

תוכן עניינים

מבוא	3
התפתחותו של עיקרון ההעדפה המתקנת	3
יישום של עיקרון ההעדפה המתקנת כלפי נשים בחקיקה	5
תחולה רחבה או מצומצמת	7
עיקרון ההעדפה המתקנת לנשים בבחירות לכנסת	9
סיכום	10
רשימה ביבליוגרפית	12

מבוא

בעבודה אבחן האם ראוי לקבוע את עיקרון ההעדפה המתקנת לגבי נשים בבחירות לכנסת, באמצעות קביעת מכסות מינימום לייצוג נשים במפלגות המתמודדות בבחירות לכנסת. בחינה זו אעשה לאור השיקולים השונים בעד ונגד עיקרון ההעדפה המתקנת בכלל, וקביעת מכסות מינימום בפרט. כפי שיובהר, קביעת מכסות מינימום היא הביטוי הדרסטי והקיצוני ביותר של עיקרון ההעדפה המתקנת, וישנה תמימות דעים כי יש לצמצם, ואף לבטל לחלוטין, את השימוש באופן ביטוי זה, ויש לעשות שימוש בביטויים מרוככים יותר של עיקרון ההעדפה המתקנת, כמו הזכות לייצוג הולם או הקצאת משאבים. אבחן האם הטענות כנגד קביעת מכסות מינימום רלוונטיות גם לגבי ייצוג נשים במפלגות המתמודדות בבחירות לכנסת, ואציג את עמדתי האישית.

התפתחותו של עיקרון ההעדפה המתקנת

עיקרון ההעדפה המתקנת משמעותו כי לעיתים ניתן לתת עדיפות ויחס שונה, ומיטיב, לחברי קבוצה מופלה. המשמעות המעשית היא, כי חברי הקבוצה המופלה, עליהם חל עיקרון ההעדפה המתקנת, זוכים ליחס עדיף ביחס לשאר. עיקרון ההעדפה המתקנת נובע מתוך תפיסה לפיה ישנן קבוצות הסובלות מהפליה מתמשכת, במשך שנים, ועל מנת להשיג שוויון תוצאתי לגביהן לא ניתן להסתפק בשוויון פורמאלי ובמתן הזדמנות שווה, אלא יש לנקוט בצעדים מתערבים, ולהעניק לאותה קבוצה עדיפות כדי שעדיפות זאת תביא את חברי הקבוצה המופלה לאותו מקום שבו נמצאים כל השאר.

אימוצו של עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל נעשה לראשונה בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת שדולת הנשים¹. בפרשה זו קבע בית המשפט העליון את עיקרון ההעדפה המתקנת כלפי נשים. כך נאמר על ידי בית המשפט העליון:

"רעיון "ההעדפה המתקנת" (או המקדמת: "action affirmative") נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית. לבו של עקרון השוויון (על-פי התפיסה המסורתית) הוא ב"יחס שווה אל שווים", וביטוי הרגיל בחיי החברה הוא במתן הזדמנות שווה לכול. דא עקא, שמתן הזדמנות שווה עשוי להשיג תוצאה שוויונית רק כאשר האוכלוסיות המתמודדות עושות כן מעמדת מוצא שהיא פחות או יותר שווה; שכן רק בתנאים של שוויון התחלתי הינן בעלות סיכויים שווים להשיגה... ההעדפה המתקנת באה לאזן פער זה. היא מבוססת על התפיסה, כי בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די במתן הזדמנות שווה לכול. מתן הזדמנות שווה, בנסיבות כאלו, יקיים רק נוסחה של שוויון פורמאלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה... תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה"².

¹ בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 01.11.94). 501.

² שם, בעמ' 15-16.

עיקרון ההעדפה המתקנת מוכר גם במשפט הבינלאומי. האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית³ קובעת בסעיף 1(ד) כי המדינות החברות רשאיות לנקוט באמצעים של העדפה המתקנת כלפי קבוצות המוגנות על פי האמנה⁴. הקבוצות המוגנות על פי האמנה הבינלאומית הן קבוצות המופלות על רקע גזעי, ולפי האמנה ניתן ליישם את עיקרון ההעדפה המתקנת בקשר לקבוצות אלו, אולם האופן שבו אומץ עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל הוא רחב יותר, והוא יושם גם בקשר לקבוצות מופלות שלא על רקע גזעי, כמו למשל קבוצת הנשים שהיא הקבוצה הראשונה שלגביה נקבע עיקרון ההעדפה המתקנת בפרשת שדולת הנשים.

בספרות יש חילוקי דעות בקשר ליחס שבין עיקרון ההעדפה המתקנת לבין עיקרון השוויון. המחלוקת היא בקשר לשאלה האם עיקרון ההעדפה המתקנת מהווה חריג לעיקרון השוויון, או שאולי הוא דווקא מגשים את עיקרון השוויון. בדברים שנאמרו על ידי בית המשפט העליון בפרשת שדולת הנשים, ושצוטטו לעיל, נאמר כי עיקרון ההעדפה המתקנת "נגזר מעיקרון השוויון", ונראה כי לעמדתו של בית המשפט לא מדובר בחריגה מעיקרון השוויון. אולם לא כולם מסכימים לכך. חילוקי הדעות הללו נובעים מחילוקי דעות בסיסיים יותר, בקשר למהותו של עיקרון השוויון – כשוויון פורמאלי או כשוויון תוצאתי.

לפי גישה אחת – זאת שאומצה בפרשת שדולת הנשים – עיקרון ההעדפה המתקנת מגשים את עיקרון השוויון⁵. גישה זאת יוצאת מתוך תפיסה כי מהותו של עיקרון השוויון הוא שוויון מהותי/תוצאתי. לכן, על אף שעיקרון ההעדפה המתקנת משמעותו מתן יחס שונה, ויש בו חריגה מהשוויון הפורמאלי, הוא מגשים את עיקרון השוויון בכך שהוא מגשים את השוויון התוצאתי/המהותי. לפי גישה זו, אין פסול במתן יחס שונה כל עוד שהיחס השונה משיג את השוויון במבחן התוצאה.

לפי גישה אחרת, עיקרון ההעדפה המתקנת מהווה חריגה מעיקרון השוויון, ומנוגד לו⁶. גישה זו יוצאת מתוך תפיסה כי עיקרון השוויון משמעותו שוויון פורמאלי, ומתן הזדמנות שווה, וכל יחס שונה הסוטה מהשוויון הפורמאלי, בין אם מדובר ביחס מיטיב ובין אם מדובר ביחס המפלה לרעה, ייחשב כחריגה מעיקרון השוויון. תומכי גישה זו צריכים למצוא הצדקות לקיומו של עיקרון ההעדפה המתקנת, ובמאמר של נבות וקנדלשטיין מרחיבות המחברות לבאר כי למרות שעיקרון ההעדפה המתקנת סותר לעיקרון השוויון עדיין ניתן להצדיק אותו בנסיבות מסוימות לאור תנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³ האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, כ"א 25, 547 (1966). האמנה אושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1979.

⁴ ראה: הילי מודריק-אבן חן, "הערות על זכויות קבוצתיות בישראל על רקע ספרו של נתן לרנר על זכויות קבוצתיות והפליה במשפט הבין-לאומי", משפט ועסקים כה (2020). 1. 7.

⁵ לתמיכה בגישה זו ראה: משה כהן-אלהי, "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?", משפט וממשל יז (2016). 147. 165; בן ציון להב, "עיון בזכות לייצוג הולם במלאת יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת", קרית המשפט ד (תשס"ד). 3.

⁶ לתמיכה בגישה זו ראה: סוזי נבות ומורן קנדלשטיין-היינה, "העדפה מתקנת כ"הפליה חוקתית", בתוך: ספר אליהו מצא (2015). 145. (להלן: "נבות וקנדלשטיין"). גישה זו עלתה גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בבג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 09.07.01), בעמ' 30 נכתב: "עיקרון השוויון במובן המקובל, הן המובן הצר והן המובן הרחב, אינו מחייב ייצוג הולם". אולם בהמשך הדברים נכתב כפי הגישה הראשונה: "העדפה מתקנת... נגזרת מעיקרון השוויון ומשמשת אמצעי להגשמת השוויון".