**מדוע פעולה המיטיבה עם אדם לא יכולה להפלות אותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה**[[1]](#footnote-1)

[א. הקדמה 1](#_Toc528655064)

[ב. הפליה כמושג השוואתי 3](#_Toc528655065)

[ג. הפליה כמחייבת הרעה 10](#_Toc528655066)

[ד. נזק נפשי, השפלה והפליה 17](#_Toc528655067)

[ה. האם הטבה שמחזקת סטריאוטיפים היא בהכרח אסורה? 20](#_Toc528655068)

[ו. סיכום 24](#_Toc528655069)

# א. הקדמה

אחת ההתפתחויות המוסריות החשובות ביותר בעת החדשה היא ההכרה בשוויון המוסרי בין כל בני האדם. עימה התפתחה ההכרה בפגם המוסרי הכרוך בהפליה, ונחקקו חוקים שונים האוסרים הפליה ולעיתים אף קובעים פיצוי למי שסבל ממנה.[[2]](#footnote-2) בשל מרכזיותו של מושג ההפליה בחשיבה הפוליטית המוסרית והמשפטית אפשר היה לצפות להסכמה רחבה לגבי משמעותו העיונית והמעשית, אבל אין זה המצב. בעשור האחרון אנחנו עדים למחלוקת רחבה בשאלה מהי הפליה, ובייחוד מה הבסיס לכך שהיא פסולה מוסרית, והמבוכה רבה. כותב מרכזי בתחום, לארי אלכסנדר (Larry Alexander), שמאמרו משנת 1992 מאוזכר תדיר בדיונים בנושא,[[3]](#footnote-3) חזר בו בשנת 2015 מהמסקנות של מאמרו זה לטובת גישה אחרת.[[4]](#footnote-4) שנה לאחר מכן, נסוג לארי אלכסנדר גם מגישה זו, מה שהותיר אותו, לדבריו, ללא תשובה לשאלה מה הופך הפליה פסולה (wrongful discrimination) לאסורה.[[5]](#footnote-5)

כדי להראות זאת, פותח אלכסנדר במקרה מובהק של הפליה: מעסיק E מעדיף את W, המועמד הלבן, ולא את B, המועמד השחור, אף על פי שמועמד B מתאים יותר למשרה הנדונה, וזאת משום שמעסיק E מאמין שאנשים שחורים נחותים מבחינה מוסרית מאנשים לבנים.[[6]](#footnote-6) מה בדיוק הבסיס לכך שהתנהגותו של מעסיק E אסורה? אפשרות אחת היא שהבסיס נעוץ בגישתו הגזענית של מעסיק E כלפי שחורים מכתימה את פעולתו. זו הייתה עמדתו של אלכסנדר במאמרו המוקדם. אלא שעתה הוא סבור שהמצב המנטאלי של המעסיק (הגישה הגזענית שלו) לא יכול להשפיע על המעמד הדאונטי של מעשהו (דהיינו על השאלה אם המעשה מותר או אסור). אופי בלתי מוסרי, כוונות בלתי מוסריות או גישות בלתי מוסריות רלוונטיות להערכת אופיו של הפועל (ה-agent), לא להערכת הפעולות שהוא עושה; אדם בעל אופי מעולה עשוי לעשות דברים אסורים, כפי שאדם בעל אופי גרוע עשוי לנהוג באופן שתואם את הדרישה המוסרית.

אפשרות אחרת, שאליה נטה אלכסנדר במאמרו משנת 2015, היא שהתנהגותו של מעסיק E אסורה בשל התוצאות המזיקות שלה (כלפי מועמד B וכלפי החברה באופן כללי). הבעיה העיקרית בהסבר זה, שהוא אינו מסביר מה בעייתי באופן מיוחד במעשים מפלים. הם אכן אסורים כאשר הם גורמים תוצאות שליליות, אבל עניין זה הוא לגמרי קונטינגנטי. אפשר להעלות על הדעת מעשים מפלים שמובילים דווקא לתוצאות טובות, והסבר זה יוביל לכך שהם אינם אסורים – ואולי אם הם בגדר חובה מוסרית. אלכסנדר בוחן הסברים נוספים שלא אוכל להיכנס אליהם כאן, והוא מגיע למסקנה שאף אחד מהם אינו מספק.[[7]](#footnote-7)

למבוכה שבהבנת טבעה המוסרי (השלילי) של הפליה, יש להוסיף את הקושי ביישום המשפטי שלה. ברור שלא כל פעולה בלתי מוסרית היא כזאת שהמשפט מתערב לגביה, ולכן יש צורך להסביר מדוע דווקא סוגים מסוימים של הפליה (פסולה)[[8]](#footnote-8) הם עניינו של המשפט, ומהם האמצעים שראוי למערכת המשפט לנקוט כדי להילחם בהם.

במאמר זה לא אוכל להציע תיאוריה מקיפה משלי על הפליה, תיאוריה שתתגבר על כל הקשיים הללו. מטרתי לדון באופן ביקורתי בכמה הנחות שהניח לאחרונה בית המשפט המחוזי בלוד לגבי הפליה, ובעיקר בהנחה שלפיה אפשר להפלות אדם גם כאשר פועלים כדי **להיטיב** עימו. במאמר אנסה להראות: (א) שבמקרים כאלה לא ברור שמדובר בפעולה פסולה מבחינה מוסרית; (ב) גם אם ההטבה פסולה מוסרית, המושג הפליה אינו מתאים כדי לתאר אותה; ו-(ג) אין להחיל עליה את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, באמצעות חיוב המיטיב בפיצויים. כמו-כן, אטען שבכל מקרה קבוצת הזכאים לפיצויים, על פי חוק זה, כוללת רק את מושאי ההפליה הישירים ולא מעגלים רחבים יותר של חברי הקבוצה המוחלשת הרלוונטית. המשמעות של מהלכים אלה תהיה קריאה לפרשנות מצמצמת יותר של מושג ההפליה מזו שהניח בית המשפט.

אף שחשוב תמיד להיות מודעים להבדלים בין התחום המוסרי לבין התחום המשפטי (לא רק ברמת המשפט הפוזיטיבי אלא גם ברמת המשפט הראוי), כאשר מדובר במושגים מוסריים בסיסיים כגון שוויון, הפליה, כבוד ואוטונומיה, סביר להניח שיש להם פחות או יותר אותו מובן בשני התחומים. כך ודאי המצב לגבי המושג הנדון כאן. לא כל פעולת הפליה היא כזאת שהמשפט מתערב לגביה, אבל אותן פעולות או גישות שהמשפט מתערב לגביהן תחת הכותרת 'הפליה' יתאמו, כמעט תמיד, את ההבנה המוסרית של מושג זה. לעיתים קרובות, המחוקק או בית המשפט במדינות ליברליות נגד הפליה גם יעטרו את דבריהם בהקשר זה ברטוריקה מוסרית שפונה אל הרגישות הנפוצה של האזרחים. לפיכך, אם הניתוח הפילוסופי-מוסרי מראה ששימוש מסוים במושג הפליה הוא מוזר, או בלתי סביר, יש בכך, בדרך כלל, כדי לספק טעם שלא להנהיג שימוש זה גם בתחום המשפטי.

כמה מילים על פסק הדין המדובר: במסגרת "כתב שירות פרימיום לרכב פרטי ומסחרי קל", כללה חברת איי.די.איי. סעיף שלפיו אפשר להזמין שירות החלפת גלגל במקרה של תֶּקֶר, אבל השירות כרוך בתשלום של 80 ש"ח. אלא שלסעיף זה היה סייג: "במידה ומקבל השירות הנו אישה, לא ישולמו דמי השירות בגין החלפת גלגל".[[9]](#footnote-9) חברת הביטוח הבחינה אפוא בין גברים לבין נשים לעניין התשלום על החלפת גלגל. השאלה שעלתה בבית המשפט הייתה: האם מדובר בהפליה פסולה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, ואם כן, האם ראוי היה לאפשר למבקש רונן מירב להגיש תובענה ייצוגית בעניין זה בשם כל אלה שנפגעו מההפליה הנטענת?

בית המשפט המחוזי קבע כי אכן מדובר במדיניות מפלה, ושמדיניות זו הייתה בסיס נאות לתובענה ייצוגית. בפסק דינו של השופט גרוסקופף שניתן ב-23 באוגוסט 2018, נקבע שהנתבעת תשלם סכום של 1.1 מיליון ₪ לקרן לניהול וחלוקת כספים (שהוקמה מכוח ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006), שתייעד את הכסף "לשימושים המקדמים שוויון מגדרי בישראל והעצמת נשים".[[10]](#footnote-10) השאלה העיקרית שאעסוק בה במאמר זה היא את מי, לפי פסק הדין, הפלתה חברת הביטוח.

# ב. הפליה כמושג השוואתי

אפתח בהנחה שהיא, לכאורה, מובנת מאליה – שהפליה היא במהותה מושג השוואתי, דהיינו טענות על הפליה מסתמכות על השוואה בין מה שמקבל חבר בקבוצה מסוימת לבין מה שמקבלים, בנסיבות הדומות מבחינה רלוונטית, חברים בקבוצות אחרות. הנחה זו אינה מתבססת על תיאוריה ספציפית לגבי טבעה של הפליה או פסלותה המוסרית, אלא היא נתון שכל תיאוריה כזאת צריכה להביא בחשבון.

על כך יש להוסיף, שאומנם אפשר להפלות גם על רקע אינדיבידואלי, כך למשל ראשת עיר שמפלה את פלוני לרעה לעומת אלמוני כי היא נוטרת לו טינה על מריבה מימי התיכון, אבל המקרה הנפוץ יותר של הפליה עוסק בהפליה על רקע חברותו של המופלה בקבוצה חברתית מוחלשת (דתית, אתנית וכך הלאה), וכאשר הטעם להפליה מעוגן בחברות זו.[[11]](#footnote-11) זה סוג ההפליה שאליו אתייחס כאן.[[12]](#footnote-12)

העובדה שפעולה מסוימת אינה מקיימת את תנאי ההשוואתיות וממילא אינה בגדר הפליה, אינה מעידה בהכרח שהיא ראויה מבחינה מוסרית. אפשר להתייחס בצורה נבזית, מדכאת ומרושעת לבני אדם, גם אם התייחסות כזאת אינה גם הפליה כלפיהם. הדבר קורה למשל כאשר היחס השלילי ניתן לכל חברי הקבוצה הרלוונטית (נניח לכל האזרחים, או לכל הסטודנטים), או כאשר הוא ניתן באופן סלקטיבי אבל לא על בסיס השתייכות לקבוצה מוחלשת. למשל, אם היחס השלילי ניתן באופן אקראי ליחידים מסוימים (בקבוצת האזרחים או הסטודנטים וכך הלאה), אזי לקורבנות של יחס זה יש זכות להתלונן עליו כי הוא פוגעני או מזיק, אבל לא כי הוא מפלה אותם. באופן דומה, אם כדי לחזק את המשמעת בפלוגה המפקד "מתלבש" כל שבוע על חייל אחר ומטרטר אותו, לחייל המטורטר יש בסיס מצוין להתלונן על העוול שנעשה לו, אבל אין לו בסיס להתלונן גם על הפליה, ובלבד שהבחירה בו כקורבן הייתה אקראית.

לאחרונה ניסתה דֶבְּרה הלמן (Deborah Hellman) להראות שאף שהפליה היא בדרך כלל מושג השוואתי, יש לו גם מובן לא-השוואתי. כמו שיש שני מושגים של חירות (כשם מאמרו המפורסם של ברלין) קיימים גם שני מושגים של הפליה; השוואתי ולא-השוואתי.[[13]](#footnote-13) למשל, אף שבדרך כלל יחס שונה מטעמי גזע יש בו משום הפליה במובן ההשוואתי – פלוני מקבל פחות מאלמוני בגלל ההבדל הגזעי ביניהם – אפשר לדבר על הפליה על בסיס גזע גם לא בהקשר השוואתי. ללא תלות ביחס שאחרים מקבלים, אפשר לטעון שיש לבני אדם זכות שגִזעם לא יובא בחשבון כגורם בקביעת היחס שהם מקבלים. מכאן שכדי לקבוע אם הייתה הפליה כלפי פלוני לא תמיד חייבים לבדוק מה אחרים (הדומים מבחינה רלוונטית) קיבלו.

קֵן סימונס (Kenneth Simmons) מתנגד לעמדתה של הלמן, ובדומה למה שהצעתי לעיל, טוען ש"בהגדרה, הפליה פסולה מתייחסת להבחנות בלתי מוצדקות בין בני אדם".[[14]](#footnote-14) לגבי הזכות שיש כביכול לבני אדם שיתעלמו מהגזע שלהם, לדעת סימונס מדובר בזכות השוואתית. נחשוב למשל על מועמד לבן שלא מצליח להתקבל לאוניברסיטה בגלל עדיפות שניתנת למועמדים שחורים ומתלונן על הפליה נגדו. איך יש להבין טענה זו? לפי סימונס, התלונה שלו אינה על עצם העובדה שגזע נלקח בחשבון, אלא שהוא נלקח בחשבון לרעת המועמד.[[15]](#footnote-15)

בתגובה לביקורת זו, טענה הלמן שאומנם בדוגמה לעיל טענתו העיקרית של המועמד היא השוואתית, דהיינו שהוא לא התקבל שעה שאחרים התקבלו, אבל אפשר לדבר כאן גם על זכות לא-השוואתית שהופרה – הזכות שגזע לא יהיה גורם בהחלטה אם לקבל מועמדים לאוניברסיטה. לדעתה, הפליה במונחים לא-השוואתיים מתרחשת כאשר הבסיס הנורמטיבי לטענת ההפליה הוא לא-השוואתי: A מקבלת יחס X, ואילו B מקבל יחס Y שהוא טוב מיחס X. לפי התפיסה הלא-השוואתית של הפליה, מה שעושה את היחס ל-A פסול אינו העובדה ש-B קיבל יחס Y, אלא העובדה ש-A **לא קיבלה את מה שהיא זכאית לו**.[[16]](#footnote-16) על פי לוגיקה זו, אף שתשומת לב לְמה שאחרים קיבלו מסייעת לראות שפלונית לא קיבלה את מה שהיא זכאית לו, היא איננה משחקת תפקיד בביסוס הַפַּסלות המוסרית של היחס שהיא קיבלה.

1. בעקבות פסק הדין בתביעה נגד חברת הביטוח איי. די. איי.. התביעה נדונה לראשונה ב-30 באוגוסט 2016 במסגרת השאלה אם לאשר למירב להגיש תובענה ייצוגית נגד איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, ראו ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 **מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2016)(להלן: עניין **מירב – אישור תובענה**)*,* וכשנתיים לאחר מכן בפסק דין שניתן ב-23 לאוגוסט 2018 ראו ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 **מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 23.8.2018) (להלן: עניין **מירב – פסק דין**). כפי שהדגיש השופט גרוסקופף בפסק הדין (שם, בפס' 35), אין בפסק הדין חידוש משמעותי בהשוואה להחלטה על אישור התובענה הייצוגית. [↑](#footnote-ref-1)
2. ראו לדוגמה בהקשר הישראלי: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו–1996; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998 (להלן: חוק שוויון לאנשים עם מוגבלויות); חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה). [↑](#footnote-ref-2)
3. ראו Larry Alexander, *What Makes Wrongful* *Discrimination* *Wrong?* *Biases, Preferences, Stereotypes and* *Proxies*, 141 U. Pa. L. Rev. 149 (1992). [↑](#footnote-ref-3)
4. Larry Alexander, *Book Review*, 125 Ethics 872, 877 (2015) (להלן: Alexander, “*Book Review”*). [↑](#footnote-ref-4)
5. ראוLarry Alexander, *Is Wrongful Discrimination Really Wrong?* (Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 17-257, 2016) *available at* <http://bit.ly/2UnGjn4>. [↑](#footnote-ref-5)
6. ההמשגה הזאת של אלכסנדר שלפיה הפליה כרוכה בתפיסת המופלים כ"נחותים מוסרית" רווחת למדי בספרות. חיפוש בגוגל סקולר של הביטוי ‘discrimination’ עם הביטוי ‘morally inferior’ מניב יותר מ-4,000 תוצאות. השאלה מהי בדיוק הכוונה בביטוי 'נחות מוסרית' בהקשר זה דורשת דיון נרחב שלא זה מקומו. [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו שורות הסיכום של הרצאה זו. אינני נוקט כאן עמדה בשאלה אם אלכסנדר צודק בניתוח שלו. לדעתי, המצב המנטלי של הפועל בהחלט עשוי להשפיע על השאלה אם המעשה מותר או אסור. לדיון, ראו Steven Sverdlik, Motive and Rightness (2011). [↑](#footnote-ref-7)
8. בהמשך בכל מקום שבו אדבר על הפליה, כוונתי תהיה להפליה שהיא, לכאורה, (pro tanto) פסולה. אפליה פסולה עשויה להיות מוצדקת בהתחשב בכול אם, למשל, היא צפויה למנוע קטסטרופה; אם תוצאותיה הטובות עולות בהרבה על פסלותה המוסרית. [↑](#footnote-ref-8)
9. ראו בס' 1.4.2 לכתב השירות, המצוטט בעניין **מירב– אישור תובענה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 4. [↑](#footnote-ref-9)
10. ראו עניין **מירב – פסק דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 62. [↑](#footnote-ref-10)
11. טענה זו היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, רוצה לומר, המערכה הציבורית והמשפטית נגד הפליה במאה-מאתיים שנים האחרונות נועדה להגן על קבוצות מיעוט שהיו קורבן לצורות שונות של הפליה, הדרה, ודיכוי, כמו יהודים, שחורים, הומוסקסואלים, וכמובן נשים. אומנם חוק איסור הפליה במוצרים לא קובע במפורש שחברי הקבוצות החזקות (לא-יהודים, לבנים, סטרייטים וגברים) אינם יכולים לתבוע כאשר הם סובלים הפליה, אבל מהצעת החוק ברור שהוא נועד בעיקר להגן על החברים בקבוצות מוחלשות. בדברי ההסבר להצעת חוק נאמר כי בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו מוצר או שירות רק בשל השתייכותו לקבוצה, "ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר" יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם, וההצעה מוסיפה ומציינת כי בעת האחרונה נמנעה מאנשים למקומות בילוי "מאנשים בעלי חזות מזרחית". ראו הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. [↑](#footnote-ref-11)
12. לעיתים קבוצת מיעוט שהיא מוחלשת ברמה הארצית חזקה ברמה המקומית, דהיינו באותם אזורים שבהם היא הרוב. דוגמה לכך בהקשר הישראלי היא מיעוט חילוני ביישוב דתי. בנסיבות כאלה ייתכן שחברי הקבוצה שהיא הרוב ברמה הארצית יופלו לרעה בידי חברי הקבוצה שהיא מיעוט ברמה הארצית. מקרה מעין זה נדון לאחרונה בבית המשפט העליון כאשר התושבים החילוניים של קריית ארבע עתרו לבג"ץ כדי שיורה למועצה המקומית קריית ארבע להקצות שעות בבריכה לשחייה מעורבת (ראו בג"ץ 5527/17 **שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע** (פורסם בנבו, 26.4.2018)). [↑](#footnote-ref-12)
13. ראו Deborah Hellman, *Two Concepts of Discrimination*, 102 Va. L. Rev. 895 (2016). [↑](#footnote-ref-13)
14. ראוKenneth W. Simmons, *Discrimination Is a Comparative Injustice: A Reply to Hellman*, 102 Va. L. Rev. Online 85, 88 (2016). [↑](#footnote-ref-14)
15. שם, בעמ' 89. [↑](#footnote-ref-15)
16. ראוDeborah Hellman, *Defending Two Concepts of Discrimination: A Reply to Simmons*, 102 Va. L. Rev. Online 113, 119 (2016) (להלן: Hellman, “*Defending Two Concepts”*). [↑](#footnote-ref-16)