

הפליה, רציונליות, מוסר, משפט, אתיקה יישומית וכתובה אקדמית

מאת
ראם שגב*

תקציר

הקשר בין הפליה ובין חוסר רציונליות הוא מורכב. מצד אחד, מאפיין בולט של העילות הפרדיגמטיות של הפליה הוא שהן חסרות חשיבות מוסרית לרוב (כך שפעולה לאורן אינה רציונלית). מצד שני, תאוריות בולטות שעוסקות בשאלה מתי הפליה פסולה מוסרית ומתי ראוי לאסור עליה באמצעות המשפט אינן מייחסות משקל רב לשאלה אם ההפליה היא רציונלית. הטענות של ד"ר מיטל פינטו שפעולות לא רציונליות הן פסולות מוסרית וצריכות להיות אסורות משפטית גם כאשר אין הן מבוססות על עילות ההפליה המקובלות, מעלות ספקות רציניים לגבי התאוריות הללו. יחד עם זאת, הטיעונים שלה בעד הטענות הללו אינם מבוססים. ראשית, מפני שגם אם יש טעמים נגד כל פעולה לא רציונלית, לא נובע מכך שכל פעולה כזאת היא פסולה בחשבון כולל, וראוי לאסור עליה באמצעות המשפט. שנית, כי ההנחות האמפיריות שהטיעונים האמורים נשענים עליהן אינן נכונות תמיד. הערכת הטיעונים האלה מחדרת שני לקחים כלליים יותר לגבי אתיקה יישומית ולגבי הכתיבה האקדמית על המשפט. הראשון הוא שגם כאשר עוסקים בכתיבה על סוגיה ספציפית, חשוב לקחת בחשבון לא רק את מה שמיוחד (פחות או יותר) לה אלא גם מה שנכון באופן כללי (הרבה) יותר. בפרט, טעונים בעד ונגד מסקנות מעשיות, לגבי מה ראוי לעשות בחשבון כולל, אינם תקפים אם אין הם לוקחים בחשבון את כל הטעמים הרלוונטיים, לרבות טעמים שאינם מיוחדים לסוגיה העומדת על הפרק. הלקח השני הוא שטיעון לגבי השאלה מה צריך להיות הדין הוא כמעט תמיד יומרני מדי, שכן הוא מחייב בחינה של כל הטעמים הרלוונטיים לנושא העומד על הפרק וגיבוש מסקנה לגבי מספר רב של שאלות אמפיריות.

* הקתדרה למשפט פלילי על שם איבן ראנד, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה להלל ארבל ולמיכאל רייך על עזרה במחקר ולחברות וחברי מערכת עיוני משפט על עריכה מצוינת.

- מבוא.....2.
- א. הבחנות.....7.
- ב. אי-רציונליות.....11.
1. חשיבות מוסרית יסודית ונגזרת.....12.
2. היקף העובדות החשובות מוסרית שבהן יש להתחשב.....13.
3. מחיר מוסרי, אינטרסים ועמדות.....14.
4. הפעולה והפועל.....16.
- ג. מדוע ומתי הפליה וחוסר רציונליות פסולות מוסרית.....19.
1. רציונליות ומוסריות.....19.
2. המעמד המוסרי של הפליה.....21.
3. "שוויון".....22.
4. "אוטונומיה".....24.
5. רציונליות והפליה.....25.
- ד. למה ומתי הפליה וחוסר רציונליות צריכות להיות אסורות מבחינה משפטית.....26.
1. מדוע הטיעון אינו תקף.....26.
2. הטענות האמפיריות (לא נכונות תמיד).....27.
3. האם יש חשיבות למעמד המוסרי של פעולות מבחינת התגובה לפעולות אלה?.....28.
4. הסיווג של האיסור המשפטי המוצע.....30.
5. הייחוד של האיסור המוצע מבחינת המחיר הכרוך בו.....31.
- סיכום.....32.

מבוא

הקשר בין הפליה ובין חוסר רציונליות הוא מורכב.¹ מצד אחד, יש קשר ברור בין הפליה – בפרט הפליה שנהוג לתפוש כפסולה מוסרית והפליה שנהוג לאסור עליה

¹ אני דן ביתר פירוט בחלק מההנחות שאני מסתמך עליהן במאמר הזה במקומות אחרים. לדיון בשאלות למה, ובהתאם מתי, הפליה היא פסולה מוסרית, ראו: Re'em Segev,

באמצעות המשפט – ובין חוסר רציונליות, כלומר פעולה שבוצעה עקב התחשבות של מבצע הפעולה בעובדה שאין לה חשיבות מוסרית (בהקשר הרלוונטי).² קשר זה בא לידי ביטוי למשל בכך שמאפיין בולט של העילות הפרדיגמטיות של הפליה, כגון גזע או מין, הוא שהן חסרות חשיבות מבחינה מוסרית לעיתים קרובות (ותמיד, או כמעט תמיד, חסרות חשיבות בפני עצמן).³ לכן, אין זה מפתיע שכאשר נבחנת השאלה אם פעולה מפלה היא פסולה, שאלה מקובלת – לעיתים קרובות השאלה הראשונה – היא מדוע בוצעה ההבחנה, כאשר מטרת השאלה היא לבחון אם יש טעם טוב בעד ההבחנה – אם הפעולה נבעה מהתחשבות בעובדה שיש לה חשיבות מוסרית.⁴ הקישור בין

General Versus Special Theories of Discrimination, 18 J. MORAL PHIL. 265 (2021); Re'em Segev, *Is the Philosophy of Discrimination Special?*, 25 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 96 (2022). לדיון בקשר בין הפליה ו"שוויון" ראו: ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" **משפט וממשל** 17, 191 (2016), פורסם גם בספר מרדכי (מוטה) קרמניצר (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים 2017) (להלן: שגב, "שוויון ודברים אחרים").

² עובדה היא בעלת חשיבות מוסרית (בכלל או מבחינה מסוימת) אם המוסר אינו אדיש אליה (בכלל או מהבחינה העומדת על הפרק). בהתאם, עובדה היא חסרת חשיבות מוסרית אם המוסר אדיש כלפיה (שוב, בכלל או מבחינה מסוימת). למשל, צבע החולצה של אדם הוא חסר חשיבות מוסרית לגבי השאלה אם מותר להעניש אותו, במסגרת תאורייה מוסרית סבירה של ענישה. לעומת זאת, לעובדה שאדם אשם בביצוע מעשה פסול יש חשיבות מוסרית מבחינת השאלה האמורה, לפי תאוריות מוסריות מקובלות של ענישה. במאמר זה אני מתמקד בסוג מסוים של פעולות לא רציונליות – כאלה שיש להן קשר למאפיינים המרכזיים של הפליה.

³ עובדה זאת מוזכרת לעיתים קרובות בספרות הרלוונטית. ראו למשל Louis P. Pojman, *Does Equality Trump Desert?*, in WHAT DO WE DESERVE? 283, 291 (Owen McLeod & Louis Pojman eds., 1998); Sophia Moreau, *What is Discrimination*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 143, 149 (2010); Shlomi Segall, *Should the Best Qualified Be Appointed?*, 9 J. MORAL PHIL. 31, 49 (2012); TARUNABH KHAITAN, A THEORY OF DISCRIMINATION LAW, 168 (2015); DC Matthew, *Rawls and Racial Justice*, 16 POL. PHIL. & ECON. 235, 237 (2017); Julie Suk, *Discrimination and Affirmative Action*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 394, 399 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2018); Lena Halldenius, *Discrimination and Irrelevance*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 108, 108–110 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2018); David Wasserman & Sean Aas, *Discrimination and Disability*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 231, 233 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2018); Juliana Bidadanure, *Discrimination and Age*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 243, 245–247 (Kasper Lippert-Rasmussen ed., 2018).

⁴ ראו למשל את הטענה כי העובדה שלתפקיד מסוים נבחרים יותר אנשים בעלי מאפיינים מסוימים (לדוגמה לבנים לעומת שחורים) אינה מצביעה בפני עצמה על הפליה, שכן

הפליה ובין חוסר רציונליות בולט במיוחד בהקשר המשפטי: הן ההגדרה של הפליה לא חוקית כנקודת מוצא והן חריגים מקובלים לאיסורים המשפטיים על הפליה קובעים, בניסוחים שונים, כי הפליה אינה אסורה אם יש טעם טוב בעדה.⁵ הקשר בין הפליה וחוסר רציונליות בא לידי ביטוי בולט גם במגמה המקובלת בהקשר המשפטי לזהות הפליה עם "אי-שוויון" ו"אי-שוויון" עם פעולה "שרירותית" או פעולה לאור "שיקולים זרים" (כלומר, עובדות שאין להן חשיבות נורמטיבית).⁶

מצד שני, תאוריות בולטות של הפליה – הן כאלה שמתמקדות בשאלה מדוע ומתי הפליה היא פסולה מוסרית והן כאלה שמתמקדות בשאלה למה ומתי ראוי לאסור על הפליה באמצעות המשפט – אינן מייחסות משקל רב לשאלה אם ההפליה היא רציונלית. למעשה, תאוריות אלה אף אינן שוקלות ברצינות את ההשערה כי הפליה היא פסולה, או צריכה להיות אסורה משפטית, לאור הקשר שלה לחוסר רציונליות. הדיון באפשרות הזאת לרוב קצר ומתמצה פחות או יותר בהצבעה על כך שחוסר רציונליות אינו תנאי מספיק ואינו תנאי הכרחי לכך שהפליה תהיה פסולה (וראיה להיאסר באמצעות המשפט): חוסר רציונליות אינו תנאי מספיק לכך כי הבחנה שאינה קשורה למאפיינים כגון גזע או מין אינה הפליה, וממילא אינה הפליה פסולה (והפליה שצריכה להיות אסורה מבחינה משפטית); וחוסר רציונליות אינו תנאי הכרחי לכך, כי גם הפליה רציונלית היא לעיתים פסולה וראוי לאסור עליה.⁷ עמדה דומה באה לעיתים קרובות במסגרת האיסורים המשפטיים על הפליה (בישראל ובמדינות אחרות) אשר אינם אוסרים על כל הבחנה לא רציונלית אלא רק על הבחנה הקשורה לאחת מעילות ההפליה

ייתכן שהדבר נובע מהבדלים בכישורים: Jon Kleinberg, Jens Ludwig, Sendhil Mullainathan & Cass R. Sunstein, *Discrimination in the Age of Algorithms*, 10 J. LEGAL ANALYSIS 113, 115–16 (2018).

⁵ ראו למשל ס' 3(1ג) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, תשס"א-2000; ס' 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. לדין בארצות הברית, ראו למשל, OMRI BEN SHAHAR & ARIEL PORAT, PERSONALIZED LAW: DIFFERENT RULES FOR DIFFERENT PEOPLE 133 (2021).

⁶ ראו שגב "שוויון ודברים אחרים", לעיל ה"ש 1, וכן למשל בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (נבו) 19.7.2017; רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (נבו) 16.11.2011 (להלן: עניין לילה טוב); בג"ץ 2911/05 אלהנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406 (2008); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, מח(5) 749 (1994).

⁷ ראו למשל KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, BORN FREE AND EQUAL? A PHILOSOPHICAL INQUIRY INTO THE NATURE OF DISCRIMINATION, 23–24 (2014) (להלן: LIPPERT- RASMUSSEN, BORN FREE?); BENJAMIN EIDELSON, DISCRIMINATION AND DISRESPECT, 70–76 (2015).

המקובלות, מצד אחד;⁸ וכן אוסרים לעיתים גם על הפליה רציונלית, מצד שני (לדוגמה בעל עסק הדוחה מועמד בשל גזעו כי אחרת יפסיד כסף לאור ההעדפות הגזעניות של לקוחותיו, והמקרה של הפליה של אדם עם מוגבלות לאור העלות הגבוהה יותר של העסקתו).⁹

לאור המגמות הנוגדות הללו לגבי הקשר בין הפליה ובין פעולות שהן תוצאה של הבחנות לא רציונליות, בירור של הקשר בין שתי התופעות הללו הוא מעניין מבחינה תאורטית וחשוב מבחינה מעשית. כאן אעסוק בקשר הזה תוך התמקדות בטענות של ד"ר מיטל פינטו שלפיהן פעולות שהן תוצאה של הבחנות לא רציונליות הן פסולות מבחינה מוסרית, וצריכות להיות אסורות מבחינה משפטית, בתנאים מסוימים. זאת, גם כאשר אין הן מבוססות על עילות ההפליה המקובלות, מכיוון שפעולות כאלה כרוכות בפגיעה משמעותית בהיבט מרכזי של האוטונומיה של המופלים ופוגעות בכבודם.¹⁰ (בהמשך אתיחס אל פעולות כאלה בקיצור כ"פעולות לא רציונליות",¹¹ ואל פעולות שהן תוצאה של הבחנות – רציונליות ולא רציונליות – שקשורות לעילות ההפליה המקובלות כ"הפליה".¹²)

באופן ספציפי יותר, ד"ר פינטו טוענת כי פעולות כאלה הן פסולות וראוי לאסור עליהן באמצעות המשפט בהתקיים שני תנאים: ראשית, כאשר הן לוקחות בחשבון רק

⁸ בהקשרים אחרים יש לעיתים איסור משפטי על כל הבחנה לא רציונלית. למשל, המשפט המנהלי אוסר לעיתים על עובדי ציבור להתחשב בכל עובדה שאין לה חשיבות מוסרית, גם אם אינה קשורה לאחת מעילות ההפליה המקובלות.

⁹ ראו למשל בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פס' 27–28 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 5.5.2014); סע"ש (אזורי ת"א) 23-01-17 מתאמדי נ' ניו שן קליניק בע"מ, (נבו 8.9.2019); עניין פורז, לעיל ה"ש 6, פס' 34 לפסק הדין של השופט ברק; עניין לילה טוב, לעיל ה"ש 6; בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, סד(2) 530 (2011). מיטל פינטו "מדוע שרירותיות כשלעצמה מהווה הפליה גם אם אינה קשורה לעילות חשודות" עיוני משפט מו (עתיד להתפרסם ב-2022) (להלן: פינטו "שרירותיות").

¹¹ אף כי חוסר הרציונליות האמור הוא של מבצעי הפעולות ולא של הפעולות עצמן. זוהי נקודה חשובה שאני חוזר אליה בהמשך. ראו פרקים ב ו-ג להלן. ד"ר פינטו משתמשת במונחים "אי-רציונליות", "שרירותיות" ו"שיקולים זרים" כדי לתאר פעולות שהן לא רציונליות במובן הרלוונטי (ראו פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10). מכיוון שיש כמה מובנים שכיחים לכל המונחים הללו, אני משתמש לאורך המאמר במונח "פעולות לא רציונליות" במובן שהסברתי בפסקה הראשונה של המאמר.

¹² ד"ר פינטו משתמשת בכמה מונחים כדי לתאר את עילות ההפליה המקובלות (כלומר את המאפיינים שנהוג לקשר עם הפליה, כגון גזע או מין), לרבות: "עילות חשודות", "חתכים חוקתיים קלאסיים", ו"עילות המנויות בחוקי איסור ההפליה" (שם). מכיוון שהיא משתמשת בכמה מונחים במשמעות דומה בהקשר זה, ומכיוון שחלקם אינם ברורים (למשל לא ברור מהי מהות ה"חשד" לגבי העילות החשודות), אני משתמש לאורך כל המאמר במונח "עילות ההפליה המקובלות" כדי לתאר את המאפיינים שנהוג לקשר עם הפליה.

את המאפיינים (התכונות, האינטרסים והעמדות) של מבצעי הפעולות ואינן מתחשבות כלל במאפיינים של אנשים אחרים המושפעים מהן. שנית, כאשר אין הצדקה להתעלמות האמורה. לטענתה, פעולות כאלה הן חמורות יותר כאשר הן קשורות לעילות ההפליה המקובלות, שכן אז כרוך בהן גם רכיב של השפלה, אבל הן פסולות וראוי לאסור עליהן באמצעות המשפט גם כאשר אין להן קשר כזה. ד"ר פינטו אינה כותבת במפורש שהטענות שלה לגבי המעמד הנורמטיבי של פעולות מסוימות ובעד שינוי הדין הן במישור המוסרי, אבל ברור כי זאת הכוונה שלה, בין היתר כי החלופות – למשל שראוי לשנות את הדין כי הדבר משרת את האינטרס האישי של אדם מסוים – אינן סבירות.

הדיון של ד"ר פינטו מחדד שאלות מעניינות וחשובות לגבי הקשר בין הפליה, (חוסר) רציונליות, מוסר ומשפט. בפרט, הטיעונים שלה מצביעים על ספקות רציניים לגבי העמדה המקובלת שכאמור אינה מייחסת משקל של ממש לקשר בין הפליה וחוסר רציונליות. יחד עם זאת, נראה לי שבסופו של דבר הטיעונים הללו אינם מבוססים. לא נובע מכך שיש לדחות את ההצעות המעשיות של ד"ר פינטו, אלא שכמה היבטים שלהן מחייבים בחינה נוספת.

מהלך המאמר יהיה כמפורט להלן: בפרק א אני מסביר מדוע חשוב להבחין בין כמה שאלות שיש נטייה לכרוך אותן יחד: מהי הפליה – ואם או מתי פעולות לא רציונליות מהוות הפליה; למה ומתי הפליה ופעולות לא רציונליות הן פסולות מבחינה מוסרית; מדוע ומתי ראוי לאסור על הפליה ועל פעולות לא רציונליות באמצעות המשפט; ומתי המשפט הנוהג (בישראל ובמדינות אחרות) אוסר על הפליה ועל פעולות לא רציונליות. אף על פי שיש קשרים חשובים בין השאלות הללו, יש ביניהן גם הבדלים חשובים. לכן, חשוב להבחין יותר מכפי שנהוג בכתיבה על הפליה (במיוחד בכתיבה המשפטית על הפליה, כולל במאמר של ד"ר פינטו). בפרט, אני מצביע על כך שאין טעם רב בדיון בשאלה המושגית (מהי הפליה) ובשאלה לגבי הדין הנוהג, בעיקר מפני שלשאלות אלה פשוט אין תשובה במקרי גבול כמו המקרה של פעולות לא רציונליות (שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות). לכן אתמקד בהמשך בשאלות הנורמטיביות – מתי הפליה ופעולות לא רציונליות הן פסולות מוסרית ומתי ראוי לאסור עליהן באמצעות המשפט.

בפרק ב אני מצביע על חוסר בהירות לגבי השאלה אילו סוגים של הבחנות לא רציונליות מקיפות הטענות של ד"ר פינטו (לגבי השאלות האמורות). בפרק ג אני עובר לרון בשאלה הראשונה – המעמד המוסרי של הפעולות הרלוונטיות. אני מצביע על כך שפעולות לא רציונליות, כמו גם הפליה, הן לא תמיד פסולות מוסרית (בהנחה, כמובן, שהן אינן מוגדרות מראש באופן הכולל את היותן פסולות). בעיקר, אני מדגיש כי הפליה ופעולות לא רציונליות עשויות להיות (הן לעיתים) פסולות מכל טעם טוב, ולא דווקא או במיוחד עקב הטעמים המוזכרים במאמר. כמו כן, אני מצביע על כך שהטעמים האחרונים אינם ברורים מספיק. לבסוף, אני מסביר מדוע הטענה ההשוואתית כי מידת הפסלות של פעולות לא רציונליות (שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות) פחותה מזו של הפליה אינה נכונה תמיד. בפרק ד אני דן בשאלה השנייה – אם או מתי יש הצדקה לאיסור משפטי על הפעולות העומדות על הפרק. אני

מצביע על כך שהטיעון המוצע במאמר של ד"ר פינטו בעד איסור כזה אינו תקף, בעיקר כי גם בהנחה שהטעמים שהוא מתמקד בהם הם רלוונטיים לשאלה העומדת על הפרק, אין אלו הטעמים היחידים הרלוונטיים. כמו כן אני מציין כי ההנחות האמפיריות שהטיעון כולל (למשל לגבי התוצאות של הפעולות הרלוונטיות ושל הסדרה משפטית)¹³ אינן נכונות תמיד (והמאמר אינו כולל ראיות לגבי נכונותן אף כהכללות). בנוסף, אצביע על ספקות מספר לגבי נכונותה של ההנחה (המקובלת) כי יש חשיבות עצמאית למעמד המוסרי של פעולות, ככל שהוא נפרד מהמעמד המוסרי של תוצאותיהן והמעמד המוסרי של מבצעי הפעולות, בכל הנוגע לשאלה כיצד ראוי להגיב כלפיהן, בין היתר באמצעות המשפט. בפרק זה אני מסכם את הדיון תוך הדגשת כמה לקחים כלליים לגבי אתיקה יישומית ולגבי כתיבה אקדמית על המשפט.

א. הבחנות

הכתיבה על הפליה, בייחוד הכתיבה המשפטית על הפליה, אם כי לא רק היא, נוטה לא להבחין באופן ברור בין כמה שאלות קשורות אבל שונות. גם הדיון של ד"ר פינטו אינו מבחין לעיתים קרובות באופן חד בין הגרסאות הרלוונטיות של השאלות הללו במסגרת טענותיה לגבי פעולות לא רציונליות: מהי הפליה (ואם פעולה לא רציונלית מהווה הפליה)? מתי הפליה היא פסולה מוסרית (ומתי פעולה לא רציונלית פסולה מוסרית)? מתי ואיך יש לאסור באמצעות המשפט על הפליה (ועל פעולה לא רציונלית)? ומתי הפליה (ופעולה לא רציונלית) אסורה למעשה על ידי שיטת משפט מסוימת? הנטייה לכרוך את השאלות הללו יחד אינה מפתיעה, הן מכיוון שיש לפעמים קשרים חשובים בין חלק מהשאלות הללו, והן מפני שחוסר הבחנה ביניהן עשוי לקדם מטרות מעשיות, כמו הצעות לשינוי הדין. יחד עם זאת, הנטייה הזאת לא להבחין באופן ברור בין השאלות השונות הללו מערפלת את הדיון, כי בצד הקשרים האמורים, יש גם הבדלים חשובים ביניהן. הבחנה בין השאלות הללו חשובה גם כי נראה לי שאין טעם לדון בחלק מהשאלות בהקשר הרלוונטי (העוסק בקשר בין הפליה לפעולות לא רציונליות), מכיוון שאין להן תשובה (חד-משמעית). זה נכון לגבי השאלה אם פעולה לא רציונלית מהווה הפליה, ובמידה רבה גם לגבי השאלה אם המשפט (למשל, בישראל היום) אוסר על פעולה לא רציונלית במסגרת האיסורים על הפליה. כדי לחדד את ההבחנה בין השאלות הללו, חשוב להצביע על נקודות מספר לגביהן.

ראשית, לרוב נהוג להשתמש במונח "הפליה" באופן שאינו ניטרלי מבחינה מוסרית, כלומר, נהוג לתאר פעולה כמפלה רק אם היא נתפשת כפסולה מוסרית – או לפחות כפעולה שיש לה מחיר מוסרי משמעותי,¹⁴ גם אם היא לא בהכרח פסולה בחשבון כולל (למשל: פעולה שיש טעם מוסרי חזק נגדה, גם אם טעם זה אינו מכריע

¹³ ראו שם, בעמ' 5, 51.

¹⁴ כאשר למצב או לפעולה יש "מחיר מוסרי", היה עדיף אם הפעולה או המצב לא היו מתקיימים, בהנחה ששאר הדברים שווים.

בהכרח תמיד). מבחינה זאת, השאלה מהי הפליה קשורה לשאלה מתי הפליה פסולה מוסרית. בנוסף, יש נטייה לקשר בין השאלה מהי הפליה לשאלות מהי הפליה אסורה על ידי המשפט ומתי ראוי לאסור על הפליה באמצעות המשפט. אבל, למרות הקשרים האמורים, השאלות האמורות הן שאלות נפרדות שמחייבות סוגים שונים של דיונים כדי לענות עליהן. לכן אשתמש במונח "הפליה" בהמשך, בניגוד למונח המקובל, באופן שהוא ניטרלי מבחינה מוסרית, כדי להבחין באופן ברור בין השאלה המושגית לשאלות האחרות – בעיקר השאלות הנורמטיביות לגבי המוסר שבהן אתמקד (מהי הפליה פסולה ועל מה ראוי לאסור באמצעות המשפט). במילים אחרות, אחסיר מהמובן המקובל של הפליה את הרכיב הנורמטיבי (ההתייחסות שלי ל"הפליה פסולה" תהיה בהתאם קרובה יותר למונח המקובל של "הפליה").

שנית, טענות לגבי השאלה מה נחשב כ"הפליה" יכולות להיות מסוגים שונים. בפרט, הן יכולות להתייחס למשמעות של המונח "הפליה" בשפה טבעית, או שהן יכולות להתייחס למשמעות של המונח "הפליה" בדין הנוהג במקום ובזמן מסוים (למשל, בישראל היום). הטענה של ד"ר פינטו שיש לראות פעולות לא רציונליות כמפלות אינה מהסוג האחרון, כי היא מציעה שינוי של המשמעות המיוחסת למונח זה במשפט הישראלי היום, לאור הפרשנות המקובלת שלו (על ידי הגורמים שיש להם סמכות משפטית לפרש את הדין, בעיקר בתי משפט). לכן נראה כי ככל שהיא טוענת טענות מושגיות לגבי משמעות המונח "הפליה", הן מהסוג הראשון, כלומר, לגבי המשמעות של המונח "הפליה" בשפה טבעית. אולם התשובה לשאלה אם פעולה לא רציונלית נחשבת כהפליה במישור זה תלויה, בסופו של דבר, בדרך שבה נהוג להשתמש במונח זה. ונראה שאין תשובה – לפחות לא תשובה חד-משמעית – לשאלה אם פעולה לא רציונלית היא הפליה, פשוט מכיוון שהשימוש במונח "הפליה" אינו אחיד בהקשר זה. במילים אחרות, מדובר על מקרה גבול מהבחינה הרלוונטית – יש אנשים שיתייחסו לפעולות לא רציונליות כאל "הפליה", יש כאלה שלא, ויש כאלה שלא יהיו בטוחים (בצדק). אפשר כמובן לנסות לבדוק איך אנשים שונים עונים על השאלה הזאת, ומהי התשובה המקובלת יותר, אבל לא ברור אם יש ערך תאורטי או חשיבות מעשית לבחינה כזאת – לפחות בכל הנוגע לטענות המרכזיות יותר של ד"ר פינטו, שהן כאמור נורמטיביות.

שלישית, הפליה מקושרת לרוב עם פעולה אשר מבחינה בין אנשים לאור מאפיינים כגון גזע או מין. כלומר, ההנחה המקובלת (שבאה לידי ביטוי לעיתים קרובות גם במשפט) היא שגם הבחנות על סמך מאפיינים נוספים עשויות להיות מפלות, מצד אחד, אבל לא כל הבחנה היא בגדר הפליה, מצד שני. הנחה זאת מעלה את השאלה מהו המכנה המשותף של המאפיינים אשר הבחנה על פיהם היא הפליה. התשובה המקובלת היא שאלה הם מאפיינים שהם בולטים בחברה הרלוונטית (socially salient) במובן שהם משפיעים על האינטראקציות של אנשים במגוון של הקשרים חברתיים.¹⁵ מבחינה זאת, ככל שהטענה כי (גם) הבחנות לא רציונליות שאינן קשורות למאפיינים אלה הן הפליה מכוננת למשמעות של המונח "הפליה" בשפה הטבעית, היא אינה מדויקת. חוסר דיוק

¹⁵ ראו, למשל, LIPPERT-RASMUSSEN, BORN FREE?, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26–36.

זה אינו חשוב מבחינת הטענות הנורמטיביות של ד"ר פינטו שהבחנות כאלה הן, לפחות לפעמים, פסולות מבחינה מוסרית וצריכות להיות אסורות מבחינה משפטית. יתר על כן, גם אם הבחנות לא רציונליות אינן הפליה, מבחינת המשמעות המקובלת של מונח זה, ייתכן כי הן פסולות (כאשר הן פסולות) מטעמים דומים לאלה אשר בגללם גם הפליה היא פסולה (כאשר היא פסולה). כמו כן, גם אם הבחנות לא רציונליות אינן הפליה, ייתכן שיש הצדקה לאסור עליהן באמצעות המשפט במקרים מסוימים מטעמים דומים לאלה שבגללם יש הצדקה לאסור (לעיתים) על הפליה. בהמשך אתמקד בטענות הנורמטיביות שהן הטענות המעניינות יותר, והחשובות יותר לדעתי. מבחינת הטענות הללו, אין חשיבות לשאלה אם ראוי לסווג את הפעולות הרלוונטיות כ"הפליה" או לא. נראה כי גם הדגש של ד"ר פינטו הוא על הטענות הנורמטיביות האמורות ולא על הטענה הסיווגית. יתר על כן, אף שהיא טוענת שיש דמיון בטעמים אשר על פיהם פעולות לא רציונליות ופעולות מפלות הן לפעמים פסולות, וצריכות להיות אסורות על ידי המשפט, היא טוענת גם שטעמים אלה אינם זהים ושמידת הפסלות של פעולות לא רציונליות (שאינן מפלות) היא פחותה מזאת של פעולות מפלות. טענות אלה תומכות בהשערה שהדגש שלה הוא נורמטיבי ולא סיווגי. כדי לחדד את ההבחנות הללו, אני משתמש במונח "הפליה" כדי לתאר פעולות שהן תוצאה של הבחנות לאור עילות שהן בולטות מבחינה חברתית (כמו גזע או מין).

הטענה במאמרה של ד"ר פינטו שפעולה לא רציונלית "יש בה משום הפליה"¹⁶ גם אם היא מבוססת על הבחנה שאינה קשורה לעילות ההפליה המקובלות, אינה ברורה מספיק, בין היתר, בכל הנוגע להבחנות האמורות. מצד אחד, טענה זאת מנוסחת כטענה מושגית – לגבי משמעות המונח "הפליה" ובהתאם לגבי הסיווג של פעולה מסוימת כ"הפליה". מצד שני, הטיעון שמוצע בתמיכה בטענה אינו עוסק במה שנראה רלוונטי לשאלה המושגית, למשל, בבחינה אמפירית של השאלה איך נהוג להשתמש במונח "הפליה" (למשל, בישראל היום). במקום זאת, הטיעון מתמקד בניתוח נורמטיבי של הפסול הכרוך בפעולות העומדות על הפרק. כך, למשל, נכתב שכדי להבין מדוע הטענה האמורה נכונה, "צריך להבין את טיבו של העוול שנגרם לאדם שהתייחסו אליו בשרירות שאינה מוצדקת נורמטיבית"¹⁷ והדגש הוא בהתאם על כך שהפעולות הרלוונטיות כרוכות במחיר מוסרי, בין היתר, לאור תאוריות שהמוקד שלהן הוא נורמטיבי, כלומר תאוריות שעוסקות בשאלה אם, למה ומתי פעולות מסוימות הן פסולות מוסרית או ראוי לאסור עליהן באמצעות המשפט.¹⁸ נימוק זה תומך בהשערה שהשאלה הנבחנת אינה מושגית אלא נורמטיבית. יחד עם זאת, ייתכן שהעיסוק בשאלה הנורמטיבית קשור לכך שכאמור ההבנה המקובלת של המונח "הפליה" כוללת רכיב נורמטיבי. בסופו של דבר, לכן, לא ברור אם ד"ר פינטו טוענת גם טענה מושגית לגבי הסיווג של הפעולות הרלוונטיות ("הפליה").

¹⁶ פינטו "שרירותיות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 26.

¹⁷ שם, בעמ' 36.

¹⁸ ראו להלן פרק ד.

ספק דומה עולה לגבי הטענה כי יש לאסור על פעולות לא רציונליות (מסוימות) באמצעות דיני ההפליה. טענה זאת כורכת יחד שתי טענות שונות: הטענה שראוי לאסור באמצעות המשפט על פעולות לא רציונליות (לפעמים); והטענה שראוי לעשות זאת באמצעות דיני ההפליה דווקא. אף כי המאמר של ד"ר פינטו כולל את שתי הטענות, נראה כי הדגש הוא על הטענה הראשונה – שרוב הטיעונים במאמר מתמקדים בה – וטענה זאת מתיישבת עם איסור משפטי על פעולות לא רציונליות שלא במסגרת דיני ההפליה. יחד עם זאת, ד"ר פינטו טוענת גם כי ראוי לקבוע את האיסור המוצע על פעולות לא רציונליות במסגרת דיני ההפליה לאור שני יתרונות של דינים אלה. לטענתה, יתרון אחד הוא ש"לדיני איסור ההפליה יש תפקיד סמלי-אקספרסיבי. הם יוצרים מודעות חברתית ושיח במישורים כמו חינוך, תרבות, מחאה ופעילות לשינוי חברתי ולקידום צדק ושוויון". בנוסף, היא טוענת כי "דיני איסור ההפליה, לפחות על פי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, כוללים מנגנון המאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק".¹⁹

השאלה לגבי הדרך שבה יש לסווג את האיסור המשפטי המוצע – במסגרת דיני ההפליה או במסגרת אחרת – היא חשובה ככל שיש לסיווג תוצאות בעלות חשיבות מוסרית, למשל מבחינת ההשפעה שלו על התנהגות של אנשים. שני הנימוקים של ד"ר פינטו בעד סיווג האיסור המוצע במסגרת דיני ההפליה הם במישור זה. האם יש, בנוסף לערך האינסטרומנטלי האמור, גם ערך עצמאי לכך שהכותרות המשפטיות תשקפנה אמת רלוונטית כלשהי, כך שאם פעולות לא רציונליות הן, במובן הרלוונטי, סוג של הפליה, ראוי לסווג את האיסור המשפטי העומד על הפרק בהתאם? אני חושב שהתשובה לשאלה זאת היא שלילית. ראשית, גם אם נניח שיש ערך עצמאי לאמירת האמת בהקשרים מסוימים, ספק אם ההקשר המשפטי העומד על הפרק הוא אחד מהם. זאת, בין היתר, מכיוון שספק אם יש ציפייה ממשית לדיוק במובן הרלוונטי, בפרט לאור העובדה שלעיתים קרובות סיווגים משפטיים לא תמיד תואמים את השימוש המקובל במונחים הרלוונטיים. שנית, גם אם הייתה ציפייה כזאת, אין כאמור תשובה ברורה לשאלה אם הבחנה לא רציונלית היא סוג של הפליה.

לכן, נראה לי שכל עוד אין בסיס להשערה שעצם הסיווג יוליך לתוצאות בעלות חשיבות מוסרית, למשל ישפיע על הדרך שבה אנשים מתנהגים, אין חשיבות לשאלה אם איסור משפטי על פעולות לא רציונליות ייקבע תחת הכותרת של "הפליה" או בדרך אחרת. בשל כך, ומכיוון שכאמור אין לדעתי תשובה ברורה לשאלה הסיווגית, לא אעסוק בה בהמשך.

לבסוף, השאלה אם הדין הנוהג, ובפרט הדין העוסק בהפליה (למשל, בישראל היום), אוסר על פעולות לא רציונליות שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות (בפרט במסגרת דיני ההפליה), אינה מעניינת מטעם דומה: הדין אינו ברור מבחינה זאת – כללים משפטיים מסוימים נראים כחלים גם על פעולות לא רציונליות שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות, אבל כללים אחרים תומכים בעמדה הפוכה. ד"ר פינטו מדגישה בהקשר זה שהחקיקה האוסרת על הפליה מנוסחת באופן שנראה כמניח

¹⁹ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

שיש לאסור גם על פעולות לא רציונליות שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות.²⁰ אבל, כפי שהיא עצמה מציינת, הדין רחוק מלהיות חד-משמעי מבחינה זאת (אם הוא היה, הטענה שלה בעד שינוי הדין הייתה מיותרת). מכיוון שגם מבחינה זאת נראה לי שהמקרה של פעולות לא רציונליות שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות הוא מקרה גבול, לא אעסוק בשאלה לגבי הדין המצוי בהמשך. כידוע, כאשר הדין אינו ברור, נהוג לעיתים קרובות להסתמך בהקשרים משפטיים על טיעונים נורמטיביים בדבר הדין הרצוי,²¹ והדיון שלי בהמשך הוא רלוונטי לטיעונים אלה.

ב. אי רציונליות

פעולות יכולות להיות לא רציונליות בכמה מובנים שרלוונטיים לדיון הנוכחי. בפרט, פעולות הן לא רציונליות במובן רלוונטי אחד כאשר הן מבוצעות עקב התחשבות של מבצע הפעולה (גם או רק) בעובדה שאין לה חשיבות מוסרית (בהקשר הרלוונטי). כמו כן, פעולות הן לא רציונליות במובן קרוב כאשר מבצעת הפעולה לא התחשבה בעובדות שיש להן חשיבות מוסרית. לבסוף, פעולות הן לא רציונליות במובן שונה אבל קשור כאשר אין הן משקפות את המסקנה הנכונה לאור מכלול הטעמים הרלוונטיים (העובדות שיש להן חשיבות מוסרית). זה אפשרי גם אם מבצע הפעולה לקח בחשבון את כל העובדות הרלוונטיות, ורק אותן, אבל לא ייחס להן (לחלקן או לכולן) את מידת החשיבות הראויה. נראה כי ההצעה של ד"ר פינטו מתמקדת פחות או יותר בפעולות שהן לא רציונליות במובנים האמורים. פעולות כאלה אסורות, לעיתים, במסגרת דיני ההפליה (בצד פעולות מסוימות שהן רציונליות במובנים הללו), כאשר הן קשורות למאפיינים כגון גזע או מין. לכן החידוש בהצעה לשינוי הדין הוא לגבי פעולות כאלה שאינן קשורות למאפיינים מסוג זה. אולם מעבר לכך, לא לגמרי ברור מהו היקף ההצעה. בפרק זה אצביע על היבטים מספר המחייבים הבהרה של ההצעה כדי שאפשר יהיה להעריך אותה באופן מדויק יותר.

ד"ר פינטו מסבירה את סוג הפעולות שההצעה שלה חלה לגביהן באופן הכולל שני חלקים. לפי הראשון, הבחנה היא לא רציונלית, כנקודת מוצא, אם אין היא מושפעת מהמאפיינים ("תכונות", "אינטרסים", "צרכים", "רצונות") של האנשים שמושפעים ממנה אלא רק מהמאפיינים של מקבל ההחלטה. היא מסבירה כי התופעה הזאת קורית כאשר הטבה מחולקת לאור קריטריון שאינו "מועיל" או "הכרחי" למטרת החלוקה. הרכיב השני, שרלוונטי במקרה של הבחנה שהיא לא רציונלית, במובן האמור, כנקודת מוצא, הוא שפעולה אינה רציונלית בחשבון כולל כאשר "אי אפשר לאתר" הצדקה משכנעת לפעולה.²² הגדרה זאת מעלה שאלות מספר.

²⁰ שם, בעמ' 44.

²¹ השאלה אם טיעונים כאלה הם, במובן מסוים, חלק מהדין או מיועדים להשלמה של הדין אינה חשובה בהקשר זה.

²² פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 26, 34.

1. חשיבות מוסרית יסודית ונגזרת

שאלה מקדמית היא מהם בדיוק המאפיינים ("תכונות", ה"אינטרסים", ה"צרכים" וה"רצונות") שבהם נדרש להתחשב כתנאי לרציונליות. בהקשר זה אני מניח – כי זוהי הפרשנות הסבירה ביותר, ולמעשה הפרשנות הסבירה היחידה – שהכוונה היא לעובדות שיש להן חשיבות מוסרית בכל הנוגע להחלטה העומדת על הפרק. כלומר אני מניח, ראשית, שלא נדרשת התייחסות לכל מאפיין של האנשים המושפעים מהחלטה – אלא רק למאפיינים שהם חשובים בהינתן הסטנדרטים המוסריים הרלוונטיים (למשל, לא נדרשת התייחסות לעובדה שמועמדת למשרה של מרצה למשפטים היא צלמת חובבת ככל שעובדה זאת אינה משפיעה על כישורים למשרה, גם אם היא חשובה מאוד בעיניה מבחינות אחרות). בנוסף, אני מניח שאין חשיבות מיוחדת למונחים שבהם נעשה שימוש כדי לתאר את המאפיינים הרלוונטיים ("תכונה", "אינטרס", "צורך" ו"רצון") אלא שאלה הם רק דוגמאות, כאשר העיקרון הכללי הוא שיש להתחשב בכל עובדה שיש לה חשיבות מוסרית בהקשר הרלוונטי. זאת ללא תלות בשאלה אם היא מהווה "תכונה", "אינטרס", "צורך" או "רצון" לפי קריטריון אחר כלשהו.

שאלה קשורה נוגעת להבחנה בין עובדות שהן חשובות בפני עצמן לעובדות שיש להן חשיבות (נגזרת) רק מפני שהן קשורות לעובדות שהן חשובות בפני עצמן – בהקשר זה בעיקר עובדות שהן ראייה לקיומן של עובדות אחרות. כאשר יש מידע מושלם, יש להתחשב רק בעובדות שיש להן חשיבות בפני עצמן. אולם, לעיתים קרובות אין ודאות לגבי עובדות אלה, וחקירה נוספת כרוכה במחיר (בעל חשיבות מוסרית). במצבים כאלה סביר לרוב לקחת בחשבון עובדות אחרות המהוות ראייה לקיומן של העובדות שיש להן חשיבות עצמאית. בהקשר זה מתעוררת השאלה כמה ראוי להשקיע בחיפוש אחרי ראיות נוספות. באופן כללי, התשובה תלויה בשקלול של התרומה המוסרית של בירור נוסף, מצד אחד, והעלות המוסרית של בירור כזה, מצד שני. נראה כי החלק השני בהגדרה האמורה – שלפיו פעולה שאינה לוקחת בחשבון עובדות רלוונטיות היא לא רציונלית רק אם אין הצדקה להתעלמות מהעובדות האמורות – נותן ביטוי לרעיון זה. אולם כמה הערות של ד"ר פינטו אינן ברורות מבחינה זאת. למשל, לגבי הדוגמה של מי שמחפשת שמרטף במצב שבו "אין לה מידע זמין על המועמדים והמועמדות, והיא צריכה לקבל החלטה מהירה", היא כותבת שהעדפת מועמדים שהם הורים היא מוצדקת אף על פי שזה אינו "מנבא אמין".²³ הערה זאת אינה ברורה מפני שנראה שאם יש הצדקה להסתמך על קריטריון זה, בנסיבות האמורות, זה רק מפני שהורות מהווה ראייה רלוונטית לכישורי שמרטפות – לא ראייה קונקלוסיבית בהכרח כמובן אבל ראייה בעלת ערך מסוים. אחרת, התחשבות בכל עובדה אחרת – כמו צבע העור או העיניים של המועמדים – הייתה לגיטימית באותה

²³ שם, בעמ' 34.

מידה, וברור שאין זה סביר ולא זו הכוונה של ד"ר פינטו. לכן, ייתכן שהכוונה שלה בטענה שלפיה הורות אינה "מנבא אמין" בהקשר זה היא רק לכך שלא מדובר בעובדה שיש לה חשיבות עצמאית, או לחלופין שלא מדובר במדרד מושלם. מסקנה זאת מעלה שאלה לגבי היחס בין שני החלקים של ההגדרה האמורה (למשל, אם הראשון מתמקד בעובדות שיש להן חשיבות מוסרית עצמאית והשני בעובדות שיש להן חשיבות מוסרית נגזרת). אולם, בסופו של דבר, נראה ברור שהכוונה היא שגם התחשבות בעובדות שחשובות רק כראיה לקיומן של עובדות בעלות חשיבות בפני עצמן היא רציונלית לעיתים. וכאמור, זה כמובן סביר.

משתי הבחינות האמורות נראה אפוא שיש רק דרך סבירה אחת לפרש את ההגדרה האמורה. מבחינות אחרות הגדרה זאת ברורה פחות.

2. היקף העובדות החשובות מוסרית שבהן יש להתחשב

שאלה חשובה אחרת, שאין לה תשובה ברורה, נוגעת למידת התובענות של ההצעה העומדת על הפרק, בכל הנוגע להיקף המאפיינים שיש להתחשב בהם. יש לשים לב בהקשר זה כי ההצעה של ד"ר פינטו אינה מתמצה באיסור על התחשבות בעובדות שאין להן חשיבות מוסרית. היא כותבת כאמור במפורש שהיא מגדירה הבחנה כלא רציונלית אם היא אינה מושפעת מהמאפיינים של האנשים שמושפעים ממנה. אפשר לא לעמוד בדרישה זאת גם כאשר מתעלמים לחלוטין מהמאפיינים של האדם הרלוונטי – כלומר, גם אם לא לוקחים בחשבון אף מאפיין אחר. ואכן, ד"ר פינטו מדגישה את הבעייתיות באדישות כלפי המאפיינים של האנשים הרלוונטיים. היא מדברת למשל על התעלמות "מוחלטת" מהמאפיינים שלהם כבעיה מרכזית שהיא עוסקת בה.²⁴ השאלה היא לכן באילו מאפיינים נדרש להתחשב. האפשרות התובענית ביותר היא דרישה להתחשבות בכל המאפיינים שראוי להתחשב בהם – לאור התרומה של התחשבות בהם לגיבוש החלטה נכונה, מצד אחד, והמחיר של כירור שלהם, מצד שני – ומתן משקל ראוי לכל המאפיינים הללו. האפשרות המקילה ביותר היא התחשבות במאפיין אחד לפחות, בלי תלות במידת החשיבות (היחסית) שלו, כלומר, גם אם חשיבותו היא שולית. וכמובן, יש אפשרויות ביניים רבות. העמדה המוצעת במאמר אינה ברורה מבחינה זאת. מצד אחד, לא נראה שהכוונה היא לאפשרות התובענית ביותר. זאת לא (לפחות לא רק) מפני שהיא דורשת הרבה יותר ממה שנהוג לדרוש מאנשים שאינם ממלאים תפקיד ציבורי מבחינה משפטית (בפרט כי ד"ר פינטו מציעה במפורש לדרוש יותר מהמקובל מאנשים כאלה), אלא גם כי ההצעה במאמר מנוסחת באופן שמצביע על רף נמוך הרבה יותר. למעשה, נראה כי המאמר מתמקד באפשרות המקילה ביותר. ההגדרה האמורה קובעת כי פעולה היא לא רציונלית, במובן הרלוונטי, רק אם אין היא מושפעת "כלל" מהמאפיינים (החשובים בהקשר הרלוונטי) של האנשים המושפעים ממנה. מהגדרה זאת נובע שרק החלטה שאינה מתחשבת באף מאפיין רלוונטי היא לא

²⁴ הדרישה של ד"ר פינטו אינה רק לא להתחשב בעובדות שהן חסרות חשיבות מוסרית. ראו למשל שם, בעמ' 37.

רציונלית. לעומתה, החלטה שלוקחת בחשבון חלק מהמאפיינים הרלוונטיים אינה לא רציונלית במובן הרלוונטי. ברוח דומה, המאמר כולל התייחסויות חוזרות ונשנות לתופעה של התעלמות "מוחלטת" מהמאפיינים הרלוונטיים כתופעה הבעייתית בהקשר העומד על הפרק.²⁵

מצד שני, האפשרות המקילה ביותר מציבה רף נמוך מאוד, וייתכן כי ההתמקדות ברף זה נובעת רק מכך שהמקרה של התעלמות מוחלטת מכל המאפיינים העומדים על הפרק הוא המקרה המובהק ביותר של חוסר רציונליות, ולכן נוח להדגים את ההצעה לגביו. ייתכן אפוא כי הכוונה היא לאפשרות ביניים כלשהי. אולם, מעבר לעובדה שכל חלופת ביניים חשודה בקביעת גבול שהוא שרירותי (למשל, דרישה להתחשבות במספר מוחלט או יחסי מסוים של המאפיינים החשובים נראית על פניה כשרירותית בלי הסבר מה מיוחד במספר המוצע), המאמר אינו כולל הסבר לגבי האופי של חלופת ביניים. בסופו של דבר, לכן, ההצעה אינה ברורה מבחינה זאת.

שאלות קשורות נוגעות להבחנה, במסגרת הרכיב הראשון של ההגדרה, בין מקבל ההחלטה לאנשים המושפעים ממנה. לפי ההגדרה, הבחנה אינה רציונלית אם היא מתעלמת מהמאפיינים (שיש להם חשיבות מוסרית) של מי שמושפע מההחלטה אבל מתחשבת במאפיינים (בעלי החשיבות המוסרית) של המחליט. אם מפרשים הגדרה זאת כפשוטה, פעולה שמתעלמת מהמאפיינים של כל המעורבים – כולל המחליט – אינה בלתי רציונלית במובן הרלוונטי. זה לא נראה סביר, ולכן זאת כנראה אינה הכוונה. ההנחה היא כנראה שמבחינה מעשית המחליט מתחשב לרוב באינטרסים שלו ולכן הדגש הוא על האינטרסים של אחרים. מסקנה זאת מעלה את השאלה אם פעולה שאינה מתחשבת במאפיינים של המחליט, אבל כן במאפיינים של כל האחרים, היא בלתי רציונלית מהבחינה הרלוונטית. מכיוון שהמאמר של ד"ר פינטו אינו עוסק בשאלה הזאת, אתעלם ממנה בהמשך.

3. מחיר מוסרי, אינטרסים ועמדות

שאלה חשובה נוספת היא אם, או עד כמה, ההצעה היא לאסור גם על פעולות שהימנעות מהן כרוכה במחיר מוסרי. מצד אחד, ד"ר פינטו מנגידה בין ההצעה שלה לדרישת ההתאמה לאנשים עם מוגבלויות אשר דיני ההפליה כוללים לעיתים, וההסבר שלה להבדל הוא העובדה שהתאמה כזאת כרוכה לעיתים בעלות. הנגדה זאת מזמינה את ההשערה כי ההצעה העומדת על הפרק מוגבלת לאיסור על פעולות שהימנעות מהן אינה כרוכה במחיר. מצד שני, הדוגמאות המרכזיות לפעולות שמוצע לאסור עליהן הן של פעולות שהימנעות מהן כרוכה במחיר כזה. דוגמה אחת היא של מעסיק (מד"א) שמשלם שכר גבוה יותר (בצורת תוספת "כוננות") לעובד מסוים אבל לא לעובד אחר שמבצע עבודה זהה (כי ההחלטה על התוספת התקבלה במסגרת משא ומתן בעת שרק הראשון מילא את התפקיד הרלוונטי).²⁶ במקרה זה, העלאת השכר גם לעובד האחרון

²⁵ שם, בעמ' 52.

²⁶ שם, בעמ' 2.

כרוכה כמובן בעלות כספית. דוגמה נוספת היא הסירוב להכניס חולת פסוריאזיס לבריכה "כדי לרצות את המבלים האחרים במועדון שנרתעו מהסמנים החיצוניים של מחלתה" וכך למנוע פגיעה ברווחי המועדון.²⁷ גם כאן, סביר שאי ריצוי הלקוחות האחרים במצבים מעין אלה כרוך לעיתים במחיר. ד"ר פינטו כותבת, לגבי מקרה זה, שאין מקום לאסור על סירוב להכניס את החולה לבריכה אם בעלת הבריכה "נמצאת בקשיים כלכליים ובקושי רואה רווח" מהבריכה. אבל ברור שאין היא מתכוונת לראות כל מחיר כמספיק מהבחינה הרלוונטית. לכן, לא ברור מה הקריטריון הכללי המוצע מבחינה זאת. חוסר הבהירות האמור לגבי השאלה אם ההצעה היא לאסור גם על פעולות שהימנעות מהן כרוכה במחיר מוסרי, ואם כן אילו, הוא חשוב, כי אף על פי שסביר לאסור גם על פעולות כאלה לפעמים (כפי שנעשה גם במסגרת האיטורים על הפליה לעיתים), יש הברדל לא קטן בין איסור על פעולות כאלה לאיסור על פעולות שהימנעות מהן אינה כרוכה במחיר מוסרי. במקרים שבהם יש מחיר (בעל חשיבות מוסרית) להימנעות מפעולה, יש לקחת בחשבון, כאשר שוקלים איסור על הפעולה, את השאלה מי יישא במחיר הזה – ואם יש לכך הצדקה.

שאלה קשורה, שגם לגביה אין תשובה ברורה במאמר, נוגעת למצבים שבהם המחיר המוסרי של הימנעות מהפעולה העומדת על הפרק הוא מבחינת האינטרס האישי של המחליט. באופן כללי, נראה כי העלות של הימנעות מפעולה היא רלוונטית לשאלה אם הפעולה פסולה וצריכה להיאסר מבחינה משפטית גם אם העלות היא מבחינת האינטרס האישי של המחליט. זוהי, כך נראה, גם העמדה המקובלת. מבחינה מוסרית, עמדה מקובלת (אם כי שנויה במחלוקת) לא רק מתירה לאנשים לייחס משקל לאינטרסים שלהם אלא אף מתירה לייחס משקל עודף (עד גבול מסוים) לאינטרס האישי.²⁸ וכאמור, חריגים מקובלים לאיטורים המשפטיים על הפליה עוסקים במצבים שבהם יש להימנעות מהפליה עלות שהיא לעיתים קרובות במונחי האינטרס האישי של מבצע הפעולה. אולם העמדה של ד"ר פינטו אינה חד-משמעית מבחינה זאת. מצד אחד היא כותבת במקום אחד, בהתאם לעמדה המקובלת, כי "אינטרסים עצמיים בהגדלת רווחים או בשימור לקוחות הם כמובן אינטרסים רלוונטיים".²⁹ גם הדיון שלה בדוגמת השמרטפות תומך בהשערה כי היא חושבת שהתחשבות באינטרס האישי של המבחין היא מותרת (בהנחה שהטעם שמצדיק את הבחירה המבוססת על מידע חלקי מאוד לגבי כישורי המועמדים במקרה זה נוגע לעלות של בחינה מדוקדקת יותר מבחינת האינטרס האישי של המעסיק). מצד שני, אמירות אחדות שלה מרמזות על עמדה שונה. כך, למשל, היא כותבת כי "הסתמכות על הקריטריון יכולה להיות רלוונטית רק אם ניתן להצדיק אותה מסיבות חיצוניות שאינן קשורות רק לאינטרס העצמי של מי שמסתמך על ההבחנה".³⁰ היא מציעה לאסור (גם) על הבחנות המבוססות על "סיבה או על סיבות

27 שם, בעמ' 32.

28 ראו למשל (1989) 188-9 SHELLY KAGAN, THE LIMIT OF MORALITY.

29 פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 33.

30 שם, בעמ' 31.

חיצוניות משכנעות, שאינן תלויות באדם או בגוף שיוצרים את ההבחנה",³¹ ועל "הבחנות שרירותיות המבוססות על אינטרס עצמי רווחי... במצבים בהם אי-אפשר להצדיקן בטיעונים נורמטיביים חיצוניים".³² בנוסף, חלק מהדיון שלה בדוגמאות תומך גם הוא באותה מסקנה. כך, למשל, היא מטווגת את הפעולות בדוגמאות האמורות של מד"א ושל הברוכה ככאלה שיש לאסור עליהן אף כי נראה, כאמור, שהימנעות מהן כרוכה במחיר מבחינת האינטרס של מקבל ההחלטה.³³

חוסר בהירות קשור נוגע לכך שאין במאמר הבחנה ברורה בין אינטרסים לעמדות. ד"ר פינטו כותבת כי סוג אחד של פעולות לא רציונליות הן פעולות "המבוססות על קריטריון הנחשב רלוונטי או מועיל לקידום מטרת ההבחנה רק מנקודת המבט של קידום האינטרס העצמי של מי שיוצרים את ההבחנה".³⁴ לא ברור אם מה שנתפש כבעייתי בהקשר זה הוא העובדה שהפעולה נועדה לשרת את האינטרס האישי של המחליט או שהפעולה מבוססת על עמדה שגויה (לגבי האינטרס האישי של המחליט או לגבי עובדה אחרת שיש לה חשיבות מוסרית). ייתכן למשל שהכוונה היא לפסול פעולות המשקפות הנחה שגויה (של המחליט) כי יש מחיר (בעל חשיבות מוסרית) להימנעות מהפעולה, ולא פעולות שהימנעות מהן אכן כרוכה במחיר כזה, כולל מחיר שנוגע לאינטרס האישי של המחליט. אפשרות זאת נרמזת על ידי ההבהרה במאמר כי "הרלוונטיות של הקריטריון צריכה להיבחן מנקודת מבט אובייקטיבית".³⁵ היא משתמעת גם מההבהרה, לגבי דוגמת הברוכה, כי לא היו במקרה זה ראיות לכך שהמחלה מידבקת (ובפרט כי הסממנים החיצוניים לא היו מנבא אמין לכך).³⁶ הבהרה זו רומזת על כך שהמפלה חשב בטעות אחרת. אולם, קשה ליישב את ההשערה הזאת עם הדגש על כך שהעמדה הרלוונטית היא לגבי האינטרס האישי של המחליט דווקא, כמו גם עם ההצעה לאסור על מקרים שיש בהם עלות להבחנה.

4. הפעולה והפועל

שאלה שונה נוגעת לקשר בין המאפיינים הרלוונטיים לפעולה – לאופן שבו הפעולה (אינה) "מושפעת" ממאפיינים אלה. אפשרות אחת עוסקת במצב הנפשי של מבצע הפעולה – אם הוא לקח בחשבון מאפיין מסוים בעת גיבוש ההחלטה איך לפעול. לא ברור אם זוהי אכן הכוונה שעומדת בבסיס ההגדרה האמורה. מצד אחד, זוהי פרשנות מתבקשת שלה לאור האופן שבו היא מנוסחת. למעשה, קשה לחשוב על

³¹ שם, בעמ' 34.

³² שם, בעמ' 33.

³³ במקרה מד"א, המעסיק הוא ארגון ללא כוונת רווח, אבל מכיוון שאין התייחסות להיבט זה, נראה שעמדה דומה אמורה לחול לגבי כל מעסיק, כולל מעסיק פרטי שמטרתו היא רווח כספי כאמצעי לקידום האינטרס האישי שלו.

³⁴ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 31.

³⁵ שם, בעמ' 31.

³⁶ שם, בעמ' 33.

פרשנות אחרת שמשקפת את נוסח ההגדרה.³⁷ מצד שני, נראה כי הכוונה היא לייחס את חוסר הרציונליות לפעולה – ולא (לפחות לא רק) למבצע הפעולה – ולפי הפרשנות הזאת הקשר הזה אינו ישיר. בפרט, לפי עמדה סבירה ומקובלת, המעמד המוסרי של פעולות – למשל, אם הן פסולות – אינו תלוי במצב הנפשי של מבצעי הפעולות, לפחות לא באופן שבו הם מגבשים את ההחלטה במובן האמור. לפי עמדה זאת, המעמד המוסרי של הפעולה תלוי במאפיינים אחרים, כגון אופי הפעולה או תוצאותיה, בעוד שהמצב הנפשי (האמור) של מבצע הפעולה נוגע למעמד המוסרי של מבצע הפעולה בלבד (אם הוא אשם או ראוי לשבח).³⁸ בהתאם, פעולה עשויה להיות רציונלית גם אם השיקולים שהניעו את מבצע הפעולה היו שגויים. למשל, במקרה שבו כמה טעויות שלו בכיוונים נוגדים הוליכו לפעולה בעלת המאפיינים הנכונים או התוצאות האופטימליות. עמדה זאת היא אומנם שנויה במחלוקת – יש עמדות שמקשרות באופן הדוק יותר בין השיקולים של מבצע ההחלטה למעמד המוסרי של הפעולה – אבל לא ברור אם המאמר אכן מניח עמדות כאלה. מכל מקום, חסרה הבהרה של ההנחה הרלוונטית מבחינה זאת. כפי שאסביר בהמשך, חוסר בהירות זה נוגע גם לטענות לגבי המעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק. לפי עמדות מסוימות, השאלה אם הפליה היא פסולה תלויה במצב הנפשי של מבצע הפעולה, בעוד שעמדות אחרות מתמקדות במאפיינים של הפעולה ותוצאותיה. בפרט, חוסר בהירות זה קשור למחלוקת לגבי השאלה אם ראוי שהאיסורים המשפטיים על הפליה יתמקדו במצב הנפשי של המפלים או בתוצאות הפעולה (או שיתייחסו לשני המשתנים הללו).³⁹ שאלה דומה עולה לגבי הרכיב השני בהגדרה. לפי רכיב זה, פעולה שאינה מושפעת מהמאפיינים הרלוונטיים אינה רציונלית רק אם "לא ניתן לאתר הצדקה נורמטיבית משכנעת" להבחנה או, בניסוח שאמור כנראה לשקף אותו רעיון, פעולה אינה לא רציונלית אם יש לה "הצדקה המצביעה על סיבה או סיבות חיצוניות משכנעות".⁴⁰ שאלה אחת היא אם הדרישה כאן היא לכך שתהיה הצדקה לפעולה (בפרט לאור שקלול התרומה והעלות של בחינה נוספת של עובדות שעשויות להיות רלוונטיות) או לכך שמישהו – למשל, המבחין (או האדם המושפע מההחלטה) – חושב שההבחנה היא מוצדקת, גם אם אין היא מוצדקת למעשה. למשל, בדוגמת הבריכה, ייתכן כי חלק מהמעורבים חשבו בטעות כי הייתה הצדקה לסירוב להכניס את חולת הפסוריאזיס לבריכה (מפני שהיא עלולה להדביק אחרים), אף על פי שהשערה זאת הייתה שגויה. האפשרות השנייה – של הצדקה מנקודת המבט של מישהו – אינה ברורה בכל הנוגע

³⁷ פרשנות זאת תואמת גם את הטענה כי הפעולות הרלוונטיות "אפילו אינן מנסות או שואפות לצמצם את הפגיעה באוטונומיה" (שם, בעמ' 37). שכן נראה כי ניסיון או שאיפה מתיישבים טוב יותר עם דגש על המצב הנפשי של הפועל.

³⁸ אני דן בשאלה זאת ביתר פירוט במקום אחר. ראו Re'em Segev, *Justification under Uncertainty*, 31 L. & PHIL. 523 (2012).

³⁹ אני מסביר את ההשלכה של חוסר הבהירות האמור על הדיון במעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק בפרק ד.

⁴⁰ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 34.

לשאלה מנקודת המבט של מי צריכה להיות הצדקה להבחנה (למשל, המחליט, מי שמושפע מההחלטה או אדם אחר), מה שמעלה ספק אם זוהי אכן הכוונה. נראה סביר יותר לכן שהכוונה היא לאפשרות הראשונה (של הצדקה אובייקטיבית). אומנם, הביטוי "לא ניתן לאתר" וההתייחסות ל"שכנוע" הם מיותרים (ולכן עלולים להטעות) אם זוהי אכן הכוונה, אבל בחשבון כולל אפשרות זאת נראית סבירה יותר (ולכן ייתכן, למשל, כי הכוונה הייתה רק לכך שלא ניתן לאתר הצדקה לפעולה כי אין לה הצדקה).

בהקשר המשפטי, יש חשיבות לשתי השאלות הללו אבל כל אחת מהן חשובה מבחינות שונות. השאלה אם הפעולה אכן מוצדקת חשובה, בעיקר, מבחינת ההשפעה שלה על האינטרסים של האנשים שמושפעים מההחלטה, ואילו התשובה לשאלה אם יש הצדקה לפעולה מנקודת המבט של המחליט חשובה, למשל, ככל שיש חשיבות להנחות אנשים כיצד להתנהג במצבים מהסוג הרלוונטי (דבר שיש לו כמובן חשיבות גם, אם כי לא רק, מבחינת האינטרסים של מי שעשויים להיות מושפעים מפעולות כאלה בעתיד כמובן), ומבחינת הצדקה להטלת נטל על מבצע הפעולה – לאור המידה שבה הוא אשם (או ראוי לשבח) בגין הפעולה (בין היתר, בהתחשב במידע שהיה לו או היה זמין עבורו). כך, למשל, בדוגמת הבריכה, מה שחשוב מבחינת בריאות האנשים בבריכה הוא אם אכן מדובר במחלה מידבקת או לא. אולם, ככל שרוצים להנחות מנהלות של בריכות שחיייה כיצד להתנהג בעתיד במצבים מסוג זה, וככל שרוצים להעריך את התנהגותן – אם הן אשמות או ראויות לשבח – השאלה הרלוונטית היא מה היה סביר להניח, ובהתאם כיצד סביר לפעול, בהתאם למידע שהיה ברשותן, או למידע שהן היו יכולות וצריכות להשיג (בין היתר, לאור עלות הבריור).

לבסוף, שאלות ספציפיות יותר מתעוררות לגבי ההסבר שלפיו פעולה אינה רציונלית, במובן העומד על הפרק, כאשר היא מחלקת הטבה לאור קריטריון שאינו "מועיל" או "הכרחי" למטרת החלוקה. שאלה אחת היא אם מדובר אכן בתנאים חלופיים, אשר כל אחד מהם הוא בעל תוכן עצמאי, כפי שעולה מהניסוח האמור. הספק נובע בין היתר מכך שלפי המובן הרגיל של המונחים האמורים, החלופה השנייה היא מיותרת, כי כל קריטריון הכרחי הוא גם מועיל במובן זה. ואם אין זה המצב, ויש לכל תנאי תפקיד עצמאי שלא בא לידי ביטוי במובן הרגיל, נדרשת הבהרה של המשמעות של המונחים הללו. שאלה קשורה נוגעת להתייחסות אל המטרה של חלוקת הטובין בהקשר זה: אם הקריטריון האמור נבחן ביחס לכל מטרה של המבחין או לגבי מטרה שעומדת בדרישה נורמטיבית כלשהי. האפשרות הראשונה אינה סבירה, כי היא מאפשרת למבחין להכשיר כל קריטריון באמצעות בחירת המטרה בהתאם. אולם האפשרות האחרונה מחייבת הגדרה של הדרישה האמורה, שאינה קיימת במאמר.

שאלות הנוגעות להבחנה בין המאפיינים הקשורים לפעולות (לרבות תוצאותיהן) למאפיינים הנוגעים למבצעי הפעולות (למשל, המידע שהיה להם או הכוונות שלהם) מתעוררות אפוא לגבי כמה היבטים מרכזיים של סוג הפעולות שהמאמר של ד"ר פינטו עוסק בהן. כאשר לכל ההיבטים הללו, חשוב לשים לב שיש הבדל בין חלופות שונות בכל הנוגע לתוכן הטענות לגבי המעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק, ובהתאם לגבי הטענות שתומכים בטענות הללו, כפי שאדגיש בהמשך.

ג. מדוע ומתי הפליה וחוסר רציונליות פסולות מוסרית

טענות מרכזיות במאמר נוגעות למעמד המוסרי של פעולות לא רציונליות. טענות אלה הן גם חלק מהטיעון בעד איסור משפטי על פעולות כאלה, אשר, כפי שנראה בהמשך, מתמקד בהיבט זה של הפעולות הרלוונטיות. טענה מרכזית אחת היא שפעולות שהן לא רציונליות במובן הרלוונטי הן פסולות מוסרית כאשר אין להן "הצדקה נורמטיבית משכנעת", גם כאשר אין הן קשורות לעילות המקובלות של הפליה.⁴¹ מכיוון שטענה זאת אינה מסויגת, משתמע שהכוונה היא לכך שפעולות אלה הן פסולות תמיד. ההסבר המוצע לכך הוא שהפעולות הרלוונטיות פוגעות באופן חמור ב"אוטונומיה", משקפות יחס "לא שווה", ונותנות ביטוי ליחס "לא מכבד".⁴² יחד עם זאת, נטען גם שאף כי הפעולות האמורות הן פסולות מוסרית, הן פסולות פחות מפעולות מפלות, ופעולות מפלות, להבדיל מפעולות לא רציונליות (שאינן מפלות), כרוכות בתופעות מסוימות – "מסר משפיל", תפיסה של "נחיתות", ו"הנצחת דעות שליליות".⁴³ ד"ר פינטו מוסיפה כי בשל העדר רכיב ההשפלה בפעולות לא רציונליות שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות, "הפגיעה בזכות לשוויון היא מצומצמת יחסית" עקב פעולות כאלה בהשוואה להפליה.⁴⁴ הטענות הללו כוללות גרעין של אמת, אבל הן אינן מדויקות מכמה בחינות חשובות.

1. רציונליות ומוסריות

ראשית, הפליה ופעולות לא רציונליות אינן פסולות תמיד, בהנחה כמובן שאין מגדירים אותן באופן הכולל גם את הרכיב הזה (שאו הטענה שפעולות אלה פסולות תמיד היא מעגלית ואינה תורמת להבנת המעמד המוסרי שלהן) אלא באופן שהוא ניטרלי מבחינה זאת, למשל כהעדפה של אדם בשל מאפיינים כגון גזע או מין. כאמור, ככל שהגדרה מתמקדת בשיקולים של מבצעי הפעולות, הפעולות העומדות על הפרק אינן פסולות בהכרח אם המעמד המוסרי של הפעולות (להבדיל מזה של מבצעי הפעולות) אינו תלוי בשיקולים של מבצעי הפעולות אלא במאפיינים אחרים של הפעולות או בתוצאותיהן.⁴⁵ בנוסף, עילות ההפליה המקובלות, כמו גם המאפיינים שד"ר פינטו מתמקדת בהם, עשויים להיות בעלי חשיבות מוסרית. אומנם העובדות הללו הן, תמיד או כמעט תמיד, חסרות חשיבות עצמאית; המין של מועמדות למשרה

⁴¹ ראו למשל, שם, בעמ' 36–37.

⁴² ראו למשל שם, בעמ' 36–39.

⁴³ שם, בעמ' 40.

⁴⁴ שם, בעמ' 42.

⁴⁵ ראו פרק ג.

למשל הוא חסר חשיבות בפני עצמו (כמעט תמיד) בכל הנוגע לכישורים שלהן.⁴⁶ אולם לעובדות אלה עשויה להיות לעיתים חשיבות נגזרת לאור הקשר שלהן לעובדות אחרות שיש להן חשיבות עצמאית, בעיקר מפני שיש לפעמים מתאם בין שני סוגי העובדות. למשל, אם נשים במקלט לנשים נפגעות אלימות מרגישות נוח יותר כאשר העובדות במקלט הן נשים, יש טעם בעד העדפת נשים לתפקיד.⁴⁷ בחלק מהמקרים הללו – אם כי לא בהכרח בכלום – טעם זה מכריע את הכף, כך שהפעולות הללו אינן פסולות בחשבון כולל.

יחד עם זאת, חשוב לשים לב לכך שיש גרעין של אמת בטענה שפעולות לא רציונליות הן פסולות: אף על פי שטענה זאת אינה מדויקת, כיוון שפעולות אלה אינן פסולות תמיד, יש קשר לא מקרי בין חוסר רציונליות במובן הרלוונטי ובין המעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק. הזכרתי במבוא שנהוג לדחות בקצרה את האפשרות שהפליה היא פסולה (כאשר היא פסולה) בשל היותה לא רציונלית (כאשר היא לא רציונלית) בנימוק שחוסר רציונליות אינו תנאי הכרחי או מספיק לכך שהפליה תהיה פסולה. ההנחות העומדות בבסיס הטיעון הזה נכונות, אבל הן אינן מוליכות למסקנה שאין קשר משמעותי בין חוסר רציונליות של הפועל להיותה של פעולה שהיא תוצר של חוסר הרציונליות האמור פסולה. חוסר רציונליות אכן אינו מהווה תנאי הכרחי להיותה של הפעולה הרלוונטית פסולה, בין היתר, כי גם פעולה רציונלית במובן העומד על הפרק היא לעיתים פסולה, וחוסר רציונליות אינו תנאי מספיק לכך שהפעולה הרלוונטית תהיה פסולה, כי חוסר רציונליות לא תמיד משבש את הפעולה. אולם מהטענות הנכונות הללו לא נובע שאין קשר הדוק בין חוסר רציונליות למעמד המוסרי של הפליה. פעולה שהיא לא רציונלית – בפרט במובן שהיא נובעת מהתחשבות בעובדה שאין לה חשיבות מוסרית, או מאי-התחשבות בעובדה שיש לה חשיבות מוסרית – היא לעיתים קרובות פסולה באופן הקשור לחוסר הרציונליות האמור. זאת משום שחוסר רציונליות במובן האמור ישבש לעיתים קרובות את המסקנה לגבי אופי הפעולה הראוי. זה לא קורה בהכרח מפני שהתחשבות בעובדה חסרת חשיבות מוסרית, כמו גם אי-התחשבות בעובדה שיש לה חשיבות מוסרית, עשוי לפעמים, במקרה, להוליך למסקנה הנגזרת מהשקלול הראוי של כל העובדות שיש להן חשיבות מוסרית. אבל חוסר רציונליות מוליך לעיתים קרובות לפסולות מוסרית באופן שהוא אומנם קונטינגנטי אבל אינו מקרי.

⁴⁶ אם כי ראו את הטענה שאין זה תמיד המצב – טענה המבוססת על הדוגמה של הערפה של אדם שעורו בהיר על פני אדם שעורו כהה בחלוקת אמצעי הגנה מקרינה: Richard Arneson, *Discrimination, Disparate Impact, and Theories of Justice*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW* 87, 88 (Deborah Hellman & Sophia Moreau eds., 2013). (להלן: Disparate Impact).

⁴⁷ לדוגמה זאת ראו Halldenius, לעיל ה"ש 3, בעמ' 447 F.; *Fesel v. Masonic Home*, 447 F. Supp. 1346, (1978).

2. המעמד המוסרי של הפליה

גם הטענות לגבי הטעמים אשר בגללם הפליה ופעולות לא רציונליות הן פסולות – הטענות המקשרות בין הפעולות הללו ל"אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד" – אינן מדויקות מכמה בחינות חשובות. ראשית, הפליה ופעולות לא רציונליות עשויות להיות פסולות עקב כל טעם טוב, לרבות טעמים כלליים שאין להם קשר מיוחד לסוגי הפעולות העומדים על הפרק, ולא רק לאור הטעמים האמורים. למשל, הפליה ופעולות לא רציונליות הן פסולות לעיתים (למשל, כאשר אין טעם נוגד) מפני שאין הן מעניקות משאב מסוים לאדם שיפיק ממנו את התועלת הרבה ביותר, או מפני שאין הן מעניקות קדימות לאינטרסים של אנשים שמצבם רע יותר. טעמים כלליים אלה (בעד מקסום רווחה ומתן קדימות לאנשים שמצבם רע יותר) אינם מיוחדים לסוגי הפעולות העומדים על הפרק, אבל הם רלוונטיים גם להם, כמו גם לפעולות אחרות. טיעון אחד בעד עמדה זאת הוא פשוט ונראה לי מבוסס בעליל, שכן הוא כולל שתי הנחות סבירות מאוד ומקובלות מאוד. ההנחה הראשונה היא נורמטיבית ולפיה יש טעמים (טובים), שהם לפעמים מכריעים, מעבר ל"אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד", למשל הטעמים הכלליים האמורים בעד מקסום רווחה או מתן קדימות לאנשים שמצבם רע יותר (בעד טעמים אחרים או נוספים). נראה כי אין מחלוקת של ממש לגבי הנחה זאת – אני מניח שגם מי שחולקת על הדוגמאות שהבאתי (אף כי יש הסכמה רחבה שאלה הם טעמים טובים) חושבת שיש טעמים (טובים) אחרים או נוספים בעד או נגד פעולות מעבר לאלה שמוזכרים במאמר, ושיש מצבים שבהם טעמים אלה מכריעים את הכף בחשבון כולל. ההנחה השנייה היא עובדתית ולפיה יש מצבים שבהם הטעמים האמורים הם נגד פעולות מפלות ופעולות לא רציונליות (למשל, כאשר פעולות אלה אינן ממקסמות רווחה או אינן מקדמות את האינטרסים של האנשים במצב הרע יותר) ואין טעמים נוגדים.⁴⁸ אם טיעון זה אכן מבוסס, וכאמור נראה לי שלא צריכה להיות מחלוקת של ממש על כך, ההנחה כי רק הטעמים האמורים ("אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד") נוגעים למעמד המוסרי של הפליה ושל פעולות רציונליות היא שגויה. לכן, אין מקום להתמקד דווקא בטעמים האמורים כאשר בוחנים את המעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק.

⁴⁸ אני מסביר את הטענה הזאת ביתר פירוט במקום אחר. ראו Re'em Segev, *General Versus Special Theories of Discrimination*, J. MORAL PHIL. FORTHCOMING, 20 (2021) לעמדות הקושרות בין טעמים אלה למעמד המוסרי של הפליה, ראו גם למשל LIPPERT-RASMUSSEN, BORN FREE: לעיל ה"ש 7; Re'em Segev, *Making Sense of Discrimination*, 27 RATIO JURIS. 47 (2014); Peter Vallentyne, *Discrimination and Rights*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF DISCRIMINATION 132 (Kasper Arneson ; 3, לעיל ה"ש 47, בעמ' 94, 88).

נקודה דומה נכונה גם בכיוון השני – לגבי המחיר הכרוך בפעולה רציונלית במוכן הרלוונטי. כאשר ד"ר פינטו דנה במחיר זה⁴⁹ היא מכירה בכך שפעולה רציונלית, במוכן הרלוונטי, כרוכה במחיר במונחי "חירות" ו"אוטונומיה", לאור העובדה ש"החובה שלא לנהוג בשרירותיות דורשת מבעלי עסקים וממעבידים לאמץ פרוצדורה רציונלית ולהקדיש זמן ומחשבה לפני סירוב ללקוח, יחס שונה לעובד או אי-קבלה של מועמד פוטנציאלי לעבודה" (נראה שהיא שוללת את קיומו של מחיר במונחי "יעילות").⁵⁰ נראה כי הכוונה היא בעיקר למצבים שבהם התחשבות בכל העובדות שראוי לקחת בחשבון מחייבת בירור (נוסף). אולם לא ברור מדוע הדיון מוגבל למחיר מבחינות אלה, ואינו לוקח בחשבון היבטים אחרים של המחיר הכרוך בפעולה רציונלית. שהרי גם מבחינה זאת רלוונטי כל טעם טוב בשל טיעון מקביל לטיעון שהצעתו בפסקה הקודמת. למשל, המחיר הכרוך בבירור נוסף אינו מוגבל לפגיעה ב"חירות" וב"אוטונומיה" דווקא אלא כולל, כמעט תמיד, למשל, הקדשת משאבים שעשויים היו לשמש כדי לקדם מטרות אחרות שיש להן ערך מוסרי, כגון רווחתה של מבצעת הפעולה או של אנשים אחרים. לכן, לא ברור מדוע גם בהקשר זה – של המחיר הכרוך בחובה לפעול באופן רציונלי – הדיון אינו כולל (גם) היבטים אחרים, בנוסף ל"חירות" ו"אוטונומיה". הביקורת הזאת על הגבלת הדיון משתי הבחינות האמורות רק לחלק מהטעמים הרלוונטיים – בעד ונגד הפליה ופעולות לא רציונליות – מתחדדת מפני שמצד אחד היא מתעלמת מטעמים שיש לגביהם הסכמה רחבה, ומצד שני היא מתמקדת בטעמים מעורפלים יותר ושנויים במחלוקת יותר ("אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד"). בפרט, לא ברור מהי המשמעות המדויקת שמיוחסת למונחים הרלוונטיים, ובשל כך לא ברור גם אם הטענה היא שאלו הם טעמים יסודיים (להבדיל מטעמים שנגזרים מטעמים יסודיים יותר). חשוב להדגיש שזה נכון לא רק לגבי המונח "כבוד", שהתלונות (המוצדקות) לגבי חוסר הבהירות שלו מוכרות, אלא גם לגבי המונחים האחרים: "שוויון" ו"אוטונומיה".

3. "שוויון"

למרות הנטייה המקובלת לקשר בין הפליה ל"אי שוויון" (בפרט בהקשרים משפטיים),⁵¹ הקשר בין הפליה לשוויון אינו מובן מאליו. ראשית, יש להבחין בין השאלה המושגית – אם הפליה כוללת מעצם טיבה רכיב השוואתי (כלומר כרוכה ביחס שונה לאנשים שונים), לשאלה הנורמטיבית – אם הפליה היא פסולה, לפחות לפעמים

⁴⁹ דיון זה נעשה לא במסגרת הטיעונים של ד"ר פינטו בעד האיסור המוצע אלא במסגרת הדיון שלה ב"טיעוני נגד". אולם מכיוון שהיא מכירה בכך שיש מחיר לאיסור שהיא מציעה, המקום של דיון כזה הוא במסגרת הטיעונים בעד האיסור המוצע, שכן כאמור בלי דיון במחיר האמור טעונים כאלה אינם מבוססים.

⁵⁰ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 52–54.

⁵¹ ראו פרק א לעיל.

ובין היתר, לאור העובדה שהיא לא שוויונית במובן מסוים.⁵² קיימת מחלוקת לגבי התשובות לשתי השאלות הללו. במישור הראשון (המושגי), נראה כי העמדה המקובלת יותר מניחה שהפליה כוללת היבט השוואתי (ובפרט השוואה בין היחס הניתן לאנשים שונים), אם כי יש הטוענים שהפליה אינה מחייבת היבט כזה (ולכן, למשל, תיתכן הפליה באי בודד).⁵³ התשובה הנכונה לדעתי היא שאין תשובה חד-משמעית לשאלה האמורה כי המשמעות המקובלת של המונח "הפליה" אינה חד-משמעית, בין היתר, מבחינה זאת.⁵⁴ מכל מקום, השאלה המעניינת יותר, והחשובה יותר, היא במישור השני – הנורמטיבי, כלומר אם יש טעם של שוויון נגד הפליה, ואם הפליה פסולה לעיתים בחשבון כולל עקב כך. תשובה חיובית לשאלה האמורה אינה מובנת מאליה גם אם נניח, לצורך הדיון, שבמישור המושגי הפליה כרוכה מעצם טיבה ביחס לא שונה לאנשים שונים. בהקשר זה חשוב להדגיש שתי נקודות קשורות.

ראשית, יש מחלוקת לגבי השאלה אם יש לשוויון ערך עצמאי. לפי עמדה משפיעה אחת, למשל, ההסבר הטוב ביותר (מבחינה נורמטיבית) לאינטואיציות השכיחות נגד אי-שוויון אינו שיש ערך עצמאי לשוויון אלא טעם אחר, שמוליך למסקנות דומות לעיתים קרובות. דוגמה בולטת אחת היא הטענה כי יש טעם עצמאי בעד מתן משקל רב יותר לאינטרסים של אנשים בהתאם למידה שבה מצבם הוא רע (באופן לא יחסי).⁵⁵ באופן כללי יותר, יחס שונה לאור מאפיינים כמו גזע או מין, או לאור מאפיינים אחרים שהם חסרי חשיבות בהקשר הנדון, עשוי להיות לא רצוי לעיתים קרובות בשל מגוון של טעמים, ולא דווקא שוויון. למשל, יחס כזה עלול לגרום לכך שמי שיקבל הטבה מסוימת אינו האדם שיפיק ממנה את מרב התועלת, או האדם שמגיע לו לקבל את ההטבה מבחינה מוסרית, או (כאמור) אינו האדם שמצבו רע יותר. לכן, אין זה מובן מאליו אף שחלק מהמחיר הכרוך לעיתים קרובות בהפליה ובפעולות לא רציונליות קשור לשוויון כלל ועיקר. שנית, גם בהנחה שיש ערך עצמאי לשוויון (במובן מסוים), ברור שאין טעם מוסרי נגד כל יחס שונה לאנשים שונים, בין אם מדובר ביחס שונה לאור מאפיינים כמו גזע או מין ובין אם היחס השונה נובע ממאפיינים אחרים, שכן לא כל אי-שוויון כרוך במחיר מוסרי. ומכיוון שיש מחלוקת לגבי השאלה איזה סוג של אי-שוויון, אם בכלל, כרוך במחיר מוסרי בפני עצמו (למשל, אם זהו אי-שוויון ברווחה או במשאבים), אי אפשר להעריך את הטענה האמורה ללא פירוט נוסף.

⁵² כאמור, לפעמים, בייחוד בהקשרים משפטיים, משתמשים במונח "אי שוויון" כתיאור להפליה (ראו פרק א). במקרה כזה כמובן ההתייחסות ל"שוויון" אינה מצביעה על טעם נגד הפליה.

⁵³ ראו למשל Deborah Hellman, *Two Concepts of Discrimination*, 102 VA. L. REV. 895 (2016).

⁵⁴ ראו פרק ב לעיל.

⁵⁵ Derek Parfit, *Equality or Priority*, in *THE IDEAL OF EQUALITY* 81 (Matthew Clayton & Andrew Williams eds., 2002); Derek Parfit, *Equality and Priority*, 10 *RATIO* 202 (1997); Larry Temkin, *Equality, Priority, and the Levelling Down Objection*, in *THE IDEAL OF EQUALITY* 126 (Matthew Clayton & Andrew Williams eds., 2002)

4. "אוטונומיה"

גם במונח "אוטונומיה" נעשה שימוש במובן שאינו ברור לגמרי, ובפרט שנראה שונה מהמובן המקובל אשר מתמקד בשליטה של אדם על מהלך חייו באמצעות בחירה בין חלופות שונות. נראה כי ההנחה במאמר היא שיש פגיעה באוטונומיה עקב עצם ההתחשבות במאפיין של אדם שאינו רלוונטי להחלטה העומדת על הפרק, או עקב אי-התחשבות במאפיין רלוונטי, ושעוצמת הפגיעה תלויה במספר המאפיינים שבהם (אין) מתחשבים. אולם טיב הקשר המדויק בין אי-התחשבות במאפיינים רלוונטיים ובין אוטונומיה (במובן המקובל) אינו ברור. למשל, אפשרות אחת שעולה מהמאמר היא שהקישור האמור נובע משילוב של ההנחה שלפיה יחס שאינו משקף כראוי את כל המאפיינים הרלוונטיים של כל אדם אינו נותן ביטוי הולם לכך שהאדם הרלוונטי הוא מיוחד (במובן כלשהו), יחד עם ההנחה שלפיה הייחוד של אדם קשור לבחירות שלו – כך שיש שאינו משקף כראוי את המאפיינים הרלוונטיים של אדם אינו נותן ביטוי הולם לבחירות שלו.⁵⁶ אולם, ראשית, מכיון שהשאלה עד כמה אדם הוא מיוחד (במובן הרלוונטי) אינה תלויה רק (ולעיתים קרובות אף לא בעיקר) בבחירות שלו אלא גם במאפיינים שאינם בשליטתו, נובע מההנחות האמורות שלא כל התעלמות מהמאפיינים של אנשים פוגעת באוטונומיה שלהם, והטענות הרלוונטיות במאמר של ד"ר פינטו אינן מסויגות בהתאם.⁵⁷ שנית, לגבי ההנחה הראשונה, גם ככל שאדם הוא מיוחד במובן מסוים עקב בחירות שלו, לא ברור איך יחס שאינו משקף את הייחוד הזה פוגע באוטונומיה שלו. זאת אלא אם מניחים שכל פעם שאדם אינו מקבל יחס שתואם את התוכניות שלו נפגעת האוטונומיה שלו. הנחה זאת רחוקה מלהיות מובנת מאליה, אף כאשר היחס האמור היה מטרה (אחת לפחות) של הבחירה, ובוודאי כאשר אין זה המצב.

אפשרות אחרת היא שהכוונה היא לכך שכאשר אדם מסוים אינו מציע לאדם אחר הטבה מסוימת בשל מאפיין מסוים, אז האפשרויות שיש לאחרון מאבדות מערכן מבחינה מסוימת. למשל, האפשרות לפעול כדי לקבל הטבה בדרך של רכישת כישורים רלוונטיים מאבדת מערכה ככל שמעסיק מסוים אינו מייחס משקל לכישורים (גובה המחיר האמור תלוי, בין היתר, בשאלה עד כמה אפשר לקבל את ההטבה בדרך אחרת, למשל ממעסיקים אחרים). אולם גם מבחינה זו הקשר בין סוגי הפעולות העומדים על הפרק ואוטונומיה אינו מובן מאליה. ראשית, גם כאשר התחשבות במאפיין שאינו רלוונטי, או אי-התחשבות במאפיין רלוונטי, שוללים חלופה אחת, הם עשויים להותיר חלופות דומות מספיק כך שאין פגיעה במובן האמור. זה נכון לגבי שני סוגי הפעולות העומדות על הפרק, אבל מבחינה זאת יש הבדל בין הפליה ובין פעולות לא רציונליות (שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות), שכן אחד המאפיינים של הפליה הוא

⁵⁶ ראו, למשל, פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 27.

⁵⁷ ד"ר פינטו מכירה בנקודה הראשונה (היא כותבת: "בהנחה שלפחות חלק מהתכונות האלה אינן מקריות, אלא תוצאה של תכנון, בחירות והחלטות אישיות", ראו שם, בעמ' 27), אבל אינה גוזרת ממנה את המסקנה האמורה.

העובדה שמדובר בתופעה בעלת חשיבות, מה שאינו נכון לגבי הפעולות הלא רציונליות שהמאמר מתמקד בהן, כפי שד"ר פינטו עצמה מדגישה.⁵⁸ זה מחדד את הספק אם זהו אכן המובן של אוטונומיה אשר אליו המאמר מכוון, ומעלה ספק לגבי השאלה עד כמה הפגיעה במובן זה היא משמעותית (בפרט במידה המצדיקה הסדרה משפטית). ספקות קשורים נוגעים לטענה כי פעולות לא רציונליות (ורק הן) "אפילו אינן מנסות או שואפות לצמצם את הפגיעה באוטונומיה" ולכן משקפות "זלזול או התעלמות מאספקט מרכזי" של אוטונומיה.⁵⁹ ספק אחד נובע מכך שלא כל פעולה לא רציונלית נובעת בהכרח מ"זלזול" (למשל). כמו כן, נראה שמבחינת הפגיעה באוטונומיה חשובה התוצאה – ההשפעה על המושפע – ולא עמדת הפועל. באופן כללי יותר, לא ברור אם המאפיינים השליליים האמורים המיוחסים להבחנות לא רציונליות נוגעים למעמד המוסרי של הפעולות שהן התוצאה של ההבחנות הללו או למעמד המוסרי של מבצעי הפעולות. יחס של זלזול, למשל, נראה רלוונטי מהבחינה האחרונה, אבל ספק אם הוא משפיע בפני עצמו על הראשונה.

5. רציונליות והפליה

לבסוף, הטענות המשוות את המעמד המוסרי של פעולות לא רציונליות להפליה אינן מדויקות, אף כי הן כוללות גרעין של אמת. לפי טענות אלה, פעולות לא רציונליות (שאינן מפלות) חמורות פחות מהפליה מבחינה מוסרית, מכיוון שהפליה כרוכה בתופעות מסוימות שאינן קיימות לגבי פעולות לא רציונליות. בפרט נטען כי רק הפליה משדרת "מסר משפיל" כלפי האנשים עם המאפיינים הרלוונטיים,⁶⁰ משקפת "תפיסה בדבר נחיתותן של קבוצות מסוימות",⁶¹ ומנציחה "דעות שליליות" לגביהם.⁶² בהמשך לכך, נטען שמכיוון שהפליה כרוכה ב"השפלה" היא פוגעת באופן חמור ב"שוויון", בעוד שפעולות לא רציונליות אינן כרוכות ב"השפלה" ולכן הפגיעה שלהן "בזכות לשוויון היא מצומצמת יחסית".⁶³ טענות אלה אינן מדויקות מכמה בחינות. ראשית, התופעות האמורות אינן קיימות בהכרח, ולכן תמיד, לגבי הפליה, ואינן נעדרות תמיד לגבי פעולות לא רציונליות (שאינן מפלות). בפרט, סביר כי תופעות כאלה הן פחות שכיחות לגבי הפליה רציונלית, שיש טעם טוב בעדה, למשל העלות כספית של הימנעות ממנה – מאפיין שקיים לעיתים גם לגבי הפליה שהיא פסולה בחשבון כולל. במצב כזה, סביר להניח שיהיו פחות מקרים שבהם המניע לפעולה הוא, בנוסף לטעם הטוב, גם עמדות שליליות, כגון שנאה או בוז, כלפי המופלים, בהשוואה למצב שבו אין טעם טוב בעד הפעולה. בהתאם, כאשר ידוע לאנשים המושפעים מהפעולה

⁵⁸ ראו למשל, שם, בעמ' 40.

⁵⁹ שם, בעמ' 37.

⁶⁰ שם, בעמ' 40.

⁶¹ שם, בעמ' 48.

⁶² שם, בעמ' 40.

⁶³ שם, בעמ' 42.

שמקורה הוא בטעם טוב, ולא בעמדות שליליות כאמור, סביר להניח שהפעולה תגרור תחושות שליליות כמו השפלה בפחות מקרים (אם כי הדבר אפשרי כמובן). כמו כן, גם כאשר התופעות האמורות קיימות – לגבי הפליה ולגבי פעולות רציונליות מסוימות – הן עשויות להתקיים במידה רבה יותר או פחות. לכן, מידת החומרה של סוגי הפעולות הרלוונטיות מבחינות אלה אינה אחידה. ולבסוף, המעמד המוסרי של הפליה ושל פעולות לא רציונליות תלוי לא רק בתופעות האמורות אלא גם בטעמים אחרים, כגון הטעמים הכלליים שהזכרתי בתחילת הסעיף. לכן, כדי להסיק מסקנה כוללת לגבי מידת החומרה היחסית של הפעולות הרלוונטיות יש להתחשב גם במשתנים נוספים, כמו הטעמים הללו, ולא רק בתופעות האמורות. הערות אלה מתיישבות עם ההשערה שהפליה היא בדרך כלל פסולה יותר מפעולות לא רציונליות עקב התופעות הללו, כמו גם עם ההשערה שלעיתים קרובות הפליה היא פסולה יותר מפעולות לא רציונליות בחשבון כולל (כאשר מדובר בהפליה ובפעולות לא רציונליות שהן פסולות). אבל מידת החומרה היחסית של הפעולות הרלוונטיות מחייבת, לאור הערות האמורות, הבחנות נוספות וספציפיות יותר.

ד. למה ומתי הפליה וחוסר רציונליות צריכות להיות אסורות מבחינה משפטית

כאמור, ההצעה המעשית במאמר היא לאסור באמצעות המשפט על פעולות לא רציונליות – גם כאלה שאינן קשורות לעילות ההפליה המקובלות. באופן ספציפי יותר, הטענה כי פעולות לא רציונליות מהוות "הפליה" מצביעה על כך שההצעה היא שהאיסור על פעולות אלה צריך להיות, במובן מסוים, חלק מהאיסורים המשפטיים על הפליה. יחד עם זאת, ההצעה היא שהאיסור על פעולות לא רציונליות (שאינן מפלות) יהיה צר יותר מהאיסור על הפליה מבחינות מסוימות, למשל בכך שהוא לא יכול דרישה של "התאמה". הטיעון בעד (כל ההיבטים של) ההצעה האמורה מתמקד במעמד המוסרי של הפעולות העומדות על הפרק: מוצע לאסור בצורה זאת על פעולות לא רציונליות עקב המחיר המוסרי הכרוך בהן במונחי "אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד"; ומוצע להגביל את היקפו של איסור זה, יחסית לאיסורים המקובלים על הפליה, בשל העובדה שרק הפליה כרוכה ב"השפלה". זוהי הצעה מעניינת, אבל הטיעון המוצע בעדה אינו מבוסס ולכן היא מחייבת מחשבה נוספת.

1. מדוע הטיעון אינו תקף

הקושי הראשון הוא שהטיעון האמור אינו תקף: גם אם כל ההנחות לגבי המעמד המוסרי של פעולות לא רציונליות (ושל הפליה) הן נכונות, אין הן מוליכות למסקנה שיש הצדקה לאיסור משפטי על פעולות כאלה, מכיוון שההנחות האמורות אינן נותנות ביטוי לכל הטעמים הרלוונטיים. גם אם נניח שהדיון במאמר לגבי הטעמים של

"אוטונומיה", "שוויון" ו"כבוד" (והדרך שבה הם פועלים בעד ונגד פעולות לא רציונליות ואיסורים משפטיים על פעולות כאלה) הוא מדויק, דיון זה אינו ממצה, שכן ישנם (גם) טעמים אחרים שנוגעים להצדקה של איסור משפטי על סוגי הפעולות האמורים – לרבות טעמים כלליים שאינם מיוחדים להקשר הרלוונטי, למשל בעד מקסום רווחה ומתן קדימות לאנשים במצב רע יותר.⁶⁴ התשובה לשאלה מה נובע מהטעמים הנוספים הללו לגבי ההצדקה לאיסור משפטי על פעולות לא רציונליות – אם או מתי הטעמים הללו תומכים באיסור כזה או פועלים נגדו – היא מורכבת, כי היא מחייבת בחינה של (פחות או יותר) כל טעם מוסרי – שכן, כאמור, (כמעט) כל טעם כזה רלוונטי, בין היתר, גם למעמד המוסרי של פעולות לא רציונליות. בחינה כזאת כוללת שתי משימות. הראשונה היא גיבוש מסקנה לגבי התוכן של טעמים מוסריים – כלומר, הכרעה בשורה ארוכה של מחלוקות פילוסופיות. המשימה השנייה היא בחינה אמפירית של ההשלכות של הטעמים הללו בסוגים שונים של מצבים – בחינה שמסקנותיה, בעיקר לגבי טעמים תוצאתיים, הן תלויות מקום וזמן. שתי המשימות הללו הן תובעניות מאוד (וכל אחת מהן מחייבת סוג אחר של מומחיות). אבל בלי עמידה בהן, מסקנה בעד או נגד איסור משפטי על פעולות לא רציונליות היא מוקדמת מדי.

2. נכונותן של הטענות האמפיריות

המשימה האמפירית האמורה נוגעת לקושי נוסף בטיעון המוצג במאמר בעד איסור משפטי על פעולות לא רציונליות. הטיעון הזה כולל, בנוסף לטענות נורמטיביות, מספר לא מבוטל של טענות לגבי התוצאות של סוגים שונים של פעולות – הן פעולות לא רציונליות ופעולות מילות והן פעולות של חקיקה ואכיפה של איסורים משפטיים על פעולות משני הסוגים הללו. דוגמה אחת נוגעת לתוצאות של פעולות לא רציונליות ושל הפליה. נטען כי הפליה משדרת "מסר משפיל", משקפת תפיסה של "נחיתות" ומנציחה "דעות שליליות", בעוד שפעולות לא רציונליות (שאינן מילות) אינן כוללות את התוצאות הללו.⁶⁵ דוגמה נוספת נוגעת לתוצאות של סוגים שונים של כללים משפטיים. בהקשר זה נטען שיש יתרון לאיסור משפטי על פעולות לא רציונליות (שאינן מילות) במסגרת – כלומר, תחת הכותרת של – דיני ההפליה, להבדיל מסוגים אחרים של איסורים משפטיים. לפי הטענה האמורה, יתרון זה נובע מכך שאיסורים משפטיים על הפליה "חורגים מעבר לצדדים המעורבים באינטראקציה קונקרטיים" בכך שהם כוללים "הצהרה" או "מסר" שלפיו הפליה היא פסולה, ובכך שהם "מייצרים מודעות חברתית ושיח כמו חינוך, תרבות, מחאה ופעילות לשינוי חברתי ולקידום צדק ושוויון", בעוד שדרכים אחרות של הסדרה משפטית של פעולות לא רציונליות לא

⁶⁴ ראו פרק ד לעיל.

⁶⁵ שם.

יוליכו לתוצאות הללו.⁶⁶ דוגמה אחרונה נוגעת למחיר של איסור משפטי על פעולות לא רציונליות. נטען כי הימנעות מפעולות לא רציונליות, כפרט באמצעות בחינה מדויקת יותר של העובדות הרלוונטיות, כרוכה אומנם במחיר, אבל מחיר זה אינו "גבוה".⁶⁷

הטענות הללו הן (לפחות גם) טענות אמפיריות שאינן מלוות בראיות מספיקות. מבחינה אחת, הטענות הללו הן שגויות בעליל – הן מכלילות מדי: ברור, למשל, שלא כל פעולה מפלה "מנציחה דעות שליליות", וברור שיש פעולות לא רציונליות (שאינן מפלות) שמוליכות לתוצאה הזאת (בלי תלות בשאלה למה בדיוק הכוונה ב"בהנצחת דעות שליליות"). בדומה, ברור גם שלא כל איסור משפטי על הפליה גורם ל"פעילות לשינוי חברתי ולקידום צדק ושוויון", למשל, ושגם סוגים אחרים של איסורים משפטיים עשויים לגרום לתוצאה זאת. לבסוף, ברור שלעיתים המחיר של ברור נוסף של עובדות רלוונטיות הוא גבוה (שוב, בלי תלות בשאלה איך בדיוק מובן המונח האחרון). טענות מסויגות יותר – כאלה שהן בגדר של הכללות (גסות) בלבד למשל – אינן שגויות בעליל. ייתכן שגרסאות מסויגות כאלה הן נכונות לפעמים. אבל חשוב לשים לב לכך שהמאמר אינו כולל ראיות אף בעד טענות חלשות יותר כאלה. נקודה זאת בולטת במיוחד לאור העובדה שד"ר פינטו מניחה שהטעמים בעד איסור משפטי על פעולות לא רציונליות הם חזקים פחות מהטעמים בעד איסור משפטי על פעולות מפלות (ובהתאם מציעה כזכור איסור משפטי צר יותר על סוג הפעולות הראשון בהשוואה לאיסורים המקובלים על הפליה). אם הנחה זאת נכונה, אז אף אם נניח בנוסף שיש הצדקה לאיסור המשפטי המקובל על הפליה, וכן שאין הבדל בין שני סוגי הפעולות מבחינת הטעמים נגד איסור משפטי עליהן, ייתכן כי המסקנה לגבי ההצדקה של איסור משפטי על פעולות לא רציונליות היא שונה, כלומר שאין הצדקה לאיסור כזה, שכן העלות (המוסרית) שלו עשויה לעלות על התרומה שלו.

3. האם יש חשיבות למעמד המוסרי של פעולות מבחינת התגובה לפעולות אלה?

שאלה מורכבת יותר נוגעת להנחה כי ההצדקה לאיסור משפטי על פעולות הנובעות מפעולות לא רציונליות מבוססת על כך שפעולות אלה אינן מוסריות. זוהי הנחה מקובלת. באופן ספציפי יותר, רבים חושבים שעצם העובדה שפעולה מסוימת אינה מוסרית מהווה טעם (לא בהכרח מכריע) לאסור עליה באמצעות המשפט.⁶⁸ למעשה,

⁶⁶ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

⁶⁷ שם, בעמ' 48.

⁶⁸ ראו למשל M.S. MOORE, PLACING BLAME: A THEORY OF THE CRIMINAL LAW, 33 (1997); M.S. Moore, *Legal Moralism Revisited*, 54 SAN DIEGO L. REV. 441, 443 (2017); Jerald Dworkin, *Devlin Was Rights: Law and the Enforcement of Morality*, 40 WM. &

הנחה זאת היא מקובלת עוד יותר ממה שנהוג לחשוב, שכן גם גרסאות בולטות של "עקרון הנזק" – שנתפש לעיתים כחלופה לעמדה שלפיה העובדה שפעולה אינה מוסרית היא טעם לאסור עליה באמצעות המשפט – מאמצות את העמדה הזאת. גרסאות אלה מציעות לאסור על פעולות שכרוכות בנזק (במובן כלשהו) רק אם פעולות אלה הן פסולות.⁶⁹ הסבר אחד לכך הוא שלא נראה שיש (אפילו) טעם לאסור על פעולות שכרוכות בנזק מוצדק, למשל פעולה שגורמת נזק לתוקף בהגנה עצמית מוצדקת. כאשר מקבלים את התובנה הזאת, מתבקש ללכת צעד נוסף ולסכם שמה שחשוב בסופו של דבר בהקשר זה אינו הנזק אלא הפסול. ואכן, כמה מהתומכים הבולטים ב"עקרון הנזק" טוענים שהעובדה שפעולה היא פסולה מהווה, בפני עצמה, טעם בעד איסור משפטי עליה, בלי תלות בשאלה אם הפעולה מזיקה או לא. לפי עמדה זאת, הדרישה לנזק נובעת רק מטעמים אחרים, נוגדים, כמו חירות או הסכנה של טעות או שימוש לרעה בכוח המשפטי.⁷⁰ העמדה של תומכים אחרים של עקרון הנזק היא פחות ברורה מבחינה זאת, אבל גם הטיעונים שלהם לפחות מתיישבים עם העמדה שיש טעם להשתמש במשפט נגד פעולות פסולות, שכן טיעונים אלה מדגישים גם הם טיעונים נוגדים.⁷¹

יחד עם זאת, אף על פי שהקישור הזה בין פסול מוסרי ואיסור משפטי הוא אטרקטיבי ומקובל, אני חושב שהוא שגוי ושהמעמד המוסרי של פעולות – לרבות אם הן פסולות מוסרית – אינו בעל חשיבות בפני עצמו כלל לגבי השאלה איך צריך להגיב לפעולות העומדות על הפרק, בין היתר באמצעות המשפט (כלומר, הטענה שלי אינה רק שפסול אינו תנאי הכרחי או מספיק להצדקה של איסור משפטי אלא גם שאין לו חשיבות כלל מבחינה זאת). נדמה לי כי העמדה המקובלת האמורה נובעת, בחלקה, מחוסר הבחנה בין המעמד המוסרי של פעולות – בפרט אם הן מותרות או פסולות, המעמד המוסרי של מצבי עניינים (כולל תוצאות של פעולות) – אם או כמה הם טובים או רעים, והמעמד המוסרי של אנשים (כולל כמבצעי פעולות) – אם הם ראויים לשבח או לגנאי (לדוגמה לאור העובדה שהם אחראים לפעולות מסוימות או לאור אופיים). אין מחלוקת על כך שיש טעם למנוע מצבי עניינים שאינם אופטימליים. בפרט, אין

MARY L. REV. 927, 927–928 (1999); John Gardner, *What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice*, 30 L. & PHIL. 1, 7 (2011); Richard J. Arneson, *The Enforcement of Morals Revisited*, 7 CRIM. L. & PHIL 435, 441–2, 445, 447, 451–4 (2013)

69 ראו למשל JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: VOLUME ONE: HARM TO OTHERS, 34–5 (1984); ANDREW SIMESTER & ANDREAS VON HIRSCH, .CRIMES, HARMS, AND WRONGS: ON THE PRINCIPLES OF CRIMINALIZATION, 38–9 (2011)

70 ראו למשל JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: VOLUME 2: .OFFENCE TO OTHERS, 4–6 (1985)

71 ראו למשל Almeida Ribeiro, ; JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM, 419–21 (1986) *A Pluralist Case for the Harm Principle*, 54 SAN DIEGO L. REV. 361 (2017). הארט מפרש את מיל כך. ראו את אחרית הדבר שלו למהדורה העברית של הרברט ל"א הארט, חוק, חירות ומוסר 94 (אליה גילדין מתרגם (1981).

מחלוקת על כך שראוי למנוע פעולות כאמצעי למניעת התוצאות שלהן כאשר תוצאות אלה אינן אופטימליות (וראוי לעודד פעולות כאמצעי לקידום התוצאות שלהן כאשר תוצאות אלה הן טובות). יש מחלוקת לגבי השאלה אם יש טעם – של גמול למשל – בעד או נגד יחס חיובי או שלילי כלפי אנשים לאור מעמדם המוסרי – למשל, לאור השאלה אם הם אחראים לפעולות נכונות או פסולות. אבל זוהי מחלוקת מוכרת, כמו גם העמדה שיש טעם כזה. השאלה העומדת על הפרק היא אם יש טעם להגיב בדרך מסוימת כלפי פעולות לאור מעמדן המוסרי בנפרד מהמעמד המוסרי של תוצאותיהן ושל מבצעי הפעולות. למשל, אם יש טעם עצמאי למנוע פעולות פסולות או להגיב אליהן בדרך כלשהי. כאשר שמים לב להבחנות הללו, איני רואה את הרציונל בעד או נגד תגובה, לרבות תגובה משפטית, לפעולות לאור מעמדן המוסרי ככזה. מקרי מבחן הם מצבים שבהם הפעולה היא פסולה אבל תוצאותיה טובות (מהחלופות) ומבצעי הפעולות אינם אשמים (למשל, כי הם חושבים שהפעולה מוצדקת – עקב טעות מוסרית או עובדתית). נדמה לי כי בחינה של מצבים כאלה תומכת בהשערה כי אין טעם בעד תגובה כגון מניעת הפעולות בשל עצם העבודה שהן פסולות (אם כי יש כמובן טעם נגד ביצוען לאור ההנחה שהן פסולות). למשל, כאשר אדם אחד מסיג גבול של אחר (ללא הצדקה), באופן שאינו מזיק לאחר בשום דרך, עקב טעות חסרת אשמה, אין, לטענתי, טעם בעד מניעת הפעולה או בעד ענישת הפועל, גם אם הפעולה פסולה. בדומה, כאשר אדם אחד עומד לפגוע באחר מפני שהוא חושב, בטעות, שהאחר עומד לפגוע בו (ללא הצדקה), והטעות היא חסרת אשמה, אין טעם בעד ענישת הפועל, אף על פי שהפעולה פסולה, והטעם בעד מניעת הפעולה הוא הטעם למנוע את התוצאות הרעות שלה ולא טעם למנוע פעולות פסולות ככאלה.⁷²

4. הסיווג של האיסור המשפטי המוצע

קושי ספציפי יותר נוגע להצעה לכלול את האיסור המוצע על פעולות לא רציונליות שאינן מפלגות במסגרת דיני הפליה. הצעה זאת מבוססת הן על ההנחות האמפיריות האמורות לגבי התוצאות של דיני הפליה ושל כללים משפטיים אחרים, מבחינת חינוך והרתעה, והן על הטענה כי דיני הפליה, בניגוד לחלופות משפטיות אחרות, כוללים "מנגנון המאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק", ולכן אינם כרוכים ב"קשיים של כימות והוכחת הנזק", בניגוד לחלופות משפטיות אחרות.⁷³ גם אם נניח, לצורך הדיון, שהטענות האמפיריות הרלוונטיות נכונות, וכן שיש הצדקה לאיסור משפטי על פעולות לא רציונליות, אין הן מוליכות למסקנה שיש לאסור על פעולות כאלה באמצעות דיני הפליה דווקא. למשל, יש כמובן לפעמים טעמים בעד ויתור על דרישה להוכחת נזק,

⁷² אני דן בשאלה זאת (ובדוגמאות נוספות) במקומות אחרים, למשל Re'em Segev, *Should We Prevent Deontological Wrongdoing?*, 173 PHIL. STUD. 2049 (2006); Re'em Segev, *Should Law Track Morality?*, 36 CRIM. JUST. ETHICS 205 (2017).

⁷³ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 43.

כגון החיסכון בעלויות ההוכחה או האפשרות לפצות אנשים שראוי לפצותם אבל אין ראיות לגבי הנזק שנגרם להם. אולם ברור באותה מידה שיש לעיתים קרובות גם טעמים נגד ויתור כזה, למשל העובדה שהדבר יאפשר לאנשים שלא ראוי לפצותם לקבל פיצוי (בכלל או בהיקף מסוים). ברור גם שהמסקנה לגבי השאלה מתי ויתור על דרישה להוכחה של עובדה בעלת חשיבות הוא רעיון טוב, בחשבון כולל, היא שונה בהקשרים שונים. אחרת, היה ראוי לוותר על דרישה להוכחת נזק תמיד – בכל הקשר – וברור שזו אינה מסקנה סבירה. לכן, לא ברור מדוע ההנחה היא שדווקא בהקשר הנדון מדובר על יתרון מכריע.

5. הייחוד של האיסור המוצע מבחינת המחיר הכרוך בו

לבסוף, ד"ר פינטו דוחה את הטענה שהאיסור המוצע פוגע יתר על המידה בחירות (או באוטונומיה) של אלה שהדרישה להימנע מפעולות לא רציונליות מוטלת עליהם.⁷⁴ אם טענה זאת נכונה, עולה השאלה מה ההבדל בין הדרישה האמורה להימנע מפעולות לא רציונליות ובין דרישות אחרות שלרוב לא נהוג להטיל על אנשים שאינם ממלאים תפקידים ציבוריים. שאלה זאת מתחדדת לאור העובדה שהדרישה העומדת על הפרק היא להימנע לא רק מפעולות שאינן רציונליות במובן שאין טעם טוב בעדן (כך שהימנעות מהן אינה כרוכה במחיר שיש לו ערך מוסרי למעט, אולי, הפגיעה בחירות) אלא גם מפעולות שאינן רציונליות. זאת אף על פי שהאחרונות מבוססות על טעם טוב (ולכן הימנעות מהן כרוכה במחיר החורג מעצם הפגיעה בחירות), למשל כי אין הן משקללות כראוי את כל הטעמים הרלוונטיים (במקרים מסוימים), לדוגמה, אין הן לוקחות בחשבון כראוי את האינטרסים של כל האנשים המושפעים מההחלטה.⁷⁵ מבחינה זאת, הדרישה להימנע מפעולות לא רציונליות דומה לעקרונות של "סבירות" או "מידתיות" שנהוג להחיל בעיקר על ממלאי תפקידים ציבוריים והרבה פחות על אנשים שאינם ממלאים תפקידים כאלה. כמובן, ייתכן כי נהוג זה הוא שגוי, אולם אם זו ההנחה מתבקשת לפחות הבהרה שלה, ובפרט מתבקש הסבר אם יש משהו מיוחד בהקשר הנדון או שההצעה היא להרחבה דומה של החובות המוטלות על אנשים שאינם ממלאים תפקידים ציבוריים גם בהקשרים אחרים. ניתן לטעון, בתשובה, שגם האיסורים המקובלים על הפליה, שנהוג להניח שהם מוצדקים, מחייבים להימנע לעיתים מפעולות אף על פי שכרוך בכך מחיר (מעבר לפגיעה בחירות). אולם, אם אכן יש טעמים חזקים יותר בעד איסור משפטי על פעולות מבלתי, בהשוואה לאיסור על פעולות לא רציונליות שאינן מבלתי, כפי שד"ר פינטו מניחה, אז גם אם יש הצדקה

⁷⁴ אף כי ד"ר פינטו מבחינה בין הפגיעה ב"חירות" לפגיעה ב"אוטונומיה" של מי שנדרשים להימנע מפעולות לא רציונליות, היא מסבירה את ההבחנה האמורה כהבדל בין טענה נגד ההצדקה של הפגיעה לאור עוצמתה ובין טענה נגד ההצדקה של עצם הפגיעה (ראו שם, בעמ' 49).

⁷⁵ ראו פרק ג.

לאיסורים המקובלים על הפליה, לא נובע מכך שיש הצדקה גם לאיסור המוצע על פעולות לא רציונליות.

ההערה של ד"ר פינטו שהטיעון המוצע במאמר "שואב השראה מהמשפט המנהלי"⁷⁶ מחדדת את השאלה האמורה, שכן המשפט המנהלי עוסק (באופן כללי וגם בהקשר הנדון) בחובות המשפטיות שמוטלות על מי שממלאים תפקידים ציבוריים, וההצעה של ד"ר פינטו היא להטיל חובות דומות על אנשים פרטיים שאינם ממלאים תפקידים כאלה. בדומה, הטענה של ד"ר פינטו כי יש להחיל את החובות המוטלות על מי שממלאים תפקידים ציבוריים במסגרת המשפט המנהלי גם על מחוקקים⁷⁷ אינה מספקת גם היא את ההסבר הנדרש מבחינה זאת, שכן השאלה היא כאמור מדוע יש הצדקה להטיל חובות על מי שאינם ממלאים תפקידים ציבוריים דווקא בהקשר זה, בעוד שמחוקקים ממלאים תפקיד כזה. ד"ר פינטו דנה בשאלה אם יש מקום להטיל על מחוקקים שהם נבחרים ציבור חובות שונות מאלה המוטלות על בעלי תפקידים ציבוריים שאינם נבחרים ציבור,⁷⁸ אבל השאלה הרלוונטית מהבחינה האמורה היא ההבחנה האחרת בין מי שממלאים תפקידים ציבוריים לבין מי שאינם כאלה. לכן, גם אם נניח, לצורך הדיון, שהטענה שלה שיש להטיל את החובות האמורות גם על מחוקקים נכונה, אין היא מספקת את ההסבר האמור.

ה. סיכום

הקשר בין הפליה לחוסר רציונליות הוא נושא חשוב שראוי לתשומת לב רבה יותר. ההצעה של ד"ר פינטו לאסור גם על פעולות לא רציונליות שאינן מפלות היא תרומה חשובה לדיון בנושא זה. העובדה שהטיעונים שהוצגו במאמר בעד האיסור המוצע אינם מוליכים למסקנה שיש הצדקה לאיסור כזה מחדדת את החשיבות של בחינה נוספת של הסוגיה.

מעבר לחשיבות הדיון בקשר שבין הפליה וחוסר רציונליות, בחינת הנימוקים בעד ההצעה לאסור על פעולות לא רציונליות מבליטה שני לקחים כלליים יותר (שיש ביניהם קשר הדוק) לגבי האופי של דיונים באתיקה יישומית ושל כתיבה אקדמית על המשפט. הלקח הראשון הוא שגם כאשר עוסקים בכתיבה על סוגיה ספציפית (כמו המעמד המוסרי של הפליה או פעולות לא רציונליות וההצדקה לאיסור משפטי על פעולות כאלה) חשוב לקחת בחשבון לא רק את מה שמיוחד (פחות או יותר) לנושא העומד על הפרק אלא גם מה שנכון באופן כללי הרבה יותר – כולל לגבי הנושא הספציפי העומד על הפרק. הנטייה להתמקד במיוחד היא לא רק טבעית אלא גם הגיונית מבחינה מסוימת. אחרי ככלות הכול, ככל שהיבט מסוים של סוגיה ספציפית הוא פחות מיוחד יש פחות הצדקה להתמקד בו בהקשר זה ומתבקש דיון כללי יותר –

⁷⁶ פינטו "שרירותיות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 5.

⁷⁷ שם, בעמ' 30.

⁷⁸ שם, בעמ' 48.

ולא דווקא בהקשר של הסוגיה הספציפית. למשל, ככל שהמעמד המוסרי של הפליה ושל פעולות לא רציונליות תלוי בגורמים שאינם מיוחדים לסוגים אלה של פעולות, יש פחות מקום להתמקד בפעולות אלה במסגרת דיון נורמטיבי. אולם, חשוב לזכור כי הזנחת ההיבטים הכלליים יותר של תופעה ספציפית צפויה לשבש את המסקנות של דיון כזה. בפרט, לפחות חלק מהטעמים המוסריים בעד ונגד סוגים רבים של פעולות הם טעמים כלליים מאוד – שאינם מיוחדים לסוגים אלה של פעולות מאף בחינה – כפי שהדגשתי לגבי פעולות מפלות, פעולות לא רציונליות, ופעולות שנועדו להגיב לשני הסוגים של הפעולות הללו, למשל למנוע אותן, באמצעות המשפט. טיעונים בעד ונגד מסקנות מעשיות, לגבי מה ראוי לעשות בחשבון כולל, מהסוג שנופוץ בדיונים באתיקה יישומית, אינם תקפים אם אין הם לוקחים בחשבון את כל הטעמים הרלוונטיים, לרבות טעמים כלליים כאלה. לבחינה של ההיבטים הכלליים של סוגיה ספציפית יש חשיבות נוספת: כאשר לוקחים אותם בחשבון, מתחדדת השאלה מה, אם בכלל, מיוחד בהקשר הספציפי העומד על הפרק. בהתאם מתבקש לשאול, למשל, אם, איך ובאיזו מידה טעמים שנראים ייחודיים (יותר או פחות) משנים את המסקנות העולות מטעמים כלליים יותר, ובהתאם אם הטעמים מהסוג הראשון הם אכן סבירים כטעמים העומדים בפני עצמם.

הלקח השני נוגע לאופי של כתיבה אקדמית על המשפט, והוא קשור באופן הדוק ללקח הראשון. עיקר הביקורת שלי על הטיעון של ד"ר פינטו בעד ההצעה לאסור על פעולות לא רציונליות באמצעות המשפט נוגע לחלק גדול מהכתיבה האקדמית על המשפט – זאת שעוסקת בשאלה אם הדין הקיים הוא ראוי ובהתאם בשאלה אם יש לשנות את הדין. טיעון לגבי השאלה הזאת, מהו הדין הרצוי בחשבון כולל, הוא יומרני – כמעט תמיד יומרני מדי – מכמה בחינות, שכן טיעון כזה הוא מבוסס רק אם הוא מתמודד עם שתי משימות. המשימה הראשונה היא בחינה של כל הטעמים הרלוונטיים לנושא העומד על הפרק, אשר כוללים, כמעט תמיד, בפרט לגבי סוגיות בעלות חשיבות מעשית, גם טעמים כלליים שאינם ייחודיים לסוגיה העומדת על הפרק. בלי בחינה של כל הטעמים, טיעון בעד מסקנה כזאת או אחרת לגבי הדין הרצוי אינו תקף. המשימה השנייה היא גיבוש מסקנה לגבי מספר רב של שאלות אמפיריות שהתשובה אליהן היא תלויה מקום וזמן. כל אחת מהמשימות הללו חורגת כמעט תמיד מגדרו של מאמר אחד. יתר על כן, המשימות הללו מחייבות סוגים שונים של מומחיות. מכיוון שהתמודדות רצינית עם שתי המשימות הללו אינה סבירה כמעט תמיד, כתיבה אקדמית הכוללת מסקנות לגבי הדין הרצוי היא כמעט תמיד לא מבוססת, ולכן יומרנית מדי. כמובן, לעיתים נדרשת החלטה לגבי השאלה מהו הדין הראוי – למשל כאשר אדם ממלא תפקיד ציבורי הכרוך בהחלטות כאלה, למשל מחוקק או שופט, שכן אז אין אפשרות להימנע מהחלטה במובן הרלוונטי (שכן גם מחדל הוא החלטה במובן זה). במצבים כאלה אין מנוס מהחלטה המבוססת על מידע חלקי מאוד לגבי התשובה לשאלות האמורות, לעיתים כמעט ברמה של הימור, אם כי כמובן גם אז יש לשאוף להימור מושכל ככל הניתן. אבל המגבלה הזאת – ובהתאם ההצדקה שהיא מייצרת לדיון לא שיטתי – אינה רלוונטית כמעט אף פעם לדיון אקדמי. בהתאם, דיון כזה הוא בעל טעם בדרך כלל רק ככל שהוא תורם לדיון שיטתי בשאלות העומדות על הפרק, וזה מחייב

כמעט תמיד התמקדות בחלק מהשאלות הללו בלבד. ככל שאין נמנעים מכתובה אקדמית יומרנית כאמור, מתחייבת לפחות הבהרה של ההנחות העומדות הלא מנומקות – ולרוב תהיינה כאמור לא מעט כאלה – אשר עומדות בבסיס הדיון, ובהתאם הבהרה שההמלצות לגבי הדין הרצוי הן מותנות (בנכונות של ההנחות הללו).