Affirmative Action and Adequate Representation

כתיבה זו נעשית מתוך אמונה בפוטנציאל של השירות הציבורי לשמור על הליך מינוי מקצועי, נקי מפניות ושקוף, ולפעול לצמצום הפגיעה באוכלוסיות הנמצאות בתת ייצוג, לשילובן בשוק העבודה וליצירת גיוון תעסוקתי. טענתי הבסיסית היא שמרנית, ולפיה השירות הציבורי צריך להתנהל באופן שמקדם התנהגויות חברתיות בשוק העבודה, ולהוביל את השוק הפרטי בהיבטים אלה. על־כן ההשערה היא שתוכניות של העדפה מתקנת הן חיוניות כדי לבסס שינוי בשוק התעסוקה וגם לעניין גיוון בתעסוקה, ובהעדר חובה ברורה ויעדים לקליטת עובדים הנמנים עם קבוצות המצויות בתת־ייצוג, סביר שלא נראה שינוי משמעותי בדפוסי ההעסקה.

1. **Civil Service Development and Human Capital Potential Extraction**

דוקטרינת ההעדפה המתקנת ראשיתה בתנועות ציבוריות שקמו בארצות־הברית באמצע שנות הארבעים של המאה העשרים ואשר שמו להן למטרה לבער מן החברה האמריקאית נגעים של אפליה ודעות קדומות, לרוב על רקע גזעי ומוצא אתני.[[1]](#footnote-1) קלייטון וקרוסבי שעמדו בהרחבה על המעבר ממניעת אפלייה להעדפה מתקנת, עמדו על האלמנט הפסיבי שבדיני אפלייה, המבוססת על מדיניות של תגובה שאינה מצריכה התערבות יזומה, כנדרש בהעדפה מתקנת.[[2]](#footnote-2) וכי דיני האפליה מניחים הוגנות בעוד שהעדפה מתקנת מניחה שאנו חיים בעולם תעסוקתי לא הוגן שיצרו ריבוד חברתי כלכלי בהינתן פרקטיקות מפלות.

העיקרון שלפיו כולם שווים לפני החוק הוא אבן־יסוד בבניין שלטון החוק, ומהותו התייחסות שווה לכל אדם באשר הוא אדם, מבלי לייחס חשיבות למאפיינים שונים שלו, כגון מעמדו החברתי, ייחוסו המשפחתי, מינו, גילו, דתו, שפתו, צבע עורו וכדומה. אך למעשה, ברור באופן אינטואיטיבי שאת הביטוי "הכל שווים לפני החוק" אין לפרש כפשוטו ויש להבחין בין שתי משמעויות שונות של שוויון. האחת היא משמעות פורמלית – הפעלת הדין על־ידי בתי־המשפט ללא משוא־פנים וללא הבחנה בין המתדיינים. המשמעות האחרת היא מהותית – בדיקת הדין עצמו, ולא דרך הפעלתו. זוהי בדיקה תוכנית מהותית. כך, פירושו האמיתי של עקרון השוויון אינו שוויון מכני או אריתמטי. לדברי פרופ' ברק, נשיא בית המשפט העליון בישראל:

"שוויון אינו מושג פורמלי. זהו מושג מהותי, אשר הגינות, צדק ומוסר משמשים בו בערבוביה. אין עיקרון 'טהור' של שוויון. אין להפריד הפרדה גמורה בין שוויון לבין צדק ומוסר. שוויון הוא תרכובת בין כל אלה."[[3]](#footnote-3)

עקרון השוויון – שהוכר כ"עיקרון מן הראשונים במלכות", אשר "עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט" – צריך ליטול חלק בדנ"א של שיטת המשפט בכללותה ובדיני המכרזים בפרט.[[4]](#footnote-4) תפיסת ההעדפה המתקנת הינה תולדה של ההכרה בעובדה שעקרון השוויון הפורמלי נכשל בהשגת השוויון הלכה למעשה.[[5]](#footnote-5) שכן, מכיוון שהעיקרון אינו מוחלט, ניתן לפגוע בזכות של יחיד או של קבוצה לשוויון. כל מינוי מוטה שפוגע בזכות התחרות של הפרט בהתמודדות על משרה פלונית – פוגע בשוויון. המונח "מינוי מוטה" מקבץ בגדרו כמה סוגים שונים של מינויים מוטים, החל במינוי על בסיס שיוך מפלגתי, המשך במינוי על רקע עניין אישי ועוד, כולם, מינויים שאינם מתבצעים בהתאם לכללי המריטוקרטיה. המבוססים על כישורים בלבד. בשנת 1958 חזה מיכאל יאנג, כי בשיטה עתידנית, הקידום ייקבע על פי מנת משכל ומאמצים בלבד והיא זו שתביא בסופו של דבר למהפכה חברתית שבה יתקוממו ההמונים נגד האליטות הנהנות מן השיטה.[[6]](#footnote-6)

הפגיעה במקרים אלה היא כפולה: הן פגיעה עקרונית בעקרון השוויון והן פגיעה מכוּונת בקבוצות המצויות בתת־ייצוג, שכן המינוי המוטה משמעותו מינוי מתוך קבוצת הרוב. אך חשיבותו של עיקרון ההעדפה מתקנת עולה מהתבססותו על הדרך שבה מפרשים את עקרונות השוויון והצדק.[[7]](#footnote-7) התומכים בתוכניות של העדפה מתקנת והמתנגדים להן חלוקים ביניהם בנוגע לפרשנותו של המונח "עקרון השוויון" – זה הפורמלי לעומת זה המהותי.[[8]](#footnote-8)

השוויון הפורמלי הוא מדד השוויון האישי המושג כאשר לכל פרט באוכלוסייה ניתנת הזדמנות שווה לקדם את רצונותיו ושאיפותיו האישיות מבלי שאחרים יחסמו את דרכו. במובנו הפורמלי על המדינה להתייחס לשוויון כאל זכות או חירות שלילית, המורה לאחרים לסגת ממתחם הפרט. אולם הצורך בתוכניות להעדפה מתקנת עולה לנוכח נקודת המוצא שקיימות קבוצות באוכלוסייה אשר במרוצת חייהן נתקלו בחסמים ועל־כן נקודת הפתיחה שלהן בהתמודדות על משרה פלונית נמוכה יותר. לפיכך קיים קושי באימוץ השוויון הפורמלי בהיבט של העדפה מתקנת. הצורך בהעדפה מתקנת משמיע זכות או חירות חיובית, כלומר, מתן קידום או העדפה לאוכלוסיות מסוימות כדי לצמצם את הפערים בין נקודות הפתיחה השונות. למתן העדפה לקבוצה מסוימת תתלווה תמיד פגיעה בזכותו של אחר, לרוב זה שאינו משתייך לקבוצת־המטרה.[[9]](#footnote-9) קושי נוסף הוא בהיבט הכוללני, הקיבוצי, של הפעלת ההעדפה המתקנת: אנו קובעים מראש מי הן אותן קבוצות מופלות שלגביהן נחיל העדפה מתקנת, ולוקים בהנחה בסיסית מוטעית שלפיה כל חברי הקבוצה הופלו בעבר. לדעת תומכי השוויון הפורמלי, העדפה מתקנת תהיה מוצדקת רק מקום שהפרט הוכיח אפליה אישית וישירה כלפיו.[[10]](#footnote-10)

להבדיל מהשוויון הפורמלי, שמבקש להחיל תהליך מסוים, שוויוני, המתבסס על מידת המאמץ האישי שהפרט משקיע, השוויון המהותי מבקש להשיג שוויון בתוצאות.[[11]](#footnote-11) גישה זו, אשר מאמצת את עקרון השוויון כזכות חיובית, ובהתאם לכך מבקשת מהמדינה לנקוט אמצעים לתיקון אי־השוויון הפוגע בסיכוייהן של קבוצות־המטרה לשוויון בקבלה לשירות המדינה, היא המכונה "העדפה מתקנת".[[12]](#footnote-12) לצד מונחי שוויון, ההצדקה לתוכנית העדפה מתקנת מתבססת גם על מונחי צדק. תוכנית ההעדפה המתקנת, כחלק משוויון הזדמנויות, מכירה בשוני שבין אוכלוסיות־המטרה לבין אלה שאינן נמנות עם אוכלוסיות־המטרה, ומפעילה עיקרון של צדק מתקן או מפצה, שעל בסיסו ניתנת עדיפות לאוכלוסיית־המטרה לשם תיקון האפליה ההיסטורית שנהגה כלפיה.[[13]](#footnote-13) במוקד הדיון על־אודות העדפה מתקנת עומדים הנסיונות להצדיק מדיניות ששואפת לסייע למי שאינו יכול לממש בפועל את החירויות והזכויות המובטחות לו על־פי חוק, ולמנוע הדרה חברתית בפועל של קבוצות אוכלוסייה. מושג ההעדפה המתקנת מבוסס על ההנחה שקיימת אפליה החודרת לכל תחומי החיים, והוא מציע דרך לנטרולה תוך העברת הנטל אל קבוצת הרוב לנמק את אי־קבלתו של המועמד למשרה המשתייך לאחת מקבוצות־המטרה בנימוקים אובייקטיביים של אי־התאמה, ובכך להגדיל את שיעור ייצוגן של אותן קבוצות־מטרה בשירות המדינה.

 מלבד הצדק המתקן, יש צידוקים נוספים להפעלת הפעלה מתקנת – צדק תועלתני וצדק מחלק.[[14]](#footnote-14) הראשון מביט על התועלת המצרפית של החברה, ומניח כי התועלת מהחלת תוכנית להעדפה מתקנת גבוהה מההשקעה או מהמחיר הנדרשים לשם יישומה מהחברה ומן הפרטים שבה. התומכים בצדק תועלתני טוענים כי רק בדרך זו נוכל לשכנע את המתנגדים; רק בהיבט המצרפי נוכל לשכנע את הפרטים המשלמים את מחירה של ההעדפה המתקנת שהיא אכן ראויה. הצידוק השני – הצדק המחלק או הצדק החברתי – מניח כי החברה מחויבת לחלק את משאביה באופן צודק, וכי הצורך בהעדפה מתקנת עולה מקום שפרטים שונים נהנים מנתחים שונים מן העוגה החברתית המצרפית. הצדק המחלק קובע את הצורך בתוכנית העדפה מתקנת לפי תוצאות השילוב, ולרוב קובע יעדים ומכסות כדי לחלק את העוגה באופן שונה.[[15]](#footnote-15)

הטיעון הרולסיאני בנוגע למושגי הצדק והשוויון מורכב מרבדים שונים ומחבר בין שני המושגים, אך בעוד מושג הצדק מוגדר באופן גרעיני וענייני, הקודם לשוויון, מושג השוויון מצומצם ומותאם לתפיסת הצדק. מבלי להיכנס לעומקו של הדיון המשפטי־הפילוסופי שרולס מציע, אבקש לעמוד על הבחנות מסוימות העולות מכתביו. תפיסתו של רולס בנוגע למושג הצדק היא תפיסה פוליטית המתייחסת לאופן שבו מוסדות או נהלים חברתיים יכולים להגדיר עמדות או משרות.[[16]](#footnote-16) מדיניות של העדפה מתקנת (affirmative action) מנסה להתמודד עם בעיית החלוקה הצודקת, ומקדמת עקרונות של צדק חלוקתי. היא נגזרת מעקרון השוויון, ומטרתה להתוות מדיניות משפטית שעל־פיה יהיה אפשר להגשים את עקרון השוויון כנורמה חברתית תוצאתית – צדק כהוגנוּת.[[17]](#footnote-17) מדיניות זו מצדיקה את עליונותו של עקרון השוויון על אי־השוויון בנוגע לחלוקה של עמדות ומשרות. קדימות זו של עקרון השוויון מיועדת להבטיח את החירות הפוליטית כחלק מחירויות האזרח הבסיסיות.[[18]](#footnote-18) האפשרות להעדיף אי־שוויון במקרים עקרוניים, כדי לקדם שוויון הזדמנויות הוגן בקבלה למשרות, קיימת רק כדי לווסת אי־שוויון ולתקן השפעות חברתיות מתמשכות. באופן זה חלוקת העוגה חשובה לנו יותר מאשר יעילות חלוקתה.[[19]](#footnote-19) מאחורי "מסך הבערות" (veil of ignorance), טוען רולס, יבחרו הצדדים בשני עקרונות לחלוקת הטובין הראשוניים (primary goods):[[20]](#footnote-20) העיקרון הראשון והעליון הוא עקרון החירות – לכל אדם יש זכות לתבוע לעצמו מערכת של חירויות־יסוד שוות שיאפשרו לו לפתח את חוש הצדק ואת תפיסות הטוב שלו; והעיקרון השני, הכפוף לעיקרון הראשון, הוא עקרון שוויון ההזדמנויות, שעל־פיו תפקידים ומשרות של המגזר הציבורי צריכים להיות פתוחים לפני כולם בשוויון הזדמנויות הוגן, ואם יש אי־שוויון, הוא צריך לפעול לטובת אלה שמצבם גרוע יותר. עקרון שוויון ההזדמנויות עוסק בצורך של החקיקה להגשים אינטרסים כלליים, ולא רק אינטרסים פרטיים של המחוקק עצמו או של הקבוצה שממנה הוא בא. התנאים ההוגנים לשיתוף־פעולה חברתי יושגו, לטענת רולס, אם נתייחס לכל הפרטים בחברה כאל חופשיים ושווים, ולא נאפשר לצד מסוים לנצל יתרון לא־הוגן או נסיבות חברתיות וטבעיות לטובתו. רולס סבר כי מאחורי "מסך הבערות" יבחרו האנשים לא בחלוקה שוויונית לגמרי של העושר, אלא בחלוקה צודקת שתאפשר שוויון הזדמנויות הוגן. הפער יהיה מוצדק, על־פי רולס, כאשר הוא ייטיב עם אלה שבתחתית הסולם החברתי; זהו כלי עבודה שאמור להבהיר לקובע המדיניות כי עליו לעשות את המיטב למען הציבור כולו, תוך היצמדות לעקרונות של צדק.[[21]](#footnote-21) אולם קיים דיון בסיסי יותר שמתבונן על ההעדפה המתקנת מזווית מורכבת יותר. השאלה בדיון זה מכוונת לגיוון תעסוקתי, והיא, מהי מחויבותה ויכולתה של המדינה ליצור ולשמור על שוויון וגיוון סביר, אשר ימנע מראש פערים בלתי סבירים שקשה יהיה לגשר עליהם.

1. **Diversity Management**

בעשורים האחרונים ניכרת עלייה במחקר בנושא של ניהול שונוּת בארגונים (diversity management) והצורך בגיוון ובהכלה,[[22]](#footnote-22) בין היתר בשל הפוטנציאל שיש לגיוון ולהכלה מבחינת שוק העבודה,[[23]](#footnote-23) בניגוד לגישות ישנות יותר, המבוססות על תיאוריית הזהות החברתית, המניחה כי אנשים נוטים לשתף פעולה טוב יותר עם אנשים הדומים להם ומשתייכים לקבוצתם החברתית, ועל־כן תהליך של גיוון לא יהיה כה מוצלח.[[24]](#footnote-24) גישה זו לגיוון בהון האנושי היא הבסיס לקיומה של תוכנית ההעדפה המתקנת.

התפיסה הבסיסית של העדפה מתקנת היא שוויון הזדמנויות, אך אין מדובר בהכרח בשוויון של תוצאה. העיסוק בצדק כהגינות טומן יחס שווה אשר כחלק מעקרון הפיצוי מניח כי כולם אותו הדבר כדי ליישר עוולות חברתיות. הפתרון נמצא במהות של צדק אמתי המבוסס על צורך ולא על הגינות, וייתכן שיש צורך לבסס תכנית העדפה מתקנת על צורך אישי ולא קבוצתי. המודל העכשווי מונע מרצון לתקן ולא מרצון למנוע החמצה של אנשים מצוינים אשר תרומתם יכולה להיות רבה אם ייעשה מאמץ לאפשר את שילובם המוצלח. התנגשות ערכי המריט עם תכנית העדפה מתקנת מעולם לא נבחנה לעומק, בין היתר משום שמודל ההעדפה המתקנת נתפס כמדיניות זמנית.[[25]](#footnote-25) פרשת ובר[[26]](#footnote-26) בארצות הברית, הגדירה את תכנית ההעדפה המתקנת, חלוצת המודל, כצעד זמני המאפשר העדפת קבוצה אחת על פני רעותה, עד אשר תיטמע האוכלוסייה ותוכיח את עצמה ובכך לא יהיה עוד צורך בפתרונות לאפליה בתעסוקה.

המודל הקיים מתייחס למדידת גיוון בלבד, הנמדד על פי שיעור העובדים המשתייכים לקבוצות מוגדרות מראש שאינו מחייב מדיניות שילוב לרוחב (בכל המשרות) ולאורך (בכל רמות התפקיד). בכך מבקש אלמנט הגיוון להכליל ולאפשר כניסה למערכת לקבוצות אשר היו פחות שותפות לה בעבר.[[27]](#footnote-27) אך מתן ייצוג הולם או קביעת מכסות צריכים לקבל ביטוי בכל מקומות העבודה לפי חלקם באוכלוסייה. השפעה על ייצוג האוכלוסייה בשוק העבודה איננה מספיקה; יש לחסל גם את הריכוז של הקבוצה המקופחת בעיסוקים השונים בתוך שוק העבודה ובעיקר במקצועות ובדירוגים שבהם הייצוג נמוך במיוחד. כמובן שבשלב הראשון של מודל ההעדפה המתקנת לא ניתן לדעת בוודאות היכן הייצוג נמוך במיוחד, והנחת היסוד היא שהייצוג נמוך בכל מקום ואין טעם לעודד שילוב מוכוון. נדמה שעברנו את השלב הזה. נכון להיום חייב שירות המדינה לקבוע יעדים לפי מקצוע ולפי דירוג, מעבר משיח של ממד כמותי לממד כמותי-איכותי. בשלב מתקדם עוד יותר יש לטפל בייצוג לפי חלוקה גאוגרפית תוך מדידת שיעור הקבוצה באותם אזורים.

ההעדפה המתקנת כבר עברה כברת־דרך מסוימת, ויש מקום לבחון את מצבן של קבוצות חדשות, אולי אף שוליות, בכוח העבודה, תוך שיקוף הדמוגרפיה המשתנה בחברה.[[28]](#footnote-28) מעבר לתיקון עוולות וטיעוני צדק, ניתן להצדיק העדפה מתקנת של קבוצות חדשות על־ידי רכיב הגיוון, אשר בין היתר ייטיב עם האזרחים ששירות המדינה בא לשרת. מדיניות הקבלה מבוססת כישורים והישגים מעלה חשש בדבר היותה בעלת יכולת חיזוי של השתלבות והתמדה וטענות בדבר אפליה מובנית בהערכה זו כלפי אוכלוסיות מסוימות.[[29]](#footnote-29) מעבר לקשיים הקיימים בעיבוד ובשימוש בהערכות על בסיס כישורים באופן רוחבי בדיני מכרזים לעובדים בשירות המדינה, יש מקום לדון באופן ביקורתי בהערכות של מריט. בחינת הערכות מריט בהקשר של העדפה מתקנת צריכה להביא בחשבון כי הערכות עובד בשלב השכירה המבוססת בין היתר על כישורים המושפעים מאלמנטים של טרום-שוק והשכלה בעיקר, עלולות להשפיע על יכולת אוכלוסיית המטרה להתחרות על משרות. מי הכשיר ביותר? זו השאלה כאשר אנו נמצאים בהערכת סגולות וכישורים. פתרונות של העדפה מתקנת מבקשים, בצדק או שלא בצדק, לסגת ממנגנון המריט, כפי שהוא נתפס על ידי קבוצת הרוב.

הרעיון המרכזי בשוויון הוא הקפדה על היעדר משוא פנים וחלוקה אחידה, אך רעיון זה איננו מבטיח בהכרח חלוקה צודקת.[[30]](#footnote-30) זוהי הטענה הרשמית כנגד הערכת מריט וקביעת תנאי סף באופן אחיד לכל האוכלוסייה, שכן לא כל האוכלוסייה שווה. השוויון האריסטוטלי לעומת השוויון המהותי, מציג דרישות לעניין כלל החלוקה עצמו ודורש התאמה: יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, כאשר האבחנות הן רלוונטיות לחלוקה.[[31]](#footnote-31) רעיון אריסטוטלי זה עשוי להצדיק קיומם של מכרזים ייעודיים או אפילו את קיומם של תנאי סף שונים במכרזים אלה. אולם הדרך להצדיקם ברמה הרוחבית יותר, בהתייחס לפגיעה האפשרית בסטראוטיפים או אף במתן 'הנחות' למי שמשתייך לקבוצת היעד אך אינו סובל מהשתייכותו אליה, היא קביעת אמצעי ניבוי לעניין אומדן היכולת הקבוצתית והיכולת האישית של המועמד. ייתכן כי לא די לנו בהשתייכותו של פלוני לקבוצה מסוימת כדי לקבוע שהוא זכאי להעדפה מתקנת; ייתכן שיש לעמוד על הבחנות בתוך האוכלוסייה שיכולות לנבא תת-ייצוג. עם זאת, הרעיון כי השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת מצריכה גם בדיקה פרטנית, מטילה עלויות כלכליות על הליך המינוי. אבחנות כלליות אלה לא רק שעלולות לפגוע בפרט אלא גם גוזרות עליו השתייכות קבוצתית סטראוטיפית קולקטיבית ואף שרירותית שאיננה עומדת על מאפייניו האישיים. בשל הקשיים בשוויון האריסטוטלי, מקובל לקדם את ערכי ההעדפה המתקנת על בסיס השוויון המהותי המציע שוויון ביכולות המצדיק התאמות.[[32]](#footnote-32)

דיון בגיוון בתעסוקה, בין שילוב לבין סגרגציה, עומד במסגרת הדיון על בחינת יתרונותיה וחסרונותיה של ההעדפה המתקנת. למרות עליונותן של הטענות התומכות בהעדפה המתקנת, לחלק מהטענות השוללות אותה קיים משקל וראוי להתייחס אליו. המחלוקות הן תולדה של תפיסות קוטביות באשר לפרשנות של עקרון השוויון או למשמעותו של המושג צדק.

1. **Arguments for and Against Affirmative Action Policies**

תכניות להעדפה מתקנת הן קרקע פורייה לדילמות מוסריות ולדעות במחלוקת.[[33]](#footnote-33) וספרות המחקר מכילה טיעונים רבין בעד העדפה מתקנת העומדים כנגד נימוקי השוללים.[[34]](#footnote-34) הוויכוח, לדעתי, צריך להתמקד בתוכן התכנית, בבחירת התכנית המתאימה ובדרכי יישומה. בחרתי להביא סקירה קצרה של טיעונים בעד ונגד מדיניות של העדפה מתקנת כדי לאפשר עמידה על חלק מהבעיות שנטמעו בה, אשר אין בהן, לדעתי, כדי לפסול את המדיניות אלא כדי לאפשר בחינה ושינוי באופן שיוביל למימוש תכניות טובות יותר. אחת הבעיות המרכזיות של יישום תכנית העדפה מתקנת היא ההתנגדות והעמדות השליליות בהן הן עלולות להיתקל, בעיקר מכיוונה של קבוצת הרוב,[[35]](#footnote-35) החיונית להצלחת התכנית, שכן לא ניתן לכפות אכיפת הוראות החוק. בכל מקרה, יישום הוראות החוק הנוגעות להעדפה מתקנת תמיד ייעשה על ידי בני אדם הנמנים עם קבוצת הרוב, תחת מערך מורכב של קבלת החלטות המושפע מהטיות ועמדות שונות, חלקן באופן בלתי מודע. בעוד שהספרות מעניקה שלל של טיעונים בעד ונגד; בחרתי להתמקד בכמה מוקדי ביקורת עיקריים על העדפה מתקנת.

הטיעון הראשון והבסיסי ביותר כנגד העדפה מתקנת מגיע מכיוונה של קבוצת הרוב, אשר רואה עצמה נפגעת באופן המקיים אפליה הפוכה. לפי טיעון אחר, מדיניות העדפה מתקנת המוענקת לאוכלוסיות מסוימות מהווה סיווג קבוצתי המאופיין בכוללניות יתר, באופן המאפשר להעניק העדפה גם לפרטים אשר משתייכים לאותה קבוצה אך בבחינה מהותית אינם ראויים להעדפה. קבוצת הרוב אף טוענת כי חלק מתכניות העדפה מתקנת מאפשרות קבלת אנשים ללא הכישורים המתאימים על חשבון אנשים בעלי היכולות המתאימות - חשש זה איננו מבוסס לגמרי.[[36]](#footnote-36)

טיעון רביעי כנגד העדפה מתקנת הוא לפגיעה באוכלוסיית היעד עצמה וקיומה של סטיגמה של עובדים בעלי יכולות נמוכות וביצועים נמוכים בהשוואה לקבוצה החזקה.[[37]](#footnote-37) טיעון זה משתמש בבידול הבסיסי שמבקשת העדפה מתקנת לבצע על אוכלוסיות מסוימות מתוך הכלל כנגד התכנית עצמה. טיעון נוסף מאותו כיוון הוא שהעדפה מתקנת פוגעת בייחודיות הקבוצה וטשטוש מאפייניה מול קבוצת הרוב. הספקנים מעלים טיעון חמישי כנגד העדפה מתקנת על פיו היא מעניקה פתרון בתוצאות ולא בהזדמנויות, אשר לא מהווה בהכרח הומוגניות בהקצאות. לבסוף, על פי תאוריות האינטרס בכלל ותאוריית האינטרס האישי (self-interest theory) והאינטרס הקבוצתי (cooperative group interest theory) בפרט, קבוצת הרוב טוענת כי מדיניות העדפה מתקנת מאיימת על יכולת התחרות שלה. תאוריית האינטרס האישי מניחה כי הפרט ידאג לעצמו על בסיס שיקולי רווח והפסד אישיים ועל כן היא יכולה להסביר מדוע קבוצות בתת-ייצוג יתמכו בהעדפה מתקנת המניבה להן, לפחות מבחינה תאורטית, פוטנציאל לרווח.[[38]](#footnote-38) תאוריית האינטרס הקבוצתי המציבה את הקבוצה במרכז, מניחה גם כי אוכלוסיות בתת-ייצוג יתמכו בהעדפה מתקנת אך מהפרספקטיבה של חיזוק הקבוצה בעוד קבוצת הרוב תעדיף לשמור את הכוח והשליטה לעצמה.

בעוד התאוריות של האינטרס האישי ושל האינטרס הקבוצתי יכולות גם לבסס טיעון נגד העדפה מתקנת, כפי שהראיתי לעיל, קבוצות בתת-ייצוג יתמכו בהן גם כאשר מדובר ברווח לקבוצה אחרת מאשר הקבוצה עמה הם נמנים.[[39]](#footnote-39) המטרה, אם כך, היא לעתים כללית ורוחבית; מעין חינוך מחדש של קבוצת הרוב להכרה וקבלה של השונה ממנה.[[40]](#footnote-40) אך הטיעון הבסיסי ביותר בעד העדפה מתקנת הוא טיעון של שיקולי צדק מתקן המצדיק תיקונו של עוול היסטורי קבוצתי. על פי תפיסה זו, העדפה מתקנת באה לתקן אפליה היסטורית של קבוצה וכי על חברה שנוצרה בקרבה מציאות של פגיעה מתמשכת בשוויון הקיבוצי לשאת בנטל לתיקון מציאות זו שנוצרה. שיקול זה מבטיח שוויון לפרט הנמנה עם הקבוצה. לצדו קיים טיעון של צדק מחלק – תפיסה זו מכירה בצורך של החברה לאפשר נגישות שווה למשאביה לכלל הקבוצות באוכלוסייה, בין היתר למשאב העבודה על ידי "הנדסה חברתית", שיקול המנוגד לאתוס המריטוקרטיה ולחסמי הכשירות שהוא מעמיד.

טיעון רביעי הוא של צדק תועלתני – לפיו אין מקום לאפליה משום שזו תופעה לא רציונלית שאינה מתאימה להתנהגות של שוק חופשי. על כן, השימוש בהעדפה מתקנת הכרחי לניצולו הראוי של מלוא ההון האנושי ואין להסתפק בכוחות השוק. שיקול זה תומך בפלורליזם ודוחף לאינטרס אנטי-הומוגני בתעסוקה. הטיעון הבא מתבסס על כוחו של שינוי והכוונת התנהגות תוך שינוי העדפות פנימיות - העדפה מתקנת כמציבה העדפות באופן חיצוני עשויה בטווח הארוך להשפיע על עיצובן של העדפות פנימיות. הטיעון השישי הוא טיעון לגיוון - ייצוג הולם של עמדות ופרספקטיבות שונות בקבוצה להבטחת הגיוון בשירות הציבורי אשר יבטיח ייצוג נאמן של אותן השקפות. טיעון זה לבדו איננו מספיק, שכן קשה למדוד את הבטחת הייצוג של השקפות שונות על ידי הגדלת הגיוון בשירות הציבורי, ואף לא כולם שותפים להרגשה זו.

מתנגדי ההעדפה המתקנת נתלים בעקרון השוויון הפורמלי, ואילו התומכים בדוקטרינה זו נסמכים על השוויון המהותי.[[41]](#footnote-41) לפי גישת השוויון הפורמלי בעבודה העדפה מתקנת מציבה מחסומים המונעים מהפרט להתפתח. הסרת המחסומים אף תמנע את חופש הבחירה של המעסיק ומכתיבה לו את מי לקבל לעבודה.[[42]](#footnote-42) פעולה זו עשויה להעניק לאחד יתרון בעוד שהיא פוגעת בשוויון של אחר. מצד שני, התומכים בהעדפה מתקנת במסגרת השוויון הפורמלי יכירו בצורך להעניק העדפה מתקנת לקבוצה מופלית. לפי גישת השוויון המהותי המיועדת להשגת שוויון בתוצאות, העדפה מתקנת תאפשר לכל הפרטים אמצעי להגשמה עצמית ולפיתוח אישיותם. לשם כך, יש לנקוט באמצעים ופעולות שיבטיחו שוויון הזדמנויות אמיתי.[[43]](#footnote-43)

קשה לקבוע באופן חד-משמעי האם אנו בעד או נגד העדפה מתקנת מבלי להעלות מודלים שונים; הרי כאשר אנו מבקשים לבחון מודלים של העדפה מתקנת או להעלות דיון בצורך בשינוי המודל, מדובר בשאלה מורכבת גם לאלו התומכים בהעדפה מתקנת. משלא ניתן עוד לטעון כי מדובר רק בצדק מתקן מבלי לבחון הצדקות עכשוויות וצופות פני עתיד, קשה לתהות האם ישנה נקודת סיום בעתיד. באופן אישי, אני סבורה כי יש לדחות את ההרהורים באופק השימוש במודל לימים שהמודל הנבחר יוכיח אפקטיביות, אך תכניות העדפה מתקנת יכולות לפעול באופן שונה והן אף מופעלות בהקשרים שונים.

1. B.T.A Love "Justifying Affirmative Action" 7 Auckland University Law Review. Annual (1993) 491; Ch.M. Koggel "A Feminist View of Equality and Its Implication for Affirmative Action" 7 Canadian Journal of Law and Jurisprudence (1994) 43. העקרון נקבע לראשונה בארצות הברית בשנת 1965, כאשר הנשיא לינדון ג'ונסון חתם על צו להעדפה מתקנת בחברות שזוכות בחוזים ממשלתיים, ראו: Executive Order 11246 issued by President Johnson. [↑](#footnote-ref-1)
2. Clayton, Susan D. and Crosby, Faye J. (1992) Justice, Gender, and Affirmative Action. University of Michigan Press. [↑](#footnote-ref-2)
3. אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 459 (1993). [↑](#footnote-ref-3)
4. בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998), דבריו של השופט חשין בפס' 29 לפסק־דינו. [↑](#footnote-ref-4)
5. Bowen, William G. and Bok, Derek (1998). The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions. Princeton, NJ: Prinston University Press. [↑](#footnote-ref-5)
6. Michael Young, The Rise of The Meritocracy (1958). [↑](#footnote-ref-6)
7. Joel Wm. Friedman, *Redefining Equality Discrimination, and Affirmative Action Under Title VII: The Access Principle*, 65 Tex. L. Rev. 41 (1986); Buchan T.A. Love, *Justifying Affirmative Action*, 7 Auckland U. L. Rev. 491 (1993). [↑](#footnote-ref-7)
8. Christine M. Koggel, *A Feminist View of Equality and Its Implications for Affirmative Action*, 7 Can. J.L. & Juris. 43 (1994). ראו גם פרנסס רדאי "על השוויון" **משפטים** כד 241 (1994). [↑](#footnote-ref-8)
9. ראו Samuel Scheffler, *Doing and Allowing*, 114 Ethics 215 (2004). לפי גישה זו, חובת הצלה נדחית מפני חובה בסיסית וחזקה יותר, והיא החובה לא לפגוע (do no harm), כך שאם מימושה של חובת הצלה כלפי א מחייבת גרימת נזק של ממש ל־ב, אל לנו להתערב. Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, *in* Killing and Letting Die 156, 160–63 (Bonnie Steinbock ed., 1980). בבסיסה של עמדה זו מצויה ההבחנה המוכרת בין מעשה למחדל, או בווריאציה מודרנית ומשכנעת יותר – בין ביצוע מעשה לבין אפשור ביצועו (doing vs. allowing). [↑](#footnote-ref-9)
10. ראו גם Susan D. Clayton & Faye J. Crosby, Justice, Gender, and Affirmative Action 68 (1992). [↑](#footnote-ref-10)
11. כך, לדוגמה, אם ברצוננו להבטיח עלייה במספר הנשים שיסיימו תואר בפיזיקה גרעינית, אין די בהסרת מחסומי כניסה ובהסתמכות על המאמץ האישי שישקיעו הסטודנטיות כדי לסיים את התואר, אלא יש להשקיע ברכיבים נוספים במהלך הלימודים. [↑](#footnote-ref-11)
12. Clayton & Crosby, לעיל ה"ש 10. [↑](#footnote-ref-12)
13. להרחבה ראו Guy Mundlak, The Law of Equal Opportunities in Employment: Between Equality and Polarization, 30 Comp. Labor L. & Pol’y J. 213 (2009). [↑](#footnote-ref-13)
14. אריסטו **אתיקה – מהדורת ניקומאכוס**. [↑](#footnote-ref-14)
15. אחת המחלוקות החריפות בעניין ההעדפה המתקנת נסבה על נושא המטרות והמכסות. הטענה המרכזית היא שהעדפה מתקנת יוצרת מכסות של קבוצות מיעוט. ראו Affirmative Action and Equal Opportunity: Action, Inaction, Reaction 170–181 (Nijole V. Benokraitis & Joe R. Feagin eds., 1978). [↑](#footnote-ref-15)
16. John Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, 14 Phil. & Pub. Aff. 223, 224 (1985); John Rawls, *Justice as Fairness*, 67 Phil. Rev. 164 (1958). [↑](#footnote-ref-16)
17. John Rawls, A Theory of Justice (rev. ed. 1999). [↑](#footnote-ref-17)
18. שם. [↑](#footnote-ref-18)
19. John Rawls, *A Well-Ordered Society*, *in* Philosophy, Politics and Society: Fifth Series 6, 8–11 (Peter Laslett & James S. Fishkin eds., 1979). [↑](#footnote-ref-19)
20. John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement 5 (Erin Kelly ed., 2001). ראו גם Rawls, לעיל ה"ש 17, בעמ' 118. [↑](#footnote-ref-20)
21. Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 Yale L.J. 399, 403 (2001). [↑](#footnote-ref-21)
22. Cedric Herring & Loren Henderson, Diversity in Organizations: A Critical Examination (2015); Alexandra Kalev, Frank Dobbin & Erin Kelly, *Best Practices or Best Guesses? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversity Policies*, 71 Am. Sociol. Rev. 589 (2006); Frank Dobbin, Soohan Kim & Alexandra Kalev, *You Can’t Always Get What You Need: Organizational Determinants of Diversity Programs*, 76 Am. Sociol. Rev. 386 (2011); Soohan Kim, Alexandra Kalev & Frank Dobbin, *Progressive Corporations at Work: The Case of Diversity Programs*, 36 Rev. L. & Soc. Change 171 (2012); Frank Dobbin & Alexandra Kalev, *The Origins and Effects of Corporate Diversity Programs*, *in* The Oxford Handbook of Diversity and Work 253 (Quinetta M. Roberson ed., 2013). [↑](#footnote-ref-22)
23. Andrew O. Herdman & Amy McMillan-Capehart, *Establishing a Diversity Program is Not Enough: Exploring the Determinants of Diversity Climate*, 25 J. Bus. Psychol. 39 (2010). [↑](#footnote-ref-23)
24. Henri Tajfel & John C. Turner, *The Social Identity Theory of Intergroup Behavior*, *in* Psychology of Intergroup Relations 7 (Stephen Worchel & William G. Austin eds., 2nd ed. 1986). [↑](#footnote-ref-24)
25. Thomas Sowell *"Affirmative Action: A Worldwide Disaster"*, Commentary December 1989, pp. 21-41, p. 24. [↑](#footnote-ref-25)
26. Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979). [↑](#footnote-ref-26)
27. OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Employment and Management Working Party, "Fostering Diversity in the Public Sector", October 13th, 2009. [↑](#footnote-ref-27)
28. Theresa Spilsbury, *What Social Exclusion Means to Me*, *in* From Social Exclusion to Participation 91 (Aila-Leena Matthies, Marja Jarvela & Dave Ward eds., 2000). [↑](#footnote-ref-28)
29. Kenneth L. Karst & Harold W. Horowitz, Affirmative Action and Equal Protection, 60 Va. L. Rev. 955, 965 (1974). [↑](#footnote-ref-29)
30. Timothy J. O'Neill, *The Language of Equality in a Constitutional Order*, 75(3) AM. POL. SCI. Rev. 626, 630 (1981); Larry S. Temkin, *Inequality: A Complex, Individualistic, and Comparative Notion*, 11 Philosophical Issues 327, 329 (2001). [↑](#footnote-ref-30)
31. אריסטו אתיקה. [↑](#footnote-ref-31)
32. Amartya sen, Inequality re-exemined 39–55 (1992). [↑](#footnote-ref-32)
33. Kang, J., & Banaji, M.R*. Fair measures: A behavioral realist revision of "Affirmative Action"*. California Law Review, 94(4),1063-1118 (2006)`Harrison, D.A., Kravitz, D.A., Mayer, D.M., Leslie, L.M., & Lev-Arey, D.,*Understanding attitudes toward affirmative action programs in employment: Summary and meta-analysis of 35 years of research*. Journal of Applied Psychology*,* 91(5),1013-1036 (2006). [↑](#footnote-ref-33)
34. Bowen, William G. and Bok, Derek (1998). The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions. Princeton, NJ: Prinston University Press. [↑](#footnote-ref-34)
35. Mack, D.A., Johnson, C.D., Green, T.D., Parisi, A.G., & Thomas, K.M., *Motivation to control prejudice as a mediator of identity and affirmative action attitudes*. Journal of Applied Social Psychology, 32(5),934-964 (2002). [↑](#footnote-ref-35)
36. בארצות הברית קבלת מועמד שאיננו עומד בתנאי הסף איננה חוקית: Plous, S., Ten myths about affirmative action. In S. Plous (Ed.), *Understanding Prejudice and Discrimination* (pp. 206-212). New York: McGraw-Hill (2003) *.* (למעט משרות בכירות בארצות הברית). [↑](#footnote-ref-36)
37. Nacoste, R.B. Sources of stigma: Analyzing the psychology of affirmative action.

*Law & Policy, 12(2),* 175-195 (1990). ניתן לומר אל מול קבוצת הרוב, אך בהקשר של נשים וגברים אין הדבר בהכרח נכון ולכן ציינתי "הקבוצה החזקה". [↑](#footnote-ref-37)
38. Kravitz, D.A., & Platania, J. (1993). Attitudes and beliefs about affirmative action: Effects of

target and of respondent sex and ethnicity. *Journal of Applied Psychology*, *78(6),* 928-938. [↑](#footnote-ref-38)
39. Smith, W.A. (1998). Gender and racial/ethnic differences in the affirmative action attitudes of

U.S. college students. *Journal of Negro Education, 67(2),* 127-141. [↑](#footnote-ref-39)
40. Niemann, Y.F., & Dovidio, J.F. (1998). Tenure, race/ethnicity and attitudes toward

affirmative action: A matter of self-interest? *Sociological Perspectives, 41(4),* 783-796. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ch.M. Koggel "A Feminist View of Equality and Its Implication for Affirmative Action" 7 Canadian Journal of Law and Jurisprudence (1994) 43 [↑](#footnote-ref-41)
42. ראו על הבדלי גישה בין הצדקת העדפה מתקנת בשירות המדינה לבין היעדרה בשוק העבודה הפרטי, הנהנה מחירות גבוהה יותר בבחירת העובד. Koggle p.45 [↑](#footnote-ref-42)
43. Koggle p.46;

Clayton, Susan D. and Crosby, Faye J. (1992) Justice, Gender, and Affirmative Action. University of Michigan Press. [↑](#footnote-ref-43)