

חוקתי

עיון בזכות לייצוג הולם במלאת יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת

מאת

ד"ר בן-ציון להב*

בעשור האחרון ניכרת בישראל מגמת התפתחות שיטתית, עקבית ומואצת של הזכות לייצוג הולם כאמצעי להעדפה מתקנת. הזכות לייצוג הולם הוענקה, בהיקף שונה, לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות. פיתוחה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם נעשה לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה משפטית-חוקתית-שיטתית, אשר את התשתית העיונית לפיתוחן הניח השופט אגרנט לפני יובל שנים בעניין **קול העם**. לאורה של תפיסה זו, ניתן וראוי להמשיך ולפתח הלכתית את עיקרון ההעדפה המתקנת. במאמר זה מוצע לפתח את עיקרון ההעדפה המתקנת באופן שהזכות לייצוג הולם תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, הכולל אפליה על רקע דת, לאום, גזע, מין, נטייה מינית ומוגבלותו של האדם, וכן על כלל הגופים עליהם חל העיקרון. לעומת זאת, הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון והסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, ולא באמצעות הזכות לייצוג הולם.

* מרצה, הקריה האקדמית, קריית אונו. תודתי המיוחדת נתונה לחברתי פרופסור יפה זילברשץ, דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, על שעודדה והאירה הארות מועילות לטיטות המאמר, ולחברי ד"ר דודי שוורץ, המשנה לנשיא ודיקאן הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית קריית אונו, על תרומה שאין לה שיעור. כמורכך, תודתי נתונה לתלמידי דוד ש' גבאי שסייע לי במחקר ההשוואתי, ולתלמידותיי לימור ארד ומור מזרחי שסייעו לי באיסוף הספרות והפסיקה בישראל. תודתי נתונה גם לעו"ד מישאל שרעבי, חבר מערכת קריית המשפט, על הערותיו לטיטות המאמר.

בן-ציון להב

- א. עיקרון ההעדפה המתקנת
1. תכלית ההעדפה המתקנת
 2. על השיקולים לחיובו ולשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת
 3. טיבה של הזכות להעדפה מתקנת
 4. הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות יסוד המעוגנת בחוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל
 5. הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", הזכות ל"ייצוג הולם" והזכות ל"הקצאת משאבים" כביטויים לעיקרון ההעדפה המתקנת
- ב. התפתחותה בישראל של הזכות לייצוג הולם
- ג. יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת – פעילות שיפוטית לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה חוקתית
1. פיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם
 2. יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת – פיתוח ופרשנות הזכות לייצוג הולם לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה חוקתית
 3. הזכות לייצוג הולם הוענקה עד כה בהיקף שונה לקבוצות אוכלוסייה המשתייכות כולן ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, והיא אינה מקיפה את כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות לגרעין זה ואת כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון
- ד. מגמות עתידיות לפיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם
1. התפיסה לאורה ראוי להמשיך ולפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם
 2. ניתן וראוי לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון
 3. ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה המהוות "חיתוך" של קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם, כקבוצות אוכלוסייה נפרדות ועצמאיות, כאשר תת-הייצוג הנו מתמשך וחמור במיוחד אף ביחס לכל אחת מקבוצות האוכלוסייה אשר מ"חיתוכן" נגזר קיומה של הזכות הנפרדת, ומגיע כשהוא-לעצמו לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם
 4. הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי אך אינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, כולל באמצעות פיתוח זכות הלכתית להקצאת משאבים
 5. ההסדר החקיקתי החיובי לעניין קביעת הזכות לייצוג הולם אין לראותו כהסדר שלילי לעניין קביעת זכות הלכתית רחבה יותר
- ה. סיכום

על-פי תפיסת היסוד של עולמנו, האדם שנולד בצלם, אינו רק "נזר הבריאה". האדם וזכויותיו הנם "נזר המדינה", "נזר ההסדרים המשפטיים" ותכליתם. השוויון הנו ערך מרכזי בתפיסת עולמה של חברתנו. הוא אחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו ואחד מזכויות היסוד של האדם¹. "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה... תחושת חוסר השוויון היא

1 ראו, למשל, י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165; ד' קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה (תש"ס) 297, 315-321.

מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם². כתרים רבים קשר בית-המשפט לערך השוויון. "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"³, "תחילת התחילות"⁴ ו"עיקרון מן הראשונים במלכות — משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות"⁵. "ביודענו זאת — ידענו הכול; לא ידענו זאת — לא ידענו דבר"⁶.

אולם, על אף תפיסתנו הברורה לגבי חשיבותו של עיקרון השוויון, ועל אף ששיטת המשפט בישראל הכירה מאז ומתמיד בזכות הפרט לשוויון, עדיין קיימות בישראל קבוצות אוכלוסייה אשר סובלות בפועל מפגיעה קשה, חמורה ומתמשכת בשוויון. על-כן, חברה שאינה "עיוורת" לפגיעה חמורה זו בשוויון הקיבוצי (ולא רק "עיוורת צבעים"), ראוי שתאמץ את עיקרון ההעדפה המתקנת כאמצעי משפטי, שתכליתו לשנות מצב חברתי זה.

מאמר זה, נכתב במלאת יובל שנים לפסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם⁷ ובאספקלריה של עשור שנים מאז היה עיקרון ההעדפה המתקנת לחלק משיטת משפטה של מדינת ישראל. נקודת זמן זו, היוותה עבורנו הזדמנות מצוינת להצביע על כך כי פעילותו השיפוטית של בית-המשפט בעניין קול העם ובפסקי הדין העוסקים בזכות לייצוג הולם⁸ נעשתה לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה משפטית-חוקתית-שיטתית, אשר את התשתית העיונית לפיתוחן בפסיקה הישראלית הניח השופט אגרנט בעניין קול העם. לאור תפיסה וחשיבה משפטית-שיטתית זו, נעשית פעילותו השיפוטית של בית-המשפט ביובל השנים האחרונות. מכאן גם

- 2 השופט ברק בבג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 332, 309 (להלן — "עניין פורז").
- 3 השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (להלן — "עניין ברגמן").
- 4 השופט חשין בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501 (להלן — "עניין מרכז השלטון המקומי"); ושם, בעמ' 503: "בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה".
- 5 השופט חשין בבג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650 (להלן — "עניין שדולת הנשים השני").
- 6 השופט חשין, שם, בעמ' 651.
- 7 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן — "עניין קול העם"). ניתן בז' בחשוון תשי"ד (16.10.53). יחד עם השופט אגרנט, שכתב את פסק הדין, ישבו בהרכב השופטים זוסמן ולנדוי.
- 8 בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501. ניתן בכ"ז בחשוון תשנ"ה (1.11.94). בהרכב השופטים ישבו השופטים מצא, זמיר וקדמי (להלן — "עניין שדולת הנשים הראשון"); עניין שדולת הנשים השני, ניתן בי"ט באב תשנ"ח (11.8.98). יחד עם השופט חשין, שכתב את פסק הדין, ישבו בהרכב השופטים זמיר ובייניש; ובג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15. ניתן ביום י"ח בתמוז תשס"א (9.7.01). יחד עם השופט זמיר, שכתב את פסק הדין, ישבו בהרכב השופטים חשין ובייניש (להלן — "עניין האגודה לזכויות האזרח").

השפעתו המכרעת על הפסיקה הישראלית, עד עצם היום הזה⁹. לאור תפיסה זו, פותחה גם הזכות ההלכתית לייצוג הולם. לאור תפיסה זו, ניתן וראוי להמשיך ולפתח בפסיקה את הזכות לייצוג הולם, ואת עיקרון ההעדפה המתקנת בכלל. המאמר יתמקד בזכות לייצוג הולם שהנה הביטוי המכריע לעיקרון ההעדפה המתקנת בישראל, בהישגים שהושגו עד כה, ובמגמות ההתפתחות העתידיות של העיקרון.

בעשור האחרון ניכרת בישראל מגמת התפתחות ברורה, שיטתית, עקבית ומואצת של הזכות לייצוג הולם כאמצעי להעדפה מתקנת. מגמת התפתחותה השיטתית והמואצת של הזכות לייצוג הולם, מצביעה על "מערכת החיים הלאומיים" הברורה של העם בישראל, כי בנסיבות ראויות, הזכות לייצוג הולם הנה אמצעי ראוי להגשמת השוויון הקיבוצי. תפיסה זו של החברה בישראל, מקרינה על המשך פיתוחה של הזכות לייצוג הולם, ועל המשך פיתוחו של עיקרון ההעדפה המתקנת. הזכות לייצוג הולם הוענקה בישראל לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות. בכך מתגלית תפיסת עולמה של החברה בישראל כי ראוי להעניק את הזכות רק לקבוצות האוכלוסייה האמורות, המופלות על רקע דת, גזע, לאום, מין ומוגבלותו של האדם, המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, אשר הפגיעה בו מהווה פגיעה קשה וחמורה במיוחד הפוגעת קשה גם בכבודו האנושי של האדם.

לשלושת קבוצות האוכלוסייה האמורות, הוענקה הזכות בהיקף שונה, מבחינת הגופים עליהם חלה החובה להעניק את הזכות. הזכות לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים", הוענקה חקיקתית לנשים, והלכתית לבני האוכלוסייה הערבית. קודם לכן, הוענקה לנשים ובעקבותיהן לבני האוכלוסייה הערבית, זכות חקיקתית במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות ובקרב עובדי שירות המדינה. לעומת הנשים ובני האוכלוסייה הערבית, לאנשים עם מוגבלות הוענקה הזכות בקרב עובדי שירות המדינה בלבד. יחד עם זאת, רק לאנשים עם מוגבלות הוענקה זכות חקיקתית לייצוג הולם, במשפט הפרטי, לתקופת זמן מוגבלת, בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים. לנשים ולבני האוכלוסייה הערבית לא הוענקה זכות דומה. ולשלושת קבוצות האוכלוסייה גם יחד, לא הוענקה הזכות לייצוג הולם בכלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון, למשל, בגופים "דר-מהותיים", זאת למרות שהזכות לייצוג הולם נכללת בזכות הכללית לשוויון. הזכות לייצוג הולם גם לא הוענקה לכלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. למשל, לקבוצות האוכלוסייה המתוספות מעת לעת לשוויון החוקתי הקלאסי האמור, כמו קבוצות האוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע נטייתו המינית של האדם; או לקבוצות אוכלוסייה שכבר הוכרו כמשתייכות ל"גרעין החוקתי" האמור אך לא הוענקה להן זכות חקיקתית

9 ראו להלן בפרק 2.2.

לייצוג הולם, כמו קבוצות אוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע השתייכותן הלאומית-דתית, שאינה "האוכלוסייה הערבית" כהגדרתה בחוק. נראה, כי ראוי להמשיך ולפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם. את הזכות ניתן לפתח לא רק חקיקתית, אלא גם הלכתית, במסגרת הפעילות השיפוטית בדבר פיתוח המשפט. הזכות לייצוג הולם ראוי שתחול בשוויון על שלושת קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות (נשים, בני האוכלוסייה הערבית ואנשים עם מוגבלות), ב"גופים ציבוריים", בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים, ובכלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון. הזכות ראוי שתחול גם על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, הכולל אפליה על רקע דת, לאום, מין, נטייה מינית ומוגבלותו של האדם. כמו-כן נראה, כי עד שתתקבל, אם תתקבל, הצעתנו לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, ראוי שיהא שיקול דעת לגופים האמורים להעניק משקל נאות לייצוג ההולם לקבוצות האוכלוסייה האמורות. יחד עם זאת, בדרך כלל אין זה ראוי לפתח את הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג", ואף קשה לפתחה הלכתית. מודגש, עצם קביעת היקף "פנימי" רחב לזכות, אין משמעותה שתוענך בסופו של דבר, בכל המקרים ובכל הנסיבות, הגנה משפטית למלא היקף זה של הזכות.

בישראל קיימות קבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (למשל, בעיירות ובשכונות מסוימות), אשר סובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי (למשל, בחינוך ובעבודה). אף לגבי קבוצות אוכלוסייה אלה ראוי לנקוט מדיניות העדפה המתקנת. אולם, נראה כי השוויון הקיבוצי לקבוצות אוכלוסייה אלה, ראוי שיוגשם באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, כולל באמצעות פיתוח זכות הלכתית להקצאת משאבים כאמצעי להעדפה מתקנת, אך לא באמצעות הזכות לייצוג הולם.

הפרק הראשון יעסוק בהיבטיו הכלליים של העיקרון — ברעיון ההעדפה המתקנת, בשיקולים לחיובו ולשלילתו, בטיבה של הזכות להעדפה המתקנת, במעמדה הנורמטיבי ובביטוייה השונים. הפרק השני יעסוק בהתפתחותה של הזכות לייצוג הולם כביטוי המכריע לעיקרון ההעדפה המתקנת בישראל. הפרק השלישי יעסוק בפעילות השיפוטית בדבר פיתוח ההלכתי ופרשנותה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם. הפרק הרביעי יעסוק במגמות העתידיות לפיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם, וכן בפיתוח זכות הלכתית להקצאת משאבים כביטוי נוסף של ההעדפה המתקנת.

א. עיקרון ההעדפה המתקנת

1. תכלית ההעדפה המתקנת (Affirmative Action)¹⁰

כדי להגשים את השוויון, לעתים יש לנהוג בשונות. כדי להעניק סיכוי שווה לכל, לעתים אין די בהענקת ההזדמנות הפורמאלית השווה לכל¹¹. הוכח, על-פי מבחן התוצאה, כי כדי להגשים את השוויון המהותי בפועל, אין די בהענקת זכות הפרט לשוויון, אלא יש להעדיף את הפרטים המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה הסובלות

10 מקור המונח עוד בשנת 1935 בתקופת ממשלו של פ"ד רוזוולט, עת נתקבל חוק יחסי העבודה הלאומיים (National Labor Relations), במסגרתו הוקמה ועדה שהוסמכה על-ידי הקונגרס לנקוט "צעדים ממשיים" – "Affirmative Action" לתיקון נוהגי עבודה לא הוגנים. הייתה זו הפעם הראשונה בה נטבע מונח זה בהקשר למאבק באפליה גזעית, ולימים קיבל את משמעותו כ"העדפה מתקנת" (ראו: P.H. Schuck "Affirmative Action: Past, Present and Future" 20 (Yale Law and Policy Review (2002)1, 46–47).

המחוקק הישראלי אימץ את המונח "העדפה מתקנת", ראו: סעיף 1ב לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951, ס"ח 248 (להלן – "חוק שיווי זכויות האשה"), וסעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, ס"ח 152 (להלן – "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות"). המונח "העדפה מתקנת" אומץ גם בפסיקה הישראלית, ראו להלן בפרקים ב ו-ג. השופט ד' דורנר מאמצת את הביטוי "הבחנה משווה". לדעתה, המונח "העדפה מתקנת" הנו בעל קונוטציה שלילית מאחר שהוא מרמז על פגיעה בשוויון, ראו: ד' דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 541. פרופ' מקינון טוענת, כי הביטוי "העדפה מתקנת" מטעה. לא מדובר ב"מתן העדפה", אלא ב"הסרת העדפה". על-כן, אין מדובר ב"העדפה משווה" אלא ב"השוואת העדפה". גישה פמיניסטית זו גורסת, כי מאחר שהמערכות החברתיות והציבוריות נשלטות מאז ומעולם על-ידי גברים ומעניקות באופן שיטתי, מובנה וגורף העדפה לגברים, לכן למעשה מדובר בהרחבת ה"העדפה" גם לנשים, ראו לעניין זה: C. MacKinnon "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard University pres, Cambridge, 1987) 32, וכן א' קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (משרד הביטחון, תשס"ב), 61–71 ו-84.

11 אכן, כדברי השופט ברק בעניין אגודת דרך ארץ: "...אין זה כלל פאראדוקס, כי לשם השגת השוויון יש לפעול בתוך שונות. היטיב להביע זאת השופט Blackmun J. בפרשת *Regents of University of California v. Bakke* 438 U.S. (1987) 265 באומרו At 407:

'...in order to treat some persons equally, we must treat them differently'
... מתן הזדמנות שווה לעשיר ולעני לישון מתחת לגשר אינו יוצר שוויון בין השניים באשר לסיכויי השינה הטובה" (בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 11–12 (להלן – "עניין אגודת דרך ארץ").

ראו גם דבריה של השופטת נתניהו בעניין אליצור:
"... יחס של שוויון איננו מוביל תמיד לתוצאה צודקת, ולעתים יש לנהוג בחוסר שוויון כדי להשיג צדק, הכול בהתאם למטרה, שאליה אנו שואפים להגיע. כשנקודת המוצא ההתחלתית של האחד נחותה משל רעהו, יש צורך להעניק לו יותר כדי להביא את השניים לידי שוויון..." (בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהרייה, פ"ד לז (3) 17, 21 (להלן – "עניין אליצור").

מפגיעה קשה, חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי (שמתבטאת בהדרה בפועל ממוקדי הכוח הציבוריים, התרבותיים והכלכליים בחברה בישראל)¹². הזכות להעדפה המתקנת נועדה למנוע את אותה פגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי הנגרמת עקב תפיסות פסולות, דעות קדומות, דימוי שלילי, מסורות ומוסכמות חברתיות, נוהגים והרגלים שנשתרשו במשך דורות כלפי קבוצות אוכלוסייה מסוימות. מצב חברתי זה של פגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון, מחזק מצידו את התפיסה הפסולה שאותה קבוצת אוכלוסייה הנה קבוצה נחותה שאינה יכולה או ראויה לשאת בתפקידים בכירים וליטול חלק בניהול חייהם וחי החברה. כך, נוצר אותו "מעגל שוטה" היוצר מצב חברתי שתוצאתו אפליה קיבוצית שמאופיינת בקביעות¹³, שקשה להסבירה במונחים סטטיסטיים¹⁴. תוצאה זו קשה לנו כחברה לקבלה. קשה גם לראות

12 על רעיון ההעדפה המתקנת עמד גם השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון: "רעיון ההעדפה המתקנת" (או: 'המקדמת', "Affirmative Action") נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית. לבר של עקרון השוויון (על-פי התפיסה המסורתית) הוא ביחס שווה אל שווים, וכיטויו 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. לא כן הדבר באוכלוסיה המורכבת מקבוצות חזקות במיוחד ומקבוצות חלשות במיוחד. פער ניכר בשוויון היכולת, בין שמקורו בחוקים מפלים שהיו תקפים בעבר ועברו מן העולם, ובין שנתהווה בעטיין של תפיסות עולם פסולות שנשתרשו בחברה, מגביר את סיכויי הקבוצות החזקות וגורע מסיכויי הקבוצות החלשות. ההעדפה המתקנת באה לאזן פער זה. היא מבוססת על התפיסה, כי בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די בהזדמנות שווה לכל. מתן הזדמנות שווה, בנסיבות כאלו, יקיים רק נוסחה של שוויון פורמאלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה. קיומו לאורך זמן של שוויון פורמאלי בלבד מעלה את החשש שבשל דרכו של עולם ונוהגי הבריות, תונצחנה תוצאותיה של הפליה. תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה" (עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 516-517).

13 על הפגיעה בשוויון בין המינים, כפגיעה המאופיינת בקביעות, עמד השופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני:

"הפלייתן של האישה לרעה הנה רעה חולה המלווה את החברה מימי-קדם, מאות ואלפים בשנים. הפליה מתמשכת זו יצרה אורחות-חיים ואורחות-מחשבה מסוימות, ואלו העמיקו שורש עד שלעתים דומה — על דרך ההפלגה — כי יצרו מעין מוטציה במערכת הגנטית שלנו. מכל מקום, כולנו ידענו כי אורחות אלו לא ניתן לשרשן מבוקר עד ערב. יתר-על-כן: התמשכותה של הפליה שנים כה רבות יצרה שכבות של הפליה — זו על גבי זו — וכך נתגבשה והלכה הפליה מצטברת, הפליה שלבשה מחלצות של מעין סטטוס" (עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 659-660).

14 כדבריו של השופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני: "אכן, התופעה הנגלית לעינינו היא זו, שמקומן של נשים נעדר בגופים ציבוריים בשיעור ובנסיבות שחוקי הסטטיסטיקה יתקשו להסבירה בלא שנכניס למערכת את יסוד הפליה..." (עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 664).

את השינוי נעשה מאליו במסגרת התהליכים החברתיים "הטבעיים" מעצמם ומתוכם, ללא אימוץ עיקרון ההעדפה המתקנת. על-כך, נולד רעיון ההעדפה המתקנת המבקש ליצור אמצעי משפטי "אקטיבי" זמני שנועד לפרוץ "מעגל" זה¹⁵, ולהגשים את השוויון המהותי בפועל, ובכך להגשים צדק¹⁶.

2. על השיקולים לחיובו ולשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת

השיקולים לחיובו של עיקרון ההעדפה המתקנת מתבססים על משקלם הכבד של שיקולי הצדק שבהגשמת השוויון המהותי בפועל בין הקבוצות השונות

- כן ראו דברי השופט מצא, בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 524 ו-526; ודברי השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 33. לנתונים סטטיסטיים כראיות משכנעות לאפליה (אך אין נדרש להוכיח כי אותו מעסיק הפלה בעבר), ראו השופט Powell: *Wygant v. Jackson Board of Education* 476 U.S. 267 (1986) (להלן – "עניין wygant").
- 15 ההעדפה המתקנת נועדה לפרוץ את החסמים, בעיקר הסמויים, שאתם מתמודדות הקבוצות המופלות, ולהביא לידי שינוי חברתי. שינוי חברתי זה יוכיח את העדר היסוד שבבסיס אותן תפיסות פסולות שגרמו לפגיעה בשוויון. בכך נסייע לתהליכים החברתיים "הטבעיים" להגשים את השוויון המהותי בפועל. בכך נמנע את קיומה של אותה "תקרת זכוכית" – הדרה בפועל של קבוצות אוכלוסייה (כמו נשים, ערבים או אנשים עם מוגבלות) מתחומים חברתיים ותרבותיים, ממוקדי כוח מרכזיים ומתפקידים בכירים. לטיעונים הפמיניסטיים ולהעדפה מתקנת לגבי נשים, ראו קמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 45–47 ו-82–88.
- 16 לגישה, כי השוויון הנו אמצעי להגשמת התכלית בדבר עשיית צדק, ראו: השופט מצא, בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 521; והשופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 654. השופט נתניהו בעניין אליצור מציין כי:
- "השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו. השוויון הנו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידה של הרשות ביושר ובהגינות, על מנת להגיע לתוצאה צודקת. ... הצדק שבתוצאה הוא הקובע ולא קדושת העיקרון של השוויון, שבא רק לשרת את מטרת הצדק" (עניין אליצור, לעיל הערה 11, בעמ' 20–21).
- ראו גם דבריו של השופט חשין בעניין מרכז השלטון המקומי:
- "אכן, שוויון אין בו ערך לעצמו והרי הוא כפרוזודור המוליך אל טרקלין. ובטרקלין יכהנו כהן גדול וכוהנת גדולה...בחינה מקרוב תגלה לנו – ולא להפתעתנו – כי שוויון 'מהותי' אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות. לצדק ולהגינות פנים הרבה, שאינן זהות זו לזו: שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בנקודת המוצא, שוויון בהקצאת משאבים, שוויון בצרכים וכולי. ואולם 'שוויון מהותי' בכל אחד מאלה נרדף הוא – גם להלכה וגם למעשה – לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות" (עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 4, בעמ' 502).
- ראו גם דברי השופט אור בעניין אביטן:
- "עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון "הטכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים" (בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (4) 297, 299 (להלן – "עניין אביטן")).
- לגישה זו השוללת את התוכן העצמאי של עיקרון השוויון ראו P. Westen "The Empty Idea of Equality" 95 *Har. L. Rev.* (1982) 537. על גישה זו נמתחה ביקורת בספרות, ראו: זמיר וסובל, לעיל הערה 1, בה"ש 35, בעמ' 172–173.

באוכלוסייה¹⁷. שיקולי צדק אלה מתחלקים לשיקולי הצדק המתקן, לשיקולי הצדק המחלק ולשיקולי הצדק התועלתני. שיקולי הצדק המתקן (את האפליה ההיסטורית בעבר) מתבססים על התפיסה, כי על חברה שנוצרה בקרבה מציאות של פגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, לשאת בנטל תיקון מציאות זו. שיקולי הצדק המחלק (המקצה מחדש, לעתיד, את משאבי החברה באמצעות "הנדסה חברתית") מתבססים על התפיסה כי על החברה לאפשר לפרטיה נגישות שווה למשאביה (כמו חינוך, עבודה וביטחון). השיקולים בדבר הגשמת הצדק המתקן והגשמת הצדק המחלק, גם יחד, מבקשים להגשים את זכותם לשוויון של הפרטים המשתייכים לקבוצות המופלות, להגשים "מגוון" ("Diversity") חברתי עשיר מבחינה תרבותית ומחשבתית¹⁸, לנפץ את הסטריאוטיפים והדימויים השליליים לגבי הקבוצות המופלות (בעיני סביבתם ובעיני עצמם) וליצור דגמי חיקוי ("Role Modeling") ותקווה לקבוצות אלו¹⁹. אף שיקולי הצדק התועלתני (התומכים בחלוקת משאבי החברה באמצעות שוק חופשי), מחייבים את השימוש בהעדפה המתקנת כאמצעי לניצולו הראוי של מלוא ההון האנושי²⁰.

17 לדיון בארץ בשיקולים לחיובו ולשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת, ראו: ר' בן-ישראל שויון הודמנויות ואיסור אפליה בעבודה (תשנ"ח, כרך ב), 501–522; פ' רדאי "על ההעדפה המתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145; ס' פלאוט "העדפה מקלקלת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 235; דורנר, לעיל הערה 10; ה' מודריק-אבן חן העדפה מתקנת בישראל – הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה (נייר עמדה 24, המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א).

18 בעניין *Bakke* ראה בית-המשפט העליון של ארה"ב את התכלית בדבר יצירת "גוף סטודנטיאלי מגוון" ("Diverse Student Body") שיעשיר את השיח האקדמי והחברתי, כתכלית ראויה ("Compelling Government Interest") שההעדפה המתקנת נועדה להגשימו (ראו השופט Powell, *Regents of University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978), 315; להלן – "עניין *Bakke*"). לאחרונה, בעניין *Grutter v. Bollinger* (טרם פורסם; ניתן ביוני 2003; להלן – "עניין *Grutter*"), ראה בית-המשפט ביצירת "מסה קריטית" ("Critical Mass"), ייצוג משמעותי, של בני מיעוטים בגוף סטודנטיאלי, כתכלית ראויה (ראו חוות דעתה של השופטת O'Connor, שכתבה את דעת הרוב (בעמ' 3–5 בפרסום הזמני של פסק הדין). אליה הצטרפו השופטת Ginsburg והשופטים Stevens, Sauter ו-Breyer). לעיקרון "המגוון" ("Diversity"), בתחום חופש הביטוי (בשידורי הרדיו הטלוויזיה), העניק בית-המשפט העליון של ארה"ב משקל מיוחד בעניין *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission* (497 U.S. 547 (1990), 563–601). בעניין זה, אושרה תוכנית להעדפה מתקנת, של הוועדה הפדראלית לתקשורת (FCC), שהעניקה נקודות זכות לבני מיעוטים, במכרזים להקצאת תדרים לתחנות שידור (רדיו וטלוויזיה). לחקיקה בישראל המבקשת להגשים "מגוון" בתחומי התרבות והאומנות, ראו חוק התרבות והאומנות, התשס"ג–2002, ס"ח 64. סעיף 2 לחוק זה, מטיל על הממשלה למנות מועצה ישראלית לתרבות ואומנות (על-פי הצעת שר המדע התרבות והספורט). סעיף 4(ג) הדין בהרכבה של המועצה, קובע: "במועצה יינתן ייצוג הולם למגוון תחומי תרבות ואומנות לרבות ספרות, מוסיקה, אומנות פלסטית, תיאטרון, מחול ותרבות עממית; כן יינתן ייצוג הולם במועצה למגזרי אוכלוסייה שונים".

19 השיקולים בדבר הגשמת הצדק המחלק והצדק המתקן כתכלית עיקרון ההעדפה המתקנת, באו לידי ביטוי גם בפסיקה הישראלית. ראו: השופט מצא, עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 517 ו-521.

20 לשיקול התועלתני ראו עוד: E.M. Iacobucci "Antidiscrimination and Affirmative Action

כאמור, האפליה בה אנו עוסקים מתבססת על תפיסות פסולות, דעות קדומות ושיקולים לא רציונאליים אחרים. על-כן, אין להסתפק אך בכוחות השוק שיגשימו את התכלית בדבר ניצולו הראוי של מלוא ההון האנושי²¹.

השיקולים כנגד אימוץ עיקרון ההעדפה המתקנת, מתבססים על שיקולים ערכיים ותועלתניים גם יחד. השיקול המרכזי ובעל המשקל הכבד ביותר לשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת הוא הפגיעה הנגרמת לזכות הפרט לשוויון. הזכות הקיבוצית להעדפה מתקנת מתנגשת היא מעצם טבעה בזכות הפרט לשוויון. כאשר מעדיפים את א' על-פני ב', ב' נפגע. הפרט האקראי נושא באופן מלא בנטל מדיניות ההעדפה המתקנת (במובן זה שהוא נדחה, למשל, מקבלה ללימודים או לעבודה) ונושא למעשה על גבו את נס הגשמת השוויון החברתי למגזרי האוכלוסייה השונים, גם אם אין הוא אשם בקיומה של הפגיעה ההיסטורית בשוויון²².

שיקולים נוספים שהועלו כנגד הזכות להעדפה מתקנת הם בעלי משקל פחות כבד וניתן לדחותם. כך, למשל, נטען כי ההעדפה המתקנת אינה אפקטיבית (היא עלולה לפגוע בסופו של דבר בחברי הקבוצה המועדפת)²³, לוקה בכוללניות יתר²⁴, מורידה סטנדרטים, פוגעת ביעילות ומעודדת בינוניות ואי-התאמה.

Policies: Economic Efficiency and the Constitution" 36 *Osgoode Hall Law Journal* (1998) 293.

21 לראיה אמפירית לכך, ראו: רדאי, לעיל הערה 17, בעמ' 163.
 22 הביטוי "אפליה הפוכה" – "Reverse Discrimination", מבטא כיום את הטיעון נגד רעיון ההעדפה המתקנת ואת דעתם של המתנגדים לרעיון (ראו, למשל, *Shuck, supra note 10*, at pp. 57–58). בתחילה שימש מונח זה מושג נרדף להעדפה המתקנת. נעשה בו שימוש על-ידי תומכי רעיון ההעדפה המתקנת, ועל-ידי אלה שתבעו את זכותם להעדפה מתקנת. בשלב מסוים, נעשה בו שימוש שונה, כדי להביע עמדה ערכית "הפוכה" ביחס להעדפה המתקנת. בבית-המשפט, נעשה בו שימוש על-ידי קבוצות אוכלוסייה (שלא הוענקה להן הזכות להעדפה מתקנת) שטענו לפגיעה בשוויון כתוצאה מהפעלת מדיניות ההעדפה המתקנת. ראו, למשל, בן-ישראל, לעיל הערה 17, בעמ' 511–512.

23 החברה מתייחסת להישגים שהושגו באמצעות ה"העדפה המתקנת" כאל הישגים מ"סוג ב" שהושגו ב"מסלול מקביל". כך, למשל, בני אדם עלולים להימנע מלהיזקק לשירותיו של בעל מקצוע (למשל, רופא) מחשש שהתקבל ללימודים, ולאחר מכן לעבודה, עקב הפעלתם של "אמצעים מלאכותיים" בדבר ההעדפה המתקנת. גם דימוים העצמי של בני הקבוצה המועדפת עלול להיפגע. הם עלולים להגיע למסקנה כי לא היו מסוגלים להתקבל ללימודים או לעבודה, לולא ההעדפה המתקנת. כמן-כן, עלולה להתפתח עוינות כלפי קבוצות האוכלוסייה המועדפות (מצד קבוצות האוכלוסייה שלא הוענקה להן הזכות), ראו: דורנר, לעיל הערה 10, בעמ' 543; פלאוט, לעיל הערה 17, בעמ' 241–240; וכן בן-ישראל, לעיל הערה 17, בעמ' 517–518. טרייב מדגיש את הפגיעה בתחושת ה"הוגנות הפרוצדוראלית" ("Procedural Fairness") של האוכלוסייה הכללית שאינה נהנית מהזכות להעדפה המתקנת, ראו: L.H. Tribe "Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, Or Structural Justice?" 92 *Harvard Law Review* (1978) 864, 869, 873.

24 כך, למשל, בישראל, אשה ממעמד סוציו-אקונומי גבוה תועדף על-פני עולה חדש, למשל, מאתיופיה או גבר מ"עירית פיתוח" ומ"שכונת מצוקה" ושהנם ממעמד סוציו-אקונומי נמוך ביותר, שאין להם זכות משפטית לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל.

אכן, לעתים ההכרעה בדבר הענקת הזכות להעדפה מתקנת, אינה הכרעה פשוטה. אולם, נראה כי אין זה ראוי ששיקולים אלה ישללו מראש את עצם הענקת הזכות, בכל היקף ובכל הנסיבות. נראה, כי משקלם של השיקולים הנטענים כנגד קיומו של עיקרון ההעדפה המתקנת (כולל הטיעון בדבר הפגיעה בזכות הפרט לשוויון), ראוי שיבואו לידי ביטוי ויישקלו במסגרת האיזון בינם לבין משקלם של השיקולים לחיובו של עיקרון ההעדפה המתקנת²⁵. איזון זה, ראוי שיעשה הן בשלב קביעת קיומה והיקפה ה"פנימי" של הזכות (בשלב קביעת הביטוי הראוי של העיקרון²⁶; לאלו קבוצות אוכלוסייה ראוי להעניק את הזכות²⁷; ועל אלו גופים ראוי להטיל את חובת הענקת הזכות²⁸), והן בשלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות²⁹. בכך, נכריע באופן ראוי בשאלות העומדות לפנינו – לאור משקלם של השיקולים הרלוונטיים בכל שלבי ההכרעה³⁰.

יתרה מזו, השיקולים הנוספים האמורים (מלבד השיקול בדבר הפגיעה בזכות הפרט לשוויון)³¹, השוללים את הענקת הזכות להעדפה מתקנת, קיימים בעיקר בהענקת הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג" (כאשר יש צורך למלא בכל מקרה את מכסת הייצוג, תהינה הנסיבות אשר תהיינה)³², או במסגרת נתונים אובייקטיביים-אנונימיים-פורמאליים (כמו הוספה "אוטומטית" לניקוד הנדרש לקבלת מועמד ללימודים או לעבודה)³³, אך לא לגבי

25 כך, למשל בארה"ב, בה נוסד ופותח עיקרון ההעדפה המתקנת מאז אמצע שנות השישים, בית-המשפט מוצא את הדרך לאזן בין השיקולים המתנגשים (למרות ששאלת ההעדפה המתקנת מפלגת שם לא רק את הציבור אלא גם את בית-המשפט העליון), ראו, למשל, להלן בפרק ד.4(ד) ובהערות השוליים שם, וכן *Schuck, supra note 10, at pp. 2-3*.

26 לביטויים בדבר הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", הזכות ל"ייצוג הולם" והזכות ל"הקצאת משאבים", כביטויים של עיקרון ההעדפה המתקנת, ראו להלן בפרק א.5. לדין כביטויים אלה (תוך התמקדות בזכות לייצוג הולם), ראו להלן בפרקים ב-ד.

27 לקבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם בישראל (נשים, בני האוכלוסייה הערבית ואנשים עם מוגבלות), ראו להלן בפרק ג.3. לקבוצות אוכלוסייה נוספות שראוי, לדעתנו, שתוענק להן הזכות, ראו להלן בפרק ד.2.

28 לגופים שהוטלה עליהם בישראל חובת הענקת הזכות לייצוג הולם בהיקף שונה (גופים ציבוריים, שירות המדינה, מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות וגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים, וכן גופים ציבוריים קונקרטיים נוספים), ראו להלן בפרקים ב ו-ג.3.

29 להבחנה בין שלב קביעת היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם, לבין קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, ראו להלן בפרקים ד.2 ו-ד.4.

30 כך, למשל, השיקולים לחיובו ולשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת, נשקלים לגבי הזכות לייצוג הולם, הן בשלב קביעת היקפה ה"פנימי" של הזכות והן בשלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, ראו להלן בפרקים ג ו-ד.

31 השיקולים הנוספים האמורים כוללים כאמור את הטיעונים, כי ההעדפה המתקנת אינה אפקטיבית, לוקה בכוללניות יתר, מורידה סטנדרטים, פוגעת ביעילות ומעודדת בינוניות ואי התאמה, ראו לעיל בפרק זה.

32 לזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", ראו להלן בפרקים א.5 ו-ד.3.

33 כך, למשל, לאחרונה, בעניין *Gratz v. Bollinger* (טרם פורסם; ניתן ביוני 2003); (להלן – "עניין Gratz"), בית-המשפט (הנשיא Rehnquist שכתב את דעת הרוב, אליה הצטרפו השופט

עצם הענקת הזכות לייצוג הולם (שהנה הביטוי המכריע להעדפה המתקנת בישראל)³⁴, בהיקפה ה"פנימי" הראוי. הזכות לייצוג הולם מהווה אך אחד מהשיקולים הרלוונטיים שיש להעניק לו משקל נאות, בנסיבותיו של כל מקרה קונקרטי. את משקלה של הזכות יש לאזן במשקלם הראוי של שאר השיקולים האחרים המתנגשים, ובכללם השיקולים האמורים. כך, מאחר שברור לנו, למשל לגבי נשים, כי מלבד השוני הביולוגי אין שוני מהותי אחר רלוונטי בין בני שני המינים, הרי שגם ברור שבהענקת משקל נאות לזכות לייצוג הולם לנשים, לא קיים החשש האמור³⁵.

חשש זה גם לא קיים, כמובן, כאשר מעדיפים קבוצות אוכלוסייה מסוימות באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה (למשל, במסגרת תוכניות וצעדים מנהליים), כדי להביאם לעמדת התמודדות שווה (מבחינת כשירותם) לשאר הפרטים המשתייכים לשאר קבוצות האוכלוסייה (ללא העדפתם בקבלה לעבודה או ללימודים בשל השתייכותם הקיבוצית)³⁶.

בהימנעות מראש מאימוץ עיקרון ההעדפה המתקנת, ברור שלא ייפגעו העניינים המתנגשים עם העיקרון. בהעדרו של העיקרון, לא יימצא הניגוד לעיקרון. בהעדר התיזה, לא תימצא האנטי תזה³⁷. אך סביר להניח, על יסוד הניסיון הקודם, כי גם יישאר על כנו המצב החברתי, הקיים עדיין בישראל³⁸, של פגיעה קשה, חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי הגורם גם לפגיעה בכבוד האדם. משקלה של פגיעה זו, עלול להיות, בנסיבות מסוימות, אף כבד יותר ממשקלם של השיקולים השוללים את עצם קיומה של הזכות להעדפה מתקנת (בהיקפה ה"פנימי" הראוי). באי הענקת הזכות יש ויתור מראש, ובכל הנסיבות, על מניעת הפגיעה הקשה, החמורה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי.

O'Connor והשופטים Scalia, Kennedy ו-Thomas) ראה כאפליה אסורה תוכנית להעדפה מתקנת לבני מיעוטים בקבלה ללימודים (לחוגי מדעי הרוח והאומנות בקולג' של אוניברסיטת מישיגן), במסגרתה הוענקו אוטומטית לבני מיעוטים 20 נקודות מתוך 100 הדרושות להבטחת קבלתו של מועמד. בית-המשפט ראה באופיו האוטומטי של מנגנון הקבלה והעדר בחינה אישית של כל מועמד כפגיעה בלתי מידתית, הגם שתכליתה של ההעדפה המתקנת הנה ראויה (להדגשת הפסול שבאופיו האוטומטי של מנגנון הקבלה, ראו במיוחד בחוות דעתה של השופטת O'Connor, בעמ' 1-5 בפרסום הזמני של פסק הדין). כן ראו: רדאי, לעיל הערה 17, בעמ' 167; ודורנר, לעיל הערה 10, בעמ' 549.

- 34 ראו להלן בפרקים ג-ד.
 35 באותה מידה גם ברור שלא קיים שוני רלוונטי על בסיס השתייכותו הקיבוצית האחרת של האדם, למשל, על רקע דת, גזע, נטייה מינית או מוגבלותו של האדם.
 36 לדיון בהקצאת משאבים סבירים במסגרת תוכניות וצעדים מנהליים, ראו להלן בפרק ד.4. (ב).
 37 כאשר משולבת בשיטת המשפט זכות אדם (במקרה זה הזכות הקיבוצית להעדפה מתקנת) מתנגשת היא לעתים קרובות עם אינטרס או עם זכות אדם אחרת (למשל, במקרה זה, זכות הפרט לשוויון, ועניינים אחרים מתנגשים. ראו להלן בסוף פרק ג.2). אכן, "לא פעם נמצא כי בצד עיקרון, מצוי הניגוד לאותו עיקרון, ולצד התיזה מצויה האנטי תזה" — השופט ברק, ע"ב 2/84 ניימן נ' י"ר ועדת הבחירות לכנסת האחד-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 307; וכן ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) פסקה 92.
 38 ראו להלן בפרקים ב-ד.

אמת, בסופו של דבר, מדובר בהכרעה ערכית. אך, האם אין זה ראוי לשלם מחיר סביר וזמני³⁹ (תוך איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים במסגרת המתודה בדבר "איזון על בסיס משקל"⁴⁰), כדי לחיות בחברה שבה קיים שוויון מהותי בפועל? האם תמיד רצוי להעניק לזכות האינדיווידואלית לשוויון משקל מכריע, תהא הפגיעה בשוויון הקיבוצי אשר תהא? לדעתנו, חובתה של החברה לקבוע לה איזונים ובלמים ראויים כדי למנוע את אותה פגיעה קשה, חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי הפוגע גם בכבודו האנושי של האדם⁴¹. הזכות לכבוד מעוגנת בחוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴². על-כן, משקלה כבד. כל רשויות השלטון (המכוננת, המחוקקת, המבצעת והשופטת) חייבות לכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד⁴³. חברה שאינה ממלאת חובה זו (באמצעות רשויותיה), אינה חברה "עיוורת צבעים", אלא חברה עיוורת מוסרית לפגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון⁴⁴. זו תפיסת עולמנו. זו חובתנו המוסרית. זו חובתה גם של שיטת המשפט. זה הוא תפקידו של בית-משפט במדינה דמוקרטית⁴⁵. אכן, עיקרון ההעדפה המתקנת מתיישב עם העיקרון הדמוקרטי⁴⁶ והוכר בשיטות משפט שונות⁴⁷. החברה בישראל אף היא אימצה את התפיסה, הנראית לנו ראויה, כי

39 לאופיה הזמני של הזכות להעדפה המתקנת, ראו לעיל בפרק א.1 ולהלן בפרק א.3.3.א).

40 למתודה בדבר "איזון על בסיס משקל", ראו להלן בפרק ג.2.

41 לפגיעה בשוויון הקיבוצי כפגיעה בכבוד האדם, ראו להלן בפרק א.4.

42 ראו להלן בפרק א.4.

43 סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

44 ראו: R. Belton "Discrimination and Affirmative action: An Analysis of Competing Theory of Equality and Weber" 59 *North Carolina L. Rev.* (1981) 531, 597.

45 חובתו של בית-המשפט כרשות שלטונית למנוע את הפגיעה בזכות הקיבוצית לשוויון המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו להלן בפרק א.4), נגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, הקובע: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה", ראו להלן בפרק ד.1. חובה זו, נגזרת גם מתפקידו של בית-המשפט במדינה דמוקרטית להגן על זכויות האדם (זכויות הפרט וזכויות קיבוציות) ולקיימן, ראו לאחרונה: א' ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ו (תשס"ד) 33, 47; לדיון כללי בתפקידו של בית-משפט במדינה דמוקרטית, ראו: ברק, שם; A. Barak "A Judge on Judging: The Role of Supreme Court in a Democracy" 116 *Harv. L.R.* (2002) 16; ראו לעניין זה גם דבריו של השופט שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, פסקה 7:

"הבשורה החוקתית אינה מתמקדת בהצהרה על קיומה של זכות היסוד, אלא במהותה, במידתה ובתוכנה של הגשמת הזכות הלכה למעשה. כבוד האדם לא יובטח על-ידי הדיבור עליו אלא על-ידי מתן ביטוי מעשי ומוחשי לשמירה עליו. בכך תפקיד חשוב לבתי המשפט החייבים לשקוד בפסיקתם על ההגנה המעשית על כבוד האדם, על קיום השוויון, שהוא מרכיב ממרכיבי כבוד האדם, ועל ההגנה על אלה שאין בידיהם להגן על כבוד האדם ללא עזרת בית המשפט."

46 ראו: דורנר, לעיל הערה 10, בעמ' 544; וכן השופט ברק בבג"צ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 40 (להלן — "עניין עדאלה").

47 ראו: רדאי, לעיל הערה 17, בעמ' 153–157; דורנר, לעיל הערה 10, בעמ' 544–545; וכן השופט ברק, שם, שם.

עיקרון ההעדפה המתקנת הנו עיקרון מוצדק ואינו מהווה אפליה פסולה. תפיסה זו עולה
הן מהחקיקה⁴⁸ והן מהפסיקה⁴⁹.

48 המחוקק מצא לנכון להדגיש בסעיף 1ב(2) לחוק שיווי זכויות האשה (שהוסף בחוק שיווי זכויות
האשה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000, ס"ח 78) כי:
"אבחנה מותרת והעדפה מתקנת

1ב אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה כל אחד מאלה:
(1) ...

(2) הוראה או פעולה, שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של נשים, או הוראה או
פעולה, שנועדה לקדם את שוויון."

סעיף זה קובע, כי כדי לתקן פגיעה היסטורית בשוויון כלפי נשים, אין להסתפק בזכויות שניתנו
לנשים בדיון. יש צורך בהעדפה מתקנת. ההעדפה המתקנת באה בנוסף לסעיף "שמירת זכויות"
הקבועה בסעיף 1ג "הוראות חוק זה באות להוסיף על זכויות האשה לפי כל דין, הסכם קיבוצי,
חוזה עבודה או חוזה אחר, ולא לגרוע מהן". ראו: דברי ההסבר להצעת חוק שיווי זכויות האשה
(תיקון מס' 2), התשנ"ט-1999, ה"ח 371.

הדגשה דומה אנו מוצאים גם בסעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הקובע כי אין
לראות בעיקרון ההעדפה המתקנת כהפליה פסולה:

"3. העדפה מתקנת. אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת
של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות."

הדגשה דומה קיימת גם בסעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח
38 (להלן – "חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה"):

"אין בחוק זה כדי לגרוע מזכות יתר המוענקת לעובדת לפי חיקוק, לפי הסכם קיבוצי או לפי
חוזה עבודה, ואין רואים זכות כזו כהפליה."

49 התפיסה, כי עיקרון ההעדפה המתקנת הנו עיקרון מוצדק, עולה גם מהפסיקה. כך, עולה מדברי
השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, למשל בדבריו:

"לדידי, יש לקבלו ולהכיר בו כאמת מידה שוויונית, שהיא אחד מנגוריו ההכרחיים ואחת
הערוכות העיקריות להגשמתו של עקרון השוויון עצמו..." (עניין שדולת הנשים הראשון,
לעיל הערה 8, בעמ' 526).

תפיסה זו באה לידי ביטוי גם מדברי השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני המדמה את
ההוראות המעניקות את הזכות לייצוג הולם "לנקודות אור" (עניין שדולת הנשים השני, לעיל
הערה 5, בעמ' 662-663). כך עולה גם מדבריו של השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח,
המפנה בהסכמה לדבריו האמורים של השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון (עניין האגודה
לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 29). ראו גם דבריו של השופט זמיר:

"העדפה מתקנת של ציבור מסוים או קבוצה מסוימת, שלכאורה היא מפרה את השוויון,
למעשה היא מקדמת את השוויון. ... היא מותרת, ואפשר שתהיה ראויה, כאשר היא מכוונת
לפצות ציבור חלש או קבוצה חלשה הסובלים ממצב של תת-שוויון, ובמיוחד אם מצב זה
נובע מקיפוח ממושך, מודע או בלתי-מודע, מכוון או בלתי מכוון" (בג"צ 1113/99 עדאלה
— המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164,
182).

תפיסה זו באה לידי ביטוי לאחרונה גם בדבריו של השופט ברק בעניין עדאלה:

"אכן, במכשיר ההעדפה המתקנת יש כדי להגשים את עקרון השוויון. לא זו אף זו — תיתכנה
אף נסיבות בהן לא ניתן יהיה להגשים את עקרון השוויון בלא לעשות שימוש במכשיר זה.
... ואם תאמר כי העדפה מתקנת הפליה היא, הרי שהפליה ראויה היא" (עניין עדאלה, לעיל
הערה 46, בעמ' 40).

3. טיבה של הזכות להעדפה מתקנת

(א) הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות חברתית-חיובית-תוצאתית-זמנית הזכות להעדפה מתקנת, על-פי טיבה, הנה זכות חברתית-חיובית. היא מטילה חובה פוזיטיבית לנקוט פעולה אקטיבית למניעת הפגיעה בשוויון הקיבוצי. היא מעדיפה פרטים המשתייכים לקבוצת אוכלוסייה שהוענקה לה הזכות. היא אינה מסתפקת בחובה (השלילית) שלא לפגוע בשוויון⁵⁰.

הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות תוצאתית. היא נועדה להגשים תוצאה של שוויון קיבוצי-מהותי בפועל. על-כן, התוצאה בפועל הנה שיקול רלוונטי במסגרת הטיעון לפגיעה בזכות⁵¹.

הזכות להעדפה מתקנת הנה על-פי תכליתה "זכות זמנית", לתקופת ביניים, כעין "הוראת מעבר". היא נועדה לפרוץ את אותו "מעגל שוטה" היוצר מצב חברתי נמשך של פגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי⁵².

(ב) הזכות להעדפה מתקנת הנה חלק מהזכות הכללית לשוויון ניתן אומנם לטעון, כי הזכות להעדפה מתקנת אינה כלולה בזכות לשוויון אלא מתנגשת היא בשוויון. הזכות הקיבוצית להעדפה מתקנת פוגעת בזכות הפרט לשוויון (כאשר מעדיפים את א' על-פני ב', ב' נפגע).

אולם, נראה כי הזכות להעדפה מתקנת הנה חלק מהזכות הכללית לשוויון. תכליתה של הזכות להעדפה מתקנת (כמו תכליתה של זכות הפרט לשוויון) היא להגשים את השוויון המהותי בפועל⁵³. היא כלי משפטי להגשמת השוויון. בלעדיו לא ניתן, לעתים, להגשים את השוויון. תכליתה אינה להגשים תכלית כלשהי אחרת (אינטרס ציבורי או זכות אדם אחרת) מלבד השוויון. תכליתה של הזכות להעדפה מתקנת, כמו תכליתה של זכות הפרט לשוויון (הכלולה אף היא בזכות הכללית לשוויון), היא למנוע את אותן

50 ראו לעיל בפרק א.1. אימון עיקרון ההעדפה המתקנת בשיטת משפט, מצביע על הכרעתה של שיטת המשפט לעשות שימוש בכלים משפטיים אקטיביים, יזומים, מצידה של השיטה, כדי לשנות מציאות חברתית נמשכת של העדר שוויון שנוצרה בתהליכים החברתיים ה"טבעיים". כך, למשל, הזכות לייצוג הולם (שהנה הביטוי המכריע לעיקרון ההעדפה המתקנת בשיטת המשפט בישראל), מטילה חובה משפטית לפעול אקטיבית למניעת תת-הייצוג ולהגשמת השוויון המהותי בפועל באמצעות חיפוש והעדפת מינויים של בני ובנות קבוצות האוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג — ראו להלן בפרקים ב ו-ג. עוד להבחנה זו בין זכויות אדם חיוביות לשליליות, ראו להלן בפרק ד.1.

51 כדברי השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 516: "רעיון ההעדפה המתקנת... הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית" (ההדגשה במקור — ב"צ ל'). כן ראו לעיל בפרק א.1; ובין-ישראל, לעיל הערה 17, בעמ' 509.

52 ראו לעיל בפרק א.1. לזמניות הזכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות במשפט הפרטי, כלפי מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, ראו להלן בפרק ב.

53 ראו לעיל בפרק א.1.

פגיעות קשות הנגרמות כתוצאה מהפגיעה בשוויון בין הפרטים באותה חברה⁵⁴. תפיסה ראויה זו, הרואה בזכות להעדפה מתקנת חלק מהזכות הכללית לשוויון, באה לידי ביטוי גם בפסיקה⁵⁵.

במסגרת התפיסה המהותית של השוויון⁵⁶ התפתח תחילה עיקרון השוויון במובנו

54 התחושה הקשה הקיימת כתוצאה מהפגיעה בשוויון, קיימת הן כאשר פוגעים בזכות הפרט לשוויון – כאשר נוהגים כלפי הפרט באי-שוויון בהליך קבלת ההחלטה, והן כאשר פוגעים בזכות הקיבוצית לשוויון – כאשר הפרט מגלה (גם אם אינו יכול להצביע על פגיעה קונקרטית בזכות הפרט שלו לשוויון), כי בפועל (לאור התוצאה של אי-השוויון הקיבוצי) הוא מופלה על רקע השתייכותו הקיבוצית.

55 השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, הביע את דעתו כי רעיון ההעדפה המתקנת: " ... נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית" (ההדגשה במקור – ב"צ ל'; עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 516).

ובהמשך הדברים שב ומדגיש השופט מצא כי עיקרון ההעדפה התקנת: "יש לקבל ולהכיר בו כאמת מידה שוויונית, שהיא אחד מנגזרי ההכרחיים ואחת הערובות העיקריות להגשמתו של עקרון השוויון עצמו (בדומה לגישה שנתקבלה בקנדה), ולא כחריג נסבל לעקרון השוויון (כדוגמת הגישה המצמצמת שהשתרשה בארצות הברית)" (שם, בעמ' 526).

גישה דומה הביע השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, כאשר ראה בהוראת החוק המעניקה זכות לייצוג הולם לשני בני המינים בשירות המדינה כ"נגזרת מעיקרון השוויון" (עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 646), וב"מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעיקרון השוויון" (שם, בעמ' 663). כך גם השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח אימץ אף הוא את הדעה כי ההעדפה המתקנת: "...בפועל היא נגזרת מעקרון השוויון ומשמשת אמצעי להגשמת השוויון" (עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 29). כן ראו דברי השופט ברק בעניין עדאלה, לעיל הערה 46, בעמ' 39–40.

56 התפיסה המהותית של השוויון, משמעותה (בהיבט הרלוונטי לענייננו) כי בהליך קבלת ההחלטה יש להתייחס באופן שווה אל שווים וביחס שונה אל שונים לאור שונותם הרלוונטית. הגדרה אריסטוטלית זו של השוויון שנקלטה בפסיקה, אינה מגדירה מה היא שונות רלוונטית. במסגרת הגדרה זו של השוויון המהותי התפתח רעיון ההעדפה המתקנת. על הגדרה זו נמתחה ביקורת בספרות, ראו: בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 133–135 (להלן – "עניין מילר"). ההכרזה על הקמת המדינה אומנם קובעת, כי ההשתייכות הקיבוצית על בסיס דת גזע ומין היא שונות לא רלוונטית, "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" (ע"ר 1, תש"ח, 1), אך עדיין אין מדובר בה הגדרה ממצה. להצטרפותן מעת לעת של קבוצות אוכלוסייה נוספות ל"גרעין הקשה" "החוקתי" של עיקרון השוויון, כמו אפליה על רקע מוגבלותו או נטייתו המינית של האדם, ראו להלן בפרקים ב ו-ג. הגדרה מהותית זו של השוויון נקלטה בפסיקה עוד בראשית שנות החמישים. כך אומר השופט זוסמן: "כאשר מסיבותיהם של שני מקרים הן שונות, רשאי, ולפעמים חייב, המחוקק להתייחס אליהם בצורה שונה... האבחנה בין מסיבות שונות... אין בה משום הפליה" (ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1061, 1068). כך גם אומר השופט אגרנט: "כי יש להתייחס... יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה(1) 7, 35). גישת הפסיקה, כי השוויון הנו שוויון "מהותי" באה לידי ביטוי גם בפסיקה שעסקה בשוויון בבחירות לכנסת. כך, למשל, השופט לנדוי פירש את השוויון בבחירות כשוויון מהותי (ולא "מכאני") הכולל

“המקורי” – זכות הפרט לשוויון, ומאוחר יותר התפתח גם רעיון ההעדפה המתקנת – העדפת קבוצת אוכלוסייה אשר רק בהעדפתה יוגשם לגביה השוויון (המהות) הקיבוצי בפועל.

הנה כי כן, הן הזכות הקיבוצית להעדפה מתקנת והן זכות הפרט לשוויון נכללות בזכות הכללית לשוויון, אך גם מתנגשות הן זו בזו. על-כן, האיזון שיעשה בין משקלה של הפגיעה בזכות להעדפה מתקנת, לבין משקלה של הפגיעה בזכות הפרט לשוויון, הנו איזון “אופקי”. האיזון ייעשה בין משקלה של הפגיעה בזכות לשוויון (כתוצאה מהפגיעה בזכות להעדפה מתקנת, או כתוצאה מהפגיעה בזכות לשוויון של פרט שאינו משתייך לקבוצה שהוענקה לה הזכות להעדפה מתקנת), לבין “ההטבה” עם הזכות לשוויון (כתוצאה מהענקת הזכות להעדפה מתקנת, או כתוצאה מההטבה עם הזכות לשוויון של הפרט שאינו משתייך לקבוצה שנפגעה זכותה להעדפה מתקנת)⁵⁷. יחד עם זאת, לאור השיקולים לשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת⁵⁸, הזכות להעדפה מתקנת אינה מתבקשת מאליה מעצם קיומה של הזכות הכללית לשוויון. יש בה חידוש ביחס לזכות הפרט לשוויון⁵⁹. על-כן, נדרשת פעולה של פיתוח המשפט

גם את השוויון בסיכויים של הרשימות להתמודד על קולו של הבוחר. השופט לנדוי שלל את הפירוש הפורמאלי של השוויון, שמשמעותו הענקת הקצבה שווה לכל המפלגות מבלי להתחשב בשונות הרלוונטית ביניהן כמו גודלן או אם מדובר ברשימה חדשה או רשימה קיימת (עניין ברגמן, לעיל הערה 3, בעמ' 699). גם בעניין אגודת דרך ארץ, לעיל הערה 11, הובעה התפיסה על-ידי השופטים לנדוי (בעמ' 7-8), ברק (בעמ' 11-14) וביסקי (בעמ' 24-25), כי השוויון בבחירות לכנסת הוא שוויון מהותי, וכן השופט ש' לרין בכב"צ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז 141(3), 148-151 (להלן – “עניין רובינשטיין”). עוד לעניין זה, ראו: זמיר וסובל, לעיל הערה 1, בעמ' 173. אין מדובר בהגשמת השוויון במונח ה“פורמאלי” ה“טכני”, או ה“מכאני”. כלשונו של השופט ש' לרין בעניין רובינשטיין, שם, בעמ' 148: “שוויון פורמאלי אפשרי רק לגבי צורות גיאומטריות אך לא לגבי בני אדם...”. לפירושו של השוויון (בבחירות לכנסת) כשוויון פורמאלי, ראו את דעת המיעוט של השופט שמגר בעניין אגודת דרך ארץ, לעיל הערה 11, בעמ' 19-18 ובעניין רובינשטיין, שם, בעמ' 156-158.

57 להלכה, כי גם חוק “מיטיב” עם זכויות האדם (ביחס לדין שקדם לו) כפוף לביקורת שיפוטית על-פי חוקי היסוד ועל הקושי בקביעה כי מדובר בחוק “מיטיב”, ראו: השופט זמיר בבג”ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ”ד נג(5) 241, 260-261 (להלן – “עניין צמח”). הזכות להעדפה מתקנת הנה מקרה המדגים את הקושי שבהכרעה האם חוק מסוים הנו חוק “מיטיב”. חוק הפוגע בזכות להעדפה מתקנת פוגע אומנם בזכות אדם – בזכות הקיבוצית לשוויון (הזכות להעדפה מתקנת), אך בעת ובעונה אחת יכול גם “להיטיב” עם זכות אדם – זכות הפרט לשוויון. נראה, שיש לקבוע כי מדובר בחוק “מיטיב”, אם משקלה של “ההטבה” עם זכויות האדם (למשל, עקב הענקת הזכות לייצוג הולם) הנו כבד יותר ממשקלה של “הפגיעה” בזכויות האדם (למשל, עקב הפגיעה בזכות הפרט לשוויון שאינו משתייך לקבוצה המועדפת), כתוצאה מחקיקתו של החוק. על-כן, לאור איזון זה, ייקבע גם האם החוק הפוגע בזכות להעדפה מתקנת או המעניק את הזכות להעדפה מתקנת, הנו חוק “מיטיב” עם זכויות אדם. לאור איזון זה גם ייקבע, בין היתר, האם משקלה של הפגיעה בזכות האדם עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, ראו להלן בפרק א.4.

58 ראו לעיל בפרק א.2.

59 עמד על כך השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 514-515, כאשר

על-ידי המחוקק או על-ידי בית-המשפט (לאור כללי פיתוח המשפט של השיטה), כדי לקבוע את קיומה, את היקפה ה"פנימי" ואת היקף ההגנה המשפטית עליה⁶⁰.

(ג) הזכות להעדפה המתקנת הנה על-פי טיבה זכות קיבוצית לשוויון תכליתה של הזכות להעדפה מתקנת היא להגשים את "השוויון הקיבוצי" המהותי בפועל, באמצעות העדפת בני ובנות הקבוצה המועדפת⁶¹. לקבוצת אוכלוסייה שעומדת לה הזכות להעדפה מתקנת יש מעמד בשיטת המשפט. מוענקת לה כקבוצה זכות משפטית. טיעון ההעדפה המתקנת מתבסס על עצם השתייכותו של האדם הטוען לפגיעה בזכותו, ולא על כישוריו האישיים או על יתרונו האישי-היחסי. בטיעון לזכות להעדפה מתקנת (וכל עוד לא הוגשם השוויון הקיבוצי בפועל⁶²) השתייכותו

הדגיש כי אין מדובר במקרה זה ב"עיון חקיקתי חדש לזכויות מורששות, כמו הזכות הבסיסית לשוויון בין המינים", "אלא בנורמה חדשה שמטרתה לאכוף, על דרך החיוב, מתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים..."

בפעילות השיפוטית בדבר פיתוחה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, עוסקים אנו, למעשה, בקביעת תוכנו והיקפו ("הפנימי" והיקף ההגנה המשפטית עליו) של ערך מרכזי בתפיסת עולמם של חברתנו, באחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו ובאחד מזכויות היסוד של האדם – השוויון – האם כולל הוא את עיקרון ההעדפה התקנת ומה היקפו. על-כן, זו היא "פעילות משפטית-חוקתית" שצריכה להיעשות ב"מבט רחב".

60 ראו להלן בפרק ג.

61 ראו לעיל בפרק א.1.

62 הטיעון לזכות להעדפה מתקנת, מתבסס על ראיות אובייקטיביות. די להראות, למשל בטיעון לפגיעה בזכות לייצוג הולם, כי בפועל אין ייצוג הולם לקבוצת האוכלוסייה שהוענקה לה הזכות, כדי שתתגבש קיומה של פגיעה בשוויון, ובכך להעביר את הנטל לגוף שעליו מוטלת החובה להעניק את הזכות, להראות כי עשה כל מעשה סביר כדי להגשים את הייצוג ההולם (ראו לעניין זה להלן בפרקים ב-ג). את מידת הייצוג מוכיחים בראיות אובייקטיביות-סטטיסטיות. הביקורת השיפוטית תתמקד במישור הערכי, במשקלו של העדר הייצוג ההולם בפועל בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי, ביחס למשקלם של השיקולים שמציגה הרשות כמצדיקים את העדר הייצוג ההולם. בכך, יש ביטוי למגמה של מעבר משימוש במבחנים סובייקטיביים לשימוש במבחנים אובייקטיביים ככלי שיפוטי שנועד לאפשר ביקורת שיפוטית יעילה שתסייע להגשמת זכויות האדם.

לעומת הטיעון לזכות להעדפה מתקנת, הטיעון לזכות הפרט לשוויון מתבסס על שיקוליו הסובייקטיביים בהליך קבלת ההחלטה של הגוף שעליו מוטל לנהוג בשוויון. כדי לעמוד בנטל הוכחת קיומה של פגיעה בזכות הפרט לשוויון, יש להראות (בענייננו) כי בהליך קבלת ההחלטה נשקלה השתייכותו הקיבוצית האמורה של האדם. דרישה זו מטילה, לעתים, נטל הוכחתי כבד על מי שמבקש להגשים את זכות האדם, מאחר שקיימת האפשרות שהגוף המחליט יוכל להסוות את שיקוליו.

הענקת הזכות להעדפה מתקנת מתבססת על ההנחה שקיימת אפליה קיבוצית מתמשכת, אותה הזכות נועדה לתקן. על-כן, אין מטילים על הפרט המשתייך לקבוצת האוכלוסייה שהוענקה לה הזכות, את החובה להוכיח כי הופלה לרעה במקרה הקונקרטי שלו. זה הוא אחד ממאפייניה של הזכות הקיבוצית להעדפה המתקנת (על ביטוייה השונים, הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", הזכות ל"ייצוג הולם" והזכות ל"הקצאת משאבים", ראו להלן בפרק 5.א). על-כן ציינה פרופסור רדאי, כי צעדי ההעדפה המתקנת "יכולים ללבוש צורות שונות, החל בהעברת נטל ההוכחה לגורם

הקיבוצית של הטוען לזכות, הנה שונות רלוונטית. כל עוד קיימת "אפליה קיבוצית", אין דרך אחרת להתגבר עליה מלבד לקחת בחשבון את ההשתייכות הקיבוצית⁶³. במרכז הטיעון לזכות להעדפה מתקנת עומד הטיעון, כי יש להעניק משקל נאות לתוצאה בפועל של העדר "שוויון קיבוצי". הטוען לפגיעה בזכותו להעדפה מתקנת, טוען כי נהגו כלפיו אומנם בשוויון ("הרגיל") – לא פגעו בזכות הפרט שלו לשוויון, אך הוא נמנה על קבוצת אוכלוסייה (למשל, נשים, ערבים או אנשים עם מוגבלות) שרק אם ינהגו כלפיה

השולט על מתן ההזדמנות השווה וכלה בקביעת מכסות" (רדאי, לעיל הערה 17, בעמ' 149). דברים אלה מובאים כלשונם על-ידי השופט ברק בעניין עדאלה, לעיל הערה 46, בעמ' 39. יחד עם זאת, מודגש כי עצם העברת נטל ההוכחה, כשהיא לעצמה, אינה ביטוי או צעד המיוחד להעדפה מתקנת. העברת נטל ההוכחה על מי שמוטלת עליו החובה שלא לפגוע בזכות האדם, משמשת אמצעי משפטי שנועד להתגבר על קשיי ההוכחה לגבי השיקולים שמשקלו בהליך קבלת ההחלטה הפוגעת בזכות האדם, ובכך לאפשר ביקורת שיפוטית יעילה יותר, במטרה להגן על זכויות האדם. בענייננו, העברת נטל ההוכחה יכולה להיות הן לגבי זכות הפרט לשוויון, והן לגבי הזכות להעדפה מתקנת. העברת נטל ההוכחה לגבי זכות הפרט לשוויון, באה לידי ביטוי הן בחקיקה (למשל, סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, מעביר את נטל ההוכחה על המעביד שלא פעל בדרך הפוגעת בזכות הפרט לשוויון הקבועה בחוק) והן בפסיקה (למשל, בעניין פרוז, הטיל בית-המשפט על מי שמבקש לפגוע בזכות הפרט לשוויון את נטל ההוכחה להראות כי מימוש הזכות לשוויון פוגעת באינטרס מתנגש המצדיק את הפגיעה בזכות: "לא הובאה כל ראיה, אילו מתפקידיו של רב העיר ייפגעו, אם נשים תשמשנה באסיפה הבוחרת" (השופט ברק בעניין פרוז, לעיל הערה 2, בעמ' 337)). העברת נטל ההוכחה יכולה להיות כאמור גם לגבי הזכות להעדפה מתקנת, למשל, לגבי הזכות לייצוג הולם (שהנו כאמור הביטוי המכריע להעדפה המתקנת בישראל). במקרה זה, העברת הנטל מאפשרת להתגבר על הקשיים להוכיח כי בהליך קבלת ההחלטה נעשה כל מעשה סביר כדי להגשים את הייצוג ההולם, ראו להלן פרקים ב רג.

בהקשר זה ראוי לציין, כי חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין מילר אינה עוסקת בחובה להעניק העדפה מתקנת לנשים בקורס טייס, אלא בהיקף חובת הרשות הנגזרת מקיומה של הזכות המהותית של הפרט לשוויון, הכוללת את החובה להקצות משאבים (עניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 118–126). השופטת שטרסברג-כהן סבורה, כי השונות בין תנאי השירות של גברים לבין תנאי השירות של נשים, יוצרת בעיה אמיתית של קשיים פסיים, כלכליים, לוגיסטיים. על-כן, לדעתה אין זה נכון ואין זה ראוי לומר כי מדובר בשונות לא רלוונטית. יחד עם זאת, מדובר במקרה זה בשונות רלוונטית, החיצונית לכישורים הרלוונטיים, הניתנת והראויה לנטרול. במקרה כזה, על הרשות לנטרל את השוני באמצעות הקצאת משאבים סבירים. מדובר בהטלת חובה פוזיטיבית, על-ידי בית-המשפט, על הרשות להקצות משאבים, וזאת מכוח חובתה של הרשות, בכואה להפעיל את סמכותה, להעניק משקל נאות לזכות הפרט לשוויון. אין מדובר במקרה זה בהעדפה מתקנת שבאה לידי ביטוי באמצעות הטלת חובה להקצות משאבים, להעניק ייצוג הולם לנשים, או בקביעת מכסת ייצוג בקורס טייס. לדיון בחובות אלו כביטויים של העדפה מתקנת, ראו להלן בפרקים א.5, ד.4.4.7 ו-ד.4.7(ד).

⁶³ כלשונו של השופט Blackmun בעניין Bakke: "In order to get beyond racism, we must first take account of race" (Bakke, supra note 18, at p. 407).

בשונות – רק אם יעדיפו אותה, יוגשם לגביה השוויון המהותי בפועל⁶⁴. על-כן, הזכות להעדפה המתקנת הנה על-פי טיבה זכות קיבוצית לשוויון⁶⁵.

(ד) הזכות להעדפה מתקנת חלה על כל החלטה של כל גוף אשר מוטלת עליו החובה להעניק את הזכות

הזכות להעדפה מתקנת, על ביטוייה השונים, קשורה על-פי טיבה, לעצם הפעלת שיקול הדעת, בהליך קבלת ההחלטה הקונקרטית, של כל גוף אשר עליו מוטלת החובה להעניק את הזכות. הענקת הזכות לייצוג הולם (שהנה הביטוי המכריע בישראל לעיקרון ההעדפה המתקנת⁶⁶), משמעותה שכל עוד לא הוגשם הייצוג ההולם, יש

64 לכן, גם אם בהליך קבלת ההחלטה נהגו בשוויון (לא נפגעה זכות הפרט לשוויון), עדיין אין מתבקש מכך בהכרח שההחלטה חוקית, עדיין ניתן לטעון כי ההחלטה אינה חוקית מאחר שהיה צורך לנקוט במקרה זה בהעדפה מתקנת כלפי מי שנמנה על קבוצת האוכלוסייה שיש להעדיפה. טיעון זה שונה מהטיעון לזכות הפרט לשוויון. אדם הטוען לפגיעה בזכות הפרט לשוויון, טוען כי הוא שווה לאחר, אך בהליך קבלת ההחלטה, התייחסו אליו באופן שונה, הפלו אותו לרעה, על רקע שונות לא רלוונטית (ששיטת המשפט הדמוקרטית הנה "עיוורת" לה), בענייננו, בשל השתייכותו הקיבוצית (למשל, היותו ערבי, אשה או אדם עם מוגבלות). בטיעון לזכות הפרט לשוויון, ההשתייכות הקיבוצית של האדם הנה שיקול זר היכול לפסול את ההחלטה. התוצאה בפועל אינה רלוונטית. כך, למשל, בטיעון לזכות הפרט לשוויון על רקע מין, התוצאה בפועל שנבחרו בסופו של דבר רק בני מין אחד, אינה מהווה כשהיא לעצמה פגיעה בזכות. אין בה כשהיא לעצמה כדי להראות כי בהליך קבלת ההחלטה התייחסו אל אחד מבני שני המינים באופן שונה בשל השתייכותו הקיבוצית. לכן, מדגיש השופט ש' לויין בעניין פורז, כי "לא ניתן לטעון, שהייתה מוטלת על המועצה חובה חוקית לכלול ברשימת הנציגים נשים או גם נשים, אם בכלל ואם על בסיס פרטטי כלשהו". (עניין פורז, לעיל הערה 2, בעמ' 340). בדומה, מדגיש השופט ברק כי "אין חובה למנות אישה לאסיפה הבוחרת" (שם, בעמ' 337).

מודגש, כי הקביעה האמורה שהתוצאה בפועל של העדר ייצוג הולם אינה רלוונטית לטיעון לזכות הפרט לשוויון, יש לאבחנה מהקביעה האחרת המודגשת בפסיקה, כי המניע (לא להפלות) של הגוף בהליך קבלת ההחלטה אינו רלוונטי להוכחת הפגיעה בזכות הפרט לשוויון. כך, למשל, בעניין פורז, נדונה חוקיות החלטתה של מועצת עיריית תל-אביב-יפו שנמנעה מלמנות נשים כנציגיה באסיפה הבוחרת רב, אך בשל היותן נשים. המניע של מועצת העירייה לא היה להפלות נשים. אולם, בפועל התוצאה היא שנפגעה זכות הפרט לשוויון מאחר שבהליך קבלת ההחלטה נשקלה השתייכותן הקיבוצית של הנשים. שיקול זה, על בסיס מין, מהווה שיקול זר לעניין זכות הפרט לשוויון. ברגע שנפגע עיקרון השוויון כאמור, העובדה שהמניע של מועצת העירייה לא היה להפלות נשים, אינו רלוונטי. הדגיש זאת השופט ברק: "ודוק: מועצת העירייה לא בקשה לפגוע בעקרון השוויון בהאמינה כי עקרון זה פסול הוא. נהפוך הוא. רבים מחברי מועצת העירייה חזרו וציינו כי, עקרון השוויון מקובל עליהם, אך אין הם מוכנים להגשימו. בכך הם הפרו אותו. השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא, גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (שם, בעמ' 334–335); כן ראו דברי השופט ברק בבג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ"ד (4) 749, 759–760; ודברי השופט ברק בבג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 242–243.

66 ערכיה של חברה מתגבשים, לעתים, לערכי היסוד ולעקרונות היסוד של שיטת משפטה. מעקרונות יסוד אלה נגזרות זכויות וחובות משפטיות באותה השיטה. מעקרונות היסוד בדבר זכויות האדם

להעניק משקל נאות לזכות בהליך קבלת ההחלטה הקונקרטי. הענקת הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג" (שהנה ביטוי נוסף לעיקרון ההעדפה המתקנת בישראל), משמעותה כי בהליך קבלת ההחלטה, כל עוד לא הוגשמה מכסת הייצוג בפועל, יש לקבל בכל מקרה ובכל הנסיבות החלטה שתגשים את מכסת הייצוג בפועל⁶⁷. כך גם הענקת הזכות ל"הקצאת משאבים" (שהנה ביטוי נוסף של עיקרון ההעדפה המתקנת), משמעותה שכל עוד קיימת פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי לקבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות, יש להעניק, בהליך קבלת ההחלטה, משקל נאות להקצאת משאבים⁶⁸. על-כן, ההעדפה המתקנת, על-פי טיבה, חלה (מבחינת "היקפה הפנימי") על כל החלטה (רלוונטית) של כל גוף אשר מוטלת עליו החובה להעניק את הזכות. לכן, למשל, הזכות לייצוג הולם חלה הן על החלטה לגבי מינוי בגופים שאינם חייבים במכרז⁶⁹, כולל מנכ"לים⁷⁰, הן על החלטה לגבי מינוי בפועל⁷¹ והן על החלטה לגבי פיטורים⁷².

בשיטת המשפט, נגזרות זכויותיו של אדם. "ערכי יסוד אלה ממלאים תפקידים שונים בשיטת המשפט. כך, למשל, הם מהווים מקור לזכויות ולחובות. מעקרון חופש הביטוי נגזרת זכותו של כל יחיד לחופש הביטוי. בנוסף לכך, מעצבים ערכי היסוד הנחה בדבר תכלית החקיקה ומטרותיה" (השופט ברק בעניין פורז, לעיל הערה 2, בעמ' 331). מעיקרון ההעדפה המתקנת נגזרות הזכויות ל"ייצוג הולם", ל"מינימום מכסת ייצוג" ול"הקצאת משאבים". זכויות אלה הן ביטויים של עיקרון ההעדפה המתקנת, ראו להלן בפרק 5.א.

67 לזכות ל"מכסת מינימום ייצוג", ראו להלן בפרקים 5.א ו-ד.4.(ד).

68 ל"זכות להקצאת משאבים", ראו להלן בפרק 4.ד.

69 ראו, למשל, עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 649. עוד על תחולתה של החובה להעניק ייצוג הולם מכוח סעיף 15 לחוק המינויים גם על מינויים שאינם דורשים מכרז, ראו:

70 "תירוש" ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה" משפטים ל (תשנ"ט) 183, 219–233. בג"צ התייחס לכך מפורשות והדגיש את מה שהיה ברור, כי הזכות לייצוג הולם לנשים בגופים

ציבוריים מכוח סעיף 16 לחוק שיווי זכויות האשה, חלה גם על מינוי מנכ"לים בגופים ציבוריים. העותרת טענה, כי יש לבטל את מינויו של מנכ"ל-גבר לרשות הנמלים והרכבות, מאחר ששר התחבורה לא נקט אמצעים סבירים לאיתור מועמדת לתפקיד זה. העתירה אומנם נדחתה בשל שיהוי, אך טיעונה העקרוני של העותרת התקבל. בפסק דינה של השופטת דורנר נאמר: "... בעקבות העתירה התקיים דיון במשרד המשפטים, בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ובגדרו סוכם כי סעיף 16 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 – יחול גם על מינוי מנכ"לים בגופים ציבוריים, ולפיו הליך מינוי מנכ"לים חייב להביא בחשבון את עקרון הייצוג ההולם, ובכלל זה חיפוש אקטיבי של מועמדות מתאימות לתפקיד מנכ"ל... אכן, עמדה זו הולמת את פירוש סעיף 16 לחוק ומתחייבת מהוראה זו. חבל שהיה צורך בעתירה ציבורית כדי להנחות את משרדי הממשלה בדבר תחולת הוראת סעיף 16 לחוק גם על מינוי מנכ"לים". בג"צ 2754/02 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון 2002(3) 301; ניתן ביום 13.11.02 בראשות השופטת דורנר והשופטים אדמונד לוי ויצחק אנגלרד.

71 לשימוש הנרחב בסמכות המינוי בפועל והשפעתו על ייצוגם ההולם של בני שני המינים, ראו: תירוש, לעיל הערה 69, בעמ' 234–239.

72 כך, למשל, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים פירש את חובת הייצוג ההולם שבסעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, כך שהיא חלה גם בשלב הפיטורים ולא רק בשלב הקבלה

4. הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות יסוד המעוגנת בחוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל
 הזכות להעדפה מתקנת כלולה בזכות הכללית לשוויון⁷³. הגישה בפסיקה, אותה מוביל
 השופט ברק, היא כי הזכות הכללית לשוויון כלולה בזכות לכבוד⁷⁴, מעוגנת בחוקתה
 הפורמאלית⁷⁵ של מדינת ישראל — בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁶. לאור גישה זו

לעבודה, וזאת במטרה להגשים את הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלות בקרב העובדים גם
 לאחר ההחלטה על פיטורי העובדים. בעקבות זאת, ביטל בית הדין את פיטוריו של עובד עם
 מוגבלות שמעבידו לא שקל בשלב הפיטורין את עובדת היותו אדם עם מוגבלות, ראו: השופט
 א' אברהמי בבש"א 2968/01 בלילי נ' ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס, תקדין-עבודה 2001 (4) 33.
 לעומת זאת, הסכם קיבוצי בתחום החינוך הציבורי, לפיו תישמר "מכסת ייצוג גישה" לשחורים
 בשלב הפיטורים נפסל בבית-המשפט העליון בארה"ב בעניין *Wygant*, לעיל הערה 14.
 ראו לעיל בפרק א.3.3. (ב).

73 עיגונו של עיקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במסגרת הזכות לכבוד הנה הגישה
 74 המרכזית אך לא היחידה. ישנן גישות נוספות לעיגון עיקרון השוויון בחוקי היסוד. על-פי הגישה
 האחת, עיקרון השוויון מעוגן בפסקת המטרה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד:
 חופש העיסוק. גישה אחרת מבקשת לעגן את עיקרון השוויון בפסקת עקרונות היסוד שבחוקי
 היסוד. יש המבקשים לעגן את העיקרון בזכויות האחרות שבחוקי היסוד ויש אף הרואים את
 השוויון כחלק מ"ערכיה של מדינת ישראל" שבפסקת ההגבלה. לגישות אלו, ראו: זמיר וסובל,
 לעיל הערה 1, בעמ' 210–211.

75 גישתו של השופט ברק, כי חוקי היסוד הנם חוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל, הובעה
 בפסיקה מאז עניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי,
 פ"ד מט(4) 221 (להלן — "עניין בנק המזרחי")), עת אפיין את חוקי היסוד בשלושת המאפיינים
 של חוקה פורמאלית: עדיפותם הנורמטיבית של חוקי היסוד — חוק יסוד עומד במדרג נורמטיבי
 מעל חוקים "רגילים" (שם, בעמ' 335–401). נדרשים הליכים מיוחדים לשינוי חוקי היסוד —
 חוק יסוד ניתן לשינוי רק באמצעות חוק יסוד (שם, בעמ' 406–408). רשות מכוננת מחוקקת
 את חוקי היסוד — הכנסת, כאשר היא מחוקקת את חוקי היסוד, פועלת כרשות מכוננת. לכנסת
 יש סמכות מכוננת בנוסף לסמכותה כרשות מחוקקת (שם, בעמ' 408–416). חוקה פורמאלית זו,
 אינה שלמה. כך, למשל, מרשימת חוקי היסוד נפקד מקומו של חוק יסוד: החקיקה. כמו-כן, היא
 לוקה בחסר בשל חסרונן במפורש של זכויות יסוד מרכזיות של האדם (כמו חופש הביטוי, חופש
 הדת וחופש מדת, והשוויון).

76 בפסיקה ישנן שלוש גישות מרכזיות (שנאמרו בשלב זה באמרת אגב) באשר למעמדו הנורמטיבי
 של עיקרון השוויון. לסקירת הגישות השונות בקרב שופטים ומשפטנים באשר למעמדו הנורמטיבי
 של עיקרון השוויון ולהפניות לפסיקה ולספרות העוסקת בכך, ראו זמיר וסובל, לעיל הערה
 1, בעמ' 210–211. על-פי הגישה האחת, אותה מוביל כאמור השופט ברק, עיקרון השוויון
 כלול ב"זכות המסגרת" לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: א' ברק פרשנות
 במשפט (תשנ"ד, כרך ג — פרשנות חוקתית) 423–426; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית"
 הפרקליט מא (תשנ"ג) 271, 279; א' ברק "זכויות אדם מוגנות — ההיקף וההגבלות" משפט
 וממשל א (תשנ"ג) 253, 261; א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ח)
 357, 370; השופט ברק בבג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוויץ, פ"ד מח(5)
 749, 764; וכך, למשל, אומר השופט ברק בבג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד
 נד(2) 164: "עמדתי העקרונית הנה כי השוויון מהווה זכות בעלת מעמד חוקתי... היא נכללת
 בזכות לכבוד. אכן, עיקרון השוויון נגזר מכבוד האדם וקשור עמו קשר בל ינתק. ... על-כן מוכן
 אני — אילו נדרשתי לכך — לבחון אם חוק רגיל פוגע בעיקרון השוויון שלא כדין (כלומר,

גם הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות יסוד המעוגנת בחוקתה הפורמאלית של מדינת

בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה). לדעה זו שותפים משפטנים ושופטים נוספים — ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית — עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט — ספר היוכל (1993) 9, 32; י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 351–352; י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129, 145; כ' שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי (תשנ"ה, כרך ב) 893, 929; השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362; השופט מצא, בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 526; השופט מצא בעניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 110; השופט מצא בבג"צ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 460. גישה אחרת המופיעה בפסיקה לגבי מעמדו הנורמטיבי של עיקרון השוויון — היא גישתם של השופטים זמיר, חשין וגולדברג, הגורסת שיש להימנע מהכרעה בשלב זה בשאלה זו, כל עוד אינה צריכה לגוף הפסק. אך גם דעה זו אינה שוללת את האפשרות שבכבוד עת ההכרעה בשאלה, תוכר הזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד. לכן, גם על-פי גישה זו, הזכות להעדפה מתקנת יכולה להיכלל בעתיד בזכות לכבוד.

השופט דורנר מביעה גישה ביניים וסבורה, כי לא כל פגיעה בשוויון מהווה גם פגיעה בכבוד. פגיעה בשוויון המהווה גם פגיעה בכבוד היא אפליה של אדם לרעה הגורמת גם להשפלתו. אפליה על רקע השתייכותו הקיבוצית של האדם היא אפליה הגורמת להשפלתו של האדם ופוגעת בכבודו, משום שיש בה התייחסות למופלה כאל נחות מחמת השתייכותו הקיבוצית (השופט דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 131–133). גישתה זו של השופט דורנר לגבי עיקרון השוויון, הנה חלק מגישתה העקרונית הגורסת כי פגיעה בזכויות אדם על רקע קיבוצי מהווה פגיעה בזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן אסורה היא על-פי חוק היסוד גם אם אותן זכויות אדם אינן מנויות בו במפורש. לאור גישה עקרונית זו, סברה השופטת דורנר כי פגיעה בחופש הביטוי של אדם אך בשל השתייכותו הקיבוצית — בשל היותו של אסיר, יש בה משום השפלה ולכן גם מהווה פגיעה בכבודו של האדם (ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 190–192 (להלן — "עניין גולן")). לעומת זאת, פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר (גם זו הפוגעת בשוויון) שאינה על רקע השתייכות קיבוצית אינה מהווה פגיעה בכבוד (בג"צ 4513/97 אבו ערער נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 47). לדעה התומכת בדעתה של השופטת דורנר, ראו: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 952–953; וכן ד' קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי" משפטים כח (תשנ"ז) 359, בה"ש 49. גם על-פי גישתה של השופטת דורנר הזכות להעדפה מתקנת נכללת בגדר הזכות לכבוד ומעוגנת היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אי-שוויון חמור ומתמשך לקבוצת אוכלוסייה מסוימת, הנובעת כאמור מתפיסות פסולות ומדעות קדומות כלפי אותן קבוצות, משרדת מסר כלפי קבוצות אלה כי הן נחותות ועל-כן טמונה באפליה זו גם השפלה של בני ובנות אוכלוסיות אלו. בשל כך, זכותה של קבוצה זו לזכות הקיבוצית לשוויון (העדפה מתקנת) כלולה על-פי גישתה של השופטת דורנר בזכות לכבוד. יצוין, כי גם דעה זו אינה שוללת את האפשרות כי הזכות הכללית לשוויון תוכר (בחלוף תקופה ארוכה יותר מאשר שנים ספורות מאז חקיקת חוקי היסוד) כחלק מהזכות לכבוד (השופט דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 132).

גם השופט חשין הביע את דעתו, כי הפגיעה בשוויון על רקע השתייכותו הקיבוצית של האדם מהווה גם פגיעה בכבודו האנושי של האדם, אשר משקלה כבד: "הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הנה הפליה הפוגעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן) על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר" (השופט

ישראל⁷⁷. מסקנה זו, נגזרת גם מגישתה של השופטת דורנר ומודגשת גם על-ידי השופט חשין⁷⁸. גם הגישה בפסיקה הגורסת שיש להימנע מהכרעה בשלב זה בשאלת מעמדו הנורמטיבי של עיקרון השוויון (כל עוד אינה צריכה לגוף הפסק), אינה שוללת את האפשרות שהזכות לשוויון תוכר בעתיד כחלק מהזכות לכבוד⁷⁹. על-כן, מגישות אלה בפסיקה, ניתן וראוי להסיק כי הזכות להעדפה מתקנת הנה זכות יסוד המעוגנת בחוקתה הפורמאלית של המדינה במסגרת הזכות לכבוד.

לעיונה של הזכות להעדפה מתקנת בחוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל, יש השלכה לגבי קביעת היקפה "הפנימי" של הזכות (אשר תפורש פרשנות חוקתית ב"מבט רחב"⁸⁰), לגבי קביעת משקלה (זכות המעוגנת בחוק יסוד משקלה כבד יותר

חשין, עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 658–659). לגישה, כי אין להרחיב את תחולת חוקי היסוד מעבר לזכויות המנויות בו במפורש, ראו: ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

77 מודגש, כי גם אם נגרוס כי הזכויות המוענקות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הן זכויות אישיות (המוענקות ל"אדם באשר אדם"), ניתן לראות בזכותו של אדם להיות מועדף על-פני אחר בשל היותו חלק מקבוצה (למשל, הזכות לייצוג הולם) זכות אישית ועל-כן ניתן לעגנה בחוק היסוד (במסגרת הזכות לכבוד), ראו: א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג — פרשנות חוקתית) 431, 436. שם, מביע פרופ' ברק את העמדה כי זכות השביתה עשויה להיות מוכרת כזכות אדם (במסגרת הזכות לכבוד) על אף היותה זכותו של עובד כחלק מקבוצה. להבחנה בין זכויות אדם אישיות לבין זכויות אדם קיבוציות, ראו: Y. Dinstein "Collective Human Rights of People and Minorities" 25 *Int. Comp.L.Q.* (1978) 103.

78 ראו לעיל הערה 76.

79 ראו לעיל הערה 76.

80 השופט אגרונט בד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442. לפרשנות חוקה מתוך "מבט רחב", ראו: א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 460–463. למעשה, עוסקים אנו בפרשנות חוקתית ב"מבט רחב" לא רק של המונח "כבוד האדם" המופיע בחוק יסוד — האם הוא כולל (בהיקפו ה"פנימי") גם את עיקרון השוויון. עוסקים אנו גם בפרשנות חוקתית של עיקרון השוויון עצמו — האם הוא כולל (בהיקפו ה"פנימי") את הזכות להעדפה מתקנת, וכן בפרשנות "היקפה הפנימי" של הזכות להעדפה מתקנת (על ביטוייה השונים ראו להלן בפרק 5.א), ושל היקף ההגנה המשפטית עליה.

אמת, קביעת היקפה של הזכות להעדפה מתקנת והיקף ההגנה המשפטית עליה יכול שיעשו לאור מקורות משפט שמעמדם הנורמטיבי נמוך יותר במדרג הנורמטיבי ממעמדם של חוקי היסוד (למשל ההכרזה, חוקים), ראו לעניין זה להלן פרקים ב ר.ג. אולם פעילות פרשנית זו, אינה פרשנות חוקה על-פי או בכפוף לנורמות משפטיות שהגן נמוכות מחוקה, אלא פרשנות חוקתית של חוקה ב"מבט רחב" — לאור "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל — לאור תפיסת עולמה של החברה כפי שהיא משתקפת ממקורותיה המשפטיים האובייקטיביים, כולל נורמות שהגן במדרג נורמטיבי נמוך מחוקה, ראו בהקשר זה: דבריו של השופט ברק בבג"צ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 211, בו נמנע מלהיזקק לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981 לצורך פרשנותו של חוק יסוד: "... אינני סבור שהוראה בחוק 'רגיל' יכולה להגדיר ביטויים בחוק יסוד, אלא אם כן יש הסמכה לכך בחוק היסוד עצמו. ביטויים בחוק-יסוד יש להגדיר בחוק-יסוד. ביטויים בחוק 'רגיל' כפופים לחוק היסוד, וממילא אינם יכולים להגדיר את היקף פריסתו של חוק-יסוד. חוק-יסוד אינו חוק 'רגיל'. חוק-יסוד הוא הוראה נורמטיבית בעלת רמה חוקתית-על-חוקית. חוק רגיל אינו קובע את פירושו של חוק-יסוד, כשם שחוקיקת משנה אינה

לולא נכללה בחוק יסוד⁸¹ ולגבי קביעת היקף ההגנה המשפטית עליה (שנקבע לאור תנאיה של פסקת ההגבלה). חוק המחוקק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸², או גוף אחר שמוטלת עליו החובה להעניק את הזכות, המבקשים לפגוע בזכות להעדפה המתקנת (בהיקפה המוכר בישראל) – עליהם לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה⁸³. במקרה זה, נדרש לערוך איזון בין משקלה של הפגיעה בזכות להעדפה מתקנת לבין משקלה של הפגיעה בעניינים האחרים המתנגשים. אולם, גם הענקת הזכות להעדפה מתקנת פוגעת בזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד – זכות הפרט לשוויון המעוגנת בזכות הכללית לשוויון (הכלולה בזכות לכבוד). על-כן, לא רק הפגיעה בזכות להעדפה מתקנת צריכה לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה. גם חוק או גוף אחר (שחל עליו עיקרון השוויון) המעניק את הזכות להעדפה מתקנת, עליו לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה. במקרה זה, נדרש לערוך איזון בין משקלה של הפגיעה בזכות הפרט לשוויון לבין משקלם של העניינים האחרים המתנגשים⁸⁴.

קובעת את פירושה של חקיקה ראשית. כמובן, ניתן להיעזר בהוראות של חוק הפרשנות, עד כמה שהן משקפות תרבות משפטית המשותפת לקהילייה המשפטית הישראלית. סיוע זה יהא בעל אופי כללי ולא טכני.

81 להענקת משקל כבד יותר לזכות המעוגנת בחוק יסוד, ראו למשל: ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 658–659 (להלן – "עניין גנימאת"); וכן דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 134–135. לגישה שונה, ראו: דעתו של השופט חשין בעניין גנימאת, בעמ' 654–655. למחלוקת זו בין השופטים ברק וחשין ראו בהרחבה: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355. לדיון במחלוקת זו, ראו: ב"צ להב הזכות לפרטיות והזכות לפרסם מידע בשל "עניין ציבורי" (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, הוגש לסינט של אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ה) 110–113.

82 לעומת זאת, חוק שחוקק לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר פוגע או מעניק את הזכות לייצוג הולם, יפורש לאור חוקי היסוד, אך מחוסן הוא מפני ביקורת שיפוטית על-פי חוק היסוד, זאת לאור הוראתו של סעיף 10 לחוק היסוד בדבר "שמירת דינים": "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד".

83 לבחינת חוקתיותה של ההעדפה המתקנת לאור פסקת ההגבלה, ראו דברי השופט ברק בעניין עדאלה, לעיל הערה 46, בעמ' 40: "ואם תאמר כי העדפה מתקנת הפליה היא, הרי שהפליה ראויה היא. זאת כאשר היא תואמת את ערכי המדינה, היא לתכלית ראויה, והפגיעה בשוויון אינה מעבר לנדרש".

לתחולתם של אמות המידה שנקבעו בפסקת ההגבלה על בחינת חוקיות פעולתן של רשויות מנהליות הפוגעות בזכויות היסוד של האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ראו למשל: דעתה של השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 56, בעמ' 138–141; השופט ברק בעניין גנימאת, לעיל הערה 81, בעמ' 653; השופט ברק בבג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 41–42; השופטת דורנר בבג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673, 683–684; והשופט ברק שם, בעמ' 691–692. לגופים עליהם חלה או שראוי שתחול חובה להעניק ייצוג הולם, ראו להלן בפרקים ב ו-ג.

84 לעניינים המתנגשים עם הזכות הקיבוצית לשוויון (הזכות להעדפה מתקנת) או עם זכות הפרט לשוויון, ולאזונים השונים שראוי לקבוע להתנגשויות השונות, ראו להלן בסוף פרק ג.2.

5. הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", הזכות ל"ייצוג הולם" והזכות ל"הקצאת משאבים" כביטויים לעיקרון ההעדפה המתקנת

הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג", הזכות ל"ייצוג הולם" והזכות ל"הקצאת משאבים" הנן ביטויים לעיקרון ההעדפה המתקנת. הן נגזרות מהעיקרון. תכליתן של שלושת הזכויות היא להגשים את השוויון הקיבוצי-המהותי בפועל, אך שונות הן באמצעי שננקט על-ידן כדי להגשימו.

הענקת זכות ל"מכסת מינימום ייצוג" משמעותה כי בהליך קבלת ההחלטה, כל עוד לא הוגשמה אותה "מכסת מינימום ייצוג" בפועל, יש למלא בכל מקרה ובכל הנסיבות את המכסה (למשל, למנות למשרה או לקבל ללימודים את אחד המועמדים מבני או מבנות הקבוצה שהוענקה לה הזכות למכסת הייצוג). הזכות למינימום מכסת ייצוג הנה על-פי טיבה זכות "תוצאתית-קשיחה". היא מטילה חובה להתחשב בהליך קבלת ההחלטה בתוצאה בלבד. יש לקבל בכל מקרה ובכל הנסיבות החלטה שתגשים את מכסת הייצוג בפועל, יהיה משקלם של השיקולים השוללים את הזכות באותן נסיבות אשר יהיה. תכלית הגשמת מכסת הייצוג גוברת על כל תכלית אחרת מתנגשת, היא משקלה אשר יהא, גם אם משקלה כבד יותר⁸⁵. כך, למשל, יתרונו היחסי של מועמד וכישוריו הרלוונטיים לא נשקלים כלל. הוא נדחה על הסף, אך בשל השתייכותו הקיבוצית (בשל אי השתייכותו לקבוצת האוכלוסייה שהוענקה לה הזכות למכסת ייצוג).

85 בשיטת המשפט בישראל, קיימות מספר הוראות חוק קונקרטיים המטילות חובת הענקת "מינימום מכסת ייצוג" לנשים בגופים קונקרטיים. סעיף 4 לחוק האזרחים הוותיקים, התש"ן-1989 (להלן – "חוק האזרחים הוותיקים") הקובע, כי לפחות שליש מחברי המועצה הציבורית לענייני האזרחים הוותיקים יהיו נשים; סעיף 49(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156, קובע לגבי הרכב המועצה לביטוח בריאות ממלכתי, כי "בהרכב החברים שימונו מקרב עובדי הממשלה יהיה ייצוג לשני המינים בלפחות רבע מכלל ההרכב, בהרכב הנציגים של גוף המיוצג בידי שלושה ומעלה יהיה ייצוג לשני מינים"; סעיף 4(ג) לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, ס"ח 132 קובע, כי מבין חברי הנהלת הקרן לקליטת החייל המשוחרר "יהיו לפחות רבע בני כל אחד משני המינים"; סעיף 13(ב) לחוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, התשנ"ז-1997, ס"ח 196, קובע לגבי הרכב הוועדה המייעצת לרשות הלאומית לבטיחות בדרכים המונה 21 חברים כי: "אחד עשר חברים לפחות מכלל חברי הוועדה המייעצת יהיו נשים"; סעיף 16(ג) לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997, ס"ח 156 קובע, כי "מחצית לפחות מכלל חברי הוועדה המייעצת תהיינה נשים"; סעיף 9(ה) לחוק הרשות לקידום מעמד האשה, התשנ"ח-1998 קובע, כי בהרכב החברים בוועדה המייעצת לרשות למעמד האשה "יהיה ייצוג לכל אחד מהמינים של לפחות ארבעים אחוזים מההרכב". לסקירת חקיקה זו, ראו פסק דינו של השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 661-662. כן ראו בהקשר זה את חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189, הקובע בסעיף 239(ד): "חובת מינוי. בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין שני". אולם, ביטוי המכריע של עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל, מבחינת היקפו ומשקלו, הוא בהענקת הזכות לייצוג הולם, ראו להלן בפרקים ב-ג.

לכן, פגיעה זו, מהווה גם פגיעה בכבוד האדם⁸⁶. האיזון בין משקלה של הזכות למכסת ייצוג לבין יתרונו היחסי של המועמד, לא נעשה בהליך קבלת ההחלטה. האיזון נעשה מראש. לאורו נקבעת מכסת הייצוג המינימאלית. לכן, בזכות ל"מינימום מכסת ייצוג" מגולם הפוטנציאל הגדול ביותר (מבין ביטויי השונים של עיקרון ההעדפה המתקנת) לפגיעה בעלת המשקל הכבד ביותר בעניינים המתנגשים עם הזכות (ככל שמידת מכסת הייצוג גדולה יותר).

הענקת הזכות ל"ייצוג הולם", לעומת זאת, משמעותה שכל עוד לא הוגשם הייצוג ההולם, השיקול בדבר הגשמתו, הנו שיקול ענייני שיש להתחשב בו ולהעניק לו משקל נאות בהליך קבלת ההחלטה, יחד עם שאר השיקולים הרלוונטיים⁸⁷. יש לאזן בין משקלה של הפגיעה הנובעת מהעדר ייצוג הולם, לבין משקלם של השיקולים האחרים המתנגשים בנסיבותיו של כל מקרה קונקרטי.

הענקת הזכות ל"הקצאת משאבים", משמעותה שכל עוד לא הוגשם השוויון הקיבוצי, השיקול בדבר הגשמתו הנו שיקול שיש להעניק לו משקל נאות, יחד עם שאר השיקולים הרלוונטיים. יש לאזן בין משקלה של הפגיעה בשוויון הקיבוצי לבין משקלה של הפגיעה כתוצאה מהקצאת המשאבים (יחד עם איזוןם של שאר השיקולים הרלוונטיים המתנגשים). הקצאת משאבים (סבירים) של כלל החברה (הנגזרת מהזכות להקצאת משאבים), תכליתה להביא את הפרטים המשתייכים לקבוצות האוכלוסייה הסובלות מפגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון, לנקודת מוצא דומה (מבחינת כשירותם) לשאר קבוצות האוכלוסייה, ובכך לאפשר להם נגישות שווה למשאביה⁸⁸.

ב. התפתחותה בישראל של הזכות לייצוג הולם

רעיון ההעדפה המתקנת כעיקרון משפטי נקלט לתוך שיטת המשפט הישראלית לפני כעשור שנים בלבד. בעשור זה, ניכרת מגמה של התפתחות מואצת המרחיבה משמעותית את היקפו של עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל, כאשר הזכות לייצוג הולם הנה הביטוי המכריע לעיקרון. אומנם גם קודם לכן היו בשיטת המשפט הישראלית ביטויים מסוימים של העדפה מתקנת במגילת העצמאות⁸⁹, בחקיקה⁹⁰ (גם

86 ראו להלן בפרק א.4.

87 ראו לעניין זה, השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 38.

88 לדיון בזכות ל"הקצאת משאבים", ראו להלן בפרק ד.4. (ב).

89 במגילת העצמאות נמצא ביטוי לזכות הקיבוצית של המיעוט הערבי לייצוג הולם ("נציגות מתאימה") ולא רק ביטוי לזכות הפרט לשוויון ("אזרחות מלאה ושווה"): "אנו קוראים ... לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

90 למשל, סעיף 7 לחוק חיילים משוחררים, התשמ"ד-1984, ס"ח 188, קבע העדפה במכרז בשירות המדינה לחיילים משוחררים משירות חובה: "העדפה בקבלה לעבודה 7. במכרז לקבלת אדם

זו המנדטורית)⁹¹, בפסיקה⁹² (במסגרת התפיסה המהותית של השוויון⁹³) וכן בתוכניות

לעבודה המתקיים על פי חיקוק תינתן עדיפות לחייל משוחרר המשתתף במכרז לעומת מי שאינו חייל משוחרר, ובלבד שמתקיימים בו כל דרישות הכשירות שפורטו במכרז והוא בעל נתונים הנוגעים לענין שאינם נופלים מנתוני שאר המשתתפים". ביטוי זה של ההעדפה המתקנת, בוטל מאוחר יותר בסעיף 26 לחוק קליטת חיילים, התשנ"ד-1994, ס"ח 132 (אשר ביטל את חוק חיילים משוחררים האמור).

91 כבר בפקודת סרטי ראינוע משנת 1927 נקבע בסעיף 1(3), כי יש להעניק ייצוג לפחות לאשה אחת במועצת הצנזורה (חא"י, כרך א 128 (16.10.1927); תיקון: תש"ח, ע"ר 16, התש"ח (16.8.48), 16). על-פי סעיף 1(3) לפקודה, הרכבה של "מועצת הביקורת" היא "יושב-ראש ומספר חברים, וביניהם לפחות אשה אחת ("of whom one at least shall be a women"), אשר ימונו מפעם לפעם על-ידי שר הפנים על דעת הממשלה". כמו כן, ניתן למצוא, בנוסף לסעיף זה, שחוק האזרחים הותיקים המקים מועצה ציבורית לענייני האזרחים הותיקים, קובע בסעיף 4(ב) לחוק כי "לפחות שליש מחברי המועצה יהיו נשים". לדעות שונות בשאלת חוק השבות, תש"י-1950 כביטוי להעדפה מתקנת, ראו: ח' גנו "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683; וכן A. Kasher "Justice and Affirmative Action — Naturalization and the Law of Return" 15 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1985) 101.

92 ביטוי לרעיון ההעדפה המתקנת בפסיקה ניתן למצוא כאמור כבר בראשית שנות השמונים בדברי השופט ברק בעניין אגודת דרך ארץ וכן בעניין אליצור, ראו לעניין זה לעיל הערה 11. בעניין דרך ארץ, בדונו במורכבותה של הגדרת השוויון (על אף שבאותו עניין העניק לעיקרון השוויון משמעות פורמאלית), העלה השופט שמגר את שאלת ההעדפה התקנת: "שאלה נגזרת אחרת אחת היא, למשל, אם שוויון על אחר אכן גם צודק בתוצאתו המידית, או שמא יש נסיבות, בהן ניתן להגיע אל השוויון רק באימוצן של דרכי פעולה, המעניקות טיפול בלתי שווה, כגון, מקום בו מבקשים לישם את ההפליה המקדמת ("reverse discrimination")" (עניין דרך ארץ, לעיל הערה 11, בעמ' 19).

רטוריקה של העדפה מתקנת (מבלי שהיא מוזכרת בשמה) ניתן למצוא בעניין אביטן. בפרשה זו החכיר מנהל מקרקעי ישראל מגרשים במחיר מוזל רק לבדואים במסגרת תוכנית ממשלתית ליישובם ביישובי קבע. אביטן, יהודי תושב באר שבע טען לאפליה על רקע לאומו מאחר שמנהל מקרקעי ישראל סירב להחכיר לו קרקע ביישוב בדווי בנגב באותם תנאים בהם החכיר לבדואים באותו אזור. בהנמקתו לדחיית העתירה, מתבסס השופט אור, בין היתר, על עיקרון ההעדפה המתקנת: "בני אדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונות ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש" (עניין אביטן, לעיל הערה 16, בעמ' 299). וכן: "רעיון של עידוד והקלות למיגורים הזקוקים וראויים לכך ידוע ומקובל גם בענייני שיכון ודיוור ויש לראותו בחיוב..." (שם, בעמ' 303). אולם עדיין קשה להסביר את תוצאת פסק הדין כמתבקשת מעיקרון ההעדפה המתקנת. מנסיבות פסק הדין עולה כי "מרכז הכובד" ומשקלם הדומיננטי של השיקולים להחכרת קרקע לבדואים בנגב במחיר מסובסד, מתמקד בהגשמתם של אינטרסים ושיקולים ציבוריים של מניעת תפיסת אדמות מדינה (ריכוז הבדואים במקום אחד) ומניעת הפרות חוק, כאשר הסיוע הכספי מהווה אמצעי להגשמת מטרות אלו. כך לדוגמא, יוחד הסיוע להתיישבות במקומות מוגדרים — בעיירות הבדואים בלבד. אין מדובר בתוכנית ההעדפה מתקנת בדיוור לבדואים כאשר הם יכולים לבחור את מקום מגוריהם. על-כן, קשה לומר כי במקרה זה מדובר בזכות האדם (הקיבוצית) להעדפה מתקנת. לדין בפסק הדין בעניין אביטן כביטוי להעדפה מתקנת, ראו: "בנקלר" אי-הפליה בדיוור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז (תשנ"א) 131, 150-156. לעומת זאת, את תוצאת פסק הדין בעניין בורקאן ניתן להסביר כמתבקשת מעיקרון ההעדפה

ובצעדים מנהליים שונים⁹⁴. אולם, ביטויים אלו של העדפה מתקנת, לא היו ביטוי לתפיסה או לרעיון כלליים בשיטת המשפט, ולא נגזרו מעיקרון משפטי כללי של העדפה מתקנת שנקלט לתוך שיטת המשפט בישראל והיה לחלק ממנה⁹⁵. לפני כעשור שנים, במרץ 1993, נתקבל בכנסת תיקון לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975. תיקון זה הוסיף לחוק החברות הממשלתיות, בין היתר, את סעיף 18א, שקבע לראשונה בשיטת המשפט בישראל את החובה החקיקתית להעניק ייצוג הולם המבוססת על עיקרון ההעדפה המתקנת. הסעיף העניק את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות⁹⁶:

93 המתקנת למרות שלרעיון ההעדפה המתקנת לא היה כל ביטוי בפסק הדין (בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800). בעניין זה, בית-המשפט לא התערב בהחלטתה של חברה ממשלתית לשכן יהודים בלבד ברובע היהודי. כאן מדובר בנסיבות בהן יהודים גורשו מהרובע היהודי, ולא ניתן להם (נכון לעת מתן פסק הדין) לרכוש דירות או אף לשכור דירות ברבעים אחרים בעיר העתיקה המיועדים רק למוסלמים, נוצרים או ארמנים, לכן בנסיבות אלה הוענקה, למעשה, ליהודים העדפה מתקנת לתקופת זמן מוגבלת, ראו: קרצמר, לעיל הערה 1, בעמ' 318. ראו לעניין זה, לעיל פרק א.2.3.

94 על צעדים של העדפה מתקנת לקידום ילדים וצעירים מעדות המזרח בתחום החינוך בשנות השבעים והשמונים, ראו S. Shitreet "Affirmative action for Promoting Social Equality" 17 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1987) 254-241. תוכנית ההעדפה המתקנת הראשונה לגבי נשים אומצה בשנת 1985 בהחלטת ממשלה (מספר 248 מתאריך 28.4.85). לפיה, רשויות ממשלתיות יפעלו לאיזון בייצוג לנשים בעמדות בכירות. כדי להגשים ייצוג הולם בפועל, נקבע כי בכל ועדה ממנה תהיה אשה אחת לפחות. יחד עם זאת, ראוי לציין כי מדובר כאן בהטלת חובה להעניק ייצוג הולם לנשים בגוף הממנה ולא בגוף הממונה. אין ערובה לכך שנשים בגוף הממנה תעדינה למנות לגוף הממנה נשים בשל היותן נשים. יתרה מזו, בית הדין לעבודה שדן בהוראה זו נמנע מלבטל מינוי בשל אי מנויה של אשה לוועדת המינויים. באותו מקרה הוזמנה אשה אך נבצר ממנה להגיע לדין (מז/3-428 וייצמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ניתן ביום 25.4.89 בבית הדין האזורי לעבודה ירושלים). מספר שנים מאוחר יותר נוספה לתקשי"ר הוראה שקבעה, כי "החלטת ועדת בוחנים שהתקיימה בהעדר ייצוג כאמור [ייצוג לבני שני המינים] – תיפסל" (התקשי"ר, סעיף 11.457 כפי שתוקן בהודעת נציג שירות המדינה נה/19). כן ראו לעניין זה: רדאי, לעיל הערה 17, בעמ' 151; ודורנר, לעיל הערה 10, בעמ' 546. לתוכניות להעדפה במכרז שמפעיל שירות המדינה לגבי פורשים מצבא קבע, נכי צה"ל, עולים חדשים, ערבים ודרוזים, ולתוכניות אחרות של העדפה מתקנת, ראו: תירוש, לעיל הערה 69, בעמ' 215-216. להמלצות של ועדות שונות להגשמת השוויון בין בני שני המינים, ראו: שם, בעמ' 192-193.

95 כך, למשל, מההיסטוריה החקיקתית של חוק האזרחים הותיקים עולה, כי לא נדון רעיון ההעדפה המתקנת ובעקבותיו לא ניתנה גם פסיקה שעסקה ברעיון ההעדפה המתקנת. למעשה, המועצה הוקמה רק בשנת 2001 ושיבתה הראשונה התקיימה בשנת 2002, ראו: דברי סגן שר העבודה והרווחה, ד"כ, הישיבה המאיתיים ושבעים ושבעה של הכנסת החמש עשרה, "בשבת התשס"ב (23.1.03) www.knesset.gov.il.

96 אולם, חשוב להדגיש כי תחולתה של הזכות לייצוג הולם רחבה יותר. היא אינה חלה רק על הרכבי מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות. הוראת סעיף 60 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (להלן – "חוק החברות הממשלתיות"), החילה את הוראת סעיף 18א גם על כ-150 תאגידים וגופים אחרים שהוקמו בחוק, כמו, רשות הדואר, רשות הנמלים, רשות השידור, רשות שדות התעופה, הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, המועצה לביקורת סרטים ומחזות, המועצה

18" א ייצוג הולם לשני המינים

- (א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים.
- (ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה⁹⁷.

תיקון זה נדון לראשונה, כשנה ומחצה מאוחר יותר, בעניין שדולת הנשים הראשון. בית-המשפט ביטל לראשונה מינויים של דירקטורים גברים במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות (דירקטור במועצת המנהלים של רשות הנמלים והרכבות ושני דירקטורים במועצת המנהלים של בתי הזיקוק לנפט בע"מ), מאחר שהרשויות המוסמכות הממנות (הממשלה והשרים⁹⁸) לא מילאו אחר החובה המוטלת עליהם על-פי הוראת סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות. במקרה זה, לא מוגנו נשים, למרות שבהרכבי מועצות המנהלים לא נכללה אף לא אשה אחת. בית-המשפט הורה לפתוח מחדש בהליכי המינוי, משום שלא נשקלה האפשרות למנות אשה ולא הוענק משקל להעדפת מינוי של נשים לכהונת חברה במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות כפי שמתחייב מהוראה זו. בכך הפעיל בית-המשפט ביקורת שיפוטית יעילה על רשויות השלטון, במישור היישום הלכה למעשה של הזכות החקיקתית לייצוג הולם. חקיקת סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, יחד עם פסק דינו, פורץ הדרך של השופט מצא⁹⁹ בעניין שדולת הנשים הראשון, מהווים את קו פרשת המים בפיתוחה ובפרשנותה של הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל¹⁰⁰.

לשידורי כבלים, לשכת עורכי הדין, מועצת הביטוח הלאומי, מגן דוד אדום, האקדמיה ללשון עברית, ועוד.

- 97 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993, ס"ח 92 (נתקבל בכנסת בג' בניסן התשנ"ג-26.3.93; להלן – "סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות" או "סעיף 18א"). תיקון זה, במקורו נועד לקבוע "אמות מידה לכשירותו של דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית", וזאת במטרה למנוע מינויים לא ענייניים ש"פגעו ביכולת התפקוד המקצועית של דירקטוריונים של חברות ממשלתיות" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993, ה"ח 72). בהזדמנות זו ובמסגרת תיקון זה, הוסף גם סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, וזאת עקב מספרם הדל של הנשים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, כי "רק אחוזים ספורים מקרב הדירקטורים הן נשים ובמספרים אבסולוטיים מספרן קטן ביותר".
- 98 כך, למשל, קובע סעיף 6(א) לחוק רשות הנמלים והרכבות, תשכ"א-1961: "הממשלה תמנה על-פי הצעת שר התחבורה מועצה לרשות (להלן 'מועצה'); המועצה תהיה של שבעה עשר חברים בהם עשרה מקרב הציבור ושבעה מקרב עובדי המדינה וביניהם שני נציגים משרד התחבורה, נציג משרד האוצר ונציגי משרד התעשייה והמסחר".
- 99 דעת הרוב נכתבה על-ידי השופט מצא בהסכמת השופט זמיר, כנגד דעתו החולקת של השופט קדמי שסבר כי אין מקום להתערב בנסיבות העניין בהחלטתן של הרשויות המוסמכות הממנות. משנת 1993, מאז חקיקת סעיף 18א ועד יוני 2002 ישנה מגמת עלייה בייצוג נשים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות. בשנת 2000 נחצה קו 30% – שיעור שנקבע כמדד

מההיסטוריה החקיקתית עולה, כי בחוקקו את סעיף 18א על שני סעיפי המשנה שלו, ביקש המחוקק להטיל חובה אקטיבית לפעול להגשמת התוצאה של שוויון בפועל באמצעות הפעלת מדיניות של העדפה מתקנת – הענקת הזכות לייצוג הולם¹⁰¹. "תכלית סובייקטיבית" זו של המחוקק, פוגשת את "התכלית האובייקטיבית" שקבע בית-המשפט במסגרת פעילותו הפרשנית¹⁰². אגב פרשנותה ב"מבט רחב" של הוראת סעיף 18א, אימץ השופט מצא את התפיסה, לפיה חובת הייצוג ההולם לבני שני המינים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות המופיעה בסעיף, הנה ביטוי – מקרה פרטי חקוק – של עיקרון רחב יותר והוא ההעדפה המתקנת. בתוך כך, נתן השופט מצא לראשונה ביטוי בפסיקה לעיקרון ההעדפה המתקנת, בתחולתו המצומצמת במקרה הקונקרטי האמור, כחלק משיטת המשפט הישראלית, וביסס את התפיסה כי עיקרון ההעדפה המתקנת הנו עיקרון ראוי ומוצדק לאור תפיסתה של חברתנו¹⁰³.

השופט מצא פירש את סעיף 18א פרשנות תכליתית, תוך הענקת משקל נאות לזכות לייצוג הולם¹⁰⁴. הוראות החוק המעניקות סמכות לממשלה ולשרים למנות חברים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות פורשו לאור הזכות החקיקתית

לייצוג הולם. בשנת 2002 חלה ירידה בייצוג הנשים במועצות המנהלים אך עדיין הוא עומד על שיעור של למעלה מ-30%. הייצוג הנמוך ביותר של נשים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות הוא של נשים העובדות בחברות אלה – 2.4% (נשים בישראל – ריכוז נתונים ומידע (שדולת הנשים, 2002) 100). כמו-כן, ראוי לציין נתונים נוספים לגבי התפתחות ייצוגן של הנשים בישראל. אחוז הנשים בקרב הסטודנטים ובכללם הסטודנטים בפקולטה למשפטים הוא מעל 50%. אחוז זה מסביר בין היתר את אחוז הנשים בקרב השופטים – 46.35%. אך, נכון לשנת 2002, ככל שעולה הערכאה, כך יורד שיעור השופטות בה (שם, בעמ' 122). יחד עם זאת ראוי לציין, כי לאחרונה, במאי 2004, מבין ארבעת השופטים שמונו לבית-המשפט העליון, שתיים היו נשים. שיעור הנשים מכלל המנהלים עלה פי 3 מסוף שנות השבעים. בשנת 76% 9% מהמנהלים היו נשים ובשנת 2000 – 26%. כמו כן, 10% בלבד מכלל המנהלים בדרגת מנכ"ל הן נשים (שם, בעמ' 91).

ועדת חוקה חוק ומשפט הביאה לכנסת שתי הצעות חלופיות לסעיף 18א. החלופה האחת כללה רק את ההוראה המופיעה כיום בסעיף 18א(א). החלופה השנייה, שהוצגה כמבקשת לבסס את חובת הייצוג ההולם על עיקרון ההעדפה המתקנת, כללה גם את ההוראה המופיעה כיום בסעיף 18א(ב). הצעה זו, לא זכתה לרוב בוועדה והופיעה כהסתייגות של יו"ר הוועדה חה"כ ד' צוקר ושל חבר הוועדה ח' אורון (ראו הדיון בקריאה השנייה (ד"כ, הישיבה השבעים ושבע של הכנסת השלוש עשרה, יום שלישי כ"ג באדר התשנ"ג (16.3.93)). הכנסת הכריעה לבסוף לטובת החלופה השנייה ובכך הביעה את כוונתה לבסס את חובת הייצוג ההולם במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות שבסעיף 18א על בסיס "מדיניות של העדפה מתקנת". יצוין, כי בעת הדיון בקריאה הראשונה, הועלתה גם הצעה (כמו של חברת הכנסת ענת מאור ושל נעמי חזן) לקבוע מכסות, בצורה מדורגת עד 40% (ד"כ, הישיבה השישים ושמונה של הכנסת השלוש עשרה, ב' אדר התשנ"ג (23.2.93); www.knesset.gov.il).

לדיון ב"תכלית הסובייקטיבית" וב"תכלית האובייקטיבית" ומשקלם בקביעת התכלית הסופית, ראו: ברק, לעיל הערה 80, בעמ' 165–236.

השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 516–526.

שם, בעמ' 525–529. כללית, לפרשנות התכליתית, ראו: ברק, לעיל הערה 80.

לייצוג הולם. נפסק, כי על הממשלה ועל השרים להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם כבואם למנות חברים בקרב מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות. השופט מצא מדגיש, כי הוראת סעיף 18א נועדה לתקן עיוות חברתי קיים ונמשך של ייצוג דל לנשים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות¹⁰⁵. בהקשר הרחב, היא נועדה להגשים בפועל את השוויון החברתי לנשים ("וברמות הניהול בפרט")¹⁰⁶. לאור הגשמת תכלית זו פירש את המונחים המרכזיים בסעיף. למילים "ביטוי הולם לייצוג" לא הוצע פירוש ממצה. אך צוין כי אין מדובר ב"מתן ייצוג כלשהו", אלא "אפשר" ש"יש לפרש 'ביטוי הולם' כמחייב מתן ייצוג שווה לגברים ולנשים"¹⁰⁷. את המונח "ככל שניתן בנסיבות העניין", פירש כחריג לזכות לייצוג הולם. אומנם אין חובה למנות בכל מקרה ובכל הנסיבות אשה, אולם לזכות לייצוג הולם הוענק "משקל בכורה"¹⁰⁸ בתהליך האיוון בין משקלה של הזכות החקיקתית לייצוג הולם לבין משקלם של העניינים המתנגשים. השופט מצא מציע "מבחן גמיש" להפעלת איוון זה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה לאור אופיו, מטרותיו, צרכיו המיוחדים, הייצוג בפועל לבני שני המינים בגוף שעליו מוטלת החובה להעניק ייצוג הולם ויתרונו היחסי של המועמד¹⁰⁹.

לאור מרכזיותו של עיקרון ההעדפה המתקנת וכדי להגשים את תכליתו הלכה למעשה – ייצוג הולם, הגיע השופט מצא למספר מסקנות. הנטל להוכיח כי "בנסיבות העניין" אין למנות אשה, הוטל על הרשות המוסמכת לערוך את המינוי. במקרה של סטייה מהייצוג ההולם, על הרשות מוטל נטל הוכחה לא קל¹¹⁰ להראות כי נקטה את כל האמצעים הסבירים לאיתורה של המועמדת הראויה¹¹¹. כמו-כן, נקבע כי כדי שתחול הזכות לייצוג הולם, אין לדרוש זהות מוחלטת בכישורי המועמדים בני שני המינים,

105 מתוך 741 דירקטורים שכהנו ב-160 חברות ממשלתיות, רק 35 הן נשים, קרי: 5%. ובתוך 470 הדירקטורים המכהנים בתאגידים ובגופים אחרים שהוקמו בחוק ("חברות ציבוריות"), היו רק 9 נשים קרי: פחות מ-2%. (דברי חברת הכנסת נעמי חזן, בדיון בקריאה הראשונה בהצעת החוק, הישיבה השישים ושמונה של הכנסת השלוש עשרה, ב' באדר התשנ"ג (23.2.93); www.knesset.gov.il).

106 השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 526.

107 השופט מצא, שם, בעמ' 528.

108 שם, בעמ' 529.

109 שם, בעמ' 528.

110 שם, בעמ' 529. גישה זו נקט בית-המשפט גם בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 667-668 ובעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 38.

111 השופט מצא מדגיש, כי אומנם השר הממנה אינו חייב "לחתור בכל מחיר לאיתורה של מועמדת אלמונית בעלת הכישורים הדרושים". אולם, "הוא לא יצא ידי חובתו בעריכת חיפוש 'פורמלי'". למשל, אם מדובר במינוי מתוך עובדי משרדו של השר, על השר לבחון את מועמדותן של כל הנשים במשרדו שהנן בעלות הכישורים הנדרשים. אם מדובר במינוי מתוך כלל הציבור הרחב, יש להסתייע לא רק בעוזריו וביועציו, אלא גם בגופים ציבוריים רלוונטיים (כגון: לשכות של בעלי מקצועות חופשיים, איגודים מקצועיים, אוניברסיטאות, עמותות של נשים, היועצת למעמד האשה במשרד ראש הממשלה) שיכולים להציע מועמדות כשירות לתפקיד (עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 529).

אלא יש לאמץ בעניין זה מבחן גמיש¹¹². כן נקבע, כי רק במקרים קיצוניים יוענק לניסיון קודם משקל מכריע בהליך המינוי, עת מדובר בניסיון עשיר במיוחד, כאשר יש חשיבות מיוחדת לניסיון קודם לגבי הצלחתם של המועמדים למלא את תפקידם, ובהרכב הקיים של הדירקטוריון לא מכהנים דירקטורים מנוסים רבים. שכן, אחרת יונצח המצב הקיים, לפיו לגברים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות מיוצגים ייצוגית-יתר מכריע ביחס לנשים¹¹³. עוד נקבע, כי אומנם הפגיעה באלו שכבר מונו כדירקטורים (שהנם בבחינת צדדים תמי לב) הנה פגיעה רלוונטית שיש לשקלה, אולם על אף זאת אין לשלול בנסיבות ראויות, כמו בעניין שדולת הנשים הראשון, מלהעניק משקל מכריע לשיקול בדבר הגשמת הייצוג ההולם¹¹⁴.

בכך, לא רק ששולב עיקרון ההעדפה המתקנת, בתחולתו הקונקרטי והמצומצמת האמורה, כחלק משיטת המשפט בישראל, אלא אף נקבעה התפיסה הראויה באשר לקביעת היקפה, משקלה, היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם ותפקידו של בית-המשפט בהגנה יעילה על הזכות. בכך הניח השופט מצא את התשתית לפיתוחה של הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט הישראלית.

הביסוס העקרוני-אידיאולוגי-ערכי של רעיון ההעדפה המתקנת כתפיסה ראויה ומוצדקת על-פי תפיסת עולמה של חברתנו, על-ידי השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, וכן היישום באופן יעיל על-ידי בית-המשפט כאמור של הוראת החוק המעניקה זכות לייצוג הולם, עודדה והאיצה את השימוש באמצעי החקיקתי לשם הגשמת הייצוג הולם. הוכח שקיים אמצעי משפטי יעיל לקדם את השוויון בפועל באמצעות פעולה משולבת של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת. ואכן, מקץ חודשיים בלבד מעת מתן פסק הדין בעניין שדולת הנשים הראשון הוגשה לכנסת בינואר 1995, בהשראתו של פסק הדין, הצעת חוק פרטית¹¹⁵, שהתגבשה

112 בכך דחה השופט מצא את עמדת המדינה וקיבל את עמדתה של העותרת (שם, בעמ' 528–529). לעמדתה של העותרת, כי יש להעניק את הזכות להעדפה מתקנת כאשר בני שני המינים הנם בעלי כישורים דומים, ראו: שם, בעמ' 514. מאוחר יותר, מאמץ המחוקק את גישתו זו של השופט מצא, בסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה (ראו להלן בפרק 2.ג).

113 לעניין מינויו של חבר במועצת רשות הנמלים והרכבות מציין השופט מצא, כי "אילו בדק (שר המסחר והתעשייה – ב"צ ל'), אפשר שהיה מגלה שסגולותיה המקצועיות המעולות של מועמדת פלונית (אף אם בקיאותה בפעילויות הרשות אינה משתווה לזו שבה ניחן מר חייק) הופכים אותה, בהערכה כוללת, למועמדת שסיכוייה למלא בהצלחה כהונה זו אינם פחותים." (שם, בעמ' 531). "ההערכה הכוללת" את הניסיון הקודם, לוקחת בחשבון שיקול זה, אך נותנת לו משקל מכריע רק במקרים קיצוניים.

114 שם, בעמ' 532–534. במקרה אחר, בעניין שדולת הנשים השני, בית-המשפט לא ביטל מינוי, משום שמדובר במינוי זמני למספר חודשים שעומד להסתיים בקרוב, ראו: עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 671–672. לכן הסעד הוענק שם לגבי מינוי הקבע (ראו להלן בפרק 1.ג).

115 מציע ההצעה, חה"כ דדי צוקר, ששימש כיו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, תולה את הצעת החוק שלו, בין היתר, בפסיקתו של בג"צ בעניין שדולת הנשים הראשון. בדיון בקריאה

בסופו של דבר לסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן – "חוק המינויים"), הקובע (בנוסחו המקורי כפי שנתקבל ב-1995) בס"ק (א):

"בקרב העובדים בשירות המדינה יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים" (להלן – "סעיף 15א")¹¹⁶.

חובת הייצוג ההולם שהוטלה בסעיף 15א הנה הוראת חוק משמעותית¹¹⁷. מאוחר יותר, חוקקו הוראות חוק נוספות, בעלות תחולה מצומצמת יותר, המעניקות את הזכות לייצוג הולם בגופים קונקרטיים¹¹⁸.

בשנת 1998 חוקקה הכנסת את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות שהעניק זכות חקיקתית לייצוג הולם לקבוצת אוכלוסייה נוספת – אנשים עם מוגבלות (המונה כעשרה אחוזים מכלל האוכלוסייה בישראל¹¹⁹). סעיף 9 לחוק מטיל על מעביד

הטרומית בתיקון מספר 7, מדגיש יושב ראש הוועדה: "אנחנו מדברים פה בהמשך העיקרון שנקבע בחקיקה שנחקקה בכנסת לפני כשנה וחצי בדבר העדפה מתקנת לנשים בדירקטוריות בחברות ממשלתיות, חוק שקיבל לאחרונה גיבוי אידיאולוגי ומעשי על ידי פסיקתו של בג"צ" (ישיבה רצ"ח, 11.1.95, עמ' 463 לתדפיס הכנסת). לדיון בתיקון זה, ראו: תירוש, לעיל הערה 69.

116 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 7), התשנ"ה-1995, ס"ח 500, נתקבל בכנסת ביום כ"ז בתמוז התשנ"ה (25.7.95). המעסיק הגדול ביותר של נשים בישראל הוא המדינה. מנתונים של דו"ח פעילות לשנת 2002 של האגף לקידום נשים ושילובן בנציבות המדינה עולה, כי 62% מסך המועסקים בשירות המדינה הן נשים. למרות זאת, אחוז הנשים בדרגה העליונה הנו 36% בלבד כאשר בדרגה זו רמת ההשכלה של נשים גבוהה יותר משל הגברים. לעומת נתוני 1999 ירד אחוז נשים בדרגות העליונות (נשים בישראל – ריכוז נתונים, לעיל הערה 100, בעמ' 96-99).

117 השירות הציבורי הוא המעסיק הגדול ביותר של נשים משכילות בישראל (שם, בעמ' 96). בנוסף לכך, ההוראה חלה לא רק על שירות המדינה, קרי: משרדי הממשלה ויחידות הסמך שלהם, אלא גם על כל אותם גופים ציבוריים אשר חוק המינויים חל עליהם כמו, בכנסת, מבקר המדינה ולשכת נשיא המדינה, ראו: סעיף 41 לחוק המינויים. הוראת סעיף 15א (א) חלה מכוח החלטת ממשלה (מכוח סמכותה על-פי סעיף 3 לחוק המינויים) גם על כלל הרשויות המקומיות (החלטה מ-13.8.97, י"פ 4563 תשנ"ז, 5392). כמו כן, הוחל חוק שירות המדינה (מינויים) על גופים סטטוטוריים נוספים, וזאת בחוקים שהקימו גופים אלה. כמו למשל, עובדי המוסד לביטוח לאומי שאינם הנהלה או מועצת המוסד (סעיף 22(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן – "חוק הביטוח הלאומי"), רשות השידור (סעיפים 24 ו-52 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965), שירות התעסוקה (סעיף 17 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959) ועוד. ראו: השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 660-661; ותירוש, לעיל הערה 69, בעמ' 239-241.

118 בשנת 1997 חוקק חוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, התשנ"ז-1997, ס"ח 196. סעיף 11(ג) לחוק קובע, כי בצוות ההיגוי לרשות הלאומית לבטיחות בדרכים "יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים, ככל שניתן בנסיבות העניין". באותה שנה נחקק חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997, ס"ח 156, המקים מועצה בת 7 חברים. סעיף 8(ב)(3) לחוק קובע, כי נציגיהם של שר האוצר ושר המדע במועצה "...יהיו בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת במועצה כולה". הוראות אלו הן "הוראות ייצוג הולם". בנוסף לכך, חוקקו הוראות המטילות חובת "מכסת ייצוג קשיחה". ראו לעיל, הערה 85.

119 ראו מבוא לדברי ההסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו-1996, ה"ח 628.

(המעסיק יותר מ-25 עובדים¹²⁰), גם אם הוא מעסיק פרטי, חובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות, לתקופת זמן מוגבלת (שראוי להאריכה)¹²¹. אנשים עם מוגבלות היא קבוצת האוכלוסייה היחידה שהוענקה לה זכות חקיקתית לייצוג הולם גם במשפט הפרטי¹²². כמורכב, סעיף 22(א) לחוק תיקן את סעיף 15 לחוק המינויים והוסיף בו את קבוצת האנשים עם מוגבלות כקבוצת אוכלוסייה נוספת הזכאית לייצוג הולם בקרב עובדי שירות המדינה¹²³. חוק זה משקף את התפיסה המתפתחת, כי יש להוסיף את קבוצת האנשים עם מוגבלות לקבוצת האוכלוסייה שהפגיעה בשוויון בהן על רקע השתייכותן הקיבוצית מהווה פגיעה קשה במיוחד, הפוגעת בכבוד האדם ונכנסת לגדר הגדרת

120 "מעביד" – מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, חלות עליו" – סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

121 9. ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות. (א) ראה מעביד כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן – ייצוג הולם), יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות. "... תוקפו של סעיף 9 הנו לתקופת זמן מוגבלת של שבע שנים. סעיף 18 לחוק קובע: "תוקפו של סעיף 9, שבע שנים מיום פרסומו של חוק זה". החוק פורסם ביום 5.3.98. לכן מועד פקיעת החובה החקיקתית לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בגופים פרטיים, הוא ביום 5.3.05. נראה, כי לאור תת-הייצוג החמור והמתמשך הקיים עדיין לגבי קבוצת האנשים עם מוגבלות ראוי להאריך את תוקפה של הוראת סעיף 9 לשבע שנים נוספות. זאת בשל העדרה של זכות כללית לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בגופים אשר חל עליהם עיקרון השוויון, כולל במשפט הפרטי. להצעה לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם באופן שחובת הענקת ייצוג הולם תחול על כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון, ראו להלן בפרק 2.ד. (ב).

122 הענקת הזכות הקיבוצית לייצוג הולם (הכלולה בזכות הכללית לשוויון, ראו לעיל פרק 3.א. (ב)), לאנשים עם מוגבלות במשפט הפרטי, הוא אך אחד המקרים בשיטת המשפט בישראל בו קיימת תחולה של עקרונות מהמשפט הציבורי בכלל וזכויות האדם בפרט במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם. הגם שלא קיימת במשפט הפרטי זכות כללית לשוויון החלה על כל הפעילות הפרטית, היא הוחלה הן בחקיקה והן בפסיקה על חלק מפעילות זו. ההחלה החלקית של עיקרון השוויון במישור היחסים בין הפרטים בינם לבין עצמם, נובעת הן מקיומו של עיקרון המתנגש עם החלת עיקרון השוויון במשפט הפרטי (עיקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי) והן ממקורו השונה של העיקרון במשפט הפרטי (במשפט הציבורי עיקרון השוויון נגזר מעיקרון הנאמנות, ואילו במשפט הפרטי הוא נגזר מעיקרון תום הלב). בחקיקה קיימים חוקים, בעיקר ביחסי העבודה, המטילים חובה לנהוג בשוויון במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם, ראו לעניין זה: זמיר וסובל, לעיל הערה 1, בה"ש 53 וכן הטקסט הסמוך להערה. עוד לעניין זה, ראו: פ' רדאי "נשים בשוק התעסוקה" מעמד האישה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 64; וכן ר' בן-ישראל שוויון הזדמנויות בעבודה ואיסור אפליה בעבודה (תשנ"ח, כרך א). לפסיקה המרחיבה את תחולת זכויות האדם, ובכללם את עיקרון השוויון, גם על המשפט הפרטי, ראו להלן בפרקים 3.ג. (ד) ו-2. (ב).

123 סעיף 28(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הוסיף לסעיף 15 לחוק המינויים גם את קבוצת האוכלוסייה של אנשים עם מוגבלות: "בסעיף קטן (א), במקום "להלן – ייצוג הולם" יבוא "וכן לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן – ייצוג הולם); בסעיף זה, 'אדם עם מוגבלות', 'אנשים עם מוגבלות' – כמשמעותם בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998."

השוויון הקלאסי, "הגנרי"¹²⁴, המהווה את "הגרעין החוקתי" של עיקרון השוויון אשר מאופייין במאפיינים של דת, גזע, מוצא או לאום ומין¹²⁵.

מאוחר יותר בשנת 1998, קבע השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני¹²⁶, לראשונה, בפסק דין תקדימי, את קיומה בשיטת המשפט בישראל של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם לבני שני המינים ב"גופים ציבוריים"¹²⁷. פסק דינו של השופט חשין יש בו חידוש. לראשונה ננקטה פעילות שיפוטית של פיתוח המשפט לשם פיתוחה של זכות הלכתית להעדפה מתקנת. בכך השופט חשין לא רק שהרחיב משמעותית את היקפה "הפנימי" של הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים (ביחס להיקפה על-פי סעיף 15א), אלא גם הניח את התשתית להמשך פיתוחה ההלכתי של הזכות לייצוג הולם מאוחר יותר בעניין האגודה לזכויות האזרח.

בשנת 2000, בעקבות פסק הדין בעניין שדולת הנשים השני, מטילה הכנסת בסעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה¹²⁸ חובה חקיקתית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים"¹²⁹.

בשנת 2000, מוענקת זכות חקיקתית לייצוג הולם לקבוצת אוכלוסייה נוספת – הערבים במדינת ישראל. זכות זו הוענקה לבני האוכלוסייה הערבית במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות¹³⁰ ובקרב העובדים בשירות המדינה¹³¹.

124 כלשונו של השופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 658.
 125 על-כן, מגילת העצמאות מדגישה כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...". לעילות הבסיסיות והרווחות של השוויון (שנוספה להן גם נטייה מינית בנוסף לקבוצת האוכלוסייה של אנשים עם מוגבלות) ולעילות השוויון בכלל, ראו: זמיר וסובל, לעיל הערה 1, בעמ' 220–223. לקבוצת האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ראו להלן בפרק ג.3.א.

126 לאחר מתן פסק הדין ובעקבותיו, מתקין שר העבודה והרווחה את תקנות הביטוח הלאומי (מועצת המוסד) (תיקון), התש"ס–1999, ק"ת 190, אשר מטילות עליו את חובת הייצוג ההולם לנשים בבואו להמליץ על מועמדות למועצת הביטוח הלאומי. תקנות אלו מוסיפות לסעיף 2 לתקנות הביטוח הלאומי (מועצת המוסד), תשי"ח–1958 את ס"ק (ב) הקובע: "גוף המיוצג במועצה על-ידי יותר מנציג אחד, יכלול בהמלצתו לפי תקנה 3, ככל שניתן בנסיבות העניין, מועמדות נשים, באופן שיקדם ייצוג הולם לבני שני המינים במועצת המוסד".

127 מכוח זכות הלכתית זו, חייב בית-המשפט את שר העבודה (חובה שבהלכה), להעניק משקל נאות לייצוג ההולם לנשים בהנהלת המוסד בבואו להפעיל את סמכותו החקיקתית למנות סמנכ"ל למוסד לביטוח לאומי. לדיון בפסק דינו של השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, ראו להלן פרקים 1.ג ו-2.ג.

128 ביום כב באדר ב התש"ס (29.3.00) נתקבל בכנסת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התש"ס–2000, ס"ח 167, אשר מוסיף, בין היתר, לחוק שיווי זכויות האשה את סעיף 6ג (להלן – "סעיף 6ג" או "סעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה").

129 לדיון בסעיף זה, ראו להלן בפרק ג.2.

130 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 11), התש"ס–2000, ס"ח 207, שנתקבל בכנסת ביום כ"ה באייר התש"ס (30.5.00), הוסיף לחוק החברות הממשלתיות את סעיף 1א18:

"ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית. (א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית. (ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו

בשנת 2001 ניתן פסק דינו של השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח. השופט זמיר נוקט כאן את אותה גישה עקרונית שלאורה הוענקה הזכות ההלכתית בעניין שדולת הנשים השני (שלה היה שותף), ומעניק זכות הלכתית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים" לבני האוכלוסייה הערבית.¹³² פסק דינו של השופט זמיר בעניין האגודה

השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית. (ג) לעניין סעיף זה, 'האוכלוסייה הערבית' – לרבות האוכלוסייה הדרוזית והצ'רקסית".
 131 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11), התשס"א–2000, ס"ח 78. נתקבל בכנסת ביום כ"א בכסלו התשס"א (18.12.00). תיקון זה הוסיף לסעיף 15א לחוק המינויים את קבוצת האוכלוסייה הערבית. סעיף 15א(א) לחוק המינויים קובע, בנוסחו לאחר התיקון:
 "ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה. 15א(א) בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסייה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית".

תיקון מס' 11 לחוק שירות המדינה (מינויים) הכניס גם שינויים בהסדר שהיה קיים בסעיף 15א. הכנסת שינויים אלה נבעו מהניסיון שנצבר ביישומו של ההסדר והן מניסיון של מדינות אחרות כמו קנדה ובריטניה. עיקרי השינויים: הטלת חובה מפורשת על הממשלה לפעול לקידום הייצוג ההולם בהתאם ליעדים שהיא קבעה (סעיף 15א(ב)), הטלת חובות לעניין ייצוג הולם על כל משרד ממשלתי ויחידת סמך (סעיף 15א(ב)(1) וסעיף 15א(ו)), עיגון בחוק של סמכות הממשלה לייצג משרות לבני קבוצות הזכאיות לייצוג הולם (לגבי האוכלוסייה הערבית, קיימת בפועל העדפה מתקנת מסוג זה מכוח החלטת ממשלה. סעיף 15א(ב)(2)), החלת חובת הייצוג ההולם על כל דרכי הקבלה לעבודה לשירות המדינה (סעיף 15א(ג)), נציב שירות המדינה הוסמך לקבוע הוראות לביצוע סעיף 15א לרבות הוראות בדבר הערכת הכישורים של המועמדים הזכאים לייצוג הולם לעומת כישוריהם של מועמדים אחרים (ראו לעניין זה: דברי ההסבר להצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11) (ייצוג הולם), התש"ס–2000, ה"ח 496. וכן דברי השר י' ביילין שהביא בשם הממשלה את הנימוקים להצעת החוק, ד"כ, לז' לח (תש"ס) 10367).
 לכנסת הוגשה גם הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם), התשס"ב–2002, ה"ח 713 (הצעת חוק פרטית של ח"כ ג'בארה, בשארה, כץ וכנעאן) המבקשת להוסיף בסעיף 15א(א) את המילה "הבדואית" לאחר המילה "הדרוזית". הצעת חוק זו מציעה להוסיף לנציב שירות המדינה סמכות מפורשת למנוע קליטת עובדים חדשים שאינם נמנים על אחת מהקבוצות הזכאיות לייצוג הולם, אם ראה שלא ננקטו האמצעים הנדרשים להגשמת הייצוג ההולם (שם, בדברי ההסבר להצעת החוק).

יצוין, כי למרות הענקת הזכות החקיקתית לייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב העובדים בשירות המדינה, הציג נציב שירות המדינה ש' הולנדר בראשית ינואר 2004 לוועדת חוקה החוק ומשפט של הכנסת נתונים לפיהם רק 6.1% בקרב עובדי שירות המדינה הם "ערבים" (הכוללים גם עולים שאינם רשומים כיהודים). לאור נתון זה, החליטה ועדת השרים לענייני המגזר הלא-יהודי, שבראשה עומד ראש הממשלה אריאל שרון ביום 27.1.03, כי בתוך שלוש שנים יהיו ערכים וקבוצות מיעוט אחרות לפחות 8% בקרב עובדי שירות המדינה. החלטה זו מצטרפת להוראה שנתן שרון לנציבות המדינה, קודם לכן בינואר 2004, להקפיא מינויים לדירקטורים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות שאין בהן לפחות חבר ערבי אחד. י' אטינגר, הארץ, 28.1.04.
 132 מכוח זכות הלכתית זו, חייב בית-המשפט את הממשלה וכן את השרים הממליצים על המינוי בכואם להפעיל את סמכותם החקיקתית למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל (בקרב מחצית חברי המועצה המכהנים מטעמה), להעניק משקל נאות לייצוג ההולם לבני האוכלוסייה הערבית במועצה. לדיון בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, ראו להלן בפרקים ג.1 ו-ג.2.

לזכויות האזרח, מצביע על תחילתה של מגמה בפסיקה הישראלית, להרחיב הלכתית את היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם (ובכך גם להרחיב את היקפו "הפנימי" של עיקרון השוויון), ואת היקף ההגנה המשפטית עליה. המגמה היא לנקוט פעילות שיפוטית יצירתית-אקטיבית של פיתוח המשפט (הזכות להעדפה מתקנת), לשם הגשמת השוויון בפועל בין קבוצות האוכלוסייה השונות בישראל. בכך נוטל בית-המשפט חלק פעיל יותר בהגנה על זכויות האדם בישראל. הן בעניין שדולת הנשים השני והן בעניין האגודה לזכויות האזרח הרחב היקף תחולתה של הזכות לייצוג הולם והוחלה על גופים נוספים (לגבי קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן קודם לכן זכות חקיקתית לייצוג הולם). עד היום, בית-המשפט לא הרחיב הלכתית את תחולתה של הזכות על קבוצות אוכלוסייה נוספות.

בנובמבר 2003 מוענקת זכות חקיקתית לייצוג הולם לנשים בגופי ספורט המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.¹³³

התפתחות חקיקתית אפשרית שטרם בשלה, היא הענקת זכות חקיקתית לייצוג הולם לערבים ב"גופים ציבוריים" עוקבת לעניין האגודה לזכויות האזרח. התפתחות אפשרית זו יכולה לדמות להתפתחות הזכות החקיקתית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" שנקבעה בסעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה ושבאה בעקבות עניין שדולת הנשים השני.

133 חוק הספורט (תיקון מס' 5), התשמ"ד-2003, אשר התקבל ביום 24.11.03. החוק הוצע על-ידי חברות הכנסת ז' גלאון וא' נוקד מטעם הוועדה לקידום מעמד האשה, והוצג על-ידי יושבת ראש הוועדה גילה גמליאל. החוק מוסיף את סעיף 9א לחוק הספורט, התשמ"ח-1988: "ייצוג הולם. 9א (א) בקרב העובדים וההנהלה של אגודת ספורט, ארגון ספורט, התאחדות ואיגוד, המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (בסעיף זה – גופי ספורט), יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגן של נשים, בסוגי המשרות השונים, ובלבד שאם לצורך ביצוע הוראות סעיף זה נדרשת העדפת אשה תינתן העדפה כאמור אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים". בנוסף לכך, קובע החוק (בסעיף 9א(ב)) כי גופי הספורט ידווחו בכתב, אחת לשנה, לוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת על ביצוע הוראות החוק. תכליתו של החוק, ייצוג הולם לנשים בגופי הספורט במטרה לקדם את מעמדם של הנשים בספורט ואת מעמד ספורט הנשים ובכך לקדם את השוויון בין שני המינים. החוק נדרש, לנוכח העובדה ששיעור התקציב שמוקצה לענפי הספורט הנשי הוא פחות מ-15% ושיעור הנשים המיוצגות בגופי הספורט עומד על כ-10% (ראו דברי ההסבר להצעת החוק וכן דברי יושבת ראש הוועדה למעמד האשה בעת הגשת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית, www.knesset.gov.il).

לדעתנו, עוד לפני חקיקת סעיף 9א האמור, הייתה כבר קיימת זכות הלכתית לייצוג הולם בגופי הספורט נדרש בסעיף 9א. זכות זו נכללת בזכות ההלכתית הכללית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" שנקבעה בעניין שדולת הנשים השני. השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני לא הגדיר את היקפו של המונח "גופים ציבוריים" וניתן לדעתנו לכלול בו הלכתית גם גופי ספורט המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60 (להלן – "חוק יסודות התקציב"). חקיקת סעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה, שחוקק לאחר עניין שדולת הנשים השני, אינו שולל את קיומה של זכות הלכתית מקבילה ורחבה יותר לייצוג הולם שקדמה לה (ראו להלן פרק ד.5).

כמו כן, עד לאחרונה, הוענקה הזכות לייצוג הולם לשם הגשמת השוויון הקיבוצי¹³⁴. לאחרונה, קיימת מגמה של שימוש גובר בחובת הייצוג ההולם לשם הגשמת מטרות ואינטרסים ציבוריים. זוהי תכלית שונה מזו שלשמה נקבעה עד כה חובה זו. כך, במטרה לשמור על איכות נאותה של החיים ושל הסביבה, חוקק לאחרונה חוק המחייב ייצוג לגופים שעניינם בשמירת איכות הסביבה בוועדות שהוקמו על-פי חוק ושבסמכותן להחליט, בין היתר, בענייני תכנון וייעוד קרקעות¹³⁵. עוד חוקק לאחרונה חוק המחייב את הממשלה להעניק ייצוג הולם במועצה הישראלית לתרבות ואומנות למגוון תחומי התרבות והאומנות וכן למגזרי האוכלוסייה השונים¹³⁶. כן הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק המטילות חובת ייצוג הולם לתושבי המקום בהרכב מועצה מקומית ממונה, אשר נועדה להגשים את המטרה הציבורית של השמירה על אמן הציבור במערכות השלטון¹³⁷.

134 יצוין, כי כבר בשנת 1969 ניתן למצוא שהוטלה חובה חקיקתית להבטיח "ייצוג הולם" בוועדות קלפי לסייעות. חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (תיקון מס' 2), תשכ"ט-1969, ס"ח 36, מוסף לסעיף 32(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, הדין בהרכב הסייעתי של ועדות קלפי את החובה להבטיח "ייצוג הולם בכלל ועדות הקלפי לכל הסייעות" וכן שיוטח שבכל אחת מועדות הקלפי תהיה מיוצגת לפחות סיעה אחת מתוך אלה שאינן מיוצגות בוועדת ההנהלה". כמרוכן, בסעיף 32(ה) הקובע את סמכות ועדת הבחירות למנות יושב ראש וסגן יושב ראש לוועדת הקלפי, נקבע שגם בהליך מינוי זה יש להבטיח "ייצוג הולם לסייעות המיוצגות בוועדת הבחירות". אולם, חובה זו נגזרת באופן ישיר, הכרחי והגיוני מעצם הרצון לדאוג לטוהר הליך הבחירות בקלפי. לא ניתן, כבר אז, להצביע מעבר לכך על מגמה של שימוש בחובת הייצוג ההולם לשם הגשמת מטרות ואינטרסים ציבוריים.

135 חוק ייצוג גופים ציבוריים שעניינם איכות הסביבה (תיקוני חקיקה), התשס"ג-2002, ס"ח 118. מטרתו של החוק הוגדרה בסעיף 1 – סעיף המטרה: "חוק זה בא להוסיף נציגים של גופים שעניינם בשמירת איכות הסביבה לוועדות שהוקמו על פי חוק, במטרה לתת דגש בוועדות אלה לשיקולים סביבתיים, וזאת כדי להגן ולשמור על איכות נאותה של הסביבה ולמנוע פגיעה בסביבה".

136 על-פי סעיף 2 לחוק התרבות והאומנות, התשס"ג-2002, ס"ח 64, הממשלה תמנה מועצה ישראלית לתרבות ואומנות על-פי הצעת שר המדע התרבות והספורט. סעיף 4(ג) הדין בהרכבה של המועצה, קובע: "במועצה יינתן ייצוג הולם למגוון תחומי תרבות ואומנות לרבות ספרות, מוסיקה, אומנות פלסטית, תיאטרון, מחול ותרבות עממית; כן יינתן ייצוג הולם במועצה למגזרי אוכלוסייה שונים".

137 על שולחן הכנסת הונחו שתי הצעות החוק הבאות: הצעת חוק לתיקון פקודת המועצות המקומיות (ייצוג הולם), התש"ס-2000, פ/2047 (מטעם קבוצת חברי כנסת), המבקשת להוסיף את סעיף 2(א) לפקודת המועצות המקומיות – "1א) בהרכב מועצה מקומית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של תושבי המקום שבתחום שיפוט המועצה; יתר חברי המועצה המקומית ימונו על ידי משרד הפנים, האוצר, התשתיות הלאומיות, החינוך, העבודה והרווחה, המדע, התרבות והספורט, והכל כפי שיקבע השר". וכן הצעת חוק לתיקון פקודת המועצות המקומיות (מועצה ממונה ראשונה), התשס"א-2000, פ/2372, המבקשת להוסיף את סעיף 2(1) לפקודת המועצות המקומיות: "הרכב מועצה מקומית ממונה ראשונה (1) נתכונה מועצה מקומית, ומונתה לה מועצה ראשונה – יהיו לפחות מחצית מחבריה, במשך כל תקופת כהונתה, תושבי תחום המועצה, הכשירים להיבחר לחברי מועצה", ראו: ד"כ חמש עשרה, מושב שני, י"ב, 2663. הצעה זו נדונה במליאה ביום 2.1.02 והוחלט להעבירה לדיון מוקדם בוועדת הפנים ואיכות הסביבה, ראו: שם, בעמ' 2565-2566.

כמו-כן חוקק (בסמוך לאחר פסק הדין בעניין שדולת הנשים הראשון) חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 10), התשנ"ה-1995, ס"ח 134, אשר בין היתר מוסיף לסעיף 4 לחוק

כיוון ההתפתחות העקבי והמואץ האמור של הזכות לייצוג הולם כאמצעי להגשמת השוויון הקיבוצי, נתן את האות להנחת הצעות חוק פרטיות על שולחן הכנסת (שלא הבשילו לחוק), המבקשות להרחיב הרחבה נוספת את היקף הזכות לייצוג הולם. ניתן לחלק הצעות אלה לשני סוגים: על הסוג האחד של הצעות חוק, נמנות הצעות המבקשות להרחיב את היקפה הקיים של הזכות לייצוג הולם לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולנשים עם מוגבלות. כך, למשל, הוצע להעניק זכות לייצוג הולם לנשים, או לעודד ייצוגן של נשים, ברשימת המועמדים לכנסת¹³⁸, להעניק ייצוג הולם לנשים בגוף

המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958 את החובה ש"במועצה יינתן ייצוג הולם לכל סוגי המוסדות להשכלה גבוהה, שהוכרו..."

138 הצעת חוק המפלגות (תיקון – הבטחת ייצוג), התשס"ב-2001, פ/3168, ראו: ד"כ החמש עשרה, מושב רביעי, לד', 7991. על-פי ההצעה יש להוסיף לסעיף 16 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, שעוסק בבחירת מועמדים וקובע, כי: "מועמדי מפלגה לבחירות לכנסת ייקבעו בהליך שיוגדר בתקנון", את התנאי "ובלבד שבכל חמישיית מועמדים יהיה ייצוג של לפחות שני מועמדים לשני המינים". ההצעה הוגשה ליושב ראש הכנסת והסגנים (על-ידי חברות הכנסת אביטל, ג'בארה, גלאון, דיין, חזן, לנדבר, מאור ורוגן) והונחה על שולחן הכנסת ביום ב' בטבת התשס"ב-17.12.01. ההסבר להצעה הוא: ייצוג נשים לא עלה עד אז על 10 אחוזים, כאשר הנשים מהוות 51 אחוזים מאוכלוסיית המצביעים. ההצעה מבוססת על הניסיון הסקנדינבי והמערב אירופי. הצעת החוק לא עברה את הקריאה הטרוםית. הצעה נוספת דומה הנה הצעתו של חבר הכנסת מוסי רוז, (פ/2573) בכנסת החמש עשרה, לשריון מקומות בכנסת לנשים, והיא הצעת חוק הבחירות לכנסת ולממשלה (תיקון – ייצוג הולם לשני המינים), התשס"א-2001, המציעה להוסיף את סעיף (א) לסעיף 57 לחוק הבחירות לכנסת ולממשלה [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, והמבקשת לשריין 30% מהמקומות בכל רשימה לכנסת לנשים: "ברשימת מועמדים יהיה ייצוג לשני בני המינים בכל חמישיית מועמדים, ולפחות שלושה מכל מין בכל עשיריית מועמדים". הצעה זו הוגשה לנשיאות הכנסת והונחה על שולחן הכנסת במרץ 2001, ראו www.knesset.gov.il. לאחרונה, בכנסת השש עשרה, הוגשו לנשיאות הכנסת והונחו על שולחן הכנסת שלוש הצעות חוק זהות של חברות הכנסת ז' גלאון וא' נוקד, של חברת הכנסת מ' סולודקין (פ/182 רפ-184, במרץ 2003) ושל חברת הכנסת ג' גמליאל (פ/646, במאי 2003), וזהות להצעת חוק מהכנסת החמש-עשרה של חבר הכנסת י' דיין וקבוצת חברי כנסת (פ/3738, ממאי 2002). המדובר בהצעת חוק מימון מפלגות (תיקון – עידוד ייצוג לשני המינים), התשס"ג-2003, המבקשת להוסיף את סעיף 2(א) לחוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973: "על אף האמור בסעיף קטן (א), היתה רשימת מועמדים זכאית לקבל הוצאות בחירות כאמור בסעיף קטן (א), והיו בה לפחות שתי נשים בשישיה הפותחת ומספר זהה בכל אחת משישיות המועמדים שאחריה, תהיה זכאית רשימת המועמדים האמורה לקבל הוצאות בחירות כשיעור של יחידת מימון נוספת בגין כל אשה שנבחרה לכנסת". ההצעה מבקשת להגדיל את ייצוגן של נשים בכנסת באמצעות הענקת תמריץ כלכלי למפלגות שמספר הנשים ברשימותיהן יהיה גבוה, ראו www.knesset.gov.il.

הצעות אלו באו על רקע הייצוג הדל של הנשים בהשתתפות בתחום הציבורי. למשל, בממשלת שרון המכהנת כיום, שבה שיעור הנשים המכהנות כשרות הנו הגבוה ביותר מאז קום המדינה, עדיין, אחוז הנשים עומד רק על 11.5% בלבד, ראו www.iwg.org.il. בכנסת הנוכחית, הכנסת ה-16 מכהנות 18 נשים שהן מספר הנשים הרב ביותר בכל הזמנים ומובילים ביחס לארה"ב באחוז אחד (7 נשים ברשימת הליכוד, 4 נשים ברשימת העבודה, 3 נשים ברשימת שינוי ואשה אחת בכל אחת מהרשימות הבאות: מפד"ל, מר"צ, ישראל בעליה, ועם

המנהל של תאגיד עירוני ובדירקטוריון של חברה עירונית מיוחדת¹³⁹ וייצוג של 25% לנשים בצוותים, מטעמה של מדינת ישראל, העוסקים בתהליכים המדיניים¹⁴⁰. כן הוצע להעניק ייצוג הולם לנשים ערביות (כקטגוריה נפרדת) בקרב העובדים בשירות הציבורי¹⁴¹. לבני האוכלוסייה הערבית הוצע להעניק זכות לייצוג הולם בקרב מועצת הרשות השנייה¹⁴², בגופי ספורט המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985¹⁴³ ובקרב עובדי החברות הממשלתיות¹⁴⁴. לאנשים עם מוגבלות הוצע להעניק את הזכות לייצוג

- אחד). יחד עם זאת, עדיין משקל הנשים בכנסת עומד על 15%, שהוא בין הנמוכים בעולם. בראש הטבלה שמפרסם ה"אקונומיסט" עומדת שוודיה עם 45%, ספרד 38%, ופקיסטן וסין 22%. כמו-כן, הוצע כי בהנהלת כל איגוד או התאחדות יהיו שני נציגי ציבור, כאשר אחת מהם היא אשה. הצעת חוק הספורט (תיקון – נציגי ציבור בהנהלת איגוד והתאחדות), התשס"ג-2003, פ/921, מטעמו של חבר הכנסת מ' וילנאי, שהונחה בישיבה השמונים ואחת של הכנסת השש-עשרה, ט"ו כסלו התשס"ד-10.12.03.
- 139 הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (ייצוג הולם לבני שני המינים), התשס"ד-2004. (פ/2380, מטעמו של חבר הכנסת ג' סער, הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים והונחה על שולחן הכנסת ביום ב' בתמוז התשס"ד-21.6.04), ראו www.iwg.org.il.
- 140 הצעת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון – ייצוג הולם בתהליכים מדיניים), התשס"ד-2004. הצעת חוק זו מציעה להוסיף לסעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה, את ס"ק (ד) שיקבע: "ד) בצוות השותף לתהליכי קבלת החלטות הנוגעות למניעת ניהול ופתרון משברים לאומיים, כמו גם בכל תהליכי קבלת החלטות, ניהול משא ומתן, ופתרון משברים במהלך פעילות מדינית לקראת הסדר קבע ושלוש בר קיימא יינתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים, ובלבד שייצוגן לא יפחת מ-25% מהצוות המייצג של מדינת ישראל או מטעמה".
- הוגשה בח' באב התשס"ד-26.7.04, על-ידי חברות הכנסת י' תמיר וא' לבני ואחרות, ראו www.knesset.gov.il.
- 141 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) [תיקון ייצוג הולם לנשים ערביות] (מטעמה של חברת הכנסת חוסניה ג'בארה). ההסבר להצעת החוק: "נשים ערביות" (כקבוצת אוכלוסייה נפרדת) זוכות לייצוג מזערי שאינו פרופורציונאלי למספרן באוכלוסייה וגם אינו תואם את כישוריהן ואת יכולתן, ראו www.iwn.org.il.
- 142 סעיף 2 להצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון – תפקידי הרשות, ייצוג לאוכלוסייה הערבית), התשס"ג-2002, מציע להוסיף לסעיף 7 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 את הוראת סעיף קטן: "(1ג): 'במינוי חבר המועצה יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית'". ההצעה הוגשה ליושב ראש הכנסת וסגניו על-ידי חבר הכנסת בשארה והונחה על שולחן הכנסת ביום כ"ט בחשוון התשס"ג-4.11.02. ראו לעניין זה www.knesset.gov.il. יצוין, כי החובה החקיקתית המוצעת להעניק ייצוג הולם לערבים במועצת הרשות השנייה כלולה למעשה בחובה ההלכתית הכללית להעניק ייצוג הולם לערבים ב"גופים ציבוריים" שנקבעה בעניין האגודה לזכויות האזרח. לכן, למעשה, מוצע כאן לקבוע חובה חקיקתית בנוסף לחובה ההלכתית הקיימת האמורה.
- 143 הצעת חוק הספורט (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התשס"ד-2003, פ/1754, הכנסת השש עשרה, אשר הוגשה מטעם קבוצת חברי כנסת לנשיאות הכנסת והונחה על שולחן הכנסת ביום ד' בטבת התשס"ד-29.12.03. להצעת חוק המבקשת להעניק ייצוג הולם בקרב נציגי ציבור בהנהלות איגוד והתאחדות ספורט, ראו הצעת חוק הספורט (תיקון – נציגי ציבור בהנהלת איגוד והתאחדות) (ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התשס"ד-2004, פ/1853, הוגשה בי' בשבט התשס"ד-2.2.04, על-ידי קבוצת חברי כנסת, ראו www.knesset.gov.il.
- 144 בעניין זה הוגשו שתי הצעות זהות מטעם שתי קבוצות חברי הכנסת. האחת, הצעת חוק החברות

הולם בחברות הממשלתיות, ברשויות המקומיות ובתאגידים סטטוטוריים¹⁴⁵. לשלושת קבוצות האוכלוסייה (נשים, אנשים עם מוגבלות ובני האוכלוסייה הערבית) מוצע להעניק זכות לייצוג הולם בקרב עובדי העירייה¹⁴⁶. על הסוג השני של הצעות חוק, נמנות הצעות המבקשות להעניק את הזכות לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה נוספות (שלא הוענקה להן הזכות קודם לכן) בגופים מסוימים – לעולים, בגופים הקשורים לגנים לאומיים ושמורות הטבע¹⁴⁷; לחרדים, במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות¹⁴⁸; לתושבי אזורי עדיפות לאומית, במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות¹⁴⁹; לחיילים משוחררים ולמתנדבי השירות הלאומי, בשירות המדינה¹⁵⁰.

- הממשלתיות (תיקון) (ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב עובדי החברות הממשלתיות), התשס"ד–2004, פ/1833, אשר הוגשה לנשיאות הכנסת והונחה על שולחן הכנסת ביום י' בשבט התשס"ד–2.2.2004. השנייה, הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התשס"ד–2004, פ/1923, אשר הוגשה לנשיאות הכנסת והונחה על שולחן הכנסת ביום כד' בשבט התשס"ד–16.2.2004, ראו: www.knesset.gov.il.
- 145 הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקוני חקיקה) (ייצוג הולם בחברות הממשלתיות, רשויות מקומיות ותאגידים סטטוטוריים), התשס"ד–2004, פ/2075, אשר הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים והונחה על שולחן הכנסת ביום כט' באדר התשס"ד–22.3.04, על-ידי חבר הכנסת מיכאל איתן, ראו www.knesset.gov.il.
- 146 הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (ייצוג הולם בקרב עובדי העירייה), התשס"ד–2004, פ/1998, אשר הוגשה בט"ו באדר התשס"ד–9.3.04, על-ידי חבר הכנסת אופיר פינס-פז.
- 147 הצעת חוק הגנים הלאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, (תיקון ייצוג הולם לאוכלוסיית העולים), התש"ס–2000, ד"כ החמש-עשרה, מושב שני, ל', 7991. תיקון זה מצייע להוסיף את הוראת סעיף 2(א1) לחוק הגנים הלאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח–1998, לפיה "במינוי חברי המועצה יינתן ביטוי הולם לייצוגה של אוכלוסיית העולים". כמו כן, מוצע להוסיף לאותו חוק את סעיף 13(א1), לפיו "במינוי חברי המליאה יינתן ביטוי הולם לייצוגה של אוכלוסיית העולים". הצעת החוק של חבר הכנסת גנדי ריגר מס' 1797, הוגשה ליושב ראש הכנסת וסגניו והונחה על שולחן הכנסת ביום 29.5.00, ראו www.knesset.gov.il.
- 148 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון-ייצוג הולם לאוכלוסייה החרדית), התש"ס–1999, המציעה להוסיף את סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, כדלקמן: "ייצוג הולם לאוכלוסייה החרדית. 18א (א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה החרדית. (ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים חרדים." ההצעה הוגשה ליושב ראש הכנסת וסגניו והונחה על שולחן הכנסת ביום ח' בחשון התש"ס, 18.10.99, ד"כ החמש-עשרה, מושב שני, ט"ו, 4343–4346. ההצעה הועברה לדיון מוקדם בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ראו: ד"כ החמש-עשרה, מושב שני, ל"ג, 8960.
- 149 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) – ייצוג הולם לתושבי אזורי עדיפות לאומית), התש"ס–1999, פ/911, המציעה להוסיף לסעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, את סעיף 18א: "א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של תושבי אזורי עדיפות לאומית. (ב) עד להשגת ביטוי הולם בייצוג כאמור ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים מקרב תושבי אזורי עדיפות לאומית; לעניין סעיף זה – "אזורי עדיפות לאומית" – האזורים שנקבעו לפי סעיף 40 לחוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט–1959". מטרת הצעת החוק על-פי דברי ההסבר להצעה, היא לתת לייצוג הולם בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות לתושבי יישובים קטנים בפריפריה, אשר אין להם ייצוג הולם את כישוריהם ואת מספרם באוכלוסייה. הצעה זו הוגשה ליושב ראש הכנסת וסגניו והונחה על שולחן הכנסת ביום ו' בכסלו, התש"ס–15.11.99, ראו: ד"כ החמש-עשרה, מושב שני, ט"ו, 4499. ההצעה

התפתחותה האמורה של הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל, היא תוצאה של פעולה משולבת של הרשות המחוקקת, של הרשות השופטת ושל תנועות חברתיות. תנועות חברתיות כמו שדולת הנשים, האגודה לזכויות האזרח ועדאלה פעלו ליישום הזכות לייצוג הולם הלכה למעשה¹⁵¹, בין היתר, באמצעות פנייה לגופים ציבוריים והבאת העניין להכרעת בית-המשפט¹⁵².

- הוסרה מסדר היום ולא הועברה לדין מוקדם בוועדה, ראו: ד"כ החמש-עשרה, מושב שני, ט"ו, 4347.
- 150 הצעת חוק השירות המדינה (מינויים) (תיקון) – ייצוג הולם לחייל משוחרר ולמתנדבי השירות הלאומי, התשס"ג–2003, פ/1457, הוגשה לנשיאות הכנסת מטעמם של קבוצת חברי כנסת והונחה על שולחן הכנסת ביום ב' באב התשס"ג–31.7.2003.
- 151 מטרתה המוצהרת של שדולת הנשים היא לקדם את השוויון והצדק בין בני שני המינים תוך שימת דגש על "השגת ייצוג שווה לנשים בקרב מקבלי ההחלטות וקובעי המדיניות במגזרים שונים של הפעילות הציבורית וחברתית" (עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל הערה 8, בעמ' 509, וכן עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 635). השדולה אפיינה את עצמה כגוף עצמאי ואל-מפלגתי "הפועלת לקידום מעמד האישה באמצעות יזום חקיקה ואכיפתה בכל התחומים: חינוך ומחקר ופעילות ציבורית-פוליטית" מתוך "פתח דבר", נשים בישראל – ריכוז נתונים, לעיל הערה 100. כן ראו גם www.iwn.org.il. לאגודה לזכויות האזרח ולעדאלה מאפיינים דומים. תנועות אלה אינן תנועות המונים מסורתיות. הן ניתנות לזיהוי במיעוט פעילי שטח שלהן, בגרעין אינטלקטואלי פעיל ובשיטות פעולה מתקדמות כהסברה, תקשורת ומשפט. עמוד השדרה של תנועות אלה מבוסס בדרך כלל על בני המעמד הבינוני המבוסס. תנועות אלו הגיעו להישגים לא מבוטלים. ניתן לאפיין כ"תנועות חברתיות חדשות" (NSM – New Social Movements). בעשורים האחרונים מוכרת בתחום הסוציולוגיה השקפה מחקרית המבקשת לייחד את תנועות המחאה שלאחר מלחמת העולם השנייה במאפיינים האמורים. תנועות אלו משתלבות בעשייה הפוליטית והחברתית במסגרתה של "פוליטיקה חדשה" או "פוליטיקה של זהויות" המתמקדת בסוגיות של זהות הפרט ורווחתו. נראה, כי מגמות המחאה החברתיות במתכונתן החדשה, לא פסחו על החברה הישראלית, ותרמו את תרומתן לשינויים החברתיים בהם אנו עוסקים, ראו לעניין זה, בין היתר, N.A Pichardo "New Social Movements: A Critical Review" *Annual Review of Sociology* 23 (1997) 411, 430; "שנהב" פתח דבר: זהות בחברה פוסט מודרניסטית" תיאוריה וביקורת 19 (2000) 15–16; ד' גוטוויץ "זהות נגד מעמד: רב תרבותיות כאידיאולוגיה נאו-ליברלית" תיאוריה וביקורת 19 (2000) 241–257.
- 152 לעתים, עצם הגשת עתירה תורמת להגשמת הייצוג הולם, כמו למשל, בבג"צ 6031/02 העמותה לקידום נשים בספורט בישראל נ' שר המדע, התרבות והספורט (לא פורסם). פסק הדין ניתן ב-02.10.2010 על ידי השופטות ד' ביניש וא' פרוקצ'יה והשופט א' גרוניס). בעניין זה, טענו העותרות (העמותה לקידום נשים בספורט, שדולת הנשים, מרכז חיים כהן להגנה משפטית על זכויות האדם וקבוצת נשים הפעילות בתחום הכדורסל) להעדר ייצוג הולם במוסדות איגוד הכדורסל. הטענה הייתה שעל אף כוחן האלקטוראלי של הנשים המהווה 26.5% מכלל זכויות ההצבעה באיגוד ועל אף אלפי נשים הפעילות בספורט, רק אשה אחת מכהנת בפועל בכל מוסדות הנהלת האיגוד (בהנהלה, בנשיאות האיגוד, בוועדת הביקורת האחראית על תקציב האיגוד ואף בוועדת הנשים של איגוד הכדורסל). בעקבות הגשת העתירה הרחיב האיגוד את הרכב הנהלה בארבעה מקומות, תוך קבלת החלטה באסיפה הכללית כי בהנהלה החדשה יכהנו חמש נשים ושתי נשים בדעה מיעוט. בג"צ פסק, לאור הסכמה שהגיעו הצדדים בניהם, כי איגוד הכדורסל והעותרות יקיימו הליך של הידברות לקידום האינטרסים של העותרות, כאשר לאחר שלושה חודשים העותרות תוכלנה לפנות לבג"צ באם תוצאות ההידברות לא תניח את דעתן של העותרות.

כאמור, הרשות המחוקקת הטילה חובה חקיקתית לייצוג הולם לנשים בחברות הממשלתיות (בסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות), ובעקבותיה אוכפת הרשות השופטת באופן יעיל את חובת הייצוג ההולם החקיקתית (בעניין שדולת הנשים הראשון). אכיפה יעילה זו, מאיצה את תהליך החקיקה (המתחילה בחקיקת סעיף 15 א לחוק המינויים). לעתים, הרשות השופטת היא המובילה, מראה את הדרך, מרחיבה ומפתחת את הזכות ההלכתית לייצוג הולם (בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח). הטלת חובות אלה על-ידי בית-המשפט, גוררת לעתים תגובה של פעולת חקיקה המטילה חובות חקיקתיות דומות (סעיף 6 ג לחוק שיווי זכויות האשה). בכך ממלא בית-המשפט תפקיד מרכזי בהתפתחות החקיקה. כך משתלבות פעולות הרשות השופטת והרשות המחוקקת בפיתוח היקפה של הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט הישראלית ובהגשמת השוויון הקיבוצי. בכך בא לידי ביטוי אותו "שיתוף פעולה הנמשך והולך"¹⁵³ באופן "מתמיד"¹⁵⁴ בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, בהגנה על זכויות האדם.

מהתיאור האמור של התפתחות הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל, ניכרת בעשור האחרון מגמת התפתחות חקיקתית והלכתית ברורה, עקבית, שיטתית ומואצת. התפתחות זו מתבטאת בהרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם והיקף ההגנה המשפטית עליה, הן מבחינת קבוצות האוכלוסייה שמוענקת להן הזכות לייצוג הולם והן מבחינת הגופים שעליהם חלה החובה להעניק את הזכות, תוך הענקת משקל כבד יותר לזכות. ממגמת התפתחותה של הזכות, עולה בבירור תפיסת עולמה של החברה בישראל, ובעקבותיה גם הכרעתה של שיטת המשפט. התפיסה העולה היא, כי בנסיבות ראויות יש לעשות שימוש בזכות להעדפה מתקנת כאמצעי משפטי ראוי להגשמת השוויון בפועל לקבוצות אוכלוסייה הסובלות בחברתנו מתתייצוג חמור ולאורך זמן, שהפגיעה בהן היא קשה וחמורה, ושסביר להניח כי ללא הענקת הזכות לאותה קבוצה לא יוגשם לגביה השוויון בפועל. מגמת התפתחות זו, מצביעה על תפיסתה של החברה בישראל התומכת בהמשך פיתוחה החקיקתי וההלכתי בעתיד של הזכות לייצוג הולם ושל עיקרון ההעדפה המתקנת¹⁵⁵.

153 כלשונו של השופט אגרנט, ראו: ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד) 233.

154 שם, בעמ' 237.

155 ראו להלן בפרק ג.3.

ג. יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת – פעילות שיפוטית לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה חוקתית

1. פיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם

בשני פסקי דין, בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח, נקט בית-המשפט פעילות שיפוטית בדבר פיתוח המשפט לשם פיתוחה של הזכות לייצוג הולם. בית-המשפט קבע (למרות שהדבר לא נקבע קודם לכן בשום טקסט חוקתי) את קיומה כחלק משיטת המשפט בישראל של הזכות ההלכתית-הכללית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים", לנשים (בעניין שדולת הנשים השני) ולבני האוכלוסייה הערבית (בעניין האגודה לזכויות האזרח)¹⁵⁶.

עניין שדולת הנשים השני

בעניין שדולת הנשים השני נדון מינויו (לתקופת ניסיון של ששה חודשים), על-ידי שר העבודה והרווחה, של סמנכ"ל-גבר למוסד לביטוח לאומי¹⁵⁷, בנסיבות בהן לא היה כלל ייצוג לנשים בהנהלת המוסד. כל הסמנכ"לים עובר למינוי היו גברים (שמונה סמנכ"לים, אחת מהם אשה בחופשה, כנראה לצורך פרישה, וסביר להניח שלא תחזור לעבודה). השאלה איתה התמודד בית-המשפט הייתה, האם מוטלת על שר העבודה והרווחה חובה להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בקרב חברי הנהלת המוסד לביטוח לאומי בבואו למנות סמנכ"ל למוסד – לא מכוח הוראת חוק שאיננה¹⁵⁸, אלא מכוח נורמה משפטית אחרת; ואם קיימת חובה משפטית – מה מקורה, מה היקפה "הפנימי" ומה היקף ההגנה המשפטית עליה?

156 לסקירת ההתפתחות בישראל של הזכות החקיקתית וההלכתית לייצוג הולם בעשור האחרון (הכוללת את הפיתוח ההלכתי של הזכות לייצוג הולם בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח), ראו לעיל בפרק ב.

157 המוסד לביטוח לאומי הנו תאגיד סטטוטורי (סעיף 8 לחוק הביטוח הלאומי). מנהלת המוסד לביטוח לאומי מורכבת מהסמנכ"ל-יו"ר ההנהלה, המשנה לסמנכ"ל והסמנכ"לים (סעיף 18 לחוק). את מנהלת המוסד לביטוח לאומי ממנה שר העבודה והרווחה לאחר התייעצות עם מועצת המוסד (סעיף 20 לחוק).

158 המחוקק הרחיב אומנם את תחולתה של החובה להעניק ייצוג הולם לנשים על רוב עובדי המוסד, אך לא על הנהלתו. סעיף 15א אינו חל באופן ישיר על המוסד לביטוח לאומי מאחר שהמוסד אינו חלק משירות המדינה. המוסד לביטוח לאומי הנו "גוף סטטוטורי", "גוף לווייני" שהוקם מחוץ לשירות המדינה. אומנם סעיף 22(ב) לחוק הביטוח הלאומי החיל את הוראת סעיף 15א על עובדים מסוימים במוסד לביטוח לאומי, אולם רק על עובדים שאינם משתייכים להנהלת המוסד או למועצתו. בדומה, הוראת סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות אינה חלה באופן ישיר על המוסד לביטוח לאומי שאינו חברה ממשלתית. סעיף 60א לחוק החברות הממשלתיות החיל את הוראת סעיף 18א רק על מינוי חברים במועצת המוסד לביטוח לאומי. על-כן, למעשה לא קיימת הוראת חוק, גם לא שלישית, המטילה חובה חקיקתית לייצוג הולם לבני שני המינים בהנהלת המוסד לביטוח לאומי, ראו: דברי השופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 645–648.

השופט חשין, בפסק דין תקדימי, בעניין שדולת הנשים השני, פיתח לראשונה בשיטת המשפט בישראל זכות הלכתית לייצוג הולם¹⁵⁹. תחילה, סוקר השופט חשין את הוראות החוק המעניקות את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בגופים ציבוריים, אשר כולן אינן חלות באופן ישיר על מנהלת המוסד לביטוח לאומי. הוראות חוק אלו כוללות את סעיף 15 א לחוק המינויים ואת סעיף 18 א לחוק החברות הממשלתיות, המעניקות את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה ובחברות הממשלתיות (אשר תחולתן הנה כאמור הרבה יותר רחבה מאשר על גופים אלה)¹⁶⁰. כמו-כן, נסקרו הוראות חוק נוספות המעניקות את "זכות הייצוג" לנשים בגופים ציבוריים (קונקרטיים) נוספים¹⁶¹. מכלול הוראות חוק אלו, מצביעות על קיומה לאחורונה של מגמה בשיטת המשפט בישראל, אשר השפעתה היא מעבר להיקף תחולתן הקונקרטית של ההוראות האמורות, כל אחת כשהיא-לעצמה. ממשקלן הכולל והמצטבר של הוראות חוק אלו, הסיק השופט חשין את קיומה בשיטת המשפט בישראל של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם לבני שני המינים ב"גופים ציבוריים" (הכוללים את הנהלת המוסד לביטוח לאומי):

"לסיכום: סקרנו כמה וכמה 'הוראות ייצוג' לנשים בחקיקה הישראלית החדשה. הוראות-ייצוג אלו לא אך על עצמן יצאו ללמד. יצאו הן ללמד על הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל, הלוך-רוח שלא הכרנו ולא ידענו בעבר. רוח

159 השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני מדגיש, כי פיתוחה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם לבני שני המינים בגופים ציבוריים כזכות כללית בשיטת המשפט, נעשה לאור אותה גישה עקרונית בה פותחה הזכות ההלכתית הכללית לשוויון (הכוללת את השוויון בין בני שני המינים), תוך הפניה, "למשל", לעניין פורז (עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 664). בעניין פורז, לומד השופט ברק על קיומו של עיקרון השוויון הכללי ועיקרון השוויון בין בני שני המינים בשיטת המשפט בישראל, מהכרזת העצמאות, "מאופייה הדמוקרטי של המדינה", מדברי חקיקה ומהפסיקה (עניין פורז, לעיל הערה 2, בעמ' 328–334). השופט ברק בעניין פורז מפנה, בין היתר, גם לעניין קול העם (במסגרת רשימה ארוכה של פסקי דין) לצורך קביעת קיומה של החזקה הרלוונטית לענייננו, שכל חוק תכליתו להגשים את ערכי היסוד המקובלים של השיטה, וביניהם עיקרון השוויון הכולל את השוויון בין המיני. בעניין פורז, לעיל הערה 2, בעמ' 330 נקבע כי: "על ערכי יסוד אלה לומד השופט מ'מערכת החיים הלאומיים' של העם" (תוך הפניה לעניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884).

השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני אף הוא עומד על מקורות המשפט מהן הסיקה הפסיקה את קיומה של הזכות הלכתית הכללית לשוויון (תוך התמקדות בשוויון בין המינים) – מגילת העצמאות, חקיקה ופסיקה (לסקירה זו ראו: עניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 649–658):

"חוקים שהבאנו והלכות שסקרנו נדמו בעינינו לנקודות אור, והאור הוא אור השוויון, שוויון האישה לגבר בכל עניין ועניין. נלך מנקודת-אור אחת אל חברתה, ודוקטרינת השוויון תגלה עצמה לפנינו במלוא הדרה" (שם, בעמ' 658).

160 ראו לעיל פרק ב.

161 בחלקן מעניקות הוראות אלו את הזכות ל"ייצוג הולם" ובחלקן מעניקות את הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג", לסקירת הוראות אלו ראו: השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל הערה 5, בעמ' 661–662.

חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל. ...הוראות-הדין שעניינן ייצוג הולם לנשים אף הן נדמות לנקודות אור. חבר את נקודות האור אישה-אל רעותה וידעת כי נוצרה מעין מסה קריטית שאף היא ילדה דוקטרינה, או למצער – מעין דוקטרינה. אם תרצו: גילתה עצמה לעינינו דוקטרינה-בהתהוות... כל הוראות הייצוג כולן, על-אף השוני ביניהן, מהוות הן – כל אחת מהן לעצמה – קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון יסודי, והעיקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון¹⁶².

על-כן, לאור קיומו בשיטת המשפט בישראל של עיקרון הלכתי לייצוג ההולם לנשים ב"גופים ציבוריים" (הכוללים את מנהלת המוסד לביטוח לאומי), על שר העבודה והרווחה להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בקרב החברים בהנהלת המוסד (ולא רק לנהוג בשוויון בין בני שני המינים – ולא רק לא להפלות בין גברים לנשים), כבואו להפעיל את סמכותו החקיקתית למנות סמנכ"ל למוסד לביטוח לאומי (על-פי סעיף 20 לחוק הביטוח הלאומי):

"חוק הביטוח הלאומי מדבר על מינהלה שתקום למוסד לביטוח הלאומי ומתווה הוא את גדריו סמכויותיה. הוראות שעניינן במינהלה הוראות-מסגרת הן, הוראות-שילדיות, הוראות 'יבשות'. ואולם טובלות הן עד לשפתן – כהוראותיו האחרות של חוק הביטוח הלאומי, כמותן כמשפט המדינה כולו – ביובל העיקרים, הערכים והדוקטרינות. אלה עיקרים, ערכים ודוקטרינות של שיטת המשפט – שמא נאמר: של החברה בישראל באספקלריה של המשפט – מהווים הם חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל הוראות-חוק ושל כל הלכה במשפט ישראל, ואין להם לכללי-המשפט חיים בלעדיהם"¹⁶³.

בית-המשפט אימץ את הגישה העקרונית לאורה נקבע, בעניין שדולת הנשים הראשון, היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם¹⁶⁴. לאורה קבע את היקף החובה המוטלת על השר לחפש מועמדת בעלת כישורים מתאימים. על השר "לחפש בשקידה" מועמדת מתאימה¹⁶⁵ ו"לעשות את כל הניתן – בנסיבותיו של כל עניין ועניין – למתן ייצוג הולם לנשים במנהלת המוסד לביטוח לאומי"¹⁶⁶.

162 שם, בעמ' 662–663.

163 השופט חשין, שם, בעמ' 664.

164 שם, בעמ' 665–668.

165 שם, בעמ' 671.

166 השופט חשין, שם, בעמ' 666. אומנם, על שר העבודה והרווחה לא מוטלת חובה הלכתית למנות אשה בכל מקרה ובכל הנסיבות. אולם, במקרה זה, "שר העבודה והרווחה לא עלה בידו להרים את הנטל שהוטל עליו, לחפש ולהוסיף וליזום חיפוש, כדי להביא לייצוגן ההולם של נשים במנהלת המוסד לביטוח לאומי", ראו: שם, בעמ' 668.

עניין האגודה לזכויות האזרח

בעניין האגודה לזכויות האזרח נדונו מינויים, על-ידי הממשלה בהמלצת השרים, של שישה נציגים מטעם הממשלה במועצת מנהל מקרקעי ישראל¹⁶⁷. על הממשלה ועל השרים לא הוטלה חובה חקיקתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית בכבואם למנות חברים בקרב חברי מועצת מנהל מקרקעי ישראל. השאלה שבית-המשפט התמודד איתה הייתה האם מוטלת על הממשלה ועל השרים חובה הלכתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם מכוח עיקרון השוויון הכללי, כדרך שהוטלה הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בעניין שדולת הנשים השני, ואם קיימת — מה היקפה "הפנימי" ומה היקף ההגנה המשפטית עליה¹⁶⁸.

בית-המשפט, בעניין האגודה לזכויות האזרח, קבע את קיומה של זכות הלכתית לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים" (הכוללים את מועצת מנהל מקרקעי ישראל) בשיטת המשפט בישראל. פיתוח זה, של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, נעשה על-ידי השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לאור אותה גישה עקרונית בה פיתח השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני (שהשופט זמיר היה שותף לה) את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים ב"גופים ציבוריים". לשם פיתוח הזכות, פונה השופט זמיר למקורות משפט המעניקים בישראל את הזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית בגופים ציבוריים. מקורות משפט אלה הם מגילת העצמאות וחוקים. ההכרזה על הקמת המדינה (המבטאת את "האני מאמין"¹⁶⁹ של החברה) קראה, תוך כדי מלחמת העצמאות, לבני האוכלוסייה הערבית "לשמור על השלום וליטול חלקם בבניין המדינה" לא רק "על יסוד אזרחות מלאה ושווה" — זכות הפרט לשוויון, אלא גם "על יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה" — ייצוג

167 רקע נורמטיבי: חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ס"ח 57 (להלן — "חוק המינהל" או "חוק מינהל מקרקעי ישראל") הוא שהקים את מנהל מקרקעי ישראל ואת מועצתו. הממשלה היא זו שהוסמכה בחוק המינהל למנות את מועצת המנהל, לפי הצעת השרים (סעיפים 3 ו-4א) לחוק המינהל). נכון לעת מתן פסק הדין, שני השרים שלפי סעיף 4א(א) לחוק המינהל שהיו מוסמכים להציע לממשלה שמות מועמדים כחברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל, היו שר האוצר והשר לתשתיות לאומיות (המכהן כיו"ר המועצה). המועצה היא זו שקובעת את מדיניות המקרקעין שלפיה יפעל המנהל (סעיף 3). מקרקעי ישראל כוללים למעלה מ-90% מכלל מקרקעי המדינה. מכאן נגזרת חשיבות הרכבה של המועצה, הן במישור הלאומי והן במישור הפרטי. ראו: השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 20-22. במועצת מנהל מקרקעי ישראל מכהנים (בעת מתן פסק הדין) 24 חברים. על-פי סעיף 4א(2)(א), הרכב מחצית חברי המועצה מטעם הממשלה (12) יהא באופן שלפחות מחצית (6) יהיו "עובדי מדינה בכירים במשרדי הממשלה הנוגעים לעניין, ויתרתם יהיו אנשי אקדמיה ונציגי ציבור". בעת הגשת העתירה לא היה אף לא נציג ערבי אחד במועצת מנהל מקרקעי ישראל. במהלך ההתדיינות בעתירה, מונה נציג ערבי כנציג ציבור מתוך מכסה של 6 נציגי ציבור מטעם הממשלה. בכך מתקיים הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית בקרב נציגי הציבור במועצה (ראו: השופט זמיר, שם, בעמ' 26), אך לא בקרב עובדי המדינה הבכירים.

169 השופט זמיר בבג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89.

הולם. סעיף 1א18 לחוק החברות הממשלתיות מעניק את הזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות (שהוענקה קודם לכן לבני שני המינים), וסעיף 15א לחוק המינויים מעניק את הזכות לייצוג הולם בשירות המדינה לבני האוכלוסייה הערבית (שהוענקה קודם לכן לבני שני המינים ולאנשים עם מוגבלות)¹⁷⁰. אולם, מועצת מנהל מקרקעי ישראל אינה חברה ממשלתית ואינה חלק משירות המדינה (אלא "גוף לווייני", כמו מועצות ציבוריות אחרות, ועדות חקירה, בתי דין מנהליים ועוד)¹⁷¹. על-כן, הוראות החוק האמורות אינן חלות באופן ישיר על מועצת מנהל מקרקעי ישראל. אולם, ממשקלם הכולל והמצטבר של מכלול מקורות המשפט המעניקים זכות ייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית, הסיק בית-המשפט את קיומה בשיטת המשפט בישראל של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים":

"אולם גם אם סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) אינו חל באופן ישיר על מועצת מנהל מקרקעי ישראל, עדיין יש לו משקל באופן עקיף בשאלה אם ראוי לתת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית במועצה. שכן, סעיף זה מצטרף כמרכיב נוסף למסכת של מקורות משפט המחייבים יחס של שוויון כלפי

170 ראו לעניין זה לעיל בפרק ב. השופט זמיר מצייין, כי "בעקבות זאת הפער הגדול שהיה קיים בחקיקה בין חובת השוויון כלפי נשים לבין חובת השוויון כלפי ערבים בנוגע לייצוג בגופים ציבוריים כמעט ונסגר", ראו: עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 34. אומנם, השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני הסיק את קיומה של זכות הלכתית-כללית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" ממספר גדול יותר של הוראות חוק (למשל, במועצה הציבורית לענייני האזרחים הוותיקים, המועצה לביטוח בריאות ממלכתי, בהנהלת הקרן לקליטת החייל המשוחרר, בצוות ההיגוי ובוועדה המייעצת לרשות לבטיחות בדרכים, במועצה ובוועדה המייעצת לרשות הלאומית להסמכת מעבדות ובוועדה המייעצת לרשות לקידום מעמד האשה), מזו שהשופט זמיר הסיק ממנה את קיומה של זכות הלכתית-כללית לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים" בעניין האגודה לזכויות האזרח. אולם, משקלן והיקף תחולתן של הוראות החוק המרכזיות המעניקות את הזכות לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים", (סעיפים 15א ו-18א) והן לגבי בני האוכלוסייה הערבית (סעיפים 15א ו-18א) הנו גדול במידה ניכרת ממשקלן ומהיקף תחולתן של ההוראות האמורות המעניקות את זכות הייצוג ההולם לנשים בגופים קונקרטיים. בנוסף לכך, בהכרזה קיים ביטוי ספציפי (מה שלא קיים לגבי קבוצות אוכלוסייה אחרות, כמו הנשים) לתפיסה, כי יש להעניק ייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים". על-כן, אומנם מספרן של הוראות החוק המעניקות את הזכות לייצוג הולם לנשים הנו גדול יותר מאשר מספרן של הוראות החוק המעניקות את הזכות לבני האוכלוסייה הערבית (עובר להענקת הזכות ההלכתית הכללית לייצוג הולם לנשים קבוצות אוכלוסייה אלה). אולם, משקלן והיקפן של הוראות אלה הנו דומה. אכן, הפער הגדול שהיה קיים בין משקלה והיקפה של החקיקה המעניקה את הזכות לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים", לבין משקלה והיקפה של החקיקה המעניקה את הזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים", "כמעט ונסגר".

171 ראו: השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 37, וכן י' זמיר הסמכות המנהלית (תשנ"ו, כרך א) 411-421.

האוכלוסייה הערבית..... המשקל המצטבר של כל אלה דומה מאוד למשקל המצטבר של מקורות המשפט המחייבים יחס של שוויון כלפי נשים. לכן גם המסקנה צריכה להיות דומה. לגבי המקורות המשפטיים המחייבים יחס של שוויון כלפי נשים, אמר השופט מ' חשין בעניין שדולת הנשים כי מקורות אלה דומים ל'נקודות אור', וכי 'צירוף נקודות האור האחת-אל-רעותה יצר מעין מסה קריטית וכך נוצרה הדוקטרינה'... בדבר ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים. ... בדומה לכך יש לומר לגבי מקורות המשפט המחייבים יחס של שוויון כלפי ערבים: בצד הדוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לנשים הם יוצרים דוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי"¹⁷².

מכאן, בשיטת המשפט בישראל, קיים עיקרון הלכתי בדבר ייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים" (הכוללים את מועצת מנהל מקרקעי ישראל). על-כן, על הממשלה, בבואה להפעיל את סמכותה החקיקתית למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל (בקרב מחצית חברי המועצה המכהנים מטעמה, מכוח סמכותה על-פי סעיף 4א לחוק מינהל מקרקעי ישראל), וכן על השרים הממליצים (מכוח סמכותם על-פי אותו סעיף), מוטלת חובה הלכתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית בקרב החברים במועצה (ולא רק לנהוג כלפיה בשוויון – ולא רק לא להפלות בין יהודים לערבים).

בית-המשפט אימץ את הגישה העקרונית לאורה נקבע, בעניין שדולת הנשים הראשון ובעניין שדולת הנשים השני, היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם. לאורה קבע את היקף החובה המוטלת על הממשלה ועל השרים לחפש מועמדים ראויים כדי להגשים את הייצוג ההולם לבני האוכלוסייה הערבית במועצת מנהל מקרקעי ישראל. על השר המציע מועמד לחברות במועצת מנהל מקרקעי ישראל, לברר ולמצוא בקרב בעלי התפקידים הבכירים במשרדו, מועמד ערבי כשיר עניינית להתמנות כחבר מועצת המנהל. חובה דומה (בקרב בעלי התפקידים הבכירים במשרדי הממשלה האחרים הנוגעים בעניין) מוטלת על הממשלה. אם קיים מועמד כזה, ואין טעם המצדיק (לאור משקלם של השיקולים הרלוונטיים בנסיבות העניין) את אי-מינויו, השר חייב להמליץ לממשלה למנות את המועמד, ועל הממשלה למנותו¹⁷³.

172 השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 8, בעמ' 37–38.
 173 אם יתברר שאין עובד מדינה בכיר הכשיר להתמנות למועצה, מציע השופט זמיר לממשלה לשקול מינויו של נציג ערבי נוסף מקרב המכסה של אנשי אקדמיה ונציגי ציבור שהממשלה מוסמכת למנות, ראו: השופט זמיר, שם, בעמ' 39–41.

2. יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת – פיתוח ופרשנות הזכות לייצוג הולם לאור אותה תפיסה ולאור אותה השיבה חוקתית

בעניין קול העם, הניח השופט אגרנט, לפני יובל שנים, את התשתית העיונית לפיתוחן של התפיסה והחשיבה המשפטית-חוקתית-שיטתית בפסיקה הישראלית לאורה נעשית פעילותו השיפוטית של בית-המשפט עד עצם היום הזה¹⁷⁴. פסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם משמש נר לרגליו של בית-המשפט עד עצם היום הזה. הוא משמש "מגדלור"¹⁷⁵ המאיר את דרכו של בית-המשפט¹⁷⁶.

מאמר זה נכתב במלאת יובל שנים לפסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת בישראל. נקודת זמן זו, מהווה הזדמנות מצוינת להצביע על כך כי פעילותו השיפוטית של בית-המשפט, בפסק הדין בעניין קול העם, ובפסקי הדין העוסקים בזכות לייצוג הולם (עניין שדולת הנשים הראשון, עניין שדולת הנשים השני ועניין האגודה לזכויות האזרח), נעשתה לאור אותה התפיסה ואותה החשיבה המשפטית-חוקתית-שיטתית האמורה, על שלביה השונים. לאורה של תפיסה עקרונית זו, פותחה ופורשה הזכות לייצוג הולם. לאורה נקבעה הזכות ונקבעו היקפה, משקלה והיקף ההגנה המשפטית עליה¹⁷⁷. לאורה של תפיסה זו, ראוי להמשיך לפרש ולפתח את הזכות.

בעניין קול העם נדונה שאלת חוקיותם של צווים שהוציא שר הפנים להפסקת

174 להשתלבות פסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם בפסיקה שקדמה לו ובפסיקה שבאה אחריו, ראו: א' ברק "קול העם" – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129, ובמיוחד בעמ' 135–136.

175 א' ברק "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" עלי משפט ג (התשס"ד) 377.

176 חשיבותו של פסק הדין בעניין קול העם באה לידי ביטוי גם במחקר שפורסם לאחרונה לפיו פסק הדין מופיע בראש "רשימת המאה". רשימה זו, מונה את מאת פסקי הדין שאוזכרו במספר הרב ביותר בפסיקה בית-המשפט העליון, בין השנים 1948–2000. מעניין לציין, כי מבין מאה "התקדימים המובילים", עניין קול העם, המתין את התקופה הארוכה ביותר עד אזכורו הראשון, ראו: י' שחר, מ' גרוס וח' גולדשמיט "מאה התקדימים המובילים בפסיקה בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז (תשס"ד) 243.

177 במאמר זה, אנו מבקשים אך "לזרוק" שתי "אלומות אור" בין שתי נקודות זמן (יובל לקול העם ועשור להעדפה המתקנת) ולהצביע על כך, כי אותה התפיסה והחשיבה המשפטית-שיטתית עומדות בבסיס הפעילות השיפוטית מאז ועד היום. לדיון בעניין קול העם, ראו: פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקה בית המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375; P. Lahav "American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech" 8 *Hastings Con. L. Q.* (1981) 21; ברק, לעיל הערה 174; פ' להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (1999), שער שני; ברק, לעיל הערה 175. הדיון בפיתוחה של התפיסה והחשיבה המשפטית-שיטתית, מאז עניין קול העם ועד היום, הנו נושא לדיון נפרד. לקשר שבין "מערכת החיים הלאומיים" לבין "פרשנות תכליתית של החקיקה", ראו: ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 385–390, וכן דבריו בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 276, 258.

פרסומם של עיתונים. הצווים הוצאו מכוח חקיקה ראשית מנדטורית, סעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות משנת 1933, המעניקה סמכות לשר הפנים (במקרה, הוענקה הסמכות לנציב העליון) להפסיק הופעת עיתון לתקופה מוגדרת אם מתפרסם בו דבר העלול, לדעת השר, לסכן את שלום הציבור — “likely to endanger the public peace”¹⁷⁸. בפסק דינו של השופט אגרנט, שדן בשאלה זו, ניתן לזהות ארבעה שלבים מרכזיים בחשיבה המשפטית-החוקתית.

1. אכסיומה. בשלב הראשון, מניח השופט אגרנט את האכסיומה המהווה את ההנחה, את נקודת המוצא אשר לאורה נעשית כל הפעילות השיפוטית, על כל שלביה ומרכיביה השונים — “הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו”¹⁷⁹.

2. פיתוח המשפט. בשלב השני ולאור האכסיומה האמורה, פיתח השופט אגרנט עקרונות יסוד הלכתיים, שלא נקבעו קודם לכן בשום טקסט חוקתי, ושילבם כחלק משיטת המשפט¹⁸⁰. זו היא פעילות שיפוטית היוצרת נורמות חדשות¹⁸¹. אין מדובר בפרשנותו של טקסט חוקתי, אלא בפעילות שיפוטית בדבר פיתוח המשפט. לאור עיקרון הפרדת הרשויות, התפקיד המרכזי לפיתוח המשפט וקביעתם של עקרונות יסוד כמו העיקרון הדמוקרטי ועיקרון חופש הביטוי מוטל על הכנסת (כרשות מכוננת או כרשות מחוקקת). הרשות השופטת היא “שותפה זוטרה” ל“מפעל החקיקה”¹⁸². על-כן, מפתח

178 סעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות שנונה בעניין קול העם קבעה: “The High Commissioner, ...may (a) If any matter appearing in a newspaper is, in the opinion of the High Commissioner in Council, is likely to endanger the public peace,suspend the publication of the newspaper for such period as he may think fit ...” ובתרגום לעברית: “... רשאי שר הפנים על-פי צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העיתון לאותה תקופה שימצא לנכון...: (א) אם מתפרסם בעיתון דבר שיש בו לדעתו של שר הפנים כדי לסכן את שלום הציבור”.

179 עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884.

180 עקרונות יסוד עומדים על רגליהם הם בשיטת המשפט בישראל. ללא קשר לקיומו של טקסט חוקתי זה או אחר. גם אם הם (במקרה זה, העיקרון הדמוקרטי ועיקרון חופש הביטוי) פותחו אגב (ולצורך) פרשנות הוראת חוק (במקרה זה, הוראת סעיף 19 לפקודת העיתונות), קיומם לא נגזר מהוראת החוק שפורשה ואינם תלויים בקיומה.

181 לפעילות השיפוטית המפתחת את המשפט החוקתי, ראו: ברק, לעיל הערה 77, בעמ' 142–143. פיתוח המשפט הוא אך אחד משלוש פעילויות שיפוטיות, בצד הפרשנות (שתידון להלן בסמוך להערה זו) והשלמת החסר (לאקונה). לדיון כללי בפעילויות שיפוטיות אלו, ראו: ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך א — תורת הפרשנות הכללית). לפעילות השיפוטית בדבר פיתוח המשפט, ראו: שם, בעמ' 335–634. ליצירת נורמה חדשה כאספקט של פיתוח המשפט, ראו: שם, בעמ' 609–616.

182 השופט אגרנט עומד על תרומתה של הרשות השופטת ל“מפעל החקיקה ... כאשר הרשות המחוקקת הנה השותפה הבכירה והשופטת — השותפה הזוטרה” (אגרנט, לעיל הערה 153, בעמ' 237), בשלושה מישורים: פרשנות, מילוי לאקונה (חסר) ועקרונות יסוד (“עקרונות הפרשנות”): “כדי להקנות לחוק הכללי והמופשט, עת שהוא בא ליישמו על המקרה שלפניו ‘עור וגידים’, נזקק השופט לעתים לפרשנות ‘יוצרת’ ואפילו (לפעמים) לעשיית מעשה חקיקה ממש, הגם בעל היקף מוגבל” (שם, בעמ' 245). שותפותו של בית-המשפט ב“חקיקה השיפוטית” במישור פיתוח

השופט אגרנט את קיומם של אותם עקרונות יסוד המתבקשים באופן ישיר והגיוני ממקורות משפט קיימים – מגילת העצמאות, חוקים ופסיקה. ממקורות משפט אלה ניתן להסיק על "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל – על תפיסת עולמה של החברה בישראל¹⁸³. אין מדובר בפעילות משפטית לאור תפיסתו הסובייקטיבית של השופט או הפרשן, אלא בתפיסתה של החברה כפי שהיא באה לידי ביטוי בנורמות שהיא מאמינה בהם ושקבעה אותם במקורות משפטה. בבחינת אמור לי מה הן הנורמות המשפטיות של חברתך, ואומר לך מה היא תפיסת עולמה, מה הם ערכיה, תוכנם והיקפם. תחילה, הסיק השופט אגרנט את קיומו בשיטת המשפט בישראל של העיקרון הדמוקרטי, אותו הסיק משני מקורות משפט אוכייקטיביים, "חיצוניים לשופט"¹⁸⁴, המעידים על שני המאפיינים המרכזיים של מדינה דמוקרטית – שלטון העם והגנה על זכויות האדם. המקור המשפטי הראשון הוא "מערכת החוקים" לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות השלטוניים בישראל. מוסדות אלה הנם נבחרים וייצוגיים. מדובר בשלטון העם באמצעות נציגיו הנבחרים. חוקים יכולים להעיד על "מערכת חייו הלאומיים" של עם, מאחר שאת החוקים מחוקק העם באמצעות נציגיו. אולם, החקיקה אינה המקור היחיד ממנה ניתן ללמוד על "מערכת החיים הלאומיים" של עם. המקור המשפטי השני שנוקק לו השופט אגרנט הוא מגילת העצמאות המהווה את ה"אני מאמין" ("האספקלריה של מערכת החיים הלאומיים") של העם בישראל¹⁸⁵. מההכרזה עולה כי מדינת ישראל הנה מדינה שוחרת חופש – מדינה דמוקרטית¹⁸⁶:

המשפט הנה "זוטר", על-כן, היא חייבת להיות מוסקת, למשל במקרה זה, באופן "הכרחי" ישיר ו"הגיוני" ממקורות משפט של השיטה. המחוקק, לעומת זאת, מוסמך לחוקק כל חוק חוקתי. בשונה משלב פיתוח המשפט, שבו תפקידו של בית המשפט הוא "זוטר", פרשנותו של טקסט משפטי (השלב השלישי שידון להלן בטקסט שבסמוך להערה זו), לאור עיקרון הפרדת הרשויות, מוטלת על בית-המשפט. כמו-כן, לעומת התפקיד "הבכיר" שהוענק לכנסת באשר לפיתוח המשפט ולעומת התפקיד שהוענק לרשות השופטת בדבר פרשנות המשפט, הסמכות להפסיק הופעת עיתון (השלב הרביעי) הוענק לרשות המבצעת – לשר הפנים. על-כן, השופט אגרנט מדגיש כי ביטול החלטתו של שר הפנים נובעת מהחריגה היסודית מתחום סמכותו. ראו להלן בטקסט שבסמוך להערה 199.

183 כלשונו של א' ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א (1992) 10, 11. כך, הדגיש השופט אגרנט בעניין שליט (בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 520 (להלן – "עניין שליט")), המובא בברק, לעיל הערה 175, בעמ' 380: "הלא העיקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק".

184 על ההכרזה ככלי פרשני, אומר השופט אגרנט: "... אך במידה שהיא מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו' ... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה.... " (עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884). כיום, פרשנותן של זכויות האדם בשיטת המשפט, תיעשה "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה" לא מכוח הלכה שיפוטית, אלא מכוח הוראה העומדת במדרג הגבוה ביותר בשיטת המשפט – בחוקה הפורמאלית של המדינה – סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

185 אומנם, בהכרזה לא מופיע המונח "דמוקרטיה" ולא מודגש במפורש, למשל, כי מדובר ב"הקמת מדינה דמוקרטית בארץ ישראל", כפי שהודגש במפורש שמדובר ב"הקמת מדינה יהודית בארץ

“מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות — ובפרט בדבר השתתת המדינה ‘על יסודות החירות’ והבטחת חופש המצפון — פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש”¹⁸⁷.

לאחר מכן, הסיק השופט אגרנט מהעיקרון הדמוקרטי, במהלך “דו-שלב” של פיתוח המשפט (באותו פסק דין), את קיומו כחלק משיטת המשפט של עיקרון נוסף, הוא עיקרון חופש הביטוי (למרות שאף הוא, כמו קודמו — העיקרון הדמוקרטי, לא נקבע קודם לכן בשום טקסט חוקתי)¹⁸⁸. עיקרון היסוד (הדמוקרטי), והפסיקה (שקבעה את קיומו של העיקרון), שימשו ככלים לפיתוח המשפט¹⁸⁹ וכמקור משפטי המהווה את ה“אספקלריה של מערכת החיים הלאומיים” של העם בישראל¹⁹⁰. השופט אגרנט פיתח בעניין קול העם מאופיו הדמוקרטי של המשטר, את אותה זכות אדם הלכתית (חופש הביטוי הפוליטי) הקשורה קשר הדוק (“אמיץ”) עם ההליך (“התהליך”) הדמוקרטי¹⁹¹ — את אותו עקרון (חופש הביטוי) הנגזר באופן “הגיוני” ו“הכרחי” מהגרעין הקשה של העיקרון הדמוקרטי — שלטון העם¹⁹².

ישראל, אולם ברור בעליל מתוך ההכרזה כי מדובר כאמור בהקמת מדינה דמוקרטית השוחרת חופש והמושחתת על יסודות החירות והשוויון.

- 187 עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884.
- 188 החוקים וההכרזה, כנורמות בשיטת המשפט, מהווים את ה“אספקלריה של מערכת החיים הלאומיים” של העם בישראל, לאורם פותח עיקרון יסוד (הדמוקרטי). מרגע שעיקרון היסוד (הדמוקרטי) פותח כנורמה בשיטת המשפט, אף הוא מהווה חלק מאותה “אספקלריה של מערכת החיים הלאומיים” של העם בישראל, לאורה פותח עיקרון נוסף (חופש הביטוי).
- 189 ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 389, מציע תזה מעניינת וראויה לדעת, כי כיום ניתן לגזור את קיומו של חופש הביטוי הפוליטי בישראל, גם מההיבטים הדמוקרטיים של המדינה הבאים לידי ביטוי בחוק יסוד: הכנסת ובחוק יסוד: הממשלה. בכך יינתן מעמד חוקתי על-חוקי לחופש הביטוי הפוליטי (וזאת בנוסף ובצד ההכרה בחופש הביטוי כזכות חוקתית בהיותו חלק מכבוד האדם). יחד עם זאת, נראה כי גם פעילות שיפוטית זו, כמו שאר הפעילויות השיפוטיות, צריכה להיעשות תוך שמירה על אובייקטיביות ועל אמון הציבור ברשות השופטת. היא צריכה להיעשות תוך הכרה בכך שבית-המשפט הוא “שותף זוטר” לחקיקה. על-כן, נראה כי גם כאן ראוי לצעוד בדרך העקרונית שהשתית השופט אגרנט בעניין קול העם, ולהסיק מההיבטים הדמוקרטיים שבחוקי היסוד אך את אותו חופש ביטוי המתבקש באופן היגיוני וישיר מההיבטים הדמוקרטיים של המדינה הבאים לידי ביטוי בחוק יסוד: הכנסת ובחוק יסוד: הממשלה.
- 190 בעניין קול העם, מגילת העצמאות והחוקים שימשו לשופט אגרנט כמקור משפטי ממנו למד על “מערכת החיים הלאומיים” של העם בישראל, לצורך פעילות שיפוטית אחת — פיתוח המשפט. אך, לצורך פעילות שיפוטית אחרת — הפרשנות, החוקים (סעיף 19 לפקודת העיתונות) שימשו מאוחר יותר באותו פסק דין כ“משפט של עם” שאותו יש לפרש לאור “מערכת החיים הלאומיים” (העיקרון הדמוקרטי ועיקרון חופש הביטוי שאותם פיתח קודם לכן). מקורות המשפט מהם ניתן ללמוד על “מערכת חיי הלאומיים” של עם הנם רחבים מדברי חקיקה, פסיקה וההכרזה, ו“משפטו של עם רחב מדברי החקיקה” (ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 387), פסיקה וההכרזה.
- 191 עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 876.
- 192 כפי שהדגיש השופט אגרנט בעניין קול העם, שם, בעמ' 876: “תפיסה פשוטה זו של המשטר

3. פרשנות. בשלב השלישי, עושה השופט אגרנט שימוש בעקרונות יסוד – בעיקרון חופש הביטוי ובעיקרון הדמוקרטי (שפותחו על-ידו קודם לכן באותו פסק דין) – ככלים פרשניים. לאור עקרונות היסוד פורשה הוראת סעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות המנדטורית. השופט אגרנט פירש את המונח "עלול" – "likely" (הקובע את הקשר הסיבתי, בין הפרסום לבין הסכנה לשלום הציבור) לאור (ב"אספקלריה" של) תפיסת עולמה האובייקטיבית ("מערכת החיים הלאומיים") של החברה (הדמוקרטית) בישראל בעת מתן פסק הדין, ולא לפי כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק המנדטורי (הנציב העליון)¹⁹³. למונח "עלול" – "likely", הציג השופט אגרנט שתי אפשרויות פרשניות. האחת, די בקשר סיבתי "רחוק" – די בכך "שדברי הפרסום יגלו נטיה – ואפילו נטיה קלה או רחוקה – בכיוון אחת התוצאות שכללנו במושג 'סיכון שלום הציבור'". השנייה, על שר הפנים להשתכנע כי קיים קשר סיבתי "קרוב" – כי "בין דברי הפרסום... לבין האפשרות שתצמח אחת התוצאות הנ"ל נוצר קשר המחייב את המסקנה, שהאירוע של אותה תוצאה הוא קרוב לוודאי במובן של "probable"¹⁹⁴. השופט אגרנט הכריע לטובת האפשרות הפרשנית השנייה המעניקה

הדמוקרטי מביאה בהכרח (ההדגשה שלי – ב"צ ל') איפוא, להטלת העקרון של חופש הביטוי בכל מדינה המושחתת על משטר כנ"ל; כלומר, היא טומנת בחובה הצדקה הגיונית (ההדגשה במקור – ב"צ ל') להחלתו של עקרון זה".

הלכת עניין קול העם, פותחה מאוחר יותר בפסיקה. מאופיו של המשטר הדמוקרטי שולבו הלכתית בשיטת המשפט בישראל כל אותן "זכויות יסוד" שאינן כתובות על ספר' אלא הן נובעות במישורין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (השופט לנדוי, בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (להלן – "עניין גרי")), או ברטוריקה אחרת של בית-המשפט, שולבו כל אותן זכויות המקובלות ב"מדינות דמוקרטיות נאורות" (למשל, השופט ברק בבג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398, בשלבו את הזכות להפגין כחלק משיטת המשפט). כך כתב, למעשה, בית-המשפט את מגילת הזכויות השיפוטיות כפי שהן מקובלות ב"מדינות דמוקרטיות נאורות", עוד לפני חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כמו-כן, הלכת עניין קול העם "הועמדה על בסיס רעיוני רחב" (השופט לנדוי בעניין גרי, שם, בעמ' 2418). הרעיון הוא, כי כל רשות שלטונית חייבת (בלי קשר לקיומו של מונח זה או אחר בחוק המסמך, למשל, "likely"), בבואה להפעיל את סמכותה, להעניק משקל נאות לעיקרון הרלוונטי לאור תפיסת עולמו של העם בישראל. עוד לעניין זה, ראו: D. Kretzmer "Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel" 26 *Is. Yrbk.Human Rt* (1996) 267.

193 כך, מדגיש השופט אגרנט בעניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884, כי לאור הכרזת העצמאות יש "לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט...". אכן, "החיים הלאומיים נמצאים בתנועה מתמדת ובזרימה מתמדת" (ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 381). לאמת המידה לאורה נקבעת (אובייקטיבית) תפיסתה של החברה בתוכה יושב השופט – "מערכת החיים הלאומיים" של העם (בעת מתן פסק הדין), ראו: דברי השופט אגרנט בעניין שליט, המובאים הן בברק, לעיל הערה 175, בעמ' 380–381, והן בברק, לעיל הערה 174, בעמ' 138–139. עוד לעניין "מהותה של מערכת החיים הלאומיים", ראו: ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 378–384.

194 השופט אגרנט, עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 882. ראו עוד לעניין זה: ברק, לעיל הערה 175, בעמ' 377–378; וכן ברק, לעיל הערה 174, בעמ' 130–131.

משקל נאות לעיקרון חופש הביטוי במשטר דמוקרטי. לשר הפנים מוענקת סמכות להפסיק הופעת עיתון רק כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. פרשנות זו מאפשרת הגנה ראויה על חופש הביטוי ומשקפת את חשיבותו היחסית של עיקרון חופש הביטוי ביחס לעיקרון שלום הציבור.

איזון. המתודה המשפטית בדבר "איזון (עקרוני וקונקרטי) על בסיס משקל", מקורה בפסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם. במסגרת פעילותו הפרשנית של בית המשפט, קבע השופט אגרנט לראשונה בפסיקה הישראלית את מתודת האיזון, כמתודה משפטית אשר ראוי להכריע לאורה בדבר היקף ההגנה המשפטית על עקרונות יסוד. היקף ההגנה המשפטית על עיקרון חופש הביטוי, כמו על שאר זכויות האדם ועל שאר עקרונות היסוד של השיטה, אינו בלתי מוגבל. הוא תלוי-הקשר. נוסחת האיזון בדבר הוודאות הקרובה, נקבעה בעניין קול העם לאור האיזון בין משקלו של עיקרון חופש הביטוי לבין משקלו של עיקרון שלום הציבור¹⁹⁵. לאורה נקבע היקף ההגנה המשפטית על עקרונות יסוד אלה. לאור "מתודת האיזון" הוכרעה שאלת פרשנותו של מונח בחוק ("עלול"). לאורו נקבע היקף שיקול דעתה של הרשות השלטונית. נוסחת האיזון משמשת ככלי פרשני שנועד להגן על זכות אדם. היא משמשת "משוכה הלכתית" העומדת בפני מי שמבקש לפגוע בזכות האדם. זו היא פרשנות "יוצרת"¹⁹⁶ של "כוונת המחוקק"¹⁹⁷ ב"משטר דמוקרטי"¹⁹⁸. בכך הניח השופט אגרנט את התשתית העיונית בפסיקה בישראל לפיתוחו של "האיזון" כמתודה משפטית לאורה מכריע בית-המשפט בהתנגשות בין עקרונות יסוד, עד עצם היום הזה.

4. הפעלת ביקורת שיפוטית יעילה על החלטתה הקונקרטית של הרשות השלטונית הפוגעת פגיעה לא ראויה בזכות אדם. בית-המשפט ביטל צווים שהוציא שר הפנים

195 על הגישה העקרונית בדבר "איזון" (עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 880–881) בין עניינים מתנגשים, עמד השופט אגרנט שם, בעמ' 879: "תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press) נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה". למתודה בדבר "איזון עקרוני על בסיס משקל", ראו: א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) פסקה 420א. מתודה זו משמעותה, כי יש לקבוע לא רק את "האיזון העקרוני" (האיזון בין העקרונות המתנגשים, במקרה זה בין עיקרון חופש הביטוי לבין עיקרון שלום הציבור, כולל קביעת נוסחת האיזון בדבר הוודאות הקרובה), אלא גם את "האיזון הקונקרטי" (בהתנגשות הקונקרטית בהתאם לבעייתיות המיוחדת והנסיבות המיוחדות של המקרה הקונקרטי הנדון), לאור משקלם-חשיבותם של העקרונות והעניינים המתנגשים. הדיון בפיתוחה של המתודה בדבר איזון על בסיס משקל ובשימושים השונים שנעשה במתודת איזון על-ידי בית-המשפט, ראוי לדיון נפרד. לדיון במתודה זו, ראו: להב, לעיל הערה 81, בעמ' 133–220.

196 ראו דברי השופט אגרנט הרואה בתפקידו הפרשני של השופט לעתים כ"פעולה יוצרת מצד השופט" (אגרנט, לעיל הערה 153, בעמ' 238), תוך שהוא מצטט את דברי השופט ברק בע"א 546/76 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד (לד) (3) 57, 67: "תפקידו של הפרשן... אינה פעולה טכנית, זו פעולה יוצרת".

197 שם, שם.

198 עניין קול העם, לעיל הערה 7, בעמ' 884.

להפסקת הופעותיהם של עיתונים. השופט אגרנט הגיע למסקנה, כי שר הפנים בהפעילו את שיקול דעתו חרג "חריגה יסודית מתחום סמכותו", מאחר שלא קיימת בנסיבות המקרה הקונקרטי הנדון ודאות קרובה כי הפרסום עלול לסכן את שלום הציבור.¹⁹⁹

השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני והשופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח פעלו אף הם לאור אותה תפיסה ואותה חשיבה חוקתית-שיטתית (על שלביה האמורים). גישה עקרונית זו, משמשת כלי שיפוטי המאפשר לבית המשפט ליטול חלק פעיל בהגנה על זכויות האדם בישראל (הן במישור הפרשנות במשפט והן במישור פיתוח המשפט). בשני פסקי דין אלה, כמו בעניין קול העם, בית-המשפט פיתח ופירש זכויות אדם "באספקלריה" של "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל. לאור אותה גישה עקרונית, קבע בית-המשפט בפסקי דין אלה את קיומם, היקפם משקלם והיקף ההגנה המשפטית על עקרונות היסוד בדבר זכויות אדם. פסק הדין בעניין קול העם לא מוזכר בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח. נראה כי החשיבה החוקתית האמורה, מהווה כיום "חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי"²⁰⁰ של הפעילות השיפוטית, עד כי היא עומדת על רגליה-היא, חיה וזורמת בעורקיה של הפסיקה, ללא צורך להזכיר את מקורה.²⁰¹

פיתוח המשפט. בשלושת פסקי הדין פיתח בית-המשפט את המשפט ושילב בשיטת המשפט עקרונות יסוד הלכתיים בדבר זכויות האדם (שלא נקבעו קודם לכן בשום טקסט חוקתי), תוך פנייה לאותם מקורות משפט אובייקטיביים מהם ניתן ללמוד על "מערכת החיים הלאומיים" של העם (תפיסתה של החברה) בישראל. מקורות המשפט אליהם פנה בית-המשפט היו ההכרזה על הקמת המדינה (בעניין קול העם)²⁰² ובעניין האגודה לזכויות האזרח²⁰³ וחוקים (בעניין קול העם)²⁰⁴, בעניין שדולת הנשים השני²⁰⁵ ובעניין האגודה לזכויות האזרח²⁰⁶. לאור מקורות משפט אלה, פיתח כאמור השופט אגרנט בעניין קול העם (במהלך "דו-שלבי") את העיקרון הדמוקרטי ולאחר

199 שם, בעמ' 893–897.

200 כלשונו של השופט חשין, למשל, בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 651 ו-664.

201 אומנם, השופט חשין, בעניין שדולת הנשים השני, עושה שימוש במינוח ("באספקלריה") מעניין קול העם, בהיפוך סדר מילים, בדברו על אותם "... עיקרים, ערכים ודוקטרינות... של החברה בישראל באספקלריה של המשפט" (שם, בעמ' 664), אלא שאף השופט חשין לא מאזכר את עניין קול העם. השימושים בהיפוך מילים כאמור, מדגישים את השפעות הגומלין הקיימות בין תפיסתה של החברה לבין משפטה של אותה חברה. תפיסתה של החברה משפיעה על משפטה, ומשפטה (הנקבעת בין היתר בפסיקה) משפיעה על תפיסתה.

202 עניין קול העם, לעיל, הערה 7, בעמ' 884.

203 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 34.

204 עניין קול העם, לעיל, הערה 7, בעמ' 884.

205 עניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 660–663.

206 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 37–38.

מכן גזר ממנו את קיומו של עיקרון חופש הביטוי²⁰⁷. לאור החוקים, פיתח השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני את עיקרון ("עיקרון יסוד") הייצוג ההולם לבני שני המינים בגופים ציבוריים²⁰⁸. לאור ההכרזה והחוקים פיתח השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח את עיקרון הייצוג ההולם לבני האוכלוסייה הערבית בגופים ציבוריים²⁰⁹.

פרשנות. לאחר מכן, עקרונות היסוד שימשו לבית-המשפט מקורות משפטיים המהווים את "האספקלריה של מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, לאורם פירש הוראות חוק המעניקות סמכויות לרשות השלטונית. בעניין קול העם פירש השופט אגרנט את הוראת החוק (סעיף 19 לפקודת העיתונות) המעניקה סמכות לשר הפנים להפסיק הופעת עיתון, לאור העיקרון הדמוקרטי ועיקרון חופש הביטוי, שפותחו על-ידו קודם לכן באותו פסק דין. לאור פרשנות זו, נפסק כאמור כי על שר הפנים להעניק משקל נאות לזכות לחופש הביטוי, בבואו להפעיל את סמכותו להפסיק הופעת עיתון. בעניין שדולת הנשים השני פירש השופט חשין את הוראת החוק (סעיף 20 לחוק הביטוח הלאומי) המעניקה סמכות לשר העבודה והרווחה למנות סמנכ"ל למוסד לביטוח לאומי, לאור עיקרון ("עיקרון יסוד"²¹⁰) הייצוג ההולם לבני שני המינים בגופים ציבוריים, שפותחו על-ידו קודם לכן באותו פסק דין²¹¹. לאור פרשנות זו, נפסק כי על שר העבודה והרווחה להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני שני המינים בבואו להפעיל את סמכותו לערוך מינוי בקרב חברי הנהלת המוסד לביטוח לאומי²¹². בעניין האגודה לזכויות האזרח פירש השופט זמיר את הוראות החוק (סעיפים 3 ו-4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל) המעניקות סמכות לממשלה בהמלצת השרים בבואם להפעיל את סמכותם למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי

207 ראו לעיל בפרק ג.2.

208 עניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 658–663.

209 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 32–38. לפיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח, ראו לעיל בפרק ג.1. לעומת זאת, השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון לא נזקק לשלב זה של פיתוח המשפט. החובה להעניק ייצוג הולם לנשים בקרב החברים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות, שנדון באותו עניין, הוטלה בחקיקה (ראו לעיל בפרק ב). יחד עם זאת, ניתן לזהות בפסק דינו את שאר שלבי החשיבה החוקתית (ראו להלן בטקסט שבסמוך להערה זו). קיימת הבחנה אפשרית בין קביעת חובה חקיקתית לייצוג הולם, לבין קביעתה בהלכה שיפוטית. קביעת חובה הייצוג ההולם בחוק, יכולה לצמצם מפורשות את היקף שיקול הדעת השיפוטי בקביעת היקפה של הזכות ההלכתית והיקף ההגנה המשפטית עליה. כמו-כן, החוק יכול לקבוע מכסות ייצוג קשיחות. לקושי בקביעת מכסות ייצוג קשיחות על-ידי בית-המשפט (ראו להלן בפרק ד.4.ד). עוד להבחנה בין חובת ייצוג הולם מכוח חוק, לבין החובה מכוח הלכה, ראו: דברי השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 670; ודברי השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 38–39.

210 השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 663.

211 שם, בעמ' 466–671.

212 שם, שם.

ישראל, לאור עיקרון הייצוג ההולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים", שפותח על-ידו קודם לכן באותו פסק דין. לאור פרשנות זו, נפסק כי על הממשלה ועל השרים להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית בבואם להפעיל את סמכותם למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל²¹³. כך גם, כאמור, בעניין שדולת הנשים הראשון פירש השופט מצא את הוראות החוק המעניקות סמכות לממשלה ולשרים למנות חברים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות לאור הזכות החקיקתית לייצוג הולם לנשים בגופים אלה. לאור פרשנות זו, נפסק כי על הממשלה ועל השרים להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם בבואם להפעיל את סמכותם למנות דירקטורים בחברות הממשלתיות²¹⁴.

איזון בין משקלה של הזכות לייצוג הולם לבין משקלם של השיקולים המתנגשים נעשה לאור ("באספקלריה" של) תפיסת העולם ("מערכת החיים הלאומיים") של העם בישראל. לאור האיזון נקבע היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם. האיזון יוצק תוכן פרשני להוראת החוק המעניקה סמכות לרשות לפעול, וקובע את היקף שיקול דעתה. הוא מעמיד בפני הרשות "משוכה הלכתית" למניעת פגיעה לא ראויה בזכות. גישה זו נקט כאמור השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון²¹⁵. גישה זו נקט, למעשה, השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני עת קבע את היקף חובות החיפוש המוטלות על שר העבודה והרווחה למצוא מועמדת ראויה למשרת סמנכ"ל למוסד לביטוח לאומי²¹⁶. גישה זו נקט, למעשה, גם השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח עת קבע את היקף חובות החיפוש המוטלות על הממשלה ועל השרים, למצוא מועמד ראוי מבני האוכלוסייה הערבית לחברות במועצת מנהל מקרקעי ישראל²¹⁷.

הפעלת ביקורת שיפוטית יעילה על החלטתה הקונקרטית של הרשות השלטונית

213 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 38–41.

214 ראו לעיל בפרק ב.

215 שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 528–529. כן ראו לעיל בפרק ב.

216 בכך פירש את הוראת החוק המעניקה סמכות לשר העבודה והרווחה למנות חבר בקרב חברי הנהלת המוסד. בכך קבע את היקף ההגנה המשפטית לזכות לייצוג הולם לנשים במנהלת המוסד ואת היקף שיקול דעתו של השר. שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 665–671. שם נקבע, בין היתר, כי על השר לנקוט "אמצעים סבירים" (ציטוט דברי השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 529; השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 668) לאיתורה ומינויה של מועמדת ראויה. "מתחם סבירות האמצעים" שעל השר לנקוט, נקבע לאור ה"איזון" בין משקלה של הזכות לייצוג הולם לבין משקלם של השיקולים המתנגשים. האיזון קובע למעשה את "מתחם הסבירות". ככל שמשקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם כבד יותר, כך נדרשים אמצעים מקיפים יותר לאיתורה ומינויה של מועמדת ראויה.

217 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 38–41. בכך פירש את הוראות החוק המעניקות סמכות לממשלה בהמלצת השרים למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל. בכך קבע את היקף ההגנה המשפטית לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית במועצת מנהל מקרקעי ישראל, ואת היקף שיקול דעתם של הממשלה והשרים.

הפוגעת פגיעה לא ראויה בזכות אדם. בארבעת פסקי הדין, בית-המשפט בדק האם בפועל העניקה הרשות משקל נאות לזכות האדם ואיזנה באופן ראוי בין זכות האדם לבין העניינים המתנגשים. בעניין קול העם ביטל בית-המשפט, בשל הפגיעה הלא ראויה בזכות לחופש הביטוי, את החלטתו של שר הפנים להפסיק הופעת עיתון. בעניין שדולת הנשים הראשון ביטל בית-המשפט, בשל הפגיעה הלא ראויה בזכות לייצוג הולם לנשים, את מינויים של דירקטורים גברים במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות²¹⁸. בעניין שדולת הנשים השני הורה בית-המשפט לשר העבודה, בשל הפגיעה הלא ראויה בייצוג ההולם לנשים במינוי הזמני של סמנכ"ל למוסד לביטוח לאומי, לעשות כל הניתן בנסיבות העניין ולחפש בשקידה מועמדת ראויה בכואו למנות סמנכ"ל קבוע למוסד²¹⁹. ובעניין האגודה לזכויות האזרח הורה בית-המשפט לממשלה ולשרים בכואם למנות חברים במועצת מנהל מקרקעי ישראל להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית²²⁰.

לאור אותה תפיסה וחשיבה חוקתית יש גם לפרש את הוראות החוק המעניקות זכות לייצוג הולם. למשל, סעיף 6א(א) לחוק שיווי זכויות האשה קובע:

"ייצוג הולם (א) בגוף ציבורי ובוועדות המכרזים והמינויים של גוף ציבורי, יינתן ביטוי הולם בנסיבות העניין, לייצוגן של נשים בסוגי המשרות ובדירוגים השונים בקרב העובדים, ההנהלה, הדירקטוריון והמועצה, ובלבד שאם לצורך ביצוע הוראה זו נדרשת העדפת אשה, תינתן העדפה מתקנת כאמור אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים"²²¹.

218 עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 531–534.

219 עניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 670–671. הסעד שהוענק במקרה זה הוא לגבי מינוי הקבע. מאחר שמדובר במינוי זמני של 6 חודשים, מתוכם עברו ארבעה ומחצה חודשים, ואין איש יודע מה יעלה בתום תקופת הניסיון, לא ניתן צו לביטול המינוי הזמני. החובה ההלכתית להעניק ייצוג הולם לבני שני המינים במנהלת המוסד לביטוח לאומי, הוטלה למועד תום תקופת הניסיון (שם, בעמ' 671–672).

220 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 42.

221 בהמשך הסעיף נקבע:

"(ב) נקבע בחוק כי ימונו להנהלה, לדירקטוריון או למועצה של גוף ציבורי נציגים או חברים כדלהלן, לא יחולו עליהם הוראות סעיף זה:

(1) נציגים של גופים או של ארגונים המנויים באותו חוק. אלא אם כן לגוף או לארגון יותר מנציג אחד;

(2) חברים המכהנים בגוף בתוקף היותם נבחרי ציבור.

(ג) בסעיף זה –

'גוף ציבורי' – כל אחד מאלה:

(1) משרד ממשלתי, לרבות יחידותיו ויחידות הסמך שלו;

(2) רשות מקומית;

(3) חברה עירונית, כהגדרתה בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985;

(4) תאגיד או גוף ציבורי אחר שהוקם בחוק;

סעיף זה קובע הן את "היקפה הפנימי" של הזכות ("בגוף ציבורי... יינתן ביטוי הולם... לייצוגן של נשים...") והן את היקף ההגנה המשפטית עליה ("... בנסיבות העניין... אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים")²²².
 מה הוא היקפה ה"פנימי" של הזכות? ברור שהחובה היא להעניק "ביטוי הולם" ולא ביטוי כלשהו, "Token Women" – "עלה תאנה". הזכות ל"ביטוי הולם" ב"גופים ציבוריים" המוענקת לנשים, מבחינת היקפה ה"פנימי", כוללת את אותו ייצוג המשקף את חלקן של הנשים באוכלוסייה הכללית. ייצוגן של הנשים ב"גופים ציבוריים", ראוי לו שיהלום את חלקן של הנשים באוכלוסייה הכללית. זו היא הפרשנות הראויה הנגזרת מהלשון הפשוטה של "הולם", מההיסטוריה החקיקתית ומתכליתה של הזכות השואפת להגשים את השוויון הקיבוצי ב"גופים ציבוריים"²²³.
 היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" (שאינו מקיף את מלוא היקפה ה"פנימי" של הזכות), נקבע לאור "נסיבות העניין" ו"אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים"²²⁴. ביטויים אלה, מהווים

(5) חברה ממשלתית כהגדרתה בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, אלא אם כן קבע שר השפטים, באישור הוועדה לקידום האשה של הכנסת, לעניין העובדים, כי חובת הייצוג כאמור בסעיף קטן (א) לא תחול;
 'הנהלה', 'דירקטוריון' ו'מועצה' – לרבות כל גוף הממלא תפקיד כאמור או תפקיד הדומה לו אף אם כינויו שונה".

סעיף זה (שנחקק בעקבות פסק דינו של השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני – ראו לעיל בפרק ב). מרחיב את הזכות החקיקתית לייצוג הולם לנשים שנקבעה קודם לכן בסעיפים 18 א ו-60 לחוק החברות הממשלתיות ובסעיף 15 א לחוק המינויים. המחוקק מחיל את הזכות בסייגים הקבועים בסעיף גם על ההנהלות (כולל מנכ"לים – ראו לעיל בפרק א.5), הדירקטוריונים והמועצות, לרבות גופים הממלאים תפקידים דומים אף אם תוארם שונה, וכן בסוגי המשרות ובדירוגים השונים, לרבות בוועדות המכרזים ובוועדות המינויים, של הגופים הציבוריים המנויים בסעיף, ראו: דברי ההסבר להצעת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התשנ"ט-1999, ה"ח 371. ישנה קביעה מפורשת בסעיף 6(ב)(2), כי חובת הייצוג ההולם אינה חלה על חברים המכהנים בגוף הציבורי בתוקף היותם נבחרים. בשיטת המשפט הישראלית לא קיימת חובה חקיקתית או הלכתית להעניק ייצוג הולם בגופים נבחרים, כמו בכנסת, ראו לעניין זה: לעיל בסוף פרק ב.

222 להבחנה בין היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם לבין היקף ההגנה המשפטית עליה, ולחשיבות קביעתה, ראו: ברק, לעיל, הערה 77, בעמ' 373-374. הבחנה זו מסייעת להגנה על זכויות אדם. בהגדרנו את היקפה ה"פנימי" של הזכות, אנו קובעים למעשה את היקפה הראוי, "האופטימאלי", כאשר ההנחה היא שלאדם מוענקת הזכות בהיקפה ה"פנימי", וכל מי שמוטלת עליו חובה להעניק את הזכות לייצוג הולם ומבקש לפגוע בזכות, עליו להראות את הטעם המצדיק את הפגיעה.

223 ראו: הצעת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התשנ"ט-1999, ה"ח 371.
 224 כישורי המועמד, הוא למעשה אחד מ"נסיבות העניין" שיכולנו להסיק ולהעניק לו משקל נאות במסגרת שקילת מכלול "נסיבות העניין" גם לולא הופיע במפורש בסעיף, אלא שהמחוקק ראה לנכון לקבוע איזון בנקודה זו – "דמיון בכישורים". בדרישה לדמיון (ולא זהות) בכישורים הרלוונטיים בין המועמדים, קבע למעשה המחוקק, לעניין נסיבה קונקרטית (כישורי המועמדים), את נקודת האיזון בין הזכות לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים", לבין אחת מ"נסיבות העניין".

את "פסקת האיזון" בסעיף. היקף ההגנה המשפטית על עיקרון הייצוג ההולם, ייקבע באמצעות המתודה המשפטית בדבר "איזון (עקרוני וקונקרטי) על בסיס משקל", תוך איזון בין משקלה של הפגיעה בזכות הקיבוצית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים", לבין משקלה של הפגיעה בזכות הפרט לשוויון ומשקלה של הפגיעה בשאר העניינים האחרים המתנגשים בזכות. הביטויים "נסיבות העניין" ו"כישורים דומים", יפורשו (כמו המונח "ביטוי הולם" כאמור) לאור ("באספקלריה" של) תפיסת עולמה ("מערכת החיים הלאומיים") של החברה בישראל. ככל שמשקלה של הזכות לייצוג הולם לנשים בתפיסת עולמה של החברה בישראל הנו כבד יותר (ומאחר שהזכות מעוגנת בחוק יסוד במסגרת הזכות לכבוד, משקלה כבד²²⁵), ככל שייצוגן של הנשים רחוק יותר (באותו גוף, באותו סוג של גופים, או באותה דרגה) מ"ייצוג הולם" (ועל-כן, גם רחוק יותר מהגשמת תכליתה של הזכות), ככל שחשיבותו של הייצוג ההולם לנשים באותו גוף היא גדולה יותר (בשל טיבו ומטרותיו), כך משקלה של הפגיעה בזכות כבד יותר. כמו-כן, ככל שמשקלה של הפגיעה בזכות כבד יותר, כך נדרש עניין נגדי בעל משקל כבד יותר כדי שיצדיק את הפגיעה בזכות²²⁶, ותידרשנה "נסיבות עניין" מיוחדות ובעלות משקל כבד יותר שיצדיקו את הפגיעה בזכות (למשל, בשל יתרונו היחסי של מועמד²²⁷ — בשל כישוריו המיוחדים, סיכויי הצלחתו בתפקיד, ניסיונו וכיוצא

225 ראו לעיל בפרק א.4.

226 ראו: דברי השופט זמיר בעניין צמח, לעיל, הערה 59, בעמ' 271–272:

"ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה"; כן ראו: שם, בעמ' 278–279.

227 יש לעשות הבחנה בין כשירות לבין שיקול דעת להעדיף עובד בשל יתרונו היחסי. לאחר הסינון הראשוני של המועמדים המקיימים את תנאי הכשירות, תנאי המינימום, יוענק משקל לשיקולים הרלוונטיים כמו יתרונו היחסי של המועמד, ביחס לזכות לייצוג הולם. הבחנה זו נעשית הן בחקיקה והן בפסיקה. למשל, סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, עושה הבחנה בין כישורים לכשירות. בס"ק (ב) נקבע, כי חובתו של מעביד להעניק ייצוג ההולם חלה רק לגבי אנשים עם מוגבלות שהם גם "כשירים" לתפקיד וגם בעלי "כישורים דומים" לאלה של מועמדים אחרים. להבחנה בפסיקה בין כשירות לשיקול דעתה של רשות שלטונית, ראו, למשל, השופט ברק בעניין סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו: בג"צ 4267/93 אמיתי — אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5)441, 457–459. יחד עם זאת, כדי למנוע "פגיעה סמויה" בייצוג ההולם, גם על תנאי הכשירות והכישורים להיות רלוונטיים ולא זרים. החשש הוא שגופים שיהיו מעוניינים להתחמק מהענקת הזכות לייצוג הולם, יקבעו תנאי כשירות וכישורים לא רלוונטיים אשר בפועל ימנעו ייצוג הולם. כך, למשל, בעניין *Griggs Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971), ביטל בית-המשפט תנאים שקבע מפעל כתנאי לקידום עובדיו (השכלה תיכונית שלמה ועמידה ב"מבחנים מקצועיים"), אשר מנעו בפועל את קידומם של עובדים אפרו-אמריקניים. בית-המשפט קבע, כי יש לקבוע דרישות הנוגעות באופן ישיר למקצוע הרלוונטי (ה"קשורים באופן ברור והגיוני למדידת ביצועים בעבודה" — *ibid.* at p. 436. בית המשפט ראה בדרישות אלה, חסמים לא הכרחיים, שרירותיים ומלאכותיים, המופעלים על-ידי מעסיקים המונעים הגשמת השוויון — את ייצוגן ההולם של העובדים האפרו-אמריקניים. ראו עוד לעניין זה: השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 529.

באלה שיקולים). כך גם יורחב היקפן וכבד משקלן של החובות (גם האקטיביות) שראוי להטיל על גוף (שמחובתו להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם). כך גם יכבד הנטל על הגוף להראות כי ב"נסיבות העניין" קיים טעם המצדיק את הסטייה מהייצוג ההולם²²⁸, ו"נתפשר" יותר על "הקרבה" בדמיון בכישורים הרלוונטיים בין המועמדים²²⁹. על-כן, למעשה, המונחים "נסיבות העניין" ו"כישורים דומים" הנם "מונחים ערכיים", במובן זה שלמונחים אלה יש להעניק משמעות שונה בהקשרים השונים לאור הערכים הרלוונטיים המתנגשים²³⁰.

נוסחת האיזון (אשר למעשה מפרשת, מעניקה מובן ל"מונחים הערכיים" האמורים) תיקבע לאור משקלם של הערכים והשיקולים הרלוונטיים המתנגשים. לכן, למשל, האיזון בין הזכות הקיבוצית לייצוג הולם לבין זכות הפרט לשוויון, הנו כאמור "איזון אופקי"²³¹. אם הטיעון הנטען להצדקת הפגיעה בזכות לייצוג הולם הוא הפגיעה בסדר הציבורי, בשלום הציבור או בביטחון המדינה, ניתן לדחותו באמצעות נוסחת האיזון "האנכית" בדבר "הוודאות הקרובה"²³². אם בבסיס הטיעון בדבר יתרונו היחסי של העובד עומדים שיקוליו הכלכליים של הגוף, הרי ככל שמשקלה של הפגיעה בזכות כבד יותר כאמור, כך יידרשו שיקולים כלכליים כבדי משקל יותר למניעת הפגיעה בזכות²³³.

228 כאמור, יש להעניק רק בנסיבות קיצוניות משקל מכריע לניסיונו הקודם של מועמד, אחרת אנו ננציח את המצב הקיים. כמו כן, יש גם לקבוע כי הזכות כוחה יפה לא רק כאמצעי המונע מינוי, אלא גם כדי לבטל (בנסיבות ראויות) מינוי שכבר נעשה, ראו הדיון בעניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, בפרק ב. לפסיקה הקובעת מפורשות את קיומה של חובה לחיפוש אקטיבי של מועמדות ראויות מכוח סעיף 36 לחוק שווי זכויות האשה, ראו לעיל הערה 70. החובה האקטיבית שהוטלה על גוף לנקוט בחיפוש אחר מועמדים ומועמדות ראויים, בעניין שדולת הנשים הראשון, בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח (ראו לעיל בפרק 2.ג), חלה גם על הגופים אשר עליהם הוטלה החובה להעניק ייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" מכוח סעיף 36.

229 באופן דומה, ולאור הגישה העקרונית בדבר איזון על בסיס משקל, ככל ש"מתרחקים" מ"הקרבה" בדמיון הרלוונטי בין כישורי המועמדים, כך משקלה של הפגיעה בזכות הפרט לשוויון ובשאר העניינים האחרים המתנגשים עלול להיות כבד יותר.

230 למרכיבי נוסחת האיזון "ודאות קרובה" ופגיעה "קשה" ו"חמורה" כ"מונחים ערכיים", ראו: השופט ברק, בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 694.

231 ראו לעיל בפרק א.2.3.

232 מבחן "הוודאות הקרובה" נקבע בפסיקה הישראלית להתנגשות בין זכויות אדם לבין הסדר הציבורי, שלום הציבור וביטחון המדינה. מקורו בפסק דינו של השופט אגרנט בעניין קול העם. לקביעתו של מבחן "הוודאות הקרובה" להתנגשות בין הזכות לשוויון, לבין ביטחון המדינה, ראו למשל, פסק הדין בעניין מילר, לעיל, הערה 56, דברי השופט שטרסברג-כהן, בעמ' 123-125, ודברי השופט דורנר, בעמ' 141 ו-145.

233 לדיון במשקלם של השיקולים הכלכליים בהתנגשותם עם עיקרון השוויון בין בני שני המינים, ראו למשל, השופט מצא בעניין מילר, לעיל, הערה 56, בעמ' 113:

"אינני סבור, כי עלי להתעכב על טעמים נוספים אחרונים אלה, שהמשתתף ביניהם טמון בבשורה הבלתי-מפתיעה שקליטת נשים תצריך השקעת משאבים כספיים נוספים. לא מפני שלטיעון זה לא צורפה כל הערכה משוערת של גודל ההשקעה הנוספת הנדרשת; ואף לא

מודגש, "הטיעונים הכלכליים" ו"טיעוני הסדר הציבורי" הנם טיעונים התומכים בפגיעה בזכות אדם מרכזית – בזכות לשוויון (הזכות לייצוג הולם). על-כן ככל שמשקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם הנה כבדה יותר (כאמור, עצם הפגיעה בזכות משקלה כבד בשל עיגונה של הזכות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²³⁴), כך נדרשות ראיות בעלות משקל כבד יותר כדי להצדיק את הפגיעה בזכות²³⁵; ומאחר

מפני ששיקולים תקציביים, כשלעצמם, אינם נחשבים; אלא מאחר שמשקלם היחסי של שיקולים אלה, בגיבוש ההחלטה השלטונית, נמדד ונקבע תוך איזון בינם ולבין שיקולים אחרים (ראו: בג"צ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, מז(3) 387, בעמ' 391–392, והאסמכתאות הנזכרות שם). על-כל-פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות-יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן:

'הרטרוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית' (א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, פרשנות חוקתית, תשנ"ד–1994), בעמ' 528).

כן ראה: P. W. Hogg Constitutional Law of Canada (Toronto, 3rd ed., 1992) 873. וכן השופט שטרסברג-כהן, בעמ' 120–122, 125, והשופט דורנר, בעמ' 144. כמו-כן, ראו דברי השופט מצא לעניין הזכות לחופש הביטוי בעניין גולן, לעיל, הערה 76, בעמ' 164: "אפשר, אמנם, שבמסגרת האיזון ינתן משקל גם לאינטרסים אחרים, שאינם נובעים משיקולי הביטחון או מצורכי השמירה על הסדר והמשמעת, אך כרוכים בצורכי הניהול התקין של בתי הסוהר במונח הרחב (כיעילות מינהלית, חיסכון במשאבים וכדומה). אך בשים לב לחשיבותו ולמרכזיותו של חופש הביטוי, משקלם היחסי של אינטרסים נוספים אלה אינו רב. בדרך-כלל, לא יהיה בהם בלבד כדי להביא לשלילת הזכות, וניתן יהיה להתחשב בהם רק בקביעת המידה שבגדרה יורשה האסיר לממש את זכותו".

ושם, בעמ' 188, אומרת השופטת דורנר:

"לידי מבחנה של הרטרוריקה בדבר זכויות-היסוד של האדם, ובתוכן זכויות-היסוד השמורות לאסירים, היא בנכונות החברה לשלם מחיר תמורת הגשמתן. עמדתי על-כך באחת הפרשות: 'לזכות-יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימושו של אינטרס אין כל מחיר אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא-כל-שכן בזכות-יסוד חוקתית...' (דנ"פ 2316/95 מדינת ישראל נ' גנימאת, פ"ד מט(4) 589, 645".

ולעניין חירותו האישית של האדם, ראו דברי השופט זמיר בעניין צמח, לעיל, הערה 59, בעמ' 281: "החברה נבחנת, בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציבי. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם".

234 ראו לעיל בפרק א.4.

235 ראו, למשל, דברי השופט שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250:

"... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות".

כן ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425:

"על-פי ההלכה, התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. מהי

שמדובר באנשים – גברים ונשים – שמלבד השוני הבילוגי, אין שוני מהותי אחר רלוונטי ביניהם, לכן ברור שדרישת ההוכחה האמורה, תתרום להגשמת הייצוג ההולם. הנה כי כן, בית-המשפט פירש ופיתח את הזכות לייצוג הולם לאור אותה התפיסה, החשיבה החוקתית והגישה העקרונית שהושתתה כאמור בפסקיה הישראלית באופן שיטתי על-ידי השופט אגרנט בעניין קול העם.

3. הזכות לייצוג הולם הוענקה עד כה בהיקף "פנימי" שונה לשלוש קבוצות אוכלוסייה המשתייכות כולן ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, והיא אינה מקיפה את כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות לגרעין זה ואת כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון

(א) הזכות לייצוג הולם הוענקה עד כה לקבוצות אוכלוסייה המשתייכות כולן ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון

הזכות לייצוג הולם הוענקה עד כה בישראל לשלוש קבוצות אוכלוסייה – לבני שני המינים, לבני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות²³⁶. קבוצות אוכלוסייה אלו מאופיינות במאפיינים מיוחדים ומשותפים. הן נכללות "במעגל הפנימי", "בגרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, הכולל את אותן קבוצות אוכלוסייה המופלות על רקע דת, גזע, לאום ומין ושנוספה להן כאמור גם אפליה על רקע מוגבלותו של האדם. אפליה על רקע השתייכותו הקיבוצית האמורה של האדם, משקלה כבד. היא קשה וחמורה במיוחד. יש בפגיעה זו בשוויון "הקלאסי", "הגנרי" גם משום התייחסות אל המופלה כאל נחות. היא גורמת להשפלתו של האדם ופוגעת קשה בליבת כבודו האנושי²³⁷. הניסיון ההיסטורי מראה, כי הפגיעה על רקע זה הנה רחבה יותר וקשה יותר. על-כן, איסור האפליה על רקע דת, גזע, לאום ומין, נקבע במגילת העצמאות²³⁸, בחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות, באמנות בינלאומיות ובמסמכים בינלאומיים אחרים²³⁹.

מידה מספקת לצורך זה? המבחן... הוא מבחן של סבירות. הווי אומר, תשתית העובדות צריכה להיות כזאת שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה... עם זאת, מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר.

236 ראו לעיל פרק ב.

237 ראו דעתה של השופטת דורנר, בעניין מילר, לעיל, הערה 56, בעמ' 131–132, והשופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 658–659. לעניין זה, ראו לעיל בפרק א.4.

238 הכרזת העצמאות מכריזה כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות... גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". כמו-כן, מגילת העצמאות מכריזה על הענקת "אזרחות מלאה ושווה" ל"בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל".

239 לעניין זה, ולעניין ההבחנה בין אפליה על רקע דת גזע לאום ומין לבין אפליה על רקע אחר, ראו: זמיר וסובל, לעיל, הערה 1, בפרק שני פסקאות 6 ו-10 ובפרק רביעי פסקאות 1–2. כך מדגיש השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 26–27:

"בית המשפט נתן מובן רחב לעקרון השוויון, במספר רב של פסקי דין, והחיל אותו כמעט על כל סוג של הבחנה בין בני אדם על יסוד שיקולים זרימו אולם המובן המקורי של עקרון השוויון ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות

(ב) הזכות לייצוג הולם חלה כיום בהיקף שונה על קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות הזכות לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים" הוענקה לנשים (הלכתית ומאוחר יותר גם חקיקתית) ולבני האוכלוסייה הערבית (הלכתית). קודם לכן, הוענקה לנשים ובעקבותיהן לבני האוכלוסייה הערבית זכות חקיקתית במועצת המנהלים של החברות הממשלתיות ובקרב עובדי שירות המדינה. בנוסף לכך, קיימות בחקיקה "הוראות ייצוג" המעניקות זכות ייצוג לנשים בגופים ציבוריים קונקרטיים נוספים. לעומת הנשים ובני האוכלוסייה הערבית, לאנשים עם מוגבלות לא מוענקת זכות לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים", אלא בקרב עובדי שירות המדינה בלבד. יחד עם זאת, רק לאנשים עם מוגבלות הוענקה הזכות, לתקופת זמן מוגבלת, בגופים – גם פרטיים – המעסיקים למעלה מ-25 עובדים.²⁴⁰

מכאן שכיום, לנשים ולבני האוכלוסייה הערבית (בניגוד לאנשים עם מוגבלות) לא מוענקת הזכות לייצוג הולם במשפט הפרטי בגוף המעסיק למעלה מ-25 עובדים, ואילו לאנשים עם מוגבלות (בניגוד לנשים ולבני האוכלוסייה הערבית) לא מוענקת זכות כללית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים". על-כך, הזכות לייצוג הולם חלה כיום בישראל בהיקף שונה על קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות.

(ג) היקפה של הזכות לייצוג הולם אינה כוללת את כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון הזכות לייצוג הולם הוענקה כאמור בישראל לשלוש קבוצות אוכלוסייה (לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות). הזכות לא הוענקה לכלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. למשל, לקבוצות האוכלוסייה המתווספות מעת לעת לשוויון החוקתי הקלאסי האמור, כמו קבוצות האוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע נטייתו המינית של האדם²⁴¹; או לקבוצות אוכלוסייה שכבר הוכרו כמשתייכות ל"גרעין החוקתי" האמור אך לא הוענקה להן זכות חקיקתית לייצוג הולם, כמו קבוצות אוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע השתייכותן הלאומית-דתית, שאינה "האוכלוסייה הערבית" (כהגדרתה בחוק – "לרבות האוכלוסייה הדרוזית והצ'רקסית")²⁴².

אחרות, עקרון השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות, שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות, והשופט חשין קורא להן עילות שוויון גנריות. כאלה הן לדוגמה, הדת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הבדל דת, גזע לאום או מין. עקרון השוויון במובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית. לא בכדי ציינה ההכרזה על הקמת מדינת ישראל את המחויבות של המדינה לקיים 'שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין'.

240 ראו לעיל בפרק ב.

241 לנטייה מינית כעילת שוויון המשתייכת כיום לעילות השוויון הקלאסיות, ראו: זמיר וסובל, לעיל, הערה 1, בעמ' 212.

242 כהגדרתה בסעיף 18א(ג) לחוק החברות הממשלתיות, ובסעיף 15א לחוק המינויים (אשר

(ד) היקפה של הזכות לייצוג הולם אינה כוללת את כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון הזכות לייצוג הולם כלולה כאמור בגדר הזכות הכללית לשוויון²⁴³. הפסיקה הרחיבה את תחולת עיקרון השוויון (אם כי בהיקף ובמשקל שונה²⁴⁴) גם על גופים "דרמהותיים"²⁴⁵.

כאמור העניקו ל"אוכלוסייה הערבית" זכות לייצוג הולם, בקרב חברי מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות ובקרב העובדים בשירות המדינה. ראו לעיל בפרק ב). נראה, כי גם הקבוצה הדתית הנוצרית והאוכלוסייה הברואית נכללות בגדר "האוכלוסייה הערבית". מסקנה זו מתבקשת הן מלשון החוק והן מתכליתו. מלשון החוק עולה, כי הגדרת המונח "האוכלוסייה הערבית" משתמש במונח "לרבות" (האוכלוסייה הדרונית והצ'רקסית). הסעיף אינו מונה רשימה סגורה של קבוצות האוכלוסייה הנכללות בגדר המונח "האוכלוסייה הערבית". כמו כן, משמעותו הפשוטה והמקובלת של המונח "האוכלוסייה הערבית" כוללת גם את שלושת הקבוצות הדתיות בישראל, המוסלמים, הדרוזים והנוצרים, בנוסף לצ'רקסים. מסקנה זו עולה גם מפרשנות חוקתית-תכליתית ב"מבט רחב" של המונח "האוכלוסייה הערבית". תכליתה של הוראת חוק זו היא להגשים את השוויון הקיבוצי בפועל על רקע דת ולאום, בין קבוצות האוכלוסייה השונות בישראל. הפרשנות האמורה, מגשימה תכלית זו. היא גם משתלבת עם מגמת התפתחות הזכות בישראל. ראו בהקשר זה, הצעת החוק הפרטית (של חברי הכנסת ג'בארה, בשארה, כץ וכנעאן) המציעה להוסיף את המילה "ברואית" לאחר המילה "דרונית" (ראו לעיל בפרק ב, הערה 131). להלן בפרק ד.2 (א) מוצע להעניק זכות הלכתית כללית לכלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. זכות הלכתית זו, כוללת בכירור את כלל קבוצות האוכלוסייה בישראל הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע השתייכותם הלאומית-דתית, גם אם אינן נכללות בגדר "האוכלוסייה הערבית" כהגדרתה בחוק (בסעיף 18א1 ג) לחוק החברות הממשלתיות, ובסעיף 15א לחוק המינויים).

243

ראו לעיל בפרק א.4.א. (X).

244 הפסיקה שהחילה את עיקרון השוויון, יחד עם עקרונות אחרים מהמשפט הציבורי, על גופים שאינם נכללים בגדר "גופים ציבוריים", קבעה כי היקף תחולתה ומשקלה של הזכות הנם מצומצמים יותר והם נקבעים לאור טיבו של הגוף, מהות תפקידיו ה"ציבוריים", לאור הנושא הנדון, ולאור נסיבות העניין. (ראו, למשל, השופט א' ברק בעניין מיקרו דף, לעיל, הערה 234, בעמ' 463; ובעניין קסטנבאום, לעיל, הערה 234, בעמ' 531; וכן השופט י' זמיר בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196, 208). כך, למשל, אומר השופט ברק בעניין רקנט:

"ודוק: בהעברתם של עקרונות היסוד בכלל והשוויון בפרט למשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר. אחד הטעמים לכך הנו זה שכנגד טענת השוויון שמעלה ראובן כנגד שמעון עומדת הטענה של האוטונומיה של הרצון הפרטי וזכויות אדם אחרות (כגון קניין, עיסוק וכו') שמעלה שמעון כנגד ראובן. האיזון בין אלה שונה הוא מהאיזון בין טענת השוויון של ראובן כלפי הרשות הציבורית לטענות של צורכי הציבור שמעלה הרשות כלפי ראובן" (דנג"צ 41911/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 362 (להלן – "עניין רקנט")).

245 הפסיקה הרחיבה את תחולת זכויות האדם, ובכללם את עיקרון השוויון, גם על המשפט הפרטי. הפסיקה החילה על הפעילות בתחום המשפט הפרטי הן את כללי המשפט הפרטי והן את כללי המשפט הציבורי. תחילה הוחלה הלכה זו על החלטות של רשויות שלטון בתחום המשפט הפרטי (בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101). לאחר מכן הרחיבה הפסיקה את ההלכה הזו גם על חברות ממשלתיות בעלי מאפיינים מיוחדים – "יצור כלאיים", כמו חברת החשמל (בג"צ 731/81 מיקרו דף נ' חברת החשמל, פ"ד מא(2) 449 (להלן – "עניין מיקרו דף")).

לדעת השופט ברק, עקרונות יסוד בכלל וזכויות אדם בפרט, חלים גם במשפט הפרטי, במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם²⁴⁶. הזכות לייצוג הולם אינה חלה על גופים אלה. היא אינה חלה על כלל הגופים אשר עליהם חל עיקרון השוויון.

ד. מגמות עתידיות לפיתוחה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם

1. התפיסה לאורה ראוי להמשיך ולפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם

פיתוח עקרונות יסוד וזכויות יסוד הלכתיים נעשה מאז עניין קול העם "באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל – לאור תפיסת העולם של החברה בישראל, כפי שהיא משתקפת במקורותיה (האובייקטיביים) של שיטת המשפט בישראל²⁴⁷ –

אשר מתאפיינת ב"קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי ייצור חיוני (חשמל)" (שם, בעמ' 462). מאוחר יותר הוחלה הלכה זו גם על "גופים דרמהוטיים" – גופים בעלי אופי פרטי הממלאים תפקיד בעל אופי ציבורי (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילות ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן – "עניין קסטנבאום")). כן ראו אמרת אגב של השופט אלון ביחס למעמדה של הסוכנות היהודית כגוף דו מהותי, בבג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד מז(2) 661, 678. ראו לעניין זה אף: א' בנבנשתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; ד' ברק-ארוז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273. השופט מצא בעניין שדולת הנשים הראשון, הרואה בהעדר המתקנת כחלק מעיקרון השוויון, מדגיש כי "מכאן ואילך תתפרש הזכות לשוויון – על-פי מבחניו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – כמגנה על הפרט, לא רק מפני שרירות לבה של הרשות, אלא גם מפני חוסר תום-ליבו של הזולת במסגרת יחסיהם בתחום המשפט הפרטי" (עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 526). לתחולת עיקרון השוויון במשפט הפרטי, ראו: זמיר וסובל, לעיל, הערה 1, בעמ' 174–179.

246 השופט ברק מוביל את ההשקפה לפיה, עקרונות יסוד בכלל וזכויות אדם בפרט חלים לא רק במשפט הציבורי אלא גם במשפט הפרטי – במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם (ולא רק לגבי גופים "דרמהוטיים"), ראו: א' ברק "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163; ברק, לעיל, הערה 77, בעמ' 647–697; להשקפתו זו, נתן השופט ברק ביטוי גם בפסיקה (ראו: עניין קסטנבאום; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נט(3) 600; ועניין רקנט). כך, למשל, אומר השופט ברק: "בהיותו חלק מערכיה של מדינת ישראל, משמש השוויון ערך מרכזי גם בתחומי המשפט הפרטי. אכן עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית כולה" (עניין רקנט, לעיל, הערה 233, בעמ' 362). לדעה שונה, ראו ג' שלו "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א (תשס"א) 41; ג' שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" ספר מנחם גולדברג (תשס"ב) 486.

247 כאמור, לאור תפיסה זו, פיתח השופט אגרנט בעניין קול העם, את קיומו של העיקרון הדמוקרטי בשיטת המשפט בישראל, ולאחר מכן הסיק מהעיקרון הדמוקרטי את קיומו של עיקרון חופש הביטוי (ראו לעיל בפרק 2.ג). לאור גישה עקרונית זו, הסיק השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני את קיומה של זכות הלכתית כללית לנשים ב"גופים ציבוריים". לאור גישה זו, הסיק השופט זמיר, בעניין האגודה לזכויות האזרח, את קיומה של זכות דומה לבני האוכלוסייה הערבית בשיטת המשפט בישראל (ראו לעיל בפרקים 1.ג ו-2.ג).

מגילת העצמאות, דברי חקיקה ופסיקה²⁴⁸. לאור תפיסה זו, פיתח בית-המשפט את הזכות ההלכתית לייצוג הולם. לאור תפיסה זו, ראוי להמשיך ולפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם²⁴⁹.

מגילת העצמאות, המבטאת את ה"אני מאמין" של החברה בישראל, ביטאה את התפיסה כי בנסיבות ראויות, לגבי קבוצות אוכלוסייה מסוימות (בני האוכלוסייה הערבית) ובגופים מסוימים ("בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" של המדינה), ראוי לעשות שימוש בזכות לייצוג הולם כדי להגשים את השוויון הקיבוצי-מהותי בפועל. יתרה מזו, מגילת העצמאות גם מכריזה כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". השוויון "הגמור" (המובטח בהכרזה לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין הקשה" "החוקתי" של עיקרון השוויון), אינו רק שוויון "מדיני", אלא גם שוויון "חברתי" (הקודם בסדר הופעתו ל"מדיני" ועל-כן אין להעניק לו חשיבות פחותה מה"שוויון המדיני"). "השוויון החברתי" כולל את הזכות לייצוג הולם, שהנה על-פי טיבה זכות חברתית²⁵⁰. זו תכליתה (הרלוונטית) של החברה בישראל, כפי שהיא עולה מהמסמך המשקף את תפיסת עולמה. לאורה יש להמשיך ולפתח את שיטת משפטה. לאורה של תפיסה זו, ראוי להמשיך ולפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם, כמו גם את הזכות להעדרה מתקנת ואת הזכויות החברתיות בכלל²⁵¹.

248 לאורם של מקורות משפט אלה, פותחו עקרונות יסוד וזכויות אדם הלכתיים בעניין קול העם ובפסקי הדין העוסקים בזכות לייצוג הולם. לדין במקורות משפט אלו, ראו לעיל בפרקים ב-ג. יחד עם זאת, מקורות המשפט מהם ניתן ללמוד על "מערכת חייו הלאומיים" של עם הנם רחבים מדברי חקיקה, פסיקה וההכרזה, ומשפטו של עם רחב מדברי חקיקה, פסיקה וההכרזה (ראו לעיל הערה 190).

249 למשקלם של מקורות המשפט האמורים (מגילת העצמאות, דברי חקיקה ופסיקה) מהם הוסקה באופן ישיר הענקת הזכות לייצוג הולם, מתוסף משקלם של מקורות המשפט המעניקים את הזכות "הרגילה" לשוויון (זכות הפרט לשוויון). תכליתה של הזכות "הרגילה" לשוויון, כמו תכליתה של הזכות לייצוג הולם, היא הגשמת השוויון המהותי בפועל (ראו לעיל בפרק א.3.3. (ב)). לסקירת מקורות משפט המעגנים את הזכות "הרגילה" לשוויון בשיטת המשפט בישראל (מגילת העצמאות, "אופייה הדמוקרטי של המדינה", דברי חקיקה ופסיקה), ראו למשל, השופט ברק בעניין פורז, לעיל, הערה 2, בעמ' 328-334.

250 ראו לעיל בפרק א.3.3. (א).

251 חוק הוא "יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בעניין שליט, לעיל, הערה 184, בעמ' 513). הוראת חוק — ובוודאי הוראת חוק חוקתית העוסקת בזכויות אדם (כמו במקרה זה, הזכות לשוויון — הזכות לייצוג הולם) — יש לפרשה לאור "הסביבה" בה חוקקה ההוראה. סביבה זו כוללת גם את "הסביבה הרחבה" של דבר החקיקה, כמו הכרזת העצמאות. להכרזת העצמאות כמקור משפטי לפרשנות ולפיתוח המשפט, ראו לעיל בפרק ג.2.

מקורות משפט נוספים אשר פיתחו כאמור בעשור האחרון בישראל את הזכות לייצוג הולם באופן ברור, שיטתי, עקבי ומואץ, הנם דברי חקיקה²⁵² ופסיקה²⁵³. גם מהחוקה הפורמאלית של מדינת ישראל (אשר הנה אחד ממקורות המשפט המרכזיים המצביעים על "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל), עולה תפיסת העולם של החברה בישראל, לפיה ראוי לנקוט פעולה חיובית כדי למנוע פגיעה בכבוד האדם. סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מטיל חובה פוזיטיבית להגן על החיים, הגוף והכבוד. זאת, בנוסף לחובה שלא לפגוע בזכויות אלה (סעיף 2)²⁵⁴. מכאן עולה התפיסה, כי ראוי למנוע את הפגיעה החמורה והמתמשכת בשוויון

252 כאמור, בעשור האחרון ניכרת מגמה חקיקתית ברורה של התפתחות עקבית, שיטתית ומואצת של הכרה בזכות לייצוג הולם כאמצעי ראוי להגשמת השוויון בפועל. הכנסת חוקקה תחילה את סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות אשר העניק את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים במועצות המנהלים של החברות הממשלתיות, ומאוחר יותר את סעיף 18א1 אשר העניק את אותה זכות לבני האוכלוסייה הערבית. סעיף 15א לחוק המינויים העניק תחילה את הזכות לייצוג הולם בשירות המדינה לבני שני המינים, לאחר מכן לאנשים עם מוגבלות ומאוחר יותר גם לבני האוכלוסייה הערבית. סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הטיל על מעביד (המעסיק יותר מ-25 עובדים, גם במשפט הפרטי), לתקופת זמן מוגבלת אשר לדעתנו ראוי להאריכה, את חובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בקרב עובדיו. סעיף 9 לחוק הספורט מעניק את הזכות לייצוג הולם לנשים בגופי ספורט המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב. סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה מעניק זכות חקיקתית רחבה (מבחינת היקפם של הגופים עליהם הוא מחיל את הזכות) לייצוג הולם לבני שני המינים ב"גופים ציבוריים". לסקירת חקיקה זו, ראו לעיל בפרק ב. כמו כן, קיימות "הוראות ייצוג" נוספות לנשים בגופים ציבוריים קונקרטיים (ראו לעיל הערות 85 ו-126).

253 בעניין שדולת הנשים הראשון ביסס בית-המשפט את הזכות לייצוג הולם לבני שני המינים (ואת עיקרון ההעדפה המתקנת), כתפיסה ראויה ומוצדקת המגשימה בפועל את השוויון. לאחר מכן, בעניין שדולת הנשים השני הכיר בית-המשפט בזכות הלכתית כללית לייצוג הולם לבני שני המינים בגופים ציבוריים. מאוחר יותר, בעניין האגודה לזכויות האזרח, הכיר בית-המשפט בזכות הלכתית דומה לבני האוכלוסייה הערבית. משני פסקי הדין האחרונים עולה כי לדעת בית-המשפט, ה"מסה" של מכלול מקורות המשפט המצטברים, באותן נסיבות, מהווה "מסה קריטית" ומספקת ממנה ניתן להסיק על "מערכת החיים הלאומיים" של החברה בישראל, אשר לאורה ניתן לפתח את הזכות לייצוג הולם.

דעה זו בפסיקה, הגורסת כי ראוי להעניק את הזכות לייצוג הולם בגופים ציבוריים לבני שני המינים ולבני האוכלוסייה הערבית כדי להגשים את השוויון בפועל, שותף גם המחוקק. זאת ניתן להסיק מתגובתו לפסקי הדין בעניין שדולת הנשים השני ובעניין האגודה לזכויות האזרח, המרחיבים את הזכות ההלכתית לייצוג הולם. הכנסת לא ביטלה פסיקה זו. יתרה מזו, המחוקק צועד בסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה בעקבות הפסיקה בעניין שדולת הנשים השני ומאמצת עקרונות.

254 להבחנה זו, בין זכויות אדם פוזיטיביות — Status Positivus, לבין זכויות אדם שליליות — Status Negativus, ראו ברק, לעיל, הערה 77, בעמ' 361–367. כן ראו דברי השופט ברק בבג"צ 1113/99 עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164: "הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו השווה בין שווים. ... ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה...".

הקיבוצי, המהווה כאמור גם פגיעה בכבוד האדם, אף באמצעות הטלת חובה פוזיטיבית להעדפה מתקנת²⁵⁵. חובה פוזיטיבית זו, מוטלת על רשויות השלטון וכן על שאר הגופים אשר עליהם מוטלת החובה להעניק את הזכות²⁵⁶. "כל רשויות השלטון חייבות לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). בכך למעשה הטילה הרשות המכוננת על עצמה את החובה הפוזיטיבית למנוע פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי²⁵⁷. היא הטילה חובה זו גם על שאר רשויות השלטון. על הרשות המחוקקת, לחוקק חוקים שימנעו את הפגיעה הקשה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי²⁵⁸. על הרשות המבצעת הוטלה החובה להעניק משקל נאות לעיקרון ההעדפה המתקנת בהליך קבלת ההחלטה המנהלית. על הרשות השופטת הוטלה החובה למנוע פגיעה זו, במסגרת פעילותו השיפוטית של בית-המשפט, הן בפיתוח המשפט והן בפרשנות במשפט, לאור עיקרון הפרדת הרשויות ותפקידו של בית-המשפט במדינה דמוקרטית.

בנוסף לכך, משקלן הכללי המצטבר של מכלול מקורות המשפט אשר פיתחו עד כה את הזכות לייצוג הולם, מצביע על הכרעתה הערכית-עקרונית הברורה של החברה בישראל ועל שיטת משפטה באשר למשקלה הכללי הכבד של הזכות בתפיסת עולמה

255 לפיתוח הזכות לייצוג הולם, ראו בפרקים ב-ד; לפיתוח הזכות ל"הקצאת משאבים", ראו להלן בפרק ד.4. לדעה, כי קשה ואין זה ראוי לפתח זכות ל"מכסת ייצוג", ראו להלן בפרק ד.4.ד).

256 לביטוייה השונים של ההעדפה המתקנת, ראו לעיל בפרק א.5. לגופים עליהם מוטלת החובה להעניק את הזכות, ראו להלן בפרק ד.2.

257 שאלה היא, האם ראוי להעניק לבית-המשפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על הרשות המכוננת (אם אינה מקיימת חובתה זו) ובאילו נסיבות, ראוייה לדיון נפרד. מודגש, "המהפכה החוקתית", כפי שבוטאה בעניין בנק המזרחי, התייחסה לביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת. בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק, מאחר שהוא סותר נורמה שמעליו בשיטת המשפט — את החוקה הפורמאלית. התפיסה בשיטת המשפט בישראל כיום היא, כי החוקה הפורמאלית הנה הנורמה הגבוהה ביותר, במדרג הנורמטיבי, בשיטת המשפט בישראל. מכאן שהלכת בנק המזרחי אינה חלה על פעולותיה של הרשות המכוננת. על-כן, כדי להעניק לבית-המשפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על החוקה, יש לבחון את השאלה האם ניתן וראוי לקבוע בשיטת המשפט בישראל עקרונות יסוד שעליהם מושתתת גם החוקה הפורמאלית של מדינת ישראל, אשר גם החוקה כפופה להם, ובית-המשפט ראוי להכריז על הוראה בחוקה כבטלה מאחר שהיא נוגדת עקרונות אלה, כגון: הוראה השוללת את הדמוקרטיה של המדינה או את עצם קיומה, השוו: השופט ברק בבג"צ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) 15, 28.

258 נראה על-כן, כי לבית-המשפט מוענקת סמכות להורות לכנסת לחוקק חוקים שימנעו את הפגיעה הקשה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי — בכבוד האדם. יחד עם זאת, לאור עיקרון הפרדת הרשויות, ראוי שבית-המשפט ינקוט פעולה זו, רק כאפשרות אחרונה. רק אם בית-המשפט אינו מוסמך, לאור כללי פיתוח המשפט, למנוע פגיעה זו באמצעות פיתוח ופרשנות עיקרון ההעדפה המתקנת. לפיתוח הזכות ההלכתית לעיקרון ההעדפה המתקנת (ובמיוחד פיתוח ביטוי המרכזי בשיטת המשפט בישראל — הזכות לייצוג הולם), ראו בפרקים ב-ד. להטלת חובה חוקתית, על-ידי בית-המשפט לחוקק חוקים שיגשימו את כבוד האדם, ראו ברק, לעיל, הערה 77, בעמ' 365.

של החברה בישראל. משקל זה, יש לו השלכה גם לגבי פיתוחה ההלכתי העתידי של הזכות. לאור טיבן, היקפן ומשקלן הכללי והמצטבר של הזכויות לייצוג הולם (כפי שבאו לידי ביטוי במכלול הנורמות המעניקות את הזכות לקבוצות האוכלוסייה השונות בגופים השונים), ניתן להסיק על "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל באשר להיקפה, משקלה והיקף ההגנה המשפטית הראויים על הזכות. מכלול מקורות המשפט האמורים, ומגמת ההתפתחות העקבית, השיטתית והמואצת של הזכות בעשור האחרון²⁵⁹, לא על עצמן בלבד יצאו ללמד אלא על הכלל כולו יצאו ללמד, והכלל הוא שיטת המשפט ומגמת פיתוחו בעתיד של עיקרון ההעדפה המתקנת.

ככל ששיטת משפט מכירה בקבוצות אוכלוסייה רבות יותר שראוי להעניק להן זכות לייצוג הולם ומחילה את החובה להעניק ייצוג הולם על גופים רבים יותר, וככל שמגמת פיתוחה האמור של הזכות הנה עקבית, שיטתית ומואצת יותר, כך גם כבד יותר משקלה הכללי של הזכות ב"מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל. כך גם כבד יותר משקלו של הטיעון להרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית (והיקף הגנה המשפטית עליה) ולהמשך מגמת פיתוחה לקבוצות אוכלוסייה נוספות דומות, והחלתה על גופים נוספים דומים. משקל כללי כבד זה של הזכות מפחית כב"כלים שלובים" ממשקלן של מכלול מקורות המשפט, הנדרש ליצירת אותה "מסה קריטית" של נורמות הנדרשת כדי להרחיב כיום את "היקפה הפנימי" של הזכות לייצוג הולם, כמו גם את הזכות להעדפה מתקנת בכלל, ולהחילה על גופים נוספים או על קבוצות אוכלוסייה נוספות. כיום, אין לדרוש אותה "מסה" של מקורות משפט כדי שתגבש אותה "מסה קריטית" של גופים או של קבוצות אוכלוסייה, בדומה ל"מסה" של הגופים הציבוריים הקונקרטיים שנדרשה לשופט חשין בעניין שדולת הנשים השני לצורך הרחבתה לראשונה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם לנשים והחלתה על כלל הגופים הציבוריים²⁶⁰.

ב"מבט רחב" על מכלול מקורות המשפט שפיתחו עד כה את הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל בהצטברותם, נראה כי ניתן וראוי להמשיך ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית להעדפה מתקנת. את המגמות העתידיות לפיתוחה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, כמו גם את הזכות ההלכתית להעדפה מתקנת, ראוי להתוות לאור התפיסה אשר לאורה פותחה עד כה הזכות ההלכתית לייצוג הולם.

259 ראו לעיל בפרקים ב ו-ג.1.

260 ראו לעיל בפרק ג.1. ל"מסת" האמורה, של הגופים הציבוריים הקונקרטיים, ראו: השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני, לעיל, הערה 5, בעמ' 660-662.

2. ניתן וראוי לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון

(א) ניתן לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תכלול את כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון קבוצות האוכלוסייה, שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל (לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות), כוללת את הרוב המכריע של קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון²⁶¹. לכן, למעשה, קיימת "מסה קריטית" של קבוצות אוכלוסייה אשר משתייכות ל"גרעין הקשה" האמור של עיקרון השוויון ("במובנו הצר")²⁶², שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל. על-כן, ב"מבט רחב" על מכלול קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם, ולאור התפיסה הראויה לפיתוחה של הזכות, ניתן לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תכלול את כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (אשר סובלות מתתייצוג חמור ומתמשך).

בגדר היקפה המוצע האמור של הזכות, נכללת הזכות ההלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה המתווספות מעת לעת ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, כמו קבוצות אוכלוסייה הסובלות מתתייצוג חמור ומתמשך על רקע נטייתן המינית (אשר נכון להיום לא מוענקה להן הזכות לייצוג הולם)²⁶³. בגדר היקף מוצע זה

261 ראו להלן בפרק זה.

262 כאמור, בית-המשפט ראה בהוראות החוק המעניקות את הזכות לייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים קונקרטיים, כמגבשת "מסה קריטית" ומספקת של נורמות, ממנה ניתן להסיק את קיומה של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" (השופט חשין בעניין שדולת הנשים השני – ראו לעיל בפרק ג.1). באופן דומה, בית-המשפט גם ראה בנורמות המעניקות את הזכות לבני האוכלוסייה הערבית כמגבשת "מסה קריטית" של נורמות ממנה ניתן להסיק את קיומה של אותה זכות הלכתית לקבוצת אוכלוסייה זו (השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח – ראו לעיל בפרק ג.1). לדעתנו קיימת גם "מסה קריטית" של נורמות ממנה ניתן להסיק את קיומה של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים" גם לאנשים עם מוגבלות (ראו להלן בפרק זה). למכלול "מסות קריטיות" אלו, ראו לעיל בפרקים ב-ג. לאור אותה גישה עקרונית, וב"מבט רחב" יותר על מכלול קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם, נראה לנו כי קיימת "מסה קריטית" של קבוצות אוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ממנה ניתן כאמור להמשיך ולפתח את היקפה של הזכות ההלכתית לייצוג הולם.

263 ראו לעיל בפרק ג.3.ג. משקל מיוחד יוענק לזכות לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה אלו, בגופים שישנה חשיבות מיוחדת לייצוגן בהם. למשל, בגופים שלהחלטותיהם יש השלכה ישירה לגביהן וקיים חשש שבשל מסורות תפיסות פסולות ודעות קדומות הם עלולים להיפגע מתפיסות אלו. למשל, במינוי חבר במועצה לביקורת סרטים יש להעניק משקל נאות לייצוגם של בעלי נטייה מינית שונה, אשר עלולים להיפגע מהחלטה לא לאשר הקרנתו של סרט בשל שיקולים

של הזכות נכללות גם קבוצות אוכלוסייה שכבר הוכרו כמשתייכות ל"גרעין החוקתי" האמור אך לא הוענקה להן זכות חקיקתית לייצוג הולם, כמו קבוצות אוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך על רקע השתייכותן הלאומית-דתית, אך אינן נכללות בגדר "האוכלוסייה הערבית" (כהגדרתה בחוק)²⁶⁴. יצירת עיקרון הילכתי המעניק את הזכות לייצוג הולם לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, יאפשר גם יצירת קבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת לאחת מקבוצות האוכלוסייה שנכללות בגדר "האוכלוסייה הערבית" (למשל, מוסלמית, דרוזית, צ'רקסית או בדואית) שתת-ייצוג שלהן הנו נמוך, מתמשך וחמור במיוחד אף ביחס לכל אחת מקבוצות האוכלוסייה האחרות המשתייכות ל"אוכלוסייה הערבית", ומגיע כשהוא לעצמו לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם.²⁶⁵

בהענקת הזכות ההלכתית לכלל הקבוצות המשתייכות ל"גרעין החוקתי" האמור של עיקרון השוויון, לא נפרץ אותו "מעגל פנימי" של עיקרון השוויון שאליו משתייכות קבוצות האוכלוסייה שהמחוקק העניק להן עד כה את הזכות לייצוג הולם. הענקת הזכות ההלכתית האמורה גם אינה מרחיבה משמעותית, בשלב זה של "החיים הלאומיים" של העם בישראל, את קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות עד כה. יחד עם זאת, בהצעה זו יש חידוש. לראשונה מוצע לפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שתחול על קבוצות אוכלוסייה נוספות שהמחוקק לא העניק להן קודם לכן זכות לייצוג הולם.²⁶⁶

(ב) ניתן לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם באופן שתכלול את כלל הגופים אשר חל עליהם עיקרון השוויון, כמו למשל גופים "דו-מהותיים" הזכות לייצוג הולם כלולה בזכות הכללית לשוויון. תכליתה, כמו תכליתו של עיקרון השוויון "הרגיל", היא הגשמת השוויון המהותי בפועל²⁶⁷. התכלית שלשמה חל עיקרון השוויון על הגופים השונים (כולל גופים בעלי אופי פרטי הממלאים תפקיד בעל אופי

הקשורים בדעות קדומות ובחוסר סובלנות או בראייה לא ראויה של נטייה מינית. על-כן, ראוי שגם דעתה של קבוצת אוכלוסייה זו יישמע במועצה.

264 ראו לעיל בפרק 3.3.ג.

265 לגישה כי ראוי להעניק זכות לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה המהוות "חיתוך" של קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם, כקבוצת אוכלוסייה נפרדת ועצמאית, כאשר תת-ייצוג הנו מתמשך וחמור במיוחד אף ביחס לכל אחת מקבוצות האוכלוסייה אשר מ"חיתוכן" נגזר קיומה של הזכות הנפרדת, ומגיע כשהוא לעצמו לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם, ראו להלן בפרק 3.ד.

266 עד כה פיתח בית-המשפט את הזכות לייצוג הולם בכיוון של הרחבת תחולתה ההלכתית של הזכות על גופים נוספים, לגבי קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן קודם לכן זכות חקיקתית לייצוג הולם, ראו לעיל בפרקים ב-ג.

267 תכליתו של עיקרון השוויון "הרגיל" (זכות הפרט לשוויון), אף היא להגשים את השוויון המהותי בפועל, גם אם התוצאה בפועל של אי-שוויון אינה כשהיא לעצמה עילה לפסילת החלטה בעילת השוויון "הרגיל", ראו לעיל בפרק 3.א.ב.

ציבורי כמו, למשל, גופים "דו-מהותיים", היא אותה תכלית שלשמה חלה גם הזכות לייצוג הולם על גופים אלה, והיא הגשמת השוויון המהותי בפועל. לכן, את הזכות לייצוג הולם ראוי לפתח ולהרחיב את תחולתה על כלל הגופים אשר חל עליהם עיקרון השוויון (לגבי קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון). התפתחות זו, גם תואמת את כיוון התפתחותה השיטתי, העקבי והמואץ של הזכות לייצוג הולם לכיוון תחולתה של הזכות בד-בבד עם תחולתו של עיקרון השוויון, כחלק ממנו ובאותו היקף (לגבי קבוצות האוכלוסייה האמורות)²⁶⁸. כיוון התפתחות זה, משקף את תפיסת עולמה של החברה בישראל. החלת הזכות לייצוג הולם על גופים, שאינם "גופים ציבוריים", כדי להגשים את השוויון המהותי בפועל לגבי קבוצות אוכלוסייה משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, אינה בבחינת חידוש בתפיסתה של החברה בישראל. הזכות הוענקה חקיקתית לאנשים עם מוגבלות בגופים פרטיים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים²⁶⁹. יתרה מזו, משקלם של השיקולים המחייבים הענקת הזכות בגופים "דו-מהותיים", אינם פחותים (ובנסיבות מסוימות משקלם יכול להיות אף כבד יותר, לאור התפקיד הציבורי אותם הם ממלאים) ממשקלם של השיקולים המחייבים הענקת הזכות בגופים פרטיים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים. על-כן, נראה כי ניתן לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שתכלול את כלל הגופים אשר חל עליהם עיקרון השוויון בשיטת המשפט בישראל, כולל במשפט הפרטי, במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם (אם כי במשקל שונה כאמור²⁷⁰). כך, למשל, ניתן להרחיב את תחולת הזכות לייצוג הולם גם על גופים "דו-מהותיים".

(ג) ניתן לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שחובת הענקת הייצוג ההולם תחול על "גופים ציבוריים" גם כלפי אנשים עם מוגבלות בית-המשפט, בעניין האגודה לזכויות האזרח, ראה במערכת הנורמות שהייתה קיימת בעת מתן פסק הדין, כ"מסה קריטית" של נורמות, ממנה ניתן להסיק את קיומה של זכות הלכתית כללית לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית ב"גופים ציבוריים"²⁷¹. החקיקה, עובר למתן פסק הדין, העניקה את הזכות לבני האוכלוסייה הערבית בקרב עובדי שירות המדינה ובקרב חברי מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות. היקפה ה"פנימי" של הזכות החקיקתית לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות (מבחינת הגופים עליהם חלה חובת הייצוג ההולם) הנה כיום דומה. לאנשים עם מוגבלות מוענקת הזכות בקרב עובדי שירות המדינה וכלפי מעביד המעסיק למעלה מ-25 עובדים²⁷².

268 ראו לעיל בפרק ב.

269 ראו לעיל בפרק ב.

270 ראו לעיל בפרק ג.3.

271 ראו לעיל בפרק ג.1.

272 ראו לעיל בפרק ג.3.

לשתי קבוצות האוכלוסייה הוענקה, אם כן, הזכות בקרב עובדי שירות המדינה. השוני (בהיקפה החקיקתי של הזכות), בין שתי קבוצות אוכלוסייה אלו (עובר לפיתוח ההלכתי), הוא לגבי הגוף הנוסף עליו מוטלת חובת הענקת ייצוג הולם. לבני האוכלוסייה הערבית הוענקה הזכות בקרב חברי מועצות המנהלים של החברות הממשלתיות, ואילו לאנשים עם מוגבלות הוענקה הזכות כלפי מעביד, גם במשפט הפרטי, המעסיק למעלה מ-25 עובדים. מכאן, היקפה החקיקתי של הזכות לאנשים עם מוגבלות הנו דומה. יתר על-כן, ניתן לומר כי הוא אף רחב יותר, מבחינת הגופים עליהם חלה הזכות, ביחס להיקפה החקיקתי של הזכות לבני האוכלוסייה הערבית, עובר לפיתוח ההלכתי לגביהם ב"גופים ציבוריים". לכן, ניתן לפתח, בדומה לאופן פיתוח ההלכתי לבני האוכלוסייה הערבית, גם לגבי אנשים עם מוגבלות זכות הלכתית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים".

יתרה מזו, מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שהעניק את הזכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים, עולה תפיסת עולמה של החברה בישראל כי ראוי להטיל, גם על גופים פרטיים (המעסיקים למעלה מהמספר האמור של עובדים), חובת הענקת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות. התפיסה העולה היא, כי משקלה הכבד של הפגיעה הקשה והמתמשכת בשוויון המהותי בפועל, הנגרמת כתוצאה מתת-ייצוג חמור ומתמשך לאנשים עם מוגבלות, מצדיק הטלת חובת הענקת ייצוג הולם גם במשפט הפרטי. מתפיסה זו, ניתן להסיק כי משקלה הכבד של הפגיעה האמורה באנשים עם מוגבלות, מצדיק בבירור גם הטלת חובת הענקת ייצוג הולם גם על "גופים ציבוריים" (ולא רק פרטיים). משקלם של החידוש החקיקתי ושל התפיסה העולים מהענקת הזכות בגופים פרטיים, אינם פחותים, ובדרך כלל משקלם אף כבד יותר, ממשקלם של החידוש והתפיסה שבהענקת הזכות ב"גוף ציבורי". "גוף ציבורי" (כמו מועצת מנהלים של חברה ממשלתית) ראוי שישא בנטל הגשמת השוויון המהותי בפועל בחברה (במקרה זה לאנשים עם מוגבלות), לא פחות (ובדרך כלל אף יותר) מאשר גוף פרטי (המעסיק מעל 25 עובדים). לכן, ניתן לראות במשקלה של החקיקה המעניקה כיום את הזכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות, כ"מסה קריטית" מספקת, ממנה ניתן להסיק את קיומה של זכות הלכתית כללית לאנשים עם מוגבלות גם על "גופים ציבוריים". זאת, כפי שראה בית-המשפט במערכת הנורמות שהייתה קיימת עובר למתן פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, כ"מסה קריטית" ממנה הסיק את קיומה של הזכות לגבי בני האוכלוסייה הערבית²⁷³.

273 אומנם, בהכרזה הובעה התפיסה כי ראוי להעניק ייצוג הולם, לגבי בני האוכלוסייה הערבית בלבד. תפיסה דומה לא קיימת בהכרזה לגבי אנשים עם מוגבלות. בכך קיימת נורמה נוספת היכולה לגבש לכאורה "מסת נורמות" כבדה יותר לגבי בני האוכלוסייה הערבית. אולם, בפועל היקפה של הזכות (עובר להרחבת הזכות) הנו, מבחינת הגופים עליהם חלה הזכות, דומה כאמור. יתרה מזו, כאמור, משקלן הכללי המצטבר של מכלול מקורות המשפט שהעניקו עד כה את הזכות לייצוג הולם, מפחית כ"בכלים שלובים" ממשקלן הנדרש כיום של מקורות המשפט,

כמו־כן, לאחרונה קיימת מגמה בתפיסתה של החברה בישראל ובשיטת משפטה, להגשים את השוויון המהותי בפועל לגבי אנשים עם מוגבלות, גם באמצעות הטלת חובות פוזיטיביות (כולל הענקת הזכות לייצוג הולם). ביטויה המרכזי של מגמה זו, הוא בחקיקתו של חוק מיוחד המעניק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.²⁷⁴ על־כן, נראה כי לאור "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, ניתן כיום לפתח ולהרחיב (לראשונה לגבי אנשים עם מוגבלות) את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, באופן שחובת הענקת הייצוג ההולם תחול על "גופים ציבוריים" גם כלפי אנשים עם מוגבלות.²⁷⁵

(ד) ניתן לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שחובת הענקת הייצוג ההולם תחול על גופים המעסיקים למעלה מ־25 עובדים גם כלפי נשים ובני האוכלוסייה הערבית

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מעניק כאמור, לתקופת זמן מוגבלת, זכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בגופים (גם פרטיים) המעסיקים למעלה מ־25 עובדים. כאמור, נראה לנו כי ראוי להאריך תקופה זו. זאת, בשל העדרה בשלב זה של זכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בגופים אשר חל עליהם עיקרון השוויון, כולל במשפט הפרטי, כמוצע על ידנו.²⁷⁶ מהענקת זכות חקיקתית זו, עולה תפיסת עולמה של החברה בישראל, כי ראוי עקרונית להטיל חובת ייצוג הולם, כאמצעי להגשמת השוויון המהותי בפועל, על מי שמעסיק למעלה מ־25 עובדים לגבי קבוצות אוכלוסייה ראויות, גם במישור היחסים בין הפרטים לבין עצמם. נראה, כי נשים הנה קבוצת אוכלוסייה ראויה להענקת הזכות בגופים אלה. תפיסה זו עולה מהיקפם, ממשקלם ומתכליתם של החוקים (הרבים) ומהפסיקה, המצביעים על תפיסת עולמה הברורה והחד־משמעית של החברה בישראל, כי נשים הנה קבוצת אוכלוסייה אשר לגביה ראוי לעשות שימוש בזכות לייצוג הולם כאמצעי משפטי ראוי להגשמת השוויון המהותי בפועל בחברה הישראלית. תפיסה זו, הנה חד־משמעית וכוללת, לאור מכלול הנורמות המעניקות את הזכות לנשים, אף ביחס לתפיסה שבאה לידי ביטוי בחקיקה לגבי אנשים עם מוגבלות.

שבידן לגבש את אותה "מסה קריטית" של נורמות הנדרשת לפיתוח ההלכתי של הזכות. על־כן, כיום, לצורך פיתוחה של הזכות לייצוג הולם, נדרשת מסה של נורמות שמשקלה כבד פחות כדי לפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם לגבי קבוצות אוכלוסייה דומות בגופים דומים. יתרה מזו, קבוצת האוכלוסייה של אנשים עם מוגבלות, הנה קבוצת אוכלוסייה אשר לא נכללה ב"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון בעת ההכרזה על הקמת המדינה, אלא בשלב מאוחר יותר של "החיים הלאומיים" של העם בישראל. ראו לעיל בפרק ב.

274 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

275 הצעה זו יש בה חידוש במובן זה שהפסיקה עדיין לא פיתחה, לגבי אנשים עם מוגבלות, את הזכות ולא הרחיבה את תחולתה על גופים נוספים, ראו לעיל בפרק ב.

276 להצעה לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם באופן שתכלול את כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון, ראו לעיל בפרק ד.2.(ב).

משקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם של נשים, אינה פחותה ממשקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות. מדובר בפגיעות בשוויון (של שתי קבוצות אוכלוסייה המשתייכות כאמור ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון) שמשקלן כבד ודומה, עקרונית ומהותית (ומהווה גם פגיעה בכבוד האדם)²⁷⁷. לכן, נראה כי ניתן לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שחובת הענקת הייצוג ההולם תחול על גופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים גם כלפי נשים.

באופן דומה ולאור התפיסה האמורה, נראה כי ניתן לפתח את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שחובת הענקת הייצוג ההולם תחול על הגופים האמורים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים גם כלפי בני האוכלוסייה הערבית, כפי שמוצע לפתח את הזכות לבני שני המינים. מסקנה זו מתבקשת הן מהיקפה הדומה של הזכות לייצוג הולם המוענקת לבני האוכלוסייה הערבית ולבני שני המינים²⁷⁸, והן ממשקלה הכבד והדומה של הפגיעה בשוויון המהותי בפועל של שתי קבוצות האוכלוסייה (המשתייכות שתיהן כאמור ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון). לכן מתווסף משקלה של התפיסה שהובעה במגילת העצמאות, רק לגבי בני האוכלוסייה הערבית, לפיה האמצעי של ייצוג הולם הנו אמצעי משפטי ראוי להגשמת השוויון בפועל לקבוצת אוכלוסייה זו. ההכרזה על הקמת המדינה, המבטאת את ה"אני מאמין" של החברה בישראל, הכריזה לא רק על הענקת זכות הפרט לשוויון לבני האוכלוסייה הערבית ("על יסוד אזרחות מלאה ושווה"), אלא גם על הענקת הזכות הקיבוצית לייצוג הולם ("ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים")²⁷⁹.

הנה כי כן, לאור התפיסה אשר לאורה פותחו עקרונות יסוד וזכויות יסוד הלכתיים (כולל הזכות לייצוג הולם), ניתן לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון. אולם, את הזכות לייצוג הולם, לא רק ניתן, אלא גם ראוי לפתח.

277 כאמור, שתי קבוצות אוכלוסייה אלו משתייכות לאותו "גרעין חוקתי" של עיקרון השוויון, אשר הפגיעה בו מהווה פגיעה קשה במיוחד המהווה גם פגיעה בכבוד האנושי של האדם (ראו לעיל בפרק 4.א).

278 תחילה הוענקה לבני האוכלוסייה הערבית בישראל זכות חקיקתית לייצוג הולם בחברות הממשלתיות ובקרב העובדים בשירות המדינה. מאוחר יותר הוענקה להם הזכות הלכתית ב"גופים ציבוריים". לנשים הוענקה הזכות בהיקף דומה, אלא שב"גופים ציבוריים", הוענקה להן הזכות בחוק (סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, וכן קיימת זכות חקיקתית בגופים ציבוריים קונקרטיים נוספים) להתפתחות זו, ראו לעיל בפרק ב. כן ראו לעניין זה פסק דינו של השופט זמיר בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, בפרק ג.2.

279 עמדה זו, הובעה בהכרזת העצמאות בקטע הבא: "אנו קוראים — גם בתוך התקפת הדמים הנערכת עלינו זה חודשים — לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

(ה) קיימים נימוקים כבדי משקל התומכים בפיתוח ובהרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון ראשית, בהרחבת היקפה ה"פנימי" כמוצע של הזכות לייצוג הולם, ניתן למנוע במקרים הראויים (בהם ראוי להעניק הגנה משפטית לזכות) את הפגיעה הקשה, החמורה והמתמשכת בזכות האדם (הקיבוצית) לשוויון לגבי כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. הפגיעה בשוויון (בזכות לייצוג הולם), על רקע השתייכותם הקיבוצית של בני ובנות קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, הנה כאמור פגיעה בעלת משקל כבד מהווה גם פגיעה קשה בכבוד האדם. כמ־כך, ניתן יהיה למנוע את הפגיעה הקשה והחמורה בזכות לשוויון ב"גופים ציבוריים" לא רק של נשים ושל בני האוכלוסייה הערבית, אלא גם של אנשים עם מוגבלות. בהרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות כפי שמוצע, ניתן יהיה למנוע את הפגיעה הקשה והחמורה בזכות לשוויון, בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים, לא רק של האנשים עם מוגבלות, אלא גם של נשים ושל בני האוכלוסייה הערבית. כן יהיה ניתן למנוע את הפגיעה הקשה והחמורה בשוויון של כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון בכלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון (כמו למשל גופים "דו־מהותיים"). בכך נגשים באופן ראוי יותר את השוויון החוקתי בפועל ותימנע פגיעה קשה בזכות האדם לשוויון.

שנית, הזכות לשוויון (הזכות לייצוג הולם) ראוי שתחול בשוויון. אותה זכות, באותה שיטת משפט, ראוי שתחול בהיקף "פנימי" דומה על קבוצות אוכלוסייה דומות. על-כן, הוצע להחיל את הזכות לייצוג הולם, בכלל הגופים האמורים, על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. משקלה של הפגיעה בשוויון של בני ובנות כלל קבוצות אוכלוסייה אלו על רקע השתייכותם הקיבוצית, ב"גופים ציבוריים", בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים ובכלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון כאמור, הנו דומה (עקרונית ומהותית) וכבד (פוגע קשה גם בכבודו של האדם). אותם השיקולים המחייבים את הענקת הזכות לייצוג הולם בהיקפה ה"פנימי" הקיים, מחייבים גם את הרחבתו כמוצע. מדמיון עקרוני זה, מתבקש היקף "פנימי" דומה של הזכות לייצוג הולם, לכלל קבוצות האוכלוסייה האמורות בגופים האמורים. בכך יופעל השוויון (הזכות לייצוג הולם) בשוויון.

שלישית, הפעלת השוויון (החלת הזכות לייצוג הולם) באופן שונה על קבוצות אוכלוסייה דומות שקיימת לגביהן פגיעה דומה בשוויון, אינה מהווה רק אפליה לרעה של קבוצה אחת על-פני רעותה הדומה לה. היא גם מחמירה את הפגיעה בזכות לשוויון – בזכות הפרט לשוויון ובזכות הקיבוצית לייצוג הולם, של אלו המשתייכים לקבוצות האוכלוסייה שלא הוענקה להן זכות לייצוג הולם (בגוף מסוים

או בכלל) והסובלות מתת-ייצוג דומה (חמור ומתמשך) לזה של קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות. אדם המשתייך לקבוצת אוכלוסייה כאמור שלא הוענקה לה הזכות, יצטרך להתמודד על מספר מקומות מצומצם יותר כנגד מועמדים עדיפים (המשתייכים ל"קבוצות חזקות") ומועדפים (שהוענקה להם זכות לייצוג הולם, והמשתייכים לקבוצות אוכלוסייה הדומות לקבוצת האוכלוסייה לה הוא משתייך). בכך לא רק תיפגע זכות הפרט לשוויון של אותו אדם (בשל העדפתם של אחרים על פניו, אך בשל השתייכותם הקיבוצית והמהווה בשל כך גם פגיעה בכבוד האדם שלו²⁸⁰), אלא שגם תוחמר הפגיעה בזכות הקיבוצית לשוויון של אותו אדם (יוחמר תת-הייצוג של קבוצת האוכלוסייה לה משתייך אותו אדם).

כך, למשל, אם לא נעניק כמוצע את הזכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות גם ב"גופים ציבוריים", הרי שבכך לא רק שלא יוגשם הייצוג ההולם שלהם בפועל בגופים אלה (ללא העדפתם על פני אחרים) ותיפגע זכות הפרט שלהם לשוויון (בשל העדפתם של אחרים על פניהם), אלא שפגיעות אלה עלולות להיות חמורות יותר. אנשים עם מוגבלות עלולים למצוא עצמם מתמודדים ב"גופים ציבוריים" מול מועמדים עדיפים (המשתייכים ל"קבוצות חזקות") ומועדפים (נשים ובני האוכלוסייה הערבית) על מספר מצומצם יותר של מקומות (בשל העדפתם, גם קודם לכן, של אחרים על פניהם). בדומה, אם לא נעניק את הזכות לייצוג הולם לנשים ולבני האוכלוסייה הערבית בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים, הרי שבכך לא רק שלא יוגשם הייצוג ההולם של קבוצות אוכלוסייה אלו בגופים האמורים (ללא העדפתם על פני אחרים), ותיפגע זכות הפרט שלהם לשוויון (בשל העדפתם של אחרים על פניהם), אלא שפגיעות אלה עלולות להיות חמורות יותר. נשים ובני האוכלוסייה הערבית עלולים למצוא עצמם מתמודדים בגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים מול מועמדים עדיפים (המשתייכים ל"קבוצות החזקות") ומועדפים (אנשים עם מוגבלות) על מספר מקומות שיכול להיות קטן יותר (בשל העדפתם, גם קודם לכן, של אנשים עם מוגבלות על פניהם)²⁸¹.

רביעית, הרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם כמוצע, תאפשר לבית-המשפט למלא את אחד מתפקידיו המרכזיים במדינה דמוקרטית – הגנה על זכויות האדם. "מתפקידיו של השופט להגן על זכויות האדם ולקיימן... זכויות אלה הן זכויותיו של אדם כפרט, וזכויותיו כמשתייך לקבוצת מיעוט"²⁸². היא תאפשר

280 קיומה של הפגיעה הקשה בכבוד, נגזרת מהעובדה שהפגיעה בזכות הפרט של האדם לשוויון, נובעת מהשתייכותו הקיבוצית – מאי השתייכותו הקיבוצית לקבוצת האוכלוסייה המועדפת.

281 כמוכן, ניתן להגשים את השוויון בין קבוצות האוכלוסייה, ולמנוע את הפגיעות האמורות, אם תבוטל הזכות לקבוצת האוכלוסייה שהוענקה לה הזכות, כמו למשל במקרה זה, לאנשים עם מוגבלות. אך תוצאה זו בוודאי אינה ראויה. בכך אנו שוללים זכות שהוענקה לאנשים עם מוגבלות, ומונעים את הגשמת השוויון בגופים אלה לשאר קבוצות האוכלוסייה.

282 ברק, לעיל, הערה 45, בעמ' 47.

לבית-המשפט לקחת חלק פעיל בהגנה על זכות האדם (הקיבוצית) לשוויון. היא תעניק לבית-המשפט שיקול דעת לקבוע, בשלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, האם קיים טעם מצדיק לפגיעה בזכות (בהיקפה המוצע) בנסיבותיו של כל מקרה קונקרטי. הרחבת היקפה של הזכות כאמור תעניק לבית-המשפט גם כלי לסגירתו של פער אפשרי, בין תפיסתה המתפתחת של החברה לבין החקיקה (למשל, לגבי קבוצות אוכלוסייה המתווספות מעת לעת ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון). אכן, אחד מתפקידיו המרכזיים של שופט בישראל "עניינו גישור על הפער שבין המשפט למציאות החברתית המשתנה"²⁸³.

תפקיד זה של בית-המשפט מתבקש בישראל אשר בחברתה עדיין קיים "אי שוויון קיבוצי" חמור ומתמשך, והתחרות החופשית היא חלק מחופש העיסוק²⁸⁴ המעוגן בחוקתה הפורמאלית של המדינה²⁸⁵. על-כן מוצע להעניק זכות לייצוג הולם (מבחינת היקפה ה"פנימי") לכלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, גם בגופים שאינם "גופים ציבוריים", אשר עליהם חל עיקרון השוויון, כמו גופים "דרמהותיים" וגופים המעסיקים למעלה מ-25 עובדים.

נראה, כי מחובתה של חברה למנוע את קיומו של "כשל חברתי" קשה בקרבה, היא מקורו אשר יהא, כוחו של השלטון או כוחו של "השוק החופשי". מחובתה של שיטת משפט לקבוע לה איזונים ובלמים, בין הכוח השלטוני וכוחו של ה"שוק החופשי", לבין משקלה של הפגיעה הקשה החמורה והמתמשכת בשוויון המהותי בפועל על רקע השתייכותו הקיבוצית של האדם (הנובעת מהרגלים ומתפיסות פסולות ודעות קדומות). מחובתן של רשויות השלטון, כולל בתי המשפט (כאשר נראה שאין גוף אחר שיפעל למניעתה של הפגיעה הקשה האמורה), למצוא את הדרך לאזן בין כוח זה, לבין משקלה של הפגיעה הקשה בשוויון הפוגעת קשה גם בכבודו האנושי של האדם שנכרא בצלם.

זו היא תפיסת עולמנו. זו היא חובתנו המוסרית כחברה. זו היא חובתה של שיטת המשפט. זה הוא תפקידו של בית-משפט במדינה דמוקרטית.

(ו) קביעת היקף "פנימי" רחב לזכות לייצוג הולם אין משמעותה שתוענק בסופו של דבר הגנה משפטית למלוא היקף זה בשלב המקדמי, בו נקבע היקפה ה"פנימי" הראוי של הזכות, נעשה איזון עקרוני בין משקלם הנאות של השיקולים המחייבים את עצם קביעת קיומה והיקפה ה"פנימי" של הזכות המתבססים על החשיבות והתועלת הצומחת מהזכות, לבין משקלם הנאות של השיקולים השוללים את עצם קיומה והיקפה ה"פנימי", המתבססים על הפגיעות

283 שם, בעמ' 35.

284 ראו, למשל, א' גרוס "כיצד הייתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? — בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (התש"ס) 261–299.

285 על חוקי היסוד כחוקה הפורמאלית של מדינת ישראל, ראו לעיל בפרק 4.א.

בעקרונות ובשיקולים הנוגדים. לאור איזון זה, נקבעות קבוצות האוכלוסייה אשר ראוי להעניק להן את הזכות לייצוג הולם, ונקבעים הגופים עליהם ראוי להטיל חובת הענקת ייצוג הולם²⁸⁶.

בשלב המאוחר יותר, בו נקבע היקף ההגנה המשפטית על הזכות, נערך איזון (עקרוני וקונקרטי²⁸⁷) בין משקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם, לבין משקלה של הפגיעה בעניינים המתנגשים עם הזכות, בנסיבות העניין הנדון. משקלה של הפגיעה בזכות לייצוג הולם יוענק לאור משקלה הכבד כזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד²⁸⁸, ולאור טיבו, אופיו ותכליתו של הגוף ולאור שאר נסיבות העניין הרלוונטיות. כך, למשל, משקלה של הפגיעה בזכות ייקבע לאור מידת חשיבותו של הייצוג לאותה קבוצת אוכלוסייה בגוף הנדון, מידת תת-הייצוג של אותה קבוצה באותו גוף (למשל, במועצת מנהלים של החברה הממשלתית הנדונה), באותו סוג של גופים (בכלל החברות הממשלתיות), באותה דרגה, או בכלל מוקדי הכוח המרכזיים ובתפקידים הבכירים בחברה הישראלית²⁸⁹. לגבי גופים שאינם "גופים ציבוריים" (כמו גופים "דרו-מהותיים" או גופים המעסיקים יותר מ-25 עובדים, אשר מוטלת, או מוצע שתוטל עליהם, חובת הענקת ייצוג הולם), ככל שאופיו של הגוף הוא ציבורי יותר, ככל שאופיו של התפקיד שהוא ממלא הוא ציבורי יותר, וככל שמספר המועסקים באותו גוף הנו גדול יותר, כך כבד יותר משקלה של הזכות. היקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם בגופים אלה, ייקבע, בין היתר, לאור האיזון בין משקלה של הפגיעה בזכות, ובין משקלה של הפגיעה בחופש ההתקשרות, בחופש העיסוק ובזכות הקניין, הפוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי, ובכך פוגעת גם בזכות האדם לכבוד.

משקל זה, יכול שיהא בנסיבות מסוימות (לגבי קבוצות אוכלוסייה מסוימות בגופים

286 לקבוצות האוכלוסייה אשר ראוי להעניק להן את הזכות לייצוג הולם, לגופים עליהם ראוי להטיל חובת הענקת ייצוג הולם, לאור "מתודת האיזון העקרוני", ראו פרקים 1.ד-4. לאור איזון זה הוצע גם לקבוע את קבוצות האוכלוסייה אשר ראוי להעניק להן את הזכות להקצאת משאבים כאמצעי להעדפה מתקנת, ראו להלן פרק 2.4.ד. לאור איזון זה, הובעה גם הדעה כי אין זה ראוי, בדרך כלל, להעניק את הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג", ראו להלן בפרק 4.ד. גם את שלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, ניתן לחלק לשני שלבי משנה. שלב ההכרעה העקרוני (קביעת האיזון העקרוני בין השיקולים העקרוניים הרלוונטיים, כולל נוסחת איזון עקרונית בין הזכות לבין זכויות אחרות או שיקולים אחרים, ראו לעיל בסוף פרק 2.ג), ושלב ההכרעה הקונקרטית (איזון בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה לגופו). להבחנה בין רמת ההכרעה העקרונית לבין רמת ההכרעה הקונקרטית, ראו למשל: השופט ברק בבג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 399-401). איזון זה, העקרוני והקונקרטי, נעשה כיום לגבי הזכות להעדפה מתקנת, כמו לגבי שאר זכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור תנאיה של פסקת ההגבלה (ראו לעיל בפרק 4.א).

288 לעיגונה של הזכות לייצוג הולם בזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו לעיל בפרק 4.א.

289 להמחשת איזון זה, במקרה קונקרטי, לגבי הזכות לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים", לעניין פרשנותו של סעיף 36 לחוק שיווי זכויות האשה, ראו לעיל בסוף פרק 2.ג.

מסוימים) קל במידה ניכרת מהשיקולים המתנגשים (כגון: יתרונו היחסי של המועמד²⁹⁰), ובנסיבות מיוחדות משקלה של הזכות, כשהוא לעצמו, יכול שיהא קל ביותר. במקרים אלה, יכול שלא תוענק בסופו של דבר הגנה משפטית לזכות²⁹¹. בשלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, נקבע גם סדר הקדימויות בהעדפתן של הקבוצות הזכאיות לזכות, בינן לבין עצמן. כך, למשל, משקלה של הזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית במועצת מנהל מקרקעי ישראל כבד יותר מאשר משקלה של הזכות לאנשים עם מוגבלות או לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור בשל נטייתם המינית²⁹². לעתים, אין זה אפשרי להעניק את מלוא היקף ההגנה המשפטית על מלוא היקפה ה"פנימי" של הזכות, לא רק בשל התנגשותן של הזכות לייצוג הולם עם עניינים אחרים המתנגשים עם הזכות, אלא גם בשל התנגשותן ה"פנימית" של הזכויות לייצוג הולם, בינן לבין עצמן, בעת שהן מוענקות לקבוצות אוכלוסייה שונות באותו גוף.

על כן, קביעת היקף "פנימי" רחב לזכות לייצוג הולם, אין משמעותה שתוענק בסופו של דבר הגנה משפטית למלוא היקף זה של הזכות.

3. ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה המהוות "חיתוך" של קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם, כקבוצות אוכלוסייה נפרדות ועצמאיות, כאשר תת-הייצוג הנו מתמשך וחמור במיוחד אף ביחס לכל אחת מקבוצות האוכלוסייה אשר מ"חיתוכן" נגזר קיומה של הזכות הנפרדת, ומגיע כשהוא לעצמו לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם

הפסיקה השאירה בצריך עיון את שאלת הענקת הזכות ההלכתית לייצוג הולם לנשים ערביות כקבוצה עצמאית ונפרדת²⁹³. שאלה זו, מעוררת שאלה כללית יותר. האם

290 ראו לעיל בסוף פרק ג.2.

291 בנסיבות אחרות, השיקולים השוללים את הזכות, יכולים להיות כבדי משקל עד כדי שלילת קיומה של הזכות. לנסיבות בהן אין זה ראוי להטיל חובה משפטית על גוף להעניק ייצוג הולם, ראו להלן בפרק ד.3.(ב).

292 ראו, למשל, דבריו של השופט זמיר, בהקשר זה, בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 40.

"השאלה מהו ייצוג הולם בגוף מסויים תלוייה, 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 האוכלוסייה הערבית יותר מאשר, לדוגמה, לגבי אנשים עם מוגבלות".

293 "אין אנו נדרשים לבחון בעתירה זו האם מכוח שילוב סעיפים 18א ו-18א לחוק, מוטלת על המשיבים החובה לפעול להשגת ייצוג הולם של קבוצת הנשים הערביות כקבוצה נפרדת ועצמאית מקבוצת הנשים מחד וקבוצת בני האוכלוסייה הערבית מאידך. שאלת שילוב חובות העדפה מתקנת לכדי יצירת חובה חדשה ועצמאית, שעניינה קידום האוכלוסייה המתקבלת מחיתוך האוכלוסיות העומדות במרכז החובות ששולבו, הנה שאלה סבוכה (השוו: M.E. Powell "Comment: The Claims of Women of Color Under Title VII: The Interaction (of Race and Gender)" 26 *Golden Gate U.L.Rev.* (1996) 413).

ובאילו נסיבות ראוי ליצור זכות הלכתית כללית, עצמאית ונפרדת, לקבוצות אוכלוסייה העולות מ"חיתוך"²⁹⁴ של שתי קבוצות אוכלוסייה (או יותר) ששיטת המשפט הכירה בזכותן לייצוג הולם. שאלה זו יכולה להיות רלוונטית לא רק לגבי קבוצת הנשים הערביות, אלא גם לגבי קבוצות אוכלוסייה אחרות המהוות "חיתוך" של שניים (או יותר) מקבוצות האוכלוסייה שמוענקת להן זכות לייצוג הולם (כיום, כאמור, מוענקת הזכות בישראל לשלוש קבוצות אוכלוסייה – לנשים, לבני האוכלוסייה הערבית ולנשים עם מוגבלות).

לדעתנו, בנסיבות מיוחדות, ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה המהוות "חיתוך" של קבוצות אוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם (קרי: קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון), כקבוצת אוכלוסייה נפרדת ועצמאית. כאשר תת-הייצוג של קבוצת אוכלוסייה אלו, הנו מתמשך וחמור במיוחד אף ביחס לכל אחת מקבוצות האוכלוסייה אשר מ"חיתוכן" נגזר קיומה של הזכות הנפרדת, ומגיע כשהוא לעצמו לכדי פגיעה קשה בכבוד האדם. כך, למשל, "נשים ערביות" הנה קבוצת אוכלוסייה (לא מבוטלת) הסובלת מתת-ייצוג מתמשך וחמור, אף ביחס לקבוצת האוכלוסייה של כלל הנשים בישראל מחד, וביחס לקבוצת הגברים הערבים מאידך. הנשים הערביות בישראל סובלות מאפליה "מצטברת" ו"כפולה". הן בשל השתייכותן למיעוט הערבי, והן בשל היותן נשים²⁹⁵. הן סובלות מסטריאוטיפ ייחודי ומשולב²⁹⁶. הסטטיסטיקה מצביעה על כך שבהקשר לנשים הערביות, מתקיימת אפליה על בסיס שתי עילות גם יחד – מין ולאום²⁹⁷. אין סיבה להניח, לאור הניסיון עד כה, שללא הענקת זכות לייצוג הולם

זו בצריך עיון לעת עתה, משום שאין העותרת מצביעה על מועמדות העונות על תנאי הזכאות המשולב ואשר מועמדותן לא זכתה למשקל הראוי מטעמה" (השופט ברק בעניין עדאלה, לעיל, הערה 46, בעמ' 47). Powell מצביעה במאמרה הנזכר בציטוט דלעיל על התהליך ההדרגתי שעברה הפסיקה בארצות הברית, החל מהתנכרות מוחלטת לאפשרות שילובה של יותר מעילה אחת כבסיס לטענת אפליה (לדוגמה: *DeGraffeneid v. General Motors* 413 F. Supp. 142; *Jefferies v. Harris Community Action* (ED MO 1976 416); דרך הכרה חלקית בשילוב זה (*Ass'n 615 F.2d 1025* (5th Cir 1980) 419); וכלה בהכרה מלאה בו כעילה נפרדת לתביעה כנגד אפליה במקום העבודה לפי פרק 7 לחוק זכויות האזרח משנת 1967 (*Lam v. University*) 431 (9th Cir. 1994) 431 of *Hawaii* 40 F.3d 1551 (להלן – "עניין Lam").

294 כלשונו של השופט ברק בעניין עדאלה, שם, שם.
 295 ובעיקר בשל היותן נשים בחברה בעלת מאפיינים מיוחדים ומגבילים. זו היא מסקנת דף מידע בנושאי שוק העבודה בישראל, שהתפרסם לאחרונה מטעם משרד העבודה והרווחה (א' פיכטלברג השתתפות נשים ערביות בכח העבודה בעשור האחרון (מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה, הרשות לתכנון כח אדם, יוני 2004)).

296 *Lam, supra note 293*, at pp. 1562–1563; *Good v. US West Communications*, 1995 US Dis. LEXIS 1968. לניתוח פסקי דין אלו, ראו *Powell, supra nota 293*, at pp. 432–436.

297 כך, למשל, נשים ערביות עדיין סובלות מתת-ייצוג בולט בדירקטורים של החברות הממשלתיות – רק 0.64%, ואילו שיעור הגברים הערביים עומד על 4.01% בלבד (נשים בישראל – ריכוז נתונים, לעיל, הערה 100, בעמ' 100).

לקבוצה זו, כקבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת, יוגשם לגביה השוויון הקיבוצי. תכליתה של הזכות לייצוג הולם היא למנוע תוצאה זו. בכך תימנע הפגיעה הנוספת (בשל ייצוגן האפסי לעתים, אף ביחס לכל אחת משתי קבוצות האוכלוסייה האמורות), שהנה כשהיא-לעצמה פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי. בכך יתאפשר לבית המשפט ליטול חלק פעיל יותר בהגשמת זכות האדם לשוויון (הקיבוצי) לקבוצת הנשים הערביות. היותן "נשים ערביות" מהווה מאפיין עצמאי ודומיננטי בחייהן. מן הראוי, שמשקלה של הפגיעה בשוויון ייקבע לאור משקל הפגיעה בעיני הנפגע. לאור החוויה האישית שהוא עובר ולאור תפיסתו את האפליה אותה הוא חווה²⁹⁸. על-כן, אין זה ראוי לאלץ את הנשים הערביות, בבואן לבסס את עתירתן, לבחור בין היותן נשים לבין היותן בני האוכלוסייה הערבית (הגם שאין זה שולל מהן לבסס את עתירתן על בסיס כל אחת משתי קבוצות אוכלוסייה אלו, כשכל מאפיין יכול לשמש המאפיין הדומיננטי לאור נסיבות העניין). על-כן, נראה כי ראוי להעניק ל"נשים ערביות" זכות לייצוג הולם נוספת, כקבוצת אוכלוסייה נפרדת ועצמאית.

"באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, כפי שהיא עולה ממכלול מקורות המשפט שהעניקו את הזכות, הזכות לייצוג הולם הנה אמצעי ראוי למניעת הפגיעה הקשה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי, המהווה גם פגיעה קשה בכבוד האדם, הן של בני האוכלוסייה הערבית והן של הנשים בישראל, בנפרד²⁹⁹. ניתן "לשלב" את תפיסת עולמה של החברה בישראל ואת מכלול מקורות המשפט המחייבים את הענקת הזכות לכל אחת משתי קבוצות האוכלוסייה האמורות בנפרד, ולהסיק מ"חיתוכן" (של התפיסה ושל מקורות המשפט), על יצירתה של קבוצת "נשים ערביות" כקבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת. לאור תפיסת העולם של החברה בישראל, ראוי למנוע פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי של קבוצות אוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, אשר מהווה גם פגיעה קשה בכבוד האדם, באמצעות הענקת הזכות לייצוג הולם³⁰⁰. נשים ערביות סובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי המהווה גם פגיעה קשה בכבוד האדם בשל השתייכותן הקיבוצית לבני האוכלוסייה הערבית. בנוסף לכך, נשים ערביות סובלות מפגיעה נוספת, המהווה אף היא וכשהיא-לעצמה, פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי (לאור ייצוגן האפסי אף ביחס לגברים הערביים), המהווה גם פגיעה קשה בכבוד האדם, בשל היותן נשים. על-כן, כדי למנוע פגיעה נוספת ו"כפולה" זו, ניתן וראוי לעשות שימוש בזכות לייצוג הולם, אשר לאור תפיסת עולמה של החברה בישראל, הנה אמצעי ראוי למניעתה של פגיעה קשה בכבוד האדם. על-כן, נראה כי ניתן לפתח בישראל זכות הלכתית לייצוג

298 ראו לעניין זה, Powell, *supra* note 293, at pp. 413, 415, 434–436.

299 לסקירת הוראות החוק והפסיקה שהעניקו את הזכות בנפרד הן לנשים והן לערבים, ראו לעיל בפרק ב.

300 ראו לעיל בפרק ג.3.(א).

הולם לקבוצת ה"נשים ערביות", כקבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת, כל עוד יוכח שאכן קיימת פגיעה קשה ו"כפולה" כאמור בכבוד האדם.

בכך נוצרה חובה משפטית חדשה, להענקת ייצוג הולם, כלפי קבוצת אוכלוסייה נוספת. יחד עם זאת, הענקת הזכות לייצוג הולם לנשים ערביות, אינה חורגת מקבוצות האוכלוסייה שזכותן לייצוג הולם הוכרה בישראל, אלא מהווה כאמור שילוב של שתיים מקבוצות אלו.

כמורכב, מודגש כי הכרה בקיומה של זכות לייצוג הולם ל"נשים ערביות" כקבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת, מבחינת "היקפה הפנימי", אין משמעותה הענקת הגנה משפטית בכל מקרה ובכל הנסיבות למלוא היקפה ה"פנימי" של הזכות. השיקולים כנגד הענקת זכות לייצוג הולם ל"נשים ערביות", כקבוצת אוכלוסייה עצמאית ונפרדת, ראוי שיבואו לידי ביטוי בשלב קביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, ולא בשלב (המקדמי) בדבר קביעתה וקביעת "היקפה הפנימי" של הזכות. כך נגשים באופן ראוי יותר את תכלית מכלול השיקולים הרלוונטיים המנוגדים, תוך איזון ראוי ביניהם, בנסיבות העניין, ובכל שלבי ההכרעה³⁰¹. משקלה של הפגיעה בזכות, יוענק לאור טיבו, אופיו ותכליתו של הגוף הנדון. כך, למשל, תיבחן השאלה, האם ישנה חשיבות מיוחדת לייצוגן של נשים ערביות דווקא באותו גוף או באותו תפקיד, ואין די בייצוגן של נשים או של בני האוכלוסייה הערבית. משקלה של הזכות לייצוג הולם לנשים ערביות יכול שיפחת, למשל, ככל שיהא באותו גוף ייצוג "הולם יותר" לנשים (בנפרד) ולערכים (בנפרד) מחד, ואין חשיבות שדווקא נשים ערביות ייוצגו באותו גוף מאידך.

4. הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי אך אינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, כולל באמצעות פיתוח זכות הלכתית ל"הקצאת משאבים"

(א) קשה ואין זה ראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון
 הזכות לייצוג הולם הוענקה בישראל רק לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון³⁰². מ"מערכת הנורמות" שהעניקה את הזכות, עולה התפיסה כי ראוי לעשות שימוש בזכות לייצוג הולם, שהנה אמצעי משפטי "חריג", "לא קונבנציונאלי" ו"אקטיבי"³⁰³, הפוגע גם בזכות הפרט לשוויון³⁰⁴, רק לגבי קבוצות אוכלוסייה אלו. בכך מתגלית "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל — הכרעתה של החברה בישראל ושל שיטת משפטה, כי אין זה ראוי להעניק את הזכות לייצוג הולם

301 ראו לעיל בפרק ד.2.(1).
 302 ראו לעיל בפרק ג.1.
 303 ראו לעיל בפרק א.1.
 304 ראו לעיל בפרק א.3.(ב).

לקבוצות אוכלוסייה החורגות מ"המעגל הפנימי" האמור של העיקרון. עיקרון הלכתי כללי (במקרה זה, זכות הלכתית כללית לייצוג הולם), ראוי לקבוע כעין הפרט (כעין קבוצות האוכלוסייה הקונקרטיות שהוענקה להן קודם לכן הזכות לייצוג הולם בשיטת המשפט בישראל). על-כן, לאור כללי פיתוח המשפט בישראל, קשה להסיק מ"מערכת הנורמות" המעניקה בישראל את הזכות לייצוג הולם, את קיומה של זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה הפורצות את "המעגל הפנימי" של עיקרון השוויון. כמורכב, התכלית כבדת המשקל המצדיקה את הענקת הזכות הקיבוצית לייצוג הולם, קיימת רק לגבי קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. תכלית בעלת משקל דומה, אינה קיימת לגבי קבוצות אוכלוסייה נוספות הסובלות מתתייצוג והחורגות מ"המעגל הפנימי" של העיקרון. הפגיעות השונות והמגוונות בשוויון הקיבוצי, גורמות לפגיעות שונות ומגוונות בכבוד האדם. רק משקלה המיוחד והכבד של הפגיעה בשוויון הקיבוצי של קבוצות האוכלוסייה האמורות, הגורמת גם לפגיעה מיוחדת וקשה בכבוד האדם³⁰⁵, ראוי שיצדיק, בנסיבות ראיות, פגיעה אחרת בכבוד האדם הנובעת מהפגיעה בזכות הפרט לשוויון של אדם (מעצם הענקת הזכות לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה שאליהן לא משתייך אותו אדם). רק מניעת אותה פגיעה קשה הנמשכת דורות בזכות האדם הקיבוצית לשוויון, ואשר הניסיון ההיסטורי מראה כי פגיעתה קשה במיוחד, גוברת על השיקולים לשלילתה של ההעדפה המתקנת³⁰⁶. רק במקרה של פגיעה קשה וחמורה בשוויון הקיבוצי של קבוצות אוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין הקשה" של עיקרון השוויון, אין להסתפק אך בהענקת זכות הפרט לשוויון (למשתייכים לקבוצות אוכלוסייה אלו), כאשר זו לא מגשימה את השוויון המהותי בפועל, ולא ניתן להגשימו בדרכים אחרות. על-כן, לאור תכלית של הזכות לייצוג הולם (מניעת הפגיעה האמורה, הקשה והמיוחדת בכבוד האדם), אין זה ראוי לפתח את הזכות לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. אשר-על-כן, קשה ואין זה ראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון³⁰⁷.

305 ראו לעיל בפרק 4.א.

306 אומנם, גם הפגיעה בזכות הפרט לשוויון כתוצאה מהענקת הזכות הקיבוצית לשוויון לקבוצות אוכלוסייה שהפרט אינו משתייך אליהן, הנה אף היא פגיעה בשוויון על רקע השתייכותו הקיבוצית של הפרט – על רקע אי-השתייכותו לקבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות הקיבוצית לשוויון. אולם, יחד עם זאת, הפגיעה הקשה והמיוחדת בכבוד האדם כתוצאה מהפגיעה הקשה בשוויון הקיבוצי הנמשכת דורות, ראוי שתצדיק כאמור בנסיבות מסוימות פגיעה בזכות הפרט לשוויון. לדיון בשיקולים לשלילתו של עיקרון ההעדפה המתקנת, ראו לעיל בפרק 2.א.

307 לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (עולים, חרדים, תושבי אזורי עדיפות לאומית, חיילים משוחררים ומתנדבי השירות הלאומי), אשר קיימות לגביהן הצעות חוק (שלא הבשילו לחוק) להענקת הזכות לייצוג הולם, ראו לעיל בסוף פרק ב.

(ב) הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי אך אינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, כולל באמצעות פיתוח זכות הלכתית ל"הקצאת משאבים" בישראל קיימות קבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (למשל, בעיירות ובשכונות מסוימות³⁰⁸), אשר סובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי (למשל, בחינוך ובעבודה³⁰⁹). אומנם אין זה ראוי לפתח זכות לייצוג

בהצעות חוק אלה מוצע למעשה "לפרוץ" את "המעגל הפנימי" האמור של עיקרון השוויון, ולהעניק את הזכות לכלל קבוצות האוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך בישראל (גם אם אינן נכללות ב"גרעין הקשה" של עיקרון השוויון). נראה, כי אם המחוקק ינקוט גישה זו, שלדעתנו אינה ראויה (או אף אם יעניק את הזכות אך לחלקן המשמעותי, למשל, לעיירות פיתוח ולחרדים), ניתן יהיה לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם, באופן שהזכות תכלול את כלל קבוצות האוכלוסייה הסובלות מתת-ייצוג חמור ומתמשך בחברה הישראלית. זאת, לאור התפיסה אשר לאורה פותחה הזכות עד כה, ותוך "מבט רחב" על מכלול "המסה הקריטית" של קבוצות האוכלוסייה שהוענקה (אם תוענק) להן הזכות, ולאור השיקולים המחייבים בנסיבות אלה את המשך פיתוחה של הזכות (ראו לעיל בפרק ד.2.ה)). כאמור, לדעתנו אין זה ראוי לקדם הצעות חוק להענקת הזכות לייצוג הולם לקבוצות האוכלוסייה האמורות החורגות מה"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. אם תוענק הזכות לכלל קבוצות האוכלוסייה הסובלות מפגיעה בשוויון הקיבוצי, תיגרם פגיעה קשה וניכרת בזכות הפרט לשוויון (של מי שאינם משתייכים לקבוצות אוכלוסייה אלה). בכך גם עלולות להיגרם פגיעות (שעומדות בבסיס השיקולים השוללים את ההעדפה המתקנת) שמשקלן כבד.

308 השתמשנו במינוחים כלכליים-חברתיים-גאוגרפיים ולא במונחים עדתיים, בשל חוסר הדיוק בחלוקה העדתית, ראו מודריק-אבן חן, לעיל, הערה 17, בעמ' 61-65.

309 כך, למשל, שיעור הלומדים לתואר ראשון באוניברסיטאות (לפי יישוב, בשנים 2001/2, מקרב בני/ות 20-29) הנו: מעומר 29%, מלהבים 25.5%, ומהר אדר 19.1%. לעומת זאת, למשל, מבית שמש שיעורם עומד על 2.7%, מאורי-יהודה 2.8% ומנתיבות 3% (ש' סבירסקי וא' קונור-אטיאס תמונת מצב חברתית (תל-אביב, מרכז אדווה, 2003) 20). כך גם שיעור דורשי העבודה (לפי יישוב, יוני 2003) הנו: בתל-שבע 20.3%, בקריית מלאכי 15.7%, במצפה רמון 15.5% ובירוחם 15.2%. לעומת זאת, בכרמי יוסף שיעורם עומד על 1%, בכפר שמריהו 1%, בשעלבים 1.1% ובהר אדר 1.3% (שם, בעמ' 14). בפרק זה אנו עוסקים בפגיעה בשוויון הקיבוצי של קבוצות אוכלוסייה יהודיות, ובהקצאת משאבים כאמצעי ראוי למניעתה. כאמור, כדי להגשים את השוויון הקיבוצי של בני האוכלוסייה הערבית, ראוי לנקוט אף אמצעי הפוגע יותר והוא הזכות לייצוג הולם. יחד עם זאת, לאור דרישת המידתיות, כדי להגשים את השוויון הקיבוצי של קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ראוי לנקוט אמצעי הפוגע יותר (הזכות לייצוג הולם), רק אם לא ניתן להגשים (תוך זמן סביר) את השוויון הקיבוצי באמצעות הקצאת משאבים. על-כן, ברור כי גם התוכניות והצעדים המוצעים לגבי קבוצות האוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי", ראוי לנקוט אותם תחילה גם לגבי קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של העיקרון, ראו להלן בהמשך פרק ד.4.ב). להעדרן הבולט של תוכניות וצעדים להעדפה מתקנת לציבור הערבי, ראו, למשל, מודריק-אבן חן, לעיל, הערה 17, בעמ' 52-54. כללית על הפער הקיים בישראל בתחומי החינוך והעבודה בין קבוצות אוכלוסייה שונות (נשים, בני האוכלוסייה הערבית, עיירות פיתוח ושכונות ואנשים עם מוגבלות), ראו שם, בעמ' 53-74.

הולם לקבוצות אוכלוסייה אלו³¹⁰. אולם, יחד עם זאת, חברה ובעקבותיה גם שיטת משפטה אינם רשאים להתעלם מעיוות חברתי קשה ומתמשך שנוצר בקרבן. נראה, כי הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה אלה, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה. אין מדובר בהקצאת משאבים לנטרול שונות רלוונטית החיצונית לפרט המועדף³¹¹, אלא בהקצאת משאבים אשר יסייעו לפרט עצמו להגיע לנקודת מוצא שווה, מבחינת כשירותו, להתקבל למקום עבודה או לימודים (שהרי מבחינת הפוטנציאל האנושי, אין הבדל בין קבוצות האוכלוסייה השונות)³¹².

השיקולים המחייבים את הענקת הזכות להעדפה מתקנת, מחייבים גם את הענקת הזכות ל"הקצאת משאבים" שתכליתה למנוע את הפגיעה הקשה והמתמשכת האמורה בשוויון הקיבוצי. שיקולי הצדק המתקן, שיקולי הצדק המחלק ושיקולי הצדק התועלתני, מחייבים את המסקנה כי על חברה בה נוצרה פגיעה חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, לשאת בנטל תיקונה. עליה לאפשר לפרטיה נגישות שווה למשאביה. אין להסתפק אך בכוחות השוק שיגשימו את ניצולו הראוי של

310 ראו לעיל בפרק ד.4.(א).

311 השוויון דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין מילר.

312 למשל, בתחום החינוך, קיימות קבוצות אוכלוסייה הסובלות מאי־שוויון חמור ומתמשך בקרב בעלי תעודות הבגרות, בקרב המתקבלים לאוניברסיטה או בקרב בעלי התארים המתקדמים, ראו, למשל, לעיל, הערה 309. במקרה זה, השוויון המהותי בפועל ראוי שיוגשם באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, מכוח עיקרון השוויון "הרגיל". רק במידה ולא ניתן להגשימו באמצעות עיקרון השוויון "הרגיל", ניתן יהיה להגשימו באמצעות ההעדפה המתקנת. כך, למשל, כדי לצמצם את הפער העצום שקיים, לעתים, בין הממוצע הארצי ובמיוחד בשכונות המבוססות לבין עיירות ושכונות מסוימות, בקרב המתקבלים לאוניברסיטה ובקרב בעלי התארים המתקדמים, ניתן במסגרת תוכניות וצעדים מנהליים לאתר את התלמידים הראשונים בעיירות ובשכונות האמורות, ולהזמין ללימודים (במיוחד לפקולטות "היוקרתיות" שייצוגן בהן הוא על בסיס מלגת לימודים משמעותית (המתקרבת למלגת לימודים מלאה, לאלה שהקשיים הכלכליים מונעים מהם את הלימודים באוניברסיטה). תלמידים אלה יתקבלו על בסיס תנאי הקבלה הרגילים באותו מוסד. בכך מתבטאת מדיניות של הקצאת משאבים סבירים מכוח עיקרון השוויון "הרגיל", כדי לנטרל שונות רלוונטית, החיצונית לכשירות הפרט להתקבל ללימודים, ראו: חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין מילר. אולם, אם השוויון הקיבוצי לא יוגשם בדרך זו, ראוי לנקוט אף מדיניות העדפה מתקנת. למשל, לאלה מבין התלמידים הראשונים האמורים, שלא יצליחו להתקבל ללימודים על-פי תנאי הקבלה הרגילים, ראוי להקצות משאבים אשר יסייעו להם להגיע לנקודת מוצא (מבחינת הכשירות להתקבל לפקולטות שהם מעוניינים להתקבל אליהם) אשר תאפשר להם נגישות שווה למשאבי החינוך החברתי בישראל (למשל, באמצעות הקמת ומימון מכינות מיוחדות, או באמצעות מימון מכינות "רגילות", אשר יסייעו להם להגיע לרמת הכשירות הנדרשת ללימודים במוסדות להשכלה גבוהה). בכך מוצא מן הכוח אל הפועל הפוטנציאל הגלום בקבוצות אוכלוסייה אלו.

גם כותב שורות אלה נבחר להשתתף בתוכנית לקידום החינוך (העל־יסודי). לבוגרי כיתות ח' בבית הספר היסודי בו למד, בשכונת שמשון באשקלון (בה גדל), נערכו בחינות. נבחרו השניים הראשונים מבית הספר. הוענקה לנו מלגה משמעותית ללימודים תיכוניים (כולל פנימייה). היה עלינו לבחור את אחד המוסדות המוצעים במסגרת התוכנית. מבחינתי, היה זה "קו פרשת המים", נקודת "האל־חזור" בעלייה על מסלול לימודים ארוך שלא הסתיים.

מלוא ההון האנושי³¹³. כמו-כן, השיקולים השוללים את הענקת הזכות להעדפה מתקנת, אינם שוללים את הענקת הזכות ל"הקצאת משאבים", או שמשקלם נמוך במידה ניכרת מכדי להצדיק את שלילת עצם האפשרות להקצות משאבים כאמור³¹⁴. כך, למשל, בהענקת הזכות ל"הקצאת משאבים" לא קיימת פגיעה בזכות הפרט לשוויון, במובן של העדפת א' על פני ב'. הקצאת המשאבים הסבירים נועדה כאמור אך להביא את קבוצות האוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון לנקודת התמודדות דומה (מבחינת כשירותם), לשאר הפרטים בחברה (כאשר על הכול לעמוד באותם הקריטריונים, למשל, בקבלה לעבודה או ללימודים). על-כן, היא גם אפקטיבית, אינה לוקה בכללניות יתר, אינה מורידה סטנדרטים ואינה פוגעת ביכולות ואינה מעודדת בינוניות ואי-התאמה. משקלה של הפגיעה הקשה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי, עלול להיות כבד. הוא עלול להיות כבד לאין ערוך ממשקלה של הפגיעה העלולה להיגרם לכלל החברה, או לפרט שאינו משתייך לקבוצות האוכלוסייה המועדפות, כתוצאה מהקצאתם של המשאבים האמורים של כלל החברה. לעתים, הגשמתם של ערכים מחייבת הקצאת משאבים. אנו מאמינים באמת בזכויות אדם, אם אנו מוכנים לא רק לשלם מס שפתיים, אלא גם לשלם מס כספי סביר כדי להגשימן³¹⁵. בניגוד לנשים, בני האוכלוסייה הערבית ולאנשים עם מוגבלות, אין מדובר במקרה זה בקטגוריות "מולדות". השתייכות לאוכלוסיות המכונות "עירות פיתוח" או "שכונות מצוקה", אינה נגזרת מתכונה גנטית שבן אנוש נולד כמשתייך אליה. במקרה זה מדובר בקבוצות אוכלוסייה שהכול מעוניינים בביטולן³¹⁶. אין זה ראוי להנציחה ול"ייצגה" בגופים שונים.

לכן, נראה כי הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, הנו האמצעי הראוי ביותר (מבין ביטוייה השונים של ההעדפה המתקנת), לשם הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה, שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי. על-כן, גם נראה כי בית-המשפט לא יתערב בהחלטתם הוולונטרית של רשויות המדינה וגופים אחרים, להקצות משאבים סבירים, כדי למנוע פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, של קבוצות אוכלוסייה אלו. יתרה מזו, נראה כי אף ניתן לפתח, לגבי קבוצות אוכלוסייה אלו, זכות הלכתית ל"הקצאת משאבים"³¹⁷. זכות הלכתית זו, ניתן לפתחה לאור התפיסה אשר לאורה פותחו

313 לדיון בשיקולים אלה, ראו לעיל בפרק א.2.

314 לדיון בשיקולים אלה, ראו לעיל בפרק א.2.

315 ראו לעיל בסוף פרק ג.2.

316 הכל מעוניינים בביטולם של הגורמים המסווגים עירות ושכונות בקטגוריות של "עירות פיתוח" או "שכונות מצוקה". הכול מעוניינים בביטול קיומו של פער חברתי עצום ומתמשך בין קבוצות אוכלוסייה שונות בעלות מאפיינים מיוחדים החיצוניים לפוטנציאל הגלום בהם.

317 נראה, כי הענקת הזכות להקצאת משאבים (כמו הענקת הזכות לייצוג הולם) ראוי שתיעשה בראש ובראשונה על-ידי המחוקק, וזאת בשל ההשלכות הכלכליות שיש להענקת הזכות. יחד עם זאת, אם המחוקק לא יקצה משאבים סבירים כדי למנוע את הפגיעה הקשה והמתמשכת

עד כה עקרונות יסוד וזכויות אדם, כולל הזכות ההלכתית לייצוג הולם³¹⁸. משקלם הכללי המצטבר של מקורות המשפט שפיתחו את עיקרון ההעדפה המתקנת, מצביע על משקלה הכבד של התפיסה כי עיקרון ההעדפה המתקנת הנו אמצעי ראוי להגשמת השוויון הקיבוצי בישראל לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי. ב"מבט רחב" על מכלול "מערכת הנורמות" שפיתחה את עיקרון ההעדפה המתקנת, ניתן להסיק על תפיסת עולמה של החברה בישראל לגבי היקפו ה"פנימי" הראוי של העיקרון. מגמת התפתחותו המואצת של הביטוי האחד של עיקרון ההעדפה המתקנת (הזכות לייצוג הולם), יש לו השלכה גם לגבי מגמת האצת התפתחותו ההלכתית של ביטוי אחר של העיקרון (הזכות ל"הקצאת משאבים"). לאור "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, כפי שהיא משתקפת בחקיקה ובפסיקה³¹⁹, נראה כי ראוי להגשים את השוויון הקיבוצי לקבוצות האוכלוסייה האמורות באמצעות הקצאת משאבים סבירים. כך, למשל, חוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, מעניק מענקי מדינה ופטורים ממס לתעשיות באזורי פיתוח³²⁰. כמו-כן, הטלת חובה חקיקתית פוזיטיבית על גוף להקצות משאבים סבירים מכוח עיקרון השוויון ("הרגיל"), אינה בבחינת חידוש בחקיקה הישראלית³²¹. היא אינה בבחינת חידוש גם כחובה הלכתית בפסיקתו של בית-המשפט העליון של מדינת ישראל³²². הפסיקה אף הטילה חובה

-
- האמורה בשוויון הקיבוצי, נראה כי מתפקידו של בית-המשפט ליטול חלק פעיל במניעתה, בין היתר, תוך פיתוחה של זכות הלכתית ל"הקצאת משאבים", כפי שמוצע.
- 318 ראו לעיל בפרק ד.1.
- 319 החקיקה והפסיקה הנם מקורות משפט מהם ניתן ללמוד על תפיסתה של החברה בישראל, ראו לעיל בפרקים ד.1 ו-ד.2.
- 320 ראו, למשל, סעיפים 40ג(א)(3), 47(א)(4) ו-5(5), 47(א)(3), 4(ג) ו-5(5) לחוק; כן ראו סעיף 2 לחוק לעידוד השקעות הון (תיקון מס' 50), התשנ"ט-1998, ס"ח 38.
- 321 ראו, למשל, סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, המטיל על מעביד חובה להתאים את מקום העבודה לאדם עם מוגבלות בהתאם לצרכיו המיוחדים. בכך הטיל, למעשה, הסעיף חובה על מעביד להקצות משאבים סבירים כדי להגשים את עיקרון השוויון "הרגיל" – את זכות הפרט לשוויון. לדוגמאות חקיקתיות נוספות של הטלת חובה הקצאת משאבים על מעבידים ומגזרי ציבור שונים כדי להגשים את השוויון, ראו למשל, חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.
- 322 ראו חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין מילר, לעיל, הערה 56. שם, הביעה את דעתה כי יש להטיל על שלטונות הצבא חובה פוזיטיבית להקצות משאבים סבירים מכוח עיקרון השוויון "הרגיל", כדי לנטרל שונות רלוונטית בין בעלי כישורים שווים לאותו תפקיד. יתרה מזו, כאשר בית-המשפט מבטל החלטה של גוף מהטעם שלא העניק משקל נאות לעיקרון יסוד ביחס למשקל שהעניק להקצאת משאבים, בית-המשפט, למעשה, מטיל על הגוף חובה פוזיטיבית, מכוח עיקרון, להקצות משאבים סבירים (כדי שלהחלטתו יהא תוקף). ראו, למשל, את חוות דעתו של השופט מצא שם, בעמ' 113-114; וחוות דעתה של השופטת דורנר שם, בעמ' 125-126. עיקרון השוויון ("הרגיל") אינו העיקרון היחיד, אשר מכוחו הטיל בית-המשפט חובה פוזיטיבית להקצות משאבים. כך, למשל, בעניין גולן, הטיל למעשה בית-המשפט, בין היתר, חובה הקצאת משאבים סבירים על שירות בתי הסוהר מכוח עקרונות חופש הביטוי, חופש העיסוק וכבוד האדם (כאשר ביטל את החלטתו הגורפת של שירות בתי הסוהר לשלול מאסר

הלכתית פוזיטיבית להקצאת משאבים מכוח עיקרון ההעדפה המתקנת. בעניין ל.כ.ן הורה בית-המשפט, מכוח עיקרון ההעדפה המתקנת, להקצות משאבים באופן שפעילות ספורט הנשים תקבל פי 1.5 מפעילות מקבילה של גברים³²³. גם משקלה הכבד של תכלית עיקרון השוויון "הרגיל", שאף היא הנה הגשמת השוויון המהותי בפועל³²⁴, מחייב הענקת הזכות ההלכתית ל"הקצאת משאבים" לקבוצות אוכלוסייה אלו לשם הגשמת השוויון הקיבוצי-המהותי בפועל. ככל שמשקלה של הפגיעה בזכות כבד יותר, כך ניתן להשתמש באמצעי פוגע יותר (מבין ביטוייו השונים של עיקרון ההעדפה המתקנת) כדי להגשים את השוויון הקיבוצי³²⁵. לכן, לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, שהפגיעה בזכות לשוויון הקיבוצי שלהן מהווה פגיעה קשה ומיוחדת בכבוד האדם³²⁶, ראוי להעניק גם את הזכות לייצוג הולם (שהנו אמצעי הפוגע יותר מאשר הזכות ל"הקצאת משאבים")³²⁷. לעומת זאת, לגבי קבוצות האוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון³²⁸, ראוי להשתמש בביטוי הפוגע פחות של עיקרון ההעדפה המתקנת, והוא הזכות ל"הקצאת משאבים". על-כן, נראה כי לאור "מערכת חיים לאומיים" של העם בישראל, ולאור התפיסה

את האפשרות לפרסם כתבות בעיתון אודות חייו בבית הסוהר) — ראו חוות דעתו של השופט מצא בעניין גולן, לעיל, הערה 76, בעמ' 165; וחוות דעתה של השופטת דורנר שם, בעמ' 189. כך גם, למשל, בעניין צמח, ביטל בית-המשפט את תקפותה של הוראת חוק המעניקה סמכות לשוטרי צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות. בית-המשפט קבע, כי הוראת חוק זו אינה חוקתית מאחר שאינה מידתית. בין היתר, משום שלא הוענק משקל נאות לעיקרון החירות האישית ביחס למשקלה של הקצאת המשאבים סבירים שנדרשה כדי לקצר את תקופת המעצר (עניין צמח, לעיל, הערה 57, בעמ' 283). בכך, למעשה, הטיל בית-המשפט על הרשות חובה פוזיטיבית להקצות משאבים סבירים מכוח עיקרון החירות האישית (זאת, במסגרת סמכותו לערוך ביקורת שיפוטית על תקפותו של חוק).

323 בג"צ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. נ' המועצה המקומית רמת השרון, תקדין-עליון 2002(2) 1117; השופטות דורנר ונאור והשופט ריבלין; ניתן בתאריך 2.6.04; ולהלן — "עניין ל.כ.ן.". עניין ל.כ.ן עסק בחלוקת תקציבי הספורט והתמיכות לגופי הספורט ברמת השרון. בית-המשפט (שראה כי הדיונים בעתירה לא הצליחו להביא לגיבוש קריטריונים העונים על הצור-על-תנאי שהוציא), הורה לאמץ את הקריטריונים של משרד המדע, התרבות והספורט, המבטאים "העדפה משווה". לפי קריטריונים אלה, שתכליתם לקדם את הנשים בספורט, פעילות ספורט נשים מקבלת ניקוד גבוה פי 1.5 מפעילות מקבילה של גברים (ראו פסקה 17 לפסק דינה של השופטת נאור). בית-המשפט הדגיש, כי הוא נוקט "בפעולה מתקנת" שנועדה לתקן את ההעדפה שניתנה במשך תקופה ארוכה לספורט הגברים (ראו פסקה 2 לפסק דינו של השופט ריבלין).

324 ראו לעיל בפרק 4.א. (ב).

325 ראו לעיל בסוף פרק 2.ג.

326 ראו לעיל בפרק 4.ד. (א).

327 ראו לעיל בפרק 5.א. ולהלן בפרק 4.ד. (ד).

328 אומנם, הפגיעה בשוויון הקיבוצי של קבוצות האוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון מהווה אף היא פגיעה בכבוד האדם (ראו לעיל בפרק 4.א, ובמיוחד הערה 76). אולם, הפגיעה בשוויון הקיבוצי של קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, מהווה כאמור פגיעה קשה יותר בכבוד האדם, ראו לעיל בפרק 4.ד. (א).

אשר לאורה פותחו עד כה זכויות אדם ועקרונות יסוד הלכתיים, ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית ל"הקצאת משאבים", לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, אשר אינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון. לאור התפיסה אשר לאורה פותחה הזכות להקצאת משאבים לגבי קבוצות האוכלוסייה האמורות, ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית להקצאת משאבים גם לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (זאת, בנוסף לפיתוח הזכות לייצוג הולם). תפיסת העולם של החברה בישראל, כפי שהיא עולה מהחקיקה, לא רק מאפשרת אלא גם מעודדת ורואה כראויה נקיטת פעולות העדפה מתקנת לגבי קבוצות אוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון³²⁹. גם מהפסיקה עולה "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, אשר לאורה ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית להקצאת משאבים לקבוצות האוכלוסייה האמורות. בעניין ל.כ.ן קבע בית-המשפט במקרה קונקרטי זכות הלכתית להקצאת משאבים לנשים (בספורט), שהנה אחת מקבוצות האוכלוסייה המשתייכות כאמור ל"מעגל הפנימי" האמור של עיקרון השוויון³³⁰. פיתוח הלכתי זה חשוב, בין היתר, כאשר קיימת פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי לקבוצות אוכלוסייה אלו, וכאשר ניתן להגשים את השוויון המהותי בפועל (תוך זמן סביר) באמצעות הקצאת משאבים סבירים. במקרה זה, ראוי שבית-המשפט לא יטיל חובת ייצוג הולם, אלא יפתח ויטיל (בהעדרה של חובה חקיקתית) חובת הקצאת משאבים הלכתית.

(ג) נראה כי עד שתתקבל (אם תתקבל) הצעתנו לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון, ראוי שיהא שיקול דעת לגופים אלה להעניק משקל נאות לייצוג ההולם לקבוצות האוכלוסייה האמורות

כאמור, בעשור האחרון ניכרת מגמת התפתחות מואצת של הזכות לייצוג הולם³³¹. משקלה של הזכות כבד בתפיסת עולמנו³³². כמו-כן, קיימים נימוקים כבדי משקל

329 כך, למשל, סעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות קובע: "אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות". הוראה דומה קיימת גם לגבי נשים, בסעיף 1ב(2) לחוק שיווי זכויות האשה: "אבחנה מותרת והעדפה מתקנת. אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה כל אחד מאלה:...הוראה או פעולה, שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של נשים, או הוראה או פעולה, שנועדה לקדם את שוויון".

330 בעניין ל.כ.ן. העניק בית-המשפט סעד קונקרטי בדבר הקצאת משאבים כדי למנוע פגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי של נשים בספורט, אך לא נדונה בו קביעתה של זכות הלכתית כללית להקצאת משאבים לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון.

331 ראו לעיל בפרק ב.

332 ראו לעיל בפרק ד.1.

המחייבים את פיתוחה והרחבת היקפה ה"פנימי" של הזכות לייצוג הולם³³³. לאור זאת, נראה כי עד שתתקבל (אם תתקבל) הצעתנו לפתח ולהרחיב את היקפה ה"פנימי" של הזכות ההלכתית לייצוג הולם באופן שהזכות תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון³³⁴, ראוי שיהא שיקול דעת לגופים אלה להעניק משקל נאות לייצוג הולם של קבוצות האוכלוסייה האמורות³³⁵. החלטה של גוף, להעניק משקל נאות לייצוגן ההולם של קבוצות האוכלוסייה האמורות בגופים האמורים, אין לראותה כיום כהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני המחייבת את התערבות בית-המשפט. אין מדובר בשיקול זר. החלטה כאמור, תימצא כיום, בתוך "מרחב מתחם הסבירות"³³⁶ הרחב של גופים להעניק כאמור משקל נאות לייצוג ההולם. מתחם שיקול דעת זה משמעותו שבית-המשפט גם לא יתערב בהחלטה של אותם גופים שלא להעניק משקל לייצוג ההולם. שתי ההחלטות נמצאות במתחם שיקול הדעת של גופים אלה³³⁷.

מתחם שיקול הדעת של גוף להעניק משקל נאות לייצוג ההולם כאמור, ייקבע לאור טיבו, אופיו, תכליתו של הגוף ולאור שאר נסיבות העניין. כך, למשל, ככל שתת-הייצוג של אותה קבוצה באותו גוף (או באותו סוג של גופים או בכלל מוקדי הכוח המרכזיים בחברה הישראלית) חמור ומתמשך יותר, ככל שחשיבותו של הייצוג באותו גוף לאותה קבוצה גדול יותר, ככל שמדובר בגוף בעל אופי פרטי יותר ושממלא תפקיד פרטי יותר, וככל שמספר המועסקים (למשל, בגוף המעסיק למעלה מ-25 עובדים) הנו גדול יותר, כך ראוי יותר שיהא שיקול דעת רחב יותר לגוף להעניק וולונטרית משקל נאות לייצוג ההולם, וכך ייטה בית-המשפט שלא להתערב בהפעלת שיקול דעת זה³³⁸.

333 ראו לעיל בפרק ד.2.(ה).

334 ראו לעיל בפרק ד.2.

335 לאישור תוכנית וולונטרית (בסוכנות תחבורה) להענקת משקל נאות לייצוג ההולם, ולצורך לעודד תוכניות כאלה, הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי, ראו *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California* 480 U.S. 616 (1987), 626-640 (להלן — "עניין Johnson").

336 עילת אי-הסבירות היא אחת מעילות הפסלות החלה לא רק על גופים ציבוריים, אלא גם למשל על גופים "דו-מהותיים", ראו דברי השופט ברק בעניין מיקרודף, לעיל, הערה 245, בעמ' 463.

337 תוצאה זו (לגבי קבוצות האוכלוסייה האמורות בגופים האמורים), בנסיבות מסוימות, יכולה להיות לא ראויה. לגבי אותה קבוצת אוכלוסייה באותו סוג של גופים, יוענק משקל שונה (אם בכלל) לייצוג ההולם, לאור שיקול דעתו הסובייקטיבי של הגוף הקונקרטי שעורך את המינוי (שכל אחת מהחלטותיו נמצאות כאמור במרחב מתחם הסבירות). סובייקטיביות זו, של הגשמת השוויון המהותי בפועל, אינה ראויה. על-כן, כאמור נראה כי ראוי שתיקבע חובה משפטית להענקת משקל נאות לזכות לייצוג הולם אשר תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון ועל כלל הגופים עליהם חל עיקרון השוויון (ראו לעיל בפרק ד.2).

338 בעניין *Weber* (444 U.S. 193 (1979)) *Steelworker v. Weber* בית-המשפט העליון של ארה"ב קבע, בדעת רוב, כי אין להתערב בהעדפה מתקנת וולונטרית, בתוכניות הכשרה מקצועית, במגזר הפרטי. בעניין זה, נדון הסכם קיבוצי בין מעסיקים פרטיים (מפעלי פלדה) לבין ארגון

(ד) קשה ואין זה ראוי לפתח זכות הלכתית ל"מכסת מינימום ייצוג" כאמור, הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג", שהנה זכות תוצאתית-קשיחה, משמעותה כי יש למלא בכל מקרה ובכל הנסיבות את מכסת הייצוג. למעשה, תכלית הגשמת מכסת הייצוג גוברת על כל תכלית אחרת מתנגשת, היא משקלה אשר יהא, גם אם משקלה כבד יותר. לכן, בזכות ל"מינימום מכסת ייצוג" מגולם הפוטנציאל הגדול ביותר (מבין ביטויי השונים של עיקרון ההעדפה המתקנת) לפגיעה בעלת המשקל הכבד ביותר בעניינים המתנגשים עם הזכות (ככל שמידת מכסת הייצוג הנדרשת גדולה יותר)³³⁹. לכן, נראה כי אין זה ראוי להגשים את השוויון הקיבוצי (לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון) באמצעות הענקת זכות ל"מכסת מינימום ייצוג"³⁴⁰. תפיסה זו, הרואה בזכות ל"מכסת מינימום ייצוג קשיחה" כאמצעי לא מידתי (להגשמת השוויון הקיבוצי), ובזכות לייצוג הולם כאמצעי מידתי, באה לידי ביטוי בשיטות משפט שונות³⁴¹.

עובדים, שביקש להגשים את השוויון הקיבוצי בין עובדים שחורים לבין עובדים לבנים, בתפקידים מקצועיים (craft) להבדיל מתפקידי ייצור (production). הוסכם, כי בתוכניות ההכשרה המקצועית לפועלי המפעל יהיה ייצוג של לפחות 50% לשחורים, תוך מתן משקל לוותק העובדים (התוצאה בפועל הייתה, שפועלים שחורים ותיקים פחות, הועדפו על-פני פועלים לבנים בעלי ותק רב יותר). אומנם, מדובר במקרה זה בהקצאת מכסות ייצוג, אולם אלו הוקצו במסגרת תוכניות להכשרה מקצועית, כדי להביא קבוצת אוכלוסייה הסובלת מתת-ייצוג חמור לנקודת מוצא דומה, מבחינת כשירותם המקצועית, כך שתוכלנה להתמודד על התפקידים המקצועיים. על-כן, אמצעי זה, הנו למעשה "אמצעי ביניים" הנותן ביטוי לכיטוי השונים של עיקרון ההעדפה המתקנת הנדונים במאמר זה. אמצעי זה, נותן ביטוי הן לזכות ל"מכסת ייצוג" (50% שחורים), הן לפאן מסוים של הזכות לייצוג הולם (תוך מתן משקל לוותק העובדים), והן לזכות ל"הקצאת משאבים" (המבקשת להביאם לנקודת מוצא דומה, מבחינת כשירותם המקצועית). בית-המשפט קבע, בדעת רוב (השופטים Brennan, Stewart, White, Marshall ו-Blackmun), כי תוכנית ההעדפה המתקנת הוולונטרית שנקטה היא חוקתית, תוך הדגשת נסיבותיה המיוחדות של התוכנית: היא אינה מהווה מחסום "בלתי עביר" לקידום המקצועי של עובדים לבנים; היא זמנית באופיה; ואינה כרוכה בפיטורי עובדים. השופט Brennan הדגיש, כי תכליתו של סעיף 307 לחוק זכויות האדם משנת 1964 (שנדון שם), לאור לשונו, ההיסטוריה החקיקתית שלו וכוונת המחוקק, היא לעודד מעסיקים פרטיים לנקוט צעדים וולונטריים לתיקון האפליה הגזעית. אומנם, סעיף 703(j), העוסק במעסיקים פרטיים, אינו מטיל חובה על מעסיקים אלה לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת (j) Nothing contained in this title shall be interpreted to require any employer... to grant preferential treatment to any individual or to any group...), אך בכך ביקש המחוקק להימנע מהתערבות במגזר הפרטי ומפגיעה בחופש הקניין של המעסיקים. על-כן, אין לפרשו כך שיתערב במגזר הפרטי ויאסור על מעסיקים לנקוט מדיניות וולונטרית של העדפה מתקנת (ibid, at pp. 204–207). לעומת זאת, דעת המיעוט של הנשיא Burger והשופט Rehnquist, סברה כי מדובר כאן בהעדפה מתקנת המבוססת על קביעת מכסות, האסורה על-פי לשון החוק. דעת המיעוט התבססה על גישה פורמליסטית. לדעתם, החלטת הרוב היא בבחינת "חקיקה שיפוטית" שיש להימנע ממנה ו"כתיבה מחדש" של החוק הפוגעת בעיקרון הפרדת הרשויות (ibid, at pp. 216–217).

339 ראו לעיל בפרקים א.5 ו-א.2.

340 ראו לעיל בפרקים ב ו-ד.

341 גישה זו, קיימת בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארה"ב (בה נוסד ופותח עיקרון ההעדפה

יתרה מזו, את הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג" קשה לפתח הלכתית. ביטוי המכריע של עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל, הוא בהענקת הזכות לייצוג הולם ולא בהענקת הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג". "הוראות הייצוג" בשיטת המשפט בישראל, הנן

המתקנת, מאמצע שנות השישים), מאז עניין *Bakke* ועד היום. בעניין *Bakke*, ראה השופט Powell (שחוות דעתו הכריעה את הכף בין דעותיהם השונות והמגוונות של שאר השופטים) את האמצעי בדבר קביעת מכסות ייצוג כאמצעי לא מידתי, הגם שתכליתה של ההעדפה המתקנת באותו מקרה הייתה ראויה (*Bakke, supra note 18, at p. 315*). בעניין זה, נדונה תוכנית קבלה מיוחדת לבני מיעוטים בבית הספר לרפואה ע"ש דיוויס באוניברסיטת קליפורניה. על-פי תוכנית זו, נקבעה מכסת מינימום של 16 מקומות מתוך 100 לבני מיעוטים בבית הספר ראה בהם כמקופחים מבחינת השכלה ורקע כלכלי. השופט פאוול לא השתכנע, כי קביעת המכסות הייתה האמצעי היחיד שהיה בידי האוניברסיטה לנקוט כדי להגשים את התכלית הראויה בדבר הענקת העדפה מתקנת למיעוטים. לראיה לכך, מביא פאוול את הניסיון של אוניברסיטאות הרווארד ופרנסטון שהצליחו להגשים תוצאה בפועל של מגוון, בדרך ראויה ולא באמצעות קביעת מכסות. כך, למשל, על-פי שיטת המגוון של אוניברסיטת הרווארד, כל המועמדים נבחנו על-פי עמידתם בקריטריונים האקדמיים הרגילים לאוניברסיטה. לא נקבעו מכסות. כל מקרה נדון לגופו. יחד עם זאת, מידת הייצוג של בני האוכלוסיות השונות ממוצא שונה (גזעי או גיאוגרפי), הנו שיקול רלוונטי. שיקול זה הנו אך אחד מתוך השיקולים הרלוונטיים שיש להעניק להם משקל נאות בהליך קבלתו של כל מומעד לאוניברסיטה, הגם ששיקול המוצא, יכול להיות בנסיבות מסוימות בעל משקל מכריע (*ibid, at pp. 323-325*). את דעתו זו, הפעיל השופט Powell (בדעת הרוב) גם בעניין *Wygant*, עת פסל הסכם קיבוצי בתחום החינוך הציבורי, אשר קבע כי יש לשמור תמיד על יחס קבוע בין לבנים ושחורים במקרה של פיטורי מורים (גם אם יפוטרו מורים לבנים בעלי ותק רב יותר). גם בעניין *Croson Co. v. City of Richmond* (1989) 469 U.S. 488, פסל בית-המשפט תוכנית העדפה מתקנת עירונית, שקבעה מכסת ייצוג "קשיחה" של 30% מכלל העבודות הציבוריות לקבלני משנה בני מיעוטים. לעומת זאת, כאשר לא נקבעו מכסות ייצוג, אישר בית-המשפט את תוכניות ההעדפה המתקנת. כך, למשל, בעניין *Johnson* (בו כתב השופט Brennan את דעת הרוב), אושרה תוכנית העדפה מתקנת ולונטרית לנשים ולבני מיעוטים בסוכנות תחבורה. בית-המשפט קבע, כי התוכנית הנה לתכלית ראויה (להגשים את הייצוג ההולם של קבוצות אוכלוסייה אלו בסוכנות) ומידתית (מאחר שכל מקרה נדון לגופו, באופן שהשיקול בדבר הייצוג ההולם היה אך אחד השיקולים מכלל השיקולים הרלוונטיים שהוענק לו משקל נאות). גם בעניין *Fullilove v. Klutznick, Secretary* (1980) 448 U.S. 448 (*of Commerce*), אישר בית-המשפט את חוקתיותו של חוק אשר נקט מדיניות של העדפה מתקנת אך לא קבע מכסות "קשיחות". בעניין זה, נדונה עתירה כנגד תקפותו של חוק (Public Works Employment Act of 1977) הקובע, כי למעט מקרים בהם החליט השר (המסחר והתעשייה) אחרת, 10% מכלל העבודות שיוענק להן סיוע פדראלי, יוקצו לעסקים בבעלות בני מיעוטים. המכסה שנקבעה אינה "קשיחה" מאחר שהשר יכול גם להחליט אחרת. על-כן, האמצעי הנו מידתי. בית-המשפט קבע גם כי חקיקת הקונגרס הייתה בנסיבות העניין לתכלית ראויה (הממצא הסטטיסטי שקבע, כי במצב הקיים, רק 1% מכלל ההקצאות הפדראליות הופנה לעסקים בבעלות בני מיעוטים, ששיעורם עמד על כ-18% מכלל האוכלוסייה), ראו: *ibid, at p. 473*. לאור הבחנה זו, שנקבעה עוד בעניין *Bakke*, בין האמצעי המידתי בדבר הייצוג ההולם לבין האמצעי הלא מידתי בדבר קביעתה של "מכסת מינימום ייצוג קשיחה", פסק בית-המשפט העליון של ארה"ב לאחרונה, ביוני 2003, בשני עניינים, *Grutter* ו-*Gratz*. בעניין *Grutter*, נדונה עתירתה של צעירה לבנה שטענה כי מועמדותה לפקולטה למשפטים של אוניברסיטת מישיגן נדחתה בשל מדיניות ההעדפה המתקנת של הפקולטה כלפי בני מיעוטים. בית-המשפט (מפי השופט O'Connor, אליה הצטרפו השופט Ginsburg והשופט Stevens,

ברובן המכריע הוראות "ייצוג הולם". כך גם זכויות הייצוג ההלכתיות הנן כולן זכויות לייצוג הולם³⁴². ממכלול הנורמות שמעניקות את זכויות הייצוג בישראל, עולה תפיסת עולמה של החברה בישראל, כי לשם הגשמת השוויון הקיבוצי יש להעדיף, מבין שני סוגי זכויות הייצוג האמורים, את הזכות לייצוג הולם. לכן, לאור "מערכת החיים הלאומיים" של העם בישראל, קשה לפתח זכות הלכתית ל"מכסת מינימום ייצוג". כמורכב, פיתוחו של עיקרון הלכתי כחלק משיטת המשפט, משמעותו שהעיקרון מהווה שיקול ענייני שיש להעניק לו משקל נאות יחד עם שאר השיקולים הרלוונטיים, כחלק מהפעלת שיקול הדעת של גוף, בנסיבותיו של כל מקרה קונקרטי³⁴³. לכן, עצם פיתוח הזכות ההלכתית ל"מכסת מינימום ייצוג קשיחה" קשה ליישבה עם תפקידו בישראל של בית המשפט כמפתח עיקרון הלכתי.

Sauter ו-Breyer) דחה, בדעת הרוב, את העתירה בקובעו כי בחינת כל מועמד לגופו, תוך הענקת משקל נאות לייצוג ההולם, יחד עם הענקת משקל נאות לשאר השיקולים הרלוונטיים, הנו אמצעי מידתי ("Narrowly Tailored"). דעת המיעוט של הנשיא Rehnquist והשופטים Kennedy ו-Thomas, Scalia ו-Kennedy הסתייגה בחריפות מגישה זו, המבקשת לדעתם להגשים איזון בין הגזעים באמצעות אפליה בוטה ואסורה. לעומת זאת, בעניין Gratz, בית המשפט ראה כאפליה אסורה תוכנית להעדפה מתקנת לבני מיעוטים בקבלה ללימודים, במסגרתה הוענקו אוטומטית לבני מיעוטים 20 נקודות מתוך 100 הדרושות להבטחת קבלתו של מועמד. בית המשפט ראה באופיו האוטומטי של מנגנון הקבלה והעדר בחינה אישית של כל מועמד כפגיעה בלתי מידתית. גם בפסיקה האירופית קיימת ההבחנה האמורה, הרואה בזכות לייצוג הולם אמצעי מידתי, ובזכות ל"מכסת מינימום ייצוג" אמצעי לא מידתי. כך, למשל, צעד ה-European Court of Justice בעניין *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* (450/39): [1996] ECR I-3051, (*Kalanke*), בעקבות פסק הדין בעניין *Bakke*. בית המשפט קבע, כי חוק מדינתי המפעיל מדיניות של העדפה מתקנת באמצעות הפעלת מכסות נוקשות, אינו מידתי. באותו עניין החוק המדינתי קבע, כי בכל מקרה בו קיים תתייצוג לנשים (כאשר שיעור הנשים באותה רמת משרה לא הגיע ל-50%), ולגביהן קיימת התמודדות בין מועמדים בני שני המינים בעלי אותם כישורים, תינתן עדיפות אוטומטית לנשים. לעומת זאת, בעניין *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* Marschall, [1997] All E.R. (EC) 865 ((C-409/95)), נדון חוק מדינתי הקובע, כי אשה תזכה במשרה, רק אם לא מתקיימות נסיבות אישיות מיוחדות לטובת הגבר; המועמדים בני שני המינים הנם בעלי אותם כישורים; וכאשר באותה רמת משרה קיים תתייצוג לנשים של מתחת ל-50%. בעניין זה, חיווה ה-European Court of Justice את דעתו, כי מאחר שבחוק המדינתי נקבע סייג, המתחשב בנסיבותיו האישיות של כל מועמד, אין מדובר ב"מכסה נוקשה" ועל-כן החוק מידתי. גישה שונה מההבחנה האמורה (העולה מהפסיקה האמריקאית והאירופית), ניתן למצוא בקנדה בפסק דינו של השופט Dickson [1987] 1 SCR) *Canadian National Railway Co. v. Canada* (1114). בפסק דין זה, אישר בית המשפט העליון פה אחד את קביעתן של מכסות לנשים בשיעור רבע מתפקידי הניהול בחברת הרכבת הלאומית של קנדה במסגרת תוכנית להעדפה מתקנת. למדינות באירופה שבהן נקבעה הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג" לאנשים עם מוגבלות, ולדעות החלוקות בדבר האפקטיביות של שיטת המכסות האירופית, ראו: א' אופיר וד' אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג (תשס"ב) 41, 69 וההפניות שם.

342 ראו לעיל בפרקים א.5 ו-ב.

343 ראו לעיל בפרק ג.

על-כן, נראה כי קשה ואין זה ראוי לפתח את הזכות ההלכתית ל"מינימום מכסת ייצוג" (גם לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון). כאמור, את הזכות ההלכתית לייצוג הולם ראוי לפתח לקבוצות האוכלוסייה (הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון) המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון (זאת, בנוסף לזכות ההלכתית להקצאת משאבים)³⁴⁴. לקבוצות האוכלוסייה (הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון) שאינן משתייכות ל"מעגל הפנימי" האמור של העיקרון, ראוי לפתח את הזכות להקצאת משאבים ולא את הזכות לייצוג הולם³⁴⁵. מסקנתנו זו, נובעת מ"מדרג" משקל הפגיעה בעניינים המתנגשים עם הזכות (כתוצאה מהענקת הזכות), ביחס ל"מדרג" משקל הפגיעה בשוויון הקיבוצי כתוצאה מאי-הענקת הזכות. בהענקת "הזכות להקצאת משאבים", מגולם הפוטנציאל הקטן ביותר לפגיעה (ובמיוחד לפגיעה בעלת משקל כבד) בעניינים המתנגשים עם הזכות³⁴⁶. בהענקת הזכות לייצוג הולם מגולם פוטנציאל לפגיעה בעניינים המתנגשים בזכות שהנו גדול יותר מאשר זה שבהענקת הזכות להקצאת משאבים. בזכות ל"מינימום מכסת ייצוג" מגולם כאמור הפוטנציאל הגדול ביותר לפגיעה בעלת המשקל הכבד ביותר בעניינים המתנגשים בזכות.

על-כן, לאור דרישת המידתיות³⁴⁷, רק במידה ולא ניתן להגשים את השוויון הקיבוצי באמצעות הקצאת משאבים, ראוי לפנות לשימוש באמצעי בדבר הענקת הזכות לייצוג הולם. כדי שחוק או החלטה להענקת זכות לייצוג הולם יהיו מידתיים, יש להראות תחילה שהאמצעי הפוגע פחות – הקצאת משאבים, לא מתאים בנסיבות העניין להגשמת התכלית ולא יגשים בפועל, ותוך זמן סביר, את הייצוג ההולם³⁴⁸. בזכות ל"מינימום מכסת ייצוג קשיחה" יש לעשות שימוש (אם בכלל, ועל-ידי המחוקק) רק כ"אמצעי אחרון" ובמקרים המיוחדים והקיצוניים ביותר (לקבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון), כאשר זה הוא האמצעי היחיד (מבין אמצעי ההעדפה המתקנת) להגשמת הייצוג ההולם, ותוך קביעת מידת מכסת ייצוג סבירה. בכך מתבטאת מידתיות הפעלת עיקרון ההעדפה המתקנת. לאור זאת, סיכוייהם של חוק או של החלטת גוף להקצות משאבים (שתכליתם להגשים את השוויון הקיבוצי לקבוצות אוכלוסייה הסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון), לעמוד בתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה, הנם הגדולים ביותר מבין ביטויי האחרים של עיקרון ההעדפה המתקנת (וככל שהמשאבים הנם סבירים יותר).

344 ראו לעיל בפרק ד.2.

345 ראו להלן בפרק ד.4.

346 ראו לעיל בפרק זה.

347 התכלית במקרה זה הנה ראויה – הגשמת השוויון הקיבוצי-המהותי בפועל.

348 גם גישה זו בדבר העדפת האלטרנטיבה הפוגעת פחות בזכות, באה לידי ביטוי בעניין קול העם, לעיל, הערה 7, בעמ' 829. לשלושת מרכיביה של המידתיות, ראו, למשל, השופט ברק בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385.

כמורכב, סיכוייהם של החלטת גוף או של חוק המעניקים את הזכות לייצוג הולם, לעמוד בתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה, הנם רבים יותר מאשר סיכוייהם של החלטת גוף או של חוק המעניקים את הזכות ל"מינימום מכסת ייצוג קשיחה" (וככל שמידת מכסת הייצוג הנדרשת גדולה יותר)³⁴⁹. עצם קביעת מכסת ייצוג קשיחה (השוללת מראש את אפשרות איזונה של הזכות, בהליך קבלת ההחלטה, עם העניינים המתנגשים), עלולה לסתור מניה וביה את תנאי המידתיות שהנו, על-פי טיבו, "תנאי איזון". לעומת זאת, סיכוייהם של החלטת גוף או של חוק המעניקים את הזכות לייצוג הולם, לעמוד בתנאי המידתיות של פסקת ההגבלה הנם רבים יותר. הזכות לייצוג הולם, קובעת אמת מידה גמישה לקביעת היקף ההגנה המשפטית על הזכות, אשר ניתן וראוי להפעילה ולפרשה לאור תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה. כך, למשל, סעיף 6ג לחוק שיווי זכויות האשה, המעניק את הזכות לייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים, משתמש במונחים כמו "ככל שניתן בנסיבות העניין" ו"כישורים דומים". אין קושי לפרש מונחים אלה כך שיתיישבו עם חוקי היסוד. כך גם ראוי לפרשם³⁵⁰.

349 כך, למשל, במסגרת תוכניות להעדפה מתקנת שהפעיל שירות המדינה (ראו לעיל הערה 91), הוקצו 150 משרות לערבים ולדרוזים, בדרך של קביעת מכרזים סגורים שבהם התמודדה האוכלוסייה הערבית בינה לבין עצמה. בכך, אומנם ננקט הביטוי הקיצוני והלא רצוי של עיקרון ההעדפה המתקנת (קביעת מכסות ייצוג), אולם, במקרה זה, מדובר במידת מכסת ייצוג שולית ומצומצמת ביותר ביחס למספרם של כלל העובדים בשירות המדינה. לכן, משקלה של הפגיעה בעניינים המתנגשים עם הזכות ל"מכסת מינימום ייצוג" אינה כבדה, ביחס למשקלו במקרה זה של קידום השוויון הקיבוצי.

350 כאשר קיימת יותר מאשר אפשרות פרשנית אחת לחוק, אזי לאור עיקרון הפרדת הרשויות יעדיף בית-המשפט את האפשרות הפרשנית המעמידה את החוק בחזקת תקפותו ויעניק למונחים האמורים את הפירוש המיישב את פירושה עם הנורמות שמעליהן – חוקי היסוד, ולא יכריז על בטלותו של חוק. מבין שני פירושים אפשריים לחוק, בית-המשפט יבחר את אותו פירוש לחוק המיישב אותו עם חוק היסוד (השופט ברק בבג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164; בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 810; השופט שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל, הערה 75, בעמ' 350: "בית המשפט לא יחליט בבדיקה חוקתית ... אם יש טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בענין נושא הדיון").

מורגש, בנוסף לפיתוח הזכות לייצוג הולם "הרגיל", בו עוסק מאמר זה, לדעתנו ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם בעניינים נוספים, לקבוצות אוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, בגופים עליהם חלה חובת הענקת הזכות לייצוג הולם. כך, למשל, לאור התפיסה אשר לאורה ראוי לפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם, ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הנאות של נשים-מרואיינות ברשות השידור וברשות השנייה. פיתוחה של זכות הלכתית זו, נגזר מהענקת הזכות לייצוג הולם לנשים ברשות השידור וברשות השנייה (מכוח סעיף 6(ג) לחוק שיווי זכויות האשה, בשל היותן תאגידים שהוקמו בחוק, ראו סעיפים 1 ו-5 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 106, וסעיפים 2 ו-3 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 58); ייצוג הנאות של נשים-מרואיינות מגשים את תכליתה של הזכות לייצוג הולם בדבר יצירת מגוון חברתי עשיר מבחינה תרבותית ומחשבתית, החשובה במיוחד באמצעי התקשורת (ראו לעיל הערה 18 ובטקסט שבסמוך לה); מהוראות בחוק רשות השידור וחוק הרשות השנייה (סעיף 4 לחוק רשות השידור ובמיוחד סעיף 5 לחוק הרשות

5. ההסדר החקיקתי החיובי לעניין קביעתה של הזכות לייצוג הולם אין לראותו כהסדר שלילי לעניין קביעתה של זכות הלכתית רחבה יותר

תפיסה חוקתית ראויה של זכויות אדם בשיטת משפט דמוקרטית מניחה כי כל דבר חקיקה מבקש להגן על זכויות האדם המוכרות באותה שיטת משפט ולא לפגוע בהן. תכליתו לקיים ולשמור על זכויות האדם³⁵¹. המחוקק מוחזק בחזקתו, כי הוא מבקש להגשים את עקרונות היסוד של השיטה. הנחה זו קיימת בוודאי לגבי הגשמת עיקרון השוויון³⁵² הכולל את הזכות להעדפה מתקנת בהיקפה (גם ההלכתי) המוכר בשיטה. הנחה זו קיימת בוודאי גם לגבי עיקרון הפרדת הרשויות ותפקידו של בית-המשפט במדינה דמוקרטית. החוק מוחזק בחזקתו, כי הוא אינו מבקש לשלול את סמכותו של בית-משפט לפתח את הזכות להעדפה מתקנת (על-פי כללי פיתוח המשפט המוכרים של השיטה)³⁵³. ברגע ששיטת המשפט מכירה בזכות או בעיקרון, משתלבים הם כחלק מהשיטה ולגביהם קיימת ההנחה האמורה בדבר קיומם באותה שיטת משפט. אומנם קיים לעתים "חסר בחקיקה", אך אין מדובר ב"חסר" נורמטיבי³⁵⁴ בשיטה. כדי לשלול

השנייה המטילים על רשויות אלה לפעול במילוי תפקידיה למתן ביטוי למגוון התרבותי בחברה הישראלית; ומהיותן של רשות השידור והרשות השנייה במה ולא רק דובר, מעמד המטיל עליהם גם תפקידים חוקתיים-ציבוריים (ראו: א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כ"ז (תשנ"ז) 223, 243. למגמה לאחורונה של שימוש גובר בחובת הייצוג ההולם לשם הגשמת מטרות ואינטרסים ציבוריים, ראו לעיל בסוף פרק ב).

כמו-כן, ניתן וראוי לפתח זכות הלכתית לייצוג הולם (מבחינת היקפה ה"פנימי"), באמצעי התקשורת הפרטיים, כולל בעיתונות הכתובה, לכלל קבוצות האוכלוסייה שמוענקת להן הזכות בישראל. דעתנו זו, מתבקשת מכך שהתקשורת הפרטית, כולל הכתובה, הנה גוף "דו-מהותי" (ראו: שם, ע' 240–248). ואם תאמר מדובר בגוף בעל אופי פרטי, הרי הוא גוף בעל אופי פרטי אשר תפקידו הוא תפקיד בעל אופי ציבורי. בשל כך חלים עליו עקרונות המשפט הציבורי ובכללם עיקרון השוויון, הכולל את הזכות לייצוג הולם (לגבי קבוצות האוכלוסייה שהוענקה להן הזכות לייצוג הולם בישראל). ראו לעיל פרקים ג.3(ד) ו-ד.2(ב).

351 לחזקות תכלית המשקפות זכויות אדם, ראו: ברק, לעיל, הערה 80, בעמ' 425–426. כן ראו השופט ברק בבג"צ 524/88 "פרי העמק" – אגודה שיתופית בע"מ נ' שדה יעקוב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561: "נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי. ההנחה הינה כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא מתחת ידו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמור את זכויות היסוד. מכאן, שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמור את זכויות היסוד ולא לפגוע בהן".

352 ראו לעניין זה, למשל, השופט חיים כהן בבג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי, פ"ד יח 598, 612; השופט ברק בעניין פורז, לעיל, הערה 2, בעמ' 329–334; השופט דורנר בעניין מילר, לעיל, הערה 56, בעמ' 139; ע"א 2000/97 לינדורג נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12, 30.

353 ראו, למשל, השופט ברק בעניין פורז, לעיל, הערה 2, בעמ' 329.

354 ראו השופט זמיר, בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל, הערה 8, בעמ' 32: "אולם, כפי שנתברר, הוראות החוק בדבר ייצוג הולם של נשים, אף שהן מכסות את רוב רובו של השירות הציבורי, כמים לים מכסים, הן משאירות פה ושם איים שאינם מכוסים. כך, בין היתר, במוסד לביטוח לאומי...למה ומדוע? אין לכך תשובה מפורשת או ברורה. בהעדר טעם נראה לעין, התשובה המסתברת היא, שאין זו אלא השמטה מקרית, כלומר, חסר בחקיקה ולא הסדר שלילי. כיוון

הנחה זו בדבר קיומם בשיטת המשפט, יש להצביע על הוראת חוק מפורשת או תכלית בעלת משקל כבד השוללת את קיומם של העיקרון או של הזכות³⁵⁵. הוראה או תכלית כאמור אינם קיימים במקרה זה. נהפוך הוא.

תכליתן של הוראות החוק המעניקות את הזכות לייצוג הולם היא להגשים את הזכות לייצוג הולם ולא לפגוע בה³⁵⁶. אין זה ראוי שהוראות חוק שנועדו לקדם את הזכות לייצוג הולם תפורשנה כך שתגרומנה לפגיעה בזכות (ההלכתית) לייצוג הולם. תכליתן של הוראות אלו גם אינה לפגוע בסמכותו ובתפקידו של בית-המשפט בתחום פיתוח המשפט (פיתוח הזכות ההלכתית להעדפה מתקנת) לאור עיקרון הפרדת הרשויות כפי שהוא מקובל בשיטת המשפט הישראלית³⁵⁷. כמו-כן, לא קיימת תכלית אחרת בעלת משקל כבד יותר או הוראת חוק מפורשת השוללת את הרחבתה ההלכתית של הזכות החקיקתית לייצוג הולם ואת תפקידו של בית-המשפט להמשיך ולפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם ואת הזכות ל"הקצאת משאבים"³⁵⁸.

על-כן, פרשנות תכליתית ראויה של הוראות החוק המעניקות את הזכות לייצוג הולם משמעותה כי אין לראות את ההסדר החקיקתי החיובי לעניין קביעתה של זכות חקיקתית לייצוג הולם, כהסדר שלילי לעניין קביעתה של זכות הלכתית

שכך, גדול כוחה של הדוקטרינה בדבר ייצוג הולם של נשים בשירות הציבורי כדי למלא את החסר, ולהשליך עצמה גם על המינהלה של המוסד לביטוח לאומי. ואכן כך פסק בית-המשפט במשפט שדולת הנשים השני".

355 ראו לעניין זה, למשל, השופט ברק בעניין פורז, לעיל, הערה 2, בעמ' 328–329.
 356 תכלית זו של הוראות החוק האמורות, עולה גם מתכליתו הכללית של חוק שיווי זכויות האשה אשר נועד להבטיח "שוויון מלא בין האשה לבין האיש" (סעיף 1 לחוק — "מטרת החוק"), כולל "שוויון בזכויות חברתיות" (סעיף 6 לחוק), ומתכליתו הכללית של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אשר נועד להגשים את "זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים" של האדם עם מוגבלות (סעיף 2 לחוק — סעיף "מטרה"). תכלית זו עולה גם ממגילת העצמאות המכריזה, כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". כאמור, הזכות לייצוג הולם הנה זכות חברתית (ראו לעיל בפרק 1.ד). גישה פרשנית זו, המפרשת הוראת חוק ספציפית לאור שאר הוראות אותו חוק (אף אם אינה "פסקת מטרה"), נקט השופט לנדוי כבר בעניין ברגמן עת פירש את המונח "שוות" שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, העוסק בשיטת הבחירות כמכוננת הן לזכות לבחור והן לזכות להיבחר וזאת לאור הסדר העקבי של הוראות סעיפים 4, 5 ו-6 לחוק היסוד. סעיף 4 בראש עם משמעותו הכללית, ולאחריו באים סעיף 5 העוסק בזכות לבחור וסעיף 6 העוסק בזכות להיבחר. אילו התייחס המונח "שוות" אך לזכות לבחור ("קול אחד לכל אחד" כפי שהציע היועץ המשפטי לממשלה), היה צריך לכלול אותו בסעיף העוסק בזכות לבחור (עניין ברגמן, לעיל, הערה 3, בעמ' 698).

357 להוראות חוק אלו, ראו לעיל בפרק ב.
 358 למשקלם של השיקולים והתכליות השוללים את קיומה של הזכות לייצוג הולם, ראו לעיל בפרק א.2. כאמור, לדעתנו משקלם של שיקולים אלה אינם שוללים את עצם קיומה של הזכות. לאור איזונים (בכל שלבי ההכרעה) עם השיקולים התומכים בקיומה של הזכות, יש לקבוע את היקפה ("הפנימי" ואת היקף ההגנה המשפטית עליה).

רחבה יותר³⁵⁹. עצם קיומו של הסדר חקיקתי הקובע את קיומה, היקפה ה"פנימי" והיקף ההגנה המשפטית על הזכות לייצוג הולם, לקבוצות אוכלוסייה מסוימות בגופים מסוימים (למשל, סעיף 6 לחוק שווי זכויות האשה), אינו מונע את קיומה במקביל ובנוסף של זכות הלכתית רחבה יותר. אין הוא מונע את פיתוחה בעתיד לגבי קבוצות אוכלוסייה נוספות ולגבי גופים נוספים³⁶⁰. אין הוא מונע גם את פיתוחה של זכות הלכתית נוספת, הזכות ל"הקצאת משאבים", שהנה ביטוי נוסף של עיקרון ההעדפה המתקנת³⁶¹.

"הוראות הייצוג" אינן שוללות, בשל התפיסה החוקתית האמורה, גם את קיומה של זכות הלכתית מקבילה ורחבה יותר לייצוג הולם שקדמה לחקיקתן של "הוראות הייצוג". לכן, למשל, הזכות ההלכתית הרחבה לייצוג הולם לנשים ב"גופים ציבוריים" שפותחה בעניין שדולת הנשים השני, ממשיכה להתקיים יחד ובמקביל עם הזכות החקיקתית, המאוחרת יותר, שתחולתה הוגדרה בסעיף 6 אך ל"גופים הציבוריים" המנויים בסעיף. המונח "גופים ציבוריים" לא צומצם ולא הוגדר בפסק הדין בעניין

359 לגישה פרשנית עקרונית זו, ראו לאחרונה השופט ברק בבג"צ 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, 330–334.

360 גישה עקרונית דומה נקט השופט שמגר בעניין ציטרין, כאשר קבע את קיומה של זכות הלכתית לחיסיון עיתונאי מפני גילוי מקורות המידע, למרות שדבר החקיקה המפרט את רשימת החסינות בהם הוא מכיר (פרק ג' של פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971), אינו כולל את החיסיון העיתונאי (ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337). השופט שמגר לא ראה בדבר החקיקה הסדר שלילי, הקובע רשימה סגורה של סוגי הזכאים לחיסיון, השולל את פיתוחה ההלכתי המקביל של זכות לחיסיון רחבה יותר. משום ש"אם נסיק מן השתיקה קיומו של הסדר שלילי, עלול הדבר להביא לעוות של התפיסה החוקתית שלנו ולפגיעה בזכות, שקיומה הוא בעל משקל מבחינה ציבורית" (שם, בעמ' 356). כך, פיתח השופט שמגר את החיסיון העיתונאי ההלכתי שאותו הסיק באופן הגיוני, ישיר והכרחי מאופיו של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל ("מערכת מדינית חופשית ודמוקרטית") ומחשיבותו של עיקרון חופש הביטוי לשיטת משטר זו. הזכות לחיסיון עיתונאי נגזרת מהזכות לאסוף ולהפיץ מידע (הצורך להגן על מקורות המידע) שהם חלק מחופש הביטוי (שם, בעמ' 357–358). על-כן, למעשה, היקפו של עיקרון חופש הביטוי פורש פרשנות חוקתית ככולל גם את הזכות ההלכתית לחיסיון העיתונאי. הזכות לחיסיון העיתונאי פותחה על-ידי בית-המשפט בנוסף, במקביל ולמרות קיומה של רשימת חסינות חקיקתית שלא כללה זכות זו. בדומה, מוצע כאמור לפרש את היקפו של עיקרון ההעדפה המתקנת ככולל גם את הזכות ההלכתית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים" שהנה רחבה יותר (מבחינת הגופים עליהם חלה הזכות) מאשר הזכות החקיקתית. זאת, בנוסף, במקביל ולמרות קיומה של רשימת "גופים ציבוריים" חקיקתית מצומצמת יותר. בהקשר זה, לאחרונה הוגשה לכנסת הצעת חוק הראיות לתיקון פקודת הראיות (חיסיון עיתונאי), התשס"ג–2003 של חברת הכנסת ז' גלאון (664/9), הדומה להצעות חוק קודמות) המאמצת את עיקרי המלצותיה של ועדה שבראשה עמד פרופ' אשר מעוז, לפיהם יש להעניק חיסיון עיתונאי יחסי. ההצעה הוגשה לנשיאות הכנסת ב"ז באייר התשס"ג–19.5.03, ראו www.knesset.gov.il. לגישה העקרונית להענקת חיסיון יחסי לעיתונאי, ראו השופט שמגר שם, בעמ' 360–361).

361 לפיתוח זה, ראו לעיל בפרקים ד.1–ד.4.

שדולת הנשים השני. על-כן, ניתן להגדירו באופן רחב, כך שיכלול גם גופים שראוי להכלילם בגדר "גופים ציבוריים", אף אם אינם כלולים ברשימת "הגופים הציבוריים" המנויים בסעיף 362ג. על-כן, כיום למעשה קיימת לבני שני המינים, הן זכות חקיקתית לייצוג הולם ב"גופים ציבוריים" המנויים בסעיף 362, והן זכות הלכתית לייצוג הולם רחבה יותר (מבחינת הגופים עליהם חלה הזכות).

ה. סיכום

לפני כעשור שנים תהה השופט מצא "ימים יגידו, מה יהיה מרחב פעולתו של עיקרון ההעדפה המתקנת בישראל"³⁶³. עשור שנים אמרו את דברם. בעשור זה, ניכרת בישראל מגמת התפתחות ברורה, עקבית, שיטתית ומואצת של הזכות לייצוג הולם, שהנה הביטוי המכריע בישראל לעיקרון ההעדפה המתקנת. במסגרת התפתחות זו, הורחב היקפה ה"פנימי" של הזכות והיקף ההגנה המשפטית עליה, הן מבחינת קבוצות האוכלוסייה שמוענקת להן הזכות לייצוג הולם והן מבחינת הגופים עליהם חלה החובה להעניק את הזכות.

התפתחות זו של הזכות נעשתה הן בחקיקה והן בפסיקה. פיתוח הזכות ההלכתית לייצוג הולם נעשה לאור אותה תפיסה ולאור אותה חשיבה משפטית-חוקתית-שיטתית, אשר את התשתית העיונית לפיתוחן הניח השופט אגרנט לפני יובל שנים בעניין קול העם. לאורה של תפיסה זו, ניתן וראוי להמשיך ולפתח הלכתית את עיקרון ההעדפה המתקנת.

עיקרון ההעדפה המתקנת ראוי להמשיך ולפתחו באופן שהזכות לייצוג הולם, מבחינת היקפה ה"פנימי", תחול בשוויון על כלל קבוצות האוכלוסייה המשתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון, ועל כלל הגופים עליהם חל העיקרון. לעומת זאת, הגשמת השוויון לקבוצות אוכלוסייה שאינן משתייכות ל"גרעין החוקתי" של עיקרון השוויון והסובלות מפגיעה קשה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי, ראוי שתיעשה באמצעות הקצאת משאבים סבירים של כלל החברה, כולל באמצעות הענקת הזכות ל"הקצאת משאבים", אך לא באמצעות הזכות לייצוג הולם.

פיתוח היקפו ה"פנימי" המוצע של עיקרון ההעדפה המתקנת, מתבקש בישראל

362 לכן, למשל, הזכות החקיקתית לייצוג הולם שהוענקה לנשים, בנובמבר 2003, בגופי ספורט המקבלים תמיכה לפי חוק יסודות התקציב (ראו לעיל בפרק ב), הייתה קיימת הלכתית גם קודם לכן. גופי הספורט האמורים נכללים בגדר "גופים ציבוריים" החייבים הלכתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לנשים מכוח עניין שדולת הנשים השני. זכות הלכתית זו, קיימת כיום גם לבני האוכלוסייה הערבית (מכוח עניין האגודה לזכויות האזרח – ראו לעיל בפרק ב) ולאנשים עם מוגבלות (על-פי הגישה המוצעת על ידינו – ראו לעיל בפרק ד.2).

363 עניין שדולת הנשים הראשון, לעיל, הערה 8, בעמ' 526.

אשר בחברתה עדיין קיימת פגיעה קשה, חמורה ומתמשכת בשוויון הקיבוצי. מחובתה של חברה למנוע את קיומו בקרבה של "כשל חברתי" קשה זה. מחובתן של רשויות השלטון, כולל בתי המשפט (כאשר נראה שאין גוף אחר שיפעל), למצוא את הדרך הראויה לאזן בין הכוח השלטוני וכוחו של "השוק החופשי", לבין הפגיעה החמורה והמתמשכת בשוויון הקיבוצי הפוגע בכבודו האנושי של האדם שנברא בצלם. זו היא תפיסת עולמנו. זו היא חובתנו המוסרית כחברה. זו היא חובתה של שיטת המשפט. זה הוא תפקידו של בית-משפט במדינה דמוקרטית. ימים יגידו מה יעלה בגורלה של הצעתנו זו להרחיב את היקפו ה"פנימי" ואת היקף ההגנה המשפטית על עיקרון ההעדפה המתקנת.