

העדפה מתקנת וגדרותיה – שאלת היחס הראוי כלפי תגובת שוק אפשרית

מיכל הורוביץ*

תקציר

במאמר זה אבקש להעלות לדיון את דוקטרינת ההעדפה המתקנת וגדרותיה. זה תקופה שהדיון בדוקטרינה חשובה זו רדום מעט. היותה טכניקה זמנית ליצירת שינוי תפיסתי, מרכזיותו של עקרון הצדק המפצה, התמודדותה של הדוקטרינה עם תודעה מפלה העולה כדי מצב של כשל שוק וכן תפיסתה של הדוקטרינה כמובנה הרחב, החורג משיטת המכסות – כל אלה נדונים בחלקו הראשון של המאמר, אשר מבקש להרחיב את הדיון התיאורטי בדוקטרינה חשובה זו, הנמצאת בניגוד תכליתי לגישה הליברלית הרווחת. חלקו השני של המאמר מתמקד בסוגיה אקטואלית שעלתה באופן צדדי בבג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, ואשר נוגעת ביחס הראוי כלפי תגובת שוק אפשרית על מהלך מתקן. פסק-דין זה, שבמרכזו עמד הדיון בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, משתייך לדוקטרינת ההעדפה המתקנת בהגדרתה הרחבה, ומכאן עולה הצורך לדון בסוגיה של תגובת השוק בהקשרה של הדוקטרינה כולה. במהלך הדיון אבקש ליצור מצע לטענה שדווקא בשל התמקדותה של הדוקטרינה ביצירת שינוי תודעתי, ראוי לעודד מסלולים מתקנים המרחיבים את הדו־שיח בין גורמי השוק השונים, ביניהם המעסיק והריבון. לשם המחשה יובא חוק ההגינות בתעסוקה שנחקק בקנדה, אשר בחר בקונספט חקיקתי המדגיש את הצורך בשיתוף-פעולה. לטענתי, האתגר הניצב בפני העוסקים בתחום הרגיש של פערים חברתיים מחייב בחינה תיאורטית מובנית יותר של תחום ההעדפה המתקנת כדוקטרינת-מסגרת רחבה שבתוכה האמצעים המתקנים הפרטיקולריים פועלים באופן משלים ומעצים.

* מרצה, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

מבוא

- א. העדפה מתקנת – מכשיר זמני ליצירת שינוי תודעתי
1. אביב 67 – תזוזה בגישת הממסד
 2. הדוקטרינה בהגדרתה הרחבה
 3. כוחה של התודעה המפלה בהתנגדות לשינוי והתמודדות עם טיעון ההפליה במהופך
 4. מקומה של ההעדפה המתקנת בדיני השוויון והמלצות לאופני פעולה
- ב. פסק-דין הום סנטר ושאלת היחס לכוחות השוק
1. השתלשלות האירועים בעניין הום סנטר
 2. היסוד המרחיב והיסוד המגביל בסיווגו של פסק-הדין
 3. הדעות הנוגדות
- ג. היחס לעמדת השוק – ניתוח תיאורטי נוסף
1. מובנם המופשט של כוחות השוק
 2. המחלוקת מזווית מחקרית
 3. המבט היישומי – היחס בקנדה
- מילות סיכום

מבוא

ההעדפה המתקנת, למרות היותה דוקטרינה שנויה במחלוקת,¹ מהווה, כך נטען, "חוד החנית במאבקים משפטיים לקידום השוויון המגדרי בתעסוקה".² עיקרה של הביקורת כלפי הדוקטרינה נוגעת בגרסתה המצומצמת יותר, המתבטאת בשיטת המכסות, ולאחרונה נשמעים הדים המבקשים להסיט את מיקודו של התחום לעבר העיקרון המקדם של שכר שווה בעבור עבודה שוות-ערך.³ מהלך זה בא לידי ביטוי בבג"ץ התקדימי בעניין הום סנטר,⁴ שהוכתר כאחד מפסקי-הדין המעניינים ביותר בשנים האחרונות.⁵

- 1 כך, למשל, דווח כי בארצות-הברית 85% מהאזרחים האמריקאים הלבנים מתנגדים להעדפה בקבלה ובקידום של שחורים. David Ingram, Group Rights – Reconciling Equality and Difference 161 (2000). ראוי לציין כי עמדת הציבור משתנה בהתאם לסיווגה של קבוצת-היעד. כך, בארצות-הברית תוכניות לקידום של נשים ונכים זוכות בתמיכה גדולה הרבה יותר מתוכניות לקידום שחורים. אייל גמליאל "עמדות בציבור כלפי העדפה מתקנת" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 63, 67 (ענת מאור עורכת, 2004).
- 2 נויה רימלט "בין סרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד 299, 340–341 (2008).
- 3 שם, בעמ' 338. כפי שיוצג בהמשך, עקרונות אלה מהווים אמצעים מתקנים פרטיקולריים הפועלים במסגרת הדוקטרינה הרחבה.
- 4 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 17.5.2012) (להלן: בג"ץ הום סנטר), אשר דן בעתירה נגד פסק-הדין של בית-הדין הארצי לעבודה בע"ע 1156/04 הוםסנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' גורן (פורסם בנבו, 20.11.2007) (להלן: ע"ע הום סנטר). במסגרת מאמר זה ישמשו המונחים "פסק-דין הום סנטר" ו"עניין הום סנטר" לציין שני פסקי-הדין גם-יחד.
- 5 לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלרמן "דיני עבודה" הגישה הכלכלית למשפט 477, 518 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

במסגרתו של פסק-הדין ניתנה רוח גבית ליישומו של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד,⁶ אפילו "על-חשבון" עקרון-היסוד של חופש ההתקשרות החוזית. במהלך הדיון עלתה מחלוקת צדדית לכאורה בין השופטים בערכאות השונות. מחלוקת זו מיטיבה להמחיש את חשיבות יצירתו של שיח מחקרי פורה באשר לאופני יישומו של עקרון השכר השווה. הסוגיה שנדונה בין השופטות נגעה בשאלת אופן ההתייחסות הראוי לתגובתו של המשק על פעולה "מתקנת" מצד בית-המשפט. בניגוד לעמדתו של בית-הדין הארצי, נקט בג"ץ קו שמרני יותר, המעניק חשיבות פחותה לתגובת השוק. לעניות דעתי, החלטה זו ראויה לבחינה נוספת, וזאת תוך מתן משקל למחקר התיאורטי באשר לאופן יישומו היעיל של עקרון ההעדפה המתקנת. כפי שאראה, פסק-הדין משויך באופן ישיר לדוקטרינה זו, וככזה ראוי שהוא יתמקד בהפנמת הצורך ביצירת מינוף לשינוי תודעתי. לטענתי, קיים סיכוי גדול שמהלך שיפוטי המתמקד בניסיון לכפות את השוק לפעול בניגוד לרציונל הכלכלי שלו ייכשל. לנוכח זאת, אימוץ מהלך משפטי המבקש ליצור בסיס לשיתוף-פעולה בין המשק לבין הריבון, תוך ניסיון ממשי ליצור שינוי תפיסתי בקרב המעסיקים, יהיה נכון יותר כפרקטיקה משפטית-חברתית.

בשלב הראשון אבקש להציג ניתוח תיאורטי של דוקטרינת ההעדפה המתקנת, תוך הדגשת הגדרתה הרחבה⁷ ותכליתה התוצאתית. הניתוח יצביע, בין היתר, על מידת מורכבותה של התנגדות המעסיק לפעולה כופה במסגרת הדוקטרינה. על-מנת להעשיר את הדיון הרדום מעט בסוגיה חשובה זו, אערוך דיון תיאורטי מושגי קצר. לאחרי יובא עניין הום סנסר, ותוצג המחלוקת בין הערכאות השונות בשאלת היחס הראוי לתגובה אפשרית של כוחות השוק על מהלך ריבוני מתערב. לסיום אציג שלושה מבטים תיאורטיים המאירים את המחלוקת הנדונה. המהלך השלישי יתמקד בחוק ההגינות בתעסוקה הנוהג בקנדה,⁸ תוך הדגשת היחס שבין המחלוקת לבין התווך שבו היא מתקיימת.⁹ כפי שאראה, לדיון בשאלה זו יש השלכות מעשיות על אופני יישומה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת הכוללת בחובה את עקרון השכר השווה, וכן על הגדרת האופנים היעילים להטמעתה החיונית בחברה הכללית.¹⁰ במסגרת זו אבקש לטעון כי יצירת מסלול של שיתוף-פעולה בין הגורמים השונים במשק, ביניהם המעסיק והריבון, יהיה יעיל יותר להפנמתה של הדוקטרינה כמכשיר זמני לשינוי תודעתי.

6 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק שכר שווה).
 7 Daniel Sabbagh, *Affirmative Action: The U.S. Experience in Comparative Perspective*, J. Am. Acad. Arts & Sci. 109 (2011); רות בן-ישראל שויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב 498 (1998) (להלן: בן-ישראל שויון הזדמנויות). דיון תיאורטי עדכני בגדרותיה של ההעדפה המתקנת לא נעשה במהלך העשור האחרון בישראל, מה-גם שמרבית הכתיבה מתמקדת בשיטת המכסות, המהווה כלי שנוי במחלוקת לקידום ייצוגן ההוגן של אוכלוסיות-יעד. לדיון נוסף בהגדרתה הרחבה של הדוקטרינה ראו להלן תת-פרק 2א.
 8 Employment Equity Act (S.C. 1995, c. 44) (להלן: חוק ההגינות בתעסוקה בקנדה). לדיון מורחב בחוק זה ראו להלן תת-פרק 3ג.
 9 ייצוג מופשט של הצורך להתחשב בתווך שבו תופעה חברתית מתקיימת ניתן למצוא בהגותו של הסוציולוג וקסלר: PHILIP WEXLER, *SYMBOLIC MOVEMENT — CRITIQUE AND SPIRITUALITY IN SOCIOLOGY OF EDUCATION* 1-3 (2008).
 10 גמליאל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 79.

א. העדפה מתקנת – מכשיר זמני ליצירת שינוי תודעתי

ההעדפה המתקנת מהווה מיסודה מכשיר קיצוני וזמני. קיצוניותה של ההעדפה המתקנת מתבטאת בחימושו של הריבון בייפוי-כוח להתערבות ישירה בפעולתו החופשית של השוק. הצורך בכלי קיצוני כזה נובע מההכרה כי יש מצבים מפלים שהמשק אינו יכול לפתור בכוחות עצמו. חוסר יכולת זה נובע, בין היתר, מהפליה רבת שנים אשר התקבעה בתודעה החברתית עד כדי מצב של כשל שוק. מטרתה של ההעדפה המתקנת היא להוביל שינוי תודעתי, אשר בהתחוללו ייעלם הצורך בהתערבות ישירה, והמשק יוכל להמשיך לפעול באמצעים מקובלים. אף-על-פי-כן, ולמרות זמניותה,¹¹ הדוקטרינה חריגה לשיטה הליברלית הנוהגת, וככזו היא יוצרת התנגדות מובנית ליישומה.¹²

1. אביב 67 – תזווה בגישת המסד

התקבעותה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת ככלי משפטי ישים בארצות-הברית, מקום הורתה, לא התרחשה בן-לילה. קודם להיחפכותה לדוקטרינה משפיעה נדרשה הכרה בקיומו של מצב הפליה חריג אשר חלוף הזמן לא רק לא יצמצמו, אלא אף עלול להגדילו. הביטוי "affirmative action" הוטבע לראשונה על-ידי נשיא ארצות-הברית ג'ון קנדי בשנת 1961, בעת ניסוחה של הוראה ממשלתית בדבר שוויון הזדמנויות בתעסוקה. הוראה זו דרשה ממעסיקים הבאים במגע חוזי עם הממשל הפרדלי לנקוט "...affirmative action to ensure that applicants are employed without regard to race, creed, color, or national origin".¹³

עיקרה של התקנה הנשיאותית שניסח קנדי נגעה במאמצים כלליים, דוגמת השתתפות בהשתלמויות ובהכשרות מקצועיות לבני הקבוצות המופלות. שלוש שנים מאוחר יותר, בשנת 1964, המשיך הנשיא ג'ונסון בפיתוח הדוקטרינה, על-ידי ניסוחה של הוראה נשיאותית (Executive Order) מס' 11246, אשר דרשה מחברות עסקיות שבאו במגע עם הרשויות הפרדליות לנסח יעדים ומטרות להקטנת פערים ולמניעת הפליה, וזאת תוך

11 אחת הביקורות על ההעדפה המתקנת נוגעת בהתמססות יסוד הזמניות ובהפיכתם של מהלכים מתקנים לקבועים ורחבים. ראו Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 113.

12 היחס בין שינוי תודעתי הנובע מהשתכנעות פנימית לבין ניסיון לכפות שינוי על-ידי הכרח חיצוני מובא באופן תמציתי בהגות היהודית בדברי הגמרא: "ואמר רבי יוחנן משום רבי יוסי: טובה מרדות אחת בלבן של אדם יותר מכמה מלקיות" (בבלי, ברכות ז, ע"א). מימרה זו מבוארת על-ידי רבי ישראל מאיר (החפץ חיים), האומר כי כאשר התוכחה והעונש באים מבחוץ, האדם מתגבר מטבעו לקבלה, ומתאוה לנצח את מוכיחו, אבל כאשר הוא מתבונן ומכה את עצמו, אין לו את מי לנצח, והוא חוזר למוטב. ועוד מובא בבן יהודי טעם הדבר שטובה מרדות בליבו של אדם יותר מייסורים ותוכחות: מפני שהשב בתשובה ועוזב את דרכיו הרעים מחמת ייסורים הבאים עליו, יכול להיות שאינו מודה בטעותו ובדרכו הרעה, אלא עוזב את דרכו הרעה כעת בעל-כורחו רק מפחד העונש (מתבתא, מסכת ברכות, ליקוטי ביאורים). מכאן אפשר ללמוד על מוגבלותה של הכפייה ביכולתה להניע שינוי תודעתי, שכן שינוי של ממש צריך לנבוע משכנוע. נקודה זו נמצאת בליבה של הטענה הנוגעת בנקיטת צעדי העדפה מתקנת מתוך שיתוף-פעולה עם גורמי השוק.

13 INGRAM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 177. מגמה זו באה לידי ביטוי כבר עשרים שנה קודם לכן, כאשר הנשיא רוזוולט אסר הפליה תעסוקתית בגופים פרדליים.

הצגת לוח-זמנים לביצועם.¹⁴ למרות חשיבותה של מגמת השינוי, החלטות אלה היו בבחינת קומץ שאינו משביע את הארי. השינוי המשמעותי בגישת הממסד התרחש רק באביב 1967, לאחר מהומות רחבות-היקף שפרצו על רקע גזעי. הנשיא ג'ונסון מינה ועדה על-מנת לבחון את הרקע למהומות,¹⁵ ומסקנתה של זו לא איחרה לבוא: חברי הוועדה הצביעו באופן חד-משמעי על חוסר השוויון החברתי בארצות-הברית כגורם המרכזי למהומות, וטענו כי אם תימשך המגמה של אי-התערבות ממשלתית, תיהפך ארצות-הברית למדינה של שתי חברות מופרדות ולא-שוויוניות – אחת לבנה ואחת שחורה.¹⁶ המהומות והמסקנות שגובשו בעקבותיהן הולידו את ההכרה כי הזכות החוקתית לשוויון אינה יכולה להתמצות במתן שוויון הזדמנויות בִּיחס. שינוי תודעתי זה בעמדת הממסד יצר את המצע להחלטה לחרוג מהמדיניות של אי-התערבות ממשלתית ולהגביר את תוכניות ההעדפה המתקנת הממשלתיות. על בסיס זה הושקה בשנת 1969, על-ידי הנשיא ריצ'רד ניקסון, תוכנית פילדלפיה, אשר דרשה במישרין מקבלנים פדרליים להעסיק עובדים ממוצא אפרו-אמריקאי.¹⁷ תוכנית פילדלפיה הייתה למעשה התוכנית הראשונה שפעלה על-מנת להוביל סוג של הנדוס חברתי שמטרתו להניע שוויון בפועל, ולא רק בִּיחס.¹⁸ יש להבין את מידת חדשנותן של החלטות אלה על רקע תפיסת השוויון הפורמלי הניצבת בליבה של האידיאולוגיה הליברלית המקובלת בארצות-הברית.¹⁹ במסגרת אידיאולוגיה זו יהיה קשה להכיל מגמה אשר מזמינה – ואולי אף דורשת – התערבות ריבונית.²⁰ הצבעה על הניגוד התכליתי מאפשרת להבין מדוע רק לאחר אביב 1967 נפתח הפתח להכרה במוגבלותו של עקרון השוויון היחסי ולהפעלתו של עקרון שוויון מהותי הקורא למתן יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה.²¹

14 שם. יש לציין כי גם בארץ חוקק בשנת 1993 ס' 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, וזאת במסגרת תיקון מס' 6 לחוק. מטרתו הייתה לתקן את העיוות החברתי המתבטא בעובדה שהיקף שיתופן של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות היה זניח מאז ומתמיד. לעניין זה ראו בהרחבה בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 514 (1994) (להלן: בג"ץ שדולת הנשים).

15 INGRAM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150.

16 שם.

17 JOHN DAVID SKRENTNY, THE IRONIES OF AFFIRMATIVE ACTION: POLITICS, CULTURE, AND JUSTICE IN AMERICA (1996) 7-8.

18 יורם רבין "העדפה מתקנת בארצות-הברית: עלייתה, ירידתה ועלייתה?" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 89, 91 (ענת מאור עורכת, 2004); בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 519–521. לדיון ביחס שבין שני עקרונות השוויון ראו להלן תת-פרק 3 לפרק זה.

19 על-פי העמדה הליברלית, החברה מורכבת במהותה מאוסף של פרטים המעוניינים למקסם את מאווייהם האישיים בתנאים של תחרות חופשית. על-פי ההגדרה, אדם ליברלי הוא אדם המאמין בחופש. מקור השם הוא במילה הלטינית liber, שמשמעה חופש. בהקשר של בני-אדם (liberalis) ציינה המילה אדם בעל זכויות, וזאת בעיקר כדי להצביע על אדם המחזיק בסטטוס של אדם חופשי. ראו בהרחבה מיכל הורוביץ הגנה על זכויות עובדים במסגרת הבראת חברות 58 (2003) (להלן: הורוביץ הגנה על זכויות עובדים). בבסיסה העמדה הליברלית מעמידה את הפרט במרכז. על-פי עמדה זו, הפרט נתפס כקודם לחברה. כלשונו של ארבלסטר, "הליבה המטפיזית והאונטולוגית של הליברליזם היא האינדיווידואליזם" (שם, בעמ' 59). ככזו, האידיאולוגיה הליברלית מתנגדת להתערבות ישירה מצד הריבון בהתנהלותו החופשית של שוק העבודה.

20 יש לציין כי דוקטרינת ההעדפה המתקנת נתפסת כחריגה לא רק בנוף המשפטי הכללי, אלא אפילו בזה של דיני השוויון עצמם. גרעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" משפט וממשל יג 411, 419 (2011). להתמודדות עם טענה זו ראו להלן תת-פרק 4 לפרק זה.

21 ניסוח דומה ניתן למצוא בדבריו של השופט מצא, המגדיר כי ההעדפה המתקנת באה לאן את הפער בין

הנה כי כן, ההעדפה המתקנת מהווה דרך שיטתית להתגבר על חסמים הנובעים מ"המבנה החברתי-פסיכולוגי של החברה".²² מבנה זה, כפי שיפורט להלן, מונע את השתלבותם הטבעית של חברי הקבוצה המופלית, ואינו מאפשר לכוחות השוק לתקן את מצבם באופן טבעי. בספרות המחקר תופעה זו מאופיינת כמצב של כשל שוק, אשר מצדיק, לצורך תיקונו, התערבות חיצונית בהתנהלותו החופשית של המשק.²³ בעבר הייתה מגמה לצמצם את ההגדרה הרווחת לתופעה של כשל שוק,²⁴ אולם לאחרונה ניכרת מגמת הרחבה, הנובעת מההכרה בקיומם של כשלים שבסיסם התנהגותי. הכרה בבסיס ההתנהגותי משכללת את הדיון בנושא כשלי השוק, ופותחת פתח להכרה בכשלים חדשים, כגון אלה הנובעים מפערים בכוח המיקוח.²⁵ הרחבה זו מגדילה את מספר המצבים המוגדרים כמצדיקים התערבות חיצונית, ומכאן גם מרחיבה את תחולתה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת. יש לציין כי חריגותה היחסית של דוקטרינת ההעדפה המתקנת בנוף הליברלי באה לידי ביטוי גם במידת הפופולריות הנמוכה שלה בקרב הציבור.²⁶ אפשר שאפיון מערכת זה ראוי להיכלל לצידם של אפיונים אחרים אשר נותחו ונחקרו ככאלה העומדים בבסיסה של ההתנגדות לדוקטרינה.²⁷ את האפיון הזה ראוי להביא בחשבון, בין

הקבוצות החזקות והחלשות כאקלוסייה, מאחר שבחברה שחלק מאורחיה מצויים בעמדת-מוצא נמוכה יותר אין די במתן שוויון פורמלי, המאפיין את העמדה הליברלית, אלא יש לחרוג מעקרון השוויון המוחלט ולהעניק יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה. בג"ץ שדולת הנשים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 516, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מצא.

- 22 פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145, 148 (1995).
- 23 שינוי תפיסתי זה מגדיל את הלגיטימציה להענקת הטבות חוקתיות במסגרת המשפט המגן. כך, רבין-מרגליות מראה כי מחקרים רלוונטיים בכלכלה התנהגותית מצביעים על כך שהבנת הטבע האנושי מחזקת את הסברה כי יש לחזק את הפטרנליזם המשפטי כלפי עובדים. ראו בהרחבה שרון רבין-מרגליות "הסברים התנהגותיים למשפט העבודה ויחסי עבודה" משפט ועסקים ג 123 (2005) (להלן: רבין-מרגליות "הסברים התנהגותיים").
- 24 מגמת הצמצום נבעה מההנחה הקלסית כי בשוק משוכלל פערים דוגמת אלה הקשורים לכוח המיקוח של הצדדים צריכים להיפתר מעצמם, שכן במצב שבו תפוקת העובדים גדולה מן ההטבות הניתנות להם, מעסיק אחר צפוי לזוהת זאת ולהציע הצעה טובה יותר אשר תקטין את הפער בין איכות העבודה לבין התמורה בעבודה. יש לציין כי תרחיש זה "אינו בהכרח מציאותי כאשר פערי המידע גדולים. עובדים לא ידעו כי הם יכולים להשיג יותר במקומות אחרים או יתקשו לשלם את עלויות החיפוש והמעבר". לוריא, ליבל ופלדמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 483.
- 25 שם, בעמ' 487. יש לציין כי שלוש קבוצות התצפיות המתגלות במחקרים של הכלכלה התנהגותית, על-פי סיווגה של רבין-מרגליות (רבין-מרגליות "הסברים התנהגותיים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 125), נוגעות בהתנהגות אנושית פרטנית, ואינן רווחות באורגן מלאכותי כפירמה. הברדל זה יוצר פער אינהרנטי בכוח המיקוח בין הפרט לפירמה, אשר בא לידי ביטוי בעוצמה גדולה יותר ככל שהפרט הבא במגע עם הפירמה חלש יותר. במרכזו של פסק-דין הום סנטר עמדה השאלה בדבר פערי השכר הנובעים מהבדלים בכוח המיקוח שבין עובד לעובדת. לטענתי, הרחבת ההגדרה של כשלי שוק מאפשרת התערבות גם במקרה כזה, אולם ההדגשה כי במקרה שלפנינו מוברר בפסק-דין הנמצא בחופה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת הופכת מלכתחילה התערבות ריבונית יוזמה כזו לפשוטה יותר.
- 26 לעניין הפנמת הערכים היעילים כערכי הפרט ראו דיון ממוקד אצל הרברט מרקוזה האדם החדר-ממדי – מסה על השיחרור 25 (ספרית פועלים, 1970): "ואמנם השתלתם של הצרכים החברתיים בגופו של הפרט והפיכתם לצרכי הפרט עצמו היא כה יעילה באזורים ובתחומים המפותחים-לעילא של החברה בת זמננו, עד שכל הברדל ביניהם דומה עלינו כהברדל תאורטי גרידא."
- 27 הרחבה של טענה זו אינה נכנסת לגדרו של המאמר הנוכחי. במאמר מוסגר יצוין כי בספרות המחקר עולים כמה אפיונים העומדים בבסיס ההתנגדות לדוקטרינת ההעדפה המתקנת. כך, למשל, נותחו אפיונים הנוגעים בגזענות ובשוכוניזם, וכן אפיונים התלויים במעמד ובהשתייכות חברתית. מחקרים מסוימים אף ניתחו את התנגדות זו על בסיס עמדות-מוצא אידיאולוגיות ותפיסות-יסוד הקשורות ליחס כלפי המשוג "צדק" והגדרתו: Agnes Zdaniluk

היתר, כגורם אשר סביר להניח שיגיביר את התנגדות השוק בכללותו.²⁸ ניתוח זה, המצביע על מגמתה המתערבת של דוקטרינת ההעדפה המתקנת ועל היותה חריגה במשק כלכלי ליברלי, מחייב העמקה נוספת ביסודותיה, אשר תאפשר את הרחבת ההצדקה להתערבות הריבון בכוחות השוק גם מנקודת-מבט ליברלית.

2. הדוקטרינה בהגדרתה הרחבה

ככלל, נוהגים בספרות להצביע על שתי מטרות מרכזיות לדוקטרינת ההעדפה המתקנת. המטרה המקורית נועדה לפצות את קבוצת-היעד על הפליה חמורה וישירה שהתרחשה בעבר ועל הפליה חוזית ומבנית המתרחשת בהווה.²⁹ למטרה זו נלווית מטרה משנית, הנוגעת בשאיפה לקדם רבגוניות חברתית.³⁰ יהיה הוגן לציין כי מטרות אלה עלולות

- & D. Ramona Bobocel, *Independent Self-Constraint and Opposition to Affirmative Action: The Role of Microjustice and Macrojustice Preferences*, 24 Soc. Just. Res. 342 (2011). ניתוחו הסוציולוגי הנוכח של מרקוזה (לעיל ה"ש 26) מראה כי אפשר שאפיונים אלה מהווים בבחינת תירוץ למהלך פנימי של הפנמת ערכי המערכת הליברלית, אשר מתנגדים מיסודם לתפיסה של שוויון מהותי וצדק חלוקתי.
- 28 הצגה זו של המאפיין המערכתי המדגיש כי דוקטרינת ההעדפה המתקנת נתקלת בהתנגדות תכליתית דווקא מצד השיטה עצמה מאפשרת להבין כיצד מערכת המשפט, למרות חזונית המתקרמת והמהפכנית, משמשת מנגנון עוצמתי לשימור המצב החברתי הקיים. כפי שמציין גרוס, "למשפט יש תפקיד חברתי חשוב במתן לגיטימציה למבנים החברתיים הקיימים ולשימור הסטטוס-קו". אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79, 81 (מנחם מאוטנר עורך, 2000). מעניין שאחת ההתנגדויות לכינון חוקה בישראל – מהלך המגדיל את כוחו של בית-המשפט – באה מכיוונו של בן-גוריון, אשר טען כי כינונה של חוקה דווקא יקדם הליך שיוביל לשימור הפערים החברתיים, כפי שקרה בארצות-הברית, שבה "נעשה בית-המשפט העליון כוח מעכב, מכשיל, משמר, המבכר זכויות הרכוש על זכויות האדם". שם, בעמ' 79.
- 29 אבי אללוף "הערכת יישומה של מדיניות ההעדפה המתקנת בארצות-הברית – סקירה של מחקרים חדשים" *העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל* 109 (ענת מאור עורכת, 2004).
- 30 Julie E. Phelan & Laurie A. Rudman, *System Justification Beliefs, Affirmative Action, and Resistance to Equal Opportunity Organizations*, 29 Soc. COGNITION 376 (2011) שם ההעדפה המתקנת מוגדרת כדוקטרינה אשר "promote equal opportunity and maximize diversity".
- על מידת הפופולריות של מטרת הרבגוניות החברתית ניתן ללמוד מהדוח הקנדי לזכויות האזרח משנת 2012: Canadian Human Rights Commission, *2012 Annual Report* (2013), http://www.chrc-ccdp.ca/sites/default/files/chrc-annual-report-2012_0.pdf (להלן: *הדוח הקנדי* – 2012), שכסופו נכתב (שם, בעמ' 34): "There is growing recognition of the importance of diversity in the workforce across both the public and private sectors. Canada's top diversity employers are being hailed in national media. And more and more stories in Canadian newspapers, magazines and online publications are promoting the idea that diversity and prosperity go hand in hand. The Commission welcomed the federal government's creation, in July 2012, of the Panel on Labour Market Opportunities for Persons with Disabilities. The panel is composed of a cross section of senior corporate leaders and disability rights advocates who help identify barriers to employment for people with disabilities in the private sector. The panel was created to promote the business case for diversity by shining light on best practices and successes among Canadian employers in the private sector, including federally regulated employers."
- כבר בשלב זה ייתכן שאיננו רואים לסייג ולטעון כי אפשר שמטרת הרבגוניות החברתית יכולה להתבסס רק לאחר ששלבים מסוימים בהצלחת ההלך של השינוי התודעתי כבר נשאו פרי, שאז התועלת מהרבגוניות נהפכת לפועל יוצא ממהלך מקדם יעיל.

לעמוד בסתירה זו לזו, כאשר מטרת הרבגוניות עלולה להתחרות במטרת הפיצוי. תחרות זו נוצרת כאשר מקדמים קבוצות רבגוניות שאינן עונות באופן כה מובהק על אמת-המידה לפיצוי.³¹ כך, סבג³² מציין כי בארצות-הברית התפשטה ההעדפה המתקנת כמעט באופן מיידי מקבוצת האפרו-אמריקאים לקבוצות נוספות, דוגמת היספנים או אסייתים, אשר אחוזות בטענת פיצוי חלשה הרבה יותר בהשוואה לקבוצת האפרו-אמריקאים, שסבלה שעבוד ארוך-שנים.³³ תופעה דומה התרחשה בהודו, שם הוגדרו בשנות השמונים כ-52% מהאוכלוסייה כזכאים לתנאי העדפה מתקנת – נתון שמחליש כמובן את מעמדם של קבוצת ה"מנודים", אשר בגינה נזם מהלך ההעדפה המתקנת מלכתחילה.³⁴ לטענתו של סבג, הרחבות אלה אינן נעשות לאחר מחשבה מספקת, והן גורמות נזק לאוכלוסיית-היעד המקורית.³⁵ לפיכך ראוי לטעון כי מטרתה העיקרית של דוקטרינת ההעדפה המתקנת היא יצירת "מנגנון לפריצת המעגל, להנעת תיקון"³⁶ למען קבוצת-היעד המקורית, תוך הרחבת ההבנה והסובלנות כלפי תפיסות השוויון והצדק³⁷ המאפיינות את הדוקטרינה.

מרכיב יסודי בסיס הנלווה להגדרת מטרותיה של הדוקטרינה הוא מיקודה התוצאתי. מיקוד זה הוא פועל יוצא מהשינוי התודעתי שנדרש לעיל. כאמור, המהומות באביב 1967 הובילו להכרה בכך שאין די בשאיפה להשגת שוויון ביחס, אלא נדרש כלי תקיף יותר שיוכל לשיפור סטטיסטי³⁸ במעמדם של חברי קבוצת-היעד המסומנת.³⁹ יודגש

31 InGRAM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162–163.

32 Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 113.

33 רוב המהגרים הללו הגיעו לארצות-הברית מבחירה חופשית, הודות לפרומה שנעשתה בדיני ההגירה. כבר כמובן זה מצבם שונה לחלוטין ממצבה של האוכלוסייה השחורה, אשר סבלה עבודות נוראה במשך שנים ממושכות. להרחבה על עקרון הפיצוי ראו להלן ליד ה"ש 107 ואילך, שם מובאת בקצרה המחשה מספרית לגודל הנזק שנעשה לאוכלוסייה זו במשך השנים.

34 Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 114.

35 התפשטות זו מקטינה את האפקטיביות של המהלך ביחס לקבוצת-המוצא. Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 113. אילו סכן וסקוט סטריינר "על שני סוגים של 'ייצוג הולם': מסגרת תיאורית, הדוגמה הקנדית והשוואה ראשונית לישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 247, 250 (2005).

37 על-פי תפיסה זו, "צדק איננו מתמקד בתביעתו של היחיד לשוויון בפני החוק – תביעה המבטאת אידיאל מרכזי במסורת הליברלית – אלא הוא מתבטא בחלוקה שוויונית של כוח חברתי כלכלי ופוליטי בין הקבוצות השונות". בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 520 (ההדגשה במקור). יש לציין כי אין הכרח שכולם יהיו שווים לפני החוק, ועקרון לחיצת-היד ההוגנת מוחלף בעקרון "הנתח ההוגן" (שם, בעמ' 520). בעניין זה ראו בהרחבה: Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 (1986). HARV. L. REV. 1312, 1314. חוסר בביסוס רעיוני לתפיסות אלה, על שונותן, ייצור בסיס רעוע להבנת השיטה ויאפשר ביקורת חיצונית לא-מוצדקת כלפיה. אי-לכך בחרתי להתעכב מעט על הבהרת מושגים אלה לעומקם, וזאת, בין היתר, בשל החוסר הקיים במחקר עכשווי בתחום.

38 אחת הנקודות המרכזיות ביכולת לאכוף מהלך יעיל של קידום אוכלוסיית-יעד היא איסוף מידע, וזאת אפילו במחיר של חרידה לתחומים המוגדרים כרשות הפרט. כך, בשל חשיבות הנושא מוצע במסגרת חוק ההגנות בתעסוקה בקנדה לעודד מבקשי עבודה לחשוף נתונים אישיים על-מנת שתתאפשר החלת פעולה מקדמת. ראו: Sabrina Lyon & Lorne Sossin, *Data and Diversity in the Canadian Justice Community*, 11 J. L. & EQUAL. 85, 103 (2014).

"Pursuant to the Employment Equity Act, federally regulated Canadian banks, under similar constraints by the Canadian Human Rights Act, legally ask job applicants to voluntarily self-identify for purposes related to ameliorating discrimination and improving diversity in employment."

39 את ההכרה הזו ניתן למצוא בדבריו של הנשיא ג'ונסון, המדגיש כי העדפה מתקנת מבקשת "not just equality

כי מהלך פתוח זה, המבקש להגשים תוצאה צודקת,⁴⁰ מחייב מטבעו שימת דגש פחותה בהגדרה פורמלית, באופן שיאפשר גמישות בטווח האמצעים שהריבון נוקט. אכן, באופן זה הדוקטרינה מוחלת על כל מאמץ חיובי שמטרתו להוביל לשינוי התוצאתי המיוחל,⁴¹ או בלשונה של רות בן-ישראל, ההעדפה המתקנת היא –

”כל מאמץ חיובי, שנוקט הריבון או המעסיק, לקידום מצבם בעבודה של עובדים הנמנים עם קבוצת יעד מסומנת...”⁴²

מאמץ חיובי זה אינו אלא אמצעי לצמצום פערים ולשינוי תודעתי תדמיתי,⁴³ וככזה הוא משתרע על מגוון של אמצעים או טובין המוקצים על-ידי המדינה: זכויות, משרות, קרקעות, מכסות, סמלים, ערכים ועוד.⁴⁴ שינוי זה בהקצאת משאבים אינו חייב לשאת אופי של גמול כספי ישיר או שריון משרה מסוימת, אלא יכול להתבטא גם בקביעת תנאי כניסה קלים יותר ללימודים יוקרתיים או למשרות בכירות, במתן עדיפות בקבלת חוזי עבודה ציבוריים, במתן הטבות ברכישה או במכירה של קרקעות ועוד.⁴⁵ מכל האמור עולה כי ההגדרות הרווחות של המושג ”העדפה מתקנת” – בין כלליות,⁴⁶ בין מתוחמות⁴⁷ ובין תיאורטיות⁴⁸ – הן רק מופעים פרטיים של הגדרת-המסגרת הרחבה,

”as a right and a theory but equality as a fact and as a result” .ראו Phelan & Rudman, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 376.

40 כדברי בית-המשפט בבג”ץ 528/88 אביטן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד מג(4) 297, 299 (1989) (להלן: בג”ץ אביטן נ’ ממ”י): ”עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת.” כן ראו מיטל פינטו והלל סומר ”מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל” העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 195, 198 (ענת מאור עורכת, 2004). מיקוד תוצאתי זה אינו עוסק בסיבות ההיסטוריות שהובילו לעיוות העכשווי בפעולת השוק ולהתבטאותו בפערים בייצוגם של בני קבוצות-היעד השונות. הפערים יכולים לנבוע מאירועים מגוונים – היסטוריה אלימה של כיבוש ושעבוד, סטריאוטיפים חברתיים לגבי יכולותיה האינטלקטואליות של בני עדה מסוימת או אחרת, חסך באפשרות לרכוש השכלה פורמלית או לא-פורמלית, או הפליה מכוונת ושנאה.

41 בהכללה פשוטה ניתן לומר כי עיקר מבטה של ההעדפה המתקנת מופנה אל העתיד, ויעדה הוא שינוי קונקרטי במעמדה של קבוצת-יעד מסומנת בעמדת כוח נקודתית – פרטית או כלל-מדינית. פינטו וסומר, שם, בעמ’ 196.

42 בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 498. להגדרה דומה ראו: SUSAN D. CLAYTON & FAYE J. CROSBY, JUSTICE, GENDER, AND AFFIRMATIVE ACTION 3 (1992): ”The broader societal concept of affirmative action encompasses any positive effort by business or educational institutions to advance the employment status of target groups”.

43 מיקוד רחב זה מעיד כי למעשה שיטת המכסות והשריונים שנוטים לזהותה כ”העדפה מתקנת” אינה אלא שיטה אחת מני כמה להשגת המטרה של קידום אוכלוסיית-היעד. ההעדפה המתקנת נוגעת בכל מאמץ חיובי שמטרתו לגרום לשינוי בפועל, ומידת הצלחתו של מאמץ זה נמדדת במשקפיים תוצאתיים.

44 סבן וסטריינר, לעיל ה”ש 36, בעמ’ 249–250.

45 Sabbagh, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 109.

46 ראו ”העדפה מתקנת” ויקיפדיה (6.10.2015) http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%A2%D7%93%D7%A4%D7%94_%D7%9E%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%AA.

47 ראו ענת מאור ”מבוא: היעדים והאמצעים של מדיניות ההעדפה המתקנת” העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 15, 28 (ענת מאור עורכת, 2004); סקוט סטריינר ואילן סבן ”קנדה – על שני סוגים של ייצוג הולם” והשוואה ראשונית לישראל” העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 149, 150 (ענת מאור עורכת, 2004).

48 מאור, שם, בעמ’ 21.

שכן הגדרת ההעדפה המתקנת עצמה "משתרעת מבחינה מושגית אל מגוון האפשרויות או האמצעים להתייחסות מיטיבה לבניהן של קבוצות דחוקות לשוליים"⁴⁹. בחובה של הגדרה זו מצוי גם חוק שכר שווה,⁵⁰ המהווה חלק בלתי-נפרד מהדוקטרינה הכללית.⁵¹ חוק זה מהווה פעולת ריבון נגד מצב של כשל שוק, ומטרתו היא להשפיע במישרין על פערי השכר בין גברים לנשים בשוק העבודה.⁵²

בשלב זה אבקש להצביע על שתי תופעות חיוביות נלוות אשר הדגשת הגדרתה הרחבה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת יכולה להביא לידי מימושן. האחת נוגעת בצורך בהרחבת השיח בכל הקשור לצדק חלוקתי. הרחבת שיח זה ראוי לעידוד, בין היתר, בשל הנתח ההולך ומתחזק של השיח הכלכלי הרציונלי.⁵³ פיתוחן של זירות חדשות לשיח חברתי ולצדק חלוקתי הוא הכרחי על-מנת לתת ביטוי לאינטרסים השונים והמגוונים המאפיינים את החברה הישראלית.⁵⁴ דיון ממשי בדוקטרינת ההעדפה המתקנת בהגדרתה הרחבה, על השלכותיה ותיחומה, יכול לעודד מגמה חיונית זו של פיתוח שיח בנושא הרחב יותר של צדק חלוקתי. התופעה האחרת מתייחסת לתחום המגדר. על-פי המחקר

- 49 סבן ווסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 249–250.
- 50 כך, בלשונה של רות בן-ישראל, "הפעלת עקרון השכר השווה בעבור עבודה שוות ערך היא, בעצם, נקיטת אמצעי של העדפה מתקנת". בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 499.
- 51 הבחנה מעשירה בין חוק שכר שווה לבין שיטת המכסות הנהגת בתחום ההעדפה המתקנת ניתן למצוא בספרה של נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה (2010) (להלן: רימלט הפמיניזם המשפטי). לפי הבחנה זו, חוק שכר שווה ניוון מעמדתו של הפמיניזם התרבותי, בעוד ההעדפה המתקנת בגרסת המכסות משתייכת לפמיניזם הרדיקלי, השואף לאחדות מושגית. חיוזוק של חוק שכר שווה יכול להוביל לחיוזוק העמדה של הפמיניזם התרבותי, אשר "מציב את הסוגיה של שונות נשית במרכז הזירה ומבקש להכיר בה ולהתמודד עמה באמצעות כלים של שוויון וערך" (שם, בעמ' 180). הפנמת ההגדרה הרחבה של המושג "העדפה מתקנת" תחזור ותכליל את הטכניקות המקדמות (שכר שווה ושיטת המכסות) תחת מסגרת אחת. באופן זה, למרות השונות האיריאולוגית-הפמיניסטית שבין תחום ההעדפה המתקנת בנוסחתה של שיטת המכסות לבין חוק שכר שווה, העמדת שתי טכניקות אלה תחת הדוקטרינה הכללית תתרום לחיוזוק הרדי במהלך משלים (להבדיל ממהלך מתנגש). באופן שיאפשר השתלבות נשית אותנטית יותר בשוק העבודה.
- 52 המופעים הפרטיקולריים בתוך המסגרת הרחבה של הדוקטרינה בכלליותה מאפשרת יצירת מהלך משלים ומעצים המגדיל את הסיכוי לצמצום הפערים החברתיים בשטח. התייחסות לכל אחד ממופעים אלה בנפרד עלולה להוביל לתהליך הפוך ולחוסר תיאום בפעולתו של הריבון. נוסף על כך ראוי לציין כי הבחנה שפעולה מסוימת נמצאת במסגרת הדוקטרינה של ההעדפה המתקנת מחילה עליה את עקרונות השיטה, ביניהם העיקרון שאותו אני מבקשת לבסס – התחשבות בכוחות השוק. כך, גם יישומו של עקרון השכר השווה – על-אף אופיו הכופה – ראוי שיעשה באופן העולה בקנה אחד עם עקרון שיתוף-הפעולה, ומכאן שאפשר שבמקרה של התנגשות מובנית בין עקרון השכר השווה לבין חופש החוזים יהיה ראוי להגביר את כוחו של האחרון, מאחר שהתעלמות מחופש החוזים תהווה פגיעה חריפה מדי בעקרון שיתוף-הפעולה עם המשק, אשר מהווה – כך לדעתי – עיקרון יישומי בהגדרת דוקטרינת-המסגרת. באופן כזה גם פעולה כופה הנעשית לאור עקרון שיתוף-הפעולה יתייב עם חברי הקבוצה המקודמת, שכן היא תקטין את התנגדותו של המעביד. באופן זה היא תהווה השלמה למהלך מתקן המתבסס על שיטת הייצוג ההולם, אשר מתמקד בהצגת היתרונות הגלומים בהעסקת חברי הקבוצה המקודמת. במילים אחרות, הקטנת ההתנגדות לפעולה כופה, מצד אחד, והבלת היתרונות, מן הצד האחר, מהוות פעולות משלימות המיטיבות בסופו של דבר עם חברי הקבוצה המקודמת.
- 53 על השלכותיה של תופעה זו ראו מיכל הורוביץ "הדרה ומשמעותה – מקומו של העובד בהצעת חוק החברות (תיקון מס' 17) (הבראת חברות), התשע"א-2011" חוקים ח (צפוי להתפרסם ב-2016) (להלן: הורוביץ "הדרה ומשמעותה"), שם טענת כי השיח הכלכלי מתחזק על-חשבון השיח החברתי, באופן אשר בא לידי ביטוי גם בהדרתם של העובדים מלשון תיקון מס' 17 לחוק החברות. הדרה זו עלולה להוביל להחלשת כוח המיקוח של העובדים ולהפיכת הפסיקה הנוגעת בהם ל"חומר משפטי רדום".
- 54 דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961, 970–971 (2013).

המגדרי, בעוד ההעדפה המתקנת הממוקדת באופן שמצמצם אותה לשיטת המכסות זוכה בתמיכה פמיניסטית מאורגנת, תחום השכר השווה, המהווה חלק בלתי-נפרד מהדוקטרינה, "לא זכה להתגייסות פמיניסטית מעשית, ונותר במידה רבה בבחינת אות מתה בספר החוקים הישראלי".⁵⁵ דיון זה, הממקם את חוק שכר שווה בתוך התחום הרחב יותר של ההעדפה המתקנת, יכול ליצור מהלך של "שילוב כוחות" ולגייס את הדיון המתקשר של תחום ההעדפה המתקנת אל התחום היישומי החשוב של חוק שכר שווה. מהלך כזה יכול לאפשר, בין היתר, הכרה קלה יותר בכשלי שוק הנובעים מפערים בכוח המיקוח, שכן מלכתחילה עצם מיקומו של החוק בתוך הדוקטרינה מצדיק את התערבותו של הריבון.⁵⁶ חיזוקו של חוק שכר שווה על-ידי הבלטת מיקומו בתוך הספרה הכללית יותר של דוקטרינת ההעדפה המתקנת יכול, כפי שמציגה רימלט, להגדיל את מקומו ותרומתו של הפמיניזם התרבותי במסגרת הדיון העכשווי בתחום שוויון ההזדמנויות.⁵⁷ מן האמור לעיל עולה כי המיקוד התוצאתי הינו מיסודותיה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת המוחלת על כל מאמץ חיובי מצד הריבון. אפיון זה מעניק לדוקטרינה גמישות בצורת הפעולה, באופן המאפשר להתאים את ההליך הנקט לכשל הקונקרטי שעיימו מתמודדים. גמישות זו חיונית להצלחתה של פעולה במסגרת הדוקטרינה, שכן בכל חברה נתונה קיימים מגוון של מצבים רגישים הנכנסים לגדר המצבים המחייבים התערבות.⁵⁸ הדגשת המימד התוצאתי מאפשרת להסיר מגבלות פורמליות המחייבות אופן פעולה כזה או אחר, ופותחת כר רחב ליצירתיות באשר לצורת הפעולה המתאימה ביותר. שחרור זה מכבלי הפורמליות, תוך העדפת העיקרון התוצאתי-המהותי, חיוני במיוחד לצורך יצירת דו-שיח פורה שיוכל להוביל לשינוי תודעתי במשק עצמו. הדגשות אלה קשורות במישרין לשאלת ההתחשבות בהתנגדותו של השוק למהלך מתקן, שכן המגמה התוצאתית של ההעדפה המתקנת, ובכלל זה של חוק שכר שווה, אינה חותרת למניעת ההפליה, אלא לצמצום הפערים. לכן פעולה המובילה להגדלת השוויון פִּיחס אך במחיר של פגיעה בשוויון המהותי תיתפס כבלתי-מוצלחת מעצם הגדרתה של ההעדפה המתקנת.

55 רימלט הפמיניזם המשפטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 178.

56 ראו לעיל ליד ה"ש 23–25, שם מודגש כי לאחרונה ניכרת מגמה של הרחבת הגדרתם של כשלי שוק באופן שכולל בהם גם כשלים שבסיסם התנהגותי. התרחבות תיאורטית זו יכולה לחזק את האפשרות להכיר במצב של פערים ביכולת המיקוח כמצב המצדיק את התערבותו של משפט העבודה המגן.

57 רימלט הפמיניזם המשפטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 50–51 ו-181. כנקודה לדיון אפשרי ניתן להעלות את הטענה כי כשם שהשיח הפמיניסטי הנוכחי נוטה להגדיל את מקומו של הפמיניזם התרבותי על-חשבון הפמיניזם הרדיקלי, כך ראוי לקדם את חוק שכר שווה כאסטרטגיה בתוך תחום ההעדפה המתקנת על-חשבון אסטרטגיית המכסות, המשיכת במהותה לפמיניזם הרדיקלי.

58 Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 110.

3. כוחה של התודעה המפלה בהתנגדות לשינוי והתמודדות עם טיעון ההפליה במהופך

בבסיס הרעיוני של המושג "העדפה מתקנת" עומדת ההנחה כי פעולות מפלות שהתרחשו בעיקרן בעבר יצרו סוג של כשל. אירוע זה גרם לעיוות בכוחות השוק, אשר אינו ניתן לתיקון ללא התערבות חיצונית. עיוות זה יוצר הצדקה לפעולה של העדפה בהווה. מכאן עולה קושי מוסרי מובנה. העדפתם של בני קבוצת-השוליים באה "על-חשבון" קבוצות אחרות⁵⁹ שחבריהן לא היו חלק ישיר מההפליה ההיסטורית.⁶⁰ קושי זה נקרא "הפליה במהופך", שבמסגרתו חברי הקבוצה הנורמטיבית "נענשים" על מעשי הפליה שנעשו בעבר על-ידי אחרים.⁶¹ היענות לאתגר ה"הפליה במהופך" מחייבת דיון במושגי-היסוד של השיטה, ביניהם "שוויון" ו"צדק".

הגדרה של שוויון במובנו הפורמלי-הליברלי⁶² תקשה הצדקה של מהלך מתקן, שכן על-פי הגדרת שוויון זו, אם הוסרה ההפליה הגלויה כלפי קבוצת-היעד המסומנת, אזי אין סיבה להתערבות חיצונית. אולם חולשתו הפנומנולוגית של עקרון השוויון הפורמלי

59 דוגמה למורכבותו של היחס כלפי פעולה מקדמת ניתן למצוא בתגובות שעלו בקנדה כלפי מהלך חקיקתי של העדפה מתקנת. אחת ההתנגדויות שעלו כלפי חוק ההגינות בתעסוקה בקנדה התבטאה במחאתם של מנהיגי עובדים אשר חשו כי העדפתם של בני קבוצת-היעד באה על-חשבון עובדים לבנים מוכשרים ומסורים. ראו: Rhoda E. Howard-Hassmann, *Symposium: 20 Years Under the Charter: Sins of the Fathers: Canadian Civic Leaders Discuss Employment Equity*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 255 (2002)

"[T]he 1993 Ontario Employment Equity Act, caused many people unease. These policies appeared to impose a direct economic cost on able-bodied white males... To these Hamilton civic leaders, the new rules of employment equity seemed to prevent white males from achieving their just reward by not permitting them to compete for scarce jobs on the basis of merit and equal individual opportunity."

60 בלשונו של יצחק בנבגי: "נניח שבעבר נעשה עוול לאמריקנים-אפריקנים, ובהווה נשים מנותבות לעמדות נחותות בגלל סטראוטיפים משפילים. כידוע, יש מי שחולקים על הרלוונטיות המוסרית של העובדות הללו: גם אם נעשו עוולות לאפריקנים-אמריקנים בעבר, אין שום סיבה שאנשים לבנים שאינם אחראים לעוולות הללו יקופחו; גם אם יש מי שמדיר רגליהן של נשים מעמדות של כוח, אין סיבה להפלות גברים לרעה אם הם אינם אחראים להרדה הזאת." יצחק בנבגי "צדק, העדפה מתקנת ורב תרבותיות" צדק שלי, צדק שלך – צדק בין תרבויות 149, 156 (ידידיה צ' שטרן עורך, 2010) (להלן: בנבגי "צדק").

61 טיעון זה יתחזק במיוחד אם נכון להיום הפעולה ההיסטורית המקפחת נפסקה, כך שניתן למעשה להגדיר את היחס הנוכחי לקבוצת-היעד כיהס שוויוני, דהיינו, "מתן יחס שווה לשווים" – שכן "זה מקורם של הריבים והתלונות: כשבידיהם של שווים ישנם, או כשניתנים להם, חלקים בלתי שווים, או לבלתי שווים חלקים שווים". אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 116 (שוקן, תשל"ג). יש לציין, עם זאת, כי עקרון ההעדפה המתקנת אינו זר לעמדה האריסטוטלית, שכן "אם העדפה מתקנת נעשית משיקולים ראויים ולא ממניעים פוליטיים פסולים... חוקה המודרכת על-ידי העיקרון האריסטוטלי תכשיר את המדיניות הזאת". יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאדיאליים מתחרים – השופט דורנר בעניין אליס מילר" מחקרי משפט כב 445, 451 (2006) (להלן: בנבגי "שוויון וכבוד"). אלא שדברים אלה מצביעים על חולשתו היחסית של עקרון השוויון האריסטוטלי, בעיקר עומד היישומי, שכן הוא אינו אומר דבר בנוגע לשאלה מהם שיקולים ראויים או על "מהותו של קריטריון הזכאות לחלוקה של טובים". מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוו'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 110 (2013).

62 הגדרה זו מתמקדת בתפקידה של המדינה בהסרת מחסומים ישרים אשר ניצבים בדרכו של הפרט ומפריעים לו לקדם את מאווייו האישיים תוך תחרות חופשית על הטובין החברתיים. פינטו וסומר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 196; Christine M. Koggel, *A Feminist View of Equality and Its Implications for Affirmative Action*, 7 CAN. J. L. 43, 44 (1994).

גלויה לעין.⁶³ הגדרת שוויון זו, המאפיינת את העמדה הליברלית, כשלה ביכולתה להוביל לצמצום פערים.⁶⁴ כשל זה מתבטא באופן גלוי בפערים סטטיסטיים בייצוג בעמדות כוח,⁶⁵ ומזמין את ביסוסו של מושג שוויון הניזון מהגדרות קבוצתיות תוצאתיות.⁶⁶ בניגוד לשוויון הפורמלי, השוויון התוצאתי מבקש לוודא כי בעלי כישורים זהים יקבלו סיכוי הוגן לממש את כישוריהם, וזאת מבלי שהמעמד החברתי שאליו נולדו ישפיע.⁶⁷ לדיון התיאורטי בתפיסת השוויון הראויה יש השפעות ממשיות בשטח,⁶⁸ שכן הכרה בשוויון התוצאתי נדרשת לשם ביסוסו של עקרון ההעדפה המתקנת. אכן, בית-המשפט העליון הכיר בשוויון התוצאתי, וקבע כי יישומו מצדיק הקצאת משאבים דיפרנציאלית. כך, בפרשת סן הרשקו⁶⁹ ניצבו בדיון חזיתי שתי תפיסות השוויון: השוויון הפורמלי, שהוא השוויון בִּיחס, אל מול השוויון המהותי, שהוא השוויון בתוצאות. במסגרת הדיון הכריע השופט בייסקי נחרצות נגד עמדת השוויון הפורמלי-המכני שהוצגה בדעת העותר, בהדגישו את המימד התוצאתי של החלטה לא-דיפרנציאלית: "ועכשיו צא וראה, מה התוצאה הצפויה, אם תתקבל עמדתו של העותר: מעוגת התקציב הקטנה של הממשלה למטרה זו יזכה גם העותר בנתח מסוים, והוא יוכל להגדיל את רמת המוסד ורווחת החוסים בו, כאשר הוא גם כיום מוציא פי שניים ורבע מעל לסל השירותים המחושב", ואילו למוסדות האחרים "יהיה הכרח להפחית את ההקצבה, גם אם אין הם

63 גם מהבחינה התיאורטית עולות טענות מורכבות כלפי תקפותו של עקרון השוויון הפורמלי כעיקרון הדרוש אי-משווא-פנים או עוורון-צבעים בהחלת החוק. כך, בנבג" גורס כי חברה הגוזרת על עצמה היצמדות דווקנית לעיקרון זה עלולה להנציח פערים וחוסר צדק. לשם המחשה הוא מביא את דוגמתו הידועה של קימליקה, המראה כי ריבון "עיוור-צבעים" יתנגד להקניית זכויות-יתר לילידים קנדים גם אם זו הדרך היחידה לשמר את תרבותם. בנבג" שוויון וכבוד", לעיל ה"ש 61, בעמ' 451. דוגמה נוספת לחוסר הצדק שבהחלת עקרון השוויון הפורמלי היא "כלל חלוקה הקובע כי תהיה חלוקה שווה של מזון בין כל הפרטים – גם השבעים וגם אלה הסובלים מתת-תזונה". פינטו, לעיל ה"ש 61, בעמ' 119.

64 בלשונה של רדאי, "מושג ההעדפה המתקנת הוא תולדה של ההכרה בעובדה שעקרון השוויון הפורמלי נכשל בהשגת השוויון הלכה למעשה". רדאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 145.

65 לראיה, ברור מיוחד של מבקר המדינה שפורסם במרס 2014 מתח המבקר ביקורת קשה על ייצוג-החסר של נשים בתפקידים בכירים בשירות הציבורי, בקובעו כי "הלכה למעשה השירות הציבורי במדינת ישראל והעומדים בראשו, שרובם ככולם גברים, נכשלו ביישום עקרון השוויון המהותי בין המינים, ובמבחנו התוצאה – שהוא החשוב – יש אפליה מגדרית בשירות הציבורי במדינת ישראל". ראו מבקר המדינה דוח ביקורת – ייצוג נשים בתפקידים הבכירים בשירות הציבורית 8 (2014) [www.mevaker.gov.il/he/Reports/](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_238/0c441ed0-1696-4528-9815-ab319274f8ab/nashim-new.pdf)

66 רות בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק: הצגת הטענות המועלות בוויכוח הציבורי" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 33, 38 (ענת מאור עורכת, 2004) (להלן: בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק").

67 MICHEL ROSENFELD, AFFIRMATIVE ACTION AND JUSTICE: A PHILOSOPHICAL AND CONSTITUTIONAL INQUIRY 22, 28 (1991).

68 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 701 (2010).

69 בג"ץ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154 (1990). במקרה זה נדונה החלטתו של שר העבודה והרווחה להפסיק את תקצובו של מוסד לילדים עוורים בטענה כי מוסד זה עתיר תקציבים ולכן יש להפנות את התקצוב הממשלתי למוסדות אחרים לילדים עוורים, אשר אינם נהנים מתקציב כה גדול. טענת-הנגד של העותרים, באי-הכוח של המוסד עתיר הנכסים, הייתה כי הפסקה שרירותית של הסדר התשלומים שהיה מקובל עד אז פוגעת בהם ומהווה הפליה לעומת מוסדות אחרים של עוורים, שלגביהם הסדר ממשך להתקיים. בית-המשפט העליון קבע, בדעת הרוב, כי על המדינה לאמץ גישה מהותנית לעקרון השוויון, שעל-פיה יש להתייחס, בין היתר, לנסיבות ולפערים הקיימים בין הקבוצות שהחלטת המנהלית חלה עליהן.

מגיעים לרמת 'סל שירותים' המינימאלי...⁷⁰ עמדה עקרונית זו השפיעה על התפתחותה של הפסיקה בתחום המנהלי, וקיבעה את העמדה המתחשבת בנתוני-הרקע של מקבלי תקציבים ותמיכות.⁷¹

אימוץ עמדת השוויון המהותי מאפשר את מימושו של המהלך המתקן, אולם אינו מצדיק עדיין את מתן ההעדפה בהווה בגין פגיעה בעבר. לשם כך נדרשת הבהרה נוספת אשר תמחיש ביתר שאת את חולשתו של עקרון השוויון הפורמלי בהתמודדות עם הפליה רבת שנים, ותאפשר את ביסוסו של המהלך המתקן גם לאור השוויון הפורמלי.⁷² מטרה זו ניתנת להשגה אם נפנים את השלכותיו של העיוות ההיסטורי על ההווה ונכיר בקיבועה של ההפליה בתרבות הארגונית.⁷³ למעשה, הקיפוח המתמשך חורג מעבר לייצוג בפערים סטטיסטיים, ומתבטא, בין היתר, בהיווצרותן של אמונות ודעות קדומות המפריעות לאוכלוסיית-היעד להשתלב באופן שוויוני בשוק העבודה.⁷⁴ ביסוסן של הדעות הקדומות על-פני הדורות יצר תופעה מעניינת. גיבושן בקרב התודעה הכללית כעמדות אובייקטיביות הוביל למצב שבו דווקא התעלמות מהן נתפסת כלא-רציונלית.⁷⁵

70 שם, בעמ' 165, פס' 6 לפסק-דינו של השופט בייסקי.

71 ברק-ארז, לעיל ה"ש 68, בעמ' 702 ה"ש 12. גם בבג"ץ אביטן נ' מ"י, שניתן לפני פרשת סן הרשקו, נקבע כי "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... 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" (בג"ץ אביטן נ' מ"י, לעיל ה"ש 40, בעמ' 299).

72 בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 504–506.

73 רבין-מרגליות מסבירה כי למעשה, מלבד דעות קדומות "כנגד כישוריהן ואיכות עבודתן של נשים", היוצרות מצב של הפליה מודעת, יש בסיס נוסף להפליית נשים, המקובע בתרבות ארגונית המובילה לתגמולן הנמוך יותר. "הסבר זה שם דגש על כך שגורמים שהם לכאורה ניטרליים (לא מין העובדים) אחראים לחלק מפערי השכר הנצפים". שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדירים: בעקבות פסק דין הומסטרס (עשה זאת בעצמך) בעמ' נ' אורית גורן" הפרקליט נ 501, 510 (2010) (להלן: רבין-מרגליות "הומסטרס"). קטגוריה זו מכילה בתוכה הסברים פסיכולוגיים-חברתיים רחבים יותר מההסברים הנהוגים בניתוח מצבים של הפליה ישירה. ניתוח זה מיישב להסביר מרוע השתלבותם של בני קבוצה מודרת היא מורכבת ומחייבת מאמץ חיובי הכולל מחקר תיאורטי ומודעות לתגובת השוק.

74 ראוי להדגיש כי במימד פנימי יותר, המהלך שיש לנסות להשיגו כרוך במאמץ להניע תהליך של שינוי תרמיתי. הקיפוח או ההפליה נובעים מדימויים של בני קבוצת-היעד בעיני המעסיקים וכן בעיני עצמם. לכן, אם נצליח לשנות את הדימוי, הקיפוח יפסק מאליו. לעומת זאת, אם לא נצליח לשנות את הדימוי, אזי גם אם נפעל נגד התופעות הפרטניות, סביר להניח שהן יחזרו באופן אחר כל עוד הדימוי עצמו לא ישתנה. מכאן שהצורך בשינוי התרמיתי ועמדות-המוצא של בני קבוצת-היעד בעיני המעסיקים אינו מטרה נלווית ראויה, אלא שינוי שהינו מהותי לעצם היכולת להשיג את המטרה. סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 250, מסבירים את המעגליות של המצב: "ההפליה מן העבר ביססה תת-הישגים של המיעוט, ואלה ביססו הישגים נמוכים ודימויים נמוכים, אשר מהווים בסיס 'מצדיק' להמשכת מצב-הדברים הקיים, אך כעת תשנה ההעדפה המתקנת את מפת המיקום החברתי, וכך תשנה, בין היתר, גם את מערך הדימויים הכולל הן את המיעוט והן את החברה הרחבה. יש לשים לב שבצידוק זה טבוע תו עקרוני של זמניות. ההעדפה מוקנית מתוך שאיפה שהתערבותה תבטל, בחלוף הזמן, את הטעם שהצדיק את הענקתה מלכתחילה."

75 כך, ניתן לראות כי העדפות מוטות-מגדר יוצרות קשר מובן מאליו בין "גבריות לערך מקצועי רב יותר" (רימלט הפמיניזם המשפטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 169), ועובדה זו מתבטאת בהעדפה הסטריאוטיפית של גברים ובתגמולם הגבוה יותר. רות בן-ישראל מציינת כי הטיות אלה מתבטאות, בין היתר, ביצירת דגם של עובד אידיאלי שעל-פיו נבחנת מידת יעילותו של כל עובד אחר. ככל שמידת ההתאמה גדולה יותר, העובד מועדף יותר. דגם זה מתבסס על אמת-המידה של "גבר לבן צעיר ובריא". יצירת סטנדרד כזה משפיעה הן על האופן שבו המעסיק תופס את העובד העומד מולו והן על תפיסתו העצמית של העובד. בלשונה של בן-ישראל: "מכאן,

תהליך זה מעניק למקבל ההחלטה המפלה גיבוי שכלתני, ומאפשר לו להאמין בכנות כי הוא אינו מפלה, אלא הגיוני ויעיל. מעטה האובייקטיביות של ההפליה יוצר את הבסיס להפליה המקובעת בתרבות הארגונית.⁷⁶ כך, בקרב הפרטים בחברה נתונה, כמו-גם במגננים הממסדיים, רווחת ההנחה כי העסקתם שוות-התנאים של בני קבוצת-היעד הנמצאת בתת-ייצוג אינה כדאית מבחינה כלכלית. הנחה זו מקובעת באופן עמוק עד כדי כך שהיא יכולה להשפיע על תפיסת המציאות של הפרט, המפלה אף מבלי שהוא מודע שהוא עושה כן, בתהליך המוגדר כ"הפליה מדרג שני".⁷⁷ אמונה "רציונלית" זו יוצרת בסיס מוצק להתנגדותו של המעסיק להעסקת בני קבוצת-היעד. בסיס זה חזק דיו לפעול נגד כל הליך של שינוי, אפילו יהיה זה הליך ריבוני יזום.⁷⁸

זאת ועוד, גיבוי רציונלי לאקט מפלה יוצר בסיס מוסרי איתן להצדקת התנגדות ישירה לכל מהלך מתקן מתערב מצד הריבון. בסיס זה נשען על טענת פגיעה ישירה בחירותו החיובית של המעסיק. על-פי הגדרתו של ישעיהו ברלין,⁷⁹ האוטונומיה של הפרט מושגת על יכולתו להצדיק את עמדותיו והתנהגותו באופנים רציונליים.⁸⁰ דהיינו, אדם מוגדר חופשי כל עוד הוא יכול לממש את חייו על-פי ההכוון העצמי שלו. כך, מובן כי התערבות ישירה של הריבון בהחלטתו העסקית של המעסיק נתפסת כפוגעת בחירותו החיובית של הפרט.⁸¹ לנוכח זאת, התערבות יזומה מצד הריבון באופן ניהולו של עסק פרטי ניתנת להגדרה כעולה כדי פגיעה בחירות, וגוררת באופן מובן

שכל מי שאיננו עומד בסטנדרד השווה המוכתב על פי דפוס העבודה של הגבר נתפס בגדר 'אחר'. הדרכת תווית של 'אחר' על קבוצת עובדים מסוימת משפיעה ישירות על מעמד החברתי של העובדים האלה, על מעמדם בעיני עצמם ועל סיכוייהם להשתתף השתתפות פעילה בשוק העבודה. בן-ישראל שויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, כרך א, בעמ' 107.

76 ג'ין ועמיתיו מציינים כי מתן יחס שונה נהפך למוכן מאליו, ובלשונם: "So it becomes a 'taken for granted' view that men are to be preferred to women for certain types of jobs" (i.e., institutionalized). ראו: Harish C. Jain, John J. Lawler, Bing Bai & Eun Kyung Lee, *Effectiveness of Canada's Employment Equity Legislation for Women (1997–2004): Implications for Policy Makers*, 65 INDUS. REL. 304, 310 (2010).

77 לדיון נוסף ראו פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ-עיני "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרט הצדק ושוויון בעבודה" משפט וממשל יא 517, 523–527 (2008).

78 יש לציין כי מסקנה זו עמדה בבסיס השינוי התפיסתי ביחס לאופן הטמעתה של התוכנית להערפה מתקנת בקנדה, שם התקבל בשנת 1995 "חוק הגינות בתעסוקה" חדש. חוק זה התקבל על רקע חוסר שביעות-הרצון מההישגים המוחשיים בתחום ההזדמנויות השוות בתעסוקה, ועל-פיו נקבע כי יש לשים דגש ממשי הרבה יותר בטכניקות של שיתוף-פעולה מול כוחות השוק השונים, ופחות לנסות לכפות עליהם דרך פעולה רצויה. הבנה זו נבעה, בין היתר, מההכרה כי אם המעסיקים לא ישתכנעו ביתרונות הגלומים בהעסקת בני קבוצת-היעד, יהיה קשה להניע אותם לשנות את דפוס פעולתם, וקושי זה יימשך גם אם ההתערבות הריבונית היוזמת תהיה תקיפה. הנחה נוספת שעמדה בבסיס הפעולה הקנדית נגעה בהכרה כי מרבית התנגדותם של המעסיקים נובעת "פחות מהפליה מכוונת ויותר מדעות קדומות סמויות". סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 260. לדיון מורחב ראו להלן תת-פרק 31.

79 ישעיהו ברלין *ארבע מסות על חרות* (רשפים 1971).

80 מ' כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 207 (2005).

81 פגיעה זו מיתוספת על הפגיעה הישירה בחירות השלילית של המעסיק, שעל-פיה אדם מוגדר חופשי ביחס ישר למידת ההתערבות של הסביבה בחייו. מכל האמור עולה כי התערבות באופן ניהולו של העסק מהווה פגיעה בעקרון החירות על שני היבטיו – "החופש המתמצה בהיותך אדון לעצמך, והחופש המתמצה באי-היותך מנוע על ידי בני-אדם אחרים מבחור כפי שאתה בוחר". ברלין, לעיל ה"ש 79, בעמ' 183.

התנגדות אצל המעסיק, המעוניין להימנע מקבלת החלטות העלולות לפגוע ברווחיות המפעל שבבעלותו.⁸² כאמור, התקבעותה של ההפליה בתרבות הארגונית גורמת לכך שהמעסיק סובר כי התנגדותו להעסקתם של בני קבוצת-היעד המקופחות היא עניינית, וכי נסיונו של הריבון לסכל את החלטותיו הוא בגדר עוולה של ממש הפוגעת בחירותו האישית, וזאת אף מעבר לפגיעה בזכותו הקניינית.⁸³ בהיותו מגובה לכאורה בכסות של צידוק מוסרי זה, יש לצפות כי המעסיק ייתלה בכל מהלך או אמתלה אפשריים על-מנת להתחמק מקבלת החלטה "פוגענית" הנוגדת את ידיעתו הפנימית בדבר הכדאיות הכלכלית לעסקו הפרטי או לעסק שבאחריותו הניהולית.

מכל האמור עולה כי פעולתו של מעסיק מפלה מתאפיינת בשניות ניהודית, שכן היא למעשה רציונלית ולא-רציונלית בעת ובעונה אחת. מבחינת האדם המקבל את ההחלטה, דהיינו המעסיק, החלטתו שקולה והגיונית, אלא שהחלטה זו מתבססת על נתון שאינו מדויק. לפיכך, אף שהחלטתו מבוססת, קשה לטעון כי היא רציונלית. נמחיש: מעסיק המסרב לקבל עובד ממוצא אפריקאי למקום העבודה יכול לנמק את החלטתו כהגיונית ושקולה, באומרו כי "ידוע שעובדים שחורים הם בעלי רמת משכל נמוכה יותר".⁸⁴ מבחינה זו, החלטתו של המעסיק נתפסת כרציונלית,⁸⁵ שכן היא מייצגת שיקולים כלכליים מקובלים, אלא ששיקולים אלה מתבססים על מנבאים מכלילים אשר "אינם מושלמים, ואמינותם תלויה ברמת המתאם בין המנבא לבין התכונה הנדרשת".⁸⁶ אי-דיוק זה גורם

82 ניתוח זה עורר הבהין מסקנות מחקריות שעל-פיהן "הטלת חובה בחוק על מעביד פרטי לשאת בעלויות הכרוכות במתן אפשרות לחברי קבוצה מודרת להשתלב בשוק העבודה מהווה התערבות משמעותית יותר בחירותו של המעביד". כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 208.

83 בשלב זה ראוי להדגיש כי לעיתים הרגולציה החוקית דורשת מהמעסיק לפעול במישרין בניגוד לשיקוליו הכלכליים הצרים. כך, למשל, כאשר הוא נדרש להעסיק אישה הרה על-פי ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, לשלם שכר-מינימום על-פי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, וכדומה. הטלת חיובים אלה על המעסיקים נמצאת בסמכותו של הריבון כחלק מחוקי המשחק הכלכליים, ושני הצדדים מודים במורכבות המהלך מבחינת המעסיק. לא כך הדברים במקרה של מהלך מתקן, שכן במקרה זה הריבון אינו מודה כי דרישותיו פוגעניות, מאחר שלשיתו החלטת המעסיק מתבססת על דעות קדומות ואינה רציונלית. קוטביות זו בין עמדת המעסיק לעמדת הריבון עלולה להחריף את התנגדות המעסיק, חשש נפגע ללא אפשרות לקבל על כך.

84 כאמור (בה"ש 75 לעיל), נהוג לסווג את המודל של העובד האידאלי בשוק העבודה כ"גבר לבן צעיר ובריא". הגדרה זו נובעת משיקו תכונות למאפיינים אלה. למשל, הגדרתו של המודל כ"לבן" ו"צעיר" משיכת לדרושת האינטליגנציה. בלשונה של בן-ישראל: "ולבסוף, הם מתארים דפוס עבודה של פועל צעיר ולבן – מאחר שמקובל לייחס כישורים אינטלקטואליים לקליטת ידע והפנמתו ויכולת לעדכנו עדכנו שוטף לעובדים לבנים וצעירים." בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, כרך א, בעמ' 112–113.

85 במאמר מוסגר ניתן לומר כי הטענה המסורתית שהתנהגות מפלה היא התנהגות לא-רציונלית אינה מוחלטת. אי-מוחלטות זו אינה נובעת רק מהשתרשותה של תופעה מפלה כוזבת, כפי שהוצג לעיל, אלא גם מסיבה נוספת שיש להביאה בחשבון: השיח המשפטי הכלכלי יודע להצביע כי לאנשים יש טעמים מפלים המייצגים העדפות אישיות הניתנות להגדרה כרווח ממשי מבחינתם. רווח זה מוגדר כ"הכנסה זקופה", דהיינו, כ"הנאה שבני אדם מפיקים מההשתייכות הקהילתית" במקום העבודה. ברק אתרים ואורי וייס "על מס והדרה קהילתית בשוק העבודה" משפטים מב 481, 486–487 (2012). להגדרת "הכנסה זקופה" ראו בהרחבה שם, בעמ' 487–492.

86 שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131, 145 (2001). רבין-מרגליות מסבירה כי אכיפה ממשית של דיני איסור ההפליה תוביל להפחתת הכוח המנבא הקבוצתי. לדבריה, "שימוש במנבא שהשימוש בו מזין את אמינותו גורר הנצחה של סטריאוטיפים חברתיים. איסור השימוש בפרוקסי זה עשוי להביא לשינוי חברתי כך שבעתיד, עם התמעטות השימוש בו ומתן הזדמנות למשתייכים לקבוצה המוגנת להוכיח את כישוריהם באופן אינדיבידואלי, יהפוך המנבא לבלתי אמיץ" (שם, בעמ' 146 ה"ש 52).

למעסיק לא לקבל עובד מתאים, ומהלך זה גורם בחלוף הזמן לפגיעה במעסיק ובמשק בכללותו, בין היתר משום שהוא מקטין את מאגר המועמדים הפוטנציאלי, מאריך את שלב האיתור של העובד המתאים, וחושף את המעסיק לביקורת משפטית.

ניתוח זה, הממחיש את מורכבותו של היחס בין הפליה לרציונליות, מאפשר לבסס את מעמדה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת גם בקרב התיאורטיקאים המשתייכים לגרעין הקשה של איסור ההפליה. לתפיסתם של אלה, חוקי איסור ההפליה צריכים להתמקד במאמץ למגר רק מקרים של הפליה הנגרמת בעטיין של הטיות לא-רציונליות.⁸⁷ הטמעת מובנה הרציונלי של התודעה המפלה כיוצר הצדקה אצל המעסיק תאפשר לקדם את רעיון ההעדפה המתקנת גם בקרב קבוצה שמרנית זו. באופן זה יהיה אפשר לקדם הכרה בצורך למגר גם תופעות של הפליה הנתפסות כ"מקובלות" יותר.⁸⁸

מן האמור לעיל נקל להבין מדוע ראוי לגבות פעולה חיובית מתערבת.⁸⁹ גיבוי זה אינו יכול להיעשות בלי הכרה במושג השוויון המהותי.⁹⁰ כפי שצוין לעיל, השוויון הליברלי הפורמלי אינו ערוך להתמודד ולמנוע תופעות של הפליה ממוסדת ושיטתית – מודעת או לא-מודעת – כלפי קבוצות חלשות.

למרות ההצדקות היותה של ההעדפה המתקנת כלי הכרחי להתמודדות עם השלכותיה של עוולה היסטורית רבת עוצמה, כנגדה ניצבת טענה מוסרית חזקה.⁹¹ טענה זו מוצגת לרוב תחת הכותרת "הפליה במהופך".⁹² כאמור, על-פי טיעון זה, הצד הנדחה כתוצאה

לטענתי, אתגר מרכזי הוא ליצור מסגרת שדרכה הכללות לא-מדויקות ייעלמו מעצמן עקב שכנוע פנימי אשר ישחק את תוקפו המנבא של הסטריאוטיפ הנורמטיבי. יהיה נכון להוסיף ולהדגיש כי אין כוונה לערער על עצם מוסריותה של ההחלטה לקבל עובד על-פי מדרג של יעילות. ההנחה הכלכלית של המשפט אינה עומדת למבחן מוסרי; המחלוקת היא אם עובד שחור הוא אכן עובד יעיל פחות. לדיון קצר בהתפתחות האתיקה של כלכלת המשפט ראו מיכל הורוביץ ואהוד נורי "שוויון כוחות במשא ובמתן בין השקם לבין ארגון העובדים באספקלריה של עיקרון היעילות הכלכלית – ניתוח סעיף 1113 לפרק 11 לקוד האמריקאי" מאזני משפט ב 245, 268 ואילך (2002).

87 אחד הצידוקים העיקריים למיקוד עקרון אי-ההפליה בהטיות לא-רציונליות בלבד הוא ששימוש רחב יותר בעקרון אי-ההפליה יגרום למשק להילחם נגד הניסיון לצמצם את הפערים. Mark Kelman *Market Discrimination*. *Morevoer, we may believe it worthwhile to use state power to combat simple discrimination only where we believe the victim will experience it across many enterprises; market forces might otherwise combat it*" 53 STAN. L. REV. 833, 893 (2002).

88 FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* 37 (1991).

89 יצוין כי הכרה במורכבותה של תופעת אי-השוויון ובצורך להשתמש בהתערבות חיובית לשם פריצת מעגל ההפליה נוגע בהיווצרותו של "מעגל אכזרי של הדרה" (כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 202). במובן זה, קל יותר לפעול נגד מעסיק גזעני היודע שהוא גזעני מאשר נגד מעסיק שמפלה על בסיס גזע אך בנימוק כלכלי טהור, שכן לגבי המעסיק השני כל התערבות מהווה פגיעה בחירותו האישית, נוסף על היותה פעולה העומדת – מבחינתו ומבחינת סביבתו העסקית – בניגוד לרציונל כלכלי.

90 בעניין זה ראו בהרחבה גליקסברג, לעיל ה"ש 54.

91 כפי שמסביר בנבגי: "כידוע, יש מי שחולקים על הרלוונטיות המוסרית של העובדות הללו: גם אם נעשו עוולות לאפריקנים-אמריקנים בעבר, אין שום סיבה שאנשים לבנים שאינם אחראים לעוולות הללו יקופחו...". בנבגי "צדק", לעיל ה"ש 60, בעמ' 156.

92 ראו בעניין זה את דבריה של בן-ישראל: "אימוץ תוכנית של העדפה מתקנת מעלה קושי נוסף עקב העובדה, שהעדפה של קבוצת היעד יש יתרון חברתי קבוצתי הנעשה על חשבון פגיעה אישית. העדפת האינטרס הקבוצתי גורמת לאפליית הפרט במישור האישי. אפליית הפרט בניסיונות מכוונה אפליה במהופך, והיא נתפסת

מהמהלך המתקן מוענש ומופלה בגין דבר שהוא עצמו לא היה אחראי לו. כך, העדפת האינטרס הקבוצתי מובילה להפליית הפרט במישור האישי.⁹³ מגמתה המתחזקת של החברה הישראלית ליהפך ל"חברת שוק" (market society)⁹⁴ מעצימה את הרלוונטיות של טיעון ההפליה במהופך. ביטוי לרלוונטיות זו ניתן למצוא במחקר פסיכו-סוציולוגי המראה כי עיקר ההתנגדות לדוקטרינת ההעדפה המתקנת נובעת משיקולים המונעים על-ידי תפיסה של צדק אישי. מחקר זה מעלה כי על-פי העמדה הציבורית הרווחת, יוזמה אישית והצלחה אישית צריכות להיות אמות-המידה המובילות בהחלטה על קידום, וכל העדפה על בסיס אחר נתפסת כחריגה וכלא-צודקת.⁹⁵ לשם התמודדות עם טיעון עוצמתי זה,⁹⁶ יש לבחון איזה מושג של צדק מגבה מבחינה מוסרית את יכולתו של הריבון להעניק עדיפות לקבוצה אחת על רעותה.

אתגר ההפליה במהופך קורא לדיון שתי תפיסות של צדק החורגות מהצדק הפורמלי-התועלתני.⁹⁷ על-פי התפיסה האחת, המכונה "צדק חלוקתי" או "צדק מחלק", צדק מתבטא "בחלוקה שוויונית של כוח חברתי, כלכלי ופוליטי בין

כרע הכרחי וזמני שאפשר להצדיקו לאור המטרה הרחבה והמוצדקת המעוגנת בעקרונות השוויון המהותי". כן-ישראל שוויון הודמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 511.

93 בלשונה של רדאי: "הטענה החזקה ביותר במישור האתי נגד העדפה מתקנת היא אולי שזו הופכת את הגבר הלבן לקורבן חדש של אפליה. הביטוי 'אפליה הפוכה'... מדגים טענה זו. לפי טענה זו המתחרה המפסיד את הודמנותו עקב תוכנית של העדפה מתקנת, אינו בהכרח או אפילו אינו בדרך כלל הגורם שהיה בעבר אשם בהפליה ולא צודק להעניש אותו." רדאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 165–166. ראוי לציין כי טענה זו נובעת, בין היתר, מאי-הטמעת העובדה שההעדפה המתקנת פועלת במישור הקבוצתי ולכן אין לטענות במישור האישי תוקף חזק כלפיה, שכן אפשר לומר כי "הקורבן החדש איננו נושא מגבלה מסוימת המשפיעה עליו באופן ישיר, אלא רק סובל מנטל כלכלי המוטל על כלל האוכלוסייה" (שם, בעמ' 166). זאת ועוד, פעולה כזו נשענת על דגמים של "אחריות קבוצתית או אשם קבוצתי, והללו מתנגשים עם התיאוריה הליברלית, המעמידה במרכז את הפרט". כן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק", לעיל ה"ש 66, בעמ' 42.

94 אפיון זה מעלה כי ערכיה של החברה הישראלית מוגדרים ומעוצבים על-פי ערכי שוק ולאור הצדקות של שיה יעילות. גליקסברג, לעיל ה"ש 54, בעמ' 970. יש לציין כי עצם הגדרתה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת כפועלת במקרה של כשל שוק יוצרת הצדקה בשיח הכלכלי להתערבות ריבונית.

95 Zdaniuk & Bobocel, לעיל ה"ש 27, בעמ' 344.

96 להפליה במהופך יש מימד משפטי היסטורי. טיעון זה הוצג בעוצמה רבה והיווה אבן-בוחן באחד מפסקי-הדין המרכזיים בארצות-הברית: University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). יש להדגיש, עם זאת, כי בספרות ניתן למצוא גישות המצדיקות מתן עדיפות לבני קבוצת-היעד בהתבסס על הטענה כי במצב של כישורים זהים בני קבוצת-היעד המסומנת שווים למעשה יותר. כך, למשל, ניתן להניח כי תלמיד בעיירה פריפריאלית שהיה ראשון בכיתתו והצליח להשיג ממוצע בגרות של 95 היה מקבל ממוצע גבוה יותר אילו למד בבית-ספר בשכונה חזקה במרכז תל-אביב. לפיכך, אם רוצים לתגמל כישורים ולקבל לעבודה את בעל הכישורים הטובים ביותר, יש להשוות את ציוני מבחן הכניסה תוך מתן נקודות מפצות לבן קבוצת-היעד. ראו לעניין זה גם בגין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 529.

97 המושג "צדק פורמלי" מוגדר במונחים של רווח והפסד חברתיים. על-פי התפיסה התועלתנית, יהיה קשה יותר להצדיק מהלך של העדפה מתקנת. הגישה הפורמלית דורשת שגם החתירה לצדק חלוקתי תהיה מגובה בהוכחה של תועלת כלכלית, שכן על-פי שיטה פורמלית זו, "על החברה לבחור לדרג פעולות חברתיות לפי סך התועלות המופק מהן". עוזי סגל "צדק" הגישה הכלכלית למשפט 113, 126 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). כך, "על מעצב המדיניות לבצע שקלול של שיקולי צדק חלוקתי ויעילות באופן המשיא את הרווחה החברתית". יורם מרגליות "דיני מיסים" הגישה הכלכלית למשפט 815, 818 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). טיעון זה מתבסס על ההנחה כי תועלתם של הפרטים – דהיינו, אושרם – תלויה במישרין במידת יכולתם הכלכלית לממש את העדפותיהם, ולפיכך השיקול הכלכלי של מקסום העושר הוא העומד בבסיס קבלת ההחלטות. לעניין זה ראו בהרחבה הורוביץ וגורי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 268, שם נדונה בהרחבה האתיקה של עקרונות היעילות הכלכלית.

הקבוצות השונות" המרכיבות חברה נתונה.⁹⁸ גישה זו נוחה ליישומה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת, אלא שהיא לוקה בשני קשיים ממשיים. ראשית, עיקרון זה זר לתפיסה הליברלית הקלסית,⁹⁹ ובכך מחליש את יכולת היטמעותה של הדוקטרינה.¹⁰⁰ קושי נוסף המחליש את עקרון הצדק המחלק כעיקרון ישים נוגע במורכבות הכרוכה בכימותו של מאזן הרווח וההפסד הנובע מהפעלתו.¹⁰¹ בתווך הליברלי יישקלו טיעונים של צדק מחלק רק אם הם מגדילים את התועלת החברתית, בלי קשר למידת חלוקתה המאוזנת של "עוגת הטובין" החברתית, שכן אידיאל זה אינו מחייב את מצדדי הצדק התועלתני ואוחזי העמדה הליברלית.¹⁰² לנוכח חולשה יחסית זו של עקרון הצדק המחלק, מצדדיה של תוכנית ההעדפה המתקנת נוהגים לבסס את הציודוק לנקיטת מאמץ חיובי מצד הריבון – על השלכותיה השונות – על מושג צדק מצומצם וחזק יותר. מושג זה הוא "הצדק המתקן" או "הצדק המפצה".¹⁰³ כפי שרדאי מראה, הפסיקה בארצות-הברית קיבלה את ההעדפה המתקנת יותר בהמשגתה כצדק מתקן, ופחות במובניה המחלקים.¹⁰⁴ הישענות זו על המושג "צדק מתקן" היא המעניקה לדוקטרינה את עיקר תקפותה המוסרית.¹⁰⁵

הצדק המתקן, המעניק לדוקטרינת ההעדפה המתקנת את עיקר חוסנה המשפטי,

98 בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק", לעיל ה"ש 66, בעמ' 49. יש המגדירים את המעבר לעקרון הצדק המחלק ככזה המבקש לשים דגש לא רק בזכות לבחור, אלא גם באפשרות הממשית להיבחר. בלשונו של מוריס אברם (Abram, לעיל ה"ש 37, בעמ' 1316): "It is now part of civil rights gospel that blacks must not only vote but that we must draw district lines to ensure that blacks are elected".

99 ראו בהרחבה בעניין זה הורוביץ "הדרה ומשמעותה", לעיל ה"ש 53. כן ראו פינטו וסומר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 197.

100 זרות זו מחלישה את מעמדו של עקרון הצדק המחלק, במיוחד לנוכח אפיונו של המשק הישראלי כמצוי בשלבי מעבר ממצב של כלכלת שוק למצב של "חברת שוק". במצב זה ערכיה של חברה נתונה וערכי היחידים בה "מומרים לערכי שוק המבוססים על תרבות שוקית אף על פי שאלה אינם חלק מהפעילות הכלכלית הקלסית". גליקסברג, לעיל ה"ש 54, בעמ' 970. יש לציין כי מעבר לחברת שוק משותף לאזרחים המשתייכים למעגלי חברה שונים. מעבר זה מנותח, בין היתר, כמשפיע על צורת השיח עצמה – "למשל, בתופעת ההפרטה בכל הנוגע במעבר משיח של תוכנות פוליטיות, חוקתיות וערכיות (למשל שוויון) לשיח שוקי הטומן בחובו בעיקר תכנים יעילותיים" (שם, ה"ש 19). במובן זה, אם נקבל את הגדרת החירות החיובית של ברלין (ראו לעיל ליד ה"ש 80), היעיל נהפך לרציונלי, דהיינו, מה שאינו יעיל אינו רציונלי.

101 גישת הצדק הפורמלי-הליברלי מצדדת בתוכנית של ההעדפה מתקנת רק אם סך כל התועלת שהחברה תזכה בה תעלה על המחיר שאותו תידרש החברה לשלם. בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 513. מכאן קל להבין מדוע על-פי תפיסת צדק זו הטיעון העיקרי המצדיק את הפעלתה של תוכנית העדפה מתקנת הוא טיעון הרבגוניות, המפורט לעיל בראשית תת-פרק 2. אלא שכאמור, לעיתים הישענות-יתר על טיעון זה עלולה להוביל להזנחת המטרה העיקרית של דוקטרינת ההעדפה המתקנת.

102 הסוציולוג רוברט בלה (Bellah) מסביר כי שיטת הצדק התועלתני, הנמצאת בלב הקונסנזוס הפוליטי האמריקאי, מתבססת על הנחת האינדיווידואליזם התועלתני, ולא על השאיפה לשוויון. ראו SKRENTNY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 27.

103 רדאי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 159.

104 שם.

105 Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 109. ברוח זו יש להבין את דבריה של השופטת סוטומיור (Sotomayor) מבית-המשפט העליון בארצות-הברית, אשר קבעה לאחרונה כי האפקט המצטבר של הפליה בת דורות נמשך גם בתקופתנו, ומתבטא בפערים בולטים בעוני, באפשרות הגישה למערכות בריאות, ברמת הדיור ובהשכלה. ראו: Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, 572 U.S. (2014). על-פי עמדה זו, הגוע עדיין קובע, ורק התערבות ישירה של הריבון יכולה לפצות את קורבנות ההפליה ולהוביל לצמצום הפערים.

מבקש לפצות בגין נזק שנגרם בעבר. הנחתו היא כי אם נגרם לאדם נזק, יהיה זה צורך לפצותו לכל-הפחות על נזק זה. הנחה זו קלה להגנה. היא עולה בקנה אחד עם יסודותיה המוסריים של הגישה הליברלית כמו-גם עם עקרון ההעדפה המתקנת. כך, מקובל לומר כי ההצדקה החזקה ביותר לנקיטת העדפה מתקנת כלפי האפרו-אמריקאים היא שקבוצה זו סבלה נזק חומרי מתמשך שנגרם בעטיין של עשרות שנות ניצול על-ידי הרוב הלבן. פיצוי זה יכול להיעשות בכמה דרכים מלבד פיצוי ממוני ישיר, שכן פיצוי ממוני מלא בגין נזק זה הוא בלתי-אפשרי. חישוב פשוט של פיצוי בעבור הנזק שנגרם לאוכלוסיית האפרו-אמריקאים במושגים ממוניים ממשיים מעלה כי כל העושר האמריקאי לא יצליח לעמוד בכיסוי החוב. כך, למשל, הנזק בעטייה של ההפליה בין השנים 1929-1969 מוערך ב-1.6 טריליון דולר, ואילו הנזק שנגרם מהשעבוד לעבדות בשנים 1790-1860 מוערך ב-4.7 טריליון דולר נוספים.¹⁰⁶ סכום זה גדול מסך היתרות העומדות לרשות המשק האמריקאי, ולכן לא יהיה סביר לדורשו. אולם לצד נזק ישיר זה יש להביא בחשבון גם את הנזק העקיף, אשר ממשיך לבוא לידי ביטוי גם בהווה. חישובו של נזק עקיף זה אינו מסובך. אם נקבל את ההנחה הפשוטה שכישוריה האובייקטיביים של האוכלוסייה האפרו-אמריקאית זהים לאלה של האוכלוסייה הלבנה, קיים צפי מובן למצוא ייצוג זהה לזה של האוכלוסייה הלבנה בעמדות הכוח החברתיות, בהתאם לשיעורם היחסי באוכלוסייה. כל סטייה מיחס זה אפשר לשייך במישרין לפערים שנוצרו בתקופת קרות הנזק.¹⁰⁷

לנוכח כל זאת ניתן לומר כי הפנמת הקושי של התודעה המפלה כיוצרת צידוק רציונלי ומוסרי למהלך מפלה, אימוץ השוויון המהותי ככלי מדידה סטטיסטי וכן קבלת עקרון הצדק המתקן כמתקף את דוקטרינת ההעדפה המתקנת – כל אלה יכולים לספק מענה מסוים לטענת ההפליה במהופך.

4. מקומה של ההעדפה המתקנת בדיני השוויון והמלצות לאופני פעולה

התמקדותה התוצאתית ומגמתה האקטיבית של דוקטרינת ההעדפה המתקנת מדגישות את זרותה בתווך הליברלי.¹⁰⁸ זרות זו מקשה את היטמעותה הכללית, ועלולה ליצור

106 לנתונים ראו INGRAM, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290. הנתונים לגבי תקופות אלה הובאו לשם דוגמה בלבד, והם לקוחים מהספר שמוזכר כאן.

107 המחשה לכך ניתן להביא על-ידי משל מתחום תחרויות הריצה. נדמיין שני אצנים המתחרים על פרס גדול בתחרות ריצה ארוכת-טווח. האחד רץ במשך שנים כאשר לרגליו מוצמדות זוג משקולות כבדות, ואילו חברו המתמודד רץ באופן חופשי. בשלב מסוים התכנסה הוועדה המלווה את התחרות והחליטה כי תחרות זו אינה הוגנת וכי יש להסיר את המשקולות מרגליו של המתמודד האחד. החליטו ועשו, ואכן במושגים של שוויון והגנות פורמליים נראה כי תנאי הריצה של המתחרים הושוו וכי די בכך. אלא שבחינה מהותית יותר תבקש לתהות לגבי הפעולות שיש לנקוט על-מנת לצמצם את הפער בריצה שנגרם כתולדה של הקיפוח היחסי של הרץ האחד. זאת יש להדגיש: אין הצופים מהצד בזמן ההווה (ולפעמים גם לא בזמן העבר) מודעים למשקולות שהיו על רגליו של הרץ האחד, ולכן במבט "אובייקטיבי" הוא יכול להיתפס כעצול, חלש ולא-כשרוני. יתר על כן, ייתכן שהמאמץ הכרוך בריצה עם משקולות הוביל אותו לרפוס התנהלות "כבד" יותר כמו-גם להפנמת תודעה כזו לגבי עצמו.

108 הגוון הייחודי של דוקטרינת ההעדפה המתקנת נובע בעיקרו מאי-הישענותה על תפיסות השוויון והצדק

תפיסה מוטעית הרואה את ההעדפה המתקנת כסותרת את דיני השוויון ואיסור ההפליה.¹⁰⁹ מטרתם המוצהרת של דינים אלה היא להעניק לאדם את היכולת לחיות חיים אוטונומיים ולמנוע הפרעות שיפגעו ביכולתו לעצב את חייו כפי שיחפוץ.¹¹⁰ כבר במבט ראשוני ניתן לראות כי מטרה זו עולה בקנה אחד עם הכלי של העדפה מתקנת. יתר על כן, כפי שהובהר, האינטגרליות של הדוקטרינה לדיני השוויון הכלליים היא יסודית עד כדי כך שניתן לשייכה לגישה המצומצמת השמרנית של דינים אלה. על-פי גישה זו, דיני השוויון אינם אמורים להתערב במקרים של הטיות רציונליות, אלא להתמקד במיגור הטיות לא-רציונליות. ברוב המקרים הטיות אחרונות אלה מסווגות תחת כותרות פורמליות מוכרות, כגון אנטישמיות, גילנות, סלידה מנכים וכדומה, אשר התנגדות להן נתפסת כמוצדקת. הפליה מטעמים אלה גורמת נזק נפשי ממשי למופלה,¹¹¹ אשר מקשה עליו להשתלב באופן שווה בחברה,¹¹² וכך יוצרת הדרה שיטתית.¹¹³ מאפיינים אלה מתקיימים גם במקרה של הפליה רבת שנים וממוסדת, ומצדיקים פגיעה באוטונומיה של המעסיק¹¹⁴ והעדפה של העובד המשתייך לקבוצה המקודמת. נוסף על כך, בהעסקת בני הקבוצה

הפורמליים. כך, על-פי עמדת השוויון הפורמלי, ההתייחסות אל ערך השוויון חסרה כל מימד חברתי, כלכלי או היסטורי, שכן ההשתייכות הקבוצתית מהווה נתון לא-רלוונטי. שרון רבין-מרגליות "עריכת התאמות במקום העבודה: דרך נוספת לקדם קבוצות מוגנות" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 439, 441 (ענת מאור עורכת, 2004) (להלן: רבין-מרגליות "התאמות במקום העבודה"). אולם למרות שונות זו, אין להחריג את דוקטרינת ההעדפה המתקנת מדיני השוויון הכלליים אף בשיטה משפטית ליברלית, שכן חלק מהשיטה ניתן להכליל דוקטרינה שמיקודה דרוש הישענות על עמדות-מוצא הסוטות מהעמדה הכללית. כך, למשל, לא יהיה סביר לטעון כי תקנות שעת חירום מהשיטה הדמוקרטית הכללית.

109 גורם נוסף המקשה את הטמעתה הרחבה של הדוקטרינה הוא נטייתה להתקבעות. מגמה זו מעוררת ביקורת רחבה, ולכן ראוי לציין שוב כי היא אינה ממהותה של הדוקטרינה, שכן העדפה מתקנת מיסודה היא אמצעי זמני אשר בא לתקן עיוות נתון. נטייה של מאמצים ננקטים ליהפך מזמניים לקבועים היא מגמה לא-רצויה שיש לתת לה את הדעת, הן מבחינה אקדמית והן מבחינה ממסדית, שכן היא מעלה ביקורת מוצדקת, הנובעת מעיוות יישומי של המימד התאורטי, ומקשה את השתלבותה של הדוקטרינה בתוך דיני השוויון הכלליים. Sabbagh, לעיל ה"ש 7, בעמ' 113.

110 ספיר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 429.

111 כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 195–196. יש לציין כי הרגשת מרכיב הנזק הנפשי הנגרם לצד המופלה כתולדה של מעשה ההפליה מגדילה את הצידוק לביסוסה של הגדרת השוויון בכלים רחבים יותר מהגדרתו הפורמלית. כפי שמציגה זאת רבין-מרגליות: "ככלל, ככל שמתרחקים מתפיסה של איסור אפליה כאיסור מוסרי (שאו ניתן להסתפק בעקרון השוויון הפורמלי) לכיוון של איסור אפליה כציווי חברתי שהצדקתו בכך שאפליה גוררת השלכות חברתיות קשות של הדרה חברתית ופערים כלכליים בין קבוצות – חייבים לחשוב על כלים חלופיים לאידיאל של שוויון פורמלי." רבין-מרגליות "התאמות במקום העבודה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 442.

112 כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 201 ה"ש 32.

113 רבין-מרגליות "התאמות במקום העבודה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 442 ליד ה"ש 13. לדברי רבין-מרגליות: "התוצאה היא מעגל שוטם של הדרה, שבו יחידים מגיבים באופן רציונלי על הדרה בהשקעה מועטה ברכישת כישורים, ומעסיקים מגיבים – אף הם באופן רציונלי – בהפליית אותן קבוצות, מתוך אמונה שחבריהן חסרים הון אנושי רלוונטי." שם, בעמ' 443.

114 יש לציין כי שיטה זו אינה מצדיקה כל פגיעה במעסיק. על-פי שיטה זו, גם צמצום זכותו של המעסיק על קניינו צריכה להיות מידתית. כך, למשל, החובה להתאים את מקום העבודה לנכים מוצדקת כל עוד הדרישה אינה מטילה נטל כבד מדי: "מטרת הטלתה של חובת ההתאמה היא למנוע מצב שבו תישלל מאדם ההזדמנות לעבוד או להתקדם בעבודתו עקב דרישות ארגוניות שניתן לערוך בהן שינויים מבלי להטיל נטל כבד מדי על המעביד. חובת ההתאמה היא דרישה להסיר חסמים שמונעים השתלבות אפקטיבית בשוק העבודה של פרטים הנמנים עם קבוצות מוגנות." שם, בעמ' 440.

המופלית טמונה תועלת כלכלית ברורה.¹¹⁵ על-פי טיעון הרבגוניות שהוצג לעיל,¹¹⁶ לשילוב כילולי (אינטגרלי) של קבוצות ממודרות יש יתרון כלכלי מובהק.

ניתן לטעון כי היחס השלילי כלפי תוכניות של העדפה מתקנת נובע ביסודו מכך שההעדפה המתקנת מתמקדת במעסיקים שמפלים מפתא הטיות הנתפסות כרציונליות.¹¹⁷ אלא שלמעשה הטיות אלה אינן אלא תולדה של סטריאוטיפ נורמטיבי היוצר תוקף מנבא.¹¹⁸ מנגנונים מוסדיים אשר פעלו מכוח דעה קדומה הניעו תהליך שיצר פעמים רבות את האמונה – גם בקרב בני הקבוצה עצמה – כי פערים מסוימים הם "טבעיים", בעוד למעשה אין הם אלא שיקוף של דעות קדומות אשר השתרשו במנגנוניה הביורוקרטיים של החברה וקיבלו תוקף ממסדי.¹¹⁹ קבלת החלטה עסקית על בסיס אמונה מקובלת או

115 טיעון זה מחייב הבהרה נוספת הנוגעת ברמת הדרישות המתבקשת מחברי הקבוצה המסומנת. הפעלתה של תוכנית ההעדפה המתקנת אמורה להוביל לייצוג הולם מבלי להוריד את רמת הדרישות או הכישורים הנדרשים לתפקיד. משמעותה היא מתן עדיפות למועמד הנמנה עם הקבוצה המסומנת כאשר כישוריו שווים לאלה של המועמדים האחרים שאינם מקבוצה זו. ראו בהרחבה בן-ישראל שויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 528. כבג"ץ שדולת הנשים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 528, הוכרה אומנם האפשרות לאמץ מבחן גמיש במקרה שהכישורים של המועמדת הזקוקה להעדפה מתקנת נחותים מאלה של המועמד, אולם זאת רק בתנאי שגם כישוריה של המועמדת עומדים בדרישות התפקיד. השימוש במבחן גמיש ייעשה "תוך בחינת הרלוונטיות שיש בהקשר האמור ליתרונו היחסי של המועמד, על רקע ההכרה במרכזיותו של עקרון ההעדפה המתקנת", וזאת בשל ההכרה בצורך להתמודד עם הדרה רבת שנים הפוגעת בעיקרה בדרישת הניסיון. השופט מצא הסביר כי ניתן להעדיף מועמד עם ניסיון רב יותר רק אם הוכח כי ניסיונו העשיר של המועמד הוא נתון רלוונטי בנסיבות העניין – למשל, אם בהרכב הקיים של הדיקטוריון מכהנים דירקטורים מנוסים מעטים בלבד. במקרים אחרים ראוי לבחור במועמדת חרף היותה בעלת ניסיון מועט יותר. שם, בעמ' 528-529. לעניין זה ראו גם ריבין-מרגליות "התאמות במקום העבודה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 446. הבהרה זו נחוצה לנוכח טענות נפוצות בדבר הפחתת הדרישות עקב מהלך מתקן. ראו את מאמרו הביקורתי של סטיבן פלאוט "העדפה מקלקלת" משפט וממשל ג 235 (1995), המניח כי הורדת הסטנדרטים הינה תוצאה הכרחית של מדיניות ההעדפה המתקנת (ראו שם, בעמ' 241).

במאמר מוסגר אציין כי טענתו הבסיסית של פלאוט – שלפיה "נכון שיש מקרים, שבהם אפליה היא הגורם לפערים מספריים בייצוג או ברמת ההישגים של קבוצות. אך אפליה היא רק סיבה אחת מני רבות לפער מספרי. יכולים להיות לו אלפי סיבות וגורמים אחרים. איך ומתי יודעים שהפער המספרי אכן נובע מאפליה?" (שם, בעמ' 237) – דווקא עומדת לחיזוק הרעיון המתקן, שכן עצם חוסר היכולת לדעת מה גורם לפערים, במשולב עם ההנחה כי ככלל בחברה מתקנת לא אמורים להיות פערים (למעט אם יש שוני המצדיק את הפער), מחייב מציאות של מהלך מתקן. אכן, מסקנתו של פלאוט בדבר הצורך ליצור תמריצים באמצעות יצירת תחרות כלכלית אשר תחייב את המעסיקים לבחור את המועמד הטוב יותר (שם, בעמ' 242) עולה בקנה אחד עם מסקנתי, אלא שכפי שהוכחתי, חוסר ההיכרות עם המגזר המופלה, עקב שנים רבות של תיוג שלילי, הופך את המועמד המשתייך לקבוצה החלשה ל"שקוף" בעיני המעסיק, ובכך מונע את הכרת היתרון הכלכלי הטמון בו. ראו לעיל בראשית תת-פרק 2א.

116 אילו התמקדה ההעדפה המתקנת במעסיקים המפלים מטעמים כגון שנתא זרים או שנתא נשים, יש להניח כי ההתנגדות אליה הייתה פחותה. ניתן לטעון כי דיני איסור ההפליה נועדו מעיקרם למגר תופעות שנתפסות כרציונליות אך למעשה אינן כאלה. תחום זה רחב יותר אך גם מצומצם יותר מתחום ההפליה הלא-רציונליות המובהקות. כך, כהן-אליה טוען כי הפליות לא-רציונליות מובהקות, כגון מקרים שבהם מעסיק מסרב לקבל מועמד לעבודה רק מפני שמועמד זה מוכיר לו את אביו החורג אינם מענייני הדין, מאחר שהמשק יכול לתקן עיוות זה בפעולה עצמאית. כך, דורש העבודה המופלה (זה שמוכיר את אביו החורג של המעסיק) יוכל למצוא עבודה במקום אחר. כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 200. ניתוח זה אינו חל על חברי קבוצת-היעד המסומנת, שכן במקרים של הפליית חברים בקבוצת-היעד, כגון נשים ומיעוטים, אי-אפשר לסמוך על המשק שיטפל בהפליה בעצמו, מאחר שהפליה זו, למרות היותה לא-רציונלית, עולה כדי כשל שוק, בין היתר מאחר שכסותה הסטריאוטיפי הוא רציונלי.

117 לעניין זה ראו בהרחבה שם, בעמ' 201 ליד ה"ש 24.

119 בן-ישראל שויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 521 ליד ה"ש 49.

"צידוק שוקי"¹²⁰ אינה מובילה בהכרח לתוצאה הטובה ביותר, שכן שכחותה של תופעה אינה ערובה לטיב הרצינות שבבסיסה.

הניתוח הנוכחי מייטיב להמחיש כי הטמעתו של תהליך ההעדפה המתקנת מורכב וארוך,¹²¹ שכן הוא מבוסס על שינוי בעמדות-מוצא חברתיות ואישיות.¹²² תהליך זה יכול להצליח רק באמצעות מערכת בקרה משוכללת, המחייבת שיתוף-פעולה של המעסיק. מעסיק אשר ישתכנע כי תהליך ההעדפה המתקנת אינו מזיק לו במושגים כלכליים ייטה לשתף פעולה באופן פעיל יותר ממעסיק שיפעל רק מתוך חשש מסנקציה משפטית.¹²³ לפיכך למרכיב הזמן ולחוויה ההתנסותית יש משקל גדול במידת הצלחתה של התוכנית. יש להדגיש כי ברוב המקרים ענישה גרידא אינה מובילה לשינוי תודעתי, אלא רק ליצירת מסלול הפליה עוקף. להתנסות האישית יש תפקיד מהותי בהליך השינוי. השגת מטרה זו נוצרת על-ידי אימוץ קו שעל-פיו אין מאלצים את המעסיק לפעול במישרין בניגוד לשיקולו העסקי, אלא משלבים אותו באופן אינטגרלי בתוכנית. אישוש לטענות אלה ניתן למצוא בשינוי ההתרחש במשק הקנדי בעקבות הקשחת פרוצדורות המעקב והדיווח

120 "קבלת הצידוק השוקי עלולה לאפשר למעסיקים להגן על פערי שכר מגדריים באצטלה של שיקולים שוקיים, כאשר הסיבה לפערים היא שיקולים לבר שוקיים – בדרך כלל פנים ארגוניים." רבין-מרגליות "הומנסטרס", לעיל ה' 73, בעמ' 521. תובנה זו, העומדת בבסיס טענתה של רבין-מרגליות כי יש לדחות את הצידוק השוקי כמצדיק פערי שכר, מצביעה עד כמה היכולת "לסמוך" על השוק שיתקן את עצמו מוטלת בספק. השוק עצמו מתנהל על-פי דימויים והנחות-יסוד אשר נגועות בבסיסן בחשיבה מפלה אשר התקבעה בתודעה של המשק בכללותו, של המעסיקים ושל העובדים.

121 לעניין זה ראו את טענתו של כהן-אליה, המדגיש כי אף-על-פי שהיחס כלפי קבוצות מיעוט השתנה בשיח הנפוץ, הוא מושרש עדיין באופן משמעותי בתת-מודע הקולקטיבי: "בניגוד לעבר, תופעות אלה אינן נפוצות כיום בשיח הציבורי המפורש. רובם המכריע של האזרחים בחברות הדמוקרטיות שוללים כיום באופן ברור הפליה נגד נשים ומיעוטים. אולם היחס השלילי כלפי קבוצות פגיעות קיים עדיין ברוב החברות הדמוקרטיות, לרוב באופן לא-מודע..." (כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 197). בעניין זה, ולנוכח מהלכו הצירורי-משהו של כהן-אליה, המשווה את תחושת הדחייה שיש מקבוצות פגיעות לתחושת הדחייה שיש מריקבון ומהפרשות גוף (שם), יהיה זה ראוי לבחון מחדש את הטענה ביחס להפליית נשים, ולהציגה ככזו שאינה מונעת דווקא מסלידה מגדרית, אלא כמתאפיינת בעיקרה בהישענות על שיקולים של יעילות כלכלית המתבססים על הפליה על רקע הורות. לעניין זה ראו את דבריה של רימלט, הטוענת כי הרצון לממש את האימהות בשבועות הראשונים לאחר הלידה יוצר מכשול ביכולת להשתלב באופן שוויוני בשוק העבודה, וכי המשק מדיר את האישה ממקום העבודה אם זו רוצה לשמור על הורות פעילה: "האישה העובדת נדרשת אפוא לבחור בין הדרתה מהספירה הציבורית של שוק העבודה לספירה הבייתית לצורך מימוש אימהות בשבועות הראשונים לאחר הלידה ויתור על פרקטיקה נשית זו לטובת דפוס עבודה 'גברי', שבו אין מקום להורות פעילה. בחירה באפשרות הראשונה משמעה תיוגה של האישה כמעמד של עובדת שולית ונחותה. האישה ממשיכה להיות מסומנת במקום העבודה כעובדת הנופלת בתרומתה הפוטנציאלית למקום העבודה מגבר בשל היעדרו של רצף תעסוקתי בעבודתה ובכך נשמר אחד הטעמים המרכזיים להפלייתן לרעה של נשים בשוק העבודה." רימלט הפמיניזם המשפטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 186. דברים אלה מייטיבים להמחיש כי טיעון מרכזי להפלייתן של נשים בשוק העבודה נובע דווקא משיקולים כלכליים רציונליים, ולא מהדרה מגדרית על בסיס סלידה מנשים. העמדת דברים זו, מלבד היותה מותאמת יותר לרוח הזמנים (ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 214 ה"ש 12, דבר המורכבות המצויה בשימור טענת הסלידה המגדרית כלפי נשים), הינה רלוונטית בהקשרו של המהלך המוצע, המבקש להבליט את הצורך ליתן תשומת-לב מרכזית לתגובת השוק ולדרגם הכוח אשר מניע ומעצב אותו.

122 Zdaniuk & Bobocel, לעיל ה"ש 27, בעמ' 360.

123 הנחת-המוצא היא שרוב המעסיקים אינם מפלים ביסודם על רקע אידיאולוגי גזעני, מגדרי וכדומה, אלא פועלים משיקולים של עלות-תועלת.

של חוק ההגנות בתעסוקה משנת 1995,¹²⁴ אשר בד בבד עם חובת דיווח מוגברת יצר, כפי שיוצג להלן, מסלול לדו-שיח אפקטיבי עם המעסיקים:

"באופן מעניין, שכחותן של טענות חד-צדדיות מהסוג הנזכר – כמו-גם עוצמת המחלוקות סביבן – פחתו במידה ניכרת מאז חוקק החוק החדש בשנת 1995. כיום מעבידים נוטים פחות לחפש תירוצים, ומה שחשוב ומעניין אולי יותר הוא שהם מזהים ביתר מהירות את היתרונות העסקיים שעשויים להתלוות לכוח עבודה מגוון ומייצג בחברה שנעשית מודעת יותר ויותר לנושא הזכויות (rights-conscious)."¹²⁵

מן האמור לעיל ניתן לגבש כמה נקודות אשר רלוונטיות להגדרתה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת:

א. דוקטרינה זו אינה חורגת מההגדרה המצומצמת הרווחת באשר לתכליתם של חוקי השוויון, ומטרתה להילחם בקיפוח לא-רציונלי שהשתרשותו במנגנונים ממסדיים שיוותה לו כסות אובייקטיבית העולה כדי מצב של כשל שוק.

ב. בשל השתרשותה של ההפליה וכסותה ה"עניינית", דוקטרינה זו אוזנת בכלים קיצוניים וגמישים¹²⁶ המאפשרים נקיטת פעולה לא-שוויונית והתערבות ישירה באופן פעולתו החופשית של המשק. הצדקה חזקה לפעולה זו ניתנת על-ידי עמדת הצדק המפצה.

ג. דוקטרינה זו הינה תוצאתית, וככזו היא קשובה לכוחות השוק, באשר השגת שיתוף-פעולה מצידם הינה הכרחית ליצירת שינוי בעמדות-מוצא חברתיות. עיקר מטרתה של ההתערבות היא להביא לידי התנסות ישירה עם כוח העבודה המופלה, על-מנת ליצור חוויה מתקנת אשר תוביל מעצמה להתמוססותה של הדעה הקדומה. במובן זה, הצורך להיות קשובים לתגובת שוק אפשרית הוא ממאפייני השיטה. בשלב זה אתייחס ליישומו בפועל של הניתוח התיאורטי על שאלת היחס לכוחות השוק כפי שהיא עולה בפסק-דין הום סנטר.

ב. פסק-דין הום סנטר ושאלת היחס לכוחות השוק

חלקו היישומי של המאמר מתמקד בבחינת שאלת היחס הראוי לתגובה אפשרית מצד כוחות השוק על מהלך שיפוטי שמקדם הפליה מתקנת. במסגרת זו אבקש ליצור מהלך ביקורתי שינכיח את החשיבות של הדגשת מיקומו של חוק שכר שווה במסגרתה של

124 ראו בהרחבה תת-פרק 3ג.

125 סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 262.

126 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001), שבו ערך בית-המשפט הבחנה בין קבוצות-יעד מסומנות שונות לעניין מידת הצדקה למתן ייצוג הולם בעמדת כוח קונקרטי. משמע, בית-המשפט עצמו הצדיק פעולה לא-שוויונית בין קבוצות-יעד שונות. וכך בלשונו: "השאלה מהו ייצוג הולם בגוף מסוים תלויה, בין היתר, במהות הגוף, ובכלל זה בחשיבות המעשית של הגוף מבחינת הקבוצה הזכאית לייצוג הולם. בהתאם לכך נראה כי חשיבות הייצוג ועוצמת הייצוג במינהל מקרקעי ישראל גדולה לגבי בני האוכלוסיה הערבית יותר מאשר, לדוגמה, לגבי אנשים עם מוגבלות." שם, פס' 31 לפסק-הדין.

הדוקטרינה. מיקום זה ידגיש את הצורך בהתייחסות לתגובת השוק, שכן רגישות כלפי כוחות השוק ופעולתם מאפיינת את הדוקטרינה עצמה, המתמקדת בהנעת שינוי תודעתי ותדמית.

1. השתלשלות האירועים בעניין הום סנטר

במרכזו של עניין הום סנטר עמדה תביעתה של גב' גורן להפרשי שכר מכוח חוק שכר שווה וכן לפיצוי מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.¹²⁷ גורן עבדה ברשת הום סנטר כיועצת במחלקת כלי העבודה בסניף הממוקם בקניון איילון ברמת-גן. היא הועסקה שם בין החודשים אוגוסט לדצמבר בשנת 1997, ושכרה בתקופה זו עמד על 17 ש"ח לשעה. במהלך עבודתה נודע לה כי שכרו של מר מור, שעבד איתה במחלקה בתפקיד זהה, היה גבוה יותר, ועמד על כ-5,000 ש"ח לחודש (26 ש"ח לשעה). לנוכח זאת פנתה גורן למנהל הסניף בבקשה להעלות את שכרה ל-26 ש"ח לשעה או ל-5,000 ש"ח לחודש. מנהל הסניף סירב, וגורן הגיבה במכתב נוסף שבו ציינה כי ידוע לה שיש עובדים אחרים במחלקה המבצעים עבודה זהה לעבודתה ומרוויחים את הסכום המבוקש. כמו-כן היא דרשה מידע על-אודות רמות השכר של העובדים במחלקת כלי העבודה שבסניף, והודיעה על התפטרותה החל ביום 27.12.1997. לאחר התפטרותה פנתה גורן לבית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בתביעה לתשלום הפרשי שכר מכוח חוק שכר שווה וכן לפיצוי ללא הוכחת נזק מכוח חוק שוויון ההזדמנויות.¹²⁸ ראוי להדגיש כי שכרם של גורן ושל העובד הנוסף – מור – נקבע לאחר מילוי שאלון אישי כשלב מְטרים במשא-ומתן לבחינת העסקתם. בשאלון זה ביקשה העותרת שכר של 3,500 ש"ח לחודש, ואילו העובד מור ביקש 6,000 ש"ח לחודש. טענה זו, בדבר היות שכרה של גורן פרי משא-ומתן חופשי ופועל יוצא מהיענות מלאה לדרישתה, עמדה בבסיס כתב ההגנה של רשת הום סנטר לתביעה שהוגשה נגדה. בית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב דחה את טענת המשא-ומתן החופשי וקיבל את תביעתה של גורן. בית-הדין פסק כי העובדה ששכרה של העותרת נקבע בעקבות משא-ומתן שנוהל בינה לבין מנהל הסניף, ובהתאם לבקשתה המפורשת, אינה מהווה הצדקה לפערי השכר המשמעותיים בינה לבין העובד מור. עוד קבע בית-הדין האזורי כי קבלת התביעה מכוח חוק שכר שווה יוצרת עילת תביעה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות, ופסק פיצוי נוסף לעותרת מכוח חוק זה. בסך-הכל נפסקו לטובתה של גורן סכום של 6,944 ש"ח מכוח חוק שכר שווה, כהשוואת שכר למפרע, וסכום זהה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות, כפיצוי ללא הוכחת נזק. רשת הום

127 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות).

128 יש לציין כי בעת הגשת התביעה היה אחד ההבדלים בין חוק שכר שווה לבין חוק שוויון ההזדמנויות נעוץ באפשרות לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק, אשר מעוגנת בס' 10 לחוק שוויון ההזדמנויות מיום חקיקתו, אך לא הייתה קיימת אז בחוק שכר שווה. חוק שכר שווה תוקן בהקשר זה (תיקון מס' 5, התשע"ד-2014), וכיום ס' 4(ב) לחוק קובע כי "בתובענה לפי חוק זה רשאי בית הדין לעבודה, נוסף על כל סעד אחר, לפסוק פיצויים, אף אם לא נגרם נזק של ממון, בשיעור שיראה לו בנסיבות העניין".

סנטר הגישה ערעור לבית-הדין הארצי, וטענתה העיקרית הייתה כי "פסיקתו של בית הדין האזורי פוגעת בעקרון חופש החוזים, לפיו נקבעים תנאי השכר של העובדים, כפרי משא ומתן חופשי ובהסכמה". כמורכב התנגדה המערערת לקביעה כי "תשלום שכר שונה עבור עבודה באותה מחלקה הוא בבחינת הפרה של חוק שוויון הזדמנויות".¹²⁹ גורן, מצידה, הגישה ערעור נגדי על גובה הפיצוי.

בבית-הדין הארצי נחלקו הדעות, ונפסק, ביום 20.11.2007, כי באשר לטענה הראשונה יש לדחות את ערעורה של רשת הום סנטר בדבר חיובה מכוח חוק שכר שווה, וזאת אף ששכרה של גורן נקבע כתולדה של משא-ומתן חופשי. לפסיקה בנושא זה התנגדה השופטת וירט ליבנה, אשר ייחסה בנסיבות אלה חשיבות רבה יותר לחופש החוזים מאשר לעקרון השוויון. באשר לטענה השנייה קיבל בית-הדין הארצי את ערעורה של רשת הום סנטר, וקבע כי עצם החיוב מכוח חוק שכר שווה אינו יוצר חיוב מכוח חוק שוויון ההזדמנויות, וזאת בניגוד לדעתו של הנשיא אדלר בנושא. מסכת האירועים לא הסתיימה בכך. בשיהוי של יותר משלוש שנים הגישה גורן עתירה לבג"ץ נגד פסיקתו של בית-הדין הארצי. העתירה התמקדה בניסיון לחזור ולטעון כי חיוב מכוח חוק שכר שווה יוצר עילת תביעה אוטומטית מכוח חוק שוויון ההזדמנויות.¹³⁰ טענה זו הייתה הכרחית לצורך הניסיון לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק, שכן סעד זה, כאמור לעיל, היה מצוי באותה עת בחוק שוויון ההזדמנויות אך לא בחוק שכר שווה.¹³¹

במהלך הדיון התייחס בג"ץ לשאלות כלליות הנוגעות במעמדן של נשים בשוק העבודה, ואף נקט עמדה בסוגיות אלה. כך, בית-המשפט ציין כי חשוב להדגיש שהפליית נשים בשכר אינה אלא ביטוי אחד מני רבים להפליה שעודנה נוהגת כלפי נשים בשוק העבודה.¹³² בפסיקתו התבסס בית-המשפט, בין היתר, על הצורך הרוחק בחיזוק השוויון בין המינים,¹³³ וזאת גם במחיר של התערבות פעילה נגד כוחות השוק. השאלה המרכזית אשר נדונה בבג"ץ נגעה ביחס שבין חוק שכר שווה לחוק שוויון ההזדמנויות.¹³⁴ בנקודה זו הפך בג"ץ את פסיקתו של בית-הדין הארצי, בפוסקו כי למרות השוני הלשוני והתכליתי בין החוקים, בנסיבות מסוימות, כגון פער משמעותי בשכר, הוכחת תביעה לפי חוק שכר שווה תעביר את הנטל למעסיק כאמור בסעיף 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות, ולא יידרש מהעובדת התובעת להשיג ראיות כי מדובר במעסיק מפלה.¹³⁵

129 ע"ע הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת וירט ליבנה.

130 בג"ץ הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

131 ראו לעיל ה"ש 130.

132 בג"ץ הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

133 שם.

134 שם, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

135 שם.

2. היסוד המרחיב והיסוד המגביל בסיווגו של פסק-הדין

שיוכו של פסק-הדין לדוקטרינת ההעדפה המתקנת הוא טבעי. תחומה של זו משתרע על כל מאמץ חיובי שהריבון נוקט,¹³⁶ ובכלל זה גם על חוק שכר שווה, העומד במרכז הדיון בפסק-הדין. רות בן-ישראל מגדירה את חוק שכר שווה כאחד מארבעת התחומים המרכזיים של הדוקטרינה, בקובעה כי "הפעלת עקרון השכר השווה בעבור עבודה שוות ערך היא, בעצם, נקיטת אמצעי של העדפה מתקנת".¹³⁷ הגדרה זו משתלבת היטב עם תכליתו של החוק ומטרתו המוצהרת "להילחם חזיתית בפערי השכר בשוק העבודה הישראלי... וזאת על מנת לקדם באופן 'אגרסיבי' את תכלית החוק, שהיא צמצום פערי השכר בין המינים".¹³⁸

גילוי זה זוכה בהתייחסות ישירה גם בלשון בית-הדין הארצי, בפסיקתו של הנשיא אדלר, הטוען כי –

"החוק בנוסחו הנוכחי מבטא התפתחות של עקרון השכר השווה הבאה לידי ביטוי, למעשה, כצורה מסוימת של העדפה מתקנת המתערבת באופן ברור באוטונומיה של המעסיק ובחופש החוזים..."¹³⁹

שיוך זה של חוק שכר שווה לדוקטרינת ההעדפה המתקנת מגדיל את ייפוי-הכוח של בית-המשפט להתערב בכוחות השוק, שכן עצם קיומה של הדוקטרינה נועד לסייע למשק להתגבר על כשלים שאין בכוחו לתקן בעצמו.¹⁴⁰ ייפוי-כוח זה היה חיוני במקרה של פסק-דין הום סנטר, שכן הוא אפשר לבית-הדין לנהוג בכללים גמישים יותר ביחס לכוחות השוק. במהלך הדיון בערכאות המשפטיות השונות עברה כחוט-השני שאלת

136 ראו לעיל תת-פרק א2.

137 בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 499.

138 רבין-מרגליות "הומסנטרס", לעיל ה"ש 73, בעמ' 503–504. הבחנה זו ניתנת להמחשה על-ידי השוואת המודל של חוק שכר שווה למודל הקשר הסיבתי המאפיין את חוק שוויון ההזדמנויות. השוואה בין חוקים אלה עמדה במרכזו של פסק-דין הום סנטר. חוק שוויון ההזדמנויות דורש להוכיח קשר סיבתי בין פערי השכר לבין תכונתו של בן הקבוצה המופלית. הדרישה להוכחת קשר כזה מקטינה את היכולת לפעול לצמצום פערי השכר בין נשים לגברים, מאחר שפערי השכר הללו נובעים, כאמור, ממכלול של גורמים חברתיים ופסיכולוגיים, באופן שמצריך שינוי של תודעה חברתית. בעיות מורכבות אלה מצרות את יכולתו של חוק שוויון ההזדמנויות להקטין את פערי השכר בין גברים לנשים, והופכות אותו למוגבל יותר, בעיקר בשל הדרישה להוכיח קשר סיבתי ובשל המכוננות האישית של החוק. לעומתו, חוק שכר שווה פיתח מודל המנתק את דרישת הקשר הסיבתי, על-ידי יצירת הסדר שלילי המבטל את הצורך להוכיח את הסיבות לפערים. מודל זה תקיף יותר, ואומץ מתוך הבנה "שלא ניתן לחסל את פערי השכר במסגרת עקרון השוויון האישי של מודל היחס השונה, וזאת עקב השפעתם של גורמים חיצוניים ליחסי העבודה הספציפיים של כל עובדת ומעבידה" (שם, בעמ' 539). אפיון זה מדגיש את התערבותו הישירה של הריבון באופן התנהלותו של המשק, ומיטיב למקם את חוק שכר שווה בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, וזאת בניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות, העוסק במישור ההפליה האישית, אשר התפתח מאמצעי להשגת קיום בכבוד לסממן של קיום בכבוד. בן-ישראל שוויון הזדמנויות, לעיל ה"ש 7, כרך א, בעמ' 79.

139 ע"ע הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פתח-דבר לפסק-דינו של הנשיא אדלר.

140 ראו לעיל תת-פרק א1, ליד ה"ש 23–25.

האיזון הראוי בין הזכות לשוויון של העובד לבין חופש ההתקשרות של המעסיק.¹⁴¹ בפסיקתו קבע בית-המשפט כי כוח המיקוח החלש יחסית של האישה מצדיק התערבות בחופש החוזים, ובכך העמיד את עקרון השוויון לפני חופש החוזים. העדפה זו אינה פשוטה, ומהווה מהלך מתערב מובהק, שכן עקרון חופש החוזים הוא עיקרון יסודי בשיטת המשפט הליברלית, המונהגת בעיקרה לאור הכללים של כלכלת המשפט.¹⁴² בהקשר זה יש לחזור ולהדגיש כי לצד הגדלת ההצדקה למהלך מתערב מצד בית-המשפט (היסוד המרחיב), לשיון פסק-הדין לדוקטרינת ההעדפה המתקנת מתלווה גם יסוד מגביל, המוטל בעיקרו על צורת ההתערבות. צמצום זה נובע מהפנמת המאפיינים התיאורטיים של דוקטרינת ההעדפה המתקנת, אשר דורשים, לצורך יישומה היעיל, התחשבות בכוחות השוק תוך צפיית תגובתם על כל מהלך מתערב. מגמתה התוצאתית של הדוקטרינה והתמקדותה בצורך ליצור שינוי תודעתי פנימי (אישי וכללי) מחייבות זהירות ומודעות מוגברת בנוגע לתגובות השוק האפשריות. מתח זה בין היסוד המרחיב ליסוד המגביל עלה בערכאות השונות, והגיע לשיאו במסגרת הטענה בדבר הסכנה הגלומה בפסיקה קיצונית אשר תעדיף באופן גורף את זכות העובד לשוויון על חופש ההתקשרות של המעסיק. הדיון הצטמצם למחלוקת בין השופטת וירט ליבנה מבית-הדין הארצי לעבודה לבין נשיאת בית-המשפט העליון (בדימוס) ביניש.

3. הדעות הנוגדות

בדיון בבית-הדין הארצי לעבודה נקטה השופטת וירט ליבנה עמדת יחיד. לשיטתה, פסיקה המאמצת גישה מרחיקת-לכת לטובת העובדת התובעת, תוך מתן העדפה בולטת לזכות השוויון על הזכות להתקשרות חופשית, עלולה לגרום לתוצאה שאינה רצויה,

141 כך, למשל, השופטת וירט ליבנה מעלה את השאלה "מהו האיזון הראוי בין הזכות לשוויון לפי חוק שכר שווה לבין חופש ההתקשרות; האם משא ומתן, בהסכמה, המשפיע על רמת השכר שקובע מעסיק, כמו גם העובדה שלעובדת ניתנת האפשרות לדרוש בפתח המשא ומתן רמת שכר, כרצונה – הוא המקום בו יגבר חופש ההתקשרות על הזכות לשוויון בשכר"; ובהמשך היא קובעת: "...נהיר לנו כי בחקיקת חוק שכר שווה יצר המחוקק התערבות מודעת בחופש ההתקשרות, תוך העדפתה של הזכות לשוויון. תפקידנו אנו, הוא לבחון את האיזונים הנכונים והמידתיים אשר יובילו לתוצאה צודקת וראויה. תוצאה, אשר תגשים את תכליתו של החוק, מחד, ותאפשר למעסיק, שאינו פועל מתוך מניע של אפליה ולעובדיו, לעשות שימוש בזכותו לחופש ההתקשרות והמשא ומתן, מאידך. "ע"ע הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת וירט ליבנה (ההרגשות במקור). ואילו הנשיאה ביניש קובעת כי "אין להכיר בחופש ההתקשרות של המעסיק כשיקול עצמאי שעשוי להצדיק הפלייה בשכר בין גברים לנשים. הכרה בעקרון חופש ההתקשרות של המעסיק כהגנה לפי חוק שכר שווה עלולה לשמש ככסות להפלייה מגדרית ולהביא להנצחתה, וכך לחתור תחת התכלית העומדת ביסוד חוק שכר שווה. שיקול זה אף מתעלם מהפערים הקיימים בפועל בשוק העבודה בין גברים לנשים בררישות השכר ובאופן ניהול המשא ומתן על שכר". בג"ץ הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

142 ראוי לחזור ולהדגיש כי על-פי הגישה הליברלית הבסיס המוסרי של זכויות הפרט מצוי באי-התערבות הממשלתית ובהכרה בעקרון התועלתנות העצמית כעקרון-על מקודש. הכרה בעקרונות אלה היא המובילה לצדק אמיתי: "Give people the freedom to pursue their ends and make contracts, and justice will result". ראו SKRENTNY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 27.

והלכה למעשה אף לפגוע בציבור הנשים.¹⁴³ חשש זה של השופטת וירט ליבנה מעוגן בניתוח היחס הראוי בין חופש ההתקשרות של המעסיק לבין הזכות לשוויון. למרות הקדימות שחוק שכר שווה נותן לזכות לשוויון על חופש ההתקשרות, יש להיזהר מפני פגיעה גורפת. לא יהיה זה ראוי לנקוט מהלך קיצוני אשר יפגע באופן לא-מאוזן בזכויותיו של המעסיק. אכן, ניתן לראות בדבריה של השופטת וירט ליבנה את ההדגשה כי לצד הכוח הניתן לבית-המשפט במסגרת חוק שכר שווה יש להתייחס גם לגבולות בהפעלתו. בדבריה השופטת בוחרת להבליט את תפקידו של בית-המשפט כמאזן בין הזכויות הנוגדות. אין כוונה לשלול את ההערפה שהעניק המחוקק לזכות לשוויון, אלא שהערפה זו צריכה להיערך בצורה שתגשים את תכלית החוק "ותאפשר למעסיק, שאינו פועל מתוך מניע של אפליה... לעשות שימוש בזכותו לחופש ההתקשרות והמשא ומתן".¹⁴⁴ חולשתה של עמדה זו נוגעת בהנחה הנמצאת בבסיסה כי יש הבחנה ברורה בין מעסיק הפועל ממניע של הפליה לבין מעסיק הפועל על בסיס שיקולים עסקיים רציונליים.¹⁴⁵ עם זאת, בבסיסה עומד החשש המציאותי כי כבילת ידיו של המעסיק עלולה להוביל אותו לנקיטת צעד קיצוני לא-רצוי כתגובת-נגד על מהלך לא-מאוזן. בראותו כי חופש ההתקשרות שלו נפגע באופן גורף, המעסיק עלול להעדיף קבלת גברים בלבד למקום העבודה, ובכך לחסום את התקדמותן של הנשים:

"יתירה מזאת, בגישה השוללת ממעסיק אף את חופש ההתקשרות המינימלי, לא רחוקה הדרך, בה עלול מעסיק, להעדיף את קבלתם של גברים בלבד, ולחסום את דרכן של נשים לפתחם של מקומות העבודה. סבורה אני, כי לא זו התוצאה אותה אנו מבקשים, ולא זו תכלית חקיקת שוויון ההזדמנויות והשכר השווה."¹⁴⁶

בכלליות, ניתן לסווג את עמדתה של השופטת וירט ליבנה כמונחית-שוק וכממוקדת-תוצאה. השופטת וירט ליבנה הייתה היחידה שבמהלך פסק-הדין תמכה בטענת ה"משא-ומתן", שעל-פיה קיומו של משא-ומתן חופשי יכול לשמש למעסיק טענת הגנה מפני חבות מכוח חוק שכר שווה.¹⁴⁷ עמדה זו צפויה לנוכח מגמתה המוצהרת של השופטת למתן את העדפת עקרון השוויון על עקרון חופש החוזים, והיא גם מוצדקת בשל החשש לתגובת שוק נגדית אשר תוביל לפגיעה ביכולת לממש את תכלית החוק. על עמדתה זו של השופטת וירט ליבנה – המבקשת לשקול, במסגרת האיזונים שבית-המשפט עורך, גם צפייה עתידית של תגובת השוק – נמתחה ביקורת חריפה.¹⁴⁸

143 ע"ע הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת וירט ליבנה. 144 שם.

145 ראו לעיל תת-פרק 3א, במיוחד ליד ה"ש 75–78.

146 ע"ע הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת וירט ליבנה.

147 רבין-מרגליות "הומסנטרס", לעיל ה"ש 73, בעמ' 506.

148 שם, בעמ' 508. אין עוררין על כך שמטרת החוק היא למקסם את יכולתן של הנשים לקבל שכר ראוי בתמורה לכוח העבודה שלהן, אולם קיימת מחלוקת בנוגע לשאלה העניינית אם התעלמות מכוחות השוק תקדם או תעכב את מימושה של מטרה זו.

החשש כי הרחבת החובה להשוות שכר עלולה לתמרץ מעסיקים לא להעסיק נשים נתפסה כעמדה מתפשרת שעל-פיה ראוי לא לאכוף את החוק במודע.¹⁴⁹ עמדה זו נדחתה בחדות בבג"ץ בפסיקתה של הנשיאה ביניש, אשר הדגישה באופן ברור כי חוק שכר שווה מבקש בתכליתו לצמצם את השפעתם של כוחות השוק, ולפיכך הענקת מקום מרכזי לחופש ההתקשרות עומדת בניגוד תכליתי לחוק. זאת ועוד, החשש מתגובת המעסיק אינו ראוי להישמע, לטענתה, מאחר שמעסיק אשר יבקש ליישם פרקטיקה זו יעבור במודע על חוק שוויון ההזדמנויות, ויהיה חשוף לאחריות פלילית ונוזיקית. הדרך למנוע את הפלייתן של נשים בשוק העבודה נעוצה אפוא באכיפה מוגברת של החוקים האוסרים את הפלייתן, ולא בריקון חוקים אלה מתוכן מתוך התחשבות כביכול בתנאי השוק. בלשונה של הנשיאה:

"אוסף עוד כי אף העמדה שהובעה בחוות דעתה של השופטת וירט-ליכנה, שלפיה דחיית הטענה בדבר הצורך באיזון בין הזכות לשוויון בשכר לבין חופש ההתקשרות של המעסיק עלולה להביא לכך שמעסיק יעדיף לקבל גברים בלבד לעבודה, אינה נראית בעיני. זאת, משום שמדיניות מעין זו של מעביד תהיה כשלעצמה עבירה על חוק שוויון הזדמנויות, האוסר על מעביד להתחשב במינה של העובדת בעת ההחלטה אם לקבלה לעבודה."¹⁵⁰

אין ספק ששתי השופטות מבקשות להגשים את תכליתו של חוק שכר שווה, ולא נראה כי קיימת ביניהן מחלוקת בשאלת הצורך בהתערבות פעילה של בית-המשפט, באשר שתיהן מכירות בחוסר היכולת לסמוך על המשק שיתקן בעצמו את פערי השכר בין גברים לנשים.¹⁵¹ נראה כי המחלוקת היא מהי הפעולה היעילה יותר להשגת תכלית זו. האם דווקא פעולה ישירה ומתערבת תוביל להגשמת המטרה או שמא פעולה כזו תגרום תגובת-נגד שבפועל תגדיל את השפעתם של כוחות השוק? דוקטרינת ההעדפה המתקנת, אשר חוק שכר שווה משתייך אליה כאמור, מבקשת ליצור שינוי תודעתי. דוקטרינה

149 כך מובא בדבריה של רבין-מרגליות, שם, בעמ' 508: "...הסבר זה הוא מרחיק לכת, שכן משמעותו היא לא לאכוף את החוק במודע, על מנת שגשים תוכלנה להמשיך למכור את כוח העבודה שלהן בזול יותר מאשר גברים ובכך לזכות בהזדמנויות עבודה על פני גברים (אם כי במחיר לא שווה לגברים)". יש לציין כי שיוך פסק-הדין לדוקטרינה של העדפה מתקנת מקהה במקצת טענה זו, שכן חלק מובנה מהליך ההעדפה המתקנת נוגע, כפי שנראה להלן, בצורך לחזות את תגובת השוק ולעבוד בתיאום מול כוחות השוק. כך, ייתכן שדווקא חיזוק מסוים של חופש ההתקשרות של המעסיק, לצד הגברת מחויבותו לתוכנית לצמצום פערים (כפי שנעשה בתוכנית ההעדפה המתקנת המתקדמת הנוהגת בקנדה – ראו להלן תת-פרק 33), הם שיובילו בפועל להגברת השתלבותן של נשים בשוק העבודה וכן להעלאת רמת ההשתכרות היחסית שלהן.

150 בג"ץ הום סנטר, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

151 הנשיאה (בדימוס) ביניש מגדירה את תכלית החוק כ"צמצום השפעת כוחות השוק על קביעת שכרן של נשים". שם. אפשר לטעון כי מיקוד זה מקטין במעט את טווח הפרשנות לאור הגישה התכליתית, וכי היה אפשר לנסח הגדרה רחבה יותר באופן שהיא יוצר אפשרויות פעולה תקיפות יותר. מונדלק, למשל, מגדיר "ברמת הכללה גבוהה ביותר [כין] מטרת דיני איסור האפליה היא לצמצם את האפליה בשוק העבודה, ויש המציינים במפורש – גם לקדם שוויון הזדמנויות". גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" משפט חברה ותרבות – האם המשפט חשוב? 227, 223 (2011).

זו מהווה דרך שיטתית, אך יישומה פתוח ומבקש להשיג תוצאה צודקת על-ידי טווח אמצעים גמיש.¹⁵² מהלך הגורם להקצנתם של החסם הפסיכולוגי והדעה הקדומה יהיה עדיף פחות, חרף ההרואיות האידיאולוגית הגלומה בו. ייתכן שעמדתה של השופטת וירט ליבנה, הקוראת להתחשבות בכוחות השוק, היא שתניב תוצאות טובות יותר. עמדה זו מונעת תגובת-נגד חריפה והתבצרות תודעתית, ואולי אף יכולה להוות מצע לשיתוף-פעולה ולהנעת השינוי הנדרש. נוסף על כך, יש לעצור ולשאול אם במשק מודרני המצוי במעבר מכלכלת שוק לחברת שוק¹⁵³ יש מקום להתעלם מתגובת השוק או שמא הכרחי להעדיף דווקא את הגישה המציאותית הממותנת יותר.

ג. היחס לעמדת השוק – ניתוח תיאורטי נוסף

פסק-דין הום סנטר מוגדר כאחד מפסקי-הדין המעניינים ביותר שניתנו בהקשר של זווית הניתוח הכלכלי.¹⁵⁴ שיוכו המובנה לדוקטרינת ההעדפה המתקנת בא לידי ביטוי באופן בולט בהתערבותו הישירה בשאלת עיצובו של היחס הראוי בין עקרון השוויון לבין חופש ההתקשרות וכן בדיון באשר לאופני יישומו של עקרון השכר השווה. כאמור לעיל, ניתוח ראשוני של עמדתה של השופטת וירט ליבנה מאפשר לסווגה כעמדה מציאותית הרואה צורך, כחלק מהתפקיד השיפוטי, לצפות את תגובתם של כוחות השוק. צפייה זו מאפשרת הימנעות מפסיקה העלולה להוביל לתגובה לא-רצויה אשר תסתור את תכלית החוק. התחשבות זו נעשית גם במחיר לכאורי של הגמשת הסמכות השיפוטית. לעומת זאת, עמדתה של הנשיאה ביניש נתפסת כאידיאליסטית יותר. לטענתה, יש להימנע ממהלך מתגמש, שכן התחשבות זו עלולה לתת לגיטימציה למפרי חוק. בשלב הראשון, במסגרת הבעת עמדתי באשר למחלוקת זו, אציג מבט נוקשה שעל-פיו ויכוח זה הוא תיאורטי גרידא. במובנים סוציולוגיים מופשטים אין אפשרות להתעלם מכוחות השוק ומפעולתם המווסתת.

1. מובנם המופשט של כוחות השוק

הספרות של המחקר המשפטי מאפשרת להגדיר פירמה כיצור מלאכותי המורכב מאיברים שונים.¹⁵⁵ כך, אפשר לייחס לגוף זה ידיים, ראש, רגליים וכדומה. הגדרה זו

152 ראו לעיל בסוף תת-פרק 2א.

153 ראו גליקסברג, לעיל ה"ש 54.

154 לוריא, ליבל ופלדמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 518: "בהקשר הישראלי פסק הדין המעניין ביותר מזווית הניתוח הכלכלי הוא פסק הדין בענין הומסנטר... גם בפסק דין זה נעשה שימוש במונח 'כשל שוק' כמשקף מצב שבו עובדים מתוגמלים לפי רקעם. אולם בהמשך פסק הדין עולה התייחסות לאחד מן המובנים הקלסיים של כשלי שוק – פערי מידע. על פי פסק הדין, אף שמדובר בעובדת אשר שכרה ניתן לה לפי עמדה אשר הציגה במשא ומתן, החוק מאפשר לבית המשפט להתערב במצב מעין זה. וכך כאשר לעובדת חסר מידע, הרי שלפי חוק שכר שווה, יש מקום לשנות את החוזה ולהתאימו לשכר שהייתה מקבלת לו היה לה המידע בעת ניהול המשא ומתן על רמות ההשתכרות של עובדים בתפקידים דומים."

155 הורוביץ הגנה על זכויות עובדים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1: "מבחינה משפטית מוגדרת החברה כאישיות משפטית

נכונה במידת-מה לא רק לפירמה זו או אחרת, אלא גם לחברה בכללותה. מבט כזה מזמין התבוננות מחקרית דקה יותר שתאפשר לאפיין את דרכי פעולתה של החברה המערבית ואפילו לעמוד על מניעיה. כך, הסוציולוג מישל פוקו קובע כי לחברה המערבית יש כוח מניע מוגדר. כוח חברתי זה מהווה מצב אסטרטגי המאופיין כשכלול כוחות עדין בין מכלול יחסי החוזקה¹⁵⁶ בחברה נתונה.¹⁵⁷ כוח זה פועל את פעולתו דרך מכשירי החברה, ניסוח החוק וההגמוניות החברתיות, ופעולתו מגיעה עד לפרודות הכוח הקטנות ביותר המשמשות בבניית הנפש עצמה. ודוק: אין לחפש את מרכזו של כוח זה או את המטה הכללי השולט באופן פעולתו, שכן במציאות שבה סיפור-העל התפזר לפרודות אמת מקומיות¹⁵⁸ אין למצב אסטרטגי זה כל מרכז מוגדר. ה"כוח" מהווה שיווי-משקל מופשט בין יחסי עצמה, ושיווי-משקל זה חולש על מרקם החיים החברתי כולו.¹⁵⁹ מציאות זו מחייבת את כל העוסק בתחום חברתי, ובכלל זה בתחום המשפט, להכיר באופן בסיסי את מניעיו של ה"כוח", שכן מניעיו הם מניעינו. אמת, אדם יכול לפעול פעולה מקומית בניגוד למשטר הכוח הקיים, אולם בניסוח סוציולוגי יהיה זה בבחינת קפיצה בניגוד לכוח-הכובד, אשר בסופו של יום אי-אפשר לפעול בניגוד למהלכו הכללי.

בספרות המחקר נהוג לאפיין את דגם הכוח הנוכחי כ"כוח-כוח". דגם זה פועל כגוף חי מסביב לפרט ומבקש למקסם את התועלת הכלכלית – הצרכנית והיצרנית – הגלומה בו.¹⁶⁰ בניגוד לרגמי העבר, דגם הכוח הנוכחי פועל דווקא דרך מערכות המשפט, וניתן למצוא בחובו השתרשות הולכת וגדלה של עקרון היעילות הכלכלית. מהלך זה של התפשטות הניתוח הכלכלי אל לב-ליבה של מערכת המשפט מצביע על השתלטות

עצמאית. הגדרה זו מייחסת לחברה כשירות לשאת זכויות וחובות משל עצמה. החברה היא אישיות משפטית עצמאית אשר מסלול חייה מורכב משלבים שונים. החברה 'נולדת' עם היווסדה ו'מתה' עם פירוקה. במהלך חייה של החברה פוקדים אותה מאורעות רבים המשנים את אופייה; היא גדלה, היא מסתעפת, מתמזגת, הופכת לחברה בינלאומית ועוד... מצב חוזקה ו'בריאותה' משתנה אף הוא. חברה איננה פועלת בואקום חברתי. כיצור משפטי, פעולותיה, מהלך חייה, וכן מותה, משפיעים באופן ישיר על כל שאר הישויות המשפטיות (הן מלאכותיות והן טבעיות) הבאות עמה במגע.

156 לענייננו, המונח "כוח" מתייחס למכלול יחסי החוזקה בחברה בכללותה. כך, בניסוחו של פוקו, "נדמה לי שבמושג הכוח יש לכלול ראשית כל את ריבוי יחסי החוזקה (force) השייכים בעצם לתחום בו הם פועלים ומכוונים את ארגונו; את המשחק שמכלל בהם תמורות, מחזק אותם ומהפך אותם דרך מלחמות ומאבקים בלתי-פוסקים; את נקודת המשען שאותם יחסי חוזקה מוצאים אלה בתוך אלה כך שהם יוצרים שרשרת או מערכת, ולהפך, את ההיסטים והסתירות שמבודדים אותם אלה מאלה; ולבסוף, את האסטרטגיות שבמסגרתן הם באים לידי ביטוי, ושקווי המתאר הכלליים שלהן או התגבשותן המוסדית מתגשמים במכשירי החברה, בניסוח החוק, בהגמוניות החברתיות". מישל פוקו תולדות המיניות – הרצון לדעת 64 (גבריאל אש מתרגם, הקיבוץ המאוחד, 1996).

157 שם, בעמ' 55–56.

158 ז'אן-פרנסוא ליוטר המצב הפוסטמודרני 7–8 (גבריאל אש ואריאלה אולאי מתרגמים, הקיבוץ המאוחד, 1999).

159 עדי אופיר 'פוסטמודרניזם: עמדה פילוסופית' חינוך בעידן השיח הפוסטמודרניסטי 135, 148 ואילך (אילן גור-זאב עורך, מאגנס, 1996).

160 כדברי פוקו, "אחד הקטבים, כנראה הראשון מבין השניים, היה מרוכז סביב הגוף שנתפס כמכונה: אימונו, הגדלת כישוריו, סחיטת כוחותיו, הגידול זה בצד זה של שימושיותו ושל צייתנותו..." (פוקו, לעיל ה"ש 158, בעמ' 95).

הולכת וגוברת של האתיקה הכלכלית על גורם הפצה בעל כוח דומיננטי מרכזי.¹⁶¹ הפשטה מסוימת של המהלך המחשבתי המוצע יכולה להצביע כי בין המושג האמורי "כוחות השוק" לבין המונח הסוציולוגי "כוח" יש חפיפה מסיבית, ההופכת את הפעולה בניגוד לכוחות השוק לפעולה בניגוד לכוח החברתי הכללי, שהיא מהלך בלתי-אפשרי לפי הניתוח הסוציולוגי. פעולה בניגוד לדגם הכוח היא פעולה נגד הפרדיגמה עצמה. לנוכח זאת ניתן לטעון כי עמדתה של הנשיאה ביניש אינה מציאותית, אם לנסח זאת באופן מוקצן, וכי עמדתה של השופטת וירט ליבנה, הקוראת להתייחס לתגובה אפשרית מצד המשק, היא המשקפת באופן נאמן יותר את המצב המאפיין את הקיום החברתי.¹⁶²

2. המחלוקת מזווית מחקרית

בסיום החלק הקודם, שפרש את הזווית התיאורטית, הוצגה עמדה פטלית-משהו הגורסת כי מה שהיה הוא שיהיה. על-פי עמדה זו, למעשה אי-אפשר להשפיע על התנהלותו של הכוח החברתי, המתבטא בעיקרו בדמות כוחות השוק. כוח זה מגייס כל מהלך לצורך העצמתו, ולכן מובן כי אי-אפשר לא להתחשב בו, שכן כל הפעולות נעשות בעצם במסגרתו.

שיקוף מסוים של העמדה הרואה את מעשה השיפוט כחסר יכולת להשפיע על מהלכו הכללי של הכוח החברתי ניתן למצוא במחקרו האמפירי של מונדלק.¹⁶³ שם, בכותרת, מוצגת שאלה מקוממת מעט: "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" שאלה זו, אשר ניצבת במרכזו של מאמר מוביל ומוצגת על-ידי חוקר פעיל ומשפיע, הינה תמוהה לכאורה, בעיקר מאחר שהתשובה עליה אמורה להיות ברורה. השיח המשפטי בישראל מציג עשרות שנים של פעולה אינטנסיבית, במישורים משפטיים שונים, במסגרת המאבק בהפליה: חקיקה, עמדה שיפוטית אקטיביסטית,¹⁶⁴ מאבק על דעת-הקהל, מחקר ממומן ומתוקשר, ועוד. במבט חיצוני ברור שמהלכים אלה הניבו פרי. אם כך, על מה השאלה? כיצד יש עדיין מקום לתהות? היה ראוי שהתשובה תהיה ברורה – ברור שפעילות ברוכה זו, שמטרתה למגר את התופעה החמורה של הפליה

161 במאמר זה אני יוצאת מנקודת-הנחה שהחברה הישראלית עוברת סוג של טרנספורמציה מכלכלת שוק לחברת שוק. בחברת שוק, על-פי ההגדרה המקובלת, ערכי הפרטים עצמם מומרים לערכי שוק. אכן, הניתוח לעיל ממחיש את חדירתה של היעילות הכלכלית כאמת-מידה מוסרית אל תוככי ההגדרות האתיות הרווחות.

162 ראוי להוסיף כי במבט מעט מעמיק יותר ניתן לטעון, לכאורה, כי העמדה התיאורטית המוצגת היא פטלית עד כדי כך שלמעשה אין הברל בין גישותיהן של שתי השופטות, מאחר שבכל מקרה יבוא ה"כוח" ו"ינתב" אותן לתועלתן. אולם טענה זו לא תהיה נכונה לגמרי, כי למרות כלליותו של הכוח החברתי, יש אפשרות בידי מערכת כוח מסוימת – בית-המשפט העליון בישראל, לדוגמה – להביא לידי שינוי מקומי בתופעה סוציולוגית נתונה (מעמדן של נשים בשוק העבודה), ובוודאי להשפיע על מקצבה.

163 מונדלק, לעיל ה"ש 153, בעמ' 223.

164 בהקשר זה ניתן לציין את מסקנתם של פינטו וסומר בנוגע לשאלת עמדתו של בית-המשפט ביחס לביצורה של ההערפה המתקנת לטובת נשים כעמדה מגמתית נחרצת ויוזמת: "קשה לא להתרשם מהנחרצות שבה התייצב בית-המשפט העליון לצידן של הנשים במאבק להשגת שוויון מהותי ולנקיטת הערפה מתקנת, כשהוא נותן לעיתים לעותרות אף יותר ממה שהעלו בדעתן לבקש בעתירתן." פינטו וסומר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 205.

בשוק העבודה, אכן השפיעה. יתר על כן, היא זה אך צפוי שפעילות זו, אשר קבעה נורמות הראויות לנהוג בחברה הישראלית, אכן הובילה להקטנת הפערים. אלא שממצאיו של מונדלך אינם כה חד-משמעיים. לטענתו, נכון להיום, למרות חמישים שנה של פעולה אינטנסיבית, "אין ידיעה ברורה לגבי השפעת הדין על האפליה ואף אין חשיבה מלומדת ומערכתית באשר לחלופות לדין או להשלמות הנדרשות לו"¹⁶⁵. אי-ידיעה זו נובעת, בין היתר, מחוסר במחקר מובנה ושיטתי וממורכבותם של המדידה והנמדד.¹⁶⁶ אולם סיבה נוספת לקושי בצמצום הפערים היא מורכבותה של תגובת המשק על הוראות החוק, אשר עלולה להוביל לפגיעה במטרותיו. תגובות-נגד אלה עלולות להוביל "לפיתוח אמצעים עוקפי חוק על ידי מעסיקים ובסופו של דבר לפגיעה קשה דווקא בקבוצות העובדים המופלות ביותר"¹⁶⁷. המחקר מצביע כי לעיתים המעסיקים מתאימים את הדיווחים באופן שמציג כלפי חוץ כי הוראות החוק נשמרות ומתקיים שוויון, אולם דיווחים אלה מתייחסים רק להיבט מסוים של ההעסקה, בעוד בהיבט אחר משתמרת ההפליה בצורה שקשה יותר לעקוב אחריה.¹⁶⁸ יש להביא בחשבון כי פעילות כלכלית היא מורכבת, ומערכת שלבים מגוונים ונפשות רבות, כך שמעסיק המעוניין להפלות יכול למצוא את הדרך לכך,¹⁶⁹ ולכן התעלמות מרצונותיו ומכוונותיו תהיה בלתי-יעילה בעליל.

165 מונדלך, לעיל ה"ש 153, בעמ' 257.

166 בהקשר זה יש לציין כי במקומות שבהם הבחינה היא מובנית וממוקדת ניתן להצביע על מוקדים אחדים שבהם נראה כי שיטת הייצוג ההולם הובילה לתוצאות. כך, למשל, לפי נתוני הרשות לקידום מעמד האישה, נכון לשנת 2014 עמד שיעור הנשים שכיהנו כדירקטוריות בחברות ממשלתיות על 45%, ופירוש הדבר הוא שחלה עלייה דרמטית מאז התקבל תיקון מס' 6 לחוק החברות הממשלתיות (ראו לעיל ה"ש 14). הנתונים מסתמכים על דוח הוועדה לקידום נשים בשירות המדינה 27 (2014) www.csc.gov.il/DataBases/Reports/Documents/ReportWomenCommittee2014.pdf.

אולם יש לציין כי תמונת שילובן של הנשים בשירות הציבורי רחוקה מלהשביע רצון. ראו לעניין זה יופי תירוש "ייצוג הולם במשפט הישראלי – סיכום ביניים ריאליסטי" ספר מישאל חשין 699, 704 (2009): "אחרי מעט יותר מעשר שנים, ניתן לומר כי עקרון הייצוג ההולם לא הביא לשינוי ברפוזי המינוי במגזר הציבורי ולא הניב עלייה של משקל שיעור השתתפותם של בני הקבוצות הבלתי מיוצגות. מהנתונים עולה כי הישגי הנורמות להערפה מתקנת בשטח הם מעטים." לניתוח נוסף ראו שם, ה"ש 13.

167 מונדלך, לעיל ה"ש 153, בעמ' 225.

168 שם, בעמ' 231. מכאן מובן כי רק שינוי בעמדת-המוצא של המעסיק יכול להוביל לתוצאה הרצויה, שכן פעילות בניגוד לשיקוליו הכלכליים תגרום תגובת-נגד קיצונית שלו, ולפיכך הצלחתה תהיה בלתי-אפשרית כמעט.

169 במאמר מוסגר אציין כי שנים של לימוד הקורס "שוויון הזדמנויות בעבודה ודיני עבודה" מפגישים אותי לא פעם עם תלמידים הבאים משוק העבודה, אשר מרימים גבה ואף מחייכים כאשר הם נחשפים לחוקים רוגמת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, אשר מסדיר, בין היתר, את השוואת תנאי העבודה של עובדי קבלן לאלה של עובדי המעסיק בפועל. זכורתני תלמידה אחת, העובדת בחברת השמה, שבמהלך אחד השיעורים הרימה את ידה ואמרה בפשטות: "זה לא עובד כך. לא פעם אני מקבלת טלפון שבו מובהר לי בפשטות 'רק שלא יהיה ערבי או מעל גיל ארבעים'. ומה אעשה? הרי אם לא אקשיב לבקשה הזו, הם פשוט לא יפנו אליי יותר. וגם מה זה יעזור – הרי מן הסתם, אם אפנה אליהם מועמד שאין הם מעוניינים בו, הוא פשוט לא יתקבל. מי שרוצה להפלות מפלה." כך גם מצביע מונדלך, בהדגישו כי "בהקשר זה ראוי להדגיש שלא פעם אפליה אינה מופיעה בתצורה של אמירה בוטה מהסוג של 'לא נעסיק משום שאת אישה'; אפליה נשזרת בתוך המבנה הארגוני המורכב אשר נפשות רבות לוקחות בו חלק, והחלטות רבות נשזרות זו בזו כדי לייצר את האפקט המפלה". מונדלך, לעיל ה"ש 153, בעמ' 231. מכאן חוזרת ועולה המסקנה כי העשייה השיפוטית בתחום ההערפה המתקנת צריכה לשאוף לשיתוף-פעולה עם המעסיקים ולשינוי בעמדות-המוצא שלהם, וזאת בעיקר במקרים של הפליה הנתפסת כרציונלית, אשר בה רק חוסר מודעות גורם להתנגדות מצידו של המעסיק. זאת ועוד, הקושי בהוכחת מעשה ההפליה גדל "במקרים של אפליה מדרג שני – כאשר האפליה היא תוצר

גם בספרות של המחקר המשפטי-הכלכלי ניתן להצביע על מגמות מרכזיות הרואות את ההתחשבות בכוחות השוק כהכרחית. תמיכה זו נובעת, בין היתר, מעמדת-היסוד של הגישה הכלכלית למשפט, העוסקת "ביישום תובנות כלכליות בשאלות משפט",¹⁷⁰ ואשר על-כן בבסיסה עומד הצורך לצפות את מהלכיהם של כוחות השוק ולהגיב עליהם. על-פי העמדה הכלכלית, יעילותה של מדיניות משפטית מוערכת על-פי יכולתה "להוביל לרווחה מצרפית הגדולה ביותר האפשרית".¹⁷¹ גישה זו מבטאת תפיסה שעל-פיה ככלל ראוי "להימנע מכל 'הכוונה מגבוה' של העדפות הפרטים".¹⁷² אומנם, במקרה של כשל שוק יהיה נכון, גם לאור עקרונותיה של כלכלת המשפט, להתערב בפעולתו החופשית של המשק. אולם בבסיסה של התערבות נקודתית כזו תעמוד המחויבות לבחון את תגובת השוק על המהלך היוזם, וזאת על-מנת לייעל את תהליך ההתערבות ככל האפשר. לנוכח אפיונים אלה ניתן לטעון כי התערבות בכוחות השוק אשר לא תבקש לצפות תגובה אפשרית כלפיה תחטיא את המטרה. כך, במונחיה של הגישה הכלכלית למשפט, אם פעולת התערבות אחת מכוח עקרון ההעדפה המתקנת תעורר התנגדות של השוק בכוח מסוים, ואילו פעולת התערבות אחרת מכוח אותו עיקרון תעורר התנגדות כפולה מצד השוק, אזי ראוי בוודאי להעדיף את הפעולה הראשונה.¹⁷³ מכל זה עולה כי על-פי הגישה הכלכלית יש מקום להביא בחשבון את תגובת המשק על פעולה מסוימת, אף אם תגובה זו יכולה לעלות כדי מעשה עבריינות, המתבטא בניסיון להתחמק מקיום הוראות החוק. יתרה מזו, התחשבות בכוחות השוק אינה זרה לפסיקתו של בית-המשפט העליון. כך, בעניין בנק הפועל המזרחי נ' זורגר פסק השופט זילברג, עוד בשנת 1968, כי יש להתחשב בתגובת השוק על מהלך חקיקתי. בלשונו:

"המחוקק ידוע ידע כי אם הוא יגדיר את החוק בצורה האוסרת תיווך שטרות, ינהרו הלווים הפוטנציאליים בהמוניהם לסימטאות האפלות, ויפלו שם לתוך הלוע השחור של נושכי נשך שפלים, ללא כל פיקוח וללא כל השגחה. הן הכל יודו, כי התנהגותם של הבנקים בענייני גביית הריבית היא לאין ערוך פחות עושקת, יותר מכובדת ויותר בת פיקוח מזו של המלווים הפרטיים. על כגון

של מבנה, פרקטיקות ותרבות ארגוניים (להבדיל מכוונה להפלות או מפעולה מודעת של המעסיק או של עמית לעבודה) – הקושי לעמוד בנטל הראייתי גובר, שכן אין גורם ספציפי או החלטה נתונה ברגע מסוים שניתן לתאר כמפלים". מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 77, בעמ' 526.

170 אוריאל פרוקצ'יה "הקדמת העורך" הגישה הכלכלית למשפט 25, 27 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

171 ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37, 38–37 (2003).

172 שם, בעמ' 50.

173 עמדה דומה ניתן למצוא בפסקת ההגבלה. ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אחת הדרישות מחוק הפוגע בזכות חוקתית היא דרישת המידתיות – כדי שהפגיעה של החוק בזכות-היסוד החוקתית תהיה כדין, על החוק לפגוע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש. ראו בהרחבה אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 535 (1994). כך גם במקרה שלפנינו: צפיית תגובתו של השוק נובעת מהרצון להשיג את התוצאה היעילה ביותר בעלות הפגיעה הנמוכה ביותר. באופן זה, החלטה שיפוטית המובילה ליצירת מעסיק עבריון לא רק מחטיאה את התכלית שלשמה נחקק החוק, אלא גם ניתן להגדירה החלטה לא-מידתית.

זה כבר אמרו חכמינו ז"ל: 'מוטב שיאכלו ישראל בשר תמותות שחוטות, ואל יאכלו בשר תמותות נבילות'...¹⁷⁴

זאת ועוד, אפשר שהמחלוקת שעל הפרק היא חלק מפולמוס רחב יותר שהתגלע בין מתנגדי הגישה הכלכלית למצדדיה. פולמוס זה מתבטא בדבריו הידועים של טדסקי, אשר טען בלהט כי "אין בכוח המדע הכלכלי להטיל מצוות כפי שמטילתן תורה אתית (מוסרית או משפטית), שהיא, ורק היא, מוסמכת לרדן בתכליות".¹⁷⁵ לעמדה זו היה אפשר למצוא במשך השנים תמיכה גדולה בקרב שופטי בית-המשפט העליון,¹⁷⁶ וייתכן אף שעמדתה של הנשיאה ביניש מייצגת עמדה זו. לפיכך מטרתי היא להגיש כי המקרה שלפנינו שונה, שכן עניינו בצורך לצפות תגובת שוק בתוך התחום הצר של דוקטרינת ההעדפה המתקנת. כאמור, דוקטרינה זו מרחיבה את הסמכות הריכונית, אולם בד בבד עם הרחבה זו היא אף מנתבת אותה. ניתוב זה נובע, בין היתר, מהצורך לעודד תגובה שתגרום להגברת יעילותה של התוצאה הרצויה, שכן כל מהותה של הדוקטרינה היא להוביל לשינוי במימד התוצאתי. מובן שאין חיוב "להיכנע" לתגובת שוק אפשרית,¹⁷⁷ אולם צפייתה הכרחית לצורך ייעול התהליך המתקן והגשמת תכליתו. זאת ועוד, רוב תוצאותיה הממשיות של הדוקטרינה מושגות דווקא במהלך של שיתוף-פעולה עם השוק, כפי שניתן ללמוד מהמקרה היישומי בקנדה, כפי שאראה להלן.

3. המבט היישומי – היחס בקנדה

הניתוח שהוצג בהרחבה בפרק התיאורטי מיטיב לשקף את הצורך להימנע מפעולות חד-צדדיות מצד הריבון אשר יובילו להקשחת התנגדותו של המשק לשילובן של אוכלוסיות-היעדר. לכאורה, די בניתוח זה להכריע כי היה ראוי להעדיף את עמדתה המציאותית של השופטת וירט ליבנה, אלא שעמדתה רלוונטית יותר דווקא לתחום ההעדפה המתקנת. מבט יישומי משווה לעבר עקרונותיו של חוק ההגינון בתעסוקה בקנדה,¹⁷⁸ המסדיר

174 ע"א 58/68 בנק הפועל המזרחי נ' זורגר, פ"ד (כב) 659, 652 (2) (1968).

175 ג' טדסקי "אגב משפט אתא" הפרקליט לב 458, 448 (1978).

176 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 173, בעמ' 31.

177 עמדה זו ניתן למצוא במאמרו של ברק מדינה, העומד על חשיבותה של הגישה הכלכלית למשפט ככלי-עזר לקבלת החלטות. לדבריו, כלי זה מאפשר "להעריך מהו המחיר, מבחינת החברה בכללה, הכרוך בנקיטת מדיניות שתכליתה קידום השוויון. אכן, חברה מתוקנת צריכה להיות נכונה לשאת בעלות נכבדה לשם הגנה על כבוד האדם בדרך של איסור על הפליה. עם זאת מובן כי היקפה של העלות – אם היא בכלל קיימת – הוא גורם רלוונטי בהערכה באילו הקשרים יש מקום לאסור נקיטת מדיניות מפלה". מדינה, לעיל ה"ש 174, בעמ' 38. ראוי לציין כי לא כל הטלת מגבלה על חופש הפעולה של המעסיק מהווה בהכרח פעולה לא-יעילה, מאחר שבמקרים רבים "השגת התוצאה היעילה מותנית דווקא בהטלת איסור להפלות" (שם, בעמ' 40).

178 על יכולתה של הרוגמה הקנדית לשמש השראה לחוק הישראלי ניתן ללמוד מדבריהם של סבן וסטריינר, המציניים כי "אנו בתחושה שלקחייה של הרוגמה הקנדית בהקשר זה, וההסדרים המפותחים שהתגבשו בה במהלך השנים, עשויים להוות מקור השראה טוב למחוקקים ולבתי-המשפט בישראל בהתמודדותם עם ההסדרים החלקיים והלקוניים שהתפתחו בישראל בהקשרו של הייצוג ההולם התעסוקתי". סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 254. לטענותי, חלקיותו של ההסדר הישראלי נובעת, בין היתר, מהעובדה שלא הושם דגש מספיק

את נושא ההערפה המתקנת שם, מעלה כי ההימנעות מפעולה ריבונית כופה חשובה ביתר שאת בתחום עדין זה. כפי שאראה, חלק מרכזי מפעילותן של הרשויות בקנדה מוקדש לבחינת אופני עבודה יעילים יותר מול כוחות השוק בכלל ומול המעסיקים בפרט.¹⁷⁹

חוק ההגינות בתעסוקה בקנדה התקבל בשנת 1995 על בסיס מסקנותיה של ועדת החקירה הממשלתית "אָבֵלָה" לקידום השוויון בעבודה, הקרויה כך על-שם השופטת Abella שעמדה בראשה.¹⁸⁰ כחלק ממסקנותיה של ועדה זו נשמעה הקריאה לזנוח כמה עקרונות שנויים במחלוקת הנוהגים במודל ההערפה המתקנת האמריקאי.¹⁸¹ במסגרת החוק הורחבו סמכויות הביקורת והפיקוח שניתנו לנציבות זכויות האדם הקנדית, המשמשת הגוף האחראי לצמצום הפערים החברתיים בתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה. גיבושן של סמכויות מורחבות אלה הסתיים רק כשנה לאחר קבלת החוק החדש, תוך שימת דגש בפירוט הצעדים הממשיים¹⁸² שהמעסיקים צריכים לנקוט על-מנת לתקן את התת-ייצוג של ארבע הקבוצות המודרות בחברה הקנדית: נשים, מייעוטים גזעיים, קנדים ילידים ואנשים עם מוגבלות.¹⁸³ למהלך זה קדמו שנים של חוסר שביעות-רצון מההישגים בשטח בתחום ההזדמנויות השוות בתעסוקה. אכזבה זו בלטה דווקא לנוכח הישגים משמעותיים שנרשמו בתחום החקיקה והפסיקה.¹⁸⁴

בחיכות יצירתו של מצע פורה לשיתוף-פעולה בין גורמי השוק השונים והריבון – מגמה אשר כוללת גם את בית-המשפט העליון.

179 מעיון ברוח הקנדי – 2012, לעיל ה"ש 30, בעמ' 33, ניתן ללמוד עד כמה התנהלותן של הרשויות בקנדה אל מול כוחות השוק עדינה ומחושבת. כך, אפשר להיווכח במגמה נמשכת של לימוד והפקת לקחים. כן מצוין ברוח, למשל, כי במהלך השנתיים שקדמו לפרסום הרוח נעשה הליך הדיווח של המעסיקים לפשוט יותר, והתבססה מגמה של התמקדות במעסיקים שזקוקים ל"הנחיה" רבה יותר וכנגד זה מתן פטור מחובת הדיווח השנתית למעסיקים שעמדו בדרישות הייצוג:

"In 2012, the Commission entered its second year of the simplified employment equity audit process. The Commission no longer requires employers that have demonstrated success in meeting their employment equity objectives to participate in a full audit. This means that the Commission is able to focus on employers that need guidance in improving equal employment opportunity for women, Aboriginal peoples, persons with disabilities, and members of visible minorities (in other words, the four designated groups in the Employment Equity Act). In addition, the Commission can follow-up with these organizations sooner after an audit than previously."

COMMISSION ON EQUALITY IN EMPLOYMENT, *EQUALITY IN EMPLOYMENT: A ROYAL COMMISSION REPORT* (1984), 180 available at <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/abella1984-eng/abella1984-eng.htm>

עד אותה עת שימש המודל האמריקאי בסיס לתפיסת ההערפה המתקנת בקנדה. סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 258.

182 Jain et al., לעיל ה"ש 76, בעמ' 305: "Firms with 100 or more employees are required to file annual reports indicating the employment status of designated groups (women, aboriginal persons, persons with disability, and visible minorities) in their organizations"

183 Ryan H. Edmonds, *Breaking Open the System: A Multi-Party Analysis of Gender Transitions as an Effective Industrial Relations Process*, 31 WINDSOR REV. LEGAL & SOC. ISSUES 155 (2012)

"Note that employers subject to the Employment Equity Act have a positive duty to proactively review their systems, policies, and practices to identify and eliminate prejudicial barriers to designated groups, namely women, aboriginals, visible minorities, and the disabled."

184 אחר ההישגים המשמעותיים בתחום הפסיקה היה החלטתו של בית-המשפט הקנדי בעניין Action Travail des

כבר בשלב גיבושם של החוק ושל פרטי סמכויותיה של נציבות זכויות האדם נערכה היועצות נרחבת עם גורמים שונים בשוק העבודה. היועצות זו כללה מעסיקים, ארגוני זכויות אדם וארגוני עובדים.¹⁸⁵ מהלך זה של היועצות תאם את מגמתו החדשנית של חוק ההגיונות בתעסוקה בקנדה, שביקש ליצור חלופה למודל המכסות הכופה.¹⁸⁶ למעשה, החוק הקנדי קובע, בסעיף 33(1)(e), כי אסור לקבוע מכסות שרירותיות¹⁸⁷ לקידום או להעסקה של חברי הקבוצות המודרות. מגמת ההסתייגות משיטת המכסות נובעת מהנחת-היסוד שייצוג-החֶסֶר של הקבוצות המודרות אינו נובע מהפליה מכוונת, אלא מנוהלי עבודה רשלניים, מחסמים מבניים ומדימוי שלילי המתייג לעיתים קרובות את חברי הקבוצות המודרות כחסרי כשירות.¹⁸⁸ חסמים אלה מתבססים, בין היתר, על דעות קדומות שאינן מודעות בהכרח "ואשר מידת ביסוסן העובדתי נבחנת רק לעיתים נדירות".¹⁸⁹ קל להבין כי סיכויי של ניסיון לכפות שינוי של מדיניות העסקה הנתפסת כעניינית יערכו לאור הנחה זו כקלושים. עקב כך החוק מתמקד בבחינה זהירה של נוהלי העבודה במקומות התעסוקה ובטיפול ישיר באותם נהלים שיוצרים – אף אם ללא כוונה מפלה – חסמים מבניים שיטתיים.¹⁹⁰

את Femmes v. Canadian National Railway Co., [1987] 1 S.C.R. 1114, 1141 השימוש בכלי המדידה הסטטיסטי כאמת-מידה מאבחנת למצב של הפליה. ראו: Ilan Saban, *Appropriate Representation of Minorities: Canada's Two Types Structure and the Arab-Palestinian Minority in Israel*, 24 PENN ST. INT'L L. REV. 563, 580 (2006)

"The Supreme Court's decision made it clear that the judiciary would consider claims of discrimination at both the group and individual levels, and would treat quantitative data as valid proof of such discrimination."

185 סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 259. יש לציין כי גם לארגוני העובדים – ולא רק למעסיקים – יש השפעה ממשית על מידת השתלבותן של קבוצות-יעד. לעניין זה ראו Edmonds, לעיל ה"ש 185, בעמ' 11.

186 מודל המכסות, המעורר התנגדות רבה, מאפיין מהלכים מדיניים רבים של העדפה מתקנת, וככלל נתפס כשיטה המועדפת לקידומה של קבוצת-היעד המסומנת. ראו לעניין זה את קובץ המאמרים העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל (ענת מאור עורכת, 2004), המדגיש את המכסות כפרקטיקה מרכזית לקידומה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת.

אין בכוונתי לשלול כלי מרכזי זה כמנוף לסגירת פערים חברתיים ולקידום הרעיון של העדפה מתקנת, אלא רק להצביע (בדומה למהלך המוצג בספרה של רימלט הפמיניזם המשפטי, לעיל ה"ש 51) כי ייתכן שכיום, לנוכח השינויים החברתיים והתפיסתיים שכבר חלו, נכון לקדם דווקא את הכלי המתון יותר של חוק שזר שווה, הנמצא אף הוא בגדרה של הדוקטרינה. הניסיון הקנדי תומך בגישה זו.

187 סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 260. ראוי לציין כי החוק מתיר עדיין חיוב במכסות, אולם עצם הטלת המגבלה על היכולת להטיל מכסות (האיסור להטיל מכסות שרירותיות) מרמזת על מגמתו הברורה של החוק. ראו Saban, לעיל ה"ש 186, בעמ' 582:

"In fact, the law specifically prohibits imposition of a 'quota,' which is defined as 'a requirement to hire or promote a fixed and arbitrary number of persons during a given period,' though inclusion of the word 'arbitrary' does leave some room for setting aside specific jobs for applicants from under-represented groups where a defensible rationale can be provided."

188 דימויים אלה מגוונים, ועולים כאמור באופן לא-מודע כחלק מהמודעות החברתית המפלה. כפי שמסביר סבן (Saban), לעיל ה"ש 186, בעמ' 581:

"Examples of unfair biases include the sense that women cannot 'cut it' in high-stress environments such as police forces, or the feeling that people from a minority group would not integrate well into an established, close-knit work unit."

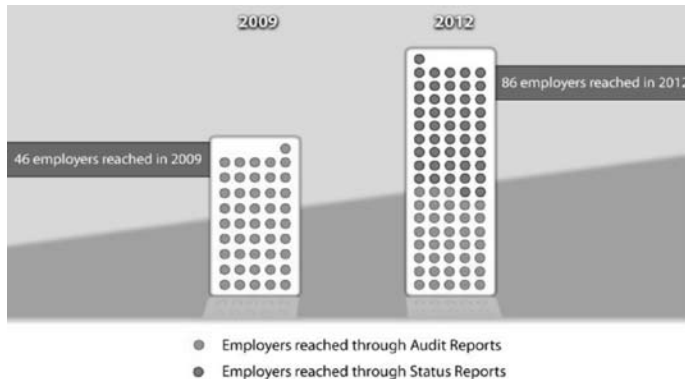
189 סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 260.

190 השפעתה של תקנה פרוצדורלית על מידת הצלחתה של התוכנית להעדפה מתקנת יכולה להיות גדולה. לעיתים

מגמתו של החוק היא אם כן להימנע מכפייה הנתפסת כשרירותית, ובמקומה לקדם חבות ישירה של המעסיק. חבות זו מתבטאת, בין היתר, בנטילת חלק פעיל בהליך איתורם ואבחונם של הגורמים לתת-ייצוג בעסק שברשותו. פן נוסף בקידום החבות הפעילה מעורר את המעסיק ליטול חלק גם בפיתוח תוכנית פעולה פנים-ארגונית הכוללת שינוי בהליכי הקבלה והקידום הקיימים. תוכנית זו מתבססת על הניתוח המאבחן שעשה המעסיק עצמו ואשר חשף את החסמים הלא-מוצדקים שנמצאו בנוהלי הקבלה והקידום הקיימים.¹⁹¹ מגמתו של החוק אינה מתבטאת רק בהטלת חבות על המעסיק, אלא פונה גם לנציבות זכויות האדם ומחייבת אותה לתת קדימות לנתיב של שכנוע ומשא-ומתן אל מול מעסיק המזוהה כמפר חוק.¹⁹² מגמה זו אכן מניבה פירות, המתבטאים לא רק בשינוי באחוזי ההשתתפות של חברי הקבוצה המודרת,¹⁹³ אלא אף ביצירת שינוי תודעתי בפועל:

התאמה פרוצדורלית זניחה יחסית יכולה להניב שינוי משמעותי. לפיכך יש חשיבות רבה לבחינה זהירה ולמעקב מתמשך. כך, ברוח הקנדי – 2012, לעיל ה"ש 30, בעמ' 33, צוין כי מיקוד חובת הדיווח השנתית במעסיקים שלא עמדו בחובת הייצוג, ושחרור המעסיקים שעמדו במכסה מחובת הדיווח, כמעט הכפילו את יכולתה של הוועדה לפקח על המעסיקים במשק ולהעניק להם הדרכה:

"The result is that in just two years, the Commission has almost doubled the number of employers it provides guidance to on how to achieve better workplace representation for the four designated groups (see chart below). By reaching a greater number of organizations, the Commission is broadening its influence and gaining a better understanding of how to best serve employers who face difficulty in eliminating barriers to employment for the designated groups."



191 סבן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 261.

192 שם. יודגש כי אין לזהות מגמה זו עם הפיכת הריבון לחסר שיניים, שכן בתום הליך המשא-ומתן נותרת עדיין בידי הריבון סמכות כפייתית. כפי שמסביר סבן (Saban), לעיל ה"ש 186, בעמ' 583:

"The first step is to try to agree on an employer 'undertaking' to correct the problem. If an undertaking cannot be negotiated, the Commissioner can issue a 'direction.' If the employer is dissatisfied with the direction or the Commission believes that an employer is still refusing to meet its obligations, either may turn to the Employment Equity Review Tribunal (the Canadian Human Rights Tribunal sitting in a different capacity) for a binding decision."

193 לטענת סבן, הצלחתו של החוק ניכרת באופן ברור בשינוי סטטיסטי ניכר. ראו שם, בעמ' 585:

"It seems clear that the law has made a positive difference, particularly with respect to women's employment in management jobs, visible minority employment in private sector companies, and the representation of Aboriginal people in the federal public service."

"מעבידים נוטים פחות לחפש תירוצים, ומה שחשוב ומעניין אולי יותר הוא שהם מזהים ביתר מהירות את היתרונות העסקיים שעשויים להתלוות לכוח עבודה מגוון ומייצג בחברה שנעשית מודעת יותר ויותר לנושא הזכויות (rights-conscious)."¹⁹⁴

נראה שמהדוגמה הקנדית ניתן ללמוד כי שימוש יעיל בכלים פרוצדורליים יכול להוביל לשינוי תודעתי,¹⁹⁵ אלא שהצורך להתגבר על חסם תודעתי מחייב הבניית מהלך מושכל שיאפשר ליתרונותיה הממשיים של תוכנית ההעדפה המתקנת לבוא לידי ביטוי. מהלך מתוכנן היטב יכול להוביל לתהליך של צמיחה בריאה אשר יתגבר על מצב הכשל שבו היה השוק נתון כתולדה של העיוות ההיסטורי. אומנם, התערבות ריבונית ראשונית היא הכרחית,¹⁹⁶ אולם נראה כי היא אינה יכולה להיות אפקטיבית ללא יצירת שיתוף-פעולה עם הגורמים הפעילים בשוק העבודה.¹⁹⁷ פעולה כופה מצד הגורמים הממונים גורמת להתבצרות של גורמי השוק בעמדותיהם, באופן שעלול אף לחזק את הפערים החברתיים ואת החסם התודעתי. באופן זה השוק אינו יוצא ממצב הכשל, השינוי התודעתי אינו מושג, הפערים אינם מצטמצמים, והביקורת הכללית גוברת. ניתן אם כן לומר כי "מהלך מוצלח" של העדפה מתקנת מתבטא בסופו של דבר ביכולתו להוביל שינוי בדימוי ובתדמית, וקשה לשער כי שינוי כזה אפשר להשיג בכפייה.

194 סכן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 262.

195 יש לציין כי למרות יעילותה המוצגת של הדוגמה הקנדית, מחקרים אחרונים מלמדים כי לאחר השנים הראשונות ליישומו של החוק, שבהן הושגו הישגים נאים בצמצום ההפליה, בשנת 2004 החל השינוי לדעוך, ולמעשה האפקטיביות של החוק נמצאת במגמת ירידה. לפיכך, לטענת החוקרים, ייתכן שיש להגביר את מנגנון האכיפה הממסדי. Jain et al., לעיל ה"ש 76, בעמ' 322.

196 תמיכה בצורך בחיזוק מנגנון האכיפה ובהגברת אמינותו ניתן למצוא בדבריה של רויטל גולדהר, המדגישה כי תפקידו של הריבון אינו מסתיים בהקצאת משאבים כלכליים ואנושיים לוועדות המעקב, אלא כולל גם יצירת מערך של גיבוי שוטף לפעולתן: Revital Goldhar, *Restructuring Pay Equity – A Review of the Report 'Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right'*, 3 J. L. & EQUAL 137, 163 (2004).

"This is vital in order to establish and increase their credibility and their commitment to the pay equity process and to the public. Without such support and commitment, it may be very difficult for the enforcement institutions alone to fully achieve a substantive work culture change."

197 מעניין שסכן וסטריינר הרגישו את יצירת המצע לשיתוף-פעולה בין הגורמים השונים כמדר להצלחת התהליך של הקטנת הפערים: "החוק הפרדלי הצליח לחולל שינוי בתרבות הפוליטית, בכך ש'נרמל' נושא שנוי במחלוקת והעמיד לצידו מנגנוני תיקון בדמות דיווח, בקרה ופשרה. נוצר כאן מצע משותף, ולו ברמת המנהיגות, אשר חובק פקידות ממשלתית, מנהלי תאגידים, ראשי ארגונים לזכויות אדם ומנהיגים של ארגוני עובדים." סכן וסטריינר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 262.

יש לציין אומנם כי למרות דפוסו הפרוצדורלי של החוק וחובת הדיווח הנוקשה הנדרשת על-פיו, ייתכן שרק החברות הגדולות נמצאות במצב של שקיפות מלאה, בעוד החברות הקטנות יותר מצליחות להתחמק מפיקוח ציבורי (Jain et al., לעיל ה"ש 76, בעמ' 309). עם זאת, מסקנתם הסופית של החוקרים בעניין זה הייתה כי למרות הבדלים אלה בשקיפות, מגמת השינוי והשוויון בחברות הקטנות הייתה דווקא גדולה יותר (שם, בעמ' 324).

מילות סיכום

דוקטרינת ההעדפה המתקנת מהווה כלי מרכזי להתמודדות עם אתגר הפערים החברתיים, והיא מחייבת יצירת שיח רלוונטי יותר בדבר אופני מימושה. נכון להיום הדיון התיאורטי הישיר בגדרותיה ובהגדרותיה של הדוקטרינה חסר שיח ממשי. ביסודה הדוקטרינה מתבססת על הצורך ליצור שינוי תודעתי במישור הקיבוצי. שינוי זה ניתן להשגה באופן יעיל יותר על-ידי הפנמה של המעסיק כי תצמח לו תועלת אישית מהתהליך המתקן. המאבק לשוויון ולשילוב הוא למעשה מאבק תדמיתי שבו המהלך הריבוני הוא רק כלי-עזר זמני המאפשר יצירת מומנטום ובסיס למפגש אשר בלעדי המהלך הריבוני לא יתקיימו. הבנות אלה מעלות את הטענה כי יש להתייחס בזהירות יתרה לכל מהלך כופה, מחשש לדחייתו על-ידי המעסיק. לא את כל הטכניקות המתקנות אפשר לנקוט תוך שיתוף-פעולה. חלקן, כגון חוק שכר שווה, מתבססות על רגולציה כופה, אולם במקומות שבהם ניתן להגביר את שיתוף-הפעולה עם המעסיק או להימנע מהתנגשות ישירה עימו, המלצתי היא לבחור במסלול זה. דוקטרינת ההעדפה המתקנת מעניקה ייפוי-כוח רב עוצמה בידי הריבון, אך בד בבד מטילה עליו חובה לגלות ראייה חברתית-כלכלית רחבה ולנהוג במשנה זהירות בנקיטת פעולה מתקנת חד-צדדית. ההעדפה המתקנת היא כלי גמיש המאפשר לריבון להפעיל את האמצעים הנראים לו יעילים יותר. ריכוך שיטת המכסות על-ידי תוכנית המחזקת את שיתוף-הפעולה עם כוחות השוק נראית חיונית לכל מהלך מקדם מוצלח. בסיכומם של דברים ראוי להדגיש, וזאת גם לאור הניסיון הקנדי המעשי, את הצורך ביצירת מצע לשיתוף-פעולה בין העוסקים במלאכה עדינה זו ואת החשיבות של פיתוח השיח המושגי בתחום.