

1. עמותת "שלך"
2. ניר שגיא
3. עמיר גוטמן

על ידי ב"כ עדי עיסאווי וב"כ אלינור קמינר גולדפיינר
מאוניברסיטת תל-אביב, רמת-אביב, ת"ד 39040
טלפון: 03-6110700, פקס: 03-6110707

התובעים

-נגד-

חברת הביטוח אי.בי.סי

ע"י ב"כ פרי ארד ובכ"כ עידן סגר
מאוניברסיטת תל-אביב, רמת-אביב, ת"ד 39040
טלפון: 03-6110701, פקס: 03-6110710

הנתבעת

הסעד המבוקש: סעד הצהרתי, פיצוי כספי.

מהות התביעה: תביעה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, חוקתית, חוזית.

סכום התביעה: כ-65,000 ₪.

כתב תביעה

פתח דבר

1. מוגש בזאת כתב תביעה מטעם התובעים וכנגד הנתבעת למתן: סעד הצהרתי לפיו מדיניות ההטבות החדשה של חברת הביטוח אי.בי.סי בלתי חוקית, בלתי חוקתית, מנוגדת לערכי היסוד של מדינת ישראל ומהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד, הפוגעת הן בזכויות התובעים כצרכנים והן בזכויותיהם כבנות ובני אדם; ופיצוי כספי בגין הפרת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.
2. כל הטענות בכתב תביעה זה נטענות לחלופין או במצטבר, הכל לפי הקשר הדברים.
3. כל ההדגשות אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

פרק א' – מבוא

4. עניינה של תביעה זו הוא במדיניות המפלה, המוצהרת והמפורסמת, בה נוהגת חברת הביטוח אי.בי.סי (להלן: **החברה** או **הנתבעת**) החל מחודש ינואר 2015, במסגרתה היא פתחה במדיניות הטבות לנשים בלבד בביטוח (להלן: **מדיניות ההטבות**, **מדיניות הנתבעת** או **המדיניות**).
5. מדיניות זו של הנתבעת החלה ביום 1.1.2015 אז הודיעה החברה כי לאור "ההכרה במאפיינים המיוחדים של נשים נוהגות" **והרצון להרחיב את מעגל לקוחותיה**, היא פותחת במדיניות הטבות לנשים בביטוח. על פי המדיניות החדשה, כל אישה תוכל לבחור, אחת לשנה, להצטרף לאחד משני מסלולים:
- א. המסלול הראשון, בו המבוטחת זוכה לתשלום דמי ביטוח מקיף נמוכים מאלה שמשלמים גברים, הנקבעים על ידי הערכה סטטיסטית של עלות הביטוח לנשים בהשוואה לגברים, אשר, לדברי הנתבעת "**כידוע**, נמוכה מעלות הביטוח לגברים, משום שנשים נוטות, בממוצע, להיות מעורבות פחות בתאונות קטלניות"
- ב. המסלול השני, בו ניתנים לנשים שירותי החלפת גלגל בחינם ללא הגבלה, כאשר עלות השירות לגברים הינה 100 שקלים (השתתפות עצמית) בכל פעם שהמבוטח נזקק לשירות. על פי החברה "שירות זה נועד לתת **מענה לקושי הפיזי בהחלפת גלגל ולכך שבדרך כלל, נשים נזקקות לעזרה לשם כך**".
6. בנקל ניתן להבחין כי הנתבעת מבחינה בין גברים ונשים באופן גלוי, ואף מפרסמת הבחנה זו בפומבי באמצעות שיווק "מדיניות ההטבות" לקהל לקוחותיה ולציבור הרחב, באמצעי התקשורת השונים. הנתבעת תנסה להגן על מדיניותה המפלה באמצעות טיעונים שונים, נאורים לכאורה, אשר הוצמדו למדיניות ההטבות לאחר פניית התובעים לנתבעת, כגון שמטרתה של מדיניות מפלה זו היא דווקא קידומן של נשים בחברה ויצירת חברה שוויונית יותר. ואולם אין לקבל טיעונים מסוג זה, עשר משתמשים בערך השוויון ככסות להפליה פסולה הנובעת ממניעים שיווקיים ותו לא. כפי שיוסבר בתביעה זו, מדיניותה של הנתבעת פוגעת בשוויון בין נשים וגברים, משפילה את כל המינים, משעתקת סטריאוטיפים פוגעניים, מעכבת את השוויון המגדרי המיוחל אשר הן המחוקק והן בית המשפט הנכבד עמלו לאורך שנים רבות להשיגו, ובאופן פשוט - מנוגדת לחוק. אין לראותה כ"הפליה מתקנת" ולא כהבחנה המתחייבת מאופיו של השירות הביטוחי, ולראיה במשך שנים רבות פעלה הנתבעת ללא ביצוע הפליה בין נשים וגברים והצליחה לשגשג ולצמוח ואף לבסס את מעמדה כחברת ביטוח מובילה בשוק הישראלי.
7. התובעים יטענו כי מדיניות הנתבעת מפלה באופן בוטה מחמת מין, הפליה שהינה אסורה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה או החוק**), ואשר במקרה דנן אינה נובעת משוני רלוונטי ואינה מתחייבת ממהות השירות או המוצר.
8. לחלופין יטענו התובעים כי מדיניות הנתבעת משפילה ופוגעת בזכויותיהם החוקתיות כגון הזכות לכבוד והזכות לשוויון, ובכך מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד יטענו התובעים כי מאחר והנתבעת מספקת מוצר צריכה בסיסי, ביטוח רכב, ומאפייניה דומים במידה רבה לזה של הריבון, יש להחיל עליה את עקרון השוויון באופן רחב.
9. עוד יטענו התובעים כי מדיניות הנתבעת מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, משום שמדובר בתנאי הפוטר את החברה מהאחריות המוטלת עליה על-פי דין שלא הפלות.
10. לבסוף יטענו התובעים כי גם שיקולי מדיניות רציניים כגון חשיבות השוויון המגדרי וחשיבות השירות הביטוחי תומכים בדרישתם להצהיר על מדיניות הנתבעת כבטלה.

11. בפתח הדברים מבקשים התובעים להזכיר, כי הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטת המשפט הישראלי:

"אין לך ערך שבית-המשפט, ולא רק בית-המשפט, הרבה לפאר ולקלס, כמו השוויון. השוויון – אמר בית המשפט – הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו; 'עקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות' ואחד מ'עקרונות יסודיים... אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות'. על הפגיעה בשוויון אמר בית-המשפט, כי 'היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם... אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה.' יש אומרים, כי השוויון אינו עוד ערך בין ערכי-היסוד של חברה מתוקנת, אלא הוא בעצם התכלית של חברה כזאת, או התכלית של המשפט בחברה, ככל שהמשפט מבקש לעשות צדק." (פרופ' יצחק זמיר ופרופ' משה סובל, השוויון בפני החוק, משפט וממשל ה'תש"ס, עמ' 166).

12. הפליה מחמת מין הוכרה זה מכבר כהפליה אשר יש בה משום השפלה ואשר מפרה את הזכות לכבוד הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, לדוגמא, ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עריית ירושלים, פורסם בנבו, 14.9.2010).

13. לאחר שבמשך שנים בית המשפט הרחיב את תחולתו והיקפו של עיקרון השוויון, בשנת 2010 המחוקק אסר בפירוש על הפליה מחמת מין גם במגזר הפרטי, בחוקקו את חוק איסור הפליה, אשר כולל איסור להפלות מחמת מין, איסור פרסום מפלה ואף קובע חזקות ופיצויים ללא הוכחת נזק המעודדים נפגעים לפעול כאשר זכותם לשירות שוויוני נפגעת, כדרך לשימוש בחוק לקידום מטרות חברתיות.

14. הפליה מחמת מין נכללה בחוק איסור הפליה לא בכדי, שכן היא מנציחה סטריאוטיפים הפוגעים בדימוי האישה והגבר, ופוגעת בשאיפה ארוכת השנים לשוויון מלא בין המינים. מדיניותה של המשיבה המבחינה בגלוי בין המינים בהקשר של יכולת הנהיגה ויכולות פיזיות בסיסיות הנדרשות להחלפת גלגל, הגם שהיא מחוזקת בנתונים סטטיסטיים, מבוססת על סטריאוטיפים אלו בדיוק ומחזקת אותם.

15. אכן, הדרישה להתייחס לכל בני האדם כשווים אין משמעותה כי יש לתת יחס שווה לכולם למרות השוני ביניהם. לעיתים יש צורך במתן יחס שונה לשונים על מנת להגיע לשוויון, ולכן אין להתייחס לקריאה לשוויון כאיסור על כל סוג של הבחנה – הן על בסיס שוני אינדיבידואלי והן על בסיס הכללות. אם כן, עולה השאלה מה מפריד בין הבחנה קבילה, המבוססת על שונות רלוונטית, לבין הפליה בלתי קבילה? המענה על שאלה זו סבוך, וללא ספק "אפליה סטטיסטית" או "רציונלית", כגון זו אשר סביבה נסוב מרבית תביעה זו, ואשר נפוצה בתחום הביטוח, הינה מהמקרים הקשים יותר לסיווג.

16. הביטוח הוא כלי לניהול סיכונים שמטרתו הינה לצמצם את ההשפעה השלילית של אירוע עתידי אפשרי, על ידי שמירה על המשאבים הכלכליים הדרושים להתמודדות עימו. יש דרכים עצמאיות שונות להתמודדות עם הסיכון, והביטוח מציע דרך אלטרנטיבית, בה הסיכון מועבר למבטח בתמורה לתשלום כלשהו. המבטח למעשה בוחר באבדן קטן יותר – תשלום הפרמיה – על פני אבדן פוטנציאלי גדול הרבה יותר.

17. ההבחנה המבוססת על סטטיסטיקה היא רציונלית בהקשר הביטוחי לא רק במובן שהיא מתבססת על חישובים מדעיים מוכחים, אלא גם במובן שהקריטריונים בהם משתמשים להגעה להבחנות הללו הם כאלו המאפשרים למבטח להשיג את מטרתו – מדידה נכונה ותמחור נכון של סיכונים אותם הם לוקחים במחיר הנמוך ביותר ללקוח.

18. ואולם, כפי שיוסבר בתביעה זו, הבחנות מסוימות, ובהן הבחנה על בסיס מין, הגם שהן מבוססות על נתונים סטטיסטיים מדעיים ומדויקים, והגם שהן מביאות לעיתים לתוצאה אשר **כביכול** מטיבה עם קבוצה מוחלטת בחברה (במקרה דן, נשים) – הן פסולות ואסורות על פי חוק, ועל כן יש למגרן.
19. מעבר לתיקון הפגיעה בתובעים הספציפיים, לתביעה זו ישנה מטרה ציבורית – להביא להפסקתה של מדיניותה המפלה של הנתבעת הפוגעת בכלל החברה, ולעודד את הנהגתן של נורמות של שוויון בעסקי הביטוח.

פרק ב' – המסכת העובדתית

1.ב. הצדדים לתביעה

20. **התובעת 1**, עמותת "שלך", היא עמותה ישראלית הפועלת למיגור אפליית נשים, והיא גם המייצגת את התובע 2 והתובע 3.
21. **התובע 2**, מר ניר שגיא, הוא מבוטח של הנתבעת, אשר משלם את המחיר המלא של פוליסת הביטוח המקיף של הנתבעת ואף נאלץ לשלם השנה פעמיים בעבור שירותי החלפת גלגל.
22. **התובע 3**, מר עמיר גוטמן, אף הוא מבוטח של הנתבעת המשלם את המחיר המלא של פוליסת הביטוח המקיף של הנתבעת. התובע 3 סובל ממוגבלות פיזית המגבילה אותו במגוון תחומים בחיים. בין השאר, בעקבות מוגבלותו התובע 3 אינו יכול להחליף גלגל בעצמו.
23. **הנתבעת**, היא חברת ביטוח ישראלית פרטית, מהגדולות בישראל, המציעה בין היתר פוליסות ביטוח מקיף לרכבים.

2.ב. העובדות הצריכות לתביעה

24. ביום 1.1.2015 הודיעה הנתבעת כי לאור "ההכרה במאפיינים המיוחדים של נשים נוהגות" והרצון להרחיב את מעגל לקוחותיה, היא פותחת במדיניות הטבות לנשים בביטוח. על פי המדיניות החדשה, כל אישה תוכל לבחור, אחת לשנה, להצטרף לאחד משני מסלולים.
25. במסלול האחד (להלן: **המסלול הראשון**) תשלם האישה דמי ביטוח מקיף נמוכים מאלה שמשלמים גברים. דמי הביטוח הנמוכים יקבעו על ידי הערכה הסטטיסטית (אקטואריה) של עלות הביטוח לנשים (בהשוואה לגברים), ש"כידוע הנה נמוכה מעלות הביטוח לגברים, משום שנשים נוטות, בממוצע, להיות מעורבות פחות בתאונות קטלניות". יצוין, כי ההערכה הסטטיסטית מתבצעת על-ידי הנתבעת עצמה, חסויה מן הציבור הרחב ומקהל המבוטחים של החברה, והנתבעת אף סירבה לחשוף נתונים אלו בפני הנתבעת על אף פניות התובעים.
26. במסלול השני (להלן: **המסלול השני**), תזכה המבוטחת לשירותי החלפת גלגל בחינם. בדרך כלל, עלות השירות למבוטחים הנה 100 שקלים (השתתפות עצמית) בכל פעם אשר המבוטח נזקק לשירות. אישה שתבחר במסלול זה תקבל שירותים אלה בחינם, ללא הגבלה. החברה הבהירה כי "שירות זה נועד לתת מענה לקושי הפיזי בהחלפת גלגל ולכך שבדרך כלל, נשים נזקקות לעזרה לשם כך". עוד הבהירה החברה כי "בממוצע, עלות השירות "מתקזזת" עם העלות הנמוכה יותר של ביטוח נשים נוהגות (בהשוואה לגברים)". יצוין כי הטענה לפיה נשים חוות קושי פיזי בהחלפת גלגל אינה מגובה בנתונים, והחברה אף לא הציגה נתונים לגבי עדיפות לקוחותיה לשירותי החלפת גלגל כחלופה למתן הנחה בדמי הביטוח.

פרק ג' – הטיעון המשפטי**ג.1) מדיניות ההטבות של החברה מפרה את חוק איסור הפליה**

27. סעיף 1 לחוק איסור הפליה מפרט את מטרת החוק: "חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים".

28. בדברי המבוא להצעת החוק מוסבר כי "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" וכי החוק "נועד להתמודד עם תופעה שלילית זו ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים, משירותים וממקומות המיועדים להיות פתוחים לציבור הרחב". עוד מודגש כי "הרעיון הבסיסי העומד ביסוד חקיקה זו הוא שיש מקום להחלת עקרון השוויון גם על עסקים פרטיים, הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי (...). החוק המוצע מתווה איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין השמירה על חופש ההתקשרות".

29. על פי סעיף 2 לחוק, סעיף ההגדרות, "שירות ציבורי" כולל בחובו "שירותים פיננסיים", ועל פי אותו סעיף "שירותים פיננסיים" כוללים בין השאר "מתן אשראי וביטוח". על כן, שירותי ביטוח הרכב המקיף אשר מציעה הנתבעת נכללים בגדר החוק והוראות החוק חלות עליהם.

30. באשר לשירותי החלפת הגלגל, הרי שהם מהווים חלק אינטגרלי מפוליסת הביטוח אשר הנתבעת משווקת לציבור, ואינם נמכרים בנפרד. אין מקום להפריד בין מכלול השירותים שמספקת חברת הביטוח ולהחיל את החוק רק על אותם שירותים שלו היו נמכרים בנפרד היו בגדר "ביטוח". חוק איסור הפליה חל על הנתבעת מאחר שליבת פעילותה היא "ביטוח", והוא מחייבה שלא להפלות בכל הנושאים שבפעילותה (וראו ת"צ 8214-05-14 מירב נ' אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2016) (להלן: עניין מירב)). על כך יש להוסיף כי בין כה וכה ראו לפרש את הגדרות החוק באופן שלא יאפשר לנתבעת להימנע באופן מלאכותי מתחולתו לגבי חלק משירותיה. כפי שציין כבוד השופט דנציגר ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות:

"עיון בהליכי החקיקה השונים מלמד על רצונו של המחוקק לפרוש באופן נרחב את יריעת החוק על מופעים של הפליה, ובפרט על מופעים של הפליה גנרית על בסיס מין (...). תכליתו של החוק מחייבת לדחות פרשנויות אשר משמעותן היא הותרת מופעים של הפליה על כנם" (פסקה 49 לפסק דינו).

31. סעיף 3(א) לחוק קובע:

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

32. תת-סעיף (ג1), אשר התווסף לחוק בתיקון משנת 2011, קובע: "לעניין סעיף זה, רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין".

33. כאמור, עיסוקה של הנתבעת הוא בהספקת שירות ציבורי, ועל כן סעיף 3 לחוק אוסר עליה להפלות מחמת מין. ואולם, מדיניות הנתבעת, על שני מסלוליה, מבחינה בין גברים ונשים לקביעת תנאי תשלום, ועל כן מהווה הפרה של חוק זה. הן ההנחה בדמי הביטוח המקיף אשר ניתנת לנשים בלבד (המסלול הראשון), והן מתן שירות החלפת הגלגל בחינם לנשים בלבד (המסלול השני), מציבה את מין הלקוחה כתנאי לקבלת ההטבה ועל כן מהווה קביעת תנאים שלא ממין העניין המפירה את תת סעיף ג1.

34. ויודגש, כי בית המשפט העליון הכיר בכך שגם הטבת-יתר גורפת לקבוצה מסוימת יכולה להיחשב כהפליה אסורה:

"**הטבת-יתר גורפת הניתנת לא אך ליחיד אלא לקבוצה של אנשים – להם אך לא לשאר האוכלוסיה – מעוררת אותנו אינסטינקטיבית ומפתחת בנו רגשי התמרמרות והתנגדות. מאינסטינקטים טבועים אלה שבאופי האדם נשאב עקרון השוויון ואיסור ההפליה, והוא עקרון החותם את שיטת המשפט לאורכה ולרחובה"** (בג"צ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפנים**, נה(3) 673, 689).

35. עוד יודגש, כי מדיניותה המפלה של הנתבעת, על שני מסלוליה, אמנם מוצגת כהטבה לנשים, אולם היא פוגעת הן בנשים והן בגברים, כפי שיוסבר להלן (ועל כן חברו לתביעה זו הן תובעים גברים והן עמותה הפועלת למיגור הפלית נשים).

36. המסלול השני, אשר מזכה נשים בלבד בשירותי החלפת גלגל בחינם (כאשר גברים נדרשים לשלם על שירות זה 100 שקלים), **מתבסס על הכללות גסות, לוקה בדעות קדומות ומקבע סטריאוטיפים פוגעניים כלפי נשים, לפיהם נשים הן חלשות ונזקקות, עד כדי כך שאינן יכולות לבצע פעולה פשוטה כגון החלפת גלגל ברכב בעצמן**. דברים אלו ניכרים בבירור מדבריה של הנתבעת כי "שירות זה נועד לתת מענה לקושי הפיזי בהחלפת גלגל ולכך שבדרך כלל, נשים נזקקות לעזרה לשם כך".

37. כבוד השופט זמיר בבג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289 (1997) (להלן: **עניין רקנט**) היטיב לתאר כיצד הבחנה בין המינים המושטת על סטריאוטיפים, הגם כאלו הרווחים בחברה, גורמת לאפליה:

"**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"** (עמ' 355).

38. לצד זאת, מתן ההטבה לנשים בלבד מפלה גם גברים, הנזקקים לשירות החלפת הגלגל לעיתים אף יותר מנשים, ועלול לגרום להם לתחושת השפלה על שאינם עומדים בציפיות, הסטריאוטיפיות גם הן, של החברה מבני מינם, כפי שהן מוצגות ומודגשות על-ידי הנתבעת, לפיהן גברים אינם נזקקים לעזרה בהחלפת גלגל. כך, התובע 2, המבוטח אצל הנתבעת, הזדקק לשירות החלפת הגלגל של הנתבעת פעמיים באותה שנה (בעוד בת זוגתו לא הזדקקה לשירות כלל שכן היא מעדיפה להחליף גלגל בכוחות עצמה). התובע 3 המבוטח גם הוא אצל הנתבעת, מתמודד עם מוגבלות פיזית אשר לא מאפשרת לו להחליף גלגל בעצמו, דהיינו, לעומת קבוצת הנשים הוא דווקא משתייך לקבוצה (בעלי מוגבלויות) אשר אכן זקוקה לשירות החלפת הגלגל יותר משאר האוכלוסייה. הן התובע 2 והן התובע 3 היו יכולים להיעזר בכל אדם, אישה או גבר, לצורך החלפת גלגל בעת הצורך, אולם במצבים בהם אין אדם כזה בנמצא הם יבחרו להשתמש בשירות החלפת הגלגל של הנתבעת (אשר גם הוא יכול להינתן, באופן עקרוני, על-ידי אישה). חיובם בהשתתפות עצמית בגין שירות זה, כאשר לנשים הוא ניתן בחינם, מהווה **קביעת תנאים שלא ממין העניין ועל כן מהווה הפליה אסורה לפי סעיף 3 לחוק**.

39. באשר למסלול הראשון, בו משלמת האישה דמי ביטוח מקיף נמוכים מאלה שמשלמים גברים, גם הוא ממין את לקוחות החברה על פי מינם ויוצר הפליה פסולה, גם אם היא מבוססת על נתונים סטטיסטיים אמינים. האם היינו מוכנים לקבל הנחה בדמי הביטוח ליהודים בלבד משום שמבחינה סטטיסטית הם עושים פחות תאונות מערבים? כפי שיטען בהמשך, הסטטיסטיקה עליה כביכול מבוססת ההטבה אינה מהווה הצדקה מספקת לקיומה, אך כבר כעת יודגש כי גם מסלול זה מעודד סטריאוטיפים פוגעניים כנגד נשים, הגם שבאופן מתון או נסתר יותר, ותורם לשימור אי-השוויון בין המינים. כך, לדוגמא, רבים

תופסים נהגים בלתי זהירים כבעלי ביטחון על הכביש, חזקים ומתוחכמים, הגם שמדי פעם דרך נהיגתם גורמת לתאונות. נשים לעומת זאת מעורבות בפחות תאונות קטלניות, אך רבים יניחו כי נתון זה הוא תוצאה של חוסר ביטחון על הכביש המביא לנהיגה איטית, משדר חולשה וחוסר אונים, פסיביות וחוסר ביטחון – סטריאוטיפים רווחים בנוגע לנהגות נשים. על כן, מדיניות הנתבעת לא רק משמרת סטריאוטיפים אלא אף מקדמת אותם בכך שהיא משדרת לנשים להמשיך לנהוג בדרך זו ואינה משדרת לגברים כי עליהם לשנות את דרכם.

40. בדומה למסלול השני, המסלול הראשון פוגע בגברים גם הוא, שכן הם נדרשים לשלם יותר בעבור הביטוח המקיף, הגם שחלקם לפחות נהגים זהירים יותר מחלק מהנשים וצפויים, גם באופן סטטיסטי, להיות מעורבים בפחות תאונות דרכים. במילים אחרות, התובעים טוענים כי קטגוריית המין אינה יכולה להוות קריטריון קביל בהבחנות הסטטיסטיות אשר עורכת המשיבה, והגם שנמצאו הבדלים סטטיסטיים בין המינים, אין לערוך הבחנות בתשלום הפרמיה בעקבותיהם. על כך יורחב בהמשך.

41. בנוסף, בית המשפט העליון הכיר בכך שהחוק מגן על הפליה מהטעמים המנויים בו, גם אם ההפליה מופנית כנגד קבוצה "חזקה", קבוצת הגברים במקרה דנן. כפי שתיאר זאת כבוד השופט דנציגר ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ; להלן: עניין פרוז'אנסקי):

"לשון החוק, כוונתו של המחוקק בעת חקיקתו, עליה ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, ותכליתו של החוק תומכים כולם בגישה לפיה חוק איסור הפליה אוסר בגדרי התפרשותו על כל הפליה מהטעמים המנויים בו, בין אם היא מופנית כלפי קבוצה הסובלת מהפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה "חזקה", בין אם היא כוללת אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה ובין אם לאו (...) לשונו של סעיף 3 לחוק ברורה וחד משמעית, והיא אינה מבחינה בין קבוצות לגביהן מתקיימת היסטוריה של הפליה לבין קבוצות שלא סבלו מהפליה היסטורית (...) בדברי ההסבר להצעת החוק ניתן למצוא עדות לכך שהמחוקק לא התכוון להגביל את חוק איסור הפליה רק להגנה על אותן קבוצות שסבלו מהפליה היסטורית."

42. זאת ועוד, באותו עניין השופט דנציגר אף הכיר בכך שמדיניות המפלה לכאורה נגד גברים, עלולה להיות מבוססת הלכה למעשה על סטיגמות וסטריאוטיפים שליליים כלפי נשים, ועל כן היא פוגעת בשני המינים, ומיגורה של מדיניות כזו יקדם את השוויון בין המינים:

"פרשנות החוק באופן שאוסר על כל הפליה מחמת הטעמים המנויים בו בלי קשר לשאלה האם המופלה לרעה משתייך לצד ה"חזק" או לצד שהופלה מבחינה היסטורית, צפויה דווקא להביא לשירוש תופעות ההפליה ההיסטורית, אשר מונעת מסטיגמות חברתיות שונות (...) כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית יש לדחות כל ניסיון להבחין בין נשים לגברים על בסיס טעמים שאינם רלבנטיים. כל הבחנה שכזו, לא רק שפוגעת בכבודו של המופלה לרעה ומשמרת סטריאוטיפים קיימים, אלא מחדדת ומשמרת הבדלים לא רלבנטיים או הבדלים הנשענים על אותם סטריאוטיפים. משכך, אף אם במקרה הספציפי, כגון זה שלפנינו, ההפליה אינה מופנית כלפי מי שנמנה על קבוצה הסובלת מהפליה היסטורית, סופה לשמר את אותה הפליה היסטורית ובכך להזיק יותר מכל דווקא לאותה קבוצה." (פסקה 25 לפסק דינו).

43. הנה כי כן, אין מניעה להכיר בכך שמדיניות ההטבות של הנתבעת מפלה הן גברים והן נשים. מניעת מדיניות זו תתרום לשמירה על כבודם הן של נשים והן של גברים, תועיל למיגורה של ההפליה ותתרום לשוויון בין המינים.
44. יצוין, כי הגם שההפליה במסלול הראשון שמציעה הנתבעת עלולה להיחזות כרציונלית יותר מזו שבמסלול השני, הצגתם של שני המסלולים יחדיו ומתן האפשרות לנשים לבחור ביניהם, חושפת את לקוחות הנתבעת והמתעניינים בשירותיה לשני המסלולים גם יחד. על כן, הגם שכפי שיפורט בהמשך, כל אחד מן המסלולים מפר את החוק, לטענת התובעים יש להסתכל על שני המסלולים כקשורים זה לזה, ועל מדיניות ההטבות של הנתבעת כאחת, כמו גם על תוצאותיה המפלות.
45. לא זו אף זו, פרסום מדיניות ההטבות החדשה אסור כשלעצמו. כלשון סעיף 4 לחוק: **"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפרסם מודעה שיש בה משום הפליה אסורה לפי סעיף 3"**. לאחר שהובהר כיצד מדיניות ההטבות של הנתבעת מהווה הפליה הן כלפי נשים והן כלפי גברים, הרי שפרסומה לקהל הרחב מגביר את הפגיעה שבה פי עשרות מונים. כך לדוגמא, אישה אשר תתקל בפרסום מדיניות ההטבות של הנתבעת, תושפל מעצם ההנחה כי היא חלשה מידי מכדי להחליף גלגל בכוחות עצמה, וגבר אשר ייחשף לפרסום ואינו מסוגל להחליף גלגל בעצמו, יפגע מן ההנחה כי רק נשים נזקקות לעזרה בהחלפת גלגל.

נטל ההוכחה

46. העובדות אשר פורטו עד כה מקימות את החזקה הקבועה בסעיף 3(6) לחוק לפיה בהתקיים ש"הנתבע התנה הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה" **חזקה שהנתבע פעל בניגוד להוראות סעיף 3, כל עוד לא הוכיח אחרת**. מכיוון שהנתבעת מתנה את שירותי החלפת הגלגל בתשלום, תנאי אשר לא חלק על לקוחותיה הנשים, חזקה כי פעלה בניגוד להוראות סעיף 3, לכל הפחות בעניין המסלול השני.
47. ואולם למען הסר ספק, בפסקאות הבאות יסבירו התובעים מדוע לא חלה על הנתבעת ההגנה שבסעיף 3(ד)(1) לחוק.

ג.2 אי-תחולת ההגנה שבסעיף 3(ד)(1) לחוק

48. סעיף 3(ד) לחוק קובע:
- אין רואים הפליה לפי סעיף זה—
- (1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי;
49. מדברי ההסבר של הנתבעת אשר פורסמו לצד ההטבה, משתמע כי לדידה העובדה כי לפי הערכה הסטטיסטית של עלות הביטוח לנשים (בהשוואה לגברים), ש"כידוע הנה נמוכה מעלות הביטוח לגברים, משום שנשים נוטות, בממוצע, להיות מעורבות פחות בתאונות קטלניות" (להלן: **הטיעון הסטטיסטי**), מצדיקה את מתן ההנחה בדמי הביטוח לנשים בלבד, וההנחה כי נשים חוות קושי פיזי בהחלפת גלגל ובדרך כלל נזקקות לעזרה לשם כך, מצדיקה את מתן שירות החלפת הגלגל בחינם לנשים בלבד (להלן: **הטיעון בדבר הקושי הפיזי**).
50. כפי שיובהר להלן, ראשית בנוגע למסלול החלפת הגלגל ושנית בנוגע למסלול ההנחה בדמי הביטוח, ייחוד מדיניות ההטבות של הנתבעת לנשים בלבד אינה מתחייבת מ"אופיו או מהותו" של שירותי הביטוח ושל

שירותי החלפת הגלגל, ועל כן הן הטיעון הסטטיסטי והן הטיעון בדבר הקושי הפיזי אינם מהווים "שוני רלוונטי" ואינם מקימים את ההגנה שבסעיף 3(ד)(1) לחוק.

מסלול החלפת הגלגל

51. לשיטת הנתבעת, נשים מתקשות בהחלפת גלגל באופן עצמאי ונזקקות לרוב לעזרה בעניין, בעוד גברים אינם נזקקים לשירות. דהיינו, לשיטתה החלפת הוא עניין המצוי באופן כמעט בלעדי בתחום המומחיות הגברי, ועל כן ראוי לדרוש אותו מגבר אך לא מאישה, ובנוסף, כפועל יוצא מכך, אין מקום להתחשבות בגבר הנזקק לסיוע לצורך החלפת הגלגל שכן הוא מצופה להיות מסוגל לבצע משימה זו בכוחות עצמו.

52. עינינו רואות, כי הנחה זו מבוססת על סטריאוטיפים ודעות קדומות ביחס לנשים – חולשתן הפיזית, יכולות טכניות פחותות משל גברים, העדפותיהן שלא להתעסק במשימות פיזיות, חשש כי הן לא יכולות להסתדר בכוחות עצמן וכיוצא בזה. **בכך בלבד יש בכדי להראות כי ההבחנה שעורכת הנתבעת בין גברים ונשים אינה מתחייבת ממהות השירות. הכרה בסטריאוטיפים אלו כשוני מהותי אשר מביא לכך כי יוכל שההבחנה שמבצעת הנתבעת מתחייבת מ"אופי השירות", תעקר את החוק מתוכנו כליל.** כפי שהיטיב לתאר כבוד השופט חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002):

"בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים באטמוספירה חברתית מסוימת, והשקפות המקובלות בחברה תחדורנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, **המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות".** ... לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטריאוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה." (עמ' 451).

53. ההנחה כי נשים מתקשות בהחלפת גלגל אינה רק סטריאוטיפית, היא גם מופרכת, שכן מדובר במלאכה פשוטה יחסית אשר אינה דורשת כוח פיזי רב. יכולתו (כמו גם רצונו) של הלקוח או הלקוחה הספציפיים להתמודד עימה, אינה תלויה במינו או במגדרו, אלא בכישוריו ובניסיונו הקודם במלאכה.

54. ויודגש, כי בניגוד למסלול הראשון, מסלול החלפת הגלגל אינו מגובה בנתונים סטטיסטיים או אחרים כלל ועיקר. הנתבעת אף לא הוכיחה בשום צורה, למעט הנחה סטריאוטיפית, כי אכן מדובר בהטבה מועדפת על נשים או גברים. אולם למעלה מן הצורך יצוין, כי גם אם יוכח כי מרבית הגברים אינם נרתעים ממלאכת החלפת הגלגל בעוד מרבית הנשים כן נרתעות מאותה המשימה, אין די בכך על מנת לטעון כי ההבחנה שעורכת הנתבעת מתחייבת מאופי שירותה. איתור נטייה כזו או אחרת המבחינה בין גברים לנשים אינה הופכת את ההבחנה במתן ההטבה לנשים בלבד למתחייבת מאופי שירות החלפת הגלגל.

55. יתרה מזאת, עצם מתן ההטבה לנשים בלבד לא רק מבוסס על סטריאוטיפים פסולים, אלא גם מבסס ומחזק אותם. אם הנתבעת תורשה לנהוג בהטבה זו ולפרסמה לקהל לקוחותיה, למתעניינים בשירותיה ולקהל הרחב, התוצאה תהה חיזוק של תפיסה מפלה כלפי נשים, לפיה הן אינן יכולות, צריכות ואמורות לעסוק בפעילות החלפת הגלגל, פעילות שלמעשה אין כל מניעה אמיתית כי הן יעסקו בה. חלוקה זו ל"תחומים נשיים" ו"תחומים גבריים" אינה פוגעת רק בנשים ומונעת מהן לעסוק בתחומים ופעולות

- הנחשבים "גבריים", היא גם פוגעת בגברים דוגמאת העותרים 2 ו-3, אשר נזקקים לעזרה או מעדיפים מטעמים אחרים שלא לבצע פעולה אשר נתפסת כמומחיות גברית.
56. אם כך, טענת הנתבעת כי ההבחנה בין גברים ונשים באשר למתן שירות החלפת הגלגל בחינם מתחייבת מאופי השירות, לא רק שגויה אלא מבהירה את הפסול שבפרקטיקה בה נקטה, ועל כן יש לדחותה מכל וכל.
57. כפי שיובהר בחלק הבא, גם הבהרת הנתבעת כי ההטבה בצורת מתן שירות החלפת הגלגל בחינם השירות "מתקזזת" עם העלות הנמוכה יותר של ביטוח נשים נוהגות (בהשוואה לגברים), והעובדה כי נשים יכולות לבחור בין שני המסלולים, אינה מכשירה את ההטבה, שכן גם ההנחה בפרמיית הביטוח המקיף אינה מבוססת על שוני רלוונטי.

מסלול ההנחה בדמי הביטוח ו"הפליה סטטיסטית" בתחום הביטוח

58. גם את מסלול ההנחה בדמי הביטוח לא ניתן להלבין בטענה כי הדבר מתחייב מאופיו של שירותי הביטוח. אכן, תחום הביטוח מתאפיין בקביעת פרמיות המבוססות על סטטיסטיקה (אקטואריה), שיטה הפועלת על פי חלוקה לקבוצות על פי מאפיינים שונים, והנתבעת טוענת כי ההנחה בדמי הביטוח לנשים מבוססת על מידע סטטיסטי בנוגע לתכונותיהן ובענייני מעורבותן של נשים בתאונות דרכים.
59. ראשית יצוין כי הנתבעת לא חשפה את הנתונים הסטטיסטיים עליהם היא התבססה בקביעת מדיניותה, אלא הסתפקה באמרה כי נתונים אלו "ידועים". אף באמרה זו יש משום סטריאוטיפיזציה, שכן הנתבעת אינה רואה לנכון לבסס את הנתונים אלא מסתפקת בהנחות הרווחות בחברה לגבי צורת הנהיגה השונה כביכול של גברים ונשים. כמו כן, העובדה כי החישובים הסטטיסטיים בוצעו על-ידי חברה פרטית בעלת שיקולים הנוגעים בדבר עלולים להעלות ספק בדבר דיוקם של נתונים אלו, והסתרת הנתונים מציבור הרחב ומהתובעים אינה מאפשרת לבחון את נכונותם.
60. גם אם נניח את נכונותם של הממצאים הסטטיסטיים, ניתוח סטטיסטי, באמצעות שימוש בנתוני עבר כדי לחזות את העתיד, יכול לשמש כמכשיר להנצחת עוולות העבר, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם קידום השוויון. יש להימנע משימוש בממצאים סטטיסטיים, מדויקים ככל שיהיו, בכל פעם שממצאים אלה מבוססים על סיווג חשוד כגון גזע או מין, במיוחד כאשר התוקף המדויק לממצאים ותקינותם הסטטיסטית נובעת מהתייחסות מפלה ושלילית לאורך ההיסטוריה ואינם אלה התחקות אחרי צורות שונות של אפליה בעבר.
61. הבחנות המבוססות על סטטיסטיקה הן לכאורה לא שרירותיות שכן הן מתיימרות לבסס קשר רלוונטי בין הפעולה (במקרה דן, חלוקת ההטבה) לבין תכונות אינדיבידואליות של הפרטים המובחנים. מאחורי מדיניותה של הנתבעת עומד רציונל כלכלי, אשר לטענתה מצדיק את הסתמכותה על השתייכותו של אדם למין הנשי או המין הגברי, על מנת לחסוך את עלות הבדיקה הפרטנית של תכונותיו האינדיבידואליות של כל אדם ואדם ועל פי כך לקבוע את ההסתברות כי יהיה מעורב תאונת דרכים.
62. ואולם הבחנות מסוג זה פוגעות באוטונומית הפרט שכן הן אינן בודקות את התכונות האישיות של כל פרט ופרט, אלא מניחות באופן קולקטיבי תכונות מסוימות של חברי קבוצה מסוימת, רק מכוח השתייכותם לקבוצה (פניה אלון-שנקר "העולם שייך לצעירים": על אפליה מחמת גיל מתקדם בעבודה ובפרישת חובה בגיל נקוב" **ספר דליה דורנר** (כורכים): דורית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם) 115-119 (2009)). מיון הפרטים לקבוצות, הגם שהחלוקה מבוססת על מתאם סטטיסטי חזק, יכולה לפגוע בכבודו של הפרט (מיטל פינטו, "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי", **משפט ועסקים** טז 109 (2013)). בענייננו, מדובר בחלוקה מגדרית, אשר מעוררת באופן מידי חשש לסטריאוטיפיזציה. כמו כן, העניין אשר לשמו נעשית החלוקה, מאפייני נהיגה, לא הוכח כשורר באופן ישיר למין.

63. הנתבעת עלולה לטעון כי החלוקה הסטטיסטית עצמה מתחייבת מאופיו של שירותי הביטוח, בו נקבעות פרמיות על פי הערכה של סיכונים עתידיים באמצעות מתאמים סטטיסטיים (אקטואריה), וכי איסור על כך יביא להכבדה כלכלית הן על חברות הביטוח והן על לקוחותיה, אשר יאולצו לשלם "מימון צולב". ואולם יודגש, כי התובעים אינם מתנגדים לכל סוג של התאמות מבוססות סטטיסטיקה, אלא בפרט להבחנות על בסיס מין (או קטגוריות "חשודות", אחרות על פי החוק), אשר צפויות מבעוד מועד לערב סטריאוטיפים פוגעניים, כפי שהתבצע במקרה דנן. כבוד השופט ג'ובראן דן בטענה זו לעומק בדעת היחיד שלו בעניין פרוזאנסקי:

"מדיניות הנתבעת נגועה בהפליה עמוקה יותר. הפליה זו קמה במקום בו עצם החלוקה לקטגוריות משקפת הנחת מוצא מפלה. הנחת מוצא זו הינה כי ישנה הומוגניות בקרב חברי וחברות כל אחת מהקטגוריות, מקום בו אין סיבה להניח הומוגניות שכזו. פירוק הנחת המוצא כי הקטגוריות הן "טבעיות" מאפשר לחשוף את השאלה המהותית של אופן עיצוב הקטגוריות. כך, חוקרות פמיניסטיות הצביעו על היות המדע "האובייקטיבי" הפועל לזהות הבדלים ביולוגיים בין גברים לנשים מדע מוטא המניח את המבוקש (ראו: Sandra G. Harding, Whose science? (Who's knowledge? thinking from women's lives; Cornell U. press. 1991). (דוק, אין משמעות הדבר כי הקטגוריות הן חסרות משמעות בהקשר האישי או החברתי. אי טבעיותה ההכרחית של קטגוריה כזו או אחרת אינה מובילה למסקנה שקטגוריות אלו אינן בעלות משקל של ממש בחיי הפרטים בחברה. לאורן של קטגוריות חברתיות או תוך התנגדות להן מכוננים הפרטים, ונוצרות תפישות עולם. אמירתה המפורסמת של סימון דה בובואר "אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה. שום גורל ביולוגי, נפשי או כלכלי אינו חורף את דמותה של הנקבה האנושית בחברה; המכלול התרבותי הוא שמעצב את תוצר הביניים הזה, הנמצא בין הגבר והסריס ומוגדר כנשי" (סימון דה בובואר, המין השני, בבל 2007, כרך שני, עמוד 13 (ההדגשות שלי – ס. ג.)). אין משמעותה שכל אחת יכולה לבחור כל עמדה על הרצף המגדרי. משמעותה היא רק שהאופן בו זהות מגדרית נתפסת הינו יצירה מלאכותית. משכך, עלינו להיות ערים לאופן שבו אנחנו מכוננים זהויות ותפישות חברתיות. בהקשר זה, שיח זכויות האדם, והזכות לכבוד האדם ולשיוויון בפרט, הינו משמעותי ביותר לא רק ברובד של בחינת השיוויון בין קבוצות, אלא אף ברובד העמוק יותר, של אופן כינון של קבוצות בחברה. מצב בו קבוצה מסויימת מאופיינת כהומוגנית, באופן שמייחס לכל חברי הקבוצה ערך שלילי (אף אם סטטיסטי בלבד) הוא מצב שאינו מכבד את הפרטים בקבוצה, ועומד בסתירה לזכות הפרטים בקבוצה לשיוויון.

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

"השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי, הגזעי או האתני של הניזוק, נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר

אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. הוא אינו ראוי נורמטיבית. (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא [פורסם בנבו], 27.9.2005).

דברים אלו יפים גם לענייננו (...). 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."

64. ויודגש, כי חישובים סטטיסטיים מצריכים בחירה על פי אלו קבוצות יחושבו הסיכונים, כאשר לנתבעת היו שמורות אופציות רבות לחלוקה לקבוצות אשר אינן בעלות אופי מפלה ואינן מערבות סטריאוטיפים פוגעניים, ואשר להן מתאם סטטיסטי גבוה לצפי לתאונות, לדוגמא: מערכות הבטיחות השונות המותקנות ברכב, (ABS, ESP, FCW, LDW) בעלות הרכב (פרטית/אחרת), אופן השימוש ברכב (אספנות, לימוד נהיגה, השכרה ועוד), נפח מנוע ומספר כוחות סוס (מעידים אל מהירות הנסיעה הפוטנציאלית של הרכב) מספר תאונות קודמות בהם מעורב המבוטח, מספר שנות הרישוי של הנהג, מספר פסילות רישיון ועוד.

65. אכן, חברות הביטוח משתמשות תדיר בהבחנות קבוצתיות לחישובים סטטיסטיים, על מנת לנסות לחזות את רמת הסיכון של הפרט, להתאים לכך את גובה הפרמיה, למנוע מימון צולב ועוד. על כן נחזור ונדגיש, כי התובעים אינם מתנגדים לכל סוג של הבחנות המבוססות על ממצאים סטטיסטיים, אלא בפרט להבחנה על בסיס מין, מדויקות מבחינה סטטיסטית ככל שיהיו, שכן הן קשורות קשר הדוק להפליה היסטורית מתמשכת, לסטריאוטיפים פוגעניים וליצירת אי-שוויון חברתי.

66. עולה השאלה, כיצד יש להחליט האם קריטריון חשוד צריך להיות קביל כבסיס להבחנות סטטיסטיות של חברות ביטוח? התובעים מבקשים להפנות את בית המשפט הנכבד לאפשרות השימוש במבחן כפול, אותו הציגה המלומדת Margarita Lima Rego במאמרה Statistics as a basis for discrimination in the insurance business (Law, Probabilit and Risk 14, 119-134 (2015), להלן: Rego), על מנת להבחין בין "הבחנות חשודות" קבילות ובלתי-קבילות למטרות חישובים סטטיסטיים של חברות ביטוח.

67. המבחן הכפול מורכב משתי שאלות אשר שתיהן צריכות להיענות בחיוב על מנת להכיר בהבחנה כקבילה.

השאלה הראשונה הינה האם קיימות ראיות התומכות במסקנה כי לממצאים הסטטיסטיים הנדונים יש הסבר שאינו קשור לכל סוג של אפליית-עבר? בענייננו, אין להשתמש במין כקריטריון להבחנה בחישובים אקטוארים בביטוח שכן לא ניתן להוכיח כי הבדלים סטטיסטיים הקשורים למין אינם קשורים להפליה על בסיס מין אשר התרחשה בעבר. כאשר חושבים באופן היסטורי על הבדלים בין גברים ונשים בכל הנוגע לנהיגה, המחשבה הראשונה תהה על עשרות השנים בהן גברים הסיעו נשים, נשים אשר לא הורשו לנהוג וכדומה. הבדלים אלו נכונים גם לימינו אנו, גם אם בצורה מתונה יותר לעיתים. לדוגמא, ניתן לטעון כי לאור אפליית-עבר בין נשים וגברים, נשים עובדות פחות מגברים ועל כן נוהגות פחות, וכתוצאה מכך מעורבות פחות תאונות דרכים. על מנת לבסס טענתנו זו כי לא ניתן לענות על השאלה הראשונה בחיוב מספיק להביט, לדוגמא, בנתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה אשר פורסמו בהודעה לתקשורת מספר 123/2015 מיום 12 במאי 2015:

"ל-85% מהגברים היהודים יש רישיון נהיגה, לעומת 65% מהנשים היהודיות. בקרב הערבים הפער גדול יותר, ל-82% מהגברים הערבים רישיון נהיגה לעומת 50% מהנשים הערביות. 69% מהגברים היהודים ו-63% מהגברים הערבים נוהגים ברכב לעתים קרובות. 48% מהנשים היהודיות נוהגות ברכב לעתים קרובות (17% מדי פעם

- או בכלל לא, ול-35% אין רישיון כלל), לעומת 35% מהנשים הערביות (ל-50% מהנשים הערביות אין רישיון נהיגה כלל)."
- ניתן אף לראות כי נשים ערביות, אשר סובלות מאפליית-עבר חמורה יותר מנשים יהודיות, נוהגות אף פחות מנשים יהודיות. ניתן להציע קשרים נוספים בין הפלית נשים לבין מעורבותן הפחותה בתאונות הדרכים, כגון החיברות הבלתי-מעורער שלהן לתכונות "נשיות" כגון עדינות ופסיביות, ועידודן להתרחק מהתנהגויות הנחשבות "גבריות" כגון אסרטיביות וכוחניות, תכונות אשר גורמות לתאונות דרכים.
68. על פי המבחן שמציעה Rego, רק מענה חיובי על השאלה הראשונה מצריך מעבר לשאלה השנייה, ואילו מענה שלילי על השאלה הראשונה הינו מספיק על מנת לפסול את ההבחנה. ואולם, למעלה מן הצורך, נעבור ונבחן גם את השאלה השנייה על מנת להדגיש כי קריטריון המין אינו קביל גם על פיה.
69. **השאלה השנייה היא האם, בהשוואת הקריטריון האקטוארי הנבחר (במקרה דנן, מין) עם כל קריטריון אפשרי אחר, קיימות ראיות התומכות במסקנה כי אין קריטריון ידוע אחר אשר מתאים יותר כמנבא לתוצאה הרלוונטית, או שמתאים מעט פחות אך יחד עם זאת הפגיעה שלו בזכויות אדם פחותה?** שיקולים כלכליים לא יכולים להוות בסיס בלעדי להחלטה לשימוש בקריטריון. קיומם של גורמים רלוונטיים יותר, גם אם הם פחות נוחים לשימוש מנקודת מבט כלכלית, מובילים אותנו למסקנה כי השימוש במין כקריטריון חסר הצדקה קבילה, ועולה לכדי יחס שונה לקבוצות שונות רק על בסיס השתייכותם קבוצה חברתית המופלית באופן היסטורי.
70. להערכת התובעים, גם על השאלה השנייה אינה יכולה הנתבעת לענות בחיוב, ונרחיב. **הנתבעת לא טענה כי מינו של אדם הינו הגורם היחיד או הגורם המכריע בניבוי הסיכון להיות מעורב בתאונות קטלניות.** קריטריון המין משמש בעיקר כקריטריון נוח להפעלה, פעמים רבות על פני קריטריונים אחרים בעלי תוצאות ניבוי טובות יותר. לרוב, הסיבה העיקרית מאחורי הבחירה של מאפיין כמו מין של אדם היא הזמינות שלהם, הפשטות והעלות הנמוכה בשימוש בהם, וכפי שראינו במקרה דנן – השימוש בהם נוח ליצירת "גימיקים שיווקיים". אם לדוגמא מטרתנו הייתה לקבוע את סיכויו של אדם לחלות בסרטן הערמונית או בסרטן השחלות, אזי מינו של אותו אדם היה גורם מפתח לחישובי הסיכון שלנו, שכן מינו של האדם יכול לשלול כליל את הסיכוי לחלות באחת המחלות. לא היה עלינו להסתמך על ממוצעים, שכן כל נקבה חולקת את המאפיין של "אינה בעלת בלוטת ערמונית". על כן, אפילו שמדובר במאפיין קבוצתי הוא גם מאפיין אינדיבידואלי של כל אישה. מנגד, אם ברצוננו לקבוע את הסיכויים שאדם יהיה מעורב בתאונת דרכי, אזי הידע שלו לגבי מינו אינו נותן לנו מידע ממשי לגבי כישורי הנהיגה של אותו אדם, שנותיה כנהגת וכדומה.
71. עוד יצוין, כי **התאמה סטטיסטית, גבוהה ככל שהייתה, אינה מבססת סיבתיות.** ממצאים המראים התאמה בין מין לבין מעורבות בתאונות דרכים קטלניות לא מבססת את המסקנה שמין האדם הוא שמשפיע על אפשרותו להיות מעורב בתאונה קטלנית. יתכן כי קיים נתון אחר, אשר כלל לא נבחן באותה הזדמנות אשר גורם לתוצאה ואינו קשור כלל לקריטריון הנבחן. לדוגמא, מחקרים סטטיסטיים מוכיחים כי אנשים בעלי מידת נעליים קטנה יותר הינם בעלי יכולות קריאה נמוכות יותר משל אנשים בעלי מידת נעליים גדולה יותר. ואולם הגורם ליכולות הקריאה היא כלל אינה מידת הנעליים, אלא העובדה כי כישורי הקריאה של ילדים פחותים מכישורי הקריאה של מבוגרים.
72. זאת ועוד, יש להתייחס לכך כי **מדע הערכת הסיכונים אינו סובב רק סביב מתמטיקה – ישנם אלמנטים סובייקטיביים בכל הערכת סיכונים.** הודות למחקרים בתחום מדעי החברה, ישנה מודעות הולכת וגדלה לכך שבכל שיפוט הסתברותי ישנו מימד סובייקטיבי, במובן שכל הבחנה שכזו דורשת פרשנות, ועל כן אין דרך למנוע התערבות אנושית ואפשרויות הטעייה (ראו, לדוגמא, P. Slovic, *Trust, Emotion*,

Sex, Politics, and Science: Surveying the Risk-Assessment Battlefield, RISK ANALYSIS 19-4, 689-701 (1999).

73. **אותם הסטריאוטיפים העומדים ביסוד ההבחנה שעורכת הנתבעת עלולים להשפיע על הסטטיסטיקה עליה היא הסתמכה.** לדוגמא, גברים אשר יראו כי אינם זכאים להנחה השמורה לנשים בלבד, שכן הן נהגות זהירות יותר, יקצינו את נהיגתם חסרת הזהירות מתוך תחושות תסכול, ובכך הסטטיסטיקה תשתמר. באשר לטענה כי מדיניות ההטבות יכולה להשפיע לטובה על התנהגות הנהגים, קשה לראות איך ציפייה זו יכולה להתקיים, שכן ההטבה ניתנת למי שחברת הביטוח טוענת שכך או כך נוהגת באופן בטוח יותר, נשים, כאשר הקריטריון לקבלת ההטבה אינו קריטריון בר שינוי.
74. באשר לטענת הנתבעת כי מדיניות ההטבות נועדה לתקן עיוות רב שנים בתמחור פרמיות הביטוח לנשים, התובעים עומדים על כך שמדובר בטענה צינית, שהרי אם באמת הייתה הנתבעת רוצה לתקן עיוות כזה, היה ביכולתה לעשות זאת בשינוי פרמיית ביטוח החובה, ללא פרסום פומבי של "מדיניות הטבות" חדשה, וללא אפשרות לבחירה ביו מסלולים שונים.
75. ויצוין, התובעים מוכנים לקבל את העובדה כי גברים ונשים עלולים לשלם מעט יותר על הביטוח כתוצאה מהאיסור להבחין על בסיס מין. מדובר במחיר קטן בהשוואה לשינוי החברתי המיוחל אשר יביא לשוויון בין גברים ונשים. זאת ועוד, שוויון מלא בין גברים ונשים משמעו כי נשים לא ירוויחו פחות בעבודותיהן, ועל כן הטיעון כי ההנחה בביטוח מיטיבה עמן כבר לא תהא רלוונטית.
76. התובעים מודעים לכך כי **חוק ביטוח רכב מנועי (ביטוח בתנאי תחרות מבוקרת והסדרים לתקופת מעבר), התשנ"ז-1997**, אינו אוסר על הבחנה על בסיס מין. סעיף 11א(ב)(1) לחוק קובע איסור קטגורי על הבחנה בין מבוטחים על בסיס דת, מוצא או לאום. ואולם, נדגיש כי התביעה אינה עוסקת בביטוח החובה, אלא בביטוח המקיף ולכן אין תחולה ישירה לחוק זה. לעניין הביטוח המקיף כמו גם לעניין הטבות נוספות כגון שירותי החלפת הגלגל, המחוקק לא קבע איסורים מדויקים, ועל כן ניתן להסיק כי חוק איסור הפליה חל לגבי שירותים אלו, ואין להסיק כי הבחנה על בסיס מין מותרת. זאת ועוד, דווקא בעניין ביטוח החובה הנתבעת לא בחרה להבחין בין גברים ונשים, ועל כן ניתן להניח כי אין בידיה נתונים סטטיסטיים רלוונטיים לעניין או לחלופין שההטבות בהן בחרה אכן נובעות משיקולים שיווקיים ברובם, ולא מתוך שיקולים כלכליים מבוססים סטטיסטיקה ולא מתוך רצון לתקן עוול אשר נגרם לנשים בתשלום פרמיית הביטוח שווה לזו שמשלמים גברים.
77. עניין נוסף אשר יש לתת עליו את הדעת, במיוחד בימינו כאשר המגדר אינו בינארי עוד כבעבר והתפיסה לפיה המין אינו קובע את המגדר בהכרח נעשית מקובלת יותר ויותר, הוא האם הנתבעת עורכת את חישוביה הסטטיסטיים על פי המין הביולוגי או המגדר של לקוחותיה. בעוד "מין" מתייחס לתכונות ביולוגיות ופיזיולוגיות המגדירות גבר או אישה, המונח "מגדר" מתייחס לתפקידים, התנהגויות, פעילויות ותכונות מובנות חברתית אשר חברה נתונה מחשיבה כ"נשיים" או "גבריים". סביר להניח כי הנתבעת מבצעת את הערכותיה הסטטיסטיות על פי סעיף ה"מין" בתעודת הזהות של מבוטחיה. ואולם אם נתייחס, לדוגמא, לטרנסג'נדרית, אשר נולדה כזכר וכיום מגדירה עצמה כאישה ואף הצליחה לשנות את סעיף המין בתעודת הזהות שלה ל"נקבה" – האם היא זכאית להטבה? האם מבחינה סטטיסטית היא מצויה בסיכון כשל גברים להיות מעורכת בתאונה קטלנית? האם היא תתקשה להחליף גלגל לדעת הנתבעת? האם הנתבעת סבורה כי הסטטיסטיקה מושפעת מהמין או מהמגדר? הגם שדוגמא זו זניחה מבחינת הטיה סטטיסטית, היא מדגישה את הבעייתיות שבקביעת הבחנות בביטוח על בסיס מין, לעומת הבחנות סטטיסטיות אחרות אשר ניתן להסתמך עליהן.

דחיית טענת האפליה המתקנת בנוגע לשני המסלולים

78. הנתבעת טוענת כי הגם שההבחנה בין נשים לבין גברים מפלה, מדובר בפרקטיקה המיטיבה עם נשים ועל כן היא בגדר "העדפה מתקנת" – הפליה רצויה מבחינה חברתית שכן היא מתקנת את אי השוויון הקיים ולא מחמירה אותו. התובעים יטענו כי טענה זו היא סיסמא ריקה המשמשת כסות לאפליה האסורה על פי החוק, כפי שיפורט להלן.

79. ראשית, הנתבעת אינה טוענת כי הפערים בין גברים לנשים, אותם היא טוענת "לתקן", הם תוצאה של הבניה חברתית. היא מציגה את הפערים – הן אלו בהקשר למעורבות בתאונות הדרכים והן אלו הפיזיים בהקשר החלפת הגלגל – כעובדה קיימת ללא התייחסות לגורמים שהביאו למצב הקיים.

80. שנית, אין במדיניות ההטבות של הנתבעת בכדי להביא לשיפור מצב הנשים. אכן, יתכן כי שירותי החלפת הגלגל יקלו על נשים מסוימות (ואף רבות) אשר אינן יודעות להחליף גלגל כתוצאה מההבניה החברתית לפיה מדובר במשימה "גברית" שאל להן לעסוק בה, אולם הקלה זו היא זמנית ולטווח הקצר בלבד. אין היא מתמודדת עם אי השוויון עצמו, דהיינו במצב בו נשים מעדיפות שלא להחליף גלגל בעצמן. ההפך הוא הנכון. כאמור לעיל, ההטבה למעשה מחזקת את הסטריאוטיפי בו שביות אותן נשים ומעכבת את אופק השינוי. גם ההנחה בדמי הביטוח מהווה אמנם הטבה כלכלית בעבור נשים, אשר במוצע משתכרות פחות מגברים, אולם מדובר בהנחה שולית אשר אין בה כדי להביא לשיפור מצב הנשים. בין כה וכה, הסכנה שבסטריאוטיפים המתלווים להנחה הופכים את טיעון השיפור במצבן של נשים לבטל ובלתי אמין.

81. שלישית, כפי שמציינת הנתבעת המוטיבציה למדיניותה הינה "הרצון להרחיב את מעגל לקוחותיה" ולא הגנה על נשים. על כן, הטענה כי מדובר ב"העדפה מתקנת" שמטרתה להיטיב עם ציבור הנשים ולקדם שוויון אינה יכולה לעמוד (וראו גם את עניין מירב).

82. בתגובתה לטענות התובעים, ניסתה הנתבעת לטעון גם כי אפשרות הבחירה הניתנת לנשים בין שני מסלולי ההטבות מדגישה כי אין בהצעת השירות אף "אמירה נורמטיבית או תיאורית על יכולתן של נשים להחליף גלגל, כשונה מגברים", שכן כל אישה תבחר בהטבה בעלת "השווי הגבוה ביותר עבורה". טענה זו מתוספת לשאר טענותיה של הנתבעת אשר מנסות כעת, בדיעבד, לשוות למדיניותה המפלה מראית עין של תיקון חברתי-פמיניסטי. ואולם, ההפך הוא הנכון. דווקא מתן אפשרות הבחירה בין שני המסלולים חושף את הסטריאוטיפים המפלים שעמדו בבסיס מדיניותה של הנתבעת. מסלול החלפת הגלגל, הגם ששוויו הכלכלי עבור הנתבעת שווה למסלול הראשון, מוצע לכלל הנשים ומוסבר בבירור כנובע מהקושי הפיזי שנשים, בלבד, חוות כביכול ואשר מונע מהן להחליף גלגל בעצמן. גם אישה אשר תבחר בסופו של דבר במסלול הראשון חשופה לפגיעה ולהשפלה שבהצעת המסלול השני. גם גברים המתקשים להחליף גלגל חשופים להצעת המסלול השני ויפגעו מעצם הצעתו. ויודגש, כי כפי שהוסבר לעיל גם המסלול הראשון נגוע בסטריאוטיפים פסולים ומהווה הפליה אסורה, ועל כן גם אם היה מוצע ללא אפשרות הבחירה היה עליו להיפסל.

83. לסיכום עניין האפליה המתקנת, יודגש כי הטענות בדבר אפליה מתקנת או כל סוג של קידום חברתי של נשים במקרה דנן אינן אלא "כסות להפליה האסורה על פי חוק", במילותיו של כבוד השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי:

"אכן, גם המגזר הפרטי והמגזר השלישי, אשר אף לגביו חל החוק, רשאים במקרים מסוימים לקדם מטרות חברתיות באמצעות העדפה מתקנת. העדפה שכזו אינה הפליה כמשמעותה בחוק. נהפוך הוא, העדפה מתקנת נועדה להגשמת השוויון במובנו המהותי, מתוך הכרה כי בין קבוצות מסוימות מתקיימים פערים תחיליים

שניתנים לגישור אך באמצעות מתן העדפה, בין בהקצאת משאבים ובין בדרך אחרת, לאותה קבוצה הסובלת מפער שנוצר מהפליה מתמשכת [השוו: בג"ץ 5325/01] עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח (5) (2004) 79 וכן ראו דבריו של השופט י" עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו), 14.9.2010, סעיפים 49-50]. עם זאת, במקרה שבו תעלה טענה של העדפה מתקנת יהיה מקום לבחון אם אמנם בהעדפה מתקנת עסקינן או שמא טענה זו אינה אלא כסות להפליה האסורה על פי החוק."

ג.3 פגיעה בזכויות חוקתיות

84. מדיניות הנתבעת המפלה מחמת מין בפוליסת ביטוח הרכב המקיף הינה מדיניות פסולה. מדיניות זו מפרה את החובה החקוקה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופוגעת בזכויותיהם החוקתיות של התובעים: בזכות לכבוד, ובזכות לשוויון. המדיניות שבה בחרה הנתבעת לצורך הרחבת מעגל לקוחותיה יוצרת הבחנה מלאכותית בין נשים לגברים והפליה בהתייחסות השיווקית אליהם, פוגעת בכבודן של נשים ובכבודם של גברים כאחד, מקבעת סטריאוטיפים ומנציחה דעות קדומות פסולות שמן הראוי ומן החובה עלינו כחברה לפעול למיגורן מהעולם.

פגיעה בכבוד האדם:

85. הנתבעת, מתוך מניעים עסקיים, תחרותיים ותועלתניים, בוחרת במדיניות שיווקית הרואה במבוטחים כלי ואמצעי להגדלת רווחים ולהרחבת מעגל הלקוחות ותו לא, תוך התעלמות בוטה מהיותם בני-אדם. הפילוסוף הגרמני עמנואל קנט הדגיש את ייחודו של האדם כיצור תבוני. האדם הוא תכלית לעצמו, ואין להתייחס אליו כאל אמצעי לתכליות אחרות. יפים לכאן דבריו של קאנט בספרו "הנחת יסוד למטפיזיקה של המידות" בעמ' 95: "עשה פעולתך כך שהאנושיות, הן שבך והן שבכל איש אחר תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד". נכון הדבר שפעילותה של הנתבעת היא בתחום העסקי ולמטרות רווח, וכשאנשים עושים עסקה כלכלית, הם משתמשים אחד בשני כאמצעי להגדיל את רווחתם. אך הציווי המוסרי הקנטיאני מבקש מאיתנו לחשוב על האדם, על נוכחותו ועל רצונותיו. מותר לנו להתייחס לאחרים כאל אמצעי, אך לא כאמצעי בלבד. בנוסף, לפי גישתו של כבוד השופט ברק (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)) הזכות לכבוד נפגעת כאשר מתייחסים אל הפרט כאמצעי להגשמת תכלית חיצונית, ולא כאל תכלית בפני עצמו. מדיניות השיווק של הנתבעת פוגעת בכבוד האדם אשר משתמשת בקבוצת הנשים ובצרכיהן כ"גימיק שיווקי" שיקדם את מכירת פוליסות הביטוח המקיף, תוך התעלמות מהאנושיות והייחודיות שיש בכל פרט ופרט השייך לקבוצה זו על ידי הצגתן באופן אחיד ורדוד.

86. לעיל תואר בהרחבה כיצד מתן ההטבות לנשים בלבד, ובעיקר המסלול השני, צבועים בסטריאוטיפים פוגעניים כלפי נשים.

87. מדיניות החברה המאפשרת רק לנשים לבחור באחד משני המסלולים מהוה פגיעה בכבודם ודמותם של גברים שחווים קושי בהחלפת גלגל. ההבחנה המלאכותית שהנתבעת עושה בין היכולות הפיזיות של נשים וגברים וסיכויי הצלחתם במשימת החלפת גלגל, משדרת את המסר שכל גבר צריך וחיוב לדעת להחליף גלגל. מסר זה טומן בחובו השפלה וביזוי לגברים שלא עומדים בהצלחה ב-'משימה הגברית'. הדבר עלול לגרום לפגיעה בדימוי העצמי של גברים אלו ולתחושה של השפלה ופגיעה בכבוד העצמי. כפי שקבעה כבוד השופטת דורנר בפרשת אליס מילר (עמ' 132):

"השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק-היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות".

88. בשנים האחרונות אנו חווים שינוי בתפיסות המגדריות אשר מאתגרות את השיח המגדרי ומשנות אותו, תוך כדי שהן פועלות לקידום שוויון וזכויות לאנשים שעד כה לא זכו לכך. המונח מגדר מציין את ההבדלים התרבותיים והחברתיים בין גברים ונשים. מגדר אינו מבוסס על ביולוגיה, בה ההבדלים בין נשים וגברים מסתכמים במין המולד. המונח מגדר מתייחס בין השאר לציפיות מכל מגדר, כלומר מה מצופה מנשים בחברה ומה מצופה מגברים. זהות מגדרית היא הדרך בה תופס אדם את עצמו כאישה או כגבר. כלומר, את מידת ההתאמה של החוויה הפנימית של אדם לתפיסות המגדריות ולתפקידי המגדר בחברה בה הוא חי. החלוקה המגדרית בחברה מתחלקת בין "תחום נשי" ל-"תחום גברי". "התחום הגברי" דורש מכל גבר לסגל לעצמו מאפיינים כגון כוחניות, דומיננטיות, ביטחון עצמי, תחרותיות, תוקפנות. "התחום הנשי" דורש מכל אישה לסגל לעצמה מאפיינים כגון ותרנות, כניעה, עדינות. מדיניות הנתבעת מהווה תפיסה פטרונית הנובעת מסטריאוטיפים פוגעניים ודעות קדומות פסולות. תפיסה זו מעודדת את החלוקה של העולם ל"תחום גברי" ול"תחום נשי". חלוקה זו מרתיעה אנשים מלערער על הימצאותם בתחום אחד ומסכלת את שאיפתם לפרוץ לתחום השני, מחייבת ומבנה נשים וגברים לרכוש מומחיות בתחום הפעילות שיוחד להם לפי מינם ולהתנהג לפי איך שמצופה מהם בהיותם גבר או אישה.
89. לכן, יש לראות במדיניות החברה כפגיעה באוטונומיה של הגברים ושל הנשים שלא רוצים להיות משויכים לתחום מסוים לפי החלוקה שהנתבעת אימצה. הזכות לאוטונומיה הינה זכותו של כל אדם "לכתוב את סיפור חייו" על-פי השקפותיו ואמונתו, להכריע בין חלופות לפי העדפותיו ולהביא הכרעה זו לידי מימוש (ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות).
90. עצם ביסוס המדיניות על החלוקה ל"תחום נשי" ו-"תחום גברי" מכריחה את המבוטח הפוטנציאלי (גבר או אישה) להיצמד לחלוקה זו ומעצבת את התנהגותו דרכה. יש להכיר בכך שהיכולת לבחור אילו תכונות וסגולות לאמץ או אילו יכולות טכניות ופיזיות לטפח ולסגל הינה מימוש חשוב ביותר של אוטונומיה הפרט.

פגיעה בזכות לשוויון:

91. הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית. במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".
92. במהלך שנות קיומה של המדינה נחקקו חוקים ספציפיים העוסקים בשוויון במגוון תחומים, כגון חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 וחוק איסור הפליה. חלק מהחוקים מחייבים הן גופים ציבוריים והן גופים פרטיים לנהוג בשוויון.
93. עיקר ההכרה בזכות לשוויון עוגנה ברשימה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון. בית המשפט העניק לזכות לשוויון מעמד חוקתי עליון. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). היא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806).
94. בית המשפט הכיר בחומרתה של הפליה על רקע קבוצתי אשר מייחסת מעמד נחות או חלש לחבריה רק בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת, וקבע כי היא משפילה ופוגעת בכבוד האדם. כפי שקבעה כבוד השופט דורנר בפרשת אליס מילר (עמ' 132):

"אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון... עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי-הכנסת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן, אף לא הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם. .. לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע... ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה."

95. מדיניות הנתבעת המפלה מחמת מין בפוליסת ביטוח רכב מקיף משפילה ופוגעת בכבודם של נשים וגברים כאחד. הפליה כזו על רקע קבוצתי אשר מייחסת מעמד נחות לחבריה רק בשל השתייכותם לקבוצה היא משפילה ופוגעת בכבוד האדם. הפליה מסוג זה הינה חמורה ביותר ועל כך עמד בית המשפט העליון במספר הזדמנויות.

96. כבוד השופט מ' חשין בפסקה 39 בבג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 654; מתאר את ההפליה מחמת מין כהפליה הפוגעת אנושות בכבוד האדם:

"שונה ההפליה בה מדברים אנו עתה. הפלייתה של אשה - באשר אשה היא - הינה הפליה גנרית. כך, למשל, בדוגמה שהראנו למעלה, אם יעדיף לוי את ראובן באשר גבר הוא - או יפסול את לאה באשר אשה היא - תהא זו הפליה גנרית ולא הפליה פרטיקולרית. דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גיזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוגעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר."

97. עוד על חומרתה של הפליה על רקע קבוצתי אשר מייחסת מעמד נחות או חלש לחבריה רק בשל השתייכותם לקבוצה מעידים דבריו של כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 17 בג"ץ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 764:

"אכן, כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון. כך, למשל, הננו רואים בחומרה יתרה הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, לשון, עדה, גיל. במסגרת זו מעניקה שיטת המשפט הישראלית חשיבות רבה לצורך להבטיח שוויון בין המינים, ולמנוע הפליה על בסיס מין..."

98. כידוע, אפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד הגורם המפלה. אפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של הגורם המפלה. לכן אין לקבל טענות מסוג שהכוונה של החברה הייתה דווקא להיטיב עם הנשים. **אפליה נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה** (בג"ץ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 764). לעניין זה יפים דבריו של כבוד השופט חשין "עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה" (בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 654).

החלת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על חברות הביטוח:

99. בשנים האחרונות אנו עדים למגמה מתחזקת במשפט הישראלי של החלת עקרונות יסוד מהמשפט הציבורי על המגזר הפרטי. עקרונות יסוד אלה נשאבים אל תוך המשפט הפרטי באמצעות דוקטרינות שונות של המשפט הפרטי עצמו, כגון "תקנת הציבור". אפשרות החלתם של עקרונות יסוד מן המשפט הציבורי במשפט הפרטי, באה לידי ביטוי בדבריו של כבוד השופט א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 294/91:

חברה קדישא גחש"א נ' קסטנבאום פ"ד מ"ז(2) 464 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום):

"מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת המשפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם. כלום יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חוזה בישראל בין שני פרטים, ולפיו האחד הופך להיות עבד של האחר? אכן, השאלה האמיתית אינה אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. התשובה על שאלה זו פשוטה היא וברורה – כן. השאלות האמיתיות הינן כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים."

100. ביסוד הגישה הזו נעוצה ההכרה שבעידן הנוכחי, שבו הרבה מהכוח של המדינה מופרט ומופקד בידיהם של תאגידים פרטיים, לא יהיה ניתן להבטיח את קיומן האמיתיות של זכויות היסוד אם החובה לנהוג על פי עקרונות היסוד תוטל על המדינה בלבד. במציאות כמו של היום, פוטנציאל הפגיעה בכבוד האדם ובשוויון בין בני האדם מצד תאגידים פרטיים חזקים עשוי להיות רב אפילו יותר מפוטנציאל הפגיעה מצד המדינה. ההנחה היא אפוא שמימוש טוב יותר של עקרונות היסוד מחייב היקף השתרעות רחב יותר של החובה לנהוג לפי עקרונות אלה. יפים לכאן דבריו של כבוד הנשיא בדימוס א' ברק בספרו **פרשנות במשפט** (כרך ג, תשנ"ד) בעמוד 659:

"הסכנה לזכויות האדם קיימת לא רק מכיוון השלטון אלא גם מכיוון הפרטים, ובעיקר פרטים בעלי עוצמה, כגון חברות פרטיות מסוימות. אם עירייה קטנה אינה רשאית להפלות... מדוע תוכל חברה גדולה לעשות כן?"

101. בפרשת **קסטנבאום** בית המשפט קבע מבחן מהותי ששם דגש על אופי התפקיד ומהות הפעילות של הגוף נושא הדיון לצורך קביעת מידת התחולה של נורמות המשפט הציבורי עליו. בית-המשפט מסתייע בנתונים שונים לצורך הגדרת מהות פעולתו של הגוף המשמש נושא לדיון. בית-המשפט מציין את המאפיינים הציבוריים בתפקיד שממלא הגוף, חיוניות השירות אותו הוא מעניק, היקף הציבור הנזקק לשירות זה ומידת הבחירה שיש בידי להיזקק לשירותי גופים אחרים, הפיקוח השלטוני המוטל על השירות, אופי היחסים בין הספק המעניק את השירות לבין הלקוח הנזקק לו.

102. חברות הביטוח הינן יציר המשפט הפרטי. פעילותן הינה במישור הפרטי והכללים הנורמטיביים החלים עליהן הינם כלליו של המשפט הפרטי. בע"א (ת"א) 77/96 **קאפי נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, בית-המשפט דן בשאלה בדבר הצורך בהרחבתו של המעגל הנורמטיבי המחייב את חברות הביטוח:

"בפסיקה מסתמנת תנועה מתמדת של נורמות מכיוון המשפט הציבורי אל עבר המשפט הפרטי (...). **אכן יתכן והגיעה השעה להחיל על חברות הביטוח חובות מן**

המשפט הציבורי, שכן אלה נהנות מזכויות יתר במשפטנו (...), והרי בצידה של הזכות מצויה תמיד החובה."

103. חשיבותו של חוזה הביטוח לתפקוד תקין של כלכלת המדינה, חיוניותו של חוזה זה להגנה על האינטרסים של הפרט, כפיפותם של חוזה הביטוח ושל המבטחים לפיקוח שלטוני, כוחם העדיף של המבטחים ופערי המידע הגדולים ביניהם ובין הלקוחות, אחידותו של החוזה וחוסר גמישותו, מידת השליטה הרחבה של המבטחים על מנגנון ההתקשרות וגורמים נוספים רבים, תומכים במסקנה בהחלה רחבה של נורמות מהמשפט הציבורי על חברות הביטוח וחוזה הביטוח.

104. לאור האמור לעיל, אין לאפשר לנתבעת לטעון נגד הכפפתה למגבלות המחייבות גופים ציבוריים לנהוג בשוויון ולא לפגוע בכבוד האדם.

105. כאמור, אחת הדוקטרינות שדרכן נשאבות זכויות יסוד של הפרט אל תוך המשפט הפרטי היא "תקנת הציבור". סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל."

106. הפליה מחמת מין נוגדת את תקנת הציבור; וכלשונו של השופט זמיר בבג"ץ 6051/95, רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא(3), 289, 368:

"הפסיקה לא מיינה את כל ההפלות לסוגיהן מבחינת החומרה והנפקות, ואף לא קבעה מבחן למיון כזה. אך היא נקטה עמדה לגבי הפלות מסוימות. לגבי הפליה מחמת מין קבעה הפסיקה ... כי היא סותרת את תקנת הציבור ויש בה כדי לפסול הוראה בהסכם קיבוצי. אכן, השלילה והחומרה הכרוכות בהפליה כזאת הן מן המפורסמות."

107. החלתם של עקרונות היסוד של המשפט הציבורי גם בתחום של המשפט הפרטי באמצעות "תקנת הציבור" מצמיחה את הצורך בביצוע מלאכת איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים בגדריו של המשפט הפרטי עצמו. מלאכת האיזון לא באה על ידי סיפוקה רק באיזון בין הערכים והאינטרסים של הצדדים לבין עצמם, אלא גם באיזון הראוי בין זכויות הצדדים לבין הערכים והאינטרסים של החברה בכללותה. בעניין ע"א 6601/96 סער נ. AES System Inc. פ"ד נד(3) 850, 861 (2000) נקבע כי:

"כאשר התנגשות זו מתרחשת בגדריו של המשפט הפרטי - ובענייננו, בקביעת היקפה של "תקנת הציבור" - היא נפתרת על פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. איזון זה נקבע על פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים המתחרים בגדריו של המשפט הפרטי. ודוק: ערכים ואינטרסים אלה אינם רק ערכים ואינטרסים של פרט מול פרט. אלה הינם גם ובעיקר ערכים ואינטרסים של החברה באשר לתוקפם של החוזים שבין הפרטים. אכן, "תקנת הציבור" משקפת את אינטרס הציבור המתחשב בגדריו גם באינטרסים של הפרטים השונים. היא מהווה, מעצם מהותה, הגבלה על רצונם החופשי של הצדדים. על רקע זה נמקד את מבטנו לעניין תניות המגבילות את חופש העיסוק."

108. בענייננו, מלאכת האיזון שיש לבצע אינה מתמקדת רק בהתנגשות בין עקרון השוויון והזכות לכבוד של המבוטחים והמבוטחים הפוטנציאליים לבין עקרון חופש החוזים, הזכות לקניין וחופש העיסוק של הנתבעת. על האיזון להתבצע גם אל מול הערכים והאינטרסים של החברה, אשר מתנגשים עם זכויותיה של הנתבעת. ערכים ואינטרסים אלה מצדיקים הגבלה על זכויותיה של הנתבעת. חברה נאורה הדוגלת בשוויון כערך עליון וחברה המנסה למגר דעות קדומות המחבלות במאמצים לכינון חברה שוויונית

וסובלנית, אינה יכולה לסבול ולאפשר מדיניות ביטוח המפלה בין נשים וגברים מחמת מינם ולהצדיקם בטיעונים כלכליים וסטטיסטיים.

109. באיזון בין הזכות לשוויון ובין הזכות לחופש ההתקשרות במגזר הפרטי יש חשיבות לאופי של מערכת היחסים המשפטית ומעמדם של הצדדים לה. בספרו **פרשנות במשפט** (כרך ג, תשנ"ד) בעמוד 691 כתב כבוד הנשיא בדימוס א' ברק:

"האם רשאי בעל מסעדה לשרב מתן שירות על בסיס מין, גזע או דת? האם רשאי פרט, המבקש להשכיר חדר שבדירתו, לשרב להשכירו על בסיס מין, גזע או דת?... האינטואיציה שלי אומרת כי על בעל מסעדה, מוטלת החובה לתת שירות – כלומר: לכרות חוזה – בלא להפלות על בסיס מין גזע או דת. לעומת זאת, אותה אינטואיציה עצמה גורסת, כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, רשאי לבחור את השוכר כראות עיניו."

110. בבסיס נוסחת איזון זו עומדת ההנחה שחופש ההתקשרות נושא עוצמה גבוהה כאשר הוא קשור לפרטיותו של אדם, אך הוא הולך ונחלש ככל שהוא מכוון כלפי הציבור כולו. ובלשונו של ברק:

"בדומה, הזכות לא להיות מופלה, היא החזקה ביותר כאשר ניתן שירות לכלל הציבור וממעיטים מתוכו אדם על בסיס גזע, מין או דת. הזכות לא להיות מופלה הולכת ונחלשת מקום שהשירות, על-פי עצם מהותו, אינו "פתוח" לכל, וניתן על בסיס אישי."

111. עמדנו לעיל על טיב מערכת היחסים המשפטית בין המבטחים והמבוטחים ומעמדם של הצדדים למערכת יחסים זו. **לענייננו, המסקנה המתבקשת היא כי אין לה לאוטונומיה של הנתבעת אלא לסגת מפני עקרון השוויון. חופש החוזים של הנתבעת הוא חלש באופן יחסי, שכן השירות אותו היא מעניקה מכוון כלפי הציבור כולו. מנגד, זכותם של המבוטחים לא להיות מופלים היא חזקה באופן יחסי שכן השירות הנזכר "פתוח" לכל ואין הוא ניתן על בסיס אישי.**

112. חוזה הביטוח הינו חוזה אחיד לפי ס' 2 לחוק **החוזים האחידים**, תשמ"ג-1982 כיוון שזהו חוזה שנקבע מראש בידי הנתבעת כדי לשמש לחוזים רבים בינה לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

113. השיקול של אוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש החוזים הנגזר ממנו חלשים באופן יחסי בחוזה אחיד שבו אין למבוטח השפעה בקביעת תנאי הפוליסה. פרופ' א' פורת הגדיל ותיאר את יסוד ההסכמה בחוזה אחיד לא פחות מאשר כ-'פיקציה' (ראו פרופ' א' פורת; **הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 58**). מול שיקולי האוטונומיה וחופש החוזים עומדים משקלו של ערך השוויון וחומריתה הכבדה של ההפליה מחמת מין – הפליה מהחמורות ביותר, המשפילות ביותר והפוגעות ביותר בכבודם של נשים וגברים, הפליה שמזינה את הענף שעליו צומחות דעות סטריאוטיפיות מאוסות הפורשות את צילן הכבד על החברה הישראלית, ומביאות להפליה חברתית המנציחה דעות קדומות העלולות לגלוש לתחומי חיים אחרים.

114. האיזון שנערך לעיל בין זכויות הנתבעת לבין זכויותיהם של המבוטחים מביא למסקנה **שיש לפסול את מדיניות השיווק של הנתבעת בהיותה נוגדת את תקנת הציבור.**

115. במהלך איתור נוסחת האיזון המתאימה יש לשים לב לטענה שהנתבעת עשויה להעלות בנוגע להיקפה של חובת השוויון המוטלת עליה. טענה זו צריכה להיבחן על רקע יסודותיו של חוזה הביטוח. אין נעלם מהעין שהיסוד המהותי ביותר בכל עסקת ביטוח הוא יסוד ה"סיכון". המבטחים משלמים פרמיה לפי מידת הסיכון שלהם, דהיינו, ההסתברות שמקרה הביטוח נושא הפוליסה יתרחש במציאות. יסוד זה מאופיין בחלק מהמקרים על-פי מבחנים קבוצתיים. המבחן הקבוצתי מבוסס בעיקרו על נתונים סטטיסטיים המלמדים כי קבוצות שונות של מבוטחים נושאות רמת סיכון שונה. הנתבעת בחרה להעריך

את יסוד הסיכון על פי מבחן קבוצתי המבחין בין המבוטחים לפי מינם. הנתבעת מגבה את ההבחנה הקבוצתית בנתונים סטטיסטיים המראים שנשים פחות מעורבות בתאונות דרכים. כפי שהובהר לעיל, הבסיס של ההבחנה קבוצתית זו הינה בסטיגמות וסטריאוטיפים שליליים כלפי נשים, כמו גם שיקולים כלכליים-תועלתניים של הנתבעת לנוכח הנוחות והעלות הזולה בשימוש במאפיין המין להערכת יסוד ה"סיכון". תוצאה ראויה לנוסחת האיזון בין זכויותיהם של התובעים וזכויותיה של הנתבעת היא הטלת הנטל הכלכלי על הנתבעת. אין מדובר בנטל כלכלי כבד כתוצאה מקביעת קריטריונים פחות פוגעניים וראויים יותר מאשר קריטריון המין.

4.ג הפרה של חוק החוזים האחידים

116. חוזה הביטוח הינו חוזה אחיד לפי ס' 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 כיוון שזהו חוזה שנקבע מראש בידי הנתבעת כדי לשמש לחוזים רבים בינה לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.
117. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מאפשר לבית המשפט לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד:
- "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפח).
118. השופט חשין, ברע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (3) 281, 303 קובע שחוזה הביטוח הינו חוזה בין שני צדדים בעלי כוח בלתי שווה:
- "אכן, חברת הביטוח והמבוטח-בכוח אין הם שווי כוחות: זו מן הנפילים והוא מקטני ארץ. וקטני ארץ, חכמים מחוכמים ככל שיהיו, אין בכוחם לעמוד כנגד הנפילים. וזו הדרך לכריתתו של חוזה ביטוח."
119. התנאי המפלה בפוליסת ביטוח רכב של הנתבעת בטל בהיותו תנאי מקפח לפי חוק חוזים אחידים, תשמ"ג-1982. התנאי המפלה הינו מקפח באשר אין הוא הוגן ואין הוא סביר.
120. סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים קובע כי:
- "חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:
- תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהייתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי"
121. התנאי המפלה מחמת מין בין לקוחות החברה בדמי ההשתתפות העצמית ובדמי הביטוח בפוליסת ביטוח רכב של הנתבעת עונה על החזקה בסעיף 4 הנ"ל. מדיניות החברה פוגעת בזכותם של המבוטחים לכבוד כפי שעוגנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומפרה את איסור הפליה הקבוע בחוק איסור הפליה ציבוריים כפי שנטען לעיל.

פרק ד' - משפט משווה

122. מאחר והמחוקק הישראלי לא קבע איסור ספציפי על הפליה מחמת מין בתחום הביטוח המקיף אלא הכיל תחום זה בחוק איסור הפליה כפי שתואר לעיל, ומכיוון שכפי שניתן ללמוד מתביעה זו ומתגובות המשיבה מדובר בנושא שנוי במחלוקת, ניתן ואף רצוי ללמוד ממדינות אחרות לגבי התמודדותן עם סוגית ההפליה על בסיס מין בביטוח. כפי שניתן לראות בפסקאות הבאות, על אף שתחום הביטוח מבוסס

על הבחנות סטטיסטיות, בשנים האחרונות מדינות רבות מדינות כי הבחנות אלו אינן מצדיקות הבחנות על בסיס מין כלל.

123. **האיחוד האירופי**, בהחלטה משנת 2004 אשר נכנסה לתוקף בכל מדינות האיחוד בשנת 2012, מסמן שינוי חד, ובקנה מידה בינלאומי, מן התפיסה המסורתית לפיה מבטחים רשאים להשתמש בכל קריטריון להערכות סיכון, כל עוד הוא מגובה בממצאים אקטואריים-מדעיים.

124. סעיף 5(1) ל- Council Directive 2004/113/EC מורה על יחס שווה בין גברים ונשים באספקת ובגישה לטובין ושירותים. הסעיף קובע איסור כללי על השימוש במין כגורם אקטוארי בחישוב פרמיות והטבות למטרות ביטוח ושירותים פיננסיים נלווים. במשך מספר שנים הסעיף אמנם רוקן מתוכן במידה רבה על ידי סעיף 5(2), אשר הותיר שוני פרופורציונאלי בפרמיות והטבות של אינדיבידואלים כאשר השימוש במין הוא גורם קובע בהערכת סיכון המבוססת על הערכות אקטואריות וסטטיסטיות מדויקות ורלוונטיות, אולם נקבע כי כל המדינות אשר החליטו לעשות שימוש בסעיף 5(2) צריכות לבחון מחדש את החלטתן עד ל-21 בדצמבר 2012.

125. בית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice) לא חיכה לבחינה מחודשת של כל מדינה ומדינה וביום 1 במרץ 2011 הכריז כי החל מדצמבר 2012 מבטחים אינם רשאים עוד לגבות תשלום שונה מגברים ונשים גם כאשר השוני מבוסס על ראיות מדעיות אשר קשורות סטטיסטית למין. כלומר, השימוש במין כגורם בחישוב פרמיות והטבות למטרות ביטוח (מכל הסוגים) ושירותים פיננסיים קשורים אחרים – נאסר בכל האיחוד האירופי (ראו Case C-236/09, Association des Consommateurs Test-Achats ABSL, Yann van Vugt, Charles Basseler v. Conseil des Ministres, (2011) ECR I-00773; Rego

126. והנה, בניגוד לטענותיה של הנתבעת לגבי חשיבותן הכלכלית המכרעת של ההבחנות בין גברים ונשים בתחום הביטוח, עינינו הרואות כי על אף כניסת האיסור לתוקף לפני למעלה מארבע שנים, תחום הביטוח באירופה לא קרס.

127. בארה"ב, בעוד הבחנות על בסיס מין הנעשות על ידי מעסיקים, כולל כאלו הקשורות לפנסיה תעסוקתית, נאסרו ברובן (ראו: *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v Nathalie Norris*, 463 US 1073 (1983); *City of Los Angeles Department of Water and Power v Manhart*, 435 US 702, 98 S CT 1370 (1978)). בתחום הביטוח טרם נקבע איסור פדרלי דומה. ואולם באופן מסורתי למדינות ישנה ראשונות על פני הממשל הפדרלי ברגולציה של שוק הביטוח, ואכן במדינות השונות קיימות הגבלות שונות על הפליה מחמת מין בקביעת תעריפי הביטוח. בתחום ביטוח הרכב, נכון לשנת 2014, 44 מדינות הטילו מגבלות כלשהן על הבחנות מבוססות מין (החל ממגבלות חלשות ועד איסור כולל) ו-9 מתוכן אסרו לגמרי על הבחנות מבוססות מין בביטוח הרכב (ראו: Ronen Avraham, Kyle D. Logue & Daniel Schwarcz, *Understanding Insurance Antidiscrimination Laws*, 87 S. CAL. L. REV. 195-274, p. 244-245 (2014)).

128. סימן אפשרי להצטרפותה של ארה"ב למגמה שהחל האיחוד האירופי ניתן למצוא דווקא בתחום ביטוח הבריאות, שכן סעיף 1557 ל- Patient Protection and Affordable Care Act הידוע בתור Obama care) אוסר החל משנת 2014 על קביעת פרמיות שונות על בסיס מגדרי לאינדיבידואלים ומעסיקים.

129. יודגש כי התובעים בחרו בדרך של תביעה אזרחית ולא בעתירה מנהלית או פעילות ציבורית לשינוי חקיקתי מתוך ההבנה שחוק איסור הפליה חל על תחום הביטוח ועל כן אין צורך בשינוי חקיקתי נוסף. מן הסקירה שהובאה בקצרה בחלק זה ניתן להסיק כי אין לראות בהפליה שעורכת הנתבעת בין גברים

ונשים כמתחייבת מאופי השירות או המוצר, וכי אין לאפשר הפליה על בסיס מין גם אם היא מבוססת על חישובים סטטיסטיים-מדעיים.

פרק ה' - שיקולי מדיניות

130. בנוסף לכל המוזכר לעיל, גם שיקולי מדיניות משפטית כבדי משקל מחייבים את ביטול מדיניות השיווק של הנתבעת.

131. המקרה דן מהווה הזדמנות ראויה לבית המשפט לבטא את החשיבות שבמיקום זכויות האדם ומיגור האפליה על רקע מין בראש סדר העדיפויות הלאומי. יפים לעניין דבריו של כבוד הנשיא ברק על החשיבות שבמיקום זכויות האדם בראש סדר העדיפויות הלאומי על אף המעמסה הכספית והנטל הכלכלי הנובעים מכך לעיתים:

"הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשת חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528).

132. מיגור ההפליה וחשיבות ערך השוויון גם ביחסים בין פרטים, תומכים בעמדת התובעים לפסול את מדיניות השיווק של הנתבעת. אשרור מדיניות השיווק של הנתבעת עלול לקדם תפיסות חברתיות שגויות לפיהן גוף פרטי רשאי לפגוע בזכויות יסוד, להבחין בין פרטים ולהשפיל את הפרט. מתן הלגיטימציה למדיניות הנתבעת עלולה לגרום להרתעת חסר בשוק הפרטי. תאגידים גדולים יראו עצמם כמורשים להפלות במתן שירותיהם, תוך שימוש בטיעונים כלכליים-תועלתניים, ולהצדיק את מדיניותם המפלה בטענות של חוסר תחולה של נורמות מהמשפט הציבורי עליהם כגון החובה לנהוג בשוויון והאיסור על פגיעה בכבוד האדם. בדנג"צ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, קובע הנשיא ברק:

"זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. **לרוב הדרישה לתשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון ... אך מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש ... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון.**"

133. חברת הביטוח היא גוף גדול ומקצועי, המוגן באופן רחב מתחרות (דרוש רישוי, אין ייבוא, המבטוח נעול), ומתנהל מול לקוחות חסרי ידע מקצועי וכוח מיקוח. זאת ועוד, המדינה מחייבת לעתים לרכוש מוצרים של חברות הביטוח (פנסיה, רכב-חובה וכדומה), מעודדת לרכוש מוצרים (באמצעות הטבות מס), ומתייעצת עם חברות הביטוח לפני רגולציה. בנוסף, שוק הביטוח הוא שוק ריכוזי אשר מעט חברות שולטות בו. לאור זאת ולמרות שאיננו רגילים לחשוב על ביטוח כמקום לעשיית צדק חברתי, מן הראוי להחיל על הנתבעת חובות מוגברות של בקרה על ממשל תאגידי.

134. מתן הלגיטימציה למדיניות הנתבעת עלול לגרום למדרון חלקלק. חברות הביטוח יתגוננו מפני טענות של אפליה בטענה שהאבחנות הקבוצתיות שהן עושות מבוססות על אבחנות רציונאליות שמקורן בנתונים סטטיסטיים ריאליים. לכן, לא מן הנמנע שנראה בעתיד פוליסות ביטוח שהפרמיה בהם מחושבת על סמך מקום מגורים או גזע, בטענה שלפי נתונים סטטיסטיים ערבים או תושבי פריפריה חשופים יותר להתממשות הסיכונים בפוליסות הביטוח שלהם.

135. מידת חיוניותו של שירות או מוצר מהווה במשפטנו אמת מידה חשובה בקביעתן של נורמות ההתנהגות המחייבות את הספק של אותו שירות או מוצר. ראה לעניין זה את דבריו של השופט שמגר בע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, 624, לפיהם:

"מובן כי למימדים המיוחדים של הנושא ולחיוניותו השלכה ישירה על היקף הפיקוח החקיקתי הדרוש ואף במידה לא פחותה על מידת הפיקוח השיפוטי המתחייבת ועל הצורך למדוד את התופעה באמות מידה מיוחדות המבטאות כראוי את האינטרס הציבורי הטמון בנושא שלפנינו ושאינן ישימות ביחסי מסחר כפשוטן."

קשה להפריז בעניין זה בהערכת **חיוניותו של ביטוח רכב מקיף**. רק בשנת 2016 עלו על הכביש בישראל לא פחות מ- 286 אלף מכוניות חדשות. העלות הגבוהה של רכישת מכונית בארץ דוחקת כמעט את כל בעלי הרכב לבטח את רכביהם בביטוח מקיף. לכן, מן הראוי להתייחס להגנה על הזכות לרכוש ביטוח מקיף בתנאים הוגנים ביתר שאת.

136. סוג ההפליה וחומריתה מחייבת את בית המשפט הנכבד לאסור את מדיניות השיווק של החברה. בנוסף, הנזק ממדיניות הנתבעת לא פוגע אך ורק בתובעים. המדיניות של הנתבעת פוגעת בשאיפות הציבור הנאור בישראל לחיות ולחנך את ילדיו בחברה נאורה, מתקדמת, נטולת דעות קדומות וסטריאוטיפים חשוכים, החותרת לשוויון מגדרי. מדיניות הנתבעת מציגה את האישה כחסרת יכולת ונחותה המעצב את דעת הקהל ומשריש סטריאוטיפים חשוכים אשר מניעים את מעגל הקסמים של ההפליה החברתית, שלא מן הנמנע תזלוג לתחומים אחרים.

פרק ו' - נזק וסעדים

137. כפי שפורט בכתב תביעה זה, הנתבעת מפירה במדיניותה שורה של הוראות חוק ופוגעת באופן ישיר, מוצהר וחמור בשוויון בין גברים ונשים. **נסיבות ההפליה חמורות במיוחד**: פגיעה בזכות לשוויון, זכות יסוד חוקתית; הפליה מחמת מין שהינה מהחמורות שבהפליות; הפליה ישירה המתבטאת במדיניות מוצהרת ואשר מפורסמת לקהל הרחב ומשעתקת ומשרישה סטריאוטיפים פוגעניים כלפי נשים וגברים; הפליה בשירותי הביטוח, שהינו שירות ציבורי המספק מוצר חיוני אשר חלקים נרחבים באוכלוסייה נזקקים לו; קיומו של פער ביחסי הכוחות בין חברת הביטוח, הנתבעת, לציבור המבוטחים.

138. חלקו הארי של הנזק הנגרם ממדיניותה של הנתבעת הינו בהשפלה ובפגיעה בכבודם של התובעים, כמו גם של הציבור הרחב, נשים וגברים, הנובע ממדיניות המפלה מחמת מין באופן מוצהר ומפורסמת לציבור הרחב. בנוסף, התובע 2 נאלץ לשלם במשך השנה החולפת פעמיים בעבור שירותי החלפת הגלגל, סכום של 200 ₪.

139. יוזכר, כי סעיף 5(ב) חוק איסור הפליה מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי עד סכום של כ-65,000 ₪ ללא הוכחת נזק.

140. לאור כל האמור בתביעה זו מתבקש בית המשפט הנכבד:

- א. להצהיר כי ההפליה מחמת מין במדיניות הנתבעת הינה פסולה וליתן צו המורה לנתבעת להפסיק את ההפליה בשירות הציבורי אשר היא מספרת, לחדול מלפרסמה ולהימנע בעתיד מהפליה פסולה מחמת מין בהספקת שירותיה.
- ב. לפסוק פיצוי כספי בגובה 65,000 ₪ בגין הפרת חוק איסור הפליה, בהתאם לסעיף 5(ב) לחוק.
- ג. לפסוק כל סעד אחר למען התובעים ולמען הציבור כפי שימצא לנכון בית המשפט הנכבד.

סוף דבר

141. די בכל אחד מהטיעונים אשר הובאו בכתב תביעה זה על מנת להוכיח שמדיניותה של הנתבעת אינה חוקית ופוגעת בזכויות היסוד הן של גברים והן של נשים.

142. המשיבה מפרה את חוק איסור הפליה בקביעת "מדיניות הטבות" לנשים בלבד, מפרסמת בחוצות את ההפליה האסורה ואף מתפארת בטיעונים של תיקון חברתי, אפליה מתקנת וקידום נשים. כיש להיזהר מליפול ברשתה של כסות זו, שכן מדיניות הנתבעת, רובה ככולה, מבוססת על סטריאוטיפים פוגעניים ואף משעתקת ומבססת חוסר-שוויון. ההפליה בה נוקטת הנתבעת פוגעת הן בנשים והן בגברים, וחותרת תחת שאיפתה והתקדמותה של החברה בה אנו חיים אל עבר שוויון מגדרי מלא.

143. לאור האמור בכתב תביעה זה, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תביעה זו וליתן פיצוי כספי וסעד הצהרתי לפיו מדיניות ההטבעות החדשה של הנתבעת בלתי חוקית ובלתי חוקתית, וכי הנתבעת אינה רשאית להפלות בין גברים ונשים בקביעת פרמיית הביטוח המקיף וההטבה החלופית. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את הנתבעת בהוצאות המשפט של התובעים, לרבות שכ"ט עו"ד.

16 באפריל 2017

כ' ניסן תשע"ז



אלינור קמינר גולדפינר, ב"כ



עדי עיסאווי, ב"כ