

## העדפה מתקנת לאור ההלכה

### ראשי פרקים

- |                                      |                                     |
|--------------------------------------|-------------------------------------|
| א. פתיחה                             | ו. העדפה מתקנת שמטרתה צדקה וחסד     |
| ב. היעדרו של שוויון מהותי ביהדות     | ז. שוויון הזדמנויות מהותי           |
| ג. שוויון פורמלי ואיסור אפליה ביהדות | ח. שוויון פורמלי ואפליה במגזר הפרטי |
| ד. הימנעות מאפליה פאסיבית ביהדות     | ט. העדפה מתקנת במגזר הפרטי          |
| ה. העדפה מתקנת לתכלית ראויה          | י. סיכום                            |



### א. פתיחה

החוק במדינת ישראל מעניק עדיפות בקבלה לעבודה בשירות המדינה<sup>1</sup> לעובדים מקרב אוכלוסיות הסובלות מייצוג נמוך באופן יחסי לחלקן באוכלוסייה, כגון נשים, בעלי מוגבלויות, ערבים, חרדים, עולים מאתיופיה ועולים חדשים בכלל. חוק דומה מעניק עדיפות לנשים במינוי דירקטורים בחברה ממשלתית<sup>2</sup>. במאמר זה נבקש לבחון את השיקולים הערכיים העומדים מאחורי חוקים אלו, ומכוחם את השאלה אם מדובר בחוק ראוי מבחינה הלכתית.

נכון להיום החוק אינו מחייב חברות פרטיות וציבוריות. אך היות ויש לו השפעה גם על המגזר הפרטי, הן באמצעות חקיקה<sup>3</sup> הן על ידי השראה, הדבר מחייב התייחסות הלכתית לשאלה אם ראוי שחברה פרטית תבצע העדפה מתקנת, ואם כן, באיזה היקף. כמו כן נבקש לבחון את עמדת ההלכה ביחס להעדפה מתקנת הן זו המתקיימת כיום במוסדות להשכלה גבוהה על רקע של מעמד חברתי או רקע אישי, הן זו שאינה מתקיימת ביחידות הטכנולוגיה העילית של צה"ל<sup>4</sup>, שבהן ייצוג חסר לחיילים מהפריפריה הגיאוגרפית והתרבותית של מדינת ישראל.

נציג כאן את המסגרת המושגית<sup>5</sup>. מזה מספר שנים<sup>6</sup> ישנו שיח ער סביב שאלת העדפה מתקנת לאוכלוסיות עם ייצוג חסר<sup>7</sup>. בדרך כלל מקובל להניח כי העדפה מתקנת היא כלי

1. סעיף 15 (א) לחוק שירות המדינה (מינויים) תשי"ט.
2. סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות תשל"ה.
3. סעיף 239(ד) לחוק החברות תשנ"ט מחייב מתן העדפה מתקנת לנשים במינוי דירקטור חיצוני לחברה ציבורית. בעולם המערבי חוקים שונים המחייבים חברות שלהן חוזים עם הממשלה לנהוג בדרך של העדפה מתקנת כלפי בני מיעוטים (ארה"ב, 1965), או חברות פרטיות להנהיג תוכניות העדפה מתקנת כלפי נשים (אוסטרליה, 1991).
4. יוסי יהושע, ראובן וייס, ידיעות אחרונות, 5.12.2020.
5. לסקירה רחבה של נושא העדפה מתקנת ראו: הילי מודריק אבן-חן, מחקר מדיניות 24: העדפה מתקנת בישראל – הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה, המכון הישראלי לדמוקרטיה. נייר עמדה זה נכתב בהנחיית הפרופסורים מרדכי קרמניצר ודוד נחמיאס.
6. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 6.
7. זוהי הגדרת מטרת ההעדפה המתקנת בחוקים הנוכחים להלן. החוקים הללו אינם מביעים עמדה בדבר קיומה של אפליה גלויה או סמויה שאותה הם מבקשים לתקן.

להגברת השוויון.<sup>8</sup> בהקשר זה מקובל להבחין בין **שוויון הזדמנויות** הנוצר באמצעות **שוויון פורמלי**, ובין **שוויון בתוצאות** הנשען על תפישת **השוויון המהותי**,<sup>9</sup> שבבסיסה עומדת ההנחה כי לכל בני האדם קיימת זכות שווה בכל המשאבים הקיימים בעולם.

שוויון הזדמנויות משמעותו מניעת **אפליה** לרעה של אדם, על בסיס מגזר, מגדר, לאום או עמדה, כך שכל אדם יכול להתחרות באופן שווה בשוק החופשי. אפליה לרעה עשויה להיות **אקטיבית**, כגון הטלת הגבלות או חובות שרירותיים על מגזר מסוים, או **פאסיבית**, כגון הימנעות שרירותית ממתן הטבה, שירות או תקציב למגזר מסוים. לעומת זאת שוויון בתוצאות משמעותו שהתוצאה של התחרות היא שוויונית, כך שאם יש באוכלוסייה 20% מעדה מסוימת, גם בשירות המדינה יהיה שיעורם זהה.<sup>10</sup>

התומכים בהעדפה מתקנת מניחים **שהמטרה** היא **שוויון מהותי**, שמשמעה חלוקה שוויונית של המשאבים, ובכלל זה של המשורות בשירות הציבורי. בנוסף, הם סבורים שיש לתת ייצוג לכל הסוגים של האזרחים בשירות הציבורי כדי ליצור שוויון בחלוקת הכוח הקיים בשירות הציבורי. לדעתם, **השיטה** להשגת המטרה היא מתן **העדפה מתקנת** לסוג האזרחים הסובלים מייצוג נמוך בשירות הציבורי, ויש התומכים אף בקביעת מכסות לכל סוג של אזרחים כדי להבטיח באופן מלא שוויון בתוצאות.<sup>11</sup>

מן הראוי לציין שהעדפה מתקנת הינה הנחיה מודעת ליצירת אפליה כנגד אנשים ממגזר מסוים כדי להקנות למגזר אחר יתרון. מדיניות זו מנוגדת לשוויון הפורמלי, שכן היא אינה מעניקה הזדמנות שווה לכולם. לפיכך הצידוק המוסרי שבו משתמשים המעוניינים להשתמש בכלי זה הינו השוויון המהותי,<sup>12</sup> אשר לדעתם אינו יכול להתמצות בשוויון הזדמנויות אלא בשוויון בתוצאות. כלומר לחלוקה של כלל המשאבים באופן שווה בין כל קבוצות האוכלוסייה, אשר יכולה להיעשות באופן צודק יותר באמצעות העדפה מתקנת.<sup>13</sup> בנוסף לכך, פועלים אמצעי תקשורת שונים ועמותות במגזר השלישי להשגת ערך השוויון המהותי בדרכים נוספות.

המתנגדים להעדפה מתקנת טוענים שכל אפליה פסולה, כיוון שהיא פוגעת בעקרון החירות של הפרט ואין זה משנה מה הן כוונותיה.<sup>14</sup> לשיטתם יש להציב את עקרון **החירות** בראש סולם הערכים וזה אינו מתיישב עם ערך השוויון המהותי.<sup>15</sup> יתר על כן לדעתם העדפה מתקנת בשירות הציבורי חוטאת למטרתו והיא מתן שירות איכותי לציבור, ובמגזר הפרטי הדבר מוביל לניצול לא נכון של המשאבים ומזיק לכלכלה, ולכן השיטה

8. רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה, האוניברסיטה הפתוחה, תל אביב 1998, עמ' 502.

9. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 5.

10. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 6.

11. בהיעדר מכסות יתכן שעל אף קיומה של העדפה מתקנת המעניקה יתרון מבחינת ההזדמנויות להתקבל לעבודה ממשלתית, במבחן התוצאה עדיין יהיו מעטים מאותה קבוצה שיצליחו להתקבל לעבודה. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 6.

12. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 9.

13. Abram B. Morris, "Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers," Harvard Law Review, 99, (1986) 1312-1326. מובן שלדעתם יש להניח כי שוויון הינו זכות קבוצתית ולא זכות אישית והיעדר ייצוג הולם למגזר מסוים מצביע על חוסר שוויון אף שהפרט קיבל יחס שוויוני לחלוטין, בן ישראל, לעיל הערה 8; מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 9.

14. בן ישראל, לעיל הערה 8, עמ' 502.

15. ראו מילטון פרידמן, קפיטליזם וחירות (תרגום: מוזל כהן) ירושלים: הוצאת שלם, תשס"ב, עמ' 180-181.

הנכונה היא הקפדה על שוויון פורמלי שיאפשר בחירה של הטובים ביותר, ללא מתן העדפה לאזרחים פחות טובים בגלל השתייכותם למגזר מסוים.

כאמור, האפליה המתקנת בשירות הציבורי מוסברת בכך שהמשרות הציבוריות הינן משאב ציבורי העומד לחלוקה ועליו להיות מחולק באופן שוויוני. ההנחה כי הזכות לעבוד בעבור הציבור הינה משאב ציבורי, וככזה עליו להיות מחולק באופן שוויוני נכונה עקרונית, ולפיכך יש להחיל עליה את איסור האפליה אלא להקפיד על שוויון הפורמלי. אולם היא אינה מצדיקה פגיעה בטובת הציבור אשר צריך לקבל את העובדים הטובים ביותר. העדפה מתקנת תזיק לכך, שכן היא תחייב להעדיף עובדים טובים פחות ובלבד שהם נמנים על המין או המגזר שאותו האפליה מבקשת להעדיף.

לסיכום ניתן לומר ש"ההכרעה במחלוקת טמונה בנקודת המוצא ובהחלטה האם לאמץ תפיסת שוויון מהותית או פורמלית".<sup>16</sup> אי לכך בחינת עמדת היהדות ביחס להעדפה מתקנת מחייבת בראש ובראשונה לבחון את עמדתה ביחס למשקלו של ערך השוויון המהותי ביהדות לעומת ערך השוויון הפורמלי, ואת מידת החשיבות שההלכה מייחסת להשגת שוויון בתוצאות לעומת שוויון הזדמנויות.

### ב. היעדרו של שוויון מהותי ביהדות

ביהדות איננו מוצאים את ערך השוויון המהותי, המביא לידי שוויון בתוצאות, לא בתחום המגדרי ולא בתחום החברתי.<sup>17</sup> אם מבקשים לחפש חלוקה של משאב באופן שוויוני, אנחנו יכולים למצוא אותו פעם אחת ויחידה: בירידת המן לעם ישראל במדבר. רק שם, כל אדם, גדול קטן איש ואשה, קיבל את אותה מנת לחם שמים.<sup>18</sup> פעם נוספת שבה אנחנו מוצאים חלוקה מעין שוויונית היא חלוקת הנחלות בארץ ישראל.<sup>19</sup> אמנם נשים לא נטלו חלק (כמעט<sup>20</sup>) בחלוקה זו, כנראה לאור התפישה כי האשה הינה חלק מתא משפחתי והחלוקה נעשתה באופן שוויוני לכל התאים המשפחתיים.<sup>21</sup>

לכאורה, ניתן היה לטעון שמצות היובל מממשת את ערך השוויון,<sup>22</sup> ולא היא. ראשית, הנימוק המובא בתורה למצווה הוא אמוני לחלוטין: "וְהָאָרֶץ לֹא תִמְכַּר לְצַמְתָּת כִּי לַיהוָה הָאָרֶץ כִּי גְרָמִים וְתוֹשְׁבֵי אֶתֶם עַמְדֵי".<sup>23</sup> מעבר לכך, גם פרטי המצווה כלל אינם מממשים שוויון כלכלי משתי סיבות. האחת, החלוקה מוגבלת לקרקעות חקלאיות ואינה כוללת נדל"ן עירוני<sup>24</sup> או מיטלטלין. השנייה, בשנת היובל לא בוצעה חלוקה שווה מחדש בין

16. מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 15

17. שוויון תוצאתי בוודאי שאינו נמצא בתחום המגזרי, שכן התורה מחייבת את העם היהודי בלבד, ולפיכך הן הזכויות הן החובות שאותן היא מעניקה מתייחסות לעם זה בלבד.

18. שמות טו, יח.

19. במדבר לג, נד.

20. במדבר כז, ז

21. במדבר לו, ו.

22. ויש שרצו להסיק ממצוות היובל את קיומו של יסוד צדק חלוקתי בתורה. ראו שבתי בן דב, "משטר היובל", בתוך: יהודה עציון (עורך), סולם למלכות ישראל היעודה, ירושלים תשס"ז, עמ' 314-335. כך כתבו גם הרב יעקב אריאל, "תורת הכלכלה וכלכלת התורה", בתוך: איתמר ברנר ואהרן אריאל לביא (עורכים), על המחיה ועל הכלכלה, ירושלים 2008, עמ' 241-256; זאב ז'בוטינסקי, "רעיון היובל", בתוך: הנ"ל, אמה וחברה, ירושלים: ערי ז'בוטינסקי, תש"י, עמ' 173-180.

23. ויקרא כה, כג. וראו ספר החינוך, מצוה של, המבאר ברוח זו את מצוות היובל.

24. ויקרא כה, ל.

האזרחים, אלא בוצעה החזרה של הקרקעות לבעליהן. התוצאה היא שבמשפחה גדולה קיבל כל אחד מעט, ואילו במשפחות קטנות כל אחד הרבה.

זאת ועוד, ההנחה כי לכל בני האדם קיימת זכות בכל המשאבים הקיימים בעולם עומדת בניגוד לקניין הפרטי, והיא אכן מבקשת לפגוע בו, בין אם באופן מוחלט (כמו בשיטה הקומוניסטית) ובין אם באופן חלקי (כמו בשיטה הסוציאל-דמוקרטית). לעומת זאת, ההלכה מכירה בקיומו של קניין פרטי, מעודדת אותו ושומרת עליו. זאת בצד חובה לדאגה למחסורו של האביון, היתום, הגר והאלמנה.<sup>25</sup> המבנה החברתי הריאלי שאותו משרטטת התורה אינו של חברה שוויונית אלא של חברה בלתי שוויונית שבה "לא יִחָדֵל אָבִיוֹן מִקֶּרֶב הָאָרֶץ", ודווקא משום כך מתאפשר לאדם לקיים את חלקו השני של הפסוק: "עַל כֵּן אֲנִי מְצַדֵּק לְאִמֵּר פֶּתַח תִּפְתַּח אֶת יְדֶיךָ לְאֶחִיךָ לְעִנְיָךָ וּלְאֶבְיָךָ בְּאֶרֶץךָ."<sup>26</sup>

מצוות צדקה אינה רק מכירה בקיומו של הקניין הפרטי, אלא מוגבלת בהיקפה הן בזכאות לקבל צדקה הן בהיקף הצדקה שהוא זכאי לקבל. הזכות לקבל מתנות עניים בשדה מוגבלת למי שסובל ממחסור: "מי שיש לו מאתים זוז לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עניי",<sup>27</sup> סכום המשוערך על ידי רבי שמשון משאנץ כסכום המספיק לכלל הוצאותיו של עני במשך שנה,<sup>28</sup> והדבר מסתבר לאור העובדה שמתנות אלו ניתנות פעם בשנה ואמורות להשלים את צרכיו המינימליים של העני למשך השנה הקרובה.

עיקרון זה מומש בתקופת חז"ל בצדקה הציבורית אשר מחולקת לעניים על בסיס שבועי (קופה) או יומי (תמחוי), ולפיכך הזכות לקבלה ניתנת רק לעני שחסר אמצעי קיום בסיסיים למשך פרקי זמן אלו: "מי שיש לו מזון שתי סעודות לא יטול מן התמחוי, מזון ארבע עשרה סעודות לא יטול מן הקופה".<sup>29</sup> מי שאינו סובל ממחסור, אלא מפער ביחס לאחרים, איננו זכאי לצדקה שמטרתה שוויון. היקף הסיוע גם הוא מוגבל לסיפוק צרכיו של העני "פֶּתַח תִּפְתַּח אֶת יְדֶיךָ לֹא וְהַעֲבִיט תַּעֲבִיטְנֵהוּ דִּי מְחִסְרוֹ אֲשֶׁר יִחָסֵר לוֹ"<sup>30</sup>. חז"ל נתנו לכך פרשנות מרחיבה ביותר: "אפילו סוס לרכוב עליו ועבד לרוץ לפניו",<sup>31</sup> אולם בשום אופן היא אינה אמורה להביאו לשוויון עם מצבו הכלכלי של העשיר.<sup>32</sup>

היעדרו של ערך השוויון המהותי מההלכה אינו מקרי, הן ביחס לשוויון המגדרי הן ביחס לשוויון החברתי.<sup>33</sup> דרישת השוויון המהותי בתחום המגדרי רואה כבסיס להשוואה את הפרט – איש או אשה. לעומת זאת התורה מספרת לנו כי האיש והאשה נבראו כיחידה

25. דברים טו, ז; שם כד, יט-כא ועוד.

26. דברים טו, יא.

27. משנה, פאה ח, ח.

28. ר"ש משאנץ שם: "שיערו חכמים שזהו שיעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה".

29. משנה פאה, שם.

30. דברים טו, ח.

31. כתובת סז, ב.

32. יתר על כן, מן הדוגמאות המובאות בהמשך הגמרא, שם, עולה כי חובה זו קיימת גם אם הצרכים שלהם זקוק העני גדולים יותר מאלו של העשיר או מאלו המקובלים בחברה הדואגת למחסורו: "אמרו עליו על הלל הזקן, שלקח לעני בן טובים אחד סוס לרכוב עליו ועבד לרוץ לפניו; פעם אחת לא מצא עבד לרוץ לפניו, ורץ לפניו שלשה מילין... ההוא דאתא לקמיה דרבא, אמר לו: במה אתה סועד? אמר לו: בתרנגולת פטומה ויין ישן. אמר ליה: ולא חיישת לדוחקא דציבורא?".

33. למותר לציין מדוע השוויון המהותי אינו מופיע בתורה בתחום המגדרי. התורה קובעת כי לעם ישראל ישנו תפקיד מיוחד המטיל עליו זכויות וחובות ייחודיים, ומעניק לו יחס מיוחד מריבונו של עולם. גויים שאינם נושאים בתפקיד זה ואינם זוכים ליחס מיוחד מריבונו של עולם אינם כפופים לחובות שאותן מטילה התורה, וממילא אינם זכאים לזכויות שאותן היא מעניקה.

ביולוגית אחת, וגם אחרי הפרדתם יש לראותם כיחידה אורגאנית אחת של איש ואשה הנשואים זה לזה. מצב שבו איש או אשה חיים לבדם, רווקים, גרושים או אלמנים מוגדר על ידי התורה כמצב "לא טוב",<sup>34</sup> מצב זמני בלתי תקין שיש לשאוף לשנותו ולתקנו. כך ניתן להבין מדוע התורה מלכתחילה לא זיכתה את האשה בירושה, שכן אין בדבר חוסר צדק בהיותה נהנית מהירושה שירש בעלה.<sup>35</sup>

גם בתחום החברתי נראה כי היעדרו של ערך השוויון אינו מקרי, שכן הוא עומד בניגוד לערך החסד שהוא ערך יסוד ביהדות כפי שנרחיב להלן. חסד הוא הנכונות להעניק ממשאב שנמצא ברשותי למי שמשאב זה חסר לו, וחברה שוויונית הינה חברה שבה המושג חסד נעדר. בחברה שוויונית מוחלטת, כגון קומונה, כל המשאבים מצויים לכולם (לכאורה) בשווה, והחסד מאבד לחלוטין ממשמעותו ומערכו. גם בחברה שוויונית למחצה כגון במדיניות סוציאל-דמוקרטית, שבה הדאגה למחסורו של אדם מוטלת על המדינה, מאבד החסד האישי את משמעותו ואת ערכו.<sup>36</sup>

### ג. שוויון פורמלי ואיסור אפליה ביהדות

לעומת השוויון המהותי, השוויון הפורמלי, הינו ערך מרכזי בהלכה. ראשית כול מתבטא השוויון הפורמלי בשוויון בפני חוק התורה. הדבר מופיע במקומות רבים בתורה וחז"ל מסכמים אותו בשלשה משפטים הנגזרים משלשה פסוקים:

תנא דבי רבי ישמעאל, אמר קרא: "איש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם", השוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשים שבתורה. דבי רבי אליעזר תנא, אמר קרא: "אשר תשים לפניהם", השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה. דבי חזקיה תנא, אמר קרא "והמית איש או אשה", השוה הכתוב אשה לאיש לכל מיתות שבתורה.<sup>37</sup>

השוויון הפורמלי אינו מוגבל לחוקי התורה אלא קיים גם בחוקים שחוקק האדם, השלטון המרכזי (בחוקי המלך) או השלטון המקומי (תקנות הקהל). השוויון הפורמלי מנוסח על ידי פוסקים לעיתים באופן חיובי כדרישה לחוקק חוק השווה לכול ולעיתים באופן שלילי כאיסור אפליה. ביחס לחוקי המלך קבע הרמב"ם באופן ברור שאין תוקף הלכתי לחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערך השוויון הפורמלי:

כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל. וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל.<sup>38</sup>

34. בראשית ב, יח: "ויאמר ה' אלהים לא טוב היות האדם לבדו אעשה לו עזר כנגדו".

35. נקודה זו הייתה ברורה גם לבנות צלופחד שלא התרעמו כלל על חוסר השוויון, אלא על העובדה שאביהן לא יותיר את חותמו הממשי באדמתה של ארץ ישראל: "למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתו כי אין לו בן ותנה לנו אֶחָזָה בְּתוּךְ אֶחָי אֲבִינוּ", במדבר כו, ד.

36. [הערות עורך (א.ו.): לכאורה זה החסד הכי גדול, שגם העשיר נותן מיתרונו לעני, וכך מושווה העני לעשיר. אמנם החסד עם הפרט נעשה בעל כורחו, אך מצד שני, מובטח לעני שיקבל את כל צרכיו ויותר. בפשטות יש להסביר, כי אין התורה דוגלת בשוויון שיש בו מעין מתנת חנם. ועוד יש חשש שאנשים לא יעבדו כי יחשבו שמגיע להם כמו לכולם, ואין התורה דורשת אלא לדאוג לצרכיו היסודיים של העני, וגם שם יש דיון באשר לאדם שלא רוצה לעבוד.]

37. קידושין לה, א.

38. רמב"ם, הלי גזילה ואבידה ה, יד. כדבריו כתב גם הרא"ש בנדרים כח, א ד"ה במוכס: "האי לאו דינא הוא דדוקא בדבר שהוא שוה לכל בני המדינה יש לו רשות להקונה (את הזכות לגבות את המס – א"ס) לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה למעט לזה ולרבות לזה". אמנם קשה להסתמך על דברים אלו כשלעצמם בהיותם עוסקים במלך אשר אוצר המלוכה נמצא בבעלותו וגביית המסים נעשית לחשבונו הפרטי.

למעשה הרמב"ם מנסח במילים אלו את עקרון השוויון בפני החוק, האוסר כל אפליה לרעה של אדם מסוים. עיקרון זה מובא על ידי הפוסקים כעיקרון מחייב גם ביחס לתקנות הקהל.<sup>39</sup> הריטב"א מנסח את עקרון השוויון שבתקנות הקהל באופן פוזיטיבי:

דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצוחין הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור מתקנין כן על הכל בשוה.<sup>40</sup>

לעומתו הריב"ש מנסח את עקרון השוויון בתקנות באופן נגטיבי, כאיסור אפליה: אמנם אין הקהל יכולין לעשות חק או תקנה שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל אא"כ הסכים הוא עמהם. לפי שאין הקהל יכולין להתנות לגזול אחרים.<sup>41</sup> כאמור, חוק המטיל חובות באופן ייחודי על אדם מסוים אינו תקף על פי ההלכה, בין אם הוא מבוסס על דינא דמלכותא ובין אם הוא מבוסס על תקנות הקהל.<sup>42</sup> לדעת מרבית הפוסקים עיקרון זה נכון גם כשהאפליה אינה אישית אלא קבוצתית. וכך קובע רבנו תם: ואומר רבינו דלאו דינא דמלכותא דינא אלא כשמושה מידותיו על כל בני מלכותו. אבל אם מושה למדינה אחת לא הוי דינא דינא.<sup>43</sup>

אמנם מלשון הרמב"ם משמע כי הבעיה של חוסר שוויון קיימת רק כאשר האפליה הינה אישית, ועקרון השוויון בפני החוק אינו נשמר.<sup>44</sup> כלומר מלך יכול לקבוע לכל עיר ועיר משטר מיסוי שונה והדבר לגיטימי כל עוד כל בני אותה העיר מקבלים יחס זהה. באופן מובהק יותר כתב המהרי"ק שיש תוקף הלכתי גם לחוק אשר הפלה יהודים לרעה: אין לומר דהכא לא שייך למימר דינא דמלכותא כיון שהישראל פורע יותר מהכותי שהרי כתב המרדכי שם<sup>45</sup> דלא אמרינן אלא כשהמלך מושה מדותיו דודאי פשיטא דשפיר מקרי מושה מדותיו כיון שכל יהודי פורע בשוה דבר קצוב...<sup>46</sup> דשפיר הוי דינא דמלכותא כיון שהדבר שוה וקצוב לכל היהודים.<sup>47</sup> כלומר לדעתו אפליה של יהודים לרעה אינה פוגעת בתוקפו של החוק ובלבד שהיא אינה אישית. כמובן שאין בדבר משוא פנים, ולדעת הפוסקים הללו כל אפליה של מיעוטים אינה בעייתית מבחינה חוקית,<sup>48</sup> ולמעשה אין יסוד לערך השוויון בהלכה, אפילו לא לשוויון הפורמלי.

אמנם בחינה נוספת של היסוד ההלכתי של הכלל "דינא דמלכותא דינא" מעלה כי גם אם נקבל את דעת המהרי"ק שלפיה אפליה של מיעוטים הינה מותרת, הרי שבמשטרים

39. שו"ת הרשב"א ח"א סי' תשפח; שו"ת מהרש"ם או"ח סי' לו, יו"ד סי' קיא, קיז; שו"ת מהר"ש לניאדו החדשות, ד; פלא-יועץ, ערך הסכמה.

40. ריטב"א, עבודה-זרה לו, ב ד"ה כתוב בשם.

41. שו"ת הריב"ש סי' תעז, וראו שו"ת הרמ"א סי' עג.

42. למקורות נוספים שעסקו בנושא זה ראו הרב יוסף גולדברג, טובי-העיר, פרק יז סעיף ד ובהערה 7.

43. בספר לחם-רב סי' רנו מביא את דברי רבנו תם כציטוט מתוך פירוש הרא"ש לנדרים, אך חיפשתיו ולא מצאתיו והבאתיו בשמו. אמנם הציטוט מופיע במקום אחר, בשיטה מקובצת נדרים כח, א בשם "שיטה" ומשם העתקתי.

44. רמב"ם שם. כך הבין את דבריו גם בשו"ת לחם-רב הנוכח בהערה לעיל.

45. לא מצאתיו במרדכי שלפנינו.

46. המהרי"ק מוכיח את דעתו מהגמרא הדנה באפשרות של יהודי להבריח את המכס באמצעות התחזות לגוי. משמע א"כ כי המכס מוטל רק על יהודים ואעפ"כ הגמרא מניחה כי המכס בעיקרו תקף מבחינה הלכתית מדינא דמלכותא, וזאת אף שהוא מפלה יהודים לרעה.

47. שו"ת מהרי"ק סי' קצד, הובא בבית-יוסף חו"מ סי' שסט וברמ"א שם שסט, ו.

48. כמבואר בספר תשובות-ישנות סי' טז, מובא בכנסת-הגדולה, הגהות הטור, שסט, כט: "כל שהדבר חוק שוה לאומה מיוחדת - אף על פי שאינו שוה לכל האומות, דינא דמלכותא דינא מקרי".

דמוקרטיים אפליה על רקע קבוצתי ובכללה על רקע גזעי אסורה. שהרי רוב הראשונים<sup>49</sup> סבורים כי הכלל דינא דמלכותא דינא מבוסס על הסכמת הציבור.<sup>50</sup> כך כותב למשל הרשב"ם שההצדקה של דינא דמלכותא היא: "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו".<sup>51</sup> קל וחומר בכל המדינות המודרניות שבהן הבסיס לשלטון הוא רק הסכמת הציבור,<sup>52</sup> וברור כי אפליית מיעוטים על ידי השלטון במשטרים דמוקרטיים אסורה לכל הדעות.<sup>53</sup>

לסיכום, במשטרים דמוקרטיים ההלכה מכירה בעקרון השוויון הפורמלי ואוסרת אפליה לרעה של פרט או מגזר כלשהו, בין אם מדובר באפליה על רקע מגדרי ובין אם מדובר באפליה על רקע של דת ולאום.<sup>54</sup>

#### ד. הימנעות מאפליה פאסיבית ביהדות

עקרון השוויון הפורמלי אינו מתבטא רק בהימנעות מאפליה אקטיבית המטילה חובות על אדם או על מגזר באופן שרירותי אלא גם בהימנעות מאפליה פאסיבית, המונעת מתן שירות מאדם או מגזר באופן שרירותי. הדבר מתבטא בהלכה בראש ובראשונה בתחום הרווחה, וכאשר מדובר בשירות הניתן מטעמי צדקה וחסד קיימת חובה לפרנס את כל העניים ובכללם עניים שאינם יהודים, מפני דרכי שלום:

עיר שיש בה ישראל וגוים הפרנסין גובין מישראל ומגוים מפני דרכי שלום מפרנסין עניי גוים עם עניי ישראל מפני דרכי שלום מספידין וקוברין מיתי גוים מפני דרכי שלום מנחמין אבילי גוים מפני דרכי שלום.<sup>55</sup>

משמעות הטעם שאותו מציינת ההלכה למתן שירותי רווחה לכלל האוכלוסייה בשווה "מפני דרכי שלום", היא שהתנהגות לא שוויונית של הרוב כלפי המיעוט עשויה ליצור התרעמות מוסרית ותסיסה חברתית שלילית אשר עשויות להוביל אף לתגובות-נגד במקומות בלתי צפויים.

49. אמנם יש ראשונים שביססו את הכלל דינא דמלכותא על הבעלות שיש למלך על הקרקע המאפשרת לו להתנות את החיים בארצו בכל תנאי שירצה. ר"ן נדרים כח, א בשם התוספות; רשב"א נדרים שם בשם הרא"ם; רא"ש נדרים ג, יא. לכאורה לשיטתם ניתן להגיע למסקנה שהמלך יכול לקבוע תנאים לא שוויוניים. כך כותב במפורש בשו"ת המהר"ם מרוטנבורג ד, אלף א, הובא בקצרה במרדכי בבא-קמא סי' קעח. אולם, בעלות זו של המלך הייתה קיימת בתקופת השלטון הפיאודלי שהיה נהוג באירופה במשך מאות שנים. בימינו הבעלות על הקרקע היא פרטית, וזכויות האזרח אינן מוקנות לו על ידי השלטון, ולכן ברור שמקור הסמכות של השלטון הוא העם וממילא החוקים צריכים להיות שוויוניים.

50. עיקרון זה קיבל אחרי שנים רבות את הכרתו אצל הפילוסופים המדיניים בראשם תומס הובס בספרו "לוויתן", פרק יז, כאשר כינו אותו בשם "האמנה החברתית" שלפיה סמכות השלטון נובעת מהסכמה רחבה של הציבור לוותר על זכויותיהם ולהעניק אותן למלך על מנת שזה ינצל את הכוח שניתן לו כדי לשמור על חייהם ועל רכושם של בני עמו.

51. רשב"ם בבא בתרא נד, ב ד"ה מי אמר; שו"ת אור-זרוע סי' תשמה.

52. שו"ת חתם-סופר ה, חושן משפט סי' מד.

53. אמנם בשו"ת ציץ-אליעזר חט"ז סי' מט אות ו, נראה כי הסיק שמחלוקת זו לא הוכרעה, אולם כאמור עיון בשורשה יראה כי בארץ ישראל אין כל מחלוקת והאפליה אסורה.

54. אכן נחלקו התנאים בשאלה אם גזל הגוי נאסר מן התורה, בבא-קמא קיג, ב, או שמותר מן התורה אך נאסר משום חילול השם, ירושלמי בבא קמא ד, ג, אולם למעשה נפסק להלכה שאין הבדל בין יהודי וגוי בעניין זה, וכל גזל, מיהודי או מגוי, אסור באיסור חמור, רמב"ם, הל' גזילה ואבידה א, ב; שו"ע חו"מ שנט, א. יתר על כן, בתוספתא בבא קמא י, טו מובא כי "חמור גזל הגוי מגזל ישראל... מפני חילול השם".

55. תוספתא, גיטין ג, יג-יד.

היקף ההתרעמות והדרישה לשוויון מושפעים לכאורה ממידת הציפייה של המיעוט מהרוב, לפיכך יש לומר כי אין להגביל את הדרישה ההלכתית למתן שוויון אך ורק לשירותי רווחה, אלא יש להרחיבה לכלל השירותים שאותם המדינה מעניקה לאזרחיה, ובכולם חייב עקרון השוויון להישמר. אולי כך יש להבין את הירושלמי המרחיב את הדרישה לשוויון גם לפעילויות שאינן מוגדרות בדרך כלל כפעילות של צדקה וחסד, וגם בהן לא ראוי ליצור הפרדה אם הדבר יוביל להתרעמות: "ומכבסין כלי גוים וכלי ישראל מפני דרכי שלום".<sup>56</sup> יתר על כן, מהמשנה עולה שהעיקרון של "דרכי שלום" מחייב לעשות כל פעולה על מנת למנוע איבה בין יהודים ושאינם יהודים, ובכלל זה הענקת יחס אנושי חם וכפי ששנינו: "ומחזיקין ידי עובדי כוכבים... ושואלין בשלומן מפני דרכי שלום".<sup>57</sup>

התפיסה שלפיה יחס שוויוני במכלול תחומי החיים מונע תסיסה והתרעמות מוסרית, לא נולדה בעת האחרונה; היא הייתה קיימת ככל הנראה מקדמת דנא. יתר על כן, חז"ל לא ראו בה בעיה מוסרית או ערכית. להפך, גם אם חז"ל לא ראו בשוויון מטרה הם ראו בו אמצעי הכרחי להורדת מתח בין קבוצות שונות באוכלוסייה.

מהאופן שבו מנוסחת הלכה זו בירושלמי<sup>58</sup> ניתן להגיע למסקנה נוספת: עיר שיש בה גוים וישראל מעמידין גבאי גוים וגבאי ישראל וגובין משל גוים ומשל ישראל ומפרנסין עניי גוים ועניי ישראל מפני דרכי שלום.

מהירושלמי עולה שהיחס כלפי הגויים חייב להיות שוויוני הן בחובות: "גובין משל גוים ומשל ישראל", הן בזכויות: "ומפרנסין עניי גוים ועניי ישראל". מלבד הסיבה המובאת בירושלמי – מפני דרכי שלום, במציאות הפוליטית השוררת בשלטון דמוקרטי ניתן לתת לחובת השוויון בזכויות ובחובות הסבר נוסף. בעניינים רבים המדינה (והשלטון המקומי) מהווה בין השאר שותפות של כלל האזרחים. במסגרת השותפות גובה המדינה כספים מכל האזרחים, ללא הבדלי מין דת ולאום. כספים אלו שייכים לכל תושבי המדינה, ועל המדינה להשתמש בהם באופן שוויוני ולתת שירות לכלל האזרחים בשווה.

נמצאנו למדים כי באופן עקרוני אין מקום לאפליה במתן השירותים של המדינה לאזרחיה, ועל המדינה להעניק בדרך כלל יחס שווה ליהודים ולא-יהודים הנושאים בנטל החובות של המדינה בכל הנוגע לקבלת שירות וזכויות שאותן מעניקה המדינה לאזרחיה. היות שהמדינה ומוסדותיה (לרבות השלטון המקומי) הינה המעסיק והצרכן הגדול והיציב ביותר במשק, אזי העבודה בשירות המדינה ומוסדותיה וכן המסחר עמה נתפשים, ובצדק, כזכות וכמשאב לאומי, אשר על פי העיקרון שאותו קבענו כעת עליו להיות זמין לאזרחים באופן שוויוני, כלומר ללא אפליה על רקע מין, דת או לאום.<sup>59</sup> המדינה מתפקדת בין השאר כשותפות בין כל האזרחים, ועליה לפעול לטובת השותפים כולם אזרחי המדינה. בנוסף לכך, אין למנוע מאף קבוצה הנוטלת חלק בחובות, לזכות גם בזכויות, ובכללן הזכות לעבוד ולסחור עם המדינה. כלומר, על המדינה להנהיג שוויון הזדמנויות מלא בחלוקת המשאבים הלאומיים.

56. ירושלמי, גיטין ה, ט.

57. משנה, שביעית ד, ג.

58. הנזכר לעיל.

59. כפי שנראה להלן תפישות עולם הרואות בשוויון ערך מהותי לא יסתפקו בשוויון הזדמנויות פורמלי המאפשר לכולם לעבוד ולסחור עם המדינה, אלא ידרשו כי משאב זה יחולק באופן שוויוני בין כל המגדרים והמגזרים השונים (גם על חשבון איכות השירות הניתנת לציבור).



בנקודה זו יש להבחין בין המגזר הפרטי לבין המגזר הציבורי. אדם פרטי אשר אינו עומד תחת ביקורת ציבורית רשאי להתקשר בקשרים עסקיים או להעסיק כל אדם אשר יחפוץ<sup>60</sup> מבלי לתת דין וחשבון לאיש. אצל אדם פרטי ההלכה מאפשרת ואף תומכת במתן העדפה ליהודים. לעומת זאת העדפת יהודים על פני שאינם יהודים הנעשית על ידי השלטון או הרשות המקומית נתפשת בעיני העולם כאפליה וכמעוררת איבה, ולפיכך היא אסורה. שיקול זה קיים כיום במשנה תוקף לאור העובדה שאפליה על ידי השלטון נתפשת היום בעולם כעיוות מוסרי<sup>61</sup> שממנו סבלו היהודים שנים רבות.

לסיכום פרק זה נאמר כי ההלכה אינה מכירה בערך השוויון המהותי ולפיכך היא אינה מתימרת להשיג שוויון בתוצאות. אולם היא מעלה על נס את ערך השוויון הפורמלי המתבטא באיסור גורף של אפליה לרעה על רקע אישי או מגזרי, וכמו כן דורשת מתן שוויון הזדמנויות לכלל אזרחי המדינה. מכיוון שהשוויון המהותי אינו נתפש כערך ראוי, ברור שאין לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי כדי להשיגו, כלומר העדפה מתקנת הבאה להשיג שוויון בתוצאות אינה ראויה.

### ה. העדפה מתקנת לתכלית ראויה

העדפה מתקנת או אפליה מתקנת מהווה פעולה החורגת באופן מובהק מעקרון השוויון הפורמלי. כאמור, שוויון מהותי אינה נתפש כערך ראוי, ומשום כך ברור שאין לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי כדי להשיגו. אולם האם רשאית המדינה לנקוט באפליה מתקנת ולחרוג מעקרון השוויון הפורמלי כדי להשיג מטרות אחרות, לדוגמה צדקה וחסד? יתכן שניתן להוכיח זאת מדברי הרמב"ם, אשר כאמור לעיל אוסר הטלת חובה על אדם מסוים באופן שרירותי,<sup>62</sup> ומאידך מאפשר להעניק הטבות בלתי שוויוניות לקבוצות מוגדרות באוכלוסייה,<sup>63</sup> ואפילו לאנשים ספציפיים, ובלבד שהדבר נעשה ממניעים ראויים דהיינו לטובת הציבור, לקידום הערכים הראויים ולשם שמים:

כל הארץ שכובש הרי היא שלו ונותן לעבדיו ולאנשי המלחמה כפי מה שירצה, ומניח לעצמו כפי מה שירצה, ובכל אלו הדברים דינו דין, ובכל יהיו מעשיו לשם

60. יש לציין כי חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א, אוסר על אדם פרטי המוכר מוצרים או שירותים לכלל הציבור להפלות בין אנשים, ובכלל האיסור גם אפליה על רקע של גזע, דת ולאום. חוק זה מייצג גישה ליברלית המנסה לחנך את הציבור לערכים מסוימים, במקרה שלנו ערך השוויון, גם במחיר של פגיעה בזכותו של האדם לעשות ברכושו כרצונו. אעפ"כ היות שזה אינו חוק אזרחי אלא חוק פלילי, כבר קבעו הפוסקים שדינא דמלכותא דינא, ולפיכך הוא מחייב גם על פי ההלכה. יש לציין כי החוק אינו חל על התקשרויות עסקיות פרטיות הנעשות באופן אקראי בין שני אנשים כגון מכירת רכב או דירה.

[הערת עורך (א.ו.): בהזדמנות זו יש למחות על פסק דין של בית המשפט השלום בבאר שבע, ת"א 17-02-17-56315 אגודה לשמירת זכויות הפרט ואח' נ' צבע הקשת שקנס בעל דפוס שסירב להעניק את שרותיו למי שביקש פרסומת להטבי"ת. יש בכך כפייה אנטי דתית.]

61. כפי שראינו, במובנים רבים ההלכה טענה זאת גם כאשר העולם היה רחוק מהבנה זו שנות אור ואחרי שנים שבהן פשט אורה של תורת ישראל בעולם אימצו הגויים גם כן עיקרון זה שאפליה הנעשית על ידי השלטון אינה אלא גזל.

62. רמב"ם גזילה ואבידה ה, יד.

63. רמב"ם, ה' תלמוד-תורה ו, י: "תלמידי חכמים... אין מחייבים אותן ליתן המס בין מס שהוא קצוב על בני העיר בין מס שהוא קצוב על כל איש ואיש... אם היתה סחורה לתלמיד חכם מניחים אותו למכור תחלה ואין מניחים אחד מבני השוק למכור עד שימכור הוא".

שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה'.<sup>64</sup>

אולם נחלקו הראשונים אם הדבר נכון גם בשלטון דמוקרטי שבו ההחלטות מתקבלות על פי רוב הכופה על המיעוט החלטה שאינה שוויונית,<sup>65</sup> או שהזכות לחרוג מעקרון השוויון קיימת רק בשלטון מלוכני. לדעת המהר"ם מרוטנבורג קהילה הפועלת באופן דמוקרטי אינה רשאית לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי גם כאשר הרוב תומך בכך: אבל לשנות שלא מדעת כולם במידי דאיכא פסידא לזה ורווחא להאי ולא למגדר מלתא הוא אין שומעים להן לעשות תקנה לעצמן שלא כתורה.<sup>66</sup>

לעומת זאת, פוסקים אחרים קבעו שניתן לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי במקום שבו הדבר נעשה לתכלית מועילה וליתקון הקהלה. וכך כותב הרשב"א: דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם שכל ציבור רשאי לגדור ולתקן בעירם כמו שבית דין הגדול יכולים לגדור ולתקן על כל ישראל.<sup>67</sup>

ובמקום אחר כתב "שהציבור יכולין להכריח את היחיד להיותו בהסכמתם בכל ענין שיהיה תקון הקהלה".<sup>68</sup>

הפוסקים עסקו הן בשאלה מהי מטרה ראויה המוגדרת כיתקון הקהלה אשר מצדיקה חריגה מעקרון השוויון הן בשאלה מהי מטרה שאינה ראויה. המהר"ם אלשיך מגדיר מה לדעתו נחשב ליתקון הקהלה המצדיק חריגה מעקרון השוויון:

שיכולים לכתחלה טובי העיר להתנות על המדות והשערים ושכר פועלין להוריד ולהעלות אף על פי שיש הפסד לזה וריוח לזה יש כח להפקיע, כיון דדעתם היה לתיקון העיר ולגדור גדר לפי צורך השעה.<sup>69</sup>

לעומת זאת מתן זכות מיוחדת לאדם פרטי שאינה משרתת את האינטרס הציבורי בוודאי אינה מצדיקה את החריגה מעקרון השוויון וכפי שכתב מהרשד"ם:

אם יעלה לדעת רוב הציבור לפטור לפלוני מן המס לא מפני תקנת הציבור אלא שרצונם כך ודאי בכי האי מלתא לא אמרינן שיש כח לרוב לכופ את המיעוט.<sup>70</sup>

משמעות הדברים היא שניתן לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי לתכלית ציבורית או ערכית ראויה, המכונה גם 'יתקון הקהלה'.

למעשה הרמ"א נוטה לדעה המצמצמת את זכות הקהל לחרוג מעקרון השוויון, אם כי קובע שהדבר תלוי במנהג המקום ובהיקף הסמכות שניתנה להנהגת הציבור.<sup>71</sup> היות שהמנהג המקובל בימינו הוא לחוקק חוקים החורגים מעקרון השוויון הפורמלי, עלינו

64. רמב"ם, הלי' מלכים ד, י.

65. להרחבה בעניין זה ראו: עדו רכניץ, עקרון השוויון במשפט המנהלי העברי (טרם פורסם).

66. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג), תתקמא, מובא במרדכי בבא בתרא סי' תפא. כדעתו נקטו פוסקים רבים ובהם שו"ת מהרי"ק סי' א; שו"ת מהר"י בן לב ח"א סי' מז; שו"ת המב"י ח"א סי' רלז.

67. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רפ.

68. שו"ת הרשב"א ח"ז סי' שמ; שו"ת הב"ח, ישנות, סי' ס.

69. מהר"ם אלשיך סי' נט.

70. שו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קיז.

71. רמ"א חו"מ ב, א.

להסיק כי על פי ההלכה ניתן לאפשר העדפה מתקנת כשהדבר נעשה לשם השגת תכלית ציבורית ראויה,<sup>72</sup> אך אין לאפשרה כאשר היא נעשית לשם השגת תכלית שאינה ראויה.

אם נבקש להגדיר את תפישת השוויון בהלכה במונחים שבהם השתמשנו עד כה, נאמר כי השוויון הפורמלי הינו ערך ראוי אך אינו ערך מוחלט. לפיכך, יש איסור על אפליה אקטיבית, לעומת זאת אפליה פאסיבית תתאפשר לתכלית ראויה. למשל, מתן זכויות עודפות לקבוצות מסוימות כאשר הדבר נעשה לטובת הציבור כולו.

### ו. העדפה מתקנת שמטרתה צדקה וחסד

לאור כל האמור נבחן מהי תכלית ראויה המצדיקה סטייה מעקרון השוויון הפורמלי, ובמילים אחרות, מה הם הערכים המצדיקים העדפה מתקנת. נפתח בכך שכאמור שוויון מהותי איננו ערך יהודי, וממילא, ששוויון מהותי לא יצדיק פגיעה בשוויון הפורמלי.

בניגוד לכך, צדקה לעניים וחסד לכל אדם הם ערכי יסוד ביהדות. ההלכה אינה רק מעלה על נס את ערכי הצדקה והחסד, אלא קובעת במפורש כי ניתן להשתמש בהעדפה מתקנת ככלי לקיום מצוות צדקה. לדעת הרמב"ם<sup>73</sup> המעלה העליונה של מצוות הצדקה היא מתן עדיפות לעני בקבלת עבודה:

שמנה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו, מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק ביד ישראל שמך... ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר והחזקת בו גר ותושב וחי עמך כלומר החזק בו עד שלא יפול ויצטרך.

במתן עבודה המעסיק מעניק למקבל העבודה כלי שבאמצעותו יוכל לפרנס את משפחתו בכבוד ללא הבושה המתלווה לקבלת סיוע כספי ישיר באמצעות כספי צדקה. כאשר הרמב"ם קבע שמצוות צדקה מתקיימת כשהאדם "ממציא מלאכה לישראל שמך", הוא אינו מתכוון לעבודות יזומות שאין למעסיק צורך בהן, אלא במתן עדיפות לאדם שעבודה זו עשויה למנוע ממנו להידרדר בעתיד לעוני.

כאמור, מצוות צדקה חלה על עניים בלבד, ובמקרה זה העובד טרם הגיע למצב שבו הוא נזקק לבריות. למרות זאת, מתן עדיפות בקבלה לעבודה נחשבת לקיום מצוות צדקה ב"מעלה גדולה שאין למעלה ממנה". זוהי צדקה שאינה מטפלת בעני אלא מונעת עוני.

מימוש גישה זו במישור הלאומי יכול להיעשות באמצעות העדפה מתקנת בתנאי הקבלה לאוניברסיטה או לעבודות בשירות המדינה, לאנשים המגיעים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך יחסית. העדפה שכזו מותרת וראויה, וכך אכן מקובל היום במרבית האוניברסיטאות. דוגמה נוספת: העדפה מתקנת לחרדים ולערבים עשויה לעודד רכישת השכלה ויציאה לשוק העבודה של אנשים שהתקשו לפרנס את בני משפחותיהם.

### ז. שוויון הזדמנויות מהותי

בנוסף לכך, ניתן להשתמש בכלי של העדפה מתקנת לשם שיפור מצבו הכלכלי של המשק כולו, אשר תלוי, בין השאר, בהקצאת משאבים יעילה יותר. במקרה זה ההעדפה

72. דיון מקיף בכלל הגדרתו של 'תקון הקהל', כלומר אותה תכלית ציבורית ראויה שלשמה מותר לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי, יחרוג מגבולות מאמר זה. עם זאת ראויים לציון דברי שו"ת הרמ"א סי' פג שלפיהם כל עוד לא הוכח אחרת יש להניח כי מנהיגי הציבור תיקנו את התקנה לתכלית ראויה: "ישראל אינן חשודין בכך לתקן תקנה כי אם לדבר צרכי ותקון הקהל שיתקדש בהן שם שמים".

73. רמב"ם, הלי מתנות-עניים י, ז.

המתקנת לא תהיה קיום של מצוות צדקה, המכוונת לעניים, אלא של מצוות גמילות חסדים המכוונת גם לעשירים.<sup>74</sup> נבאר את דברינו.

ישנם מקרים שבהם אפליה שנעשתה בעבר גרמה להקצאת משאבים שאינה מיטבית, וכעת באה ההעדפה המתקנת להביא להקצאת משאבים טובה יותר. במקרים אלו ההטיה לרעת קבוצות מסוימות פוגעת בשוויון ההזדמנויות האמתי שלהן. לדוגמה: מיקום יחידות עילית טכנולוגית של צה"ל באזור תל אביב, קביעה כי המיונים ייעשו בתל אביב, ומבחני ידע כללי המתמקדים בנושאים שלהם חשופים צעירים חילונים ליברלים, מפלה מראש צעירים מהפריפריה הגיאוגרפית והתרבותית,<sup>75</sup> אפליה שאולי אינה מכוונת אך תוצאותיה זהות לאפליה מכוונת.<sup>76</sup> אפליה זו מלבד היותה בלתי ראויה, גורמת לחוסר ניצול משאבי אנוש מעולים שקיימים גם בפריפריה. אשר על כן, ניתן להצדיק העדפה מתקנת לא משיקולי שוויון אלא משיקולי יעילות. כלומר, ניתן להצדיק העדפה מתקנת שנועדה ליצור שוויון הזדמנויות מהותי, שמטרתה מיצוי הכישורים של האוכלוסייה לטובת כלל הציבור.

יש לציין כי לעיתים הקצאת המשאבים הבלתי יעילה אינה תוצאה של אפליה מכוונת אלא נובעת מסיבות חברתיות או היסטוריות שגרמו לכך שקבוצות מסוימות לא נכנסו לעסוק בתחומים כאלו ואחרים, הכישורים של העובדים לא באו לידי מיצוי, והמשאבים העומדים לרשות החברה לא נוצלו באופן המיטבי.

לדוגמה: בשל החלטה מגזרית, הנובעת משיקולים ערכיים, חרדים אינם לומדים מקצועות יסוד ברמה הנדרשת להשתלבות מיטבית בשוק העבודה, והיציאה לעבודה נעשית, אם בכלל, בגיל מאוחר אשר אינו מאפשר את מיצוי הכישורים הקיימים בחברה זו. במצב שכזה לעיתים כוחות השוק אינם מספיק חזקים (שכן טיבה של מערכת להמשיך להעסיק עובדים הדומים לעובדים הקיימים, לדוגמה, גברים יהודים חילונים ממרכז הארץ), ויש לסייע להם באמצעות העדפה מתקנת, אשר תכניס את אותם עובדים (נשים, ערבים, חרדים או תושבי הפריפריה) לתחומים שבהם לא הועסקו ותגרום לניצול הכישורים שלא נוצלו.<sup>77</sup> במקרים אלו היצמדות דווקנית לעקרון השוויון הפורמלי ולתבחינים הקבועים עשויה לגרום לאיבוד של כוחות ולניצול בלתי יעיל של הכישורים העומדים לרשות החברה, והעדפה מתקנת תוך הגמשה מסוימת של הקריטריונים עשויה לתרום לניצול נכון יותר של הכישורים ולצמיחה ולשגשוג כלכלי לחברה כולה.

בנקודות אלו שונה התורה מהתפישות הליברליות אשר הציבו את עקרון החירות בראש סולם הערכים ובשל כך דחו את עקרון השוויון אשר אינו מתיישב עמו.<sup>78</sup> התורה מציבה את ערכי החסד והצדקה בראש סולם הערכים ובעבורם היא מוכנה לוותר גם על עקרון השוויון הפורמלי.

74. סוכה מט, ב.

75. אלישיב רייכנר, מקור ראשון, ב' באב תשפ"א.

76. בן ישראל, לעיל הערה 8, עמוד 509.

77. מעניין לציין כי בנייר העמדה מספר 24 של המכון הישראלי לדמוקרטיה שאותו הבאנו לעיל, הערה 5, עמוד 7, ממליץ המכון על עידוד העדפה מתקנת למגזרים שונים: נשים, ערבים ויוצאי עיירות פיתוח, אך משמט במודע את החברה החרדית, אף שהיא אינה מיוצגת באופן הולם, שכן לטענתו היא אינה ראויה להעדפה מתקנת בשל "בחירתה באורח חיים בדלני".

78. ראו מילטון פרידמן, קפיטליזם וחירות (תרגום: מזל כהן) ירושלים תשס"ב, עמ' 180-181.

### ח. שוויון פורמלי ואפליה במגזר הפרטי

ככלל, ההלכה אינה מתערבת בהחלטות של האדם עם מי לסחור ואת מי להעסיק. ההלכה מכירה בקניין הפרטי ומכבדת אותו. אי לכך ההלכה אינה אוסרת על אדם פרטי להפלות לטובה או לרעה אדם, מגזר או מגדר לפי טעמו והשקפתו. אדם רשאי לקבוע כי הוא מעסיק אך ורק את בני משפחתו או לקבוע כי הוא אינו מעוניין להעסיק יהודים, גויים, נשים או גברים, חילוניים או דתיים.

החוק לעומת זאת, מטיל איסור אפליה בקבלה לעבודה על כל רקע שהוא.<sup>79</sup> חוק זה נחקק כדי לקדם את ערך השוויון הפורמלי. כפי שראינו לעיל ערך זה הינו ערך ראוי שבמישור הציבורי ההלכה מקבלת אותו ואף מחייבת אותו. כמו כן חוק זה מטיל על האדם המפלה אחריות פלילית.<sup>80</sup> לפיכך חוק זה מחייב גם על פי ההלכה, כשאר החוקים הפליליים שאינם סותרים את ההלכה.

יש להעיר כי החוק אינו רואה אפליה "כאשר היא מתחייבת מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה".<sup>81</sup> לאור הדברים האמורים לעיל נראה כי הפרשנות הראויה לחוק זה היא פרשנות תכליתית מתונה, שלפיה האפליה האסורה בחוק היא אפליה שרירותית בלתי מוצדקת הנובעת מדעות קדומות, המבטאת שנאה ומעוררת מדנים שאותה יש להוקיע. אולם אם המעסיק נותן טעם לדבריו מדוע לתפקיד ספציפי כזה או אחר הוא מעדיף איש או אשה יהודי או שאינו יהודי, יש לקבל זאת. לדוגמה, הדעת נותנת שזכותה המלאה של מנהלת להחליט שהיא מעדיפה נהגת ולא נהג, משיקולים של צניעות, וכדומה.

### ט. העדפה מתקנת במגזר הפרטי

בשנים האחרונות נידונה השאלה אם ראוי שחברות פרטיות ינהגו אף הן בדרך של העדפה מתקנת,<sup>82</sup> כגון קבלת החלטות בתחום כוח אדם שלא משיקולים עסקיים טהורים, אלא בדרך של העדפה מתקנת, מכוח שיקולים ערכיים ומוסריים שונים. למשל, העדפת נשים או בני מיעוטים שנועדה לחזק את ערך השוויון, העדפת עולים חדשים שנועדה לחזק את ערך העלייה וההתיישבות בארץ, העדפה מגדרית שנועדה לשמור על הפרדה מגדרית במקום העבודה אשר תחזק את ערך המשפחה או העדפת אדם מבוגר הנתון במצוקה כלכלית שאין לו אפשרות למצוא מקום עבודה חלופי, על פני אדם צעיר ומבוסס שמרחב האפשרויות העומדות בפניו גדול יותר.

כאמור, מתן עדיפות בקבלה לעבודה נחשבת לקיום מצוות צדקה ב"מעלה גדולה שאין למעלה ממנה". הצדקה והחסד הן מצוות שאין להן שיעור.<sup>83</sup> מידת קיומן נתונה להחלטתו של האדם ומידת נדיבותו. לפיכך מסגור השימוש בהעדפה מתקנת ככלי לקיום מצוות צדקה וחסד עשוי לאפשר לחברות הפרטיות לשקול עד כמה הן מעוניינות להשקיע את משאביהן בצדקה ובחסד. יש לציין כי כיום חברות פרטיות רואות ערך עסקי וחברתי

79. סעיף 2 (א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח: "לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים". האפליה האסורה נוגעת הן לקבלה לעבודה, הן לפיטורין ממקום העבודה, הן לתנאי העבודה.

80. ראו סעיף 15 (א) לחוק הנ"ל המטיל קנס על מי שהפלה עובד על רקע שאינו רלוונטי לעבודה, וכן את סעיף 15 (ה) השולל את חזקת החפות הפלילית ממי שדרש מהעובד מידע שאינו רלוונטי.

81. סעיף 2(ג) לחוק הנ"ל.

82. ראו: מודריק אבן-חן, לעיל הערה 5, עמ' 31-32.

83. משנה, פאה א, א.

בעיסוק בפעולות התנדבותיות ובתמיכה במפעלי צדקה וחסד, והן מתוגמלות על כך במישור התדמיתי. הפנמה ציבורית כי הנהגת מדיניות של העדפה מתקנת בקבלה לעבודה כלפי אוכלוסיות נזקקות עדיפה עשרות מונים מתרומות ומפעילויות חד-פעמיות תעודד חברות אלו לפנות למישור זה מבלי צורך בחקיקה כובלת הקובעת מכסות.

בנוסף לכך, הגדרת העדפה מתקנת בקבלה לעבודה כמצוות צדקה מאפשרת להחשיב חלק משכרו של העובד כתרומה.<sup>84</sup> כמובן שככל שהערך של אותו עובד מבחינת החברה קרוב יותר לערכם של יתר העובדים, העדיפות שראוי שתינתן לעובד העני גדולה יותר. לדוגמה: כאשר החברה עומדת לקבל שני עובדים השווים בכישוריהם ובניסיונם ובתרומה הצפויה שלהם לחברה, אשר האחד בעל משפחה ומטופל בילדים רבים שמקום מגוריו קבוע ולפיכך מספר האפשרויות העומדות בפניו מוגבל, והאחר רווק שמפרנס רק את עצמו ויכול לחפש עבודה בכל מקום בארץ, עדיפותו של העובד הראשון ברורה. לעומת זאת אם העובד השני יכול להתמסר לחברה יותר: בשעות, בזמינות ובנסיעות לחו"ל עדיפותו של העובד הראשון אינה מובהקת ועל המעסיק לשקול אם הוא יכול ומוכן לשלם את המחיר הנדרש בכדי לעזור לו.

זאת ועוד, העדפה מתקנת עשויה לשמש ככלי בידי החברה לתמיכה בערכים ראויים נוספים שאותם מבקשת החברה לקדם. לדוגמה, חברות אשר נותנות עדיפות לנשים ללא ניסיון קודם, אשר עברו את גיל הפריור, על מנת לאפשר לנשים בגיל הפריור להתמקד בטיפול במשפחה ובגיל מבוגר יותר להיכנס לשוק העבודה בלי החשש שמא לא תוכלנה למצוא עבודה המממשת את כישוריהן. העדפה שכזו באה לקדם את ערכי המשפחה המעוגנים בתשתית ערכי היהדות, הרואה בלידת ילדים בכלל ובילודה גבוהה בפרט את הכלי הבסיסי לפיתוח העולם ולשגשוגו: "לא תוהו בראה לשבת יצרה", ולפיכך העדפה שכזו תיחשב לראויה.

לעומת זאת, העדפת נשים באופן כללי אשר כל מטרתה היא לקדם את ערך השוויון המהותי אינה מצווה, שכן ערך זה למצער אינו קיים ביהדות, וייתכן שהוא אף מנוגד לחלק מהשקפת היהדות, ולכן יתכן ויש בה אפילו טעם לפגם. כמו כן אם חברות אלו מייצרות תמריץ לנשים לעסוק בבניית הקריירה על חשבון בניית משפחה יציבה וגדולה, הרי שהעדפה זו בלתי ראויה.

העדפה מתקנת עשויה להוות כלי בידי החברה לעידוד וחיזוק לימוד תורה. העדפת עובדים חסרי ניסיון מהמגזר החרדי שמטרתה להגביר תעסוקה במגזר החרדי, לשפר את מצבו הכלכלי, לאפשר לאנשים לעסוק בתורה בגיל צעיר, ולדאוג לפרנסתם בגיל מבוגר יותר, באה לקדם הן את ערך לימוד התורה והן את ערכו של החסד ולפיכך היא ראויה.

#### י. סיכום

1. ההלכה מחייבת קיומו של שוויון פורמלי האוסר אפליה שרירותית של אדם או מגזר.
2. ההלכה מאפשרת למדינה לחרוג מעקרון השוויון הפורמלי לתכלית ראויה.

84. הסכום שאותו ניתן להחשיב כתרומה שנתית הינו ההפרש בין התפוקה השולית השנתית של העובד שהועדף בשל מצבו ובין התפוקה השולית השנתית שמספק עובד אחר באותו תפקיד בחברה, אשר התקבל בזכות עצמו. על סכום זה למעשה החברה מוותרת כאשר היא מחליטה להעסיק את העובד העני, ולפיכך היא יכולה להחשיבו כתרומה.

3. ההלכה אינה מכירה בערך השוויון המהותי, ואינה מציבה כיעד את השגת שוויון בתוצאות. לפיכך אין להצדיק חקיקה או ביצוע פעולות שמטרתן העדפה מתקנת כאשר היא באה להשיג שוויון בתוצאות.
4. העדפה מתקנת המבקשת לקדם מטרות ראויות לטובת הציבור, כגון יצירת שוויון הזדמנויות מהותי לשם ניצול טוב יותר של משאבי האנוש בחברה ולשם הגברת הצמיחה, או לשם גמילות חסד עם מגזרים חלשים הזקוקים לעזרה הינה פעולה ראויה.
5. ראוי להנהיג שוויון הזדמנויות מהותי בתנאי הקבלה ליחידות הטכנולוגיה העילית בצה"ל באמצעות הנהגת מבחנים המותאמים למקום המגורים ולתרבות של כלל המועמדים לשירות ביטחון במדינת ישראל.
6. העדפה מתקנת הנעשית באוניברסיטאות, המקנה עדיפות לסטודנטים שנסיבות החיים מנעו מהם לממש את כישורונותיהם הינה מעשה ראוי.
7. העדפה מתקנת בקבלה לעבודה של עובדים המתקשים במציאת עבודה או שנמצאים במצוקה כלכלית מהווה קיום של מצוות צדקה.
8. חברה פרטית רשאית לבצע העדפה מתקנת אם היא מבקשת לקדם ערכים ראויים בעיני התורה.