

על העדפה מתקנת

פרנסס רדאי*

א. הקדמה. ב. ההכרה במדיניות ההעדפה המתקנת בבג"ץ. ג. המשפט הישראלי לפני חקיקת סעיף 18א וההחלטה בעניין שדולת הנשים בישראל. ד. המצב במשפט הבין-לאומי וההשוואתי. ה. השיקולים האתיים והחברתיים-כלכליים; 1. השיקולים בעד העדפה מתקנת; 2. טענות כנגד העדפה מתקנת; 3. איזון או סינתזה – עיצוב תוכניות העדפה מתקנת. 4. אופי ההעדפה המתקנת לפי בג"ץ שדולת הנשים. 5. הערות לסיכום.

א. הקדמה**

מושג ההעדפה המתקנת*** הוא תולדה של ההכרה בעובדה שעקרון השוויון הפורמלי נכשל בהשגת השוויון הלכה למעשה!¹ אף לאחר יישום חוקים המעניקים לנשים ולחברי

* פרופ' למשפטים, ראש הקתדרה לדיני עבודה על-שם אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; יו"ר מרכז לייפר ללימודי נשים בישראל ובעולם של האוניברסיטה העברית.

** הערה בלשנית: על-פי כללי השפה העברית לשון זכר כוללת גם נקבה. לפי המסר של מאמרי זה, יש לשנות את השקפת העולם שכלל זה מסמל. לכן אני משתמשת בטכניקות של נטרול הסמל.

*** השופטת דליה דורנר מכנה את ההעדפה המתקנת "הבחנה משווה", עם המשתמע מכך שהבחנה המשווה מהווה חלק אינטגרלי של עקרון השוויון ולא חריג לו. דברים אלה השמיעה השופטת דורנר בהרצאה מאלפת בנושא "מעמד האישה והבחנה משווה" במוסד ון ליר, ירושלים, 18.5.1995, בערב לכבוד הוצאת הספר מעמד האישה בחברה ובמשפט, עורכות רדאי, שלו, ליבן-קובי (1995). שמעתי את הכינוי לראשונה רק לאחר שמאמר זה היה בדפוס. אלמלא כן, הייתי מאמצת ביטוי מוצלח זה במאמרי.

1. לענין מקומו של עקרון השוויון בשיטת המשפט הישראלית ראו פ' רדאי, "על השוויון", בספר מעמד האישה בחברה ובמשפט, שם, 19. א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, 1991) 290-334; "ק"פ, חוק-יסוד: כבוד האדם

קבוצות מיעוט את הזכות לתבוע טיפול שווינוני ושוויון הזדמנויות, התברר שהם לא הגיעו להישגים משמעותיים מבחינה מספרית בחיים הכלכליים או הפוליטיים. מתברר שפער גדול בין נשים בכל המדינות ובין בני מיעוטים במדינות מסוימות לבין גברים השייכים לקבוצת הרוב ממשיך להתקיים. אין בעובדת קיום הפער כשלעצמה כדי להוכיח קיום אפליה. עם זאת, צירוף ההיסטוריה של אפליה רשמית ושיטתית נגד קבוצות אלה ושל הדעות הקדומות והסטריאוטיפים השוררים עד היום כלפיהן, יחד עם הראיה הסטטיסטית, מוכיח מעבר לכל ספק סביר שעדיין קיימים מחסומי אפליה נגד קידומן. היסטוריה זו של אפליה שיטתית ורשמית נגד נשים ונגד שחורים כאחד מצאה ביטוי חריף בדבריו של השופט ברנן:

במהלך רוב המאה התשע-עשרה מצבן של הנשים בחברתנו היה בריהשוואה לזה של השחורים על-פי הקודים של העבדות בימי טרום מלחמת האזרחים. עבדים ונשים לא יכלו למלא תפקידים ציבוריים, לשבת בחבר מושבעים, או לתבוע בשם עצמם, מנשים נשואות נשללה באופן מסורתי הכשרות המשפטית להחזיק רכוש או להעבירו או לשמש כאפוטרופסיות של ילדיהן שלהן, ואם כי לשחורים הוענקה הזכות לבחור ב-1987, מנשים נמנעה אפילו זכות זו. ... עד קבלת התיקון התשעה-עשר, יובל שנים מאוחר יותר.²

דברים אלה של השופט ברנן טובים בעקרונם הכללי לא רק לארצות-הברית, אלא לכל שיטות המשפט הכתובות במזרח ובמערב עד למאה שלנו. יתרה מזו, במדינות רבות בעולם המערבי הדמוקרטי, כגון צרפת ושווייץ, לא הוענקה לנשים אפילו הזכות הבסיסית ביותר, הזכות לבחור, עד אחרי סיום מלחמת העולם השנייה.

אין צורך להדגים את המשכה של האפליה החודרת לכל תחומי החיים לעוסקים בסוגיית שוויון ומשפט. אולם ייתכן שבין קוראי מאמר זה יש המטילים ספק בנכונותה ומשוכנעים שהאפליה נגד נשים ובני מיעוטים היא נחלת העבר ובה על פתרונת בימינו. למרבה הצער, אין מקום לספקנות מעין זו, נוכח המצב בארץ ובעולם.

תופעת האפליה נגד נשים תועדה היטב בדיווחים של האו"ם ובדיווחים מקומיים כאחד. ב-1989 פרסם האו"ם מחקר סטטיסטי המראה כי נשים מהוות 80% משכבות העוני בעולם ותופעה זו כונתה feminisation of poverty; מצאו שבמדינות שונות חברות הנשים

וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323; א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, 1994) 426-423, 211-212, 467-468; (כרך שני - פרשנות החקיקה, 1993) 578-557, 460-457; ח' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט, ספר היובל (1993) 9, 31-34.

2. *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973) 685.

בגופים פרלמנטריים נעה בין 2% ל-20%, חוץ ממדינות סקנדינביה, שבהן שיעור החברות הגיע ל-30%-40% מחברי הפרלמנט – הישג הנובע מתוכניות של העדפה מתקנת; מצאו פערים של 20%-40% בשכר בין נשים לגברים.³ נכון שהפערים המספריים בין נשים לבין גברים אינם מוכיחים בהכרח קיום אפליה, אולם, כאשר פערים אלה נבדקים על רקע הדעות הקדומות והסטריאוטיפים נגד נשים ועל רקע כישוריהן המקצועיים, נראה בבירור שהפערים נובעים, לפחות באופן חלקי, מאפליה.⁴ ראיה נוספת לכך שאפליה נגד נשים היא תופעה מתמשכת וממוסדת היא העובדה, שלמרות שהוראות האכיפה באמנה של האו"ם לביטול כל צורות האפליה נגד נשים הן חלשות יחסית, המדינות שחתמו על האמנה עשו זאת, לעתים קרובות, תוך הסתייגויות מרחיקות לכת.⁵

גם בישראל הסטטיסטיקה מראה פערים בשכר, במילוי תפקידי ניהול, בהשתתפות נשים בדירקטוריונים של חברות ובייצוג פוליטי. נשים ממלאות כ-12% מתפקידי הניהול. 70% ממקבלי שכר מינימום במשק הן נשים.⁶ על כך שהפערים נובעים מאפליה ולא רק ממקריות או מהבדלים אינהרנטיים בין נשים לגברים ניתן ללמוד מהתנהגויות שונות של רשויות ציבוריות ושל גורמים פרטיים, המודגמות בכמה וכמה החלטות של בתי המשפט בעשור האחרון. נשים נאלצו לפנות לעזרת בתי המשפט כדי לזכות בזכויות בסיסיות להשתתף בגופים ממלכתיים למתן שירותי דת, לפרוש מעבודה בגיל שווה לזה של גברים, להיכנס לקורס ניהול בחברת "אל-על", לקבל תעודות עולה באופן שווה לבעליהן, לקבל תנאי ביטוח בריאות שווים לאלה של הגבר, לקבל זכות להיות "חבר עובד" במושב ולהשתתף באגודת ספורט בתנאים השווים לאלה של גברים.⁷ נוכח מציאות זו קשה להכחיש את השפעת האפליה על קידומן של נשים בחברה.

אפליה נגד בני מיעוטים מחמת גזע או מוצא לאומי היא כנראה שיטתית פחות מהאפליה מחמת מין. במאמר הבודק אפליה בעבודה בשש מדינות הגיע המחבר בגמ'ין

3. United Nations Dept. of Public Information, November 1989; "Distribution of Seats between Men and Women in National Parliaments" no. 18 **Reports and Documents of the Inter-parliamentary Union**, 1995
4. מאמרם של Shenhav and Haberfeld הוא דוגמה אחת להוכחות המדעיות על כך שפער בקידום ושכר של נשים לעומת גברים נובע מאפליה: "Beyond a Smoking Gun Type Discrimination", **A Firm Level Analysis of Rewards and Opportunities** (Pinhas Sapir Center's Publications No. II, Tel-Aviv University)
5. T. Meron, "Enhancing the Effectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women", 84 **Am. J. Int. L.** (1990) 213
- יש לציין שגם התנהגותה של ישראל מראה את המשך התפיסה הלא-שוויונית לגבי נשים. ישראל אישרה את האמנה רק בשנת 1991, 12 שנים לאחר מועד קבלתה, והביעה הסתייגות רחבה בעניין זכות הנשים לשוויון בחיי משפחה.
6. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – נשים בישראל 1988 (1989). וראו גם ל' עפרוני, "חוק שכר מינימום – מהיכן ולאן", עבודה ורווחה וביטוח לאומי (1991) 90, 187.
7. פ' רדאי, "על השוויון", מעמד האשה בחברה ובמשפט (לעיל, הערה ***). 43.

אהרון למסקנה, שאפליה חמורה בעבודה קיימת רק בארצות-הברית ובאנגליה.⁸ היקף האפליה על בסיס גזע משתנה בהתאם למקום ולזמן. בישראל יש תיעוד של אפליה בתחומים מסוימים של החיים נגד חברי המיעוט הערבי והדרוזי⁹ ונגד הרוב הספרדי,¹⁰ השופט כך מצביע על החשיבות של היסול האפליה נגד קבוצות, ובייחוד נשים, בישראל, בכג"צ נבו:

חברה אשר בה נוהגת אפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת.... נראה שלא תמיד קיימת ערנות מספקת לנושא האפליה כאשר זו פועלת נגד נשים. ראה לענין זה, לדוגמה, את העובדות ששימשו רקע לע"א 58/98 [מושב בית-חירות קבע כי אין אשה יכולה להיות "ראש משפחה" ולקבל מעמד עובד-חבר הכרוך בכך; בית-המשפט העליון פסל החלטה זו]. כאשר בית-המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא בדעה קדומה.¹¹

העדפה מתקנת היא דרך שיטתית להיאבק נגד האפליה השיטתית. היות שהאפליה השיטתית נובעת מהמבנה החברתי-פסיכולוגי של החברה, כל ניסיון להתמודד אתה על-ידי תביעות נגד מקרים יחידים של אפליה מיועדת לכישלון. כפי שאמרה השופטת אבלה בדו"ח המועצה לשוויון בתעסוקה בקנדה בשנת 1984:

כאשר הניסיון לאכוף את זכויות האדם מוגבל לתרופות פרטניות ולא קבוצתיות, אין זה אפשרי להתמודד עם התופעה המושרשת והרב-ממדית של אפליה.¹²

8. B. Aaron, "Discrimination Based On Race, Color, Ethnicity and National Origin", in F. Schmidt, *Discrimination in Employment* (Sweden, Almqvist & Wiksell Int., 1978) 53, 107.
9. D. Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview Pub., 1990).
10. S. Shitreet, "Affirmative Action for Promoting Social Equality", 17 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1987) 241, 243.
11. בג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד (4) 749 (להלן, נבו) 760. ע"א 89/85 בית חירות - מושב עובדים חקלאי שיתופי בע"מ נ' גלזמן, פ"ד מא (3) 526, 531.
12. Judge R. Silberman Abella, *Equality in Employment, A Royal Commission Report*, (Canada Gov. Pub. Center, 1984, at 8).

מושג ההעדפה המתקנת מבוסס על ההנחה שקיימת אפליה החודרת לכל תחומי החיים, והוא מציג דרך לגטרולה. בתוכנית של העדפה מתקנת לא מוטל על חברת הקבוצה המופלית לרעה הנטל – המהווה מכשול שקשה להתגבר עליו – לתבוע את זכותה לטיפול שוויוני ולהוכיח את האפליה הפועלת נגדה, במקרה היחיד שלה. על-פי שיטה זו, חברת הקבוצה המופלה נהנית מחמת הספק שהיא סובלת מאפליה – ספק המבוסס היטב על נתונים כלליים ידועים – והנטל עובר לבעלת כוח ההכרעה להראות שקיימות סיבות אובייקטיביות הקשורות לכישוריה של המועמדת המצדיקות את החייתה. תוכניות העדפה מתקנת הן צעדי ביניים המיועדים לשבור את הסטריאוטיפים הקיימים ואת המחסומים המבניים, המונעים את קידום הקבוצות המופלות. צעדים אלה יכולים ללבוש צורות שונות, החל בהעברת נטל ההוכחה לגורם השולט על מתן ההודמנות השווה וכלה בקביעת מכסות.¹³ במאמר זה, אבחן את המעמד המשפטי של ההעדפה המתקנת בישראל, במשפט הבין-לאומי ובמשפט ההשוואתי, את השיקולים המוסריים והחברתיים-כלכליים בעניינה ואת דרך איונם בעיצוב התוכניות.

ב. ההכרה במדיניות ההעדפה המתקנת בבג"ץ

בשנת 1994, לראשונה במדינת ישראל, ניתן ביטוי ללגיטימיות של ההעדפה המתקנת על-ידי בג"ץ. בעניין שדולת הנשים בישראל, הכיר בג"ץ בחוקתיותו של סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות הקובע כי:

(א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית ינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים.
 (ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים ככל שניתן בנסיבות העניין דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה.¹⁴

העובדות בפסק-הדין היו כדלקמן: העותרת, שדולת הנשים בישראל, עתרה כנגד מינוי חבר חדש במועצת רשות הנמלים והרכבות (בג"צ 49/354) וכנגד מינוי שני

13. לניתוח ההבדלים הקונסטרוקטיביים בין מכסות לבין שיטות העדפה מוגדרות פחות ראו L.H. Tribe, "Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice?", 92 Harv. L. R. (1978) 864.

14. חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, סעיף 18א (ב) (תיקון תשנ"ג), ס"ח התשנ"ג 93. לאחר ההחלטה בבג"צ 453/94, 454/94 שדולת הנשים בישראל ג' מדינת ישראל (טרם פורסם) הגיש ח"כ דדי צוקר הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון ייצוג הולם), התשנ"ה-1994, ה"ח 386, המחילה עיקרון של ייצוג הולם לבני שני המינים במינויים למשרה בשירות המדינה.

דירקטורים חדשים מטעם המדינה בדירקטוריון של בתי הזיקוק לנפט בע"מ. כל שלושת המתמנים היו גברים, ובהרכבי שתי המועצות לא היתה ולו גם אישה אחת. העותרת השיגה על חוקיות המינויים האלה בטענה שבנסיבות הפרשיות האלה ועל-פי הוראת סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות מן הדין היה להעדיף מינויו של נשים. ברוב דעות קבע בית-המשפט הגבוה לצדק כי המשיבה לא עמדה בחובת ההעדפה על-פי סעיף 18 לחוק. כל אחד משלושת שופטי ההרכב התבטא באופן שונה בעניין מדיניות ההעדפה המתקנת. השופט מצא נתן גושפנקה רחבה למושג ההעדפה המתקנת, מעבר ליישום הוראות החוק האמורות:

רעיון "ההעדפה המתקנת" (או "המקדמת", affirmative action) נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית. לבו של עקרון השוויון (על-פי התפיסה המסורתית) הוא ב"יחס שווה אל שווים" וביסויו הרגיל בחיי החברה הוא במתן הזדמנות שווה לכל. דא עקא, שמתן הזדמנות שווה עשוי להשיג תוצאה שוויונית רק כאשר האוכלוסיות המתמידות עושות כן מעמדת מוצא שהיא פחות או יותר שווה, שכן רק בתנאים של שוויון התחלתי הינן בעלות סיכויים שווים להשיגה. לא כן הדבר באוכלוסיה המורכבת מקבוצות חזקות במיוחד ומקבוצות חלשות במיוחד. פער ניכר בשוויון היכולת, בין אם מקורו בחוקים מפלים שהיו תקפים בעבר ועברו מן העולם, ובין אם נתהווה בעטיין של תפיסות עולם פסולות שנשתרשו בחברה, מגביר את סיכויי הקבוצות החזקות וגורע מסיכויי הקבוצות החלשות. ההעדפה המתקנת באה לאזן פער זה. היא מבוססת על התפיסה, כי בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די במתן הזדמנות שווה לכל. מתן הזדמנות שווה, בנסיבות כאלו, יקיים רק נוסחה של שוויון פורמלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה. קיומו לאורך זמן של שוויון פורמלי בלבד מעלה את החשש שבשל דרכו של עולם ומנהגי הבריות, תונצחנה תוצאותיה של האפליה. תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה.

השופט זמיר הסכים לפסק-הדין של השופט מצא, אך הגביל עצמו לבסיס שבית-המשפט רק מפרש ומיישם את סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות. השופט זמיר לא נקט עמדה בסוגיה של הכללת עקרון השוויון בגדר זכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסבר שאין כלל צורך לקבוע עמדה בסוגיה זו בדיון האמור. משתמע מכך, שהשופט זמיר נתן גושפנקה מכליל לעיקרון של העדפה מתקנת, משום שלא חשש מאי-

חוקתיותו של סעיף 18א. שאם לא כן היה מוטל עליו הצורך לבחון אם הסעיף אכן מתיישב עם השוויון ואם עקרון השוויון הוא עיקרון על-חוקי. השופט קרמי, בדעת מיעוט, הגיע למסקנה שעל-פי עובדות המקרה, המשיבה מילאה את חובת ההעדפה בסעיף 18א.

ג. המשפט הישראלי לפני חקיקת סעיף 18א וההחלטה בעניין שדולת הנשים בישראל

לפני מתן פסק-הדין בעניין שדולת הנשים בישראל, היה מושג ההעדפה המתקנת לא מוכר כמעט בישראל. בשנות השבעים והשמונים ננקטו צעדים של העדפה מתקנת בתחום החינוך לקידום ילדים וצעירים מעדות המזרח, אולם תוכניות אלה היו "מוגבלות היקף וחסרות מבנה פורמלי"¹⁵. תוכנית ההעדפה המתקנת הראשונה היתה החלטת הממשלה בשנת 1985, שלפיה רשויות ממשלתיות ישתדלו ליצור איזון בייצוג של נשים בעמדות בכירות, ושכל ועדה ממנה תהיה אישה, אלא אם תהיה סיבה, שתירשם, להימנע מכך.¹⁶ כשהוראה זו נדונה בבית-הדין האזורי לעבודה, נפסק שאי מינויה של אישה לוועדת המינויים אינו גורע מתוקף החלטת הוועדה, שכן פנו לאישה אחת בבקשה שתצטרף והיא לא יכלה להופיע.¹⁷ הוראות התקשי"ר שוננו בעת הדיון באותו עניין: בנוסחן החדש נקבע, כי אי-השתתפותה של אישה בוועדת מינויים אין בה כשלעצמה לפסול את המינוי אם התקיים. בכך נשללה מהחלטת הממשלה המקורית כל אפשרות לאכיפה משפטית. לאחרונה שוב תוקן התקשי"ר ולפי נוסחו הנוכחי העדר אישה מוועדת המינויים מבטל את ההחלטה. בתחום הייצוג הפוליטי נעשו צעדים ראשוניים לקראת העדפה מתקנת. במפלגת העבודה נקבע בתקנון שריון של 20% לנשים ברשימות המועמדים, אולם בפועל בוצע שריון של 10% בלבד בהכנסת חברות המפלגה לכנסת בשנת 1992.¹⁸

לפני בג"צ שדולת הנשים, לא התלבנה בבתי-המשפט הסוגיה של העדפה מתקנת לקבוצות מקופחות. אמנם במקרים ספורים התייחס בית-המשפט לשוויון "מטריאלי" ולא "פורמלי" או ל"שוויון בתוצאה", אך הדברים נאמרו לא בהקשר של יחס מפצה למקופחים: "השוויון המטריאלי" שימש כדי להעניק למפלגות המבוססות והוותיקות יותר משך זמן ארוך יותר לשידורי תעמולה מאשר לאלו החדשות,¹⁹ ודרישת "השוויון בתוצאה" שימשה למתן גושפנקה להעדפת קבוצת שחייה, שכבר הוכיחה את עצמה, על

15. ראו שטרית (לעיל, הערה 10) 241-254.

16. החלטת ממשלה מיום 28.4.1985 בדבר שוויון הזדמנויות לנשים בשירות המדינה וברשויות הכפופות למשרדי הממשלה.

17. מז/428-3 וייצמן ואח' נ' מדינת ישראל ואח', בית-הדין האזורי לעבודה ירושלים, 25.4.1989 (לא פורסם).

18. ראו א' דיסקין, הבחירות לכנסת ה-13 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1993). בהחלטות הוועדה של ההסתדרות הכללית החדשה לעובדים ב-1995 נכללה העדפה מתקנת לנשים.

19. דברי השופט ברק בבג"צ 246/81, 260 דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 11.

פני קבוצות אחרות לצורך הקצאת זמן לשימוש במתקני ספורט.²⁰ עם זאת, תפיסת מושג השוויון בפסקי-דין אלה הוותה תשתית לפיתוח דוקטרינה של העדפה מתקנת. בין השאר אמרה השופטת נתניהו:

יחס של שוויון אינו מוביל תמיד לתוצאה צודקת, ולעתים יש לנהוג בחוסר שוויון כדי להשיג צדק, הכל בהתאם למטרה שאליה אנו שואפים להגיע. כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחד נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון.²¹

בשנת 1989 התקרב השופט אור לאימוץ הדוקטרינה של העדפה מתקנת בפסקי-דין אביטן.²² העותר, יהודי תושב באר-שבע, טען שהופלה על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, אשר סירב להחכיר לו אדמה ביישוב שגב-שלום באותם תנאים שבהם החכיר חלקות באותו איזור לבדואים. בית-המשפט פסק שמדיניות המינהל היתה לגיטימית, ובסופו של דבר אישר את מה שהיווה למעשה תוכנית העדפה מתקנת לבדואים. עם זאת, לא הצהיר בית-המשפט בבירור על רציונל ההעדפה המתקנת. השופט אור קבע, שמדיניות המינהל אינה מבוססת על מוצא לאומי אלא על מעמדם הקודם של הבדואים כנוודים, ועל קשייהם להסתגל ליישוב קבע. הוא לא הסביר כיצד ניתוח זה מתיישב עם העובדה שהסובסידיה בדמי החכירה הוצעה לבדואים בשל היותם בדואים, ולא רק לאלה שעד לאחרונה היו נוודים. בית-המשפט הגדיר את הקבוצה הזכאית על-פי היות חבריה נוודים ולא על-פי מוצאם הלאומי או האתני. בכך נמנע בית-המשפט מלדון באפליה קבוצתית בכלל ובהעדפה מתקנת לקבוצות מקופחות בפרט.²³ עם זאת, באמרו בהקשר זה, כי "הרעיון של עידוד והקלות למגורים הזקוקים והראויים לכך ידוע ומקובל גם בענייני שיכון ודיור ויש לראותו בחיוב..."²⁴ סלל בית-המשפט את הדרך לדוקטרינת העדפה מתקנת אמיתית – דוקטרינה שבה תיקון עוולות שנגרמו על-ידי אפליה המבוססת על סיווג לאומי, אתני, דתי או מיני, נחשב לפעולה שוויונית.²⁵

20. דברי השופטת נתניהו בבג"צ 720/82 "אליצור" – איגוד ספורטיבי דתי, סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לו (3) 17 (להלן, אליצור) 21.
21. שם, 21.
22. בג"צ 528/88, 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297 (להלן, אביטן).
23. שם, 403. ראו דיון במאמרו של י' בנקלד, "אי-אפליה בדיור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים", עיוני משפט טו (תשנ"א) 131.
24. אביטן (לעיל, הערה 22) 303.
25. לעומת זאת, לגבי אפליה מינית אומר השופט ברק בבג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, מב (2) 221 בעמ' 274: "מעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי הוא כי יובטח שוויון

ד. המצב במשפט הבין-לאומי וההשוואתי

מושג ההערפה המתקנת קיבל גושפנקה במשפט הבין-לאומי ובמשפט ההשוואתי. באמנה לביטול כל צורות האפליה מחמת גזע משנת 1965, שאושרה על-ידי ישראל, נקבע שאמצעים מיוחדים זמניים לקידום קבוצות גזע, הזקוקות להגנה כדי להגיע להנאה שווה בזכויות ובחירויות האדם, לא יחשבו אפליה ובנסיבות מתאימות מוטלת על המדינות השותפות לאמנה חובה להנהיג אמצעים כאלה.²⁶ כך אף באמנת האו"ם לביטול כל צורות האפליה נגד נשים משנת 1979, שאושרה על-ידי ישראל בשנת 1991, נקבע שאמצעים מיוחדים זמניים להאצת שוויון בפועל בין נשים לבין גברים לא יחשבו אפליה.²⁷ בדירקטיב של הקהילה האירופית להבטחת טיפול שווה בגברים ובנשים בעבודה משנת 1976,²⁸ נקבע שאין בהבטחת הטיפול השווה כדי לגרוע מאמצעים לקידום שוויון הזדמנויות לגברים ולנשים, במיוחד על-ידי הסרת אי-שוויון קיים המשפיע על הזדמנויות של נשים.²⁹ נאמר כי הדירקטיב מיועד לאפשר אמצעים מיוחדים לתיקון מקרים מיוחדים של אי-שוויון על-ידי הערפה מתקנת ולא להקמת תוכניות כלליות לתיקון קיפות חברתי כללי של נשים.³⁰ על רקע זה פרסמה המועצה האירופית בשנת 1984 המלצה בעניין קידום

בין גבר לאשה, וכי הגבר לא יופלה משום היותו גבר, והאשה לא תופלה משום היותה אשה. לא נראה שהשופט ברק מביא בחשבון את האפשרות של צורך בהערפה מתקנת. אין ללמוד מכך, שהשופט ברק פסל את האפשרות של הכרה בדוקטרינת ההערפה המתקנת, כי לא זו היתה הסוגיה שעמדה לדיון.

26. Arts. 1(4), 2(2) U.N. Treaty Series Vol. 660 (1969) 195.

27. אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים בכל צורותיה, כתבי אמנה כרך 31 עמ' 179, 184 סעיף

14

"אימוצם בידי מדינות שהן צד באמנה, של אמצעים זמניים מיוחדים שמטרתם להחיש השוויון למעשה בין גברים ונשים, לא יראו אותו בגדר אפליה, כמוגדר באמנה זו; אולם אימוץ זה לא יגרור בשום אופן, כתוצאה מכך, קיומן של אמות מידה בלתי שוות או נפרדות; אמצעים אלה יופסקו משיושגו המטרות של שוויון ההזדמנויות ושוויון היחס."

28. E.E.C. Directive 76/207, OJ 1976.

29. סימן 2(4) לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים בכל צורותיה. ראו לעיל, הערה 27.

30. Hofmann v. Barmer Ersatzkasse, Case 184/83 (1984) ECR 3047; Darmon AG commented: "The exception set out in Article 2(4) is in a category of its own. The provision opens the way for national measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities". It merely appears to make an exception to the principle: in aiming to compensate for existing discrimination it seeks to re-establish equality and not to prejudice it". E. Ellis, *European Community Sex Equality Law*. (Clarendon Press – Oxford, 1991) 173

העדפה מתקנת לנשים.³¹ לפי המלצה זו, על המדינות החברות לאמץ מדיניות של העדפה מתקנת לחיסול אי-השוויון של נשים בחיי העבודה, למניעת ההשפעה השלילית של דעות, התנהגויות ומבנים קיימים המבוססים על הגישה המסורתית לחלוקת תפקידים בין גברים ונשים, ולעודד את השתתפות הנשים בעיסוקים שבהם הן במצב של "תת-ייצוג", ובאופן מיוחד במגורים עתידיים וברמות גבוהות של אחריות, כדי להשיג ניצול יעיל של ההון האנושי הכללי.

ההעדפה המתקנת משמשת עיקרון חוקתי במדינות שונות וביניהן ארצות-הברית, קנדה, נורווגיה, איטליה, אוסטרליה, ניו-זילנד ואירלנד.³² מדינת האם של מושג ההעדפה המתקנת היא ארצות-הברית. הגורם הראשון שיצר תוכניות העדפה היה הממשל הפדרלי, שקבע בשנת 1965 שהמתקשרים בחוזים פדרליים חייבים להראות תוכניות של העדפה מתקנת לגבי קבוצות מקופחות על-פי גזע ומין.³³ מכמה וכמה פסקי-דין בעניין העדפה מתקנת עולה שבית-המשפט העליון בארצות-הברית ראה בהעדפה המתקנת רעיון שאין לפוסלו באופן גורף ואין לאשרו בקלות דעת.³⁴ כדי להדגים את גישת בית-המשפט העליון בארצות-הברית כלפי העדפה מתקנת אביא דוגמות מספר:

1. בעניין Bakke³⁵ פסל בית-המשפט כלאי-חוקתית תוכנית קבלה לבית-הספר לרפואה באוניברסיטת קליפורניה, שהקצתה שישה-עשר מתוך מאה מקומות לסטודנטים בני שכבות מיעוט מקופחות. במגוון רב של דעות, פסלו שופטי בית-המשפט העליון תוכנית ספציפית זו, אך הכירו בלגיטימיות של העדפה מתקנת שאינה כרוכה בקביעת מכסות על בסיס גזע.
2. בעניין Kaiser USWA³⁶ נדונה תוכנית שנועדה להגדיל את מספר הפועלים השחורים במפעלי אלומיניום עד שמספרם יתאם את מספר השחורים בכוח העבודה המקומי הכללי. התוכנית נתנה לשחורים עדיפות בקבלה לעבודה על עובדים לבנים, ואושרה כחוקתית.

31. E.E.C. Recommendation 84/635, OJ 1984.

32. על שיטות המשפט בארצות-הברית, קנדה, אוסטרליה, נורווגיה ואיטליה יובאו פרטים להלן. לעניין העדפה מתקנת באירלנד ראו C. McCrudden, "Interpreting the Fair Employment Act 1989", 21 *Industrial Law Journal* (1992) 170. בניו-זילנד, ראו B.T.A. Love, "Justifying Affirmative Action", 7 *Auckland Univ. Rev.* (1993) 491.

33. Executive Order 11246 issued by President Johnson. See F.D. Weatherspoon, *Equal Employment Opportunity and Affirmative Action* (Garland Pub. Co. 1985) at xxii-xxiii.

34. K. Sullivan, "Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases", 100 *Harv. L. Rev.* (1986) 78, 81-82.

35. *University of California Regents v. Bakke* 438 U.S. 265, 98 S.Ct. 2733, 57 L. Ed. 2d. 750 (1978).

36. *United Steelworkers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979).

3. בעניין Jackson Board of Education³⁷ נועדה תוכנית העדפה לשמור על השיעור הקיים של מורים שחורים המועסקים על-ידי הרשות במצב של צמצומים כלכליים. כדי להשיג זאת הציעו לפטר מורים לבנים ותיקים במקום מורים שחורים חדשים. התוכנית נפסלה כלא-חוקתית בעיקר משום הפגיעה החמורה בעובדים הלבנים.

4. בעניין Santa Clara Transportation Agency³⁸ התוכנית העדיפה מועמדת אישה לתפקיד של פיקוח על עבודות כבישים שעד אז לא מולאה על-ידי אישה. האישה הועדפה בקבלת התפקיד על פני גבר שקיבל ניקוד גבוה יותר ממנה בראיונות למינוי. תוכנית ההעדפה על בסיס מין אושרה כחוקתית כי באה לשבור תפיסה סטריאוטיפית של תפקידי המינים.

מגילת הזכויות הקנדית קובעת, שבכל הנוגע ל"תוכניות העדפה מתקנת", הזכות לשוויון בפני החוק ולהנאה שווה מהחוק "אינה גורעת מכל חוק, תוכנית או פעולה שמטרתם שיפור המצב של פרטים מקופחים או של קבוצות מקופחות, כולל אלו המקופחים בגלל גזע, מוצא לאומי או אתני, צבע עור, דת, מין, גיל או נכות נפשית או פיזית".³⁹ בית-המשפט העליון בקנדה נתן גושפנקה מלאה למושג ההעדפה המתקנת. בעניין Canada National⁴⁰ בית-המשפט הטיל על הרכבת הקנדית הלאומית חובה לתקן את המצב של "תת-ייצוג" של נשים במשרות שונות אצלו, על-ידי כך שכפה עליה לקבל לעבודה לפחות אישה אחת מתוך כל ארבע משרות שלא אוישו על-ידי נשים באופן מסורתי, עד אשר יושג שיעור השתתפות של נשים במשרות כאלה, בשיעור הממוצע הלאומי. נשיא בית-המשפט, השופט דיקסון, ציין את המדיניות המשפטית המצדיקה את האמצעים המיוחדים הזמניים האלה כדלקמן:

An employment equity programme, such as the one ... in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. ... the validity of the employment equity programme ... [is] to render future discrimination pointless, to destroy discriminatory stereotyping and to create a "critical mass" of target group participation in the work force Specific hiring goals ... are a rational attempt to impose a systemic remedy on a systemic problem.⁴¹

בשנת 1986 חוקקה הממשלה הפדרלית בקנדה את ה- Employment Equity Act המחייב מעבידים הנותנים שירותים פדרליים לנקוט פעולה חיובית לתקן את הקיפוח הקיים של

37. Wygant v. Jackson Board of Education 106 S.Ct 1842 (1986).

38. Johnson V. Transportation Agency, Santa Clara County 107 S.Ct 1442, 1466 (1987).

39. The Canada Charter of Rights and Freedoms, Canada Act, 1982 s. 15(2).

40. CN v. Canada (Human Rights Commission) [1987] 1S.C.R 1114.

41. שם, 1144-1143.

נשים, בני מיעוטים ומוגבלי יכולת ולהבטיח להם ייצוג הולם במקום העבודה. על המעבידים האלה להכין תוכניות הקובעות את היעדים והמועדים להשגת הייצוג ההולם של הקבוצות המסומנות.⁴²

גם באוסטרליה נחקק חוק המטיל חובה על מעבידים לפתח תוכניות של העדפה מתקנת לנשים. החוק קובע חובה לאסוף נתונים סטטיסטיים, להתייעץ עם עובדים ובייחוד עם עובדות, לזהות נהגים הנוטים להפלות נשים לרעה ולקבוע יעדים כמותיים להשגת שוויון הזדמנויות לנשים, שניתן להשיגם בתוך זמן סביר.⁴³

המגמה הכללית בין מדינות אירופה היא לאפשר ולעודד העדפה מתקנת. בנורווגיה, באיטליה, בהולנד, באוסטריה, בבלגיה, בשוודיה ובאירלנד ניתנת גושפנקה לצורות שונות של העדפה מתקנת. באופן חריג, פסלה בצרפת המועצה החוקתית כל-א-חוקתי את חוק הבחירות משנת 1982, ששריין לנשים 25% מן המקומות ברשימות הבחירה לעיריות. אך לעומת זאת אף בצרפת לא ביטלה המועצה החוקתית העדפה מתקנת בתעסוקה.⁴⁴ אדגים את הסדרי ההעדפה המתקנת הרבים באירופה באמצעות הוראות חקיקה בנורווגיה ובאיטליה.

בנורווגיה מקובל עיקרון רחב של העדפה מתקנת. בחוק נורווגי משנת 1978 נקבעה שיטה של מכסות להבטחת ייצוג הולם לשני המינים בגופים ציבוריים. לפי החוק, כשרשות ממשלתית ממנה או בוחרת ועדות, מועצות וכדומה, שבהן ארבעה חברים או יותר, כל מין ייוצג על-ידי 40% לפחות מחברי הוועדה. בוועדות שבהן פחות מארבעה חברים יהיו שני המינים מיוצגים.⁴⁵ ממשלת נורווגיה מסבירה שלגישה, ההעדפה המתקנת היא חלק בלתי נפרד מעקרון השוויון:

On the grounds that equal status for men and women cannot be achieved simply by prohibiting discriminatory treatment and that measures which, in the short or long term, favour one sex in certain areas are needed to correct existing discrepancies. ... Equal status legislation which prohibited measures to improve the position of women would, in present day society, be counter-productive.⁴⁶

42. ראו L. Chabursky, "The Employment Equity Act: An Examination of its Development and Direction", 24 *Ottawa Law Rev.* (1992) 305, 329-330.

43. Affirmative Action (Equal Employment Opportunity for Women) Act 1986.

44. A. Michel, *Positive Action for the Benefit of Women*, CNRS (Preliminary study for the Council of Europe, Strasbourg 1986).

45. Act No 45 of June 1978 Relating to Equal Status between the Sexes, sec. 21.

46. Norwegian Foreign Affairs Ministry, *Equal Status between Men and Women* (Oslo, 1983) 9. ראו מישל (לעיל, הערה 44).

בשנת 1991 הועבר באיטליה חוק לקידום נשים בעבודה ולהשגת שוויון מהותי בין גברים לנשים בעבודה.⁴⁷ החוק מפרט אמצעים של העדפה מתקנת, שניתן לנקוט מרצון. בין האמצעים המצוינים: לעודד את גיוון ההכשרה המקצועית הזמינה לנשים, קידום קליטת נשים בפעילויות, עיסוקים ומשרות שבהם הן במצב של תתייצוג ובאופן מיוחד בתחומי הטכנולוגיה הגבוהה ובמשרות מינהליות בכירות. באיטליה רואים תוכניות אלה של העדפה מתקנת כמתיישבות לחלוטין עם עקרונות השוויון המצויים בחוקה האיטלקית.⁴⁸

לסיכום, מסקירה זו של מקורות במשפט הבין-לאומי וההשוואתי, אין ספק שהלגיטימיות של אמצעי העדפה מתקנת מוכרת באמנות בין-לאומיות ובמשטר החוקתי של מדינות רבות.

ה. השיקולים האתיים והחברתיים-כלכליים

כאמור, המטרה הבסיסית של העדפה מתקנת היא לחסל באופן אפקטיבי אפליה נגד חברי קבוצות מסומנות. דבר זה אינו פשוט כל כך מבחינת השיקולים האתיים והחברתיים-כלכליים, והועלו טענות רבות על אי-צדקתו. נבחן כאן כמה מן השיקולים המרכזיים בעד העדפה מתקנת, את הטענות המועלות כנגדה ואת האיוון או הסינתזה ביניהם.

1. השיקולים בעד העדפה מתקנת

נבחן את הטענות התומכות בלגיטימיות ההעדפה המתקנת לפי שלושה מושגי צדק: הצדק המתקן, הצדק המחלק והצדק התועלתני.

צדק מתקן. ראיית ההעדפה המתקנת כצדק מתקן מבססת את הצדקתה בצורך לתקן אפליה היסטורית. הצדק המתקן, בהקשר זה, הוא צדק קבוצתי, ולפיו האדם נושא עמו את התכונות החברתיות של הקבוצה שאליה הוא שייך. מצד אחד, כדי לתקן את העוול שנעשה לקבוצה צריך, לפי גישה זו, לשקם את היחידים השייכים לקבוצה. מצד אחר, כדי להעניק ליחיד הזדמנות שווה אמיתית, צריך לפצות אותה על המגרעות הנובעות מהשתייכותה לקבוצה שסבלה מאפליה וקיפוח בעבר.

פיס רואה את ההעדפה המתקנת כמתיישבת עם המטרה של עקרון השוויון שהיא מתן הגנה לקבוצות המקופחות באופן מיוחד. אכן, הצדקת ההעדפה המתקנת מבוססת לדעתו, בין השאר, על צדק מתקן:

47. Act No 125 of Apr. 10 1991, Providing for Affirmative Action to Achieve Equal Treatment of Men and Women, I.L.O. Legislative Series (1991) (Italy)

48. D. Grossman, "Voluntary Affirmative Action Plans in Italy and the United States: Differing Notions of Equality", 14 *Comp. Lab. L. J.* (1993) 185 at 192-194

...blacks as a group were put in that position by others and the redistributive measures are owed to the group as a form of compensation. The debt would be viewed as owed by society.⁴⁹

כנגד זה, סונסטיין טוען נגד ראיית מדיניות האנטי-אפליה כצדק מתקן. הוא אומר:

...to try to decide questions about the scope and nature of antidiscrimination policy by reference to compensatory notions is a recipe for confusion and for unproductive – because unresolvable – disagreements.⁵⁰

אולם, גם סונסטיין מכיר בעובדה שאפליה בעבר היא אחד הגורמים התורמים לקיומו של "caste system" בימינו ואקטיביזם משפטי לחיסול ה-"caste system" נראה לו מוצדק:

The motivating idea behind an anti-caste principle is Rawlesian in character: without very good reason, legal and social structures should not turn differences that are irrelevant from the moral point of view into social disadvantages. They certainly should not be permitted to do so if the disadvantage is systemic. A systemic disadvantage is one that operates along standard and predictable lines, in multiple important spheres of life, and that applies in realms like education, freedom from private and public violence, wealth, political representation, and political influence, all of which go to basic participation as a citizen in a democratic society.... In the areas of race and sex discrimination, and of disability as well, the problem is precisely this sort of systemic disadvantage.⁵¹

לפי גישה זו, תהליך הזיהוי של הקבוצה המסומנת והצורך לשפר את מצבה דומים מאוד לגישה של צדק מתקן. השוני הוא במניע. לפי סונסטיין, מטרת התגובה ל-caste

49. O. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", 5 *Philosophy and Public Affairs* (1975-6) 147, 151.

50. C.R. Sunstein, "Three Civil Rights Fallacies", 79 *Calif. L. Rev.* (1991) 751, 765.

51. שם, 770-771.

system הנובע, בין השאר, מאפליה היסטורית אינה צדק מתקן אלא צדק מחלק. ההבדל האתי כאן הוא דק.

בית-המשפט העליון בארצות-הברית נטה לסווג את ההעדפה המתקנת כשייכת למשבצת של צדק מתקן בלבד ולא אפשר תוכניות העדפה מתקנת לתיקון אפליה חברתית כללית, אלא רק כדי לתקן התנהגות מפלה ספציפית בעבר של יוזם התוכנית. סוליבן מתאר את המדיניות של בית-המשפט העליון כך:

...affirmative action was permissible to "remedy", "repair", or "cure" past sins of discrimination. Underrepresentation of minorities was not in itself evil, but only insofar as it signalled that there had been specific injury in the past.⁵²

הגישה האמריקנית היא גרסה מצמצמת של הצדק המתקן, כי היא מבודדת יחידות בתוך החברה לצורך הבדיקה ההיסטורית ואינה מתייחסת לחברה כחידה אחת. על הגישה האמריקנית הוטלה ביקורת מכמה זוויות. מצד אחד, אין היא מאפשרת גמישות מספקת כדי למצוא תשובות לאפליה השיטתית הממשיכה בחברה.⁵³ מצד אחר, אין היא שומרת על מידת צדק גבוהה יותר בגלל צמצומה, מכיוון שלא יוזם התוכנית משלם את מחיר הפיצוי, אלא דווקא המתחרים במועדף לפי תוכנית ההעדפה שלא בהכרח התנהגו בעבר באופן מפלה.⁵⁴

גם אם מקבלים את הביקורת על סיווג ההעדפה המתקנת כצדק מתקן ועל הגישה האמריקנית המצמצמת את היקפו של הצדק המתקן, אין בכך כדי לשלול לחלוטין את נכונותו של הסיווג. על המבקרים, כעל הרוגלים בגישת הצדק המתקן, מקובלת מרכזיותו בעיצוב ההעדפה המתקנת של גורם האפליה ההיסטורית בוהוי הקבוצה הזכאית להעדפה. כל עוד מדובר בשיפור מצבם של חברי קבוצות מופלות בעבר, יסוד התיקון נשאר אינהרנטי ולפחות באופן חלקי מדובר בצדק מתקן.

צדק מחלק. כאשר חברות הקבוצה המסומנת אינן מגיעות לתפקידים שבהם יוכלו להוות ייצוג מספרי הולם לקבוצה, ניתן להצדיק נקיטת אמצעים להבטחת ייצוגן ההולם בטיעוני הצדק המחלק. ההצדקה היא במישור הקבוצתי והאישי כאחד. במישור הקבוצתי, העדפה מתקנת כצדק מחלק מיועדת לקדם חברה פלורליסטית ייצוגית, שתאפשר ייצוג לקבוצות שונות השייכות לה וקידום האינטרסים הקבוצתיים

52. K. Sullivan, "Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases", 100 *Harv. L. Rev.* (1986) 78 at 83.

53. Notes: "Rethinking Weber: The Business Response to Affirmative Action", 102 *Harvard L. Rev.* (1989) 660.

54. דוורקין מסכם טענות אלה ודוחה אותן בספרו *R. Dworkin, Taking Rights Seriously*, (Harv. Univ. Press, 1977) 224.

שלהם. אין להתעלם מהעובדה שבחברה פלורליסטית יש אינטרסים נפרדים לקבוצות שונות והזדהות קבוצתית בין חבריהן לבין עצמם. כך, למשל, בנושאים מסוימים ההזדהות בין בני מיעוטים לבין עצמם, ובין נשים לבין עצמן היא חזקה יותר מאשר ההזדהות עם כלל האוכלוסייה. התוצאה היא שחברי קבוצה יכולים להזדהות עם מוסדות החברה ביתר קלות אם הם רואים בהם נציגים של קבוצתם. תופעה זו נקראת באנגלית "role model". יתרה מכך, ייתכנו הצדקות פרגמטיות לקידום פרופורציונלי של חברי קבוצות שונות. כך למשל, יש צורך בבעלי מקצוע שישרתו מגזרים שונים בשפתם, באיזור שלהם או לפי התנהגויות או מנהגים המקובלים עליהם. בייצוגן הפוליטי של קבוצות שונות יש ללא ספק אינטרסים קבוצתיים הבאים לידי ביטוי ביתר קלות באמצעות חברי הקבוצה. לנשים יש עניין קבוצתי בקידום הפוליטי של נושאים כגון מניעת אלימות נגד נשים, שוויון הזדמנויות, שליטת האישה על גופה ומעמד האישה במשפחה, ולשם כך הן זקוקות לנציגות. לבני מיעוטים יש עניין קבוצתי בקידום חבריהם וחלוקת התקציבים והמשאבים החברתיים באופן שווה מבחינה קבוצתית.

במישור האישי, העדפה מתקנת מעלה את הסיכויים של אישה או של חברת קבוצה מסומנת אחרת להגיע לתפקידים שבהם יש להן תת-ייצוג.

קביעת היקף ההעדפה המתקנת כצדק מהלק היא בעלת מהות פוליטית. פיס מגדיר את השיקולים הפוליטיים המצדיקים, לדעתו, את ההעדפה המתקנת:

תפיסת הצדק מהלק מאפשרת ביתר קלות לכלול תוכניות התאמה להבדלים אמיתיים [The] elimination of caste might be justified as a means for (a) preserving social peace; (b) maintaining the community as a community, that is as a cohesive whole; or (c) permitting the fullest development of the individual members of the subordinated group.⁵⁵

בין קבוצות accommodation of differences במסגרת ההעדפה המתקנת. סונסטיין טוען, שכאשר יש הבדלים רלוונטיים בין קבוצות גזע או מין או בגלל נכות, עקרונות מניעת אפליה והבטחת שוויון ההזדמנויות מחייבים שינוי מבני משמעותי במנגנונים חברתיים.⁵⁶ השופטת אבלה מפתחת את גישת ההתאמה להבדלים בין קבוצות בדו"ח של הוועדה הממלכתית בקנדה בעניין אפליה בעבודה:

Ignoring differences may mean ignoring legitimate needs. It is not fair to use the differences between people as an excuse to exclude them arbitrarily from equal participation. Equality

55. ראו פיס (לעיל, הערה 49).

56. ראו סונסטיין (לעיל, הערה 50) 751, 773.

means nothing if it does not mean that we are of equal worth regardless of differences in gender, race, ethnicity, or disability.⁵⁷

השופטת אבלה מציעה לאמץ גישה חדשה לנשים, המאפשרת להתאים את מסגרות העבודה, החינוך וההכשרה לתפקיד המשתנה של נשים בעבודה ובמשפחה. למיעוטים ולמהגרים היא מציעה: חיסול הגזענות, מתן הכשרה בשימוש בשפה ומנגנון להערכת ההכשרה שלהם מחוץ לקנדה. לגבי קבוצת הנכים היא קובעת, שצריך מגוון רחב ביותר של אמצעי תמיכה והסדרים פיסיים שיאפשרו להם גישה.⁵⁸ ביישום הצדק המחלק הגיעה החקיקה האיטלקית לתפיסה חדשה ורדיקלית. בחוק האיטלקי, בנוסף למטרות כלליות לקידום שילוב נשים בפעילויות שבהן הן במצב של תתייצוג, קובע החוק שצריך לקדם איוון בין אחריויות במשפחה ובעבודה וחלוקה טובה יותר של אחריויות אלה בין גברים לבין נשים באמצעים הכוללים ארגון מחדש של מקומות עבודה, של תנאי עבודה ושל זמני עבודה. גרוסמן מתארת את גישתו של המחוקק האיטלקי בחוק זה כך:

It recognises that women's differences (what some commentators may call their "socio-biological" differences) may preclude them from succeeding in a job if they are held to the same standards as men.

...

The legitimate function of affirmative action, as presented in the new legislation, may go even beyond promoting equality of results through measures of special treatment. It may undertake the difficult task of completely reorganising the workplace in search of a new way of supporting employees of both genders.⁵⁹

⁵⁷ Judge R. Sikberman Abella, *Royal Commission Report* (Canada Gov. Pub Center, 1984) 3.

⁵⁸ בבית המשפט העליון בארצות הברית גרסה זו של העדפה מתקנת הופיעה רק באופן שולי. למשל, בעניין Bakke, ציין השופט פאול שאחת המטרות של תוכניות העדפה מתקנת בחינוך היא להבטיח גיוון באוכלוסיית הסטודנטים. אולם גישה זו נשארה גישה מיעוט. ראו סוליבן (לעיל, הערה 34) 78, 83.

⁵⁹ ראו גרוסמן (לעיל, הערה 48) 185-191.

הצדק המחלק משמש בסיס ללגיטימיות של מגוון אפשרי רחב של תוכניות העדפה. ההסתמכות על הצדק המחלק מדגישה את הצורך בהנדסה חברתית, כדי להבטיח הזדמנות שווה אמיתית לנשים ולקבוצות מופלות בחברה פלורליסטית ודינמית.

צדק תועלתני. לפי הצדק התועלתני, יש לאפשר את חלוקת משאבי החברה באמצעות שוק חופשי, שבו מתנהלת תחרות חופשית בין המתקשרים בעסקות. לפי גישה כלכלית טהורה, אין מקום לאפליה בשוק כי אפליה על-פי הגדרתה מהווה תופעה לא רציונלית ואינה מתיישבת עם סטנדרטים של תחרות חופשית. לפיכך, התערבות לצורך מניעת השפעתה של אפליה בשוק נראית לגיטימית על פניה.

לעומת זאת, יש מומחי שוק, המשוכנעים כי גורמים המפלים בשוק ייכשלו בתחרות וייפלטו ממנו בהליך כלכלי טבעי.⁶⁰ לפי גישה זו אין צורך ולא כדאי להתערב בשוק כדי למנוע הפליה. אולם, מציאות ההפליה, שתיארת לעיל, מנפצת שאננות זו.⁶¹ אפליה ממשיכה להתקיים היום (בישראל, אפילו במישור הרשמי ממשיכה ההפליה נגד נשים – כך בתחום המעמד האישי) ואי אפשר לטעון שאבד עליה הכלח.

יש גם כלכלנים הטוענים שאין זה בהכרח מנוגד להיגיון כלכלי להחליט שלא להעסיק אישה או חבר בקבוצה מסומנת. לדעתם, מדיניות מפלה יכולה להיות הגיונית בגלל העדפות של לקוחות. הם גורסים שהאפליה יכולה להתבסס על הכללות נכונות בעניין המאפיינים של קבוצות שונות, ועל-ידי הסתמכות עליה ניתן לחסוך את העלות של בדיקת העובדות בכל מקרה ומקרה. פגם חמור בטענה זו כהצעה תפעולית הוא הקושי בל יעבור להבחין בין אפליה במקרה היחיד המבוססת על הכללה רציונלית, לבין זו המבוססת על דעה קדומה.⁶² יתרה מזו, אף אם הכרעות שלא להעסיק חברי קבוצות מסומנות מתקבלות באמת על בסיס הכללות נכונות ואף אם הן נראות יעילות במישור המיקרו המפעלי, אין הן יעילות במישור המקרו החברתי כי הן מהוות הרתעה לפיתוח מלא ולניצול של ההון האנושי של יותר ממחצית האוכלוסייה.⁶³

הטענות שלפיהן חיסול אפליה ותוכניות העדפה מתקנת המקדמות מטרה זו, מתיישבות עם דרישות היעילות, משכנעות יותר מאלה המועלות נגד העדפה מתקנת מסיבות יעילות. מטרתה של ההעדפה המתקנת היא לנטרל את האפליה בשוק הכלכלי, ובכך לחזק את הרציונליות הכלכלית. היא פועלת לנטרול האפליה בשוק בשני מישורים. ראשית, היא מעלה את מחיר ההכרעות המבוססות על אפליה או על סטריאוטיפים. התערבות זו מוצדקת כפי שהיא מוצדקת בתחומים נוספים של חולשה מבנית בכוח מיקוח. ללא התערבות לתקן את אי-השוויון בין הצדדים לעסקה, תמשיך התחרות להיות פגומה ולא תושג הקצאת משאבים אופטימלית. שנית, בכך שהיא מקטינה את האפליה ומאותתת

⁶⁰ G. Becker, *The Economics of Discrimination* (Chicago, 1971).

⁶¹ סונסטיין (לעיל, הערה 50) 754-752, 781.

⁶² שם, 751-756.

⁶³ שם, 759-760, 773.

שיינתנו הזדמנויות לקבוצות מופלות, היא יוצרת תמריץ לפיתוח ההון האנושי של חברי הקבוצות המסומנות.⁶⁴ יש ראייה אמפירית שהעדפה מתקנת משפרת את היעילות של ניצול ההון האנושי בחברה. לפי נתוני מחקר שנערך בשנת 1991, בקהילה האירופית, אחת מתוך שלוש חברות מפעילה תוכנית של העדפה מתקנת מרצין.⁶⁵ בארצות הברית מתועד שינוי שחל בגישתן של חברות פרטיות – מהתנגדות חריפה לדרישה הפדרלית לבצע העדפה מתקנת הן עברו לתמיכה נלהבת בה:

As early as 1972, some employers, particularly large companies, began to find that the integration of women and minorities into the workforce might increase productivity. ... [In 1985] the business community's response to the Reagan proposals [to curtail goals and quotas] contrasts sharply with with the attitudes that prevailed a decade ago and reflects the business community's current acceptance of and support for both government sponsored remedial and voluntary non-remedial affirmative action policies.⁶⁶

מקובל על הכול שאפליה היא תופעה לא רציונלית מבחינה כלכלית, ולפיכך יש להסיק כי ההעדפה המתקנת הפועלת לחיסול אפליה מתיישבת היטב עם מושגי הצדק התועלתני.

2. טענות כנגד העדפה מתקנת

מועלות טענות רבות נגד העדפה מתקנת. מקצתן טענות במישור הכלכלי והמעשי, המתייחסות לבעיות ביישום העדפה מתקנת המביאות לחוסר יעילות ולחוסר צדק בפועל. מקצתן טענות אתיות, השוללות מתן העדפה לקורבנות אפליה על חשבון מתחרים הפים ממשע. כמה מהטענות הן טענות מושגיות, המבוססות על מושג של שוויון פורמלי-

64. ראו דברי השופט בך, בעניין נבו (לעיל, הערה 11) בעמ' 760: "האפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה."

65. ראו גרוסמן (לעיל, הערה 48), 185, 198.

66. Notes (לעיל, הערה 53) 661-662.

נראה שאחת הסיבות לכך שחברות פרטיות מעוניינות בהמשך המדיניות המשפטית הכופה העדפה מתקנת על חברות שהן צד בחוזים פדרליים, היא שהאחידות במדיניות מטילה עלות של שיקולי העדפה באופן שווה על כל החברות המתחרות, ומונעת עיוות בתנאי התחרות. ראו Notes: "Civil Rights Act of 1991 and Less Discriminatory Alternatives in Disparate Impact Litigation", 106 Harv. Law. Rev. (1993) 1621.

אינדיבידואלי שאינו מאפשר התחשבות בשייכות הקבוצתית של היחיד לכל מטרה שהיא. אתייחס כאן לחלק מהטענות העיקריות המובאות בספרות. ראשית אתייחס לטענות תועלתניות שעיקרן מובא ברשימתו של סטיבן פלאוט.⁶⁶ לאחר מכן, אתייחס לטענות האתיות והמושגיות.

כוללניות יתר. הטענה היא שתוכניות העדפה מתקנת, בהיותן מבוססות על סיווג קבוצתי, נותנות בהכרח העדפה ליחידים שאינם ראויים לה. כך, למשל, ייתכן מצב שבו אישה הנהנית מתנאים חברתיים כלכליים משופרים, תועדף על פני גבר השייך לקבוצה מקופחת מבחינה כלכלית. ביקורת זו על מושג ההעדפה המתקנת נובעת מדחיית אושיותיו. זכאות האישה נובעת מהגדרת הקבוצות שלגביהן ההעדפה היא רלוונטית, וזו השאלה של הצדק המתקן והמחלק. הגדרת הקבוצות הזכאיות להעדפה מתקנת מבוססת על שיקולים ערכיים היסטוריים וחברתיים. תיתכן ביקורת לגיטימית לגבי ההגדרה עצמה והקביעה שיש צורך בהעדפה מתקנת בשביל קבוצה א' ולא לקבוצה ב', למשל בשביל נשים ובני מיעוטים ולא בשביל 'גברים לבנים עניים'. מי שאינו מקבל את התזה שהוצגה בחלקים הראשונים של מאמר זה, שלפיה קבוצות מיעוט מסוימות ונשים סבלו מהפליה שיטתית המצדיקה טיפול מיוחד, בוודאי יגיע למסקנה שאין זה צודק להעדיף. אולם, מי שמקבל את הסיווג המיוחד על בסיס גזע או מין, לא יכול לטעון שאין להעדיף נשים או בני מיעוטים השייכים לקבוצה כלכלית שאינה מקופחת. התשובה לטענה של כוללניות יתר על חשבון נזקים אחרים היא, שיתכן שהיו מקרים שההשתייכות הקבוצתית של כל אחד מהמתחרים על הזדמנות מסוימת תצדיק את ראייתם כבעלי זכויות שוות להעדפה מתקנת. אם כך, הם יצטרכו להתחרות ביניהם.⁶⁷

הבדלים אמיתיים בין קבוצות. יש הטוענים שההעדפה המתקנת מטשטשת הבדלים אמיתיים בין קבוצות. לפי גישה זו, ההבדלים בייצוג בין קבוצות שונות נובעים מהבדלים בתכונות חברי הקבוצות, וכל ניסיון מלאכותי להגדיל את הייצוג של קבוצות בעלות תת-ייצוג יעוות את החלוקה הטבעית. גישה זו מתעלמת מחשיבותם של סטריאוטיפים ביצירת החלוקה הקיימת. היא מתעלמת מחשיבותם של התמריצים וההרתעות הסוציו-כלכליים התורמים לחלוקה הקיימת. אין ספק, ביקורת זו טובה כאשר מדובר בתוכנית העדפה

66. ס' פלאוט, "העדפה מקלקלת", בהוברת זו עמ' 235.

67. השוו W. Black and L. Smith, "The Equality Rights", in G.A. Beaudoin, and E., Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed., Carswell, 1989) at 597-598:

Affirmative action plans are necessarily limited to certain specified groups. As a result they will inevitably exclude some people who have suffered comparable disadvantage and these people may claim a denial of equal benefit of the law. Therefore, section 15 [the equality and affirmative action section of the Charter] will sometimes require consideration of competing equality interests.

מתקנת הקובעת מכסות לייצוג קבוצתי ללא התחשבות בכישורים הניתנים למדידה ובהכשרה המקצועית של המועמדים לתפקידים. אולם, כאשר תוכניות העדפה מתקנת נותנות עדיפות רק לאלה מבין חברי הקבוצה המסומנת העונים על דרישות התפקיד מבחינת כישוריהם והכשרתם הפורמליים, הטענה כאילו השתייכות לקבוצה מסוימת מסמנת אותם כלא מתאימים מהווה אפליה לשמה ולא ביקורת לגיטימית על העדפה מתקנת.⁶⁸

בעניין העדפה מתקנת, כיוצרת התאמה בין קבוצות שיש ביניהן הבדלים אובייקטיביים, כגון הבדלים ביולוגיים, אין לחלוק על הטענה שהעדפה מתקנת מעלימה תוצאות חברתיות של ההבדלים הקיימים בין קבוצות. כך, למשל, תוכניות הבאות לשנות תנאי עבודה כדי לאפשר להורים עובדים להתקדם בהיררכיה במקום עבודה, או הבאות לקבוע אחידות בעלויות תוכניות פנסיה למרות הבדלים בתוחלת החיים בין גברים לנשים, מעלימות השלכות קיימות של הבדלים אמיתיים בין קבוצות. כאן יש מקום לשאלה לגיטימית, אם העלמת התוצאות של הבדלים אובייקטיביים מוצדקת. התשובה היא שצריך לשקול, בכל מקרה ומקרה אם התועלת הכללית של התאמת המערכת לצורכי קבוצות אלה עולה על התועלת הנובעת ממתן ביטוי מלא להבדלים ביניהן.

הורדת סטנדרטים ופגיעה בעילולות. פלאוט טוען שתוכניות העדפה מתקנת מורידות בהכרח סטנדרטים. הוא טוען שהטענה שרק במקרים שבהם מועמד ומועמדת הם בעלי כישורים זהים, יועדף חבר הקבוצה המופלית, היא טענה מגוחכת "משום שאין שני אנשים בעלי אותם כישורים בדיוק". בטענתו זו פלאוט נותן ביטוי לקושי של הערכת הכישורים היחסיים של שני מועמדים לתפקיד ובכך הוא חותר תחת התנגדותו להעדפה מתקנת כי הוא מבליט את קושי ההוכחה האובייקטיבית. דווקא קושי זה הוא המצדיק את ההעדפה המתקנת. הדרך הבלעדית להבטיח התעלמות מתכונות סטריאוטיפיות היא באמצעות תוכניות העדפה מתקנת. רק דרישה נוקשה להתעלם מתכונות סטריאוטיפיות של חברות קבוצות מופלות תמנע מתן משקל מכריע לתכונות אלה שייטה את הכף לרעתן כי, כפי שמציין פלאוט, אין למעשה אפשרות להוכיח באופן אובייקטיבי שהכישורים של המועמד מהקבוצה המופלה הם לפחות ברמת הכישורים של מתחריו.

קורבנות חפים מפשע. הטענה החזקה ביותר במישור האתי נגד העדפה מתקנת היא אולי שזו הופכת את ה"גבר הלבן" לקורבן חדש של אפליה. הביטוי "אפליה הפוכה" reverse discrimination מדגים טענה זו. לפי טענה זו, המתהרה המפסיד את הזדמנותו עקב

68. כאשר יש הבדלים אמיתיים בין המועמדים, הם צריכים להתגלות בכישורים הפורמליים הדרושים לתפקיד. יש להשיב לטענה שהכישורים הפורמליים אינם חושפים הבדלים אמיתיים, בדרישה לשפר את הקריטריונים לקבלה. כפי שהראנו לעיל, חברות אמריקניות התומכות בהעדפה מתקנת טוענות שהיא תורמת לאיכות הכללית של כוח האדם כי היא מכריחה אותן להגדיר את הסטנדרטים והכישורים הדרושים בקפדנות יתר. ראו לעיל, הערה

תוכנית של העדפה מתקנת, אינו בהכרח או אפילו אינו בדרך כלל הגורם שהיה בעבר אשם בהפליה ולא צודק להעניש אותו.⁶⁹ דרך חשיבה זו מתבטאת בפסיקה האמריקנית. כך, בית-המשפט העליון לא היה מוכן לתת גושפנקה לתוכנית העדפה מתקנת שתוביל לפיטורים של עובדים לבנים בעלי ותק גדול יותר מהעובדים השחורים הנהנים מההעדפה.⁷⁰

- בספרות המשפטית מתוארים ניסיונות מגוונים לפתור את בעיית הקורבן החף-משפט. נאמר שאין הוא קורבן אמיתי, כי לא נשללה ממנו ההזדמנות השווה, אלא רק יישומה במקרה קונקרטי אחד והיות שהזכות היא להזדמנות שווה ולא לתפקיד או להטבה מסוימת, הפגיעה בקורבן איננה פגיעה בזכות.⁷¹ נאמר שהקורבן החדש איננו נושא מגבלה מסוימת המשפיעה עליו באופן ישיר, אלא רק טובל מנטל כללי המוטל על כלל האוכלוסייה.⁷² טענות אלה מראות שנוקו של הקורבן החדש תמור פחות מהנוק שנגרם לקורבנות האפליה הראשונות מעצם האפליה. אולם, בכל זאת, על-פי הסברים אלה נשאר נוק מסוים כל עוד מוקטנים סיכויי של הקורבן החדש במקרה הקונקרטי בשל תוכנית ההעדפה המתקנת. הסברים אלה – שלפיהם הקורבן סובל מנוק – מבוססים על ההנחה שהתוכנית להעדפה מתקנת אכן נותנת יתרון מוחלט למועדף. לפי הנחה זו, אפילו אם תוכנית ההעדפה המתקנת מובילה להעדפת אדם בעל כישורים פורמליים שווים, המתחרה עדיין מאבד את הסיכוי הנובע ממקורות לשמה. אך, לגבי חלק הארי מתוכניות ההעדפה המתקנת, ההנחה שניתן יתרון מוחלט למועדף אינה נכונה כלל. כך, למשל, כאשר הקריטריונים לבחירת המועמד מורכבים וכוללים יסודות של התרשמות סובייקטיבית, הם מאפשרים – ואפילו מזמינים – הפעלת שיקולים סטריאוטיפיים המעמידים את קורבן האפליה הראשונה במצב נחות. גם קריטריונים כאילו אובייקטיביים יכולים להוות מחסום לחברות קבוצות מופלות, ללא קשר לכישוריהן או להכשרתן, אם קריטריונים אלה אינם חיוניים למילוי התפקיד. כך, למשל, התחשבות בוותק או במילוי תפקיד קרבי בשירות צבאי, כשהיא איננה ממין העניין, מהווה הבדל אובייקטיבי אך גם עשויה להוות מחסום לקידום נשים או בני מיעוטים. במקרים אלה, פעולת ההעדפה המתקנת היא להחזיר את נקודת המוצא של התחרות לאיזון לא מפלה. בשל שכחותן של הדעות הקדומות נגד חברי הקבוצות המסומנות, אנו יכולים להניח שללא התערבות, החברות בקבוצה תפעל כגורם שלילי נגד היחיד בכל מערכת המאפשרת שיקול סובייקטיבי. אם תוכנית ההעדפה פועלת רק לנטרול אפליה ראשונה זו, הפגיעה בקורבן החדש היא מדומה.⁷³

69. S. Goldstein, "Reverse Discrimination – Reflections of a Jurist" 15 *Isr. Y.B. on Human Rights* (1985) 28; P. Finkle and T.H. Strom, "Affirmative Action, Natural Law and Justice", 10 *Windsor Y.B. of Access to Justice* (1990) 79, 87.

70. *Wygant v. Jackson Board of Education* 106 S.Ct. 1842 (1986).

71. M. Rosenfeld, "Affirmative Action, Justice and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal", 46 *Ohio State L. J.* (1985) 846, at 914.

72. ראו סוליבן (לעיל, הערה 52) 78-84, 94.

73. F. Raday, "Socio-Dynamic Equality: the Contribution of the Adversarial Process", in

המקרים הקשים יותר הם של תוכניות הנותנות העדפה לחברי קבוצות מסומנות במסגרת נתונים פורמליים או בייקטיביים בלבד, כגון על רקע ציוני בחינה אנונימית. כאן הטענה שפעולת ההעדפה היא רק תיקון העיוות, הנובע מאפליה אמורפית יותר, במישור האינדיבידואלי היא בעייתית יותר. כאן ההצדקה יכולה להישען רק על הטעם, שלפי הצדק המפצה והמחלק חשיבות המטרה של קידום הקבוצה המופלה גוברת על מחיר הפגיעה במתחרה החף מפשע.⁷⁴

פגיעה בעקרון השוויון. הניסוח הבסיסי של עקרון השוויון שולל התייחסות למאפיינים קבוצתיים לא רלוונטיים. בהתפתחות המאבק נגד אפליה קבוצתית, אומצה ההנחה שסיווג על-פי גזע או מין אינו רלוונטי. הטוענים שהעדפה מתקנת היא בלתי שוויונית גורסים שהסיווג על-פי גזע ועל-פי מין נשאר בלתי רלוונטי גם כאשר העדפה מתקנת מיועדת לקדם את הקבוצות המופלות. לדעתם, ההעדפה המתקנת היא אפליה בהיפוך נגד גברים או נגד לבנים לפי העניין. הם מסתמכים על הניסוחים המקוריים של איסור אפליה מחמת גזע או מין, בדעת המיעוט בעניין *Plessy v. Ferguson* בשנת 1896, קבע השופט הרלן:

But in the view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows or tolerates classes amongst citizens.⁷⁵

אולם אין לשכוח שהרקע לניסוח זה היה החלטת הרוב באותו עניין שסגרגציה של שחורים באוטובוסים אינה בניגוד לעקרון השוויון החוקתי. לכן, בשנת 1978, באבחון חוקתיותה של תוכנית ההעדפה ב-*Bakke* השופט ברנן מפרש אחרת את הדישה לעיוורון צבעים:

...even today officially sanctioned discrimination is not a thing of the past. Against this background, claims that the law must

S. Slonim, *The Constitutional Basis of Political and Social Change in the United States* (Praeger Pub., 1990) 141 at 156.

74. ראי, לעיל, סקסט להערות 55 עד 57; ראו סוליבן (לעיל, הערה 52), 78, 84, 98, K. Sullivan, "Sins of Discrimination: Last Terms Affirmative Action Cases", 100 *Harv. L. Rev.* (1986) 78 at 84, 98: "As long as whites displaced by affirmative action are not being subordinated on the basis of their race – as it is clear they are not when white-dominated governments, unions or employers choose affirmative action – any important purpose for affirmative action should be justification enough"

75. *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 at 559 (1896)

be colorblind or that the datum of race is no longer relevant to public policy must be seen as an aspiration rather than a description of reality ... we cannot... let color blindness become myopia which masks the reality that many "created equal" have been treated within our life times as inferior both by the law and by their fellow citizens.⁷⁶

3. איזון או סינתזה – עיצוב תוכניות העדפה מתקנת

הסענות לגיטימיות של העדפה מתקנת והסענות נגדה הן כבדות משקל. יש להכריע ביניהן או למצוא סינתזה ביניהן. אם להכריע ביניהן, צריך לשקול את החשיבות היחסית של הסענות. אם למצוא סינתזה ביניהן, ייתכן שהדרך אפשרית באמצעות הגדסת תוכניות העדפה מתקנת, בנוסחה שתקטין את הבעייתיות המועלית בסענות נגד מושג ההעדפה המתקנת.

בשקילת החשיבות היחסית של הסענות, אין ספק שהשקפת העולם הכללית ממלאת תפקיד מרכזי. לפי השקפת העולם המייחסת חשיבות רבה לשוויון הזדמנויות בין קבוצות והמבטאת מודעות למגבלות המוטלות על קבוצות מסומנות מן העבר ובימינו, המשקל שיינתן לשיקולי הצדק המתקן, המחלק והתועלתני המצדיקים תוכניות העדפה, יהיה רב. לעומת זאת, המתייחס לכללי משפט באופן מושגי המנותק מהרקע חברתי-כלכלי, יראה בסענות נגד העדפה מתקנת שמירה על ערך השוויון הפורמלי שאין לחרוג ממנו.

המחברת מצדדת בהשקפת העולם המצדיקה תוכניות העדפה, ולדעתה צריך לקבל את סענות הצדק בעד העדפה מתקנת. עם זאת, יש אפשרויות לעצב את תוכניות ההעדפה בדרך שתקטין את הפגיעה בעקרון השוויון הפורמלי. לצורך זה יש לעצב את התוכנית הספציפית בוהירות רבה כדי לתקן את הקיפוח של הקבוצות המסומנות ותו לא. יש לבסס היטב את בחירת הקבוצות שיש להעניק להן העדפה, ואת התחומים שבהם יש להעדיף אותן על-פי נתונים בדוקים ורלוונטיים. המטרה של התוכנית תהיה לנטרל אפליה סמויה, ועיצוב התוכנית צריך לענות על מטרה זו ולא יותר מכך. לצורך זה יש לבחון בקפדנות אם ניתן להשיג את המטרה באמצעים מוצעיים, כגון דרישה לדיווח ולהנמקה, שיאפשרו בקרה עצמית של גורמי ההכרעה ופיקוח על-ידי גורמי חוץ כדי לחשוף את השיקולים הנסתרים הסטריאוטיפיים ועל-ידי כך להסיר אותם.⁷⁷ בכל זאת, במקרים מסוימים יהיה צורך לתקן אפליה קיימת על-ידי קביעת יעדים ומועדים או מכסות. כדי למנוע כוללנות יתר או פגיעה ביעילות, צריך לקבוע יעדים או מכסות על-פי מאגר הכישורים הרלוונטיים של הקבוצה המסומנת. כך, למשל, לא יהיה זה צודק לקבוע יעד או מכסה של 50% לנשים במחלקת ההנדסה של חברה ממשלתית אם נשים מהוות מיעוט קטן בין בעלי תואר בהנדסה וכדומה. כן לא יהיה זה צודק לקבוע מכסה של 50% בלבד לקידום נשים

⁷⁶ *University of California Regents v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978) at 362.

⁷⁷ זו השיטה שאומצה בחוק האיטלקי; ראו לעיל, הערה 54.

לתפקיד של מנהל בית-ספר, כאשר נשים הן הרוב המכריע של סגל ההוראה בבתי-הספר.⁷⁸ ככל שמצב תת-הייצוג קיצוני יותר על רקע מאגר הכישרים הרלוונטיים של הקבוצה, כך האיוון על-ידי תוכנית העדפה מתקנת הוא לגיטימי יותר והטענות נגדה מאבדות ממשקלן.

תנאי לעיצוב תוכניות העדפה מתקנת המתייטבות עם meritocracy, הוא שמירה על כך שההעדפה תהיה לטובת בעלי כישורים והכשרה שווים הדרושים למילוי התפקיד מבחינה פורמלית. בקביעת דרישות התפקיד לצורך זה חייבים בוודאי לבטל דרישות לא רלוונטיות, שמגמתן להכשיל את הקבוצה המסומנת. כך, כאמור לעיל, דרישה לא הכרחית לוותק או לניסיון בתפקידים שבהם חברי הקבוצות המסומנות לא כיהנו באופן שווה, תהיה פסולה במסגרת תוכנית העדפה מתקנת.⁷⁹

כאשר מתקבל העיקרון שהעדפה מתקנת הינה דרך ראויה לחיסול אפליה, ניתן לכפות על גופים ציבוריים חובה לנקוט אותה, כפי שנעשה בקנדה ובנורווגיה. במגזר הפרטי, התוכניות של העדפה מתקנת הן בדרך כלל על-פי רצון. אך אפשרי – ויש דוגמות לכך בארצות-הברית – לחייב גורמים המבקשים להתקשר בחוזה עם הרשויות או המקבלים מימון ציבורי להראות שהם נוקטים פעולה חיובית. לחילופין, אפשר להציע תמריצי מימון ציבורי למעבידים המבקשים אותו בעבור תוכניות גאות של העדפה מתקנת. דרך אחרונה זו מתאימה באופן מיוחד לעידוד התאמת תנאי עבודה להבדלים האובייקטיביים של חברי קבוצות מסומנות, למשל עובדים בעלי נכות או עובדים עם אחריות הורית. היות שהאינטרס לשלב קבוצות אלה בשוק העבודה הוא אינטרס של המדינה, עליה לממן את עלותו של השילוב.⁸⁰

1. אופי ההעדפה המתקנת לפי בג"צ שדולת הנשים

בפרשנותו לסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות – הקובע שיש לתת "ביטוי הולם" לייצוגם של בני שני המינים ושלצורך זה ימנה השר את בני המין שאינם מיוצג "בכל שניתן בנסיבות העניין" – השופט מצא קובע, לראשונה בשיטת המשפט הישראלית, מסגרת עקרונית להעדפה מתקנת.

להלן עיקרי קביעותיו:

* השופט מצא מבסס את עקרון ההעדפה המתקנת על הצדק המתקן והצדק המחלק. לתפיסתו, ההעדפה המתקנת היא "אמת מידה שוויונית המהווה אחד מנגזריו ההכרחיים

78. ראו, למשל, התחלטה של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בדחייתו את הטענה ששמירת מקומות לנשים בלבד בבית-ספר לאחיות מהווה העדפה מתקנת: Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982).

79. לא רק במסגרת העדפה המתקנת אלא גם במסגרת האיסור על אפליה, קביעת תנאים שלא ממין העניין תיחשב אפליה: ראו חוק שוויון הודמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, סעיף 2(ב).

80. יש כבר בישראל דגם של מימון שילוב קבוצה מסומנת בשוק העבודה וזה בעניין מתן סובסידיה להעסקת עולים חדשים.

ואחת הערובות העיקריות להגשמתו של עקרון השוויון עצמו" (סעיף 24 לפסק־הדין). הוא אומר: "בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה אין די במתן הזדמנות שווה לכל. מתן הזדמנות שווה בנסיבות כאלה יקיים רק נוסחה של שוויון פורמלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה... תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכול, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה" (סעיף 16 לפסק־הדין). הוא מציין מפורשות כי מטרת ההעדפה המתקנת היא "הקצאה מחדש (redistribution) של המשאבים והנדסה חברתית social engineering המכוונות להוביל לתוצאות שוויוניות" (סעיף 17 לפסק־הדין).

* הוא רואה את ההעדפה המתקנת כנדרשת כדי להתמודד עם תופעת האפליה הקבוצתית נגד נשים במגורים ספיציפיים, כאשר קיומה כמציאות חברתית באותו מגזר הוכח בראיות סטטיסטיות. הוא ממשיך: "לרוב ניתן לכאורה להניח, כי הפלייתן של נשים בתחום כלשהו – ובעיקר שקידומן אינו תלוי רק בכישוריהן של המועמדות, אלא גם בהחלטות המתקבלות במרכזי שליטה מוסדיים – הינה פועל יוצא של מוסכמות מושרשות, שאנשים הגונים רבים פועלים מכוון מבלי ליתן דעתם לפסול שבמעשיהם" (סעיף 23 לפסק־הדין).

* המקרה של תת־הייצוג של נשים בדירקטוריונים הוא מקרה מובהק שבו הסטטיסטיקה מבטאת את מציאות האפליה. לפי דבריו של השופט מצא, סעיף 18 "מתחייב מן הנתונים שהוצגו בפני הבג"כ ביחס להיקף הייצוג האפסי (35 מתוך 1800 דירקטורים) שניתן לנשים בהרכבי דירקטוריונים של חברות ממשלתיות. אלא שהנתונים הללו העידו על תופעה חברתית בעליל יותר גרמנית, לאמור כי ההכרה הכללית בזכותה של האישה לשוויון חברתי גמור ומלא איננה באה, בחיי המעשה, לכלל ביטוי אמיתי" (סעיף 24 לפסק־הדין).

* לעניין עיצוב התוכניות להעדפה מתקנת השופט מצא מציין ששיעור הייצוג הראוי "צריך להיקבע על־פי אופיו, מטרותיו וצרכיו המיוחדים" של המוסד שבו מנהיגים את התוכנית "ועל־פי ההתפלגות של המועמדים המצויים, מבני שני המינים, המתאימים לכהונה הספיציפית המבוקשת". הוא מדגיש שלא מדובר בקביעת מכסות שוות או בקביעת מכסות כלשהן (סעיף 27 לפסק־הדין). עם זאת, השופט מצא מכיר בצורך להתייחס בוהירות להגדרת הכישורים הדרושים להתאמה של נשים:

כשלעצמי, כבכר הייתי לאמץ מבחן יותר גמיש, התולה את ההכרעה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה נתון, תוך בחינת הרלבנטיות שיש בהקשר האמור ליתרונו היחסי של המועמד, על רקע ההכרה במרכיבותו של מושג ההעדפה המתקנת. כך, למשל, אם יתרונו של המועמד על פני מועמדת מתחרה, נובע מהיותו בעל נסיון מעשי עשיר במיוחד בכהונה בדירקטוריונים שונים, נוטה הייתי להכשיר את ההתחשבות בנסיונו של המועמד, כבשיקול המצדיק את העדפתו, רק אם היה מוכח כי, בנסיבות העניין, נסיונו העשיר של המועמד מהווה שיקול רלבנטי בעל משקל מיוחד.

לעניין הפעלת תוכנית ההעדפה המתקנת בסעיף 18א למקרה שעמד לדיון לפניו, לא הגיע השופט מצא לבדיקת התנאים של יישום תוכנית העדפה מתקנת, כלומר, לא נטל על עצמו את המשימה של בדיקת מאגר הנשים המתאימות למשרה בפועל. לא היה צורך בכך משום שלא התמלא אפילו השלב המקדמי ביותר של דרישות סעיף 18א. התברר שהשרים אף לא נתנו את דעתם לקיים את החובה המוטלת עליהם להעדיף מינוין של נשים. נדחתה הטענה, שהשתכנעותו של שר התחבורה שהמועמד הגבר היה המועמד הטוב ביותר והמתאים ביותר לתפקיד מקרב עובדי המשרד, פטרה אותו מבדיקה אם מצויה מועמדת בעלת כישורים טובים למילוי הכהונה האמורה מבין עשרים וחמש העובדות הבכירות במשרדו. נדחתה גם הטענה שדי בהנחיות של שר האוצר שלפיהן, אם לא מכהנת אישה בדירקטוריון, והמדובר באחד המקומות האחרונים הפנויים במכסת הדירקטורים, יש לבצע בדיקה נוספת למציאת מועמדת מתאימה. בעיני השופט מצא, הנחיות אלה פגומות כי אין הן עומדות בדרישת סעיף 18א מאחר שהן מסתפקות בניסיון להשיג מועמדת אחת בלבד (סעיף 31 לפסק־הדין). ניתן להבחין באמירה זו באזהרת השופט מפני הפיכת

הדרישה לייצוג הולם למתן מס שפתיים על־ידי מינוי token woman.

השופט זמיר הסכים למסקנה של השופט מצא אך השופט קדמי, בדעת מיעוט, סבר שלא הוכח לפני בית־המשפט שקיימות מועמדות שכישוּרֵיהֶן שקולים עד כדי זהות מוחלטת לכישורי שני הדירקטורים שהתמנו (סעיפים 3 ו-4 לפסק־הדין).

* השופט מצא חוזר ומדגיש בפסק־דינו את החשיבות בעיניו של חיסול האפליה נגד נשים בחברה הישראלית. הוא אומר כי "להפליה הנשים בתחומי התעסוקה והפעילות המשקית יש השפעה הרסנית על שוויון מעמדן החברתי של הנשים במובנו הרחב" (סעיף 23). הוא מסיק מכך את הלגיטימיות ואף הצורך בהעדפה מתקנת: "הואיל והפלייתן של נשים בחברה המודרנית, הינה, בעיקרה, תופעה המושרשת בתפיסות סמויות, חוסנה המוסרי של חברה שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטטוס-קו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית" (סעיף 25).

* הגברים שמונו כדירקטורים טענו שייפגעו קשות אם יחליט בית־המשפט לבטל את מינוייהם, כי ייפגע שמם הטוב. השופט מצא אינו מתייחס במישור המושגי לבעיה זו כאל בעיית הקורבן החף מפשע עקב תוכניות העדפה מתקנת. הוא מוצא את התשובה לטענת הדירקטורים הנפגעים במישור התרופתי וקובע כי אי אפשר להשאיר על כנה את ההחלטה המינהלית הפגומה (סעיף 35 לפסק־הדין).

ז. הערות לסיכום

העדפה מתקנת לנשים ולקבוצות אחרות המסומנות כמופלות באופן שיטתי, היא פתרון שיטתי לבעיה שיטתית. אפליה קבוצתית נגד נשים היא בעיה שיטתית כי היא חודרת לכל תחומי החיים ומושרשת עמוק בתודעתנו. האפליה נגד נשים נובעת מהיסטוריה של אפליה רשמית בשיטת המשפט וממשיכה היום בשארית האפליה הרשמית בדין, בהתנהגות מפלה, בדעות קדומות ובסטריאוטיפים שקשה מאוד לעקור אותם מחיינו החברתיים. האפליה

הקבוצתית נגד ערבים ודרוזים בישראל נובעת אולי משורשים היסטוריים פחות עמוקים – אין אפליה רשמית בדין, והיא מתועדת בתחומים נבחרים של החיים הציבוריים, בייחוד בקרקעות, בתקציבים מקומיים ובדיור כשהיא נוצרת, בין השאר, מהפעלת שיקול הדעת המינהלי. יש להניח שיש גם אפליה בעבודה נגד ערבים ודרוזים. גם לגבי העדה הספרדית תיעוד האפליה מצביע על אפליה בתחומים ספציפיים כגון מערכת החינוך. ייתכן שבעתיד, יתוספו קבוצות נוספות כגון האתייופיים לקבוצות הזקוקות להעדפה מתקנת. שוויון הודמנויות פורמלי, המובטח בחוקים המאפשרים לקורבן של אפליה קבוצתית לתבוע נגד אפליה לאחר מעשה, אינו מספיק כדי להתמודד עם בעיית אפליה. אפשרות התביעה האישית אינה אפקטיבית כאמצעי לחיסול אפליה, בגלל הקושי להתמודד יחיד בתהליך ההתדיינות וקושי ההוכחה שקיימת אפליה במקרה היחיד. לכן, בפורומים בין-לאומיים ובמדינות רבות הגיעו למסקנה שלא די במתן זכות לשוויון פורמלי ולגיטימי לנקוט אמצעים מיוחדים לעידוד קליטת נשים, ובמקצת מהמדינות גם חברי קבוצות מסומנות אחרות, בתפקידים שבהם הם נמצאים במצב של תתייצוג. בנוסף לכך, מתפתחת דרישה רדיקלית יותר להתאים מקומות עבודה, על-ידי שינוי מבני בסיסי, להברלים אמיתיים של קבוצות מסומנות – כמו הורים עובדים ונכים.

הטוענים נגד אפליה מתקנת עושים זאת בשני מישורים. במישור הראשון, הכלכלי, הטענה היא שהעדפה מתקנת פוגעת ביעילות כי היא מקדמת מועמדות מוכשרות פחות. במישור השני, האתי, הטענה היא שאין זה מוצדק לפגוע במתחרה החף מפשע ולהפוך אותו לקורבן חדש. לא צריך להתעלם מטענות אלה, ולכן יש להפעיל תוכניות של העדפה מתקנת בוהירות. צריך לעצב את התוכנית כך שתקדם בעלי כישורים שווים לתפקידים שבהם הם במצב של תתייצוג לעומת מספרם היחסי במאגר המועמדים בעלי הכישורים וההכשרה הפורמליים הדרושים.

המקרה שהובא לדיון בבג"ץ שדולת הנשים בעניין מינוי נשים לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות מהווה דוגמה טובה לצורך בתוכניות העדפה מתקנת. לפי הגתונים שהיו לפני הבנסת לפני חקיקת התיקון לחוק חברות ממשלתיות, מבין 1,800 דירקטורים של חברות ממשלתיות רק 35 היו נשים. לאחר חקיקת החוק בשנת 1993, עלה מספר הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות מ-2% ל-10%.

באיוון בין מהיר ההעדפה המתקנת לבין יתרונותיה, כדרך להתגבר על אפליה שיטתית נגד נשים ונגד קבוצות מסומנות אחרות, יש להעדיף את ערכה החיובי של ההעדפה המתקנת. זוהי הדרך המציאותית ביותר לחסל אפליה קבוצתית, ולאפשר את ההשתתפות המלאה של כל אחד ואחת לפי יכולתו או יכולתה בכל התפקידים בחברה ולהבטיח ניצול מלא של ההון האנושי של החברה. מי שדוחה על הסף את מושג ההעדפה המתקנת מתעלם מחומרת התופעה של אפליה קבוצתית כבעיה היסכורית ועכשווית.