה להימנע מאיסור על הפליה במגזר הפרטי. היסטורית, הגישה הכלכלית אומצה על ידי חסידים של האסכולה הליברטריאנית, המדגישה את הערך של "חירות" (אף שבמסגרת הגישה הכלכלית "חירות" אינה מוכרת כערך העומד בפני עצמו, אלא ככל שהגנה עליה מקדמת את היעד של רווחה מצרפית מרבית). ההסתמכות על הגישה הכלכלית נבעה מן השאיפה להראות כי המדיניות החברתית הרצויה על פי הגישה הליברטריאנית היא זו האופטימלית גם על פי אמת המידה החלופית, של יעילות. תאוריית "היד הנעלמה", מבית מדרשו של אדם סמית, ושלפיה בשוק חופשי צפויה להיות מושגת התוצאה היעילה, היא אבן היסוד לכך. בהקשר הנדון כאן ביקשו הוגים ליברטריאניים (ובהם, בשנות השישים, גארי בקר ומילטון פרידמן, ובשנות התשעים, ריצ'רד אפשטיין) להסתמך על ניתוח "כלכלי" לאישוש ביקורתם הנוקבת על החקיקה האוסרת הפליה במגזר הפרטי⁵. בוטה במיוחד הייתה ביקורתו של מילטון פרידמן, שטען

3 ראו למשל, L. Kaplow, S. Shavell "Fairness versus Welfare" 114 *Harv. L. Rev.* (2001) 961; R. Epstein "The Utilitarian Foundations of Natural Law" 12 *Harv. J. L. & Pub. Pol. Rev.* (1989).

4 ראו R.A. Posner *Frontiers of Legal Theory* (2001), at pp. 95-141.

5 הספר היסודי פורסם על ידי בקר ב-1957: G.S. Becker *The Economics of Discrimination* (2nd ed., 1971). מילטון פרידמן הסתמך על עבודתו של בקר בביקורתו על חקיקה האוסרת הפליה: W.M. Landes "The Economics of Fair Employment Laws" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 507; M. Friedman *Capitalism and Freedom* (1962); H. Demsetz "Minorities in the Market Place" 43 *N.C. L. Rev.* (1965) 271; R.A. Epstein *Forbidden Grounds: The Case Against* זו נכתבה על ידי אפשטיין.

(ב1962-) כי אין כל הבדל בין חקיקה האוסרת הפליה לבין... חוקי נירנברג הנאציים! בחיבור זה אנסה להראות כי ניתוח כלכלי אינו מחייב כלל להימנע מהגבלת חופש הפעולה של בעלי העסקים. למעשה, במקרים רבים השגת התוצאה היעילה מותנית דווקא בהטלת איסור להפלות. כך, הגישה הכלכלית עשויה לחזק דווקא את עמדת מחנה המדגישים את ערך ה"שוויון", בניגוד, כאמור, לתדמית ה"ליברטריאנית" של הגישה הכלכלית.⁷

החיבור נפתח בסקירה תמציתית של התפתחות הדין בישראל בסוגיה הנדונה וניתוח ראשוני של הוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א 2000- (פרק ב). בעקבות זאת מובאים עקרונות היסוד של הניתוח הכלכלי שעליהם מבוסס הדיון (פרקים ג-ה). הניתוח הכלכלי של הסוגיה מובא בשלושה חלקים, בהתאם למניעים האפשריים לנקיטת מדיניות מפלה על ידי בעל העסק: ראשית, מצבים שבהם בעל העסק מפיך תועלת (שאינה כספית) מן ההפליה, למשל בשל איבה שהוא נוטר לבני קבוצה מסוימת באוכלוסיה (פרק ו); שנית, מדיניות מפלה עשויה להיות זו המניבה לבעל העסק רווח כספי מרבי בשל ההעדפות של ציבור לקוחותיו או ציבור העובדים שלו (פרק ז); לבסוף, בעל העסק עשוי להעדיף לנקוט מדיניות מפלה בשל ההסתמכות על מאפיינים קבוצתיים או אישיים כאומדן למאפיינים רלוונטיים ("הפליה סטטיסטית") (פרק ח). הערות סיכום חותמות את החיבור (פרק ט).

R.A. Posner *The Economics of Justice* Employment Discrimination Laws (1992) 351-363; R.A. Posner "The Efficiency and the Efficacy of Title VII" 136 *U. Pa. L. Rev.* (1987) 513; R.A. Posner "An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws" 56 *U. Chi. L. Rev.* (1989) 1311. מובן עם זאת כי במסגרת אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט ניתן למצוא גם תמיכה באיסור על הפליה. ראו להלן, הערה 7.

6 Friedman (לעיל, הערה 5) עמ' 113: "If it is appropriate for the state to say that individuals may not discriminate in employment because of color or race or religion, then it is equally appropriate for the state... to say that individuals must discriminate in employment because of color or race or religion. The Hitler Nuremberg laws... are [an] example of laws similar in principle to [anti-discrimination legislation]"

7 כותבים בולטים הנמנים עם האסכולה שלפיה ניתוח כלכלי מוליך לתמיכה בחקיקה האוסרת הפליה הם R.H. McAdams ו-Donohue, ראו, למשל, R.H. McAdams "Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Race Discrimination" 108 *Harv. L. Rev.* (1995) 1005; J.J. Donohue III "Is Title VII Efficient?" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 1411; J.J. Donohue III "Advocacy Versus Analysis in Assessing Employment Discrimination" 44 *Stan. L. Rev.* (1992) 1583. בהקשר זה יש לציין גם את כתיבתו של Robert Hale, בן דורו של B. Fried *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* (1998)

ב. הטלת איסור על גופים פרטיים להפלות

עד לאחרונה הוגבלה החלטה של החובה על גורמים פרטיים לכבד את עקרון השוויון בעיקר לתחום יחסי העבודה⁸. בנוסף, הוחלה החובה לכבד את עקרון השוויון, מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון, על גופים אשר לאור אופי פעילותם אופיינו כבעלי מהות "ציבורית" (ואשר לכן מכונים "גופים דו-מהותיים"). במהלך הדרגתי הרחיב בית המשפט את מסגרת הגופים הנחשבים "דו-מהותיים"⁹. בשנים האחרונות הסתמנה

8 על-פי סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988, "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או משך שירות המילואים... הצפוי להם, בכל אחד מאלה: (1) קבלה לעבודה; (2) תנאי עבודה; (3) קידום בעבודה; (4) הכשרה או השתלמות מקצועית; (5) פיטורים או פיצויי פיטורים; (6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה". הסדרים דומים, מוגבלים יותר בהיקף תחולתם, קבועים בסעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט 1959; בחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז 1987; בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"א 1996; ובסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח 1998.

9 תחילה, בבג"ץ 731/86 מיקרו-דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, הוחלה החובה על חברה ממשלתית, בעלת סמכויות שלטוניות, המספקת שירות חיוני לציבור ואשר בידיה זיכיון בלעדי. בהמשך הסתפק בית המשפט בקיומו של אחד מיסודות אלה כדי להכיר במעמד "דו-מהותי". ראו ע"א 294/91 חברת קדיש"א גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות 'בית רבקה' נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מז(2) 661; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדיש"א גחש"א ראשון-לציון, פ"ד נג(3) 600, בעמ' 620 (השופט חשין); "העובדה כי קרקע מצויה בבעלותו של גוף פרטי, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי לפטור אותו גוף – תמיד ובכל נסיבות שהן – מעיקרי המשפט הציבורי. יש שקניין פרטי יהא בעל אופי ציבורי מבחינת מהות השימוש בו, ואופיו זה – באשר הוא – יגרור אחריו עיקרים מן המשפט הציבורי"; בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך והתרבות (טרם פורסם). לדיון ראו א' בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; ד' ברק-ארו "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273; י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו), בעמ' 483-479; ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז), בעמ' 573-563. לשיטתם של פרידמן וכהן, חלה בישראל, דרך עולת הרשלנות, גישתו של המשפט המקובל האנגלי, ולפיה בעלי מקצועות המשרתים את הציבור (המכונים commom (or public) callings, היינו מובילים ציבוריים, בעלי פונדקים, בעלי מחסנים ציבוריים וכדומה), חייבים לשרת את כל הפונים אליהם בהתאם לתנאי השירות המקובלים אצלם, וכל עוד הדבר בגדר האפשרי, כך שסירוב לתת שירות מהווה עוולה נזיקת. לשיטתם, חלה בישראל גם ההרחבה של גישה זו שנתקבלה במשפט האמריקני ולפיה מוחלת חובה זו גם על

נכונות, בעיקר מצד הנשיא ברק, לחייב גם גופים פרטיים "טהורים" לכבד את עקרון השוויון, בהסתמך על "הוראות שסתום" בחקיקה האזרחית בדבר החובה לנהוג בתום לב ובסבירות, עקרון תקנת הציבור וכדומה¹⁰. ביטוי לכך ניתן ביחס להסכמי עבודה קיבוציים (בעניינים שבהם אין תחולה להוראות החוק האוסרות הפליה בעבודה)¹¹ וכן בפסקי-דין אחדים של בתי-משפט השלום והמחוזי, לגבי הפעלת מקומות המיועדים לשימוש הציבור הרחב (בהתבסס על עילות חוזיות)¹².

ספקי שירותים חיוניים (דוגמת גז, מים, חשמל וטלפון, ובימינו אף ספקי אינטרנט), אף אם אין הם בעלי מונופול, משום שמדובר בשירות חיוני לציבור, ומשום שבעל המקצוע נחשב כמי שנטל עליו לספק שירות זה לציבור: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א), בעמ' 45-65. ראו גם שם, עמ' 112.

10 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א ירושלים נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, בעמ' 529-538 (עקרון "תקנת הציבור" שבסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973 - (כמו גם עקרונות אחרים, כמו חובת תום לב), ועקרון שלילת תוקפו של "תנאי מקפח" שבחוק החוזים האחדים, תשמ"ג 1982, מאפשרים להחיל את האיסור להפלות גם על גופים פרטיים); בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, בעמ' 484-485; ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום** (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, בעמ' 326; "[אחד המובנים של עקרון תום הלב הוא כי] לחוזה יינתן מובן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה (כגון שוויון)"; רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199. ראו גם א' ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** (תשנ"ד), בעמ' 649-697. בבג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, בעמ' 283 נמנע הנשיא ברק מלהכריע מפורשות בשאלה אם ועדת קבלה ליישוב מחויבת לכבד את עקרון השוויון (וזאת לאור הקביעה כי המדינה אינה רשאית להקצות את קרקעות הלאום לגוף פרטי הנוהג בדרך מפלה).

11 ראו, למשל, בג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289; בג"ץ 721/94 **"אל על" נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749; בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749.

12 ת"א (י-ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (לא פורסם) (המשיב, המפעיל פארק מים, חויב לפצות את התובעים בגין סירובו לאפשר להם לבלות במקום בשל היותם ערבים, וזאת בהתבסס על עילה חוזית - המשיב אינו רשאי לחזור בו מהצעה שהופנתה לכלל הציבור. נקבע כי המניע למדיניות המפלה - השאיפה לשמור על הסדר הציבורי עקב מקרים קודמים של אלימות בין יהודים לערבים במקום - אינו מכשיר אותה); ת"א (ת"א) 15/97 **שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי** (לא פורסם) (מועדון לילה חויב לפצות את התובעת בגין סירובו לאפשר לה להיכנס למועדון עקב נכותה, בהתבסס על עילה חוזית דומה). ראו גם ת"א (ת"א) 23319/90 **פרוייקט גן העיר נ' הורוביץ** (לא פורסם); וה"פ (ת"א) 2091/94 **מחפור נ' טל** (לא פורסם). בת"א (חי') 5233/96 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מצקין** (לא פורסם) נקבע, באמרת אגב, כי אי-גילוי העדפותיו המיניות של השוכר אינו מקנה למשכיר עילה לביטול החוזה להשכרת דירת מגורים. עם זאת, נפסק כי כאשר מדובר בגוף ציבורי, הפועל לקידום מטרות חברתיות - כגון שוויון זכויות

עם זאת בית המשפט העליון נמנע מלסטות מהלכת בית יולס, שלפיה גוף פרטי "טהור" אינו מחויב לכבד את עקרון השוויון¹³. בספרות המשפטית נחלקו הדעות באשר לשאלה אם ראוי, מבחינה עניינית, לסטות מהלכה זו¹⁴ וכן בהנחה שהתשובה לכך היא

להומוסקסואלים – מוטלת חובת גילוי כאמור, שהפרתה מקנה למשכיר עילה לביטול חוזה השכירות.

13 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (החובה לנהל משא ומתן בתום לב אינה כוללת את החובה לכבד את עקרון השוויון). השו"ע א"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה, פ"ד נב(5) 562.

14 לתמיכה בעמדה שלפיה ראוי לדבוק בהלכה זו ראו, למשל, מ' דויטש קניין (כרך א, תשנ"ח), בעמ' 267 ("יש ליתן משקל שולי בלבד לעקרון השוויון, בהתמודדותו מול חופש הקניין של בעל הקניין הפרטי... הפריבילגיה להחליט מהי העסקה שיעשה בעל הקניין בקניינו מצויה בלב לבו של חופש הקניין... אף כאשר מגינים על זכות השוויון אל מול חופש הקניין הנזכר, יש לעשות כן רק במצבים קיצוניים ולהסתפק בהטלת סנקציה כספית על בעל הקניין, כאשר הוא נוהג בהפליה פסולה"); ג' שלו "השפעת חוקי היסוד על דיני החוזים" (לא פורסם) ("במסגרת המשפט הפרטי אין לאזן את עיקרון חופש החוזים באיזון אופקי עם עקרונות וערכים אחרים, אלא – אם בכלל – איזון אנכי, כאשר עקרון חופש החוזים נמצא במעמד נורמטיבי גבוה מערכים אחרים, ולו גם ערכים שזכו לעיגון חוקתי בחוקי היסוד"). ראו גם ג' שלו "מכרזים פרטיים" משפטים כט (תשנ"ח) 179. לעמדה הפוכה ראו, למשל, ה' קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא (תשס"א) 269 (תמיכה ב"הזרמת חובת השוויון דרך מושגי השסתום הקיימים בגין החוזים... ובראשם שסתומי תום-הלב ותקנת הציבור"); ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 97 (בעל זכות הקניין נושא גם ב"אחריות חברתית", ולכן מחויב, בין היתר, להימנע מהפליה. לאימוץ עקרוני של עמדה זו ראו פסק דינו של הנשיא ברק בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913); נ' כהן "ה'שוויון' מול חופש החוזים" המשפט א (1992) 131 (תמיכה בהחלת החובה לנהוג בשוויון גם ביחסים חוזיים "רגילים". עם זאת, בדברי הסיכום נאמר כי "בהקשר מסחרי מובהק בין שני מתקשרים 'פרטיים' נזהר בית המשפט מהטלת חובת שוויון גורפת. חובה כזו עשויה לפגוע בערך החשוב של תחרות, שעליה בנוי עיקרון החירות החוזית": שם, עמ' 147). לגישתה של רדאי, החובה לכבד את עקרון השוויון צריכה להיות מוגבלת למצבים שבהם קיים פער "סוציו-כלכלי" כרוני בין הצדדים, כך שאם מדובר ביחסים חוזיים רגילים, אין מקום להתערבות ("התפישה של 'החברה החוזית' היא של חברה פלורליסטית המספקת טובין ושירותים על-פי חוקים של היצע וביקוש, ולא על-פי עקרונות ריכוזיים שמקורם בבית-המשפט. [גישתו] של השופט ברק עלולה לשלול את הפלורליזם החוזי שיושג על-ידי כוחות השוק לטובת היררכיה של ערכים המוכתבים באופן מרכזי על-ידי בית-המשפט, גם בשעה שאין פער ממשי בכוחם של הצדדים": פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, בעמ' 33). אולם, לשיטתה, כאשר מדובר ב"אפליה קבוצתית", היינו "תופעה היסטורית, שבה חברי קבוצה

בחיוב, אם מבחינה מוסדית ראוי כי בית המשפט יעשה כן אף בהיעדר חקיקה מפורשת¹⁵.

המחלוקת בעניין הוכרעה – לפחות באופן חלקי – עם חקיקתו בדצמבר 2000 של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן – חוק איסור הפליה). בחוק זה נקבע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי", פעילויות המוגדרות באופן רחב בסעיף 2 לחוק, "לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום ציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות" (סעיף 3(א) לחוק). חוק זה מצטרף למגמה המסתמנת בשנים האחרונות, של הרחבת החובה המוטלת על גופים פרטיים לכבד את עקרון השוויון, הן מבחינת מהות החובה (בין היתר, הטלת החובה להבטיח "ייצוג הולם" בקרב העובדים במקום עבודה מסוים, מעבר לאיסור להפלות¹⁶) והן מבחינת תחומי העיסוק שבהם מוטל האיסור להפלות¹⁷.

- המסומנת (stigmatized) בשל קריטריון של גזע, דת או מין, סובלים מקיפוח סוציו-כלכלי-משפטי, מתחייבת, בכל מקרה, אכיפת החובה לנהוג בשוויון (שם, עמ' 34).
- 15 ראו רדאי (לעיל, הערה 14) עמ' 48-52 (הבחירה בין הגישות השונות היא פוליטית, וכדי לקדם את התפיסה המגבילה את חופש הפעולה של גופים פרטיים נדרשת פעולה ברמה כלל-משקית. לכן, הבחירה בין הגישות צריכה להיעשות על-ידי המחוקק ולא בית המשפט); שלו (לעיל, הערה 14).
- 16 סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998. זהו ביטוי ראשון לחיובם של גופים "פרטיים" לכבד את ההיבט ה"חיובי" של עקרון השוויון.
- 17 ראו, למשל, סעיף 4(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, שבו נקבע כי "קופת חולים תקבל כל תושב שבחר להירשם בה"; על-פי סעיף 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), תשכ"ד-1964, מוסד המבקש לזכות בהכרה מאת המועצה להשכלה גבוהה נדרש, בין היתר, לעמוד בתנאי הזה: "לעניין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי, לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי"; לדיון בהוראה זו ראו ר' הר-זהב וב' מדינה דיני השכלה גבוהה (תש"ס), בעמ' 287-352. בסעיף 3(א) לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949, שהוסף ב-1991, נקבע כי "רשות חינוך מקומית ומוסד חינוך לא יפלו מטעמים עדתיים בכל אחד מאלה: (1) רישום תלמידים וקבלתם; (2) קביעת תכניות לימודים ומסלולי קידום נפרדים באותו מוסד חינוך; (3) קיום כיתות נפרדות באותו מוסד חינוך". ראו בהקשר זה עניין ועד פוריה (לעיל, הערה 9). בחקיקה שהתקבלה בשנים קודמות הסתפק המחוקק באמירות כלליות בדבר איסור לפעול באופן "שאינו סביר" בהקשרים מסוימים, בלא לפרש את מהותה של הגבלה זו. כך נעשה, למשל, בסעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, שלפיו "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין"; בסעיף 2(א)

התפיסה המתבטאת בחוק איסור הפליה היא כי ההכרה בזכות הקניין של בעל העסק ובחופש עיסוק שלו אינה גוררת הכרה בזכותו לפעול ללא כל הגבלות. היקפן של זכויות אלה (או, לפי גישה אחרת, היקף ההגנה עליהן) נקבע בהתאם להערכת משקלם של האינטרסים הרלוונטיים בנסיבות העניין. במונח זה מבטא החוק גישה ביניים בין גישה "ליברטריאנית", שלפיה מחויב השלטון להכיר ב"מרחב של שליטה" המוקנה לכל אחד מן הפרטים¹⁸, ובכלל זה גם קביעת מדיניות ניהול עסקיו, לבין גישה "קהילתנית", ולפיה חופש הפעולה של הפרטים מוגבל ככל שהדבר דרוש לשם קידום האינטרס הציבורי¹⁹. גישה הביניים מתבטאת, ראשית, בהגבלת היקף תחולתו של האיסור להפלות למי ש"עיסוקו" באספקת מוצרים. אין הוא חל על מי שמספק מוצר או שירות שלא על דרך עיסוק, כגון מי שמשכיר את דירתו או מוכר את מכוניתו²⁰ (אגב, החוק אינו מחיל במפורש את האיסור להפלות ברכישת מוצר או שירות, גם על ידי מי שעיסוקו בכך, ולפיכך שאלה היא אם הוא חל גם במקרים מסוג זה²¹). שנית, ככל שמדובר באספקת שירותים או בהפעלת מקומות בילוי ובידור, האיסור להפלות מוחל רק כאשר מדובר בשירות "ציבורי" או במקום "ציבורי". האיסור אינו חל כאשר מדובר בשירות אישי, או לפי סעיף 3(ד)(2) לחוק, כאשר מדובר ב"ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח", הפועל "לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון, ובלבד שצרכים מיוחדים כאמור אינם נוגדים את מטרת החוק". שלישית, השאיפה לאזן בין הערכים המתחרים מתבטאת בסייג הכללי שנקבע בסעיף 3(ד)(1)

18 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א 1981-; בסעיף 22 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח 1957-; ובסעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א 1971- (לעניין העברת השכירות) ההפניה המקובלת בהקשר זה היא אל R. Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (1974) (תכליתה של המדינה להגן על ה"עצמיות" או ה"אוטונומיה" (self-ownership) של הפרט, ולא דווקא על יכולתו לממש בפועל את חירויות היסוד שלו). ראו גם Epstein (לעיל, הערה 5). לדיון תמציתי בגישה זו ראו א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד (תשנ"ז) 133, בעמ' 137-133.

19 לגישה מסוג זה ראו, למשל, G.A. Cohen *Self-Ownership, Freedom, and Equality* (1995); דגן (לעיל, הערה 14).

20 ראו בעניין זה גם להלן, הערה 54 והטקסט שהיא נלווית אליו.

21 התחום העיקרי בהקשר זה – "רכישת" כוח העבודה – מוסדר בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. עם זאת קיימים מצבים נוספים שאינם מוסדרים בחקיקה (כגון רכישת מכוניות על ידי מי שעיסוקו בכך). להערכתנו, גם במקרים אלה יוחל האיסור להפלות הקבוע בחוק (ככל שמדובר במי ש"עיסוקו" ברכישת מוצרים או שירותים): הביטוי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר" עשוי להכיל, מבחינה לשונית, גם עיסוק ברכישת מוצרים. ה"מוצר" המסופק במקרה זה הוא קיומו של שוק של מוצרים מ"יד שנייה". אם פירוש זה הוא אפשרי מבחינה לשונית, יש להעדיפו לשם קידום התכלית העומדת בבסיס החוק.

לחוק ולפיו "אין רואים הפליה... כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי"²².

נראה כי "נוסחת האיזון" שלפיה יש לפעול היא כי חופש הפעולה המוקנה לבעל העסק הוא אותו חופש שיש להעניק לו, בהתאם לנסיבות, כדי להבטיח מימוש מרבי של חירויות כלל הפרטים בחברה. יישומה של נוסחה כללית זו מחייב לבחון מה הם האינטרסים הרלוונטיים ומהי עוצמתם בכל מקרה ומקרה. באופן כללי, האיזון הנדרש הוא בין אינטרסים משני סוגים: מצד אחד, עומדים השאיפה להגן על כבודם של הפרטים מפני ההשפלה הכרוכה בהפלייתם מחמת השתייכות קבוצתית או מאפיינים אחרים שלהם, המנויים בחוק²³; והאינטרס להגן על האפשרות של הפרטים לצרוך מוצרים ושירותים שונים. בכל מקרה ומקרה יש להעריך מהי עוצמתם של האינטרסים הללו. בין היתר, יש לבחון מהי מידת ההשפלה הצפויה לנבוע מהמדיניות המפלה. כך, למשל, אין דינה של הפליה לרעה של הקבוצה הדומיננטית בחברה כדין הפליה לרעה של קבוצת מיעוט, ומכאן אחת ההצדקות להחלת מדיניות של העדפה מתקנת; אין דינה של הפליה העלולה לעגן סטיגמות חברתיות שליליות כנגד בני קבוצה מסוימת כדין הפליה שאינה עלולה לגרום לכך ועוד. בנוסף, יש לבחון את מידת החיוניות של המוצרים והשירותים שמדובר בהם.

מצד אחר, עומד האינטרס של בעל העסק. בגדרו נכלל, כמובן, האינטרס הרכושי שלו. ההחלה של מדיניות מפלה מבטאת, לרוב, את הערכתו של בעל העסק כי בדרך זו ישיג רווח מרבי מהפעלת עסקו. לכן, הגבלת חופש הפעולה שלו עלולה למנוע ממנו להשיג רווח מרבי. בנוסף, אדם עשוי לבקש לבטא אגב עיסוקו באספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי את עמדותיו בתחומי מדיניות, חברה ומוסר. חיובו של בעל העסק להימנע מהפליה מחמת העילות הקבועות בחוק עלול למנוע ממנו לבטא את עמדותיו באמצעות מעשים הקשורים לניהול עסקו. אם אין מדובר בעמדה שהבעתה

22 סייג נוסף נקבע בסעיף 3(ד)(3) לחוק, ועניינו הפעלת "מסגרות נפרדות לגברים או לנשים", בתנאים המפורטים שם.

23 להדגשת יסוד ההשפלה הכרוך בהפליה מחמת השתייכות קבוצתית ראו עניין מילר (לעיל), הערה (2) עמ' 133 (השופט דורנר): "[ביסודה של] הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע... עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה"; ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל (1993) 9, 32: "הפגיעה בכבוד... אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות וגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה". ראו גם בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, בעמ' 186-187.

אינה אסורה, בעיקר אם אין בה משום הסתה לגזענות, האפשרות להביעה באמצעות בחירת אופן הניהול של העסק היא אינטרס הראוי אף הוא להגנה בחברה דמוקרטית. בהתאם, בעת עריכת האיזון יש להעריך גם את עוצמתם של אינטרסים אלה בנסיבות העניין.

בחיבור זה אין בכוונתי לדרון בפירוט בנוסחת האיזון הראויה. כזכור, תכלית הדברים היא להציע ניתוח כלכלי של סוגיית הטלת החובה לכבד את עקרון השוויון על גופים פרטיים. הסקירה הקצרה שהובאה לעיל נועדה, בעיקרה, להראות כי אף לאחר חקיקת חוק איסור הפליה נותרה שורה של שאלות שטרם הוכרעו. לפיכך, מדובר בדין שעשויות להיות לו השלכות על הפרשנות הראויה של החוק ועל קביעת נוסחת האיזון בין האינטרסים המתחרים, בהתבסס על ההנחה שתכליתו הכללית של החוק לקדם את הרווחה החברתית.

ג. ניתוח כלכלי של איסור הפליה במגזר הפרטי: עקרונות יסוד

הגישה הכלכלית מבוססת, בעיקרה, על שתי הנחות יסוד: **האחת** היא כי אמת המידה שעל-פיה יש להעריך מהי המדיניות החברתית הרצויה היא זו של "יעילות". הבחינה היא מהי המדיניות החברתית (בהקשר הנדון, מהי עוצמת ההגבלה של חופש הפעולה של בעלי עסקים) שהחלתה צפויה להניב "רווחה מצרפית מרבית". בעיקרו של דבר, אמת המידה המוחלת היא זו של תועלתנות. עם זאת, בשל הקושי לערוך "השוואה בין-אישית" של תועלות, שהן במהותן עניין סובייקטיבי, הערך הנמדד הוא השווי הכספי של התועלות (ומכאן כינויה של תפיסה זו "תועלתנות במונחי עושר", לעומת התועלתנות הקלאסית, מבית מדרשו של בנתהאם, הנמדדת במונחי "אושר"²⁴). השווי הכספי של התועלת שהפרט מפיק במצב מסוים נמדד על-פי הסכום הכספי שאותו פרט מוכן לשלם כדי להימצא במצב זה או על-פי הערכה "חיצונית" של השווי הכספי. הנחת יסוד זו היא, כמובן, טעונה. היא מבטאת שורה של הכרעות ערכיות, והספרות עשירה בטיעונים לתמיכה בה ולשלילתה²⁵. אין בכוונתי לטעון כי המסקנה הנובעת מן הניתוח הכלכלי היא בהכרח "נכונה" (או היחידה הנכונה). מטרת הדיון המובא כאן אינה אלא להציג את

24 ראו, למשל, ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" **משפטים** כב (תשנ"ג) Posner: 261 (לעיל, הערה 4) עמ' 95-141.

25 לסקירה מפורטת של הספרות ולהצעה של אמת מידה מתוקנת ראו M.D. Adler, E.A. Posner "Rethinking Cost-Benefit Analysis" 109 *Yale L. J.* (1999) 165; R.A. Posner "Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers" 29 *J. of Leg. Stud.* (2000) 1153.

המסקנה הנובעת מהחלת ניתוח כלכלי. לפיכך, אמנע מלהעריך את "נכונות" אמת המידה של "יעילות".

הנחת יסוד שנייה במסגרת הגישה הכלכלית מתייחסת להשפעת המדיניות החברתית – למשל, הדין – על התנהגות הפרטים. ההנחה המקובלת בהקשר זה, המכונה הנחת ה"רציונליות", היא כי כל אחד מן הפרטים פועל לשם הבאה למקסימום של התועלת שלו. ייחודה של הגישה הכלכלית בהקשר זה הוא בהנחה שמערכת ההעדפות של הפרטים היא קבועה²⁶. זוהי הנחה מרכזית שחשוב להבהיר את משמעותה: קשה לחלוק על כך שמבחינה עובדתית לדין השפעה "מחנכת"²⁷. כך, למשל, חוק האוסר על הפליה עשוי לשנות את ההעדפות של הפרטים שהביאו ליצירתה של הפליה ולגרום לכך שעם חלוף הזמן ההפליה תיעלם לא רק משום שהיא אסורה על-פי החוק, אלא גם משום שייעלמו המניעים להחלתה²⁸. ואכן, בשנים האחרונות התפתחה בגישה הכלכלית אסכולה המתחשבת ביסוד ה"מחנך" של המשפט ("expressive law and economics")²⁹.

26 לדין בהנחה זו ראו, למשל, P. Burrows and C.G. Veljanovski *The Economic Approach to Law* (1981) Ch. 1.

27 הצבעה על יסוד זה של המשפט היא מרכזית בגישתו של הארט, המכנה זאת "the internal aspect of rules". ראו H.L.A. Hart *The Concept of Law* (2nd ed., 1994), at pp. 79-99. ראו גם ח' דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד (תשנ"ה) 463, בעמ' 480-481: "המשפט הוא אחד המוסדות החברתיים החשובים המעצב את העדפותינו, שאיפותינו ומחויבויותינו הערכיות – את זהותנו העצמית. לפי גישה זו, האמור במשפט איננו רק סיבה לפעולה של הכופים לו, אלא יש בו גם כדי לחנך אותם, לאמור: לעצב במידה מסוימת את האתוס של החברה אשר בגדרה הוא פועל".

28 ראו, ברוח זו, A.S. Edlin "The New Palgrave: Surveying Two Waves of Economic Analysis" 27 *Am. L. & Econ. Rev.* (2000) 407, at p. 419. Donohue "Is Title VII Efficient?" *of Law* 2 *Am. L. & Econ. Rev.* (2000) 407, at p. 419 (לעיל, הערה 7). לכן נטען כי המדיניות שלפיה מוטל מס מיוחד על עסקים הנוקטים מדיניות מפלה (או ניתנת סובסידיה לעסקים הנמנעים מכך) אינה רצויה, שכן במסגרתה אין מושגת ההשפעה המחנכת שיש לאיסור על הפליה. לתמיכה במדיניות המבוססת על מיסוי כאמור ראו R. J.J. Donohue III "Discrimination in Employment" in *The New Palgrave of Economics and the Law* vol. 3 (P. Newman ed., 1998) 615, at pp. 619-620; Cooter "Market Affirmative Action" 31 *San Diego L. Rev.* (1994) 133.

29 D. Bell *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism* (1992), at p. 59. R.P. Malloy *Law and Economics – A Comparative Approach to Theory and Practice* (1990); R. Cooter "Expressive Law and Economics" 27 *J. of Leg. Stud.* (1998) 3. L.A. Kornhauser "The Normativity of Law" 1 *Am. L. & Econ. Rev.* (1999) 585; זהו למעשה יישום אחד של תפיסה רחבה יותר המכונה "behavioral law and economics" שבמסגרתה נזנחת הנחת הרציונליות המשקפת אפיוני התנהגות אנושית היפותטיים לטובת אפיוני התנהגות אנושית המשקפים את אופן החשיבה ואת אופן קבלת ההחלטות בפועל. לסקירה של גישה זו ראו C.R. Sunstein *Behavioral Law and Economics* (2000).

אולם הזרם המרכזי במסגרת הגישה הכלכלית עדיין מבוסס על ההנחה בדבר יציבות ההעדפות של הפרטים.

התעלמות זו מהשפעתו האפשרית של הדין על עיצוב ההעדפות של הפרטים מבטאת הכרעה ערכית חשובה. כידוע, קושי מרכזי בדמוקרטיה הליברלית הוא לתחום את גבולות השימוש הלגיטימי בכוחה הכופה של המדינה לשם עיצוב העדפות הפרטים. המסורת הליברלית עשירה בניסיונות להתמודד עם קושי זה. עם ההצדקות המקובלות לגישה שלפיה יש להתעלם מהעדפות מסוימות ניתן למנות פטרנליזם, ייחוס של העדפות "מסדר שני", הערכה כי העדפות המגובשות על סמך מידע חלקי אינן "אמיתיות" ועוד³⁰. הספרות עשירה גם בניסיונות להתוות דרכים לזיהוי התוכן של המבחנים שלפיהם יש לסווג את ההעדפות המקובלות בציבור, ובכלל זה הסתמכות על "הקונסנזוס החוקתי" או על עקרונות של "צדק אוניברסלי"³¹. גישה מסוג זה נדרשת כדי למנוע עיגון של המצב הקיים. דוגמה מובהקת לכך היא התפיסה שהייתה מקובלת בסוף המאה התשע עשרה ביחס למעמד האישה, שהשתנתה בעיקר בזכות חקיקה שהתעלמה ממערכת העדפות זו של הציבור וכפתה פרקטיקות התנהגות שאינן עולות עמה בקנה אחד.

לעומת זאת הגישה הכלכלית מדגישה את הקשיים שבהתוויית קו הגבול. אם אין מתייחסים אל מערכת ההעדפות של הפרטים כנתונה, וקובעים מהי המדיניות הרצויה בהתאם לה, החשש הוא מפני "מדרון חלקלק" לעבר גישה טוטליטרית. אם מכירים באפשרות כי העדפות מסוימות אינן "לגיטימיות", וכי בקביעת המדיניות הרצויה ניתן להתעלם מהעדפות מסוימות, נוצר קושי לבסס את מקור התוקף לסיווג זה של העדפות³². כך, למשל, בהקשר הנדון קל להצדיק חקיקה האוסרת הפליה גם על-פי אמת

30 ראו, למשל, E. Zamir "The Efficiency of Paternalism" 84 *Va. L. Rev.* (1998) 229; C.R. Sunstein "Legal Interference with Private Preferences" 53 *U. Chi. L. Rev.* (1986) 1129 ("there are defects in private preferences structures that present... a case for collective action similar to that in situations of market failures... [Therefore] private preferences are an improper basis for social choice")

31 ביטוי מובהק לגישה הראשונה ניתן בכתיבתו של רולס. ראו J. Rawls *Political Liberalism* (1993). הגישה השנייה מזוהה עם אסכולת המשפט הטבעי. ראו J. Finnis *Natural Law and Natural Rights* (1980).

32 לביקורת מסוג זה ראו, למשל, Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 306: "No one can deny... that preferences are malleable; [however, the issue] is who should mold them. With markets, the preferences of any single person are influenced by many different individuals, none of them wields coercive power. Under Title VII [of the Civil Rights Act of 1964], the [government] mold preferences" Comrade I: "Think of the Revolution. When it comes we shall all eat strawberries"; Comrade II: "But I

המידה של "רווחה מצרפית מרבית" אם מניחים כי העדפות מסוימות של הפרטים (למשל, ההעדפה של מעבידים מסוימים שלא להעסיק בני קבוצה מסוימת באוכלוסיה, או ההעדפה של בני קבוצה מסוימת שלא לבלות במועדון בצוותא עם בני קבוצות אחרות), אינן לגיטימיות, ואין להתחשב בהן כלל בהערכה מהי הרווחה המצרפית או כי אין אלה העדפות ראויות, ולפיכך יש לחוקק חוק אשר עשוי לשנותן. רבים יראו בכך דרך פעולה לגיטימית על סמך התפיסה כי מערכת העדפות המשקפת גזענות היא פסולה. האסכולה הכלכלית אינה מבוססת על טענה כי מערכת העדפות שכזו היא ראויה. העמדה היא כי אם מכירים בכוחו של מקבל ההחלטה, ובכלל זה הרוב בציבור, לסווג העדפות ולקבוע אילו מהן יובאו בחשבון בקביעה מהי המדיניות החברתית הרצויה, ומאילו העדפות יש להתעלם, קצרה הדרך לדיקטטורה, אף אם זו דיקטטורה של הרוב. משום כך הגישה הכלכלית מבטאת תפיסה קיצונית שלפיה יש להימנע מכל "הכוונה מגבוה" של העדפות הפרטים (גם בכך פוסעת הגישה הכלכלית בעקבות התפיסה התועלתנית והגישה הליברטריאנית). על-פי גישה זו, המדיניות החברתית – ובכלל זה החקיקה שמכוחה מוגבל חופש הפעולה של הפרטים ונקבע היקף ההגנה על חירותם (השלילית והחיובית) – צריכה להיקבע באופן המביא למקסימום את השווי הכספי של התועלות שמפיקים הפרטים, בלא לערוך כל שיפוט ערכי של העדפות אלה. יישומה של תפיסה ערכית זו מתבטא בהנחה שלפיה העדפות הפרטים הן קבועות ואינן מושפעות מתוכנו של הדין. כאמור, סביר להניח כי הנחה זו אינה משקפת את המצב בפועל, שבו העדפות הפרטים אכן מעוצבות (בין היתר) על-פי תוכנו של הדין. הניתוח הכלכלי אינו אלא בחינה אם מדיניות מסוימת היא "יעילה" אילו ("as if") היו העדפות הפרטים קבועות. הטענה היא שרק אם אכן זהו המצב, מוצדק, במונחיה של התאוריה הכלכלית, לנקוט מדיניות זו. בהקשר הנדון כאן מובן שמחויבות להנחה זו מגבילה במידה ניכרת את האפשרות להצדיק חקיקה האוסרת על הפליה במגזר הפרטי. במהלך הדיון לא אמנע מלהזכיר הצדקות אפשריות לאיסור על הפליה אם אין ננקטת מחויבות להנחה זו. עם זאת מובן כי טיעונים המצדיקים איסור הפליה תוך מחויבות להנחה האמורה הם חזקים מטיעונים המבוססים על שלילת תוקפן של תועלות מסוימות שמפיקים הפרטים. בהסתמך על עקרונות יסוד אלה אפנה כעת לניתוח הכלכלי עצמו. הדיון נפתח בבחינה של שתי סוגיות: ראשית, מהי התוצאה הצפויה בשוק תחרותי בהיעדר חקיקה האוסרת על הפליה? שנית, בהנחה שיש לצפות לכך שמדיניות מפלה עלולה לשרוד גם בשוק תחרותי, מהי המשמעות שיש לכך?

לדיון "don't like strawberries". Comrade I: 'Come the revolution, you'll like strawberries'...
 C.E. Larmore *Patterns of Moral Complexity* ברוח זו ראו (1987).

ד. מדיניות מפלה בשוק חופשי

הספרות הכלכלית עשירה בדיונים תאורטיים בשאלה אם מדיניות מפלה צפויה "לשרוד" בשוק תחרותי. דיון בסוגיה זו מובא בספרו רב ההשפעה של גארי בקר, שפורסם ב-1957 - *The Economics of Discrimination*. הטיעון של בקר הוא פשוט: בעל עסק הנוקט מדיניות מפלה אינו מפיק רווח מרבי. כך, אם שכר העבודה שהוא משלם לעובדיו אינו נקבע אך ורק על-פי כישוריהם, כלומר, שווי התפוקה שלהם, אלא גם על-פי מאפיינים אחרים, דוגמת מין, גזע, השתייכות לאומית וכדומה, צפויים העובדים המקופחים, היינו אלה ששכרם נמוך משווי התפוקה שלהם, לעבור לעבוד אצל מעביד שאינו מפלה, ולכן משלם שכר גבוה יותר. המעביד המפלה יתקשה לגייס את העובדים המתאימים ביותר לתפקיד. באופן דומה, בעל מועדון המונע כניסתם של בני קבוצות מסוימות, או בעל עסק הנמנע מלספק מוצרים או שירותים לבעלי מאפיינים מסוימים, או מפלה אותם לרעה בתנאי ההתקשרות, בשל דעות קדומות, יאבד לקוחות אלה לטובת בעלי עסקים שאינם מפלים. התוצאה היא, על-פי בקר, שעסקים הנוקטים מדיניות מפלה אינם צפויים לשרוד בשוק תחרותי. ממילא, לפי גישה זו, אין צורך כלל בהתערבות שלטונית לאיסור הפליה. כוחות השוק צפויים לגרום להיעלמותה³³.

על פניו, קל להפריך טיעון זה: המציאות מראה כי בהיעדר חקיקה האוסרת על הפליה במגזר הפרטי, ואף בהינתן החקיקה, אך בהיעדר אכיפה מלאה שלה, בתי עסק הנוקטים מדיניות מפלה שורדים ואף משגשגים. פערי השכר בין גברים לנשים ומדיניות הסלקציה בכניסה למועדונים הם רק שתי דוגמאות למציאות הקשה של הפליה במגזר הפרטי. כפי שציין הכלכלן הידוע Arrow, התאוריה של בקר "predicts the absence of the phenomenon it was designed to explain"³⁴.

אולם, למעשה, הטיעון של בקר הוא מרחיק לכת בהרבה. הטענה המשתמעת ממנו היא כי אם מדיניות מסוימת שורדת בשוק תחרותי, משמעות הדבר כי אין מדובר בעצם במדיניות מפלה. כך, אם באופן עקבי ולאורך זמן שכן של נשים נמוך מזה של גברים המועסקים בתפקידים דומים, משמעות הדבר כי יש הבדל בכושר העבודה בין המינים. אם נמנעת מבני קבוצה מסוימת אספקה של מוצר או שירות מסוימים, משמעות הדבר כי זוהי ההקצאה היעילה של אותו מוצר או שירות. בבסיסו של טיעון זה תפיסה "אבולוציונית" שלפיה אם דרך התנהגות מסוימת "שורדת" לאורך זמן בשוק תחרותי,

33 ראו Becker (לעיל, הערה 5) עמ' 39-49. ראו גם Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 29-38; Posner James T. Lindley et al. (לעיל, הערה 5): "The Efficiency and the Efficacy of Title VII" "Racial Discrimination in the Provision of Financial Services" 74 *Am. Econ. Rev.* (1984) 735.

34 K. Arrow "Some Mathematical Models of Race in the Labor Market" in *Racial Discrimination in Economic Life* (A.H. Pascal ed., 1972), at p. 190, 192.

יש להסיק מכך כי זוהי דרך ההתנהגות ה"יעילה" בנסיבות העניין, כך שהתערבות חיצונית אינה רצויה. ברוח זו טען אפשטיין כי בשונה ממקרים של שימוש בכוח או של הטעיה, הפליה אינה מחייבת התערבות שלטונית, שכן למי שמופלה עומדת האפשרות לחפש לעצמו מקום עבודה אחר או מקום בילוי אחר. מכאן, לשיטתו, שבמקרים שבהם הפליה שוררת בתנאים של שוק תחרותי, משמעות הדבר כי קיימים הבדלים רלוונטיים בין הקבוצות³⁵. בהתאם, כפי שנראה בפרק הבא, העלו כלכלנים הסברים שונים מדוע נקיטת מדיניות מפלה היא "רציונלית". מובן כי אם נקיטת מדיניות מפלה היא "רציונלית" מבחינת בעלי העסקים, חקיקה האוסרת על הפליה עלולה להביא לפגיעה ברווחה המצרפית.

למעשה, מדובר בהחלה של הטיעון הכללי שהעלה הכלכלן Coase (טיעון המכונה "התיאורמה של Coase"), ולפיו, בהיעדר "הוצאות עסקה", כלומר בהיעדר גורם המונע מן הצדדים להסכים לפעול בדרך המהווה שיפור במובן פרטו, היינו בדרך המובילה לשיפור מצבם של כל הפרטים המעורבים בעסקה, הפרטים צפויים לנהוג בדרך היעילה³⁶. בהקשר הנדון הטענה היא בעצם זו: אם מדיניות מפלה אינה יעילה, היו הפרטים צפויים להסכים לסטות ממנה. אם השווי הכספי של התועלות המופקות בהיעדר הפליה גבוה מן השווי הכספי של התועלות המופקות כאשר ננקטת מדיניות מפלה, הפרטים שהתועלת שלהם תגדל בזכות מעבר למדיניות שאינה מפלה היו צפויים להצליח "לרכוש" את הסכמתם של הפרטים האחרים להפסיק את המדיניות המפלה. אם אין עולה בידם לעשות כן, משמעות הדבר כי המדיניות המפלה היא זו היעילה.

כדי לסתור טיעונים מסוג זה יש להראות מדוע יש לצפות ל"כשל שוק", כלומר לכך שהתוצאה המתקבלת בשוק חופשי אינה זו היעילה. בפרק הבא נסקור תחילה את הגורמים השונים העשויים להניע בעלי עסקים לנקוט מדיניות מפלה, ובעקבות זאת, בשלושת הפרקים הבאים ננסה להראות מדוע אין נובעת מן העובדה שזוהי דרך הפעולה הרצויה מבחינת בעלי העסקים, המסקנה כי זו גם דרך הפעולה הרצויה מבחינת הרווחה החברתית המצרפית.

ה. סיווג של המניעים לנקיטת מדיניות מפלה במגזר הפרטי

35 ראו Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 29-38. המחבר מדגיש יסוד זה, בין היתר, ביחס להפליה בין המינים בתעסוקה המעידה, לשיטתו, כי פריון העבודה של גברים גבוה מזה של נשים (שם, עמ' 269-274).

36 R.H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. Law & Econ.* (1960) 1

ניתן למנות שלושה סוגים עיקריים של מניעים לנקיטת מדיניות מפלה: מניע אפשרי אחד הוא התועלת שמפיק בעל העסק מעצם נקיטת מדיניות של הפליה. כך, למשל, ייתכן כי הוא עוין קבוצות מסוימות באוכלוסייה. במילים אחרות, בעל העסק מפיק תועלת – הנפרדת מן הרווח הכספי שהוא מפיק מניהול עסקו – מאופן מסוים של ניהול העסק. אופן ניהול העסק עשוי לאפשר לו להביע עמדות בסוגיות חברתיות ופוליטיות שונות.

שני סוגי המניעים האחרים להפליה הם "עסקיים" במהותם: נקיטת מדיניות מפלה מאפשרת לבעל העסק להשיג רווח מרבי מניהול עסקו. במסגרת זו מניע אפשרי שני הוא סיפוק ההעדפות של ציבור הלקוחות (או ציבור העובדים) של העסק. כך, למשל, בעל מועדון עלול לבחור במדיניות מפלה אם הוא מעריך כי בשל עוינות שמגלה חלק מציבור הלקוחות כלפי קבוצה מסוימת בחברה, מניעת כניסתם של בני הקבוצה האחרת לעסקו תגדיל את הביקוש לשירותי המקום ואת רווחיו של בעל העסק, לעומת אלה הצפויים אלמלא הסלקציה. לבסוף, מניע שלישי הוא זה המיועד לחסוך בהוצאות. במסגרתו, המדיניות המפלה נובעת מהסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית כאומדן למאפיינים רלוונטיים. אם השתייכות קבוצתית היא אומדן טוב מספיק למאפיינים רלוונטיים, הסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית מאפשרת לחסוך את הצורך לשאת בעלויות הדרושות לשם זיהוי המאפיינים האמורים.

בכל המקרים מובן כי התערבות בחופש הפעולה של בעל העסק המונעת ממנו לנקוט דרך של הפליה, מרעה את מצבו: היא מטילה עליו עלות כספית נוספת, פוגעת בהכנסותיו או מטילה עליו עלויות שאינן כספיות (עקב חיובו להימנע מלבטא את עוינותו כלפי קבוצות באוכלוסייה אגב ניהול עסקו)³⁷. ההתערבות עלולה לפגוע גם באינטרסים של פרטים אחרים. עם זאת, השאלה הרלוונטית במסגרת הגישה הכלכלית היא מהי ההשפעה הצפויה של ההתערבות על הרווחה המצרפית, כלומר על השווי הכספי של סך התועלות שמפיקים כלל הפרטים בחברה. נפנה כעת לבחינה זו, תוך הבחנה בין שלושת המניעים האפשריים לנקיטת מדיניות המפלה.

1. הפליה הנובעת ממניעים לא כספיים של בעל העסק

על-פי גישתו של בקר, מדיניות ההפליה הנוהגת במגזר הפרטי ננקטת ממניעים "אידאולוגיים". היא מבטאת את עמדתו של בעל העסק ביחס לקבוצות שונות

³⁷ לפיכך נטען כי במקרים רבים הטלת איסור להפלות מבטאת למעשה חובה ליצור תנאים של שוויון. ראו C. Jolls "Antidiscrimination and Accommodation" 115 *Harv. L. Rev.* (2001) 642.

באוכלוסיה. מדובר בדרך כלל בעוינות כלפי קבוצות מסוימות או בעוינות כלפי אופני התנהגות מסוימים, כגון שנאת זרים, עמדות גזעניות, שובניסטיות וכדומה, אם כי לעתים עשויה ההפליה לבטא דווקא אהדה כלפי בני קבוצה מסוימת.³⁸

לכאורה, מובן כי התוצאה המתקבלת במקרים מסוג זה אינה יעילה, מנקודת המבט של תאוריה כלכלית: העסקת עובדים אינה מבוססת על העיקרון של העסקת העובד המתאים ביותר לתפקיד, עיקרון המיושם כאשר משולם שכר הוזהה לערך התפוקה והקצאת המשאבים אינה יעילה, שכן מוצרים ושירותים מסופקים על בסיס מפלה, ולא דווקא לפרט המוכן לשלם בעדם את הסכום הגבוה ביותר, כלומר לזה הצפוי להפיק מהם את התועלת הגבוהה ביותר.³⁹ משום כך טען בקר, כפי שכבר הוזכר לעיל, כי פרקטיקה מפלה המבוססת על מניע זה אינה צפויה לשרוד בשוק תחרותי. היא מבטאת ניהול בלתי יעיל של העסק, אשר אינו יכול לעמוד בפני "כוחות השוק". כך, למשל, בעלי עסקים מתחרים, המנוהלים ביעילות, כלומר בלא הפליה, יוכלו להוזיל את מחירי מוצריהם אל מעבר לסף הרווחיות של העסקים המפלים.⁴⁰

ניתן לבקר את הטעון של בקר בשני מישורים: ראשית, גם אם הוא נכון, אין נובעת ממנו בהכרח שלילת הלגיטימיות של איסור על הפליה במגזר הפרטי. איסור ההפליה צפוי, לכל הפחות, לזרז את תהליך ההיכחדות של פרקטיקות מפלות (ולא יעילות) ולקצר את פרק הזמן עד להגעה לשיווי המשקל היעיל.⁴¹ מובן גם כי במקרים שבהם אין מתקיימת בשוק תחרות משוכללת, נשמט הטעם האמור כנגד הגבלת חופש הפעולה של בעל העסק.

שנית, הניתוח של בקר הוא חלקי. כזכור, הנחת המוצא של הטעון היא כי בעלי העסקים נוקטים מדיניות מפלה משום שהם מפיקים מכך תועלת. בעל עסק מפיק מניהול עסקו תועלת הנובעת לא רק מן הרווח הכספי (שבאמצעותו הוא יכול לרכוש מוצרים המניבים לו תועלת), אלא גם מהנאות אחרות שהוא מפיק אגב ניהול עסקו, כגון הסיפוק מעצם העבודה ומן הביטוי שהוא נותן לעמדותיו הפוליטיות והחברתיות בדרך ניהול העסק. מכאן נובעות שתי מסקנות: מצד אחד, ההערכה של בקר שלפיה בעלי עסקים

38 Becher (לעיל, הערה 5). בהקשר זה יש לעתים חשיבות להבחנה בין הפליה לרעה של בני קבוצה מסוימת לבין העדפה של הנמנים על קבוצה מסוימת (nepotism בלשונו של בקר). ראו, למשל, C. Fershtman, U. Gneezy and F. Verboven "Discrimination and Nepotism: The Efficiency of the Anonymity Rule" (CEPR Discussion Paper No. 3175, 1/2002, available from the SSRN Electronic Paper Collection).

39 ראו, ברוח זו, Donohue (לעיל, הערה 28) עמ' 616.

40 ראו Becker (לעיל, הערה 5).

41 לטעון זה ראו J.J. Donohue III "Is Title VII Efficient?" 134 U. Pa. L. Rev. (1986) 1411.

ראו גם S.J. Lundberg, R. Startz "Private Discrimination and Social Intervention in Competitive Labor Markets" 73 Am. Econ. Rev. (1983) 340.

הנוקטים מדיניות מפלה אינם צפויים לשרוד אל מול "כוחות השוק", אינה ברורה מאליה. מצד אחר, בהערכה אם יש לאסור על נקיטת מדיניות מפלה במגזר הפרטי יש להתחשב גם בתועלות שאינן מתבטאות, לפחות לא באופן ישיר, בהפקת רווח כספי. אמת המידה לבחינת הרווחה החברתית על פי הגישה הכלכלית מבוססת על הערכת השווי הכספי של כלל התועלות של הפרטים בחברה. אלה כוללות גם תועלות "לא כספיות" שמפיקים הפרטים⁴².

בהסתמך על כך טען Landes כי חקיקה האוסרת הפליה אינה רצויה מבחינה כלכלית, שכן היא תמנע מבעלי העסקים להפיק תועלות "לא כספיות" כאמור⁴³. לשיטתו, אף שמדיניות מפלה מבטאת הקצאה שאינה יעילה של משאבים, היא זו האופטימלית אם מתחשבים גם בתועלת הנוספת שמפיק בעל העסק מפעילותו. מכאן, שאיסור על הפליה עלול להוליך לפגיעה ברווחה החברתית המצרפית. במילים אחרות, הטענה היא זו: במצב המוצא, לפני החקיקה האוסרת הפליה, עמדו בפני בעל העסק שתי חלופות: להימנע מהפליה ולפעול בדרך שתניב לו רווח מרבי או להפלות ולזכות בעקבות זאת ברווח נמוך יותר. בעל עסק שבחר להפלות ביטא בכך כי השווי הכספי של התועלת שהוא מפיק מעצם נקיטת מדיניות זו הוא גבוה מן הסכום הכספי שעליו ויתר (בשל הירידה ברווחיו) עם הבחירה להנהיג מדיניות מפלה. אחרת, היה בוחר, מרצונו, שלא להפלות⁴⁴. חקיקה האוסרת על בעל העסק להפלות מחייבת אותו לנהוג בדרך שבה נמנע מלבחור, אף שהייתה פתוחה בפניו. נכפה עליו ויתור על האפשרות להפיק תועלת (מעצם מתן ביטוי לעמדותיו בדרך ניהול עסקו) תמורת "פיצוי" (העלייה ברווחים) הנופל מן השווי הכספי של התועלת שאיבד. מכאן הטענה כי חקיקה כאמור אינה יעילה. אולם טיעון זה של Landes הוא חד צדדי. יש בו התחשבות בנוק "לא כספי" של צד אחד בלבד – בעל העסק – תוך התעלמות מן הנזק הנגרם לצד האחר, המופלה. עובד המופלה לרעה מחמת מינו, לאומיותו וכדומה, חש השפלה ופגיעה ברגשותיו שאינה פחותה מן הפגיעה הנגרמת למעביד שנמנעת ממנו האפשרות לבטא את עוינותו כלפי

42 יש לציין כי גם הערכת תועלות "לא כספיות" נעשית, על פי הגישה הכלכלית, על פי "שווי הכספי" שלהן, כלומר על פי הסכום שמוכן לשלם מי שמפיק אותן, כדי שיוכל להמשיך ולעשות כן.

43 ראו Landes (לעיל, הערה 5).

44 טענה זו מניחה כי קיימת זהות בין האינטרס הרכושי של בעל העסק לבין האינטרסים של מקבל ההחלטה בדבר מדיניות ניהול העסק. בפועל, ייתכן פער בין השניים, שכן בארגונים גדולים ההחלטה בדבר העסקת עובדים ובדבר תנאי המכירה של המוצרים מסורה למנהלים שכירים, העשויים לפעול בדרך המבטאת את מערכת ההעדפות שלהם (העלולה לכלול עוינות לבני קבוצות מסוימות) בלא שיהיה עליהם לשאת במחיר הכרוך בכך, הנובע מכך שהמדיניות הננקטת אינה זו המבטיחה רווח מרבי. להצבעה על פער זה כהסבר אפשרי למציאות של הפליה (שאינה יעילה) ראו Donohue (לעיל, הערה 28) עמ' 618.

הקבוצה שעליה נמנה העובד בדרך של הפליית העובד לרעה. ניתן להעריך כי במרבית המקרים עוצמת הפגיעה במי שמופלה לרעה – ובמי שנמנה עם הקבוצה המופלית לרעה – היא אף גדולה מעוצמת הפגיעה במי שנמנעת ממנו האפשרות להפלות⁴⁵.

חשוב לשים לב כי במענה מסוג זה לטיעון של Landes יש קושי מסוים. הקושי נובע מן התפיסה המקובלת במסגרת הגישה הכלכלית שלפיה יש למדוד תועלת (או פגיעה) במונחים של "נכונות לשלם". כאמור לעיל, עוצמת התועלת שמפיק בעל העסק מן האפשרות להפלות היא קלה יחסית למדידה, שכן היא מתבטאת בנכונותו לוותר על הכנסות (ועל רווחים) כדי לנקוט דרך זו. לעומת זאת קשה יותר להעריך את השווי הכספי של הפגיעה הנגרמת לפרט המופלה לרעה בכך שנמנעת ממנו האפשרות להיות מועסק או לרכוש מוצר או שירות ללא הפליה. הנזק הנפשי שבו מדובר כאן נוסף על הנזק הישיר הנגרם למי שמופלה לרעה עקב השכר הנמוך יותר שהוא זוכה לו או בשל חוסר האפשרות לרכוש מוצר או שירות כלשהם. במונחים של התאוריה הכלכלית, הנזק הנפשי נמדד על פי הסכום שהיה הפרט מוכן לשלם כדי שלא יופלה לרעה. לכאורה, העובדה שבהיעדר חקיקה מי שנמנים עם הקבוצה המופלה לרעה אינם "רוכשים" את זכותם שלא להיות מופלים, מעידה כי השווי הכספי של הפגיעה בהם נמוך מן התועלת שמפיק בעל העסק בזכות ההפליה, ולפיכך כי התוצאה היעילה היא דווקא הימנעות מהטלת איסור על הפליה.

עם זאת, ניתן ליישב קושי זה. ראשית, האופי המיוחד של הפגיעה שמדובר בה כאן – תחושת ההשפלה הנובעת מן ההפליה – מונע "פתרון שוק" שלה, כלומר מונע את האפשרות למנוע אותה בדרך של "רכישה" של הזכות שלא להיות מופלה. כפי שציין Donohue, עצם התשלום לבעל העסק כדי שיימנע מהפליה יוצר, הוא עצמו, פגיעה ונזק נפשי מסוג זה הנגרם עקב ההפליה⁴⁶. משום כך, העובדה שעובדים או לקוחות בכוח המופלים לרעה אינם מצליחים "לרכוש" מבעלי העסקים את זכותם של האחרונים להפלות, אינה יכולה ללמד כי השווי הכספי של התועלת שמפיקים בעלי העסקים מעצם ההפליה גבוה מן הפגיעה הנפשית הנגרמת עקב כך למי שמופלה⁴⁷.

45 J.H. Verkerke "Free to Search" 105 *Harv. L. Rev.* (1992) 2080, at p. 2086. ראו גם, בהקשר רחב יותר, D.C. Mueller *Constitutional Democracy* (1996), at p. 159.

46 J.J. Donohue "Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective" 56 *U. Chi. L. Rev.* (1989) 1337. ראו

47 לכך נוספת כמובן גם האפשרות שכאשר מדובר בפגיעה מסוג של נזק נפשי, עצם השימוש באמת המידה של נכונות לשלם לשם מדידת תועלת או עוצמת פגיעה אינו מתאים. ראו בהקשר זה D. Kennedy "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique" 33 *Stanford Law Review* (1981) 387, at pp. 398-400. קרן (לעיל, הערה 14) עמ' 295: "אחת הבעיות היא שפעמים רבות עיקר הפגיעה [הנובעת מהפליה] מרוכזת בצד הרגשי-נפשי, להבדיל מן הצד הכספי. בדיון החוזי השגור הדבר צפוי להחליש את מעמדם [של קורבנות ההפליה]... [למרות]

באופן דומה ניתן להתמודד עם הטיעון שהעלה אפשטיין כנגד התערבות שלטונית לאיסור על הפליה, ולפיו למי שמופלה עומדת האפשרות לחפש לעצמו מקום עבודה אחר או מקום בילוי אחר⁴⁸. "החופש לעזוב" הוא במקרים רבים מדומה. מלבד העובדה שהיצע המסגרות החלופיות, שאין ננקטת בהן הפליה, עלול להיות מוגבל, יש לזכור כי ה"עזיבה" של מסגרת נתונה כרוכה בעלויות "נפשיות" ניכרות. היא חושפת את הפרט הנוגע בדבר לסיכונים משמעותיים, מחייבת אותו להיות נכון להסתגל לסביבה חברתית חדשה ועוד⁴⁹.

שנית, יש לזכור כי לנקיטת מדיניות מפלה יש בדרך כלל השפעה שלילית גם על צדדים שלישיים, בעיקר אלה הנמנים עם הקבוצה שכנגדה ננקטת ההפליה. מדובר בפגיעה הנפשית הנגרמת עקב עצם הידיעה על קיומה של הפליה⁵⁰. מדובר ב"השפעות חיצוניות", היינו בהשפעה של המדיניות המפלה על מי שאינו צד להתקשרות שבין בעל העסק לבין העובד או הלקוח בכוח⁵¹. עקרונית, הציבור הנפגע עשוי להתארגן לשם פגיעה במוניטין של העסק באמצעות פרסום ברבים של המדיניות שהוא נוקט. עם זאת קיים קושי מעשי לרתום את כלל בני הקבוצה הנפגעת להתגייס "לרכישת" זכותו של בעל העסק להפלות ועקב כך לפגוע בהם, שהרי כל אחד מבני הקבוצה צופה כי יוכל ליהנות מפירותיה של "רכישה" כאמור, אף אם לא השתתף במימונה (כלומר, מדובר

שפגיעה כזו אינה פחות חמורה מהפגיעות הממוניות שאותן נוטים דיני החוזים המסורתיים להדגיש".

48 ראו Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 29-38.

49 ראו בהקשר זה Verkerke (לעיל, הערה 44); B.H. Fried "If You Don't Like It, Leave It: The Problem of Exit in Social Contractarian Arguments" (Stanford Law School, Public Law Research Paper No. 31, 1/2002).

50 לכך יש להוסיף גם את ההשפעה האפשרית של המדיניות המפלה על עמדות הציבור: עצם קיומה של הפליה עלול להטמיע עמדות שליליות כלפי הנמנים על קבוצה מסוימת. השפעה מסוג זה חורגת מגדר הנחת היסוד של הניתוח הכלכלי שלפיה, כאמור לעיל, הדיון מתייחס להעדפות נתונות של הפרטים. התייחסות לגורם זה מובאת בפרק ז להלן.

51 גם מי שאינו נמנה עם הקבוצה המקופחת עשוי להיפגע עקב המדיניות המפלה, ככל שהוא מחזיק בעמדה עקרונית השוללת הפליה. ראו בעניין זה Donohue (לעיל, הערה 28) עמ' 619. לניסיון להעריך את עוצמתה של התמיכה העקרונית של הציבור בשוויון – וממילא, את עוצמתה של הפגיעה בו עקב המודעות לכך שגורמים בחברה נוקטים הפליה – ראו, למשל, A. Alesina, R. Di Tella and R. Macculloch "Inequality and Happiness: Are Europeans and Americans Different?" (working paper, 2001, available from the SSRN Electronic Paper Collection). עם זאת מובן כי הערכת עוצמתה של פגיעה מסוג זה – לעומת זו הנגרמת במקרה ההפוך לרגשותיהם של התומכים במדיניות המפלה – היא קשה ביותר.

כאן ב"מוצר ציבורי"⁵²). עקב כך ניתן לצפות בהקשר זה ל"כשל שוק". אף שהשווי הכספי של הפגיעה ה"נפשית" הנגרמת עקב נקיטת המדיניות המפלה עשוי להיות גבוה מן השווי הכספי של התועלת שמפיק מכך בעל העסק (ואחרים, המזדהים עם עמדותיו), הנפגעים אינם צפויים להצליח "לשכנע" את בעל העסק להימנע מהפליה באמצעות תשלום כספי ממילא, העובדה שבהיעדר התערבות שלטונית צפויים בעלי עסקים מפלים "לשרוד" (וזאת בניגוד, כאמור, להערכתו של בקר), אין משמעה כי זוהי התוצאה היעילה⁵³.

ההשפעה החיצונית השלילית של נקיטת מדיניות מפלה היא משמעותית בעיקר כאשר מדובר באספקת מוצר אגב "עיסוק", ובוודאי כאשר מדובר באספקת שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי. במקרים אלה גם אם בעל העסק אינו בעל מעמד מונופוליסטי ואף אם אינו מספק מוצר חיוני, למדיניות שהוא נוקט עלולה להיות השפעה שלילית על צדדים שלישיים, מעבר לפגיעה בלקוח בכוח של בעל העסק. במקרים כאלה ההנחה היא כי היקף הפעילות של העסק – ומכאן גם מספר המקרים שבהם ייתקלו לקוחות בכוח שלו במדיניות המפלה – הוא גבוה יחסית, וכך גם היקף ה"תפוצה" של ההשפעה השלילית של מדיניותו. כך ניתן להסביר את תחולתו של חוק איסור הפליה ביחס למקרים אלה. לעומת זאת, כאשר מדובר במכירת מוצר או שירות שלא על דרך עיסוק אלא באופן בלתי סדיר, החשש מפני השפעה חיצונית שלילית הוא נמוך יותר, בשל ההיקף המוגבל של הפעילות שמדובר בה. במקרים אלה הפגיעה שתיגרם עקב איסור לבטא עמדות באמצעות התנהגות בדרך מפלה (כגון באמצעות הימנעות מרכישת מוצרים או שירותים מעסק שבבעלות מי שנמנה עם קבוצה מסוימת באוכלוסייה) אינה נופלת בהכרח מן הפגיעה הנגרמת למי שמופלה לרעה עקב מדיניות זו. מכאן גם הרתיעה מהחלת איסור הפליה ביחס למקרים מסוג זה⁵⁴.

סיכומו של דבר: בעל עסק הנוקט מדיניות מפלה מטעמים "אידאולוגיים" עשוי "לשרוד" גם אם בשוק שוררת תחרות משוכללת. העובדה ש"כוחות השוק" אינם צפויים למנוע נקיטת מדיניות מפלה אין משמעה בהכרח כי זוהי גם התוצאה היעילה. "כשל

52 לדיון בכשל השוק במקרים של "מוצר ציבורי" ראו ב' מדינה "חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית: 'חוקה כלכלית', הפרטה ומימון ציבורי" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (א) בנדור וי דותן עורכים, תשס"ב).

53 לטיעונים המדגישים את ההשפעה החיצונית השלילית של הפליה ראו J.G. MacIntosh "Employment Discrimination: An Economic Perspective" 19 *Ottawa L. Rev.* (1987) 275, at pp. 306-308; J.J. Donohue III "Advocacy Versus Analysis in Assessing Employment Discrimination" 44 *Stan. L. Rev.* (1992) 1583 (לעיל, הערה 28) עמ' 619-618.

54 ראו, למשל, ברק (לעיל, הערה 10) עמ' 692: "הזכות לא להיות מופלה הולכת ונחלשת מקום שהשירות, על-פי עצם מהותו, אינו 'פתוח' לכל, וניתן על בסיס אישי... [לכן] בעל דירה [רשאי ל]סרב להשכיר חדר בדירתו על בסיס גזע, מין או דת".

השוק" הצפוי נובע מכך שהנפגעים מן המדיניות המפלה אינם צפויים להצליח "לרכוש" מבעלי העסקים המפיקים תועלת מן ההפליה את זכותם של האחרונים להפלות, עקב אופייה של הפגיעה. אכן, בהיעדר ממצאים אמפיריים ברורים קשה לקבוע באופן נחרץ אם איסור על הפליה במקרים שבהם המניע להפליה הוא "אידאולוגי" הוא "יעיל", אם לאו. לכל הפחות, ניתן להטיל ספק משמעותי בטענה כי התערבות שלטונית בדרך של איסור על הפליה היא בהכרח בלתי יעילה. כאמור, ההערכה (האינטואיטיבית) הנראית סבירה יותר היא כי החלת האיסור להפלות צפויה להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית.

ז. הפליה שנועדה לספק את ההעדפות של ציבור הלקוחות של העסק

מניע אפשרי שני לנקיטת מדיניות מפלה הוא "עסקי". מדובר במקרים שבהם המדיניות המפלה מבוססת על הערכתו של בעל העסק כי כך ישיג רווח מרבי. מדובר במקרים שבהם ההפליה מבוססת על הערכתו של בעל העסק כי חלק מציבור לקוחותיו עוין קבוצה אחרת, וכי הימנעות מאספקת המוצר או השירות לבני הקבוצה האחרת תגדיל את הביקוש לשירותי העסק מצד בני הקבוצה הראשונה ואת רווחיו של בעל העסק לעומת אלה הצפויים אלמלא ההפליה.⁵⁵

ציבור הצרכנים בכוח עשוי להעדיף לרכוש את שירותיו של עסק שמגביל את הכניסה אליו לבני קבוצה מסוימת. תוצאה אפשרית זו נובעת מאופיו המיוחד של ה"מוצר" הנדון, אשר התועלת המופקת מצריכתו תלויה בהיקף הצריכה שלו על ידי אחרים ("מוצר סולידריות"). ברוח זו טען McAdams כי אחד המניעים העיקריים להצלחה לה זוכים בתי עסק הנוקטים מדיניות מפלה אינו דווקא שנאה כלפי בני הקבוצה המקופחת, אלא השאיפה לשפר את המעמד החברתי של מי שנמנה עם הקבוצה המועדפת. השיפור במעמד החברתי מושג על רקע מוסכמה חברתית מתאימה בקרב בני הקבוצה הזוכה לתנאים עדיפים, ולפיה מי שנוקט מדיניות מפלה – או משתף עמה פעולה, ברכישת שירותים או מוצרים מעסק הנוקט מדיניות זו – זוכה ל"תגמול" במעמדו החברתי, בעוד שמי שנמנע מלנהוג בדרך זו מוקע בשל כך.⁵⁶

55 על-פי הדין הקיים, עמדתם של הלקוחות אינה מספיקה להצדיק יחס מפלה. ראו, למשל, דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 348-351.

56 ראו McAdams (לעיל, הערה 7). הטיעון של McAdams נועד להצדיק חקיקה האוסרת על הפליה באמצעות הצבעה על סיבה אפשרית לכך שעסקים מפלים "ישרדו" גם בשוק תחרותי. לביקורת על טיעון זה ראו R. Epstein "The Status-Production Sideshow: Why the Antidiscrimination Laws are Still a Mistake" 108 *Harv. L. Rev.* (1995) 1085.

לפי טיעון קרוב (המזוהה בעיקר עם Epstein⁵⁷), הפרדה על רקע גזעני במקומות עבודה או מגורים, המוליכה למעשה להפליה של בני קבוצות מסוימות, היא יעילה ולכן צפויה להיווצר "מעצמה" בשוק חופשי. היא מאפשרת "תיאום" בין העובדים ביחס למועדי חופשות (חגים משותפים), מנהגים דומים, שפה, רקע תרבותי וכדומה, באופן המגדיל את הרווחה של העובדים. בנוסף, קיומה של מסגרת חברתית יציבה, התלויה במידת הציות לנומרות בלתי פורמליות, מחייבת מידה רבה של הומוגניות תרבותית של הפרטים בקבוצה. לפי גישה זו, יצירת מקומות בילוי נפרדים לבני קבוצות אתניות שונות היא יעילה, משום שבני אותה קבוצה אתנית הם בעלי רקע תרבותי דומה, ולכן בעלי מערכת העדפות דומה, וכך ניתן לענות ביתר קלות על הצרכים שלהם (כגון טעמים המוסיקלי, הקולינארי, האסתטי וכדומה). לכן, לכאורה, מדיניות מפלה עשויה להיות זו היעילה, שכן היא מאפשרת לספק בצורה הטובה ביותר את הצרכים של ציבור הצרכנים. נתמקד בטענה האחרונה. זוהי טענה היוצאת למעשה כנגד הלכת *Brown*, שמכוחה הושם הקץ למדיניות של "נפרד אך שווה"⁵⁸. שלילתה של מדיניות מסוג "נפרד אך שווה" מבוססת, בעיקרה, על ההכרה ב"שוויון" כערך עצמאי. עם זאת, השאלה היא אם ניתן להפריך טענה זו בלא להתבסס על ההכרה בערך של "שוויון", אלא מתוך מחויבות לערך של מקסום הרווחה החברתית המצרפית.

ברובד אחד, הטענה האמורה מדגימה היטב את חסרונותיה של הגישה הכלכלית. ראשית, היא מעידה על חולשתה היסודית של תפיסה תועלתנית שבה נקבעת התוצאה הרצויה בהתאם לסיכום התועלות של הפרטים בחברה. גישה כזו עלולה להצדיק שלילת זכויות יסוד של בני קבוצת מיעוט כדי לספק את העדפותיהם (הפסולות מבחינה מוסרית) של קבוצת הרוב. שנית, טענה זו מחדדת גם את הקושי שבהנחה כי העדפות הפרטים הן קבועות. אם אמנם נכונה הטענה בדבר הזהות התרבותית הנפרדת לבני קבוצות שונות באוכלוסיה, הרי שבעיקרה אין היא נובעת אלא מעצם קיומה של הפרדה בין הקבוצות⁵⁹. כלומר, ההיסטוריה של הפרדה, שהביאה ליצירת מערכת העדפות מסוימת, משמשת להצדקת המשכה של המדיניות המפלה. ההעדפה של בני קבוצה מסוימת לבלות עם אלה הנמנים עם אותה קבוצה – או בהיעדר בני קבוצות אחרות – עלולה לנבוע מהיעדר היכרות מספקת את בני קבוצות אחרות. האיסור להפלות

57 ראו Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 59-78.

58 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). לאימוץ הלכה זו בישראל ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258. לזיהוי בין גישתו של Epstein לבין המדיניות של "נפרד אך שווה" ראו, למשל, M.J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (1993) 200 ("[Epstein's argument] risks resurrecting a version of the 'separate but equal' doctrine ... now almost universally discredited").

59 ראו Iacobucci (לעיל, הערה 1) עמ' 300.

עשוי להוליד, בתוך זמן לא ארוך, לשינוי טעמים של הפרטים⁶⁰. באופן דומה, עצם ההיתר להפלות וליצור מסגרות נפרדות בהקשרים מסוימים עלול להטמיע בקרב הציבור הרלוונטי תפיסות שלפיהן אמנם קיימים פערים בין הנמנים עם קבוצות שונות בחברה. כפי שציינה השופטת דורנר בעניין **מילר**, "סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה"⁶¹.

ברובד שני, ניתן להצביע על קשיים בטיעון האמור גם תוך מחויבות להנחות היסוד של הניתוח הכלכלי. אכן, קשה לחלוק על כך כי בהקשרים מסוימים יצירת מסגרות נפרדות לבני קהילה מסוימת המאופיינת במוצא לאומי משותף, באמונה דתית, ברקע תרבותי, בשפה, במנהגים משותפים וכדומה, עשויה להיות יעילה⁶². כך בעיקר באותם הקשרים שבהם ה"הומוגניות התרבותית" של בני קהילה היא רלוונטית, כגון במקרים מתאימים, ביחס לשכונות מגורים שבהן מאופיינת רשות הרבים באופן מסוים; למסגרות חינוך ופעילויות תרבות ופנאי; ליצירת מסגרות המספקות מימון ציבורי לפעילויות מסוימות⁶³ וכדומה⁶⁴. בגדר המקרים שבהם יצירת מסגרות נפרדות היא יעילה נכללים שני סוגים של מצבים: **באחד**, "כוחות השוק" עשויים להביא ליצירת מסגרות "נפרדות"

60 ראו בעניין זה לעיל, הערה 28. ראו גם A.M. Spence *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes* (1974) 99: "If we were to force some members of the currently excluded group into the market, employers would eventually learn that a given level of education implies more talent for that group" אגב, דגן טען, בהקשר אחר, כי לשם עיצוב העדפות הציבור נחוצה התערבות מתונה של המחוקק, באופן שאינו סוטה באורח ניכר מן העמדות המקובלות בציבור. אחרת, ההתערבות עלולה להיתקל בעוינות מצד הציבור. ראו דגן (לעיל, הערה 27).

61 עניין **מילר (לעיל, הערה 2)** בעמ' 133. באשר למעגל הקסמים האמור ראו גם בפרק ח' להלן.
62 ברוח זו יש המבקרים את הלכת *Brown*, ככל שהיא מונעת מקבוצות מיעוט להתבדל מרצונן הן. ראו, למשל, א' מרגלית ומ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 93. ברוח זו ניתן להסביר את החריג שנקבע בסעיף 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה, ולפיו "אין רואים הפליה... בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר... ובלבד שההפרדה היא מוצדקת...".

63 ראו בהקשר זה מדינה (לעיל, הערה 49).
64 לדיון בהקשרים מסוג זה ראו א' בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769. לכך מתקשרת גם התפיסה שלפיה שוויון אין משמעו התייחסות אל הכול כאל שווים (sameness) אלא התייחסות שווה אל הכול (equality). ראו, למשל, K.A. Appiah "Stereotypes and the Shaping of Identity" 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 41

לבני קבוצות שונות בתחומים כאמור, גם אם אין מוטלות מגבלות על נגישות השירות לכלל הציבור. למשל, כך קורה לעתים ביחס למקומות בילוי מסוימים, שכונות מגורים, מסגרות חינוך וכדומה. במצבים מהסוג השני, בלא נקיטת מדיניות מפלה אין נוצרות מסגרות נפרדות כאמור, אף שזו התוצאה היעילה. הטענה ה"כלכלית" המועלית כנגד חקיקה האוסרת נקיטת מדיניות מפלה בהקשר זה היא למעשה זו: במקרים מן הסוג הראשון נקיטת מדיניות מפלה מזרזת את ההתכנסות ל"שיווי המשקל" הצפוי ממילא (כלומר, ליצירת מסגרות נפרדות) ובכך מאפשרת לחסוך בעלויות (המכונות לעתים "עלויות חיכוך") הכרוכות בהתכנסות לשיווי המשקל. איסור על נקיטת מדיניות מפלה מחייב לשאת בעלויות אלה ולפיכך אינו רצוי; במקרים מן הסוג השני נקיטת מדיניות מפלה על ידי ספקי השירותים נחוצה כדי להשיג את התוצאה היעילה של יצירת מסגרות נפרדות (וכך להתגבר על כשל השוק הנובע מקיומן של עלויות שמקובל לכנותן "הוצאות עסקה"). איסור על נקיטת מדיניות מפלה ימנע את השגת התוצאה היעילה, ולפיכך, שוב, אינו רצוי.

ניתן להצביע על שני קשיים עיקריים בטיעון מסוג זה. קושי אחד הוא עובדתי. הטיעון האמור מבוסס על ההנחה כי יצירת מסגרות נפרדות היא אמנם יעילה, אולם זוהי הנחה הטעונה הוכחה. גם אם ניתן להצביע על יתרונות מסוימים של יצירת מסגרת נפרדת לבני קבוצה תרבותית מסוימת בהקשרים מסוימים, אין נובעת מכאן הוכחה כי בכל מצב שבו ספקי השירות הרלוונטי בוחרים להפלות באופן היוצר מסגרות נפרדות, זו גם התוצאה היעילה⁶⁵. כך, במציאות בישראל ניתן להטיל ספק משמעותי בטענה כי לפרטים השונים זיקות תרבותיות כה שונות, המונעות את התבססותן של נורמות בלתי פורמליות במקומות עבודה "מעורבים", או מוזילות את העלויות הכרוכות בהפעלת מקומות בילוי נפרדים לבני קבוצות שונות. הספקות הם חמורים במיוחד בכל הקשור ליעילות שביצירת מסגרת נפרדת לבני קבוצת הרוב, ש"תרבותה" היא התרבות הדומיננטית במדינה.

הטענה המרכזית היא שהעובדה שספקי שירות מסוים מעריכים כי נקיטת מדיניות מפלה תניב להם רווח מרבי, אינה מוכיחה כי יצירת מסגרות נפרדות באותו הקשר היא אמנם יעילה. הערכתו של בעל העסק כי מוטב לו לנקוט מדיניות מפלה לשם יצירת מסגרת נפרדת אינה נובעת בהכרח מקיומם של עוינות בין קבוצות שונות או הבדלים תרבותיים משמעותיים. היא עשויה לנבוע, כפי שנראה בפרק הבא, מהערכה כי ההפליה תשמש "איתות" (signaling) באשר לטיבו של המוצר או השירות שמספק העסק. ציבור הלקוחות מעדיף או עסקים הנוקטים מדיניות מפלה לא משום שהוא מפיך תועלת מן ההפליה עצמה או מתוצאותיה, אלא מכיוון שהוא רואה בהפליה סמן למאפיינים רלוונטיים של המוצר או השירות המסופק. אם אמנם זהו המצב, אין להסתמך על

65 לטיעונים ברוח זו ראו Verkerke (לעיל, הערה 45) עמ' 2088-2089.

בחירתם של עסקים לנקוט מדיניות מפלה – ככל שזו מותרת על-פי הדין – כראיה לכך שיצירת המסגרות הנפרדות היא, כשלעצמה, יעילה.

בנוסף, כבר הוזכר בפרק הקודם כי למדיניות המפלה עלולות להיות השפעות חיצוניות שליליות. ההפליה עלולה לחייב יצירת מסגרות נפרדות לבני קבוצות מיעוט, אף שבשל העלויות הכרוכות בכך הדבר אינו יעיל⁶⁶. מדיניות ההפרדה עלולה גם להביא לכך שאיכות השירות המוצע לכל אחת מן הקבוצות אינה אחידה, באופן הפוגע בבני קבוצות מסוימות⁶⁷. בנוסף, ההפרדה עלולה לגרום גם להשפלה, כלומר לפגיעה נפשית, בבני הקבוצה שממנה נמנעת צריכה משותפת עם בני קבוצת הרוב בחברה. השפעות מסוג זה אינן מובאות בחשבון על-ידי בעלי העסקים (ולכן היא מוגדרת "חיצונית") אם הציבור הנפגע – כל מי שנמנה על הקבוצה שבניה מופלים לרעה – אינו יכול לבטא, במונחים של נכונות לשלם, את הפגיעה בו ו"לרכוש" מבעל העסק את זכותו להפלות. במצבים מסוג זה העובדה שנקיטת מדיניות מפלה מאפשרת לבעל העסק להשיג רווח מרבי אין משמעה בהכרח כי זוהי גם הדרך המובילה לרווחה חברתית מצרפית מרבית. התחשבות באינטרסים של כלל הציבור עשויה להוליך למסקנה כי דווקא הימנעות מהפליה היא הדרך הרצויה.

קושי שני בטיעון האמור נובע מן ההתמקדות שלו בתוצאה הצפויה תוך התעלמות מדרך השגתה. כאמור, במקרים מסוימים עשויות להיווצר "מעצמן" מסגרות נפרדות לבני קבוצות שונות בחברה, אף אם אין ננקטת מדיניות מפלה. תוצאה זו שונה מהותית ממצב שבו נוצרות מסגרות נפרדות בעקבות נקיטת מדיניות מפלה. נקיטת מדיניות מפלה אינה מתבטאת אך ורק בחיסכון של "עלויות החינוך", היינו עלויות ההתכנסות לשווי משקל. נקיטת מדיניות המפלה כרוכה, היא עצמה, בעלויות חברתיות ניכרות. בין היתר, היא מונעת מפרטים המעוניינים בכך להיטמע במסגרת "תרבותית" שונה מזו שאליה הם משוייכים מתוקף המדיניות המפלה, והיא כרוכה, כאמור לעיל, בפגיעה נפשית אפשרית בבני הקבוצה המופלה לרעה.

66 כן, למשל, נטען כי ניתן להצדיק חקיקה האוסרת הפליה כנגד אנשים בעלי מוגבלות, ואף מחייבת ביצוע התאמות במקום העבודה כדי לאפשר את העסקתו של אדם בעל צרכים מיוחדים (סעיף 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות) בהתבסס על ההשפעה החיצונית השלילית שיש למדיניות העסקה המפלה אנשים בעלי מוגבלות. ראו J.H. Verkerke "Is the ADA Efficient?" (UVA Law and Economics Research Paper No. 02-9, 5/2002, available from the SSRN Electronic Paper Collection)

67 דוגמה מובהקת לכך בישראל היא בתחום הדיור: רבים מן האזרחים הערבים המבקשים להתגורר ביישובים "יהודיים" עושים כן בשל הפער הניכר הקיים בטיב השירותים הציבוריים. ראו, למשל, נ' זיו, ר' שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע" תיאוריה וביקורת 16 (2000) 45.

לסיכום, ניתן לומר כך: ניתן לקבל את הטענה כי ייתכנו, לפחות באופן עקרוני, הקשרים שבהם יצירת מסגרות נפרדות לבני קבוצות שונות בחברה היא יעילה. לכך מכון הסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק שלפיו "אין רואים הפליה... כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". אולם, הזיהוי של מקרים אלה אינו יכול להתבסס באופן בלעדי על העמדה של בעלי העסקים הנוגעים בדבר באשר לבחירה במדיניות מפלה. במקרים רבים, אף שבעל העסק ישיג רווח מרבי אם ינקוט מדיניות מפלה (ואף תושג תועלת מרבית לציבור הלקוחות שהשירות יוצע לו), ההפליה אינה מביאה לתוצאה היעילה. בלתי נמנעת הערכה של גורם חיצוני, אם אמנם נקיטת המדיניות המפלה, שתוצאתה יצירת מסגרות נפרדות לבני קבוצות שונות בחברה, היא יעילה. בהקשר זה אפשרי שימוש בחזקות שלפיהן בהקשרים מסוימים הבחנות על בסיס של, למשל, מין או צבע עור, אינן יעילות.⁶⁸ אכן, ההערכה אם איסור על הפליה צפוי להוביל לרווחה חברתית מצרפית גבוהה יותר, או שמא יעיל דווקא להתיר להפלות, אינה פשוטה. בלא בחינה אמפירית מפורטת לא ניתן לקבוע באופן גורף, כפי שהתיימרו לעשות כלכלנים הנמנים עם שוללי הטלת איסור על הפליה, ובהם Epstein ו-Posner, כי איסור הפליה גורם בהכרח נזק רב יותר מהימנעות מכך.⁶⁹ במחקרים אמפיריים אחדים נמצא כי דווקא התרת הפליה כרוכה בעלות חברתית רבה יותר.⁷⁰ כאמור, אין לשלול את האפשרות כי במקרים מסוימים מוטב להתיר הפליה. אולם, לכל היותר נובעת מכאן המסקנה כי יש להכיר בקיומו של חריג לאיסור להפלות, שעניינו הצבעה על כך כי בהקשר המסוים יעיל להתיר הפליה. אין נובעת מכך המסקנה כי יעיל להתיר לבעלי עסקים, באופן גורף, לנקוט מדיניות מפלה.

ח. הפליה המבוססת על מתאם סטטיסטי

מניע אפשרי שלישי לנקיטת מדיניות מפלה הוא הסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית כאומדן למאפיינים רלוונטיים. הסתמכות זו עשויה להיעשות על ידי בעל העסק עצמו

68 ברוח דומה הסביר השופט White את הטעם בהחלת איסור גורף להפלות (המתבטא בהחלת מבחן קפדני ביחס למדיניות מפלה) על בסיס גזע או מוצא לאומי: "[Classifications] of race, alienage or national origin are so seldom relevant to the achievement of any legitimate state interest that laws grounded in such considerations are deemed to reflect prejudice and antipathy";

Cleburne v. Cleburne Living Center Inc. 473 U.S. 432 (1985).

69 ראו Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 77; Posner, "The Efficiency and the Efficacy of Title VII"; (לעיל, הערה 5).

70 ראו, למשל, Donohue "Advocacy Versus Analysis" (לעיל, הערה 7); Iacobucci (לעיל, הערה 1) עמ' 301-300.

(למשל, כאשר מדובר בהחלטה על העסקת עובדים, או כאשר מדובר במאפיינים הרלוונטיים לעלויות הכרוכות בניהול העסק) או על-ידי בני קבוצות אחרות באוכלוסיה (כאשר המאפיינים רלוונטיים לתועלת הנובעת מן הבילוי במקום).

בהתאם, הועלה במסגרת הגישה הכלכלית הטיעון בדבר "הפליה יעילה": אם השתייכות קבוצתית היא אומדן טוב מספיק למאפיינים רלוונטיים, הסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית מאפשרת לחסוך את הצורך להשקיע את העלויות הדרושות לשם זיהוי המאפיינים האמורים ("information costs")⁷¹. איסור על הפליה יחייב את הנוגעים בדבר להשקיע משאבים בהשגת המידע בדרך אחרת, יקרה יותר, ולכן יביא לפגיעה ברווחה המצרפית⁷².

טיעון זה לוקה מהיבטים אחדים: ראשית, גם אם נניח כי אכן קיים מתאם גבוה בין השתייכות קבוצתית לבין מאפיינים רלוונטיים ("שונות רלוונטיות"), נקיטת מדיניות מפלה לשם חיסכון בהשקעת משאבים להשגת המידע אינה בהכרח זו היעילה מבחינה חברתית. כנגד החיסכון בעלויות השגת המידע יש להתחשב בעלויות הכרוכות בנקיטת המדיניות המפלה. כפי שכבר הוזכר לעיל, מדיניות זו תורמת ליצירה ולעיגון של סטיגמה שלילית כנגד כל הנמנים עם קבוצה מסוימת. הסטיגמה השלילית גורמת לעיוותים בהקצאת המקורות בחברה, שכן היא משפיעה על התנהגות הפרטים וגורמת להם להסתמך על ההשתייכות הקבוצתית גם כאשר זו אינה רלוונטית.

כך, למשל, כאשר בנקים קובעים את תוספת הסיכון בהלוואות בהסתמך על השתייכות קבוצתית (לאחר שנמצא מתאם בינה לבין הסיכון כי הלווה לא יעמוד בתנאי חוזה ההלוואה), או כאשר חברות ביטוח קובעות את גובה הפרמיה בהסתמך על גורמים מסוג זה, התוצאה עלולה להיות רחבה מאוד. מדיניות שכזו משדרת מסר לחברה בכללה באשר לסיכון הכרוך בהתקשרות חוזית (למשל, להשכרת דירה) עם מי שנמנה עם קבוצה מסוימת בחברה; היא בוודאי פוגעת באותם פרטים הנמנים עם הקבוצה ואשר לא היו מסווגים כבעלי סיכון גבוה לו התבססה קביעת רמת הסיכון על אמת מידה אחרת,

71 דוגמה מובהקת לכך היא תוחלת החיים השונה של גברים ונשים, המתבטאת בגביית פרמיית ביטוח חיים גבוהה יותר מגברים לטיעון שלפיו מדיניות זו אינה יעילה ראו R.A. Booth "Making Economic Sense Out of Unisex Life Insurance (Or the Difference Between Cost and Value and Why It Matters to Real People)" (working paper, 2002, available from the SSRN Electronic Paper Collection)

72 לטיעון מסוג זה ראו Posner *The Economics of Justice* (לעיל, הערה 5) עמ' 362-363; Epstein (לעיל, הערה 5) עמ' 41-32 ו-52-53. לטענתו של Epstein, איסור על הפליה מקטין את יכולתם של מעבידים להשיג מידע על מועמדים לעבודה, ומכיוון שהמניע העיקרי להפליה – לפחות בתחום התעסוקה – הוא ההסתמכות על השתייכות קבוצתית כאומדן למאפיינים רלוונטיים, איסור על הפליה צפוי דווקא להגביר את המוטיבציה של מעבידים להפלות. ראו גם E.S. Phelps "The Statistical Theory of Racism and Sexism" 62 *Am. Econ. Rev.* (1972) 659.

ניטרלית במהותה, אף אם יקרה יותר לביצוע⁷³. לפיכך גם אם מבחינת בעל העסק הפליה היא דרך הפעולה האופטימלית, לא כך בהכרח מבחינת החברה. הבחירה בדרך זו יוצרת השפעה חיצונית שלילית שבעל העסק אינו מתחשב בה.

שנית, האמונה בקיומו של מתאם בין השתייכות קבוצתית לבין מאפיינים רלוונטיים עלולה להגשים את עצמה גם כאשר היא מוטעית, ולהביא בכך לתוצאה שאינה יעילה⁷⁴. נדגים זאת בשני הקשרים: בתחום התעסוקה ובתחום הבילוי במועדונים.

בדרך כלל למעסיקים המבקשים להחליט במי לבחור מבין מועמדים אחדים אין מידע מלא באשר לכישורים של המועמדים השונים ולהתאמתם לעבודה. המעסיק יכול להשקיע משאבים בניסיון לבחון את כישוריהם של המועמדים, למשל באמצעות עריכת מבחנים שונים, העסקת מועמדים אחדים לתקופת ניסיון וכדומה. תחת זאת המעסיק יכול להסתמך על מאפיינים שונים של המועמדים, הניתנים לזיהוי ללא צורך בהשקעת משאבים, כגון השכלה, ניסיון קודם וכדומה, אך גם השתייכות קבוצתית, דוגמת מין, מוצא לאומי או עדתי וכדומה. לכאורה, הסתמכות על השתייכות קבוצתית אינה רציונלית, שהרי אין סיבה להניח כי קיים מתאם כלשהו בין המאפיינים האמורים לבין התאמתו של העובד לתפקיד (אלא במקרים חריגים). אולם ניתן להראות כיצד הסתמכות שכזו יכולה להפוך רציונלית.

מועמד לעבודה יכול להשקיע משאבים כדי להגדיל את סיכוייו לזכות בעבודה מסוימת. למשל, עובד עשוי לרכוש השכלה בתחום לימודים או במוסד הידועים כתובעניים במיוחד. רכישת ההשכלה, כשלעצמה, עשויה כמוכרן לשפר את איכות העובד, שכן היא מקנה לו ידע וכלי חשיבה וניתוח, העשויים להיות רלוונטיים לעיסוק מסוים. עם זאת ההשקעה ברכישת השכלה עשויה לשמש גם לצורך נוסף: בתנאים מסוימים עשוי להיווצר בשוק שיווי משקל שבו רכישת השכלה היא "איתות" (signaling) לאיכות העובד. עובדים "מוכשרים" רוכשים השכלה גבוהה ומתוגמלים בהתאם, ואילו עובדים אחרים נמנעים מכך וזוכים לשכר נמוך יותר (זוהי תוצאה המכונה בתורת המשחקים "שיווי משקל מבחין" – separating equilibrium). שיווי משקל כזה עשוי להיות מושג אם קיים מתאם בין העלות הכרוכה ברכישת השכלה לבין התאמתו של העובד לתפקיד. נניח כי לעובד מוכשר זול יותר לרכוש השכלה, למשל

73 לביקורות נוספות על הפליה על בסיס זה ראו קרן (לעיל, הערה 14) עמ' 302-303; ת"א (י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם) (שם נדונה זכותו של מפעיל פארק מים לאסור כניסת ערבים למקום בשל חשש ממעשי אלימות כנגדם על ידי מבקרים אחרים באתר). ראו גם M.A. Case "The Very Stereotype the Law Condemns": Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies" 85 *Cornell L. Rev.* (2000) 1447 (שם נטען כי מדיניות המבוססת על הבחנה על בסיס מין עשויה להיחשב לכוזו שאינה מפלה רק אם קיים מתאם מלא (perfect proxy) בין השונות לבין תכלית רלוונטית של המדיניות).

74 הטיעון הקלאסי בהקשר זה הובא על ידי Spence (לעיל, הערה 60).

משום שיהיה עליו להשקיע פחות זמן ומשאבים במהלך הלימודים. במקרה כזה יושג "שיווי משקל מבחין" כאמור אם העלות ברכישת השכלה מבחינתו של עובד "מוכשר" נמוכה מתוספת השכר שיזכה לה בזכות רכישת ההשכלה, בעוד שהעלות הכרוכה ברכישת השכלה מבחינתו של עובד שאינו מוכשר היא גבוהה מתוספת השכר שיזכה לה בזכות כך. בשיווי משקל כזה המעביד מצליח לזהות מיהם העובדים המוכשרים באמצעות נתון קל לזיהוי – אופי ההשכלה שרכש המועמד לעבודה. מובן כי שיווי משקל שכזה יכול להיות מושג אך ורק אם בשוק העבודה אכן משולם לבעלי השכלה גבוהה שכר גבוה יותר. אם אין ניתן תגמול שכזה, רכישת השכלה איננה "איתות" למידת התאמתו של העובד לתפקיד. במקרה כזה למועמדים לעבודה יש תמריץ מועט בלבד להשקיע ברכישת השכלה. התוצאה האפשרית היא שיווי משקל שבו המעסיק אינו מבחין בין סוגי העובדים השונים (בתורת המשחקים מכונה תוצאה זו "שיווי משקל מקבץ" – pooling equilibrium). הכול זוכים לשכר אחיד הנמוך, מטבע הדברים, מן השכר המשולם לעובדים המזוהים כמוכשרים.

הטענה כנגד "הפליה סטטיסטית" היא כאמור כי היא עלולה "להגשים עצמה". בהקשר הנדון "הפליה סטטיסטית" עלולה לגרום לכך שבקרב קבוצה אחת באוכלוסיה ייווצר שיווי משקל שבו רכישת השכלה היא איתות לאיכות העובד, בעוד שבקרב קבוצה אחרת רכישת השכלה איננה איתות. נדגים זאת: נניח כי לאורך תקופת זמן מסוימת נוהגים המעסיקים (באופן שאינו רציונלי!) להסתמך על השתייכות קבוצתית כאמור של המועמדים לעבודה (בשל דעות קדומות, עוינות כלפי קבוצות מסוימות או סיבות "לא עסקיות" אחרות). נוהג זה של המעבידים יוצר הבדלים בתמריץ של בני הקבוצות השונות להשקיע משאבים ב"איתות" כאמור, ובכלל זה ברכישת השכלה. בקרב בני הקבוצה המועדפת קיימת ציפייה כי רכישת השכלה גבוהה תביא לשיפור בשכר. בהתאם, אם אמנם קיים מתאם בין מידת התאמת העובד לתפקיד לבין העלות הכרוכה מבחינתו ברכישת השכלה, עשוי להיווצר בקרב קבוצה זו של עובדים שיווי משקל "מבחין". רכישת השכלה היא "איתות" למעסיקים ביחס לאיכות העובדים. התוצאה היא שעובדים מוכשרים רוכשים השכלה גבוהה ומתוגמלים בהתאם. לעומת זאת המדיניות האמורה של מעסיקים פוגעת בתמריץ של בני הקבוצה המקופחת להשקיע ברכישת השכלה גבוהה. עובדים מוכשרים הנמנים עם קבוצה זו צופים כי גם אם ירכשו השכלה גבוהה, לא יזכו לתגמול הולם בשכר עקב ההשתייכות הקבוצתית שלהם. התמורה הצפויה להשקעתם של המוכשרים בקרב בני הקבוצה המקופחת ב"איתות" (כגון רכישת השכלה גבוהה) היא נמוכה יותר, ולכן קטן הסיכוי שיבחרו לעשות כן. התוצאה הצפויה היא יצירת מתאם בין השתייכות קבוצתית לבין מידת ההתאמה לתפקיד. עובדים הנמנים עם הקבוצה המקופחת ממילא נוטים להשקיע פחות ברכישת השכלה גבוהה, לפיכך ההערכה של מעסיק כי עובדים הנמנים עם קבוצה זו פחות מתאימים לתפקיד הופכת

רציונלית. כך עלולה להגשים עצמה הדעה הקדומה באשר למתאם בין השתייכות קבוצתית לבין כישורים.⁷⁵

כך, למשל, שיעורי אבטלה גבוהים של ערבים בעלי השכלה אקדמית, הנובעים, לפחות בחלקם, מנטייה של מעסיקים להעדיף לתפקידים המחייבים השכלה אקדמית מועמדים יהודים, עלולים להקטין את התמריץ של ערבים לרכוש השכלה אקדמית. בטווח הארוך עלול להיווצר מתאם בין מוצא לאומי לבין כישורים: יהודים ייטו להשקיע משאבים רבים יותר משישקיעו ערבים בפעילות שתכשיר אותם בצורה טובה יותר לתפקידים הבכירים, אף שמתאם כזה לא היה קיים כלל מלכתחילה.

הטענה כנגד "הפליה סטטיסטית" תקפה גם ביחס לנקודת הזמן המאוחרת שבה הפעולה בהתאם לדעה הקדומה הפכה אותה לתקפה. נניח כי במועד נתון ניתן להוכיח כי מבחינה סטטיסטית אכן קיים מתאם בין השתייכות קבוצתית כלשהי לבין כישורים והתאמה לתפקידים מסוימים. חרף זאת, ההסתמכות של מעסיקים על ההשתייכות הקבוצתית אינה בהכרח רצויה מבחינה חברתית. היא מנציחה את המצב שבו בני קבוצות מסוימות באוכלוסיה נמנעים מלמצות את הפוטנציאל שלהם, באמצעות רכישת מיומנויות העשויות לאפשר להם לממש בצורה אופטימלית את כישוריהם המולדים. בטווח הקצר, חיוב מעבידים להתעלם מהשתייכות קבוצתית, אף אם קיים מתאם סטטיסטי בינה לבין מידת ההתאמה של מועמד לתפקיד מסוים (כלומר, גם אם ההשתייכות היא לכאורה "רלוונטית" לתפקיד), יביא להגדלת העלויות שבהן יידרשו לשאת המעסיקים (ולכן גם החברה בכללה) בגין הצורך לאתר את המתאימים מבין המועמדים בדרכים יקרות יותר. אולם בטווח הארוך הטלת איסור להפלות עשויה להביא להגדלת התמריץ של מועמדים לעבודה להשקיע ברכישת השכלה ולהשתלב בפעילות יצרנית. בטווח הארוך עשוי הדבר להביא להגדלת פיריון העבודה של בני הקבוצות המקופחות, ולכן גם להגדלת הפיריון של המשק בכללו.

אגב, הד מסוים לתפיסה זו ניתן למצוא בפסק הדין בעניין מילר, שם נדונה המדיניות של צה"ל להסתמך על המין של המועמדים לשירות בצה"ל כאומדן להתאמתם לשירות בתפקידים מסוימים, ובכלל זה בצוות אוויר. לשיטתן של השופטת דורנר ושטרסברג-כהן, אף שבמציאות החברתית הנתונה אכן ניתן לצפות כי משך השירות הצפוי של

75 לטיעונים ברוח זו ראו MacIntosh (לעיל, הערה 53); Iacobucci (לעיל, הערה 1); S. Schwab "Is Statistical Discrimination Efficient?" 76 *Am. Econ. Rev.* (1986) 228; P. Norman and A. Moro "A General Equilibrium Model of Statistical Discrimination" (working paper, 2001, available from the SSRN Electronic Paper Collection); G.B. Shepherd "No African-American Lawyers Allowed: The Inefficient Racism of the ABA's Accreditation of Law Schools" (working paper, 2001, available from the SSRN Electronic Paper Collection); P. Norman and A. Moro "Affirmative Action in a Competitive Economy" (working paper, 2001, available from the SSRN Electronic Paper Collection)

טייסות יהא קצר מזה של טייסים משום בשל התפיסות הנוהגות לגבי חלוקת התפקידים בחברה, יש לכפות על צה"ל (כמו גם על מעסיקים פרטיים) להתעלם מן ההשתייכות הקבוצתית. הציפייה היא כי בטווח הארוך ייעלם (או לפחות יפחת) המתאם בין מינו של הטייס או הטייסת לבין אורך השירות הצפוי, ומכאן גם התאמתו לתפקיד⁷⁶.

התופעה של הפליה סטטיסטית המגשימה את עצמה הודגמה בשורה של מקרים נוספים. כך, למשל, במחקר שנערך בארצות הברית נמצא כי הסברה של מוכרי מכוניות כי שחורים המתעניינים ברכישת המכונית אינם רציניים (למשל, משום שהם עניים מכדי לרכוש מכונית), גורמת למוכרים אלה להימנע מלנהל משא ומתן ממשי עם רוכשים בכוח שחורים (דבר המתבטא, בין היתר, בדרישת מחיר מופרז מקונים בכוח שהם שחורים). פרקטיקה זו פוגעת בתמריץ של שחורים לנהל משא ומתן רציני לרכישת מכונית מלבנים, וכך מתממשת הדעה הקדומה⁷⁷.

ניתן להדגים זאת גם בתופעה שהניעה למעשה את חקיקת חוק איסור הפליה – החלת סלקציה בכניסה למועדונים. נתייחס למשל לפרשת **שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי**. דובר שם במועדון שמנע את כניסתם של נכים לערבי "פנויים פנויות". בהצדיקה מדיניות זו טענה הנהלת המועדון כי כניסת נכים למועדון "עושה לאנשים רושם לא טוב. אם מביאים פה נכים אז כנראה המקום כבר ירד"⁷⁸. לפי טיעון זה, הימצאותם של נכים במועדון היא איתות על איכותו. מניעת כניסה של נכים לתחומו מאפשרת למועדון "לאותת" על עצמו כ"איכותי". הטלת איסור לנקוט מדיניות מפלה שכזו תחייב את המועדון – ואת לקוחותיו – לפנות לדרכים אחרות, ויקרות יותר, לשם מסירת מידע על איכות המועדון.

אולם, כאמור, טיעון זה בדבר יעילותה כביכול של התרת נקיטה מדיניות מפלה הוא מופרך. הוא נובע מקיומה במועד כלשהו בעבר של אמונה חסרת בסיס בדבר מתאם

76 עניין מילר (**לעיל**, הערה 2). עמדה זו אמנם לא התבססה על השאיפה לקדם את הרווחה החברתית המצרפית דווקא: לגישה של השופט שטרסברג-כהן, מדובר בשונות רלוונטית ויש להתעלם ממנה משום שהיא ניתנת לנטרול במחיר סביר, ואילו לשיטתה של השופטת דורנר, "האינטרס בהבטחת כבודן ומעמדם של נשים, מחד גיסא, ובהמשך קיומה של החברה ובגידול ילדים, מאידך גיסא, דורש – ככל שהדבר ניתן – שלא למנוע מנשים את האפשרות למצות את יכולתן ושאיפותיהן אך בשל הפונקציות הטבעיות המיוחדות להן, ובכך להפלותן לרעה מגברים": **שם**, עמ' 142. עם זאת השיקול הכלכלי תומך בתוצאה זו (השופטת דורנר רמזה על כך בציינה כי סגירת מקצועות הטיס בפני נשים גורמת לכך ש"הפוטנציאל שבמחצית מן האוכלוסיה אינו מנוצל, ובכך נפגעת החברה": **שם**, עמ' 148).

77 ראו I. Ayres "Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations" 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 817; I. Ayres "Further Evidence of Discrimination in New Car Negotiations and Estimations of Its Cause" 94 *Mich. L. Rev.* (1995) 109.

78 עניין שמסיאן (**לעיל**, הערה 12). לדיון בפסק-הדין ראו קרן (**לעיל**, הערה 14) עמ' 302-304.

כאמור בין הימנעות מהפליה לרעה של נכים לבין איכות ירודה של המועדון. אמונה זו עשויה לגרום לפער בתמורה להשקעה בשיפור המועדון בין מועדונים מפלים לבין כאלה שאינם מפלים. הראשונים נהנים מתדמית יוקרתית, ולכן זוכים לביקורים רבים יותר שבהם נחשף הקהל להשקעה במועדון. לעומתם, מועדונים שאינם מפלים אינם זוכים מלכתחילה לביקורים רבים בשל הדעה הקדומה. ממילא, השקעה זהה בשיפור המועדון אינה צפויה להניב פירות דומים. התוצאה היא שלמועדונים שאינם מפלים אין תמריץ מספיק להשקיע בשיפור המועדון, וכך הדעה הקדומה מגשימה עצמה. לאורך זמן המועדונים שאינם מפלים עלולים להפוך מוזנחים, בעוד אלה המפלים משגשגים⁷⁹. כך, נוצר מתאם בין נכונות לאפשר לנכים להיכנס למועדון לבין איכותו, אף שמלכתחילה לא היה קיים כל מתאם שכזה. מובן כי תוצאה זו אינה יעילה: היא גורמת לכך שחלק מן המועדונים אינם פתוחים לכלל הציבור (כדי לאותת על עצמם כיוקרתיים), ולכן אינם מפיקים תועלת מרבית, והחלק האחר, הפתוח לכלל הציבור, אינו מפותח באופן אופטימלי. איסור על נקיטת מדיניות מפלה עשוי למנוע זאת. אם לכל המועדונים אסור להפלות, העובדה שמועדון אינו מפלה לא תוכל לשמש "איתות" לאיכותו. העברת המידע בדבר איכות המועדון תיעשה אז בדרכים אחרות, והרווחה המצרפית צפויה לגדול.

סיכומו של דבר: הפליה המבוססת על קיומו של מתאם סטטיסטי בין מאפיינים רלוונטיים לבין השתייכות קבוצתית אינה רצויה מבחינה כלכלית. היא אמנם מאפשרת לחסוך בהשקעת משאבים לשם זיהוי המאפיינים הרלוונטיים בלא להסתמך על ההשתייכות הקבוצתית, אולם היא עלולה להשפיע על התנהגות הפרטים ולגרום ליצירתו של מתאם כאמור, ומכאן גם לפגיעה בתמריץ של פרטים הנמנים עם הקבוצה המקופחת למצות את הפוטנציאל שלהם. לפיכך, לפחות באותם הקשרים שבהם ניתן להראות כי ההסתמכות על השתייכות קבוצתית עלולה להנציח דעות קדומות כנגד בני קבוצות מסוימות או כי הרלוונטיות של ההשתייכות הקבוצתית נובעת, בעיקרה, מהשתרשותן של דעות קדומות (בבחינת ציפיות המגשימות את עצמן), הסתמכות על מתאם סטטיסטי אינה יעילה, ולכן מנקודת ראות של תאוריה כלכלית מוצדק לאסור אותה.

ט. סיכום

79 במינוח המקובל בתורת המשחקים מדובר בתהליך המכונה adverse selection, שבו שירות או מוצר מסוג מסוים בלבד – במקרה הנדון, מועדונים הנוקטים מדיניות מפלה – שורד בשוק.

התפיסה המקובלת בכלכלה היא כי שוק חופשי צפוי להוביל לתוצאה היעילה בלא כל צורך בהתערבות: אם נקיטת מדיניות מפלה אינה יעילה, התחרות בשוק צפויה לגרום להיעלמותה. אם מדיניות מפלה "שורדת", משמעה שהיא יעילה, ולפיכך לכאורה אין זה ראוי לאסור לנקוט אותה. ניסיתי להראות כי טיעונים אלה אינם הכרחיים. העובדה שנקיטת מדיניות מפלה היא זו הצפויה להניב רווח מרבי (או תועלת מרבית) לבעל העסק אין משמעה בהכרח כי היא צפויה להביא גם לרווחה מצרפית מרבית. למדיניות המפלה השפעות חיצוניות שליליות שאינן מובאות בחשבון על ידי בעל העסק ועל ידי ציבור הלקוחות לו הוא מוכן להעניק שירות. קיומן של השפעות חיצוניות אלה הוא הבסיס להצדקה הכלכלית שבהגבלת חופש הפעולה לנקוט מדיניות מפלה. בוודאי כך אם מדובר בשוק שאין בו תחרות משוכללת.

מובן כי הניתוח הכלכלי שהובא כאן מבוסס על הנחות יסוד מסוימות, שקבלתן אינה מובנת מאליה. עם זאת, הניתוח הכלכלי עשוי לשמש אמצעי נוסף – בוודאי לא בלעדי – לבחינת הסוגיה ולהעשרת הדיון באשר לנקודת האיזון הראויה בין שני האינטרסים העיקריים המתנגשים – שוויון לעומת חירות (במובן השלילי). מסקנת הדיון היא כי נקודת המבט של התאוריה הכלכלית, שעניינה ערך שלישי – קידום (השווי הכספי של) הרווחה החברתית המצרפית – נוטה לכיוון המסקנות הנובעות ממתן משקל עדיף לערך של שוויון.