

## מחיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל

מיטל פינטו\* והלל סומר\*\*

### א. מבוא

רשימה זו עוסקת בתפקידה של הרשות השופטת בעיצובה של ההעדפה המתקנת<sup>1</sup> בישראל. לרשות השופטת יכולים להיות תפקידים שונים בהנהגתן של דוקטרינות משפטיות. כך, יש תחומים שבהם יצרה הפסיקה בישראל, בלא כל עזרה כמעט מצד המחוקק, זכויות משפטיות רבות-חשיבות.<sup>2</sup> כפי שנראה להלן בפרק ב של המאמר, לא כך היה בעניין ההעדפה המתקנת. עד לחקיקתם של סעיפי ההעדפה המתקנת על-ידי הכנסת, הכירה הפסיקה בעיקרון של "שוויון מהותי", אולם לא דרשה העדפה מתקנת

\* מיטל פינטו, בוגרת בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, ותלמידת תואר שני למשפטים באוניברסיטת טורונטו.

\*\* ד"ר הלל סומר, מרצה בבית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. המחברים מודים לד"ר יורם רבין, לד"ר שרון רבין-מרגליות, לעינת פינטו, ליעל טבק ולבועז מילר על הערותיהם המועילות.

1 המונח "העדפה מתקנת" הוא המונח המופיע כמעט בכל פסקי-הדין העוסקים בנושא. בבג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (להלן: עניין **שדולת הנשים 1**), הציע השופט מצא את המונח "העדפה מקדמת" כתרגום למונח האמריקאי affirmative action (**שם**, בע' 516). השופטת דורנר הציעה את הביטוי "הבחנה משווה", בנימוק כי מונח זה "מצביע על היותה של מדיניות ההבחנה המשווה ביטוי לזכות היסוד לשוויון". דליה דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 541, בהערת-שוליים 1. אולם ביטוי זה לא חלחל אל תוך הפסיקה. בבג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.נ. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון** (טרם פורסם, ניתן ביום 2.6.2004; להלן: עניין **ל.כ.נ.**) השתמשה השופטת נאור בביטוי "העדפה משווה" (פסקה 17 לפסק-דינה), ואילו השופט ריבלין העדיף את המונח "פעולה מתקנת" (פסקה 2 לפסק-דינו). יצוין כי המונח "העדפה מתקנת" אינו קיים כמעט בחקיקה (למעט בסעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, ס"ח 152). ראו מאמרם של ענת מאור ודן אורנשטיין בספר זה, המציין כי הביטוי שנבחר לחקיקה היה "ייצוג הולם", שהינו ביטוי ניטרלי יותר מאשר "העדפה מתקנת".

2 למשל, חופש הביטוי. ראו בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871. כמה פסקי-דין ישראליים הכירו בזכות לחופש הביטוי עוד בטרם ניתן פסק-הדין בעניין **קול העם**. ראו: פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** ז (תשל"ז) 375, 381.

במטרה להגיע לשוויון מהותי, ולפיכך לא מילאה בראשית הדרך תפקיד יוצר בנושא זה.

מאידך גיסא, גם כאשר הרשות המחוקקת נוטלת את היוזמה ומחוקקת חוקים, לרשות השופטת יש תפקיד חשוב ביותר בהטמעתם של החוקים ובהפיכתם ממילים לעקרונות בעלי משמעות יומיומית. אכן, ביחס להעדפה מתקנת מילאה הרשות השופטת בישראל את התפקיד הזה באופן מלא: כפי שנראה בפרקים ג, ד ו-ה של המאמר, הפסיקה נטלה את הפלטפורמה של חקיקת הכנסת, בעיקר ככל שהדבר נוגע בנשים, והעניקה לה משמעות של ממש בדרך של פרשנות מרחיבה. ממש לאחרונה, בפסק-הדין בעניין **ל.כ.ו.**,<sup>3</sup> פסע בית-המשפט צעד נוסף קדימה והורה לרשות מנהלית לבצע העדפה מתקנת של נשים בלא כל אסמכתה בחוק. בכך נטל בית-המשפט את תפקיד המוביל בפיתוחה ובהעצמתה של ההעדפה המתקנת.

עם זה, נצביע במאמר זה על מסקנה חשובה ומטרידה העולה מעיון בפסיקה: הפסיקה שעסקה בהעדפה מתקנת של האוכלוסייה הערבית בישראל הייתה נדיבה פחות כלפי העותרים בהשוואה לפסיקה שעסקה בהעדפה מתקנת של נשים, למרות רטוריקה משפטית דומה. להבדלים בין גישת הפסיקה כלפי נשים לבין גישתה כלפי המיעוט הערבי יוקדש פרק ו למאמר.

לבסוף, פרק ז של המאמר יוקדש לתפקידו המיוחד של בית-הדין לעבודה בהקשר של ההעדפה המתקנת, ובמסגרתו נעסוק, בין היתר, בהתמודדותו של בית-הדין עם מבנים לא-שוויוניים המתעטפים באצטלה של העדפה מתקנת.

## ב. משוויון פורמלי לשוויון מהותי: הפסיקה שקדמה לפסק-דין שדולת הנשים הראשון

עקרון השוויון כשלעצמו מוכר במשפט הישראלי מראשית ימיה המשפטיים של המדינה.<sup>3</sup> עם זה, במהלך השנים השתנתה למעשה מהותו של השוויון: בראשית הדרך משלה בכיפה גישת "השוויון הפורמלי",<sup>4</sup> שמקורה בליברליזם הקלסי, ואשר משמעותה היא "עוורון-צבעים" (או "עוורון-מינים"). הדגש בגישה זו מושם בחירותו ה"שלילית" של היחיד לא להיות מופלה לרעה בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת. מדובר אם כן במושג סביל האוסר על מקבל החלטות להתחשב בשיקול זר כגון דת, לאום, גזע או

3 ראו, למשל, בג"ץ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח(1) 598, 612; ע"פ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה 5, תשנ"ז, כרך ב) 273.

4 גישה זו מכונה גם בשמות "שוויון ביחסי", "שוויון אישי" ו"שוויון פרוצדורלי"; ראו, למשל, רות בן-ישראל "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן?" **שנתון משפט העבודה** ו (תשנ"ו) 85, 100.

מין.<sup>5</sup> התיאוריה הליברלית הקלסית מדגישה את האוטונומיה של הפרט ואת חופש הבחירה שלו, ומצדדת בהתערבות מינימלית של המדינה. גישה זו דוחה את רעיון ההעדפה המתקנת, בראותה בו סטייה מעקרונות ליברליים קלסיים, כגון חופש הקניין, חופש החוזים וחופש ההתאגדות.<sup>6</sup> תפיסה ליברלית קלסית תדגיש את תכונותיו וכישוריו של כל אדם כפרט, ותבקש לקבוע על-פיהם את מידת התאמתו לתפקיד מסוים.<sup>7</sup>

החל בשנות השמונים של המאה העשרים החלה הפסיקה לקדם גישה שונה, של "שוויון מהותי".<sup>8</sup> גישה זו רואה בעקרון השוויון נורמה חברתית, שמידת הצלחתה נבחנת בתוצאות. גישת השוויון המהותי אינה מרוצה מן התוצאות שהושגו בייצוגן של קבוצות חלשות במוקדי הכוח בחברה באמצעות מדיניות השוויון הפורמלי, בעיקר עקב כשלונו של השוויון הפורמלי במניעת תופעות של הפליה ממוסדת ושיטתית, מודעת או לא-מודעת, כלפי קבוצות חלשות. הפליה זו מונעת מהפרטים בקבוצות החלשות את ההנאה משוויון מלא, למרות זכאותם ליחס שווה.

השוויון המהותי שונה בשני היבטים עיקריים מן השוויון הפורמלי: ראשית, מאחר שהשוויון בתוצאות נמדד קבוצתית, בשוויון המהותי הדגש מוסט מן היחיד אל הקבוצה. שנית, השגת שוויון בתוצאות מחייבת פעולות חיוביות, מעשיות, המכוונות לקדם את בני הקבוצות החלשות בחברה.<sup>9</sup> פעולות אלה פוגעות על-פי-רוב בשוויון הפורמלי, שכן הן מעניקות לחברי הקבוצה ה"חלשה" זכויות-יתר בגין השתייכותם לקבוצה.

5 השופט זמיר קורא לסוג השוויון הפורמלי, הסביל, גם "עקרון השוויון במובן המקובל" (בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (5) 15, 29 (להלן: עניין **האגודה לזכויות האזרח**)). כדי להדגיש את האופי החדשני של סוג השוויון האחר, המהותי.

6 ג'ון לוק **על הממשל המדיני – המסכת השנייה** (מהדורה שנייה, תשי"ט) 96. ייצוג לרעיונותיו של לוק ניתן לראות גם אצל הפילוסוף נוזיק: Robert Nozick *Anarchy, State and Utopia* (1974) 26, 149. ראו גם דורנר, **לעיל** הערה 1, בע' 544.

7 זאת תמציתו של עקרון המריטוקרטיה (meritocracy), כפי שתואר לראשונה – בהקשר שלילי דווקא – אצל יאנג, שהציג חברה שבה הפרטים רוכשים את מעמדם בהתאם ליכולתם ולכישוריהם. ראו: Michael Young *The Rise of the Meritocracy* (1958) 69–72; Nicholas Lemann *The Big Test: The Secret History of the American Meritocracy* (1999) 115–119. ראו גם הילי מודריק-אבן חן **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה** (נייר-עמדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000) 9.

8 גישה זו מכונה גם בשמות "שוויון מטריאלי" או "שוויון בתוצאות". ראו בן-ישראל, **לעיל** הערה 4, בע' 104. פרופ' מיכאל רוזנפלד מעדיף את המונחים "שוויון הזדמנויות" ("equality of opportunity") מול "שוויון בתוצאות" ("equality of result"). שוויון הזדמנויות מניח את יכולתו האוטונומית של האדם לממש את עצמו ולהגשים את שאיפותיו. שוויון בתוצאות, לעומת זה, מכיר בחלוקה הלא-שוויונית של הטובין והמשאבים, המחייבת נקיטת אמצעים פעילים לתיקון מצב זה. ראו: Michel Rosenfeld *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry* (1991) 22–29.

9 בן-ישראל, **שם**, בע' 105.

במסגרת זו הוזכר בפסיקה, מפעם לפעם, הצורך להעניק טיפול מקדם לאוכלוסיות ספציפיות לשם השגת שוויון מהותי.<sup>10</sup> "המאמצים הנעשים בדרכים שונות לתקן אפלויות הנובעות מסטריאוטיפים בני שנות דור, כגון אבחנה מתקנת, על מנת להביא לשוויון בין קבוצות שלמות לאחרות, כאשר כלפי אותן קבוצות היתה הפליה קבוצתית – אלה מבקשים להביא לשוויון מהותי."<sup>11</sup> העדפה מתקנת הינה אם כן אחת הדרכים להשגת שוויון מהותי.<sup>12</sup> לכאורה, במסגרת זו הייתה הפסיקה יכולה לחייב רשויות בהעדפה מתקנת עוד בטרם נקבעה זו בחקיקה, וזאת כחלק מכללי השוויון המהותי. אולם בתי-המשפט לא העמידו את עצמם בחוד החנית של ההעדפה המתקנת עד אשר עוגנה הדוקטרינה בחקיקה.

בפרשת **אביטן**<sup>13</sup> הגן בית-המשפט העליון על פעולות של העדפה מתקנת שנקטה הרשות. העותר, יהודי, ביקש שמנהל מקרקעי ישראל יחויב להחכיר לו מגרש ביישוב שנועד להתיישבות בדואים באותם תנאים שבהם מחכירים מגרשים לבדואים. העותר טען כי בסירוב המנהל "מופרים עקרונות השוויון ואיסור ההפליה מטעמים לאומיים". בדחותו את העתירה, העלה בית-המשפט על נס את השוויון במובנו המהותי, ואף הכשיר באמרת-אגב מדיניות של העדפה מתקנת כחלק מהחתירה לשוויון במובנו המהותי:

עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש.<sup>14</sup>

עם זה, עיקרו של פסק-הדין בפרשת **אביטן** לא עסק בהפלייתם של הבדואים, אלא באינטרסים הממשלתיים בריכוזם ביישובים עירוניים.<sup>15</sup> בכך "נמנע בית המשפט מלדון באפליה קבוצתית בכלל ובהעדפה מתקנת לקבוצות מקופחות בפרט".<sup>16</sup>

10 ראו, למשל, בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297, 299 (להלן: פרשת **אביטן**); בג"ץ 720/82 **אליצור נהריה נ' עיריית נהריה**, פ"ד לז(3) 17, 21 ("כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחד נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון").

11 דב"ע נו/3-129 **פלוטקין נ' אחים אייזנברג**, פד"ע לג 481, 489–490 (להלן: פרשת **פלוטקין**).  
12 מאחר שהעדפה מתקנת הינה פרקטיקה המכוונת להשגת שוויון מהותי, ההצדקות העומדות בבסיסה הן טיעון הצדק המתקן, אשר מכיון לתיקון עוולות שנעשו לקבוצות שונות בעבר, וטיעון הצדק החלוקתי, המבקש לחזק קבוצות שהופלו בעבר. ראו מודריק-אבן חן, **לעיל** הערה 7, בע' 9–10.

13 פרשת **אביטן**, **לעיל** הערה 10.

14 **שם**, בע' 299.

15 **שם**, בע' 302–303.

16 פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 145, 152. ראו גם יוחאי בנקלר

עד למתן הגושפנקה החוקית להעדפה המתקנת, לא היו אפוא בפסיקה אלא "ניצנים של הכרה בלגיטימיות של רעיון ההעדפה המתקנת בפסיקה בהקשרים שונים".<sup>17</sup>

## ג. פסק־דין שדולת הנשים הראשון: יישום תקיף ופרשנות רחבה של החקיקה

את הצעד הראשון בנושא ההעדפה המתקנת עשה המחוקק בשנת 1993, כאשר חוקק את תיקון מס' 6 לחוק החברות הממשלתיות,<sup>18</sup> אשר נועד לקדם את ייצוגן ההולם של נשים במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים. אלא שהחוק כשלעצמו לא חולל בפועל שום שינוי.<sup>19</sup> עד מתן פסק־הדין בעניין **שדולת הנשים 1**.<sup>20</sup> בית־המשפט העליון הוא שנתן לחוק את מלוא תוקפו, כאשר קבע כי סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות אינו עוסק ב"עיגון חקיקתי חדש לזכויות מושרשות, כמו הזכות הבסיסית לשוויון... אלא בנורמה חדשה שמטרתה לאכוף, על דרך החיוב, מתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים בהרכבי הדירקטוריונים..." וכי חובת ההעדפה המתקנת "מתווה משימה מעשית שהחובה להגשימה היא מיידית".<sup>21</sup>

הסעיף אינו מורה באופן מפורט כיצד יש להשיג ייצוג הולם, ומסתפק באמירה העמומה שלפיה עד להשגת ביטוי הולם "ימנו השרים [נשים לדירקטוריון], ככל שניתן בנסיבות העניין".

"אי־הפליה בדיוור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" **עיוני משפט** טז (תשנ"א) 131, 150–159. לטענת בנקלר, ההעדפה המתקנת (או בלשונו של בנקלר – "פעילות מקדמת") שהונהגה כלפי הבדואים ואשר נידונה בפרשת **אביטן, שם**, לא הועילה לפרטים הבדואים באותו יישוב. לגישתו, הפסיקה תרמה לבידוד האוכלוסייה הבדואית, שכן המדיניות שנבחנה בפסק־הדין קבעה כי הסיוע לבדואים יינתן רק בעיירות לבדואים בלבד.

17 ראו רות בן־ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה** (האוניברסיטה הפתוחה, כרך ב) 544–545 והאסמכתות המובאות שם. פרופ' ליאורה בילסקי מעירה – בהתייחסה לפסק־הדין בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800, ובג"ץ 200/83 **וואד נ' שר האוצר**, פ"ד לח(3) 113 – כי בית־המשפט השתמש למעשה בנימוקי העדפה מתקנת כדי להגן על קבוצת הרוב (היהודים) על־חשבון הקבוצות החלשות בחברה. ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" **עיוני משפט** כה (תשס"ב) 523, 552–553, הערת־שוליים 106.

18 ראו מאמרם של ענת מאור ודן אורנשטיין בספר זה. התיקון הוסיף לחוק את סעיף 18א.

19 יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה" **משפטים** ל (תשנ"ט) 183, 187; בילסקי, **לעיל** הערה 17, בע' 552.

20 עניין **שדולת הנשים 1**, **לעיל** הערה 1.

21 **שם**, בע' 514–515.

עדות לכך שחקיקתו של הסעיף, כשלעצמה, לא הביאה לידי כך שהרשות המבצעת תפנים את המסר שבחוק ניתן לראות בתצהיר שהגיש עוזרו של שר האוצר בתשובה לעתירתה של שדולת הנשים, ואשר צוטט על-ידי בית-המשפט העליון. העוזר מסביר כי שר האוצר טורח לחפש אישה לתפקיד דירקטור בחברה ממשלתית מסוימת רק "אם לא מכהנת אישה בדירקטוריון והמדובר באחד המקומות האחרונים הפנויים במכסת הדירקטורים (בדרך כלל בין שניים לבין שלושה מקומות אחרונים)".<sup>22</sup> בית-המשפט העליון דחה פירוש זה לביטוי "ייצוג הולם", וציין כי הסעיף דורש ביטוי הולם, ולא ביטוי מזערי כלשהו. בית-המשפט פסק כי החוק דורש "מתן ייצוג יחסי לכל אחד מן המינים, ששיעורו הראוי צריך להיקבע על פי אופיו, מטרותיו וצרכיו המיוחדים של התאגיד, הממשלתי או הסטוטוטורי, שעניינו עומד על הפרק, ועל פי ההתפלגות של המועמדים המצויים, מבני שני המינים, המתאימים לכהונה הספציפית המבוקשת".<sup>23</sup> במסגרת הערכת תרומתו של בית-המשפט לפיתוחה של הדוקטרינה ראוי לציין כי בפרשת **שדולת הנשים 1** צעד בית-המשפט כברת-דרך ארוכה יותר אף מזו שהעותרת פיללה לה. בעתירתה טענה שדולת הנשים כי מתן העדפה מתקנת פירושה שבבחירה בין שני מועמדים שווים לחלוטין בכישוריהם יש להעדיף מינוי אישה על מינוי גבר. מכאן, שכאשר יש כמה מועמדים מתאימים לתפקיד מסוים, "אלא שכישוריה של אף אחת מהמועמדות אינם מגיעים לרמת כישוריו של אחד המועמדים",<sup>24</sup> יש להעדיף את המועמד המוכשר יותר, אף אם הוא גבר. השופט מצא קבע מבחן שאותו אפיין כ"גמיש יותר", אולם היה ראוי לאפיינו כמבחן תקיף יותר. על-פי מבחן זה, יתרונותיהם של מועמדים גברים צריכים להיבחן "על רקע ההכרה במרכזיותו של עקרון ההעדפה המתקנת", ולא זו בלבד שאסור לגורם הממנה להעדיף גבר בשל שיקולים זרים – אסור לו לעשות כן אף בשל שיקולים ענייניים, כגון ניסיון קודם של המועמד.<sup>25</sup> זאת, אלא אם כן "היה מוכח כי, בנסיבות העניין ניסיונו העשיר של המועמד מהווה שיקול רלוואנטי בעל שיקול מיוחד; כגון שבהרכב הקיים של הדירקטוריון מכהנים דירקטורים מנוסים מעטים... שאם לא אלה פני הדברים, ראוי לכאורה לבחור במועמדת, חרף היותה מנוסה פחות".<sup>26</sup> את ההיגיון שביסוד מבחן זה הסביר השופט מצא בכך ש"העדפתם של מועמדים, על פני מועמדות, בשל היותם בעלי ניסיון מעשי

22 שם, בע' 512–513.

23 שם, בע' 527–528. לדיון בביטוי "ייצוג הולם" בהקשר של סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959, ראו תירוש, **לעיל** הערה 19, בע' 201 ואילך.

24 עניין **שדולת הנשים 1**, **לעיל** הערה 1, בע' 528.

25 השו"ב בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 103, 110: "כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם ומידת הרלוואנציה של השונות יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים-לב למטרה הפארטיקולארית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות, המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את הראשון על פני השני, חייבת להיות ישירה וקונקרטי...".

26 עניין **שדולת הנשים 1**, **לעיל** הערה 1, בע' 528–529.

רב ומגוון יותר, עלולה לקיים בעינם לאורך ימים ושנים את אותם מודלים של הפליית נשים, שסעיף 18א נועד להעבירם מן העולם".<sup>27</sup>

ד"ר יופי תירוש מגדירה את המבחן שקבע בית-המשפט באופן הבא:  
מיהו בן המין שאינו מיוצג מבין המועמדים הכשירים לתפקיד, והאם הבחירה בו על פני מועמד בן המין השני יהיה בה כדי לגרוע מאיכות מילוי התפקיד. אם התשובה היא בשלילה, יש לבחור במועמד בן המין שאיננו מיוצג באופן הולם.<sup>28</sup>

לצד הקביעה המהותית, כלל פסק-הדין בעניין **שדולת הנשים 1** גם הוראות פרוצדורליות רבות-משמעות. בית-המשפט קבע שנטל ההוכחה כי "בנסיבותיו של מקרה פלוני לא ניתן היה למנות אישה, רובץ על שכמו של השר הממנה". כן נקבע כי על-מנת לעמוד בחובת הבדיקה, על השר הממנה לנקוט אמצעים סבירים לאיתורה של מועמדת מתאימה, והוא לא יוכל לצאת ידי חובה על-ידי עריכת חיפוש "פורמלי".<sup>29</sup> לבסוף, חשובה גם התוצאה: בית-המשפט ביטל את מינוי הדירקטורים הגברים, וקבע כי אין כל משמעות לכך שהחלטות הפגומות (שהפרו את חובת ההעדפה המתקנת) היו פרי שגגה, וכי "על בית המשפט מוטלת חובה לשנס את מותניו ולאכוף את מימושה של הנורמה החדשה".<sup>30</sup> כפי שמציינת תירוש, פסק-הדין הפך את החידוש החקיקתי לאפקטיבי, הפנה את תשומת-הלב הציבורית לחוק, והעביר מסר חד-משמעי בדבר חובת הפעולה של הרשויות.<sup>31</sup>

## ד. פסק-דין שדולת הנשים 2 ולאחריו: מחקיקה ספציפית לדוקטרינה כללית

בית-המשפט המשיך בגישתו המרחיבה, ואף נטל אותה צעד נוסף קדימה בפסק-הדין השני של שדולת הנשים.<sup>32</sup> כאן לא הסתפק בית-המשפט בפרשנות מרחיבה של החוק, אלא פסק כי דוקטרינת ההעדפה המתקנת, על פרשנותה המרחיבה, חלה גם על גופים שאינם מחויבים בהעדפה מתקנת על-פי החוק. בית-המשפט קבע כי מן החוקים הספציפיים המורים על ייצוג נשים ניתן להסיק "הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט

27 שם, בע' 529.

28 תירוש, לעיל הערה 19, בע' 209–210.

29 עניין **שדולת הנשים 1**, לעיל הערה 1, בע' 529. עמדת המיעוט של השופט קדמי מטילה את נטל ההוכחה על המשיגים על פעולת השר הממנה (שם, בע' 541).

30 שם, בע' 532.

31 תירוש, לעיל הערה 19, בע' 193.

32 בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד (נב) 630 (להלן: עניין **שדולת הנשים 2**).

בישראל", וכי נוצרה דוקטרינה כללית של העדפה מתקנת, שלפיה "יש לעשות את כל הניתן למתן ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים".<sup>33</sup>

פסק-הדין עסק במינוי חבר להנהלת המוסד לביטוח לאומי, בדרג שבו לא חלה חקיקה שחייבה העדפה מתקנת או ייצוג הולם, אף שחקיקה כזו חלה על הדרגים הגבוהים יותר והנמוכים יותר במוסד.<sup>34</sup> העדר החקיקה המסמיכה לא מנע את בית-המשפט מלחייב את המוסד בהעדפה מתקנת מכוח דוקטרינה כללית של ייצוג הולם.

פסק-הדין מבטא אפוא שינוי בגישתו של בית-המשפט ביחס לתפקידו בהקשר זה: לא עוד הסתפקות באכיפתם של חוקים או בהרחבתם באמצעות פרשנות, אלא אימוץ תפיסה חדשה של עקרון השוויון, הכוללת, כחלק בלתי-נפרד ממנה, דוקטרינה כללית בדבר העדפה מתקנת, שביכולתה לחולל שינויים כלליים בפני החברה בכללותה ובשוק התעסוקה בפרט.<sup>35</sup>

באותו פסק-דין גם חידד בית-המשפט את הקביעה כי החובה לחפש מועמדת מתאימה מהמין הלא-מיוצג הינה חובה פוזיטיבית, וכי השר אינו יכול לשבת בחיבוק-ידיים ולהמתין שמועמדת תיפול לידיו כפרי בשל.

התפיסה השיפוטית שלפיה ניתן להחיל מדיניות של העדפה מתקנת גם בהעדר חוק מסמך הורחבה גם לגבי אזרחי ישראל הערביים בעניין **האגודה לזכויות האזרח**,<sup>36</sup> שעסק במינוים של ערבים כנציגי הממשלה למועצת מקרקעי ישראל.<sup>37</sup> כמו בעניין **שדולת הנשים 2**, חוקי ההעדפה המתקנת לא חלו בעניין זה במישורין. למרות זאת קבע השופט זמיר כי לנוכח משקלם המצטבר של מקורות המשפט המחייבים יחס של שוויון כלפי האוכלוסייה הערבית, גם לגבי ערבים נוצרה "דוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי".<sup>38</sup> בית-המשפט דחה את הפירוש הצר שניתן בשירות המדינה להוראת ההעדפה המתקנת בתיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים),<sup>39</sup> פירוש שלפיו אין בתיקון אלא הסמכה להתערב במכרז ותו לא.<sup>40</sup>

לנוכח פסקי-הדין החד-משמעיים, החלו משרדי הממשלה להפנים את החקיקה. במקרים רבים היה די באיום בעתירה או בהגשתה להביא לידי שינוי בעמדת הרשות. כך, בעתירה של שלישיית של **שדולת הנשים 41** ציין בית-המשפט העליון כי "חבל שהיה

33 שם, בע' 662–664.

34 מכוח סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959, וסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות.

35 עניין **שדולת הנשים 2**, לעיל הערה 32, בע' 670.36 עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הערה 5.

37 שאלת הכללתם של ערבים בין נציגי הממשלה למועצה הייתה גורלית, בין היתר משום שכמחצית מהחברים במועצת מקרקעי ישראל ממונים על-ידי הקרן הקיימת לישראל, שהינה גוף יהודי לאומי.

38 עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הערה 5, בע' 39.

39 ס"ח התשנ"ה 500.

40 תירוש, לעיל הערה 19, בע' 187.

41 בג"ץ 2754/02 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח'**, דינים-עליון סג 146. לפירוט



צורך בעתירה ציבורית כדי להנחות את משרדי הממשלה בדבר תחולת הוראת סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה גם על מינוי מנכ"לים". בית-המשפט העליון נקט צעד נדיר כאשר חייב את המשיבים בהוצאות העותרת (שדולת הנשים) אף שדחה את העתירה הספציפית עקב הגשתה באיחור.

לקביעת ההעדפה המתקנת כחלק מן השוויון המהותי יש גם משמעות נורמטיבית: אם בארצות-הברית מתלבטים בשאלה אם העדפה מתקנת מהווה חריג לעקרון השוויון הפורמלי שניתן להצדיקו, בישראל תפס בית-המשפט העליון את ההעדפה המתקנת כביטוי מעשי מוחשי של החתירה לשוויון מהותי, דהיינו, כביטוי לעקרון השוויון ולא פגיעה בו. השופטת דליה דורנר מסבירה כי לנוכח גישה זו, גם אליבא דאלה הסבורים שעקרון השוויון מעוגן כיום כעיקרון חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>42</sup> חוקים של העדפה מתקנת לא ידרשו לעמוד בדרישת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>43</sup>

## ה. העצמתה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת על-ידי בית-המשפט

פסק-הדין בעניין **עמותת ל.כ.נ.**,<sup>44</sup> שניתן ביוני 2004, מהווה לדעתנו עליית מדרגה נוספת בהחלה האקטיביסטית של עקרונות ההעדפה המתקנת גם בהעדר בסיס בחקיקה.

במרכזו של פסק-הדין עמדה קבוצת הכדורסל-נשים המצליחה של רמת-השרון, שטענה כי הופלתה לרעה בתקצובה על-ידי המועצה המקומית בהשוואה לקבוצות ספורט של גברים ברמת-השרון. בית-המשפט קבע שמועצת רמת-השרון ניסתה להתחמק מחובתה להקצות תקציבים בצורה שוויונית ולפי עקרונות של העדפה מתקנת, על-ידי קביעת אמות-מידה עמומות לתקצוב, העשויות "להצביע על ניסיון של המינהל להסוות העדפה לא לגיטימית לטובת האינטרסים של הסקטור החזק יותר והמקורב יותר למינהל".<sup>45</sup>

השופט ריבלין פסק כי "ספורט הנשים התחרותי בישראל סובל מנחיתות מבנית בהשוואה לספורט הגברים", וכי "את עיקר הסיבות לנחיתות זו ניתן לתלות בהעדר

הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה שהוצאו בעקבות הליך זה, ראו מאמרה של ציונה קניג-יאיר בספר זה.

42 לדיון בשאלה זו, ראו: יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323; הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 257, ומקורות נוספים שם.

43 דורנר, **לעיל** הערה 1, בע' 544–545. עם זה, דומה כי בכל מקרה כמעט יהיה מקום לבחון אם ועד כמה ההעדפה המתקנת מוצדקת בנסיבות העניין לצורך השגת השוויון המהותי, כך ששפט אם להבחנה זו יש נפקות של ממש.

44 עניין **ל.כ.נ.**, **לעיל** הערה 1.

45 שם, בפסקה 3 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

הקצאת משאבים מספקת". מכאן קצרה הדרך למסקנה כי התכלית "של השגת שוויון בין קבוצות ספורט הגברים לקבוצות ספורט הנשים, יש בה כדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט בקביעת הקריטריונים למתן תמיכה". אכן, במקרה דנן הורה בית-המשפט לאמץ את אמת-המידה של משרד המדע, התרבות והספורט, שלפיה "בסעיפים בתוכנית העבודה שבהם יש הפרדה בין גברים לנשים, יהיה ניקוד מצטבר לפעילות בתחום לגברים ולנשים בנפרד כאשר הניקוד המצטבר בכל תחום לפעילות נשים יוכפל ב-1.5".

בפסק-הדין ניתן לזהות ניסיון של בית-המשפט לנפץ מיתוסים חברתיים מקובלים. כך, למשל, ציינה השופטת נאור כי הספורט הגברי במועצה מתוקצב על-פי חלוקה ענפית (כדורגל-גברים, כדורסל-גברים) בעוד קבוצות הנשים מופיעות תחת ההגדרה הכוללת "נשים", בלא ציון ענף הספורט הרלוונטי.<sup>46</sup> השופט ריבלין התמודד עם הטענה השגורה שלפיה ראוי לתקצב ספורט נשים בחסר עקב חוסר העניין היחסי בו מצד התקשורת והאזהדים בהשוואה לספורט ה"גברי", תוך שהוא מצטט את הסופרת הפמיניסטית וירג'ינייה וולף,<sup>47</sup> על-ידי כך שהפך את היוצרות וקבע כי הקצאת המשאבים הנמוכה לספורט הנשי היא שגורמת לנחיתות המבנית של הספורט הנשי.<sup>48</sup> אם בפסק-דין **שדולת הנשים 1** התייצב בית-המשפט העליון והבהיר כי לחקיקת הכנסת בתחום ההעדפה המתקנת יש שיניים, ואם בפסק-דין **שדולת הנשים 2** גילה בית-המשפט העליון נכונות למתוח את החקיקה בדרך של היקש ושל יצירת דוקטרינה כללית בסביבת המינויים הממשלתית, הנה בעניין **ל.ב.נ.** פסע בית-המשפט העליון צעד נוסף קדימה וכפה העדפה מתקנת בתחום תקציבי הספורט, שבו המחוקק לא קבע כל תוכנית של העדפה מתקנת.<sup>49</sup>

46 שם, בפסקה 14 לפסק-דינה של השופטת נאור.

47 שם, בפסקה 1 לפסק-דינו של השופט ריבלין: "עוד בשנת 1928 כתבה הסופרת וירג'ינייה וולף כי 'אשה הכרח שיהיו לה כסף וחדר משלה אם רצונה לכתוב ספרות'... ובהשאלה לענייננו, קידום קבוצות ספורט של נשים מחייב השקעת משאבים, במידה שאינה פחותה, למצער, להשקעה בקבוצות ספורט דומות של גברים."

48 שם. דוגמה להמחשת דבריו של השופט ריבלין ניתן לראות אצל דבורה ברייק, הקושרת בין חקיקתו של ה-Title IV (20 U.S.C. 1681 (1994)) הפדרלי האמריקאי, הקובע איסור הפליה בהקצאת תקציבים פדרליים בתוכניות ספורט, לבין שיפור הישגים והתגברות העניין הציבורי והתקשורתי בספורט הנשי. ראו: Deborah Brake "The Struggle for Sex Equality in Sport and the Theory Behind Title IX" 34 *University of Michigan Journal of Law Reform* (2000) 13.

49 מבחינה פורמלית נעשה הדבר על-ידי הישענות על הצהרת המועצה המקומית רמת-השרון כי תפעל לפי אמות-המידה של משרד המדע, התרבות והספורט, שכללו מרכיב של העדפה מתקנת. מאז ניתן פסק-הדין הסתבר כי מועצת רמת-השרון מתכננת לא לפעול על-פיו, והנושא עשוי לחזור להכרעה נוספת בבית-המשפט העליון. ראו יפה גליק "מהפכה וחצי" **צומת השרון** 17.6.2004, ע' 64 (המצטטת מפי היועץ המשפטי של מועצת רמת-השרון כי בכוונת המועצה לקבוע אמות-מידה שוויוניות במקום אלה שקבע בית-המשפט העליון).

## ו. ערבים, נשים ומה שביניהם

קשה לא להתרשם מהנחרצות שבה התייצב בית-המשפט העליון לצידן של הנשים במאבק להשגת שוויון מהותי ולנקיטת העדפה מתקנת, כשהוא נותן לעיתים לעותרות אף יותר ממה שהעלו בדעתן לבקש בעתירתן.<sup>50</sup> אולם דומה כי התמיכה השיפוטית שבה זכה המיעוט הערבי בישראל פחותה בהרבה, ברמה התוצאתית, מזו שזכו בה הנשים, למרות הרטוריקה השווה של בית-המשפט בשני העניינים. בעתירות משמעותיות שנגעו בשוויון המהותי של הערבים בכלל ובהעדפתם המתקנת בפרט, אשרר אומנם בית-המשפט את זכותם של הערבים לשוויון ואת חשיבותה של ההעדפה המתקנת גם ביחס למגזר זה, אולם נמנע ממתן צווים הכופים העדפה מתקנת, כשהוא נאחז כל פעם בסיבה ספציפית אחרת.<sup>51</sup>

כך, למשל, בדחותו את טענת העותרים כי קצב יישומה של ההעדפה המתקנת כלפי הערבים נופל מהקצב שבו היא יושמה לטובת נשים, קבע בית-המשפט העליון כי הקצב הראוי שבו על הרשות לפעול למילוי חובות ההעדפה המתקנת שלה הוא הקצב הסביר, וכי "בבחינת קצב השגת ייצוג הולם לבני קבוצה מסוימת, יש לתת את הדעת על מאפייניה המיוחדים של אותה קבוצה".<sup>52</sup>

בעניין הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל,<sup>53</sup> אשר עסק במינוי חברים ערביים לוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז צפון, הוזכרה הדוקטרינה הכללית של העדפה מתקנת ואף הוכרה חשיבותו של הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית. אולם אף-על-פי שרק שניים מבין שבעה-עשר חברי הוועדה היו ערבים, לא מצא בית-המשפט מקום להתערב, משנחה דעתו כי לא נמצאו מועמדים ערביים מתאימים בשל מיעוטם בקרב בכירי המגזר הציבורי.<sup>54</sup>

הפלייתם של אזרחי ישראל הערביים בתחום התקציבי הגיעה אף היא לדיון בבית-המשפט העליון, ויותר מפעם אחת. בבג"ץ **עדאלה נ' השר לענייני דתות** הראשון<sup>55</sup> טענו העותרים כי משרד הדתות מפלה את האוכלוסייה הערבית לרעה

- 
- 50 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 24, וכן מאמרה של ציונה קניג-יאיר בספר זה.
- 51 לתפקידים של בתי-המשפט בהגנת מיעוטים, ראו אייל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" **עלי משפט** ג (תשס"ד) 463. לתיאור מפורט ולניתוח התייחסותו של בית-המשפט הישראלי למיעוט הערבי, ראו: Eyal Benvenisti & Dalia Shaham "Facially Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court" *New York University Journal of International Law and Policy* (forthcoming, 2004).
- 52 בג"ץ 10026/01 **עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נז(3) 31, 42–43.
- 53 בג"ץ 9472/00 **הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים** (לא פורסם, ניתן ביום 15.11.2001).
- 54 **שם**, בפסקה 5.
- 55 בג"ץ 240/98 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 167.

בתקציבים. אף שבית-המשפט הסכים עם טענתם העקרונית של העותרים כי לעדות הערביות, המהוות 20% מאוכלוסיית המדינה, מוקצים רק 2% מתקציבי משרד הדתות, דחה בית-המשפט את העתירה בהיותה "כללית מכדי שבית-משפט יוכל להידרש לה ולצוות על המשיבים כי יעשו ויחדלו כבקשת העותרים".<sup>56</sup> עם כל הכבוד, דומה כי טעה בית-המשפט בדרישתו שיגורו את העצים. נראה כי היה עליו לראות את היער, ולהורות על ביטול ההפליה הברורה מאין כמוה ואף על תיקונה בהעדפה מתקנת.<sup>57</sup> העותרים לא אמרו נואש, ועתרו שנית נגד השר לענייני דתות, הפעם בעתירה ממוקדת בנושא תקצוב בתי-הקברות.<sup>58</sup> בית-המשפט הכיר בצדקת טענותיהם של העותרים, ופסק כי יש להקצות להם תקציב הולם. בלשונו של פסק-הדין נכללו אמרות התומכות במפורש בהעדפה מתקנת. בין היתר נפסק כי מותר לסטות מן השוויון לצורך העדפה מתקנת "כאשר היא מכוונת לפצות ציבור חלש או קבוצה חלשה, הסובלים ממצב של תת-שוויון, ובמיוחד אם מצב זה נובע מקיפוח ממושך, מודע או בלתי-מודע, מכוון או בלתי-מכוון".<sup>59</sup> אולם חרף הרטוריקה, לא זו בלבד שבית-המשפט לא ראה לנכון לפסוק כי יש להעניק לאוכלוסייה הערבית העדפה מתקנת בגין שנות ההפליה הרבות, הוא אף נמנע במפורש מלפסוק כי יש להקצות את התקציב הראוי בגין שנת הגשת העתירה (שהסתיימה בינתיים), וזאת בשל שורה של נימוקים שאינם תואמים את תפקידה של ההעדפה המתקנת בהשגת שוויון מהותי. דומה כי פסיקה כזו יש בה דווקא כדי לעודד את הגורם המפלה, שכן התמריץ שלו יהיה לנסות להפלות עד שיחליט בית-המשפט על ביטול ההפליה, שיחול רק מכאן ולהבא.<sup>60</sup>

עמדה זו, שלפיה אין לתקן את העיוות אלא מכאן ולהבא, תמוהה במיוחד כאשר משווים אותה לפסיקה בעניין **ל.ב.נ.**,<sup>61</sup> שבה פסק בית-המשפט כי העותרות יקבלו הפרשים בעבור שנתיים וחצי למפרע על-פי אמות-המידה של ההעדפה המתקנת שנקבעו בפסק-הדין.<sup>62</sup> בספרות המשפטית הוצעו שני פתרונות הולמים בנוגע לתשלום

56 שם, בע' 193.

57 כפי שמציינים יורם רבין ומיכל לוצקי, בעצם העלאת הטענה בדבר הפליה בתקצוב ביחס לכמות האוכלוסין היה לכל-הפחות כדי להעביר את נטל ההוכחה אל המדינה, קרי, היה מקום לחייב את המדינה להראות שקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מחלוקת התקציב בצורה שוויונית. ראו יורם רבין ומיכל לוצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט יא (2001) 505, 510.

58 בג"ץ 1113/99 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164.

59 שם, בע' 182.

60 לטענה דומה, ראו רבין ולוצקי, **לעיל** הערה 57, בע' 511.

61 עניין **ל.ב.נ.**, **לעיל** הערה 1, בע' 182.

62 שם, בפסקה 17 לפסק-דינה של השופטת נאור. מעניין כי תשלום למפרע בגין הפליה נפסק גם באותו תחום עצמו – הפליה בתקציבי משרד הדתות – לטובת התנועה המסורתית. בבג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, הורה בית-המשפט לשלם

למפרע של כספים לגורמים שסבלו מהפליה בעבר: מתן צו-ביניים המורה למדינה לשריין סכום מסוים מתקציב השנה שבה נידונה העתירה עד להכרעה בה, או תקצוב הגורם שהופלה בעבר בשנות-תקציב עתידיות.<sup>63</sup> מכל מקום, ברור כי הפתרון להפליה תקציבית בעבר ראוי שיהיה אחיד, בלא הבחנה על-פי סוג האוכלוסייה המופלה.

בהקשר זה ראוי להזכיר גם את עניין **ועדת המעקב העליונה**,<sup>64</sup> שעסק בהפלייתם הנמשכת של יישובים ערביים בתקציבי משרד החינוך המיועדים לקידום אוכלוסיות חלשות. עתירה זו הוגשה לבית-המשפט העליון בשנת 1997, והוכרעה רק כעבור שלוש שנים. פסק-הדין מתאר באריכות את הודאתה של המדינה כי למגזר הערבי הוקצו תקציבים בשיעור קטן בהרבה מחלקו היחסי באוכלוסייה,<sup>65</sup> ואת בקשתה כי ההגעה למצב שבו המגזר הערבי יקבל את חלקו היחסי (ולא יותר) תיפרש על-פני חמש שנים – דהיינו, חמש שנים נוספות(!) של הפליה. בסופו של דבר הכריז משרד החינוך על קיצור משמעותי של משך הזמן ליישום השוויון, וכן על תוכנית של העדפה מתקנת. לנוכח הכרזה זו נדחתה העתירה, בטענה כי העותרים קיבלו למעשה את מבוקשם, תוך שנפסקו לטובתם הוצאות.

עיון דקדקני יותר בפסק-הדין מלמד כי תרומתו של בית-המשפט למיגור אי-השוויון לא הייתה שלמה: בית-המשפט דחה את טענות העותרים כי באחד התחומים החשובים נותרה הפליה של ממש, בנימוק הפורמליסטי כי מדובר ב"עתירה בעלת אופי כוללני הפורשת יריעה רחבה ובלתי ממוקדת", וכי "הדיון בבית משפט זה אינו מתאים לבחינה גורפת של מכלול התקציבים המוענקים על-ידי הממשלה בכל נושא ונושא... בית משפט זה אינו מקיים ביקורת כללית על תקציבי המדינה, והוא ערוך לבחון רק טענה קונקרטית של הפלייה".<sup>66</sup>

במקרה אחר פסק בית-הדין האזורי לעבודה בירושלים כי מתן העדפה מתקנת לפי סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), הקובע העדפה מתקנת לערבים, הינו אך "כאשר מדובר באנשים בעלי כישורים דומים",<sup>67</sup> וזאת בהבדל בולט מהלכת בית-המשפט בפסק-דין **שדולת הנשים 1**.

במקרה נוסף סירב בית-המשפט העליון להכריח מפלגה לשקול שיקולי העדפה מתקנת (שנקבעו בתקנונה) לקידום של מועמדים לא-יהודיים, תוך קביעה כי "אין

לעותרת את התמיכה שנשללה ממנה בשנות-הכספים 1997 מתוך התקציבים של שנות-הכספים 1999 ו-2000. ראו רבין ולוצקי, **לעיל** הערה 57, בע' 512.

63 רבין ולוצקי, **שם**.

64 בג"ץ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נג(3) 233.

65 פסק-הדין מתעלם מכך שיש להניח כי חלקם של הערבים בקרב האוכלוסיות החלשות גדול מחלקם באוכלוסייה.

66 **שם**, בע' 239.

67 בש"א 17133/03 **חליחל נ' מדינת ישראל**, דינים – עבודה אזורי טז 302. בפועל התבססה דחיית התובענה בעיקר על הטענה שלתובע לא היו הכישורים המינימליים הדרושים לתפקיד.

ספק" שבאשרו את ההסכמים שפגעו במועמד הלא-יהודי, היה מרכז המפלגה ער לפגיעה בנציגי המגזרים.<sup>68</sup>

ממה נובע הבדל זה בהתייחסותם של בתי-המשפט? אפשרות אחת היא שהחברה הישראלית אינה מכירה בהפלייתם של אזרחי ישראל הערביים. בפרשת **שדולת הנשים 1** ציין השופט מצא כי גישתם המסויגת של חלק מהשופטים בארצות-הברית כלפי העדפה מתקנת נבעה, בין היתר, מן "העובדה שרוב התכניות של העדפה מתקנת, שהועמדו לביקורתו של בית המשפט, נועדו לקדם אוכלוסיות של שחורים, שהחברה האמריקאית מתקשה לעתים להודות בהפלייתן המעשית".<sup>69</sup> הייתכן שמבלי משים הסביר בית-המשפט העליון שלנו מדוע האקטיביזם שהפגין בהעדפה מתקנת של נשים לא בא לידי ביטוי מלא ביחס להעדפה מתקנת של אזרחי ישראל הערביים?

תשובה אפשרית שנייה הוצעה בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, ולפיה המאבק לשוויון של האוכלוסייה הערבית אינו נהנה במציאות מהאחידה ומההבנה המאפיינת את המאבק לשוויון של נשים ואנשים עם מוגבלות:<sup>70</sup>

עם זאת, אין להתעלם מן ההבדל בין שאלת השוויון כלפי ערבים לבין שאלת השוויון כלפי אחרים. כך, לדוגמה, שאלת השוויון כלפי נשים. שאלה זאת אינה מיוחדת למדינת ישראל. היא אוניברסלית. הפליה כלפי נשים, במדינת ישראל כמו במדינות אחרות, נובעת בעיקר מדעות קדומות. המאבק בדעות אלה מתנהל מזה זמן בנחישות, גם בישראל, מתוך הסכמה חברתית רחבה, והוא זוכה למידה ניכרת של הצלחה. כך גם, כדוגמה נוספת, המאבק לשוויון של אנשים עם מוגבלות... מאבקים אלה אינם מעוררים, לפחות במישור הגלוי, התנגדות עקרונית או רתיעה רגשית. אין זה כך בשאלת השוויון כלפי הערבים. אמנם במישור המשפטי אין הבדל עקרוני בין שאלת השוויון כלפי האוכלוסייה הערבית לבין שאלת השוויון כלפי קבוצה אחרת... אולם, במישור המעשי, במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה.<sup>71</sup>

דבריו של השופט זמיר לאחר ניתוח אמיץ זה הינם לדעתנו המסר שיש לחדד

68 רע"א 2644/96 נתניהו ואח' נ' פארס יוסף ואח' (לא פורסם, ניתן ביום 13.8.1997).

69 עניין **שדולת הנשים 1**, לעיל הערה 1, בע' 520.

70 חוסר ה"אחידה" כלפי האוכלוסייה הערבית התבטא גם בחקיקה. תיקוני החוק בעניין העדפה מתקנת לערבים בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ובחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, נעשו רק לאחר שהתקבלו תיקונים דומים לגבי ייצוג של נשים ושל אנשים עם מוגבלויות. בעניין זה ראו: הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11) (ייצוג הולם), התש"ס-2000, ה"ח 2901; אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" **קריית המשפט** א (תשס"א) 17, 22.

71 עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הערה 5, בע' 28.

ולקיים: "אף על פי כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון." השוויון המהותי צריך לכלול בהקשר זה גם את ההעדפה המתקנת.

## ז. העדפה מתקנת בבתי-הדין לעבודה

עד עתה עסקה רשימתנו בעיקר בקידומה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון. אולם מכיוון שחלק ניכר מן החוקים העוסקים בהעדפה מתקנת נוגעים בתחום התעסוקה בדרגים שונים, הגיע הנושא גם לעיונו של בית-הדין לעבודה, אשר בחר אף הוא לעודד את ההעדפה המתקנת. בית-הדין לעבודה ניצב גם לפני הצורך להכריע בטענות של מעסיקים שביקשו למנוע מגברים זכויות-יתר הקשורות להורות, בטענה שאי-השוויון כלפי גברים נובע מהעדפה מתקנת לגיטימית כלפי נשים.

### 1. תפקידו של בית-המשפט כמונע "העדפה מתקנת מעכבת"

גם חסידי קידומן של נשים לא יתמכו באופן אוטומטי בהענקת זכויות-יתר לנשים בלבד, ולא יראו בכל זכות-יתר של נשים משום העדפה מתקנת. חלק מחקיקת-המגן למען נשים עשוי אומנם לסייע לנשים בטווח הקצר, אולם הוא עלול, בטווח הארוך, להביא לידי עיכובן וניתובן לתפקידים בעלי מיצב נמוך יותר. פרופ' ליאורה בילסקי עמדה על כך שהתיאוריה בנוגע להעדפה מתקנת לא עסקה כלל בסתירה האפשרית בין מערך הגנות סוציאלי למען נשים לבין קידום נשים למקצועות בכירים. לדבריה, ספק אם יישום רב של העדפה מתקנת עשוי לתת תשובה הולמת למבנים חקיקתיים וחברתיים המנתבים מלכתחילה נשים לתפקידים "נשיים" יותר בשוק העבודה.<sup>72</sup> גרסות ראשונות של הבחנה דומה הוצעו על-ידי פרופ' פנינה להב עוד בשנת 1974,<sup>73</sup> ועל-ידי פרופ' פרנסס רדאי בשנת 1995,<sup>74</sup> והוויכוח לגביהן חוצה גבולות וניטש גם בספרות העולמית.

בעניין זה מקובל לראות את הוויכוח כמאבק בין תיאוריית ה-*equal treatment* לבין

72 בילסקי, לעיל הערה 17, בע' 554.

73 Pnina Lahav "The Status of Women in Israel: Myth and Reality" 22 *American Journal of Company Law* (1974) 107, 124–125, 128. להב טענה כי זכויות-יתר אשר "מגנינות" על נשים בלבד גורמות בסופו של דבר לביסוס מעמדן הנחות של נשים בשוק העבודה.

74 פרנסס רדאי "נשים בשוק התעסוקה" **מעמד האישה בחברה ובמשפט** (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, 1995) 89–90. רדאי הציעה להבחין בין זכויות-יתר מיוחדות לנשים אשר ניתנות גם לגברים, ועל-כן מהוות זכויות-יתר אמיתיות, לבין זכויות-יתר הניתנות לנשים בלבד ולמעשה חוסמות את דרכן של הנשים לשוויון הזדמנויות. מדבריה של רדאי ניתן להבין כי הוראותיו של סעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988, אינן חלות כאשר מדובר בזכויות הוריות, שמן הראוי כי יינתנו גם לגברים.

תיאוריית ה־special treatment. לפי הראשונה, מתן זכויות־יתר לנשים בלבד, במיוחד בתחומים הקשורים לאימהות, מהווה הגנה פטרנליסטית אשר מקבעת את הנשים בתפקידים שוליים בשוק העבודה. לפיכך יש להפוך זכויות אלה לזכויות הוריות הניתנות לנשים ולגברים כאחד.<sup>75</sup> לפי השנייה, אין להילחם בחקיקה המעניקה זכויות־יתר לנשים בלבד משום שזו נעה בהדרגתיות לכיוון של שוויון בין נשים לגברים, ועונה באופן מיידי על צורכיהן המיוחדים של הנשים בשוק העבודה.<sup>76</sup>

חלק מהמבנים החקיקתיים והחברתיים שהזכירה בילסקי מהווים דוגמה ל"העדפה מתקנת מעכבת". החלת הטבות שונות על נשים בלבד – בפרט אלה המכונות בפסיקה ובחקיקה "זכויות הוריות" או "זכויות בקשר להורות"<sup>77</sup> (כגון יום עבודה מקוצר, חופשת־לידה<sup>78</sup> והיעדרות בשל מחלה של אחד הילדים)<sup>79</sup> – עלולה לפגוע בהן בטווח הארוך: במגזר הפרטי, לגבר שצבר ניסיון ואחריות רבים יותר יהיה יתרון ברור על אישה שהרבתה לנצל את זכות ההיעדרות או את הזכות ליום עבודה מקוצר; ובמגזר הציבורי, אף שהוא מחויב בהעדפה מתקנת, ואפילו לפי המבחן המחמיר של השופט מצא בפסק־דין **שדולת הנשים 1**,<sup>80</sup> כאשר הניסיון הניהולי של הגבר יהיה יתרון רלוונטי, הוא יזכה בטווח הארוך בעדיפות.

75 גישה זו קרויה גם גישת הפמיניזם הליברלי, והיא מזוהה, בין היתר, עם כתיבתה של פרופ' ונדי ויליאמס, הסבורה כי יחס מיוחד לנשים (special treatment), שנועד להגן על נשים, יפעל בסופו של דבר נגדן. ראו: Wendy W. Williams "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism" *Feminist Legal Theory: Reading in Law and Gender* (K.T Bartlett & R. Kennedy eds., 1991) 15.

76 ליישומם של עיקרי הגישה בתחום של חופשת־היריון וחופשת־לידה, ראו, למשל: Lucinda M. Finley "Transcending Equality Theory" 86 *Columbia Law Review* (1986) 1118, 1145–1148. בארצות־הברית ניטש כיום ויכוח בנוגע ל־Family and Medical Leave Act, 29 U.S.C. §2601, שנחקק בשנת 1993, ואשר מאפשר חופשה של שנים־עשר שבועות ללא תשלום לגברים ולנשים כאחד בעקבות לידה, אימוץ או מחלה קשה של אחד מבני המשפחה. החוק מהווה יישום של הגישה הפמיניסטית הליברלית, המקנה זכויות־יתר לנשים ולגברים. כיום יש הטוענים כי גברים אינם מנצלים כמעט את הזכות, ולכן, אף־על־פי שהזכות ניתנת בשוויון לנשים ולגברים, גם היא גורמת בסופו של דבר להפליה נגד נשים מצד מעבידים, אשר מעדיפים להעסיק גברים בידיעה שברוב המקרים הם לא ינצלו את הזכות. לגישות המבקשות להעניק תמריצים חיוביים לגברים כדי שינצלו יותר את זכות החופשה, ראו, למשל: Lisa Bernstein "Tenth Anniversary Article: Inclusions and Exclusions in Work-Family Policy: The Public Values and Moral Code Embedded in the Family and Medical Leave Act" 10 *Columbia Journal of Gender & Law* (2000) 77, 114–123.

77 עב' 300301/97 **סעדון – מדינת ישראל**, פד"ע לח כט, לח (להלן: עניין **סעדון**); ע"ע 1039/00 **מדינת ישראל – משטרת ישראל – מנחם יהב**, פד"ע לח 26, 36 (להלן: עניין **יהב**).

78 ראו סעיפים 6(ח) ו־20 לחוק עבודת נשים, התשי"ד–1954, וכן תקנות עבודת נשים (חופשת לידה חלקית לעובד שאשתו ילדה), התשנ"ט–1999.

79 זכויות אלה מופיעות בסעיף 4(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988.

80 ראו הטקסט הנלווה להערות 25 ו־26.



בשנים האחרונות נחקקו אפוא גם חוקים שמטרתם לעודד בני-זוג לחלק ביניהם את הזכויות ההוריות והטיפול בילדים, מחד גיסא, ואת פיתוח הקריירה, מאידך גיסא.<sup>81</sup> כך, למשל, נחקק סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. הסעיף קובע כי מקום שעובדת זכאית לזכות הורית, זכאי לה גם עובד המועסק באותו מקום עבודה, ובלבד שבת-זוגו של אותו עובד לא ניצלה אותה זכות. לכאורה, הוראה זו מיטיבה עם הגברים דווקא, אולם בפועל היא משפרת את יכולתם של בני-הזוג לחלק ביניהם את האחריות לטיפול בילדים, והיא מתקנת, חלקית לפחות, את השפעותיה המעכבות של העדפה מתקנת מסוג זה.

אלא שבמציאות, הסימטרייה המשפטית שהסעיף יוצר בין המינים הינה סימטרייה חלקית בלבד, שכן גורמים חברתיים וכלכליים שונים מביאים לידי כך שנשים מממשות את הזכויות ההוריות הרבה יותר מגברים.<sup>82</sup> והנה, פסקי-הדין של בית-הדין לעבודה בעניין **יהב**<sup>83</sup> ובעניין **סעדון**<sup>84</sup> נוקטים פרשנות ליברלית של הוראות החוק על-מנת להשיג יתר סימטרייה בין בני-הזוג בנוגע לזכויות הוריות.

השאלה מתעוררת כאשר מעסיק מסרב להחיל הסכמים קיבוציים המעניקים זכויות לנשים גם על גברים, בטענה שהוראת ההסכמים הינה בגדר העדפה מתקנת לנשים ולפיכך אין הוא חייב לכאורה להחילה גם על גברים.<sup>85</sup> החפץ לעודד את הסימטרייה בין בני-הזוג צריך להימנע ככל האפשר מהכללת הוראות-מגן למען נשים תחת המטרייה של "העדפה מתקנת", ולפרשן כזכות להורות הניתנת לתא המשפחתי, ולפיכך לזכות שגם גבר יכול להיות זכאי לה.

עניין **יהב** עסק בשוטר שביקש, על יסוד סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, להיות זכאי ליום עבודה מקוצר, בדומה לזכות הניתנת לשוטר שהינה גם לילד. אלא שעל-פי נוסחו של סעיף 4, תוענק הזכות לעובד בתנאי שבת-זוגתו הינה "עובדת" שאינה משתמשת באותה זכות במקום עבודתה. משטרת ישראל, מעסיקתו של השוטר, דחתה את בקשתו בטענה שאשתו, בעלת עסק עצמאי, אינה בגדר "עובדת" (שכירה). בבית-הדין לעבודה טענה המדינה נגד פרשנות רחבה של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אשר מהווה לטענתה פגיעה בעקרונות ההעדפה המתקנת: זכויות המוענקות לנשים במקומות עבודה הן זכויות יתר ויש לשמר אותן

81 פרופ' רות בן-ישראל קוראת לאותן זכויות "זכויות מיוחדות הקשורות לאחריות משפחתית", אשר מאמצות את גישת "האחריות הברירנית". דהיינו, הן מאפשרות לבני-הזוג לבחור מי מהם ינצל את הזכות ההורית. בן-ישראל מציינת כי בפועל זכויות אלה מנוצלות על-ידי גברים באופן חלקי בלבד. ראו בן-ישראל, **לעיל** הערה 17, בע' 673–678.

82 **שם**; בילסקי, **לעיל** הערה 17, בע' 550. ראו גם בג"ץ 152/03 **סבירסקי נ' ראש אכ"א** (טרם פורסם, ניתן ביום 4.9.2003; במקרה זה נדחתה עתירה בנושא הקלות בשירות מילואים לגברים שהינם המטפלים העיקריים בילדיהם, תוך קביעה שמדיניות צה"ל, אשר כוללת הקלות מסוימות, הינה סבירה).

83 **לעיל** הערה 77.

84 **לעיל** הערה 77.

85 סעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988.

ככאלה. לפי הטענה, זכויות היתר המוענקות לנשים נועדו ליצור התאמה בין לבין קבוצת הגברים, בבחינת העדפה מתקנת. לטענת המדינה, זו הייתה גישת המחוקק ופרשנות מרחיבה תביא לשוויון מוחלט בין המינים תוך התעלמות מן ההבדלים שבין המינים ובכך יידחה כל הרעיון של הענקת זכויות מיוחדות.<sup>86</sup>

טענת הגנה דומה הועלתה על-ידי המדינה גם בעניין **סעדון**, שעסק בתביעתו של מורה, אב לשני ילדים קטנים, לקבל תוספת שכר והשתתפות בהחזקת מעונות – הטבות המוענקות על-פי הסכמים קיבוציים לעובדת הוראה שהינה גם לילדים קטנים. המדינה טענה בבית-הדין האזורי לעבודה כי הטבות הוריות אלה מוגנות מפני טענת הפליה, בהיותן חלק מהעדפה מתקנת לגיטימית על-פי סעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.<sup>87</sup> עניין **יהב** עוסק אם כן בניתוב של נשים למשרות "נשיות" יותר, המתאפיינות ביום עבודה מקוצר, ואילו עניין **סעדון** עוסק בעידוד נשים לעסוק בתפקיד "נשי" (הוראה) על-ידי מתן הטבות כספיות לאימהות בלבד.

תוצאתם של שני פסקי-הדין ממחישה את הניסיון להתמודד עם השפעותיה המעכבות של ההעדפה מתקנת. בעניין **יהב** קבע בית-הדין הארצי לעבודה, בדעת רוב, כי עובד שבמקום עבודתו קיים הסדר המעניק לעובדת זכות הקשורה להורות יהיה זכאי לנצל זכות זו, בין שאשתו עובדת שכירה ובין שהיא עצמאית, ובלבד שאין היא מקבלת בפועל אותה זכות.<sup>88</sup> השופט צור הבהיר כי דווקא פירוש זה של סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, יגביר את השוויון על-ידי שחרורה של האישה מן הראייה ש"מגבילה את בת הזוג למקומות עבודה המעניקים תנאים נוחים יותר לאם המטפלת בילדיה ומקשה עליה להשתלב במקומות עבודה יתובעניים יותר", ויאפשר לה "להגשים את מלוא פוטנציאל הכישורים הגלום בה".<sup>89</sup>

בעניין **סעדון** דחה בית-המשפט את שתי טענותיה העיקריות של המדינה. בנוגע לטענה המתייחסת לסעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, הבחין בית-המשפט בין זכות הורית לבין זכות המהווה העדפה מתקנת, על-ידי מתן פירוש מצמצם למונח האחרון. בית-הדין קבע כי רק זכות שתכליתה להגשים שוויון מהותי בין המינים במובן התוצאתי שלו – דהיינו, העדפה מתקנת שמטרתה ייצוג הולם של שני המינים – הינה בגדר "זכות-יתר המוענקת לעובדת" המוגנת על-פי סעיף 3 מפני טענת הפליה של גבר. ביחס לזכות הורית, לעומת זה, קבע בית-המשפט כי יש להעניקה לאב

86 עניין **יהב**, לעיל הערה 77, בע' 31.

87 על-פי סעיף זה, אין לראות הפליה בזכויות-יתר המוענקות רק לנשים עובדות. ראו עניין **סעדון**, לעיל הערה 77, בע' לו.

88 עניין **יהב**, לעיל הערה 77, בע' 35–36.

89 **שם**, בע' 35. ליישום הלכת **יהב** גם במקרים שבהם לבת-הזוג לא מוקנית כל זכות הורית במקום עבודתה, ראו: ע"ע 1155/02 **מדינת ישראל נ' מוסקלנקו**, תקדין ארצי 2003 (3) 69; בשי"א (ב"ש) 1717/03 **יצחק נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות** (טרם פורסם, ניתן ביום 19.6.2003).

כל עוד האם אינה מנצלת אותה, בין אם היא זכאית לה בכוח ובין אם לאו. אי-אפשר להכשיר זכות זו לנשים בלבד תחת כנפי סעיף 3, בהיותה מה שהגדרנו "העדפה מתקנת מעכבת".<sup>90</sup>

דומה כי הטעם העומד מאחורי שני פסקי-הדין אינו רק להבטיח את תכליתו של סעיף 4 לחוק – שביקש "להעמיק את תפיסת ההורות כתפקידם של שני בני הזוג" ולאפשר לכל אחד מהם, לפי רצונו, לנצל את זכויות ההורות<sup>91</sup> – אלא גם לגרום לשינוי מקומן של הנשים בחברה, ולמנוע פרשנות צרה של הוראות החוק, שעלולה להנציח את מצבן הנחות. נראה שהרטוריקה בשני פסקי-הדין מבליטה את אי-השוויון הנעוץ בחלוקת העבודה המגדרית, ופועלת לביטולו, להבדיל מטשטוש.<sup>92</sup> אין ספק כי שתי הפרשות מוכיחות כי בית-המשפט מנסה להילחם בתופעת המבנים החקיקתיים והחברתיים המוליכים את הנשים לתפקידים "נשיים" יותר,<sup>93</sup> וזאת תוך דחיית הניסיון הציני לכלול זכויות הוריות במסגרת העדפה מתקנת המכוונת לנשים בלבד.

מעניין שבמאמר שפורסם בטרם ניתנו פסקי-דין אלה, תיארה רדאי חקיקה דומה באיטליה שמטרתה "לקדם איזון 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", והגדירה אותה "תפיסה חדשה ורדיקלית".<sup>94</sup> ניתן אפוא לראות בפסיקה זו של בית-הדין לעבודה גישה מתקדמת ביותר. כיום אי-אפשר לומר עוד כי בית-הדין לעבודה אינו מנצל מספיק את כוחו על-מנת להילחם בהפליה נגד נשים ולפרש את הוראות החוק לטובת קידומן.<sup>95</sup>

90 להבדיל מהשופט אברהמי, שהוציא את הזכויות ההוריות מגדר העדפה מתקנת (עניין **סעדון**, **לעיל** הערה 77, בע' מה), אנו בחרנו לכנותן "העדפה מתקנת מעכבת". לדעתנו, זכויות אלה מהוות בכל-זאת העדפה מתקנת מכיוון שמטרתן המקורית הייתה לתת זכויות-יתר לנשים על-מנת לאפשר את השתלבותן בשוק העבודה. גם בן-ישראל כוללת את הזכויות הללו בגדר סעדים הנובעים מתפיסת השוויון כזכות פוזיטיבית, העומדת גם בבסיסה של הבטחת ייצוג הולם. שני הסעדים מטילים עלות על המעביד (בן-ישראל, **לעיל** הערה 4, בע' 109–110).

91 כפי שמציג זאת השופט אברהמי בעניין **סעדון**, **לעיל** הערה 77, בע' לח לפסק-הדין.

92 בילסקי רואה בזכויות ההוריות הקבועות בסעיף 4 ביטוי לגישת השוויון הליברלי, המטשטש במקרה זה את חלוקת העבודה המגדרית בין גברים לנשים המתקיימת במציאות (בילסקי, **לעיל** הערה 17, בע' 550).

93 פרמט (Parmet) מציינת כי גם השימוש במבנים לשוניים משעתק ומנציח מבנים חברתיים קיימים, ועומדת על הצורך לשנות את מושגי השיח על-מנת ליצור שינוי חברתי בפועל. Wendy Parmet "Plain Meaning and Mitigating Measures: Judicial Interpretations of the Meaning of Disability" 21 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* (2000) 53, 88–89. (ניתן לראות בדבריה פיתוח לרעיונות שהובעו על-ידי ספיר וורף בדבר הקשר הדטרמיניסטי שבין שפה ותודעה; ראו: Benjamin L. Whorf "Science and Linguistics" (1940) in *Language, Thoughts and Reality* (J.B. Carrrol ed., 1956). המעבר מרטוריקה של "זכויות אימהיות" לרטוריקה של "זכויות הוריות" והקפדה על סימטרייה מלאה בין זכויות האב לזכויות האם מערערת על מבנים אלה.

94 רדאי, **לעיל** הערה 16, בע' 161.

95 זאת, בניגוד להלך-הרוח שהשתקף מפסקי-דין קודמים של בית-הדין לעבודה. ראו: Frances

## 2. רטוריקה של העדפה מתקנת

פרשנותו המרחיבה של בית-הדין באה לידי ביטוי בשימוש ברטוריקה השואבת מונחים מתחום ההעדפה המתקנת והשוויון המהותי גם כאשר נסיבות המקרה הספציפיות אינן מחייבות שימוש כזה.

בפרשת **פלוטקין**<sup>96</sup> הוזכר המונח שוויון מהותי על-מנת לשנות את הסדר החברתי והתפיסות המסורתיות המקובלות בנוגע לתפקידן של נשים בחברה. המערערת בפרשה זו ביקשה לעבוד כאשת-מכירות בתחום הביוטכנולוגיה. מודעת ה"דרושים" שאליה נענתה המערערת ציינה כי התכונות הנדרשות לתפקיד הן ניסיון במיקרוסקופיה וידיעת השפה האנגלית. במהלך ראיון-הקבלה לעבודה הוסבר למערערת כי קיימות שתי משרות פנויות: האחת, שעיקר העבודה הכרוכה בה נעשית מחוץ למשרד; והאחרת – בין כותלי המשרד. כאשר עמדה על רצונה לעבוד כאשת-מכירות מחוץ למשרד, מאחר שעבודה זו נושאת עימה הטבות מסוימות, הוסבר לה שסוג עבודה זה אינו מתאים לנשים מכיוון שקשה לבקש מנשים לסיים את יום עבודתן אחרי השעה 16:00. חשוב לציין שפסק-דין **פלוטקין** מתמודד עם בעיות של התקדמות נשים בעבודות יומיומיות, להבדיל מפסקי-הדין בבית-המשפט העליון, אשר עוסקים בהעדפה מתקנת וקשורים לקידומן של נשים למשרות גבוהות יותר.<sup>97</sup> פרשת **פלוטקין** אינה עוסקת ישירות בנושא של העדפה מתקנת, אלא מתמקדת בסוגיית ההפליה העקיפה. אף-על-פי-כן מצאה השופטת ברק צורך להתייחס במפורש אל סוגיית השוויון המהותי, ולאזכר את ההעדפה המתקנת כאחת הדרכים להשיגו:

...שוויון פורמלי דורש שעל פני הדברים שני עובדים השווים בכל תכונותיהם יקבלו עבודה זהה. שוויון פורמלי דורש, שאנשים בעלי תכונות שוות יקבלו יחס שווה. מאידך שוויון מהותי דורש שאנשים, גם אם הם שונים בתכונות שאינן רלוונטיות, יקבלו יחס שווה, לא בהכרח עבודה זהה, אלא הזדמנות שווה לקבל עבודה המתאימה להם. המאמצים הנעשים בדרכים שונות לתקן אפליות הנובעות מסטריאוטיפים בני שנות דור, כגון אבחנה מתקנת, על מנת להביא לשוויון בין קבוצות שלמות לאחרות, כאשר כלפי אותן קבוצות היתה הפליה קבוצתית – אלה מבקשים להביא לשוויון מהותי.<sup>98</sup>

בית-המשפט קשר אפוא התעלמות מאמות-מידה לא-רלוונטיות והעדפה מתקנת במסגרת מכלול המאמצים שיש לעשות על-מנת להשיג שוויון מהותי. העובדות

Raday "Woman in Law in Israel: A Study of the Relationship between Professional Integration and Feminism" 12 *Georgia State University Law Review* (1996) 525, 546

96 פרשת **פלוטקין**, **לעיל** הערה 11.

97 בצדק כינתה בילסקי את התופעה "פמיניזם מלמעלה": דוקטרינת ההעדפה המתקנת יושמה לראשונה בחקיקה, ובעקבות זה בפסיקה לגבי נשות-קריירה בתפקידים בכירים, ולא לגבי נשים עובדות במגזרים ובדרגים אחרים (בילסקי, **לעיל** הערה 17, בע' 553).

98 פרשת **פלוטקין**, **לעיל** הערה 11, בע' 489–490.

המובאות בפסק-הדין מגלות כי בית-המשפט היה יכול להסתפק בעילת השוויון הפורמלי מבלי להזדקק לאזכורו של המונח "שוויון מהותי", לא כל שכן להדגשתו.<sup>99</sup> לנוכח זה אנו סבורים כי הזכרת המונח "שוויון מהותי" מקורה בטעמים חינוכיים והרתעתים,<sup>100</sup> וברצון להדגיש שהשגת שוויון מהותי הינה תכלית רצויה בחברה. ניתן לראות בכך דחיקה של המושג "שוויון פורמלי" במטרה לפנות מקום למונח "שוויון מהותי", אשר לרוחו יש לקבל החלטות הנוגעות בקבלת אנשים לעבודה. מקריאת פסק-הדין נוצר הרושם כי בית-המשפט אינו מעוניין לצמצם את החובה לא להפלות בין נשים לגברים בקבלה לעבודה רק לאי-הפליה על בסיס שיקולים לא-רלוונטיים. מאחר שמשמעותו של המושג "שוויון מהותי" הינה תוצאתית, השימוש במושג בפסק-הדין מרמז כי בית-המשפט סבור כי על המעסיקים במשק לשקול גם שיקולים רחבים יותר, שעניינם דמות החברה הרצויה מבחינת ייצוגן של קבוצות שונות בה.

### 3. העדפה מתקנת בפיטורים

בהחלטה שניתנה בעניין **בלילתי**<sup>101</sup> נקט בית-הדין האזורי לעבודה גישה מרחיבה בנוגע ליישום ולפרשנות של החקיקה הנוגעת בהעדפה מתקנת לנכים – חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

המחלוקת בין הצדדים נסבה על פיטוריו של נכה על-ידי העיתון שבו עבד, אשר סבר כי הוראתו של סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, המחייבת אותו לפעול למען ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות, חלה רק בהליכים של קבלה לעבודה, ולא בהליכים של פיטורים. בית-הדין לעבודה קבע, בדעת רוב, כי ההעדפה המתקנת אינה באה לידי ביטוי רק בפעולה למען ייצוג הולם, הקבועה בסעיף 9 לחוק, אלא גם בעריכת התאמות לטובת אנשים עם מוגבלויות, כפי שקובע סעיף 8. על-כן אי-עריכת התאמות שהינן בגדר העדפה מתקנת מהווה כשלעצמה הפליה. מכאן הסיק בית-המשפט שכאשר סעיף 8א(5) קובע כי אין להפלות אנשים עם מוגבלויות בהליכי פיטורים, הכוונה היא, בין היתר, שבעת הליכים אלה יש להביא בחשבון גם את ייצוגם ההולם. מסקנת פסק-הדין היא כי "יש לדאוג שיישאר ייצוג הולם [של אנשים עם מוגבלויות] עת באים להפסיק עבודה של עובדים". יצוין כי בית-המשפט לא קבע שיש

99 גבי פלוטקין הדגישה שאין לה צורך בהגמשת שעות העבודה וכי היא אינה רואה קושי בהרמת משאות כבדים – **שם**, בע' 496. לכן סירובו של המעסיק לקבלה לעבודה נופל בגדר הפליה על בסיס אמת-מידה לא-רלוונטית. הפליה מסוג זה סותרת את עקרון עוורון-המינים, העומד בבסיסה של גישת השוויון הפורמלי. בן-ישראל מכנה זאת "הפן השלישי" בגישת השוויון הפורמלי (בן-ישראל, **לעיל** הערה 4, בע' 100).

100 על אופיו ההרתעתי של פסק-הדין ניתן ללמוד גם מפסיקת הפיצויים העונשיים, שנועדה "לחנך את המשיבה ואת ציבור המעבידים כולו על מנת להשיג את המטרה הסופית של התנהגות שאינה מפלה כנגד פרטים ואינה ניזונה מסטריאוטיפים" (פרשת **פלוטקין**, **לעיל** הערה 11, בע' 500).

101 בש"א 2968/01 **בלילתי נ' ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ**, דינים – עבודה אזורי יא 910.

חובה להעסיק עובד עם מוגבלויות לעד, אלא שהמעסיק נדרש לשקול נתון זה במסגרת שאר שיקוליו.

פסיקה זו מבקשת לחרוג מההעדפה המתקנת במובנה המקובל, קרי: העדפה מקומית, נקודתית וזמנית שמיושמת רק בהליכי הקבלה לעבודה. הלכת פסק-הדין מבקשת להעניק להעדפה המתקנת אופי של נורמה כללית ומתמשכת. לפסק-דין זה יש חשיבות מיוחדת בהיותו אחד מפסקי-הדין הראשונים שפירשו הוראת חוק הנוגעת בהעדפה מתקנת של נכים. הפסיקה בנושא זה מועטה מאוד, למרות הוראות החוק המרחיקות-לכת בעניין.<sup>102</sup>

## ח. סיכום ומסקנות

השוויון המהותי, בניגוד לשוויון הפורמלי, אינו מסתפק בהזדמנות שוויונית, אלא חותר להשגת תוצאות שוויוניות, תוך העברת הדגש מן הפרט ה"חלש" אל הקבוצה ה"חלשה" שאליה הוא משתייך. ההעדפה המתקנת הינה אחת מנגזרותיו של השוויון המהותי.

מסקירת פסקי-הדין שעסקו בהעדפה מתקנת ניכר כי בניגוד לפסיקה האמריקאית,<sup>103</sup> אין בפסיקה הישראלית התלבטות לגבי עצם ההצדקה של העדפה מתקנת.<sup>104</sup> יתר על כן, בית-המשפט העליון לא הסתפק במושגים העמומים שנקבעו בחקיקה, אלא קיבל על עצמו תפקיד פעיל בהגדרת מבחנים מעשיים ליישומה של ההעדפה המתקנת, ואף בהנהגת דוקטרינה כללית של העדפה מתקנת במגזר הציבורי שמשתרעת מעבר לגבולות הקבועים במפורש בחקיקה. עם זה, ניתן לראות בבירור כי בית-המשפט היה נחרץ יותר ביישום מדיניות של העדפה מתקנת לגבי נשים, ואילו במקרה של האוכלוסייה הערבית בישראל הוא היה נועז פחות.

בניגוד לפסיקת בית-המשפט העליון בנושא ההעדפה המתקנת, אשר עוסקת בדרגים הגבוהים של המשרות במגזר הציבורי ("פמיניזם מלמעלה"), בתי-הדין לעבודה נתקלים בשאלות של העדפה מתקנת בשוק התעסוקה, על כל רבדיו. הצבענו על

102 ראו סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, המחיל חובת העדפה מתקנת של אנשים עם מוגבלות גם על מעבידים פרטיים המעסיקים יותר מעשרים וחמישה עובדים (סעיף 9(ד)); סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959.

103 ראו מאמרו של יורם רבין בספר זה, וכן: רדאי, **לעיל** הערה 16, 154–155; מודריק, **לעיל** הערה 7, בע' 19–24. כמו-כן אין ספק כי בית-המשפט מודע למחלוקות הקיימות בנושא בפסיקה האמריקאית (ראו עניין **שדולת הנשים 1**, **לעיל** הערה 1, בע' 517–520).

104 המאמר האקדמי המרכזי שהביע התנגדות להנהגת העדפה מתקנת בישראל (סטיבן פלאוט "העדפה מקלקלת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 235) לא צוטט אפילו פעם אחת בפסיקתו של בית-המשפט העליון, בעוד מאמר תומך שפורסם באותו כתב-עת ובאותה חוברת צוטט פעמים מספר (רדאי, **לעיל** הערה 16).

התמודדותו המעניינת של בית-הדין האזורי לעבודה עם מה שכינינו "העדפה מתקנת מעכבת" – מתן זכויות-יתר לנשים עובדות בלבד, אשר מעכבת בסופו של דבר את קידומן המקצועי. בית-הדין קבע כי יש להחיל את ההטבות באופן שוויוני על גברים ונשים כאחד, וכי אין להכלילן בגדר העדפה מתקנת של נשים. בית-הדין לעבודה אף הגדיל לעשות כאשר פסק כי יש להתחשב בהעדפה מתקנת גם בהליכי פיטורים, ובכך החיל את עקרון השוויון המהותי כנורמה כללית וכדרך חיים שאינה מוגבלת רק להליכי קבלה לעבודה.

בעומדנו על פסקי-הדין השונים שניתנו בנושא של העדפה מתקנת, ראוי לזכור כי מערכת המשפט אינה פועלת בהקשר ניטרלי. המאבק נגד הפליית נשים הינו חלק מתהליך של מעבר מתפיסות חברתיות מסורתיות בנוגע לתפקידן ולמעמדן של הנשים בחברה לתפיסות שוויוניות, ובתוך כך יש שמשתמשים בהעדפה המתקנת, במודע או לא במודע, כאמצעי לעיכובן של נשים בשדה התעסוקה. כפי שהראינו, גופים שונים, לרבות המדינה, נוטים לפרש את החקיקה לאורן של תפיסות מסורתיות. פרשנות כזו, למשל, מעניקה הוראה מצומצמת למונחים כגון "ייצוג הולם". פרשנות כזו גם מניחה כמובן מאליו שהאם היא הדמות במשפחה המופקדת על גידול הילדים. הפסיקה הישראלית של שני העשורים האחרונים נוטה לא לקבל פרשנות כזו, ולתת לחקיקה פרשנות מרחיבה שמערערת על תפיסות שמרניות ועל דגמים תרבותיים מסורתיים. פרשנותו המרחיבה של בית-המשפט לחוק באה לידי ביטוי, למשל, בעיגונה של חובת ההעדפה המתקנת כדוקטרינה כללית והחלתה על תפקידים שאינם נזכרים במפורש בחוק, או ביצירת סימטרייה בין הזכויות הניתנות לאם בשל גידול הילדים לבין הזכויות הניתנות לאב.

באקלים החברתי-הפוליטי בישראל אין קונסנזוס רחב באותה מידה לגבי נקיטת העדפה מתקנת כלפי האוכלוסייה הערבית. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקות מסויגות יותר של מערכת המשפט. בעניינן של נשים נשא בית-המשפט את דגל ההעדפה המתקנת למחוזות רחוקים כאשר עמד בפני כוחות שמרניים. באותו אופן, הגנה חריפה יותר על יישום העדפה מתקנת בעניין האוכלוסייה הערבית עשויה להוביל לשילוב טוב יותר של אוכלוסייה זו בחברה הישראלית ולשיפור האקלים החברתי בישראל.

