

## העדפה מתקנת בארצות-הברית: עלייתה, ירידתה ועלייתה?

יורם רבין\*

You do not take a person who for years has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of the race and then say: "You are free to compete with all others," and still believe that you have been completely fair... We seek not just legal equality but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as result.<sup>1</sup>

### מבוא

עמדתו של המשפט האמריקאי ביחס לדוקטרינת "ההעדפה המתקנת" מעוררת עניין משני טעמים עיקריים: ראשית, ארצות-הברית – בשל חוקתה הוותיקה ובשל היותה כיום מעצמת-העל היחידה בזירה הבינ-לאומית<sup>2</sup> – נחשבת למעצמת זכויות אדם, ובשל כך למודל מקובל להשוואה בנושאים הקשורים לפיתוח מודלים של הגנה על זכויות אדם (אם כי לא תמיד בצדק);<sup>3</sup> שנית, הורתה ולידתה של הדוקטרינה

\* מרצה קבוע בבית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי – המכללה למנהל. המחבר מבקש להודות לפרופ' דפנה ברק-ארוז, ד"ר ברק מדינה וד"ר יובל שני על הערותיהם המועילות לטיוטת המאמר, וכן לגבי ענת וינריב, מספריית בית-הספר למשפטים של המסלול האקדמי – המכללה למנהל, על הסיוע הרב באיתור מקורות עדכניים לצורך רשימה זו.

1 דברים שנשא הנשיא לינדון בי ג'ונסון באוניברסיטת הווארד ב-4 ביוני 1965: United States, President (1963–1969: Johnson) *Public Papers of the Presidents: Lyndon B. Johnson* (1966), book 2, p. 636, item 301.

2 ראו אייל נווה **המאה האמריקאית** (תל-אביב, תש"ס) 8: "מנקודת מבט של סוף המאה העשרים ברור גם למתנגדיה ולמבקריה הקיצוניים של דרך החיים האמריקאית כי המונח 'המאה האמריקאית' אכן מגדיר נכונה את המציאות העולמית, והמושגים 'גלובליזציה', 'סדר עולמי חדש' או Pax Americana (שלום אמריקאי) מייצגים במידה רבה של מהימנות את המערכות הכלכלית, המדינית והתרבותית של תחילת המאה העשרים ואחת."

3 ארצות-הברית נמצאת בפיגור ניכר ביחס למדינות מערביות מודרניות אחרות בהכרה בזכויות

בארצות-הברית. יחסו של המשפט האמריקאי לדוקטרינה של "העדפה מתקנת" הינו חשוב בשל מרכזיותו של עקרון השוויון בשיח החוקתי ובאתוס הלאומי האמריקאיים. העמדה בארצות-הברית ביחס להעדפה מתקנת אינה חד-משמעית, כפי שנראה בהמשך, אך הדיון הער בסוגיה שנערך במדינה זו בארבעים השנים האחרונות מאפשר ללמוד רבות מנסיונה.<sup>4</sup>

מטרתה של רשימה זו לסקור בקיצור את יחסו של המשפט האמריקאי אל המושג "העדפה מתקנת" למן שנות השישים, עת לידתה של הדוקטרינה, ועד לחודש יוני 2003, כאשר ניתנו בבית-המשפט העליון האמריקאי פסקי-הדין בעניין מדיניות הקבלה של אוניברסיטת מישיגן, שהינם פסקי-הדין החשובים העדכניים ביותר בנוגע להעדפה מתקנת. הרשימה אינה עוסקת בשאלות רבות אחרות המתעוררות בקשר להעדפה מתקנת בארצות-הברית, כגון מידת הצלחתן של תוכניות העדפה מתקנת להשיג שוויון הלכה למעשה.<sup>5</sup>

## רקע היסטורי

לידתה של דוקטרינת ההעדפה המתקנת בתקופת ממשלו של הנשיא לינדון ג'ונסון, אשר הושבע לנשיאות בנסיבות טרגיות לאחר הירצחו של הנשיא קנדי. מדיניות של רפורמות, סעד ורווחה ננקטה אומנם על-ידי הנשיא רוזוולט עוד בתקופת המשבר הכלכלי הגדול בשנות השלושים ("תוכנית המערך החדש" – The New Deal),<sup>6</sup> וכן בתקופת כהונתו הקצרה של הנשיא קנדי, אולם תקופתו של ג'ונסון נתפסת כיום כתקופה שבה הגיע הליברליזם האמריקאי לשיא מחויבותו לרפורמות ולצמצום פערים.<sup>7</sup> יותר מכל נשיא אחר לפניו או אחריו, התגייס ג'ונסון ליישום פרויקטים פדרליים שנועדו לצמצם פערים בחברה האמריקאית ולהילחם בעוני, בבערות, בבורות

חוקתיות הנמנות עם משפחת הזכויות החברתיות, כגון הזכות לתנאי קיום נאותים, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך וכדומה. על כך ראו, למשל, יורם רבין **הזכות לחינוך** (ירושלים, תשס"ג) 380–381.

4 ראו את הסקירה וההסתמכות על המשפט האמריקאי בנושא העדפה מתקנת מפי השופט מצא בפסק-הדין המרכזי שניתן בישראל בנושא זה: בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 517–521 (להלן: **שדולת הנשים**).

5 על כך ראו, למשל: William G. Bowen & Derek C. Bok *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions* (New Jersey, 1998). לפירוט של תוצאות מחקר זה בעברית, ראו הילי מודריק-אבן-חן **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א) 22–24. וראו הפניה נוספת אצל רענן הר-זהב וברק מדינה **דיני השכלה גבוהה** (תשס"ט) 312–324.

6 נווה, **לעיל** הערה 2, בע' 46.

7 **שם**, בע' 92.

ובתרבות הייאוש של אותם מגזרים בחברה שלא הצליחו להיכנס בכוחות עצמם למעמד הבינוני. ג'ונסון גרס כי מדינה בעלת שפע חומרי כה אדיר כארצות-הברית חייבת לבטל את כיסי העוני והאומללות באמצעות הפניית משאבי ידע והשקעות חומריות למגזרים החלשים.<sup>8</sup> מדיניות זו, שזכתה בתמיכתן של התנועות לקידום זכויות האזרח, הובילה לחקיקתם של חוקים אחדים לביעור אפליה, שהחשוב ביניהם היה חוק זכויות האזרח משנת 1964.<sup>9</sup> חוק זה אסר, בין היתר, אפליה בעבודה מטעמי "גזע, דם, צבע, מין או לאום", הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי, והביא לידי ביטולה המוחלט של האפליה החוקית נגד שחורים במדינות הדרום. אולם התפיסה התומכת בהענקת זכויות אזרחיות פורמליות לא מיהרה להניב תוצאות ושוויון הזדמנויות אמיתי לשחורים, שסבלו עוול נורא של אפליה ממסדית במשך מאות השנים שבהן נהגה העבדות (past discrimination). פסק-הדין בעניין *Brown* ביטל את ההפרדה בחינוך בין שחורים ללבנים עוד בשנת 1954, ובעקבות כך קרסה הדוקטרינה של "נפרד אך שווה"<sup>10</sup> (שעמדה בתוקף ונקבעה כחוקתית על-ידי בית-המשפט העליון בסוף המאה התשע-עשרה).<sup>11</sup> אולם האפליה והגזענות נגד שחורים המשיכו לשרור גם בשנות השישים, באופן שגרם לקיפוחם בתחומים שונים בחיים, לרבות ברמת ההשכלה שבה זכו. בסופו של יום, חרף חשיבותם, לא השיגו החקיקה ופסיקת השוויון בעניין *Brown* את התוצאות המיוחלות.<sup>12</sup>

על רקע התרחשויות אלה הבשיל הרעיון (שהוזכר עוד קודם לכן על-ידי הנשיא קנדי וכן בשנות השלושים בתקופת "המערך החדש"): לא עוד מתן הזדמנויות שוות בלבד, אלא גם "פעולה חיובית מתקנת" (affirmative action), "הקצאה מחדש של משאבים" (redistribution) או הנדסה חברתית (social engineering), שיביאו בחשבון את האפליה שהייתה מנת-חלקן של אותן קבוצות בעבר, לצורך השגת שוויון בתוצאות.<sup>13</sup> וכאן יש להדגיש: הגישה האמריקאית הבסיסית להעדפה מתקנת מוצדקת על רקע העוול שנגרם לגזע השחור במשך מאות שנים. עוול זה הוא שהוליד את התפיסה האמריקאית, המצמצמת בדרך-כלל, כי אין מדובר בהעדפה שנועדה לתקן את הפערים בהווה, אלא בהעדפה שנועדה לפצות את צאצאי העבדים על האפליה בעבר. מכל

8 שם, בע' 92–93. וכך מוסיף ד"ר נווה (בע' 93): "בתכניות 'החברה הגדולה' חרג הממשל מגבולות הליברליזם המסורתי ומתוכניות רפורמה קודמות שהיו בעידן הפרוגרסיבי ובתקופת ה-New Deal. בפעם הראשונה (והאחרונה) במאה העשרים, לקח הממשל הפדרלי אחריות חברתית על מגזרים שוליים שמסיבה זו או אחרת לא יכלו לממש את החלום האמריקאי, על מנת לתת להם הזדמנות נוספת ותנאים בסיסיים למימוש הפוטנציאל שלהם."

9 The Civil Rights Act (1964).

10 *Brown v. Board of Education of Topeca*, 347 U.S. 483 (1954).

11 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

12 למחקר אמפירי ידוע המתיימר לבסס טענה זו, ראו: Gerald N. Rosenberg *The Hollow Hope* (Chicago, 1991) 39–156.

13 רות בן-ישראל *שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה* (האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ח), כרך ב) 532.

מקום, לפי שיטה זו, קיומו של שוויון חברתי אינו נבחן בהעמדת האמצעים להשגתו (מתן הזדמנות שווה מבחינה פורמלית), אלא בהשגתו למעשה, דהיינו, בתוצאותיו. נהוג לקבוע את נקודת המפנה בשנת 1965, שבמהלכה חתם הנשיא ג'ונסון על צו נשיאותי שקבע כי המתקשרים בחוזים פדרליים חייבים להראות תוכניות של העדפה מתקנת לגבי קבוצות מקופחות על-פי גזע. הצו הנשיאותי האמור שימש ראש-חץ ודוגמה לפיתוח תוכניות התנדבותיות וחוקתיות של העדפה מתקנת – לא רק בארצות-הברית, אלא גם במדינות דמוקרטיות נוספות.<sup>14</sup>

באופן כללי, וכפי שנפרט בהמשך הדברים, המסגרת הנורמטיבית ליישום העדפה מתקנת בארצות-הברית בנויה משני מקורות נפרדים אך קשורים: (א) צווים נשיאותיים; (ב) הסמכה של בתי-המשפט לחייב יישומן של תוכניות העדפה מתקנת מכוח חוק זכויות האזרח, 1964.

## המסגרת הנורמטיבית ליישום העדפה מתקנת

### העדרו של עקרון העדפה מתקנת בחוקה הפדרלית ומשמעותו

רוב המאבקים החשובים בארצות-הברית – הפוליטיים, החברתיים והכלכליים – מתנהלים במסגרות שהגדירו מנסחי החוקה ומפרשיה.<sup>15</sup> כמו רבות מהבעיות במשפט האמריקאי, גם בנושא של העדפה מתקנת נקודת המשען הארכימדית היא החוקה. חוקת ארצות-הברית קובעת את עקרון השוויון בתיקון הארבעה-עשר לחוקה, האוסר באופן קשיח העדפה מכל סוג, מבלי לסייג זאת במפורש בעקרון ההעדפה המתקנת<sup>16</sup> (כמו בחוקה הקנדית משנת 1982, למשל).<sup>17</sup> כפי שנראה בחלק שיוקדש לניתוח הפסיקה, בבית-המשפט העליון האמריקאי ניטש ויכוח חשוב לגבי הלגיטימיות (או החוקתיות) של ההעדפה המתקנת, ובהקשר זה ניתן להצביע על שתי דעות עיקריות: 1. דעה אחת נכונה להכיר בהעדפה מתקנת כאמת-מידה שוויונית. המצדדים בגישה זו טוענים כי לנוכח "חטאי העבר", גם הנצחות הסטטוס-קו כשלעצמה יוצרת ומהווה

14 לסקירה לגבי העדפה מתקנת במשפט הבין-לאומי ובמדינות מערביות נוספות, ראו: בן-ישראל, שם, בע' 532 ואילך; מודריק-אבן-חן, **לעיל** הערה 5, בע' 17 ואילך; פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 145, 154 ואילך; וכן מאמרים נוספים בספר זה.

15 ראו ארנון גוטפלד "פסיקת 'בראון נ' מועצת החינוך של טופיקה' ומקומה בהיסטוריה האמריקנית" **משפט והיסטוריה** (ירושלים, ד' גוטוויין ומ' מאוטר עורכים, תשנ"ט) 231.

16 התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית קובע בחלק הרלוונטי כדלקמן: "No State... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"

17 בסעיף 15(2) למגילת הזכויות הקנדית בדבר זכויות האדם נקבע במפורש כי החובה לנהוג שוויון אינה מונעת שימוש בהעדפה מתקנת. על העדפה מתקנת בקנדה ראו דבריו של השופט מצא בעניין **שדולת הנשים, לעיל** הערה 4, בע' 520–521.

אפליה. מכאן שיש לראות בהעדפה המתקנת אחת מנגזרותיו של עקרון השוויון החוקתי עצמו.<sup>18</sup>

2. דעה אחרת היא כי יש להכיר בהעדפה מתקנת רק כבחריג מותר לעקרון השוויון החוקתי. הרציונל המונח ביסוד תפיסה זו הוא שניתן להכיר בהעדפה מתקנת רק כאשר מוכח כי היא מיועדת לפצות פרט או קבוצה הנמנים עם השכבות החלשות על חטאי האפליה החברתית שממנה סבלו בעבר. לאמור: העדפה מתקנת תזכה בהכרה רק כאשר היא מיישמת מידה של "אפליה מבטלת אפליה".<sup>19</sup>

המשותף לשתי הגישות – לזו הרואה בהעדפה המתקנת חלק מעקרון השוויון החוקתי, ולזו הרואה בהעדפה המתקנת חריג (מותר בנסיבות מסוימות) לעקרון השוויון החוקתי – הוא שעקרון ההעדפה המתקנת אינו צריך להיפסל באופן גורף כנוגד את החוקה, וכי יש לשקול כל מקרה לגופו.

## הרמה הפדרלית: צווים נשיאותיים

גם בהנחה שהעדפה מתקנת אינה צריכה להיפסל באופן גורף כנוגדת את החוקה, עדיין יש להצביע על מקור חוקי ליישומה. המושג "העדפה מתקנת" הוזכר לראשונה ברמה הפדרלית עוד בחקיקת ה-New Deal של שנת 1935.<sup>20</sup> אולם ההסדרה של תוכניות העדפה מתקנת במובן המודרני המקובל כיום נקבעה רק כמה עשורים לאחר-מכן באמצעות שלושה צווים נשיאותיים, שכוחם המחייב הוא כשל חוק.<sup>21</sup> את הצו הנשיאותי הראשון בהקשר זה הוציא הנשיא קנדי בשנת 1961.<sup>22</sup> צו זה תוקן והורחב על-ידי הנשיא ג'ונסון בשנת 1965, בצו הנשיאותי המפורסם מסי' 11,246, אשר חייב הפעלת תוכניות העדפה מתקנת על בסיס של גזע, צבע עור או לאום.<sup>23</sup> בשנת 1967 תוקן הצו הנשיאותי משנת 1965 בצו נשיאותי אשר חייב הפעלת תוכניות העדפה מתקנת גם על בסיס מין.<sup>24</sup>

18 זו דעתו של השופט Blackmun, למשל, בפסק-הדין: *University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) (להלן: עניין *Bakke*).

19 זו הייתה דעת הרוב בעניין *Bakke* (*ibid*), ועל רקע תפיסה זו פסל בית-המשפט את תוכנית הקבלה לבית-הספר לרפואה שהקצתה שישה-עשר מקומות לסטודנטים מקרב שכבות מיעוט מקופחות. אך גם שופטי הרוב הסכימו שמוצאו הגזעי של המועמד עשוי להישקל על-ידי האוניברסיטה כאחד השיקולים שעל-פיהם תוכרע זכאותו להתקבל ללימודים. ראו דיון על פסק-הדין להלן.

20 The National Labor Relations Act, Pub. L. No. 74-198 (1935).

21 Anne Peters *Women, Quotas and Constitutions* (1999) 32.

22 President Kennedy's Executive Order 10,925. כאמור, הצו הנשיאותי הראשון הנוקט לשון של העדפה מתקנת יצא מתחת ידיו של הנשיא קנדי, אך הפעילות הנמרצת ליישום התוכניות השונות של העדפה מתקנת מיוחסת ליורשו – הנשיא לינדון ג'ונסון.

23 President Johnson's Executive Order 11,246, 30 Fed. Reg. 12,319 (1965).

24 President Johnson's Executive Order 11,375, 32 Fed. Reg. 14,303 (1967).

ברמה הפדרלית הצו הנשיאותי משנת 1965, שתוקן בשנת 1967, עומד בתוקפו אף כיום.<sup>25</sup> כל נשיאי ארצות-הברית למן ג'ונסון קיבלו למעשה את המדיניות שיצר הצו, לרבות נשיאים הנחשבים לשמרניים, כגון רייגן או בוש (האב), וכולם כאחד לא נקטו כל צעד משמעותי לביטול ההעדפה המתקנת.<sup>26</sup>

## הרמה הפדרלית: חוק זכויות האזרח, 1964

המקור השני ליישום העדפה מתקנת הוא כוחם של בתי-המשפט לכפות תוכניות העדפה מתקנת מכוח חוק זכויות האזרח, 1964. Title VII לחוק זכויות האזרח האמור קובע, בין היתר, כדלקמן:<sup>27</sup>

If the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice... the court may... order such affirmative action as may be appropriate.

כלומר, בהתאם להוראה זו, בית-המשפט מוסמך (בין יתר הסעדים המצויים באמתחתו) להורות על יישומה של העדפה מתקנת לצורך תיקונה של הפליה של מיעוט כלשהו.<sup>28</sup> נוסף על כך יש לציין, כפי שהוסבר לעיל, כי Title VII כולל הוראה מרכזית האוסרת אפליה במקום העבודה:

No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, or be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance.

שאלה שהתעוררה בפסיקה האמריקאית נוגעת ביחס שבין החלקים השונים של Title VII. בפסקי-דין מסוימים נטען כי תוכניות העדפה מתקנת פסולות בשל פגיעה בעקרון השוויון ואיסור האפליה הקבועים ב-Title VII. כלומר, סעיף זה, על חלקיו השונים, שימש הן לתמיכה ביישומה של העדפה מתקנת והן לשלילתה. בשנת 1991 תוקן נוסחו של Title VII. השפעת התיקון על הנושא של העדפה מתקנת שנויה במחלוקת ואינה ברורה.<sup>29</sup> הפירוש המקובל הוא שהתיקון תומך בהעדפה מתקנת ובא

<sup>25</sup> Peters, *supra* note 21, at p. 32.

<sup>26</sup> Darien A. McWhirter *The End of Affirmative Action: Where Do We Go from Here?* (New York, 1996) 44.

<sup>27</sup> Title VII of the Civil Rights Act (1964).

<sup>28</sup> בהתאם לפסיקה, השימוש בסעד זה הינו נדיר. בשנת 1987 אישר בית-המשפט העליון צו של בית-משפט בדרגה נמוכה המורה על יישומה של העדפה מתקנת מכוח הסמכות הנתונה לו. ראו: *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987); Note: "The Constitutionality of Proposition 209 as Applied" 111 *Harvard Law Review* (1998) 2081, 2088–2089.

<sup>29</sup> Peters, *supra* note 21, at p. 36.

לבטל כמה פרשנויות מצרות שניתנו להעדפה המתקנת בכמה החלטות של בית- המשפט העליון (שעל חלקן נעמוד באופן מפורט בהמשך).<sup>30</sup>

## הרמה המדינתית: העדפה מתקנת וולונטרית

לבד מן הרמה הפדרלית, העדפה מתקנת מיושמת גם ברמה המדינתית, וזאת בשלוש דרכים שונות: **האחת** – בתי-משפט מדינתיים רשאים להעניק סעד של העדפה מתקנת במצבים של הפרה של החוקה הפדרלית או של חקיקה פדרלית רלוונטית;<sup>31</sup> **השנייה** – בתי-המשפט המדינתיים יכולים לאשר יישומה של העדפה מתקנת שהינה פרי של הסכמה חוזית וולונטרית בין צדדים במישור המשפט הפרטי, ובלבד שהיא מיועדת לתקן אפליה מהעבר;<sup>32</sup> **השלישית**, והנפוצה ביותר – מדיניות של העדפה מתקנת אומצה ויושמה באופן וולונטרי על-ידי מדינות ורשויות מדינתיות שונות, על-ידי הענקת סובסידיות או הענקת חוזי רשות לגורמים פרטיים שקיבלו על עצמם תוכניות של העדפה מתקנת.<sup>33</sup>

אולם בפועל התרחש גם תהליך הפוך. במדינות שונות בארצות-הברית נחקקו חוקים האוסרים במפורש החלת מדיניות של העדפה מתקנת. חלוצה בנושא זה הייתה מדינת קליפורניה, אשר ערכה משאל-עם שבו הכריעו תושבי המדינה, ברוב של 54%, נגד מדיניות של העדפה מתקנת במדינה (הצעה לתיקון חוקת קליפורניה, שנודעה בשם Proposition 209).<sup>34</sup> בעקבות משאל-העם תוקנה החוקה של מדינת קליפורניה, וכיום היא אוסרת העדפה מתקנת.<sup>35</sup> תיקון זה עורר את השאלה מהו היחס בין המישור המדינתי לבין המישור הפדרלי ביחס להעדפה מתקנת. האם חקיקה מדינתית יכולה לאסור העדפה מתקנת הנעשית מכוח חקיקה פדרלית? בית-המשפט העליון (הפדרלי) לא נתן עדיין תשובה לשאלה זו. עם זה, מלומדים כבר הביעו את הדעה כי חרף העובדה שחוקת קליפורניה מצמצמת את היקפן של תוכניות ההעדפה המתקנת בקליפורניה (איסור תוכניות וולונטריות של העדפה מתקנת), היא אינה חוסמת את

30 McWhirter, *supra* note 26, at pp. 25–27

31 ראו **לעיל** הערה 28 והטקסט הסמוך לה.

32 *Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986) 516–518; Note, *supra* note 28, at pp. 2091–2092; Peters. *supra* note 21, at pp. 49–51

33 ראו דיון להלן בחלק העוסק בהעדפה מתקנת אצל מעבידים פרטיים.

34 Lydia Chavez *The Color Blind: California's Battle to End Affirmative Action* (1998); Richard Frankel "Proposition 209: A New Civil Rights Revolution?" 18 *Yale Law & Policy Review* (2000) 431

35 The Constitution of California, art. 1, 31(a): "The State shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting"

סמכותם של בתי-משפט (פדרליים או מדינתיים) להעניק סעד של העדפה מתקנת ככל שמדובר בחקיקה פדרלית אשר מחייבת או מאפשרת לעשות כן.<sup>36</sup>

## מדיניות היישום בנושא של העדפה מתקנת

באופן כללי, הצווים הנשיאותיים שהוזכרו לעיל מחייבים גורמים המתקשרים בהסכמים עם הממשל הפדרלי וכן מעסיקים בשוק הציבורי להפעיל תוכניות של העדפה מתקנת על בסיס של גזע ומין. מטרתן המקורית של הצו מס' 11,246 של הנשיא ג'ונסון הייתה להביא לידי גיוס מוגבר של בני-מיעוטים ונשים לכוח העבודה, ולהבטיח כי לא יופלו לרעה במקומות העבודה.

תוכניות ראשונות של העדפה מתקנת יצאו לדרך כבר תחת ממשלו של ג'ונסון. בשנות השבעים, בעת ממשלו של הנשיא ניקסון, הואץ יישום התוכניות. בשנת 1971 הוציא שר העבודה בממשלו של ניקסון צווי ביצוע (מכוח הצו הנשיאותי) ליישום תוכנית המכסות הגדולה הראשונה, אשר העבירה את הדגש מפעולת גיוס חיובית ל"העדפה חיובית" (affirmative preference). ברוח זו הונהגו תוכניות העדפה נוספות שנועדו להעניק פיצוי על האפליה בעבר.<sup>37</sup>

השרשה של מדיניות ההעדפה המתקנת נתקלה מתחילתה בהתנגדות של פוליטיקאים שמרניים, ולאחר-מכן גם של שופטים מסוימים בבית-המשפט העליון, שלא השתייכו לקבוצות ה"נכונות", לכאורה. בשנת 1972 ביקשה קבוצת סנטורים לקדם יוזמה חקיקתית שתשלול את הלגיטימיות של תוכניות לקידום העדפה מתקנת על בסיס של גזע או מין, בטענה שהן סותרות את חוק זכויות האזרח משנת 1964. ניסיון זה נכשל כאשר הקונגרס דחה את היוזמה ברוב של שישים חברי קונגרס נגד שלושים.<sup>38</sup> כישלון זה היווה איתות מצד הקונגרס כי הוא אינו מעוניין להורות על יישום העדפה מתקנת, אך אין בכוונתו לפעול לביטולה. חששם של נבחרי הציבור בתקופת ממשלו של ניקסון לאשר באופן רשמי את מדיניות ההעדפה המתקנת העביר למעשה את בחינתה של מדיניות זו לפתחו של בית-המשפט, אולם המסר הלא-פורמלי ששודר מן הקונגרס היה כי בית-המשפט יכול לאשר את התוכניות מבלי לחשוש שהקונגרס יבטל את פסיקתו בחקיקה.

בסוף שנות השבעים הורחבו תחומיה של ההעדפה המתקנת. היא הונהגה באוניברסיטות, שם הושם הדגש בקבלתם של בני-מיעוטים ונשים וכן בשילובם בסגל האקדמי, במגזר העסקי ובשירות המדינה הפדרלי. מדיניות זו זכתה בעידוד נמרץ בתקופת ממשלו של הנשיא קרט, אשר רבים מבחוריו השתייכו לבני הקבוצות

.Note, *supra* note 28, at p. 2081 36

.McWhirter, *supra* note 26, at p. 44 37

.*Ibid.*, at p. 38 38

שלמען הופעלו התוכניות, כגון נשים ואמריקאים ממוצא אפריקאי.<sup>39</sup> אולם הנימוק העיקרי של המצדדים בהפעלתן השתנה. הדגש לא הושם עוד בפיצוי על האפליה בעבר, אלא בטיעון של גיוון (diversity), שמשמעותו שיקופה של החברה האמריקאית בכללותה בכל מוסדותיה.<sup>40</sup>

בשנות השמונים קיצץ ממשלו של הנשיא רייגן תקציבים רבים שנועדו למימון תוכניות העדפה מתקנת, והדבר גרם לצמצום כוח-האדם של הגופים הממונים על תוכניות אלה, ולצמצום התוכניות ב-30%.<sup>41</sup> עם זה, המבנה והמסגרת המשפטית לפעילות ההעדפה המתקנת נותרו בעינם. תחת ממשלו של הנשיא בוש (האב) נמשכה המגמה המצמצמת, והמסגרת החוקית ליישום התוכניות הייתה קרובה לביטול.<sup>42</sup> שינוי לטובת תמיכה בתוכניות ההעדפה המתקנת הסתמן רק לאחר נצחון הדמוקרטים על הרפובליקאים. תחת ממשלו של הנשיא קלינטון נמצאה שוב תמיכה – הן רעיונית והן תקציבית – בהמשכת המימון האינטנסיבי של תוכניות ההעדפה מתקנת. אולם במקביל הלכה וגברה ההתנגדות בקרב הרפובליקאי בקונגרס ליישום תוכניות ההעדפה מתקנת.<sup>43</sup> בעקבות כך, וכן בעקבות החלטת בית-המשפט העליון בעניין *Adarand*<sup>44</sup> הורה ממשלו של הנשיא קלינטון לבדוק מחדש את כל תוכניות ההעדפה המתקנת, ובמזכר של הבית הלבן, מחודש יולי 1995, נקבע כי כל תוכנית ההעדפה מתקנת תבוטל או תשונה אם היא:<sup>45</sup>

1. קובעת מכסות;
2. קובעת מתן העדפה ליחידים אשר אינם בעלי כישורים מתאימים;
3. נמשכת גם לאחר ששוויון ההזדמנויות כבר הושג.

במקביל להתרחשויות אלה ניסו רפובליקאים בקונגרס להציע חקיקה שתבטל את "האפליה במהופך" (reverse discrimination) ותצמצם את ההעדפה המתקנת, אך היוזמה נכשלה.<sup>46</sup>

*Ibid.*, at pp. 39–40 39

במשמעותו של מושג זה נדון להלן. 40

*Peters*, *supra* note 21, at p. 39 41

*Ibid.*, at p. 39; George Rutherglen "After Affirmative Action: Conditions and Consequences of Ending Preferences in Employment" (1992) *University of Illinois Law Review* 339, 360 42

*Peters*, *supra* note 21, at pp. 39–40; Clint Bolick *The Affirmative Action Fraud* (Washington D.C., 1996) 14, 105–106 43

לדיון בפסק-דין זה ראו להלן. 44

*Peters*, *supra* note 21, at pp. 39–40 45

*Ibid.*, at p. 40 46

## העדפה מתקנת במבחן הפסיקה של בית-המשפט העליון האמריקאי: 1978 – 2003

המחלוקת הפוליטית-החברתית בארצות-הברית סביב סוגיית ההעדפה המתקנת באה לידי ביטוי ברור בפסיקת בית-המשפט העליון. גישתו של בית-המשפט העליון האמריקאי לנושא של העדפה מתקנת אינה אחידה, ולאורך השנים היא הושפעה מגורמים שונים, כגון הרכב השופטים בבית-המשפט העליון (ודעותיהם השונות), מצב החקיקה בעת הדיון בעתירה, ובמיוחד הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שעמד לדיון. להלן נסקור כמה פסקי-דין המהווים ציוני-דרך בהקשר של העדפה מתקנת.<sup>47</sup>

### העדפה מתקנת בהשכלה הגבוהה: עניין *Bakke*

באוניברסיטות רבות בארצות-הברית קיימות תוכניות העדפה מתקנת על בסיס של גזע בקבלה ללימודים. יסודה של מדיניות זו בהנחיות מנהליות שהוצאו ליישום Title VII. בהנחיות המנהליות נקבע כי לשם יישומה של הוראה זו, כל מוסד להשכלה גבוהה הכפוף לה – דהיינו, המוסדות המתוקצבים – אשר מפעיל תוכנית לימודים שבה התקיימה בעבר הפליה לרעה בקבלת מועמדים על בסיס השתייכות קבוצתית, מחויב לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת באותה תוכנית, כפיצוי על העוול שנגרם לבני הקבוצות שקופחו.<sup>48</sup> בעקבות זה נפוצו, החל בשנות השבעים ואילך, פעולות מסוג העדפה מתקנת. עם אלה נמנו קביעת מכסות-סף לבני קבוצות מיעוטים באוכלוסייה – תחילה לשחורים ולאחר-מכן (באזורים מסוימים) להיספנים, לאסייתים ולילידים אמריקאיים (Native American). גם מוסדות פרטיים, שאינם מחויבים על-פי חוק לכבד את עקרון השוויון, החלו לנקוט יוזמות של מדיניות "העדפה מתקנת". מדיניות זו הוחלה גם ביחס לקבלת אנשי סגל.<sup>49</sup> תוצאתה של המדיניות הייתה חד-משמעית: הגברת השתתפותם של בני קבוצות מיעוט שונות בתוכניות הלימודים המבוקשות.<sup>50</sup>

הדוקטרינה של העדפה מתקנת בכלל, והמדיניות של העדפה מתקנת בקבלה

47 פרט לפסקי-הדין שייסקרו, נידונה ההעדפה המתקנת עוד פעמים אחדות בבית-המשפט העליון בארצות-הברית. פסקי-הדין הנוספים שלא ייסקרו במסגרת רשימה זו הם אלה (בסדר כרונולוגי): *Firefighters Local Union v. De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974); *Local No. 28 of the Sheet Metal Workers' International Association v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986); *Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, *supra* note 32; *United States v. Paradise*, *supra* note 28; *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990).

48 הר-זהב ומדינה, **לעיל** הערה 5, בע' 316–317.

49 בתוכניות העדפה מסוג זה לא נעסוק.

50 הר-זהב ומדינה, **לעיל** הערה 5, בע' 317.

לאוניברסיטות בפרט, הגיעו לדיון ראשוני בבית-המשפט העליון בשנת 1978, בעניין *University of California v. Bakke*.<sup>51</sup> אוניברסיטת קליפורניה (שהינה מוסד ציבורי) קיימה כבר משנת 1973 תוכנית העדפה מתקנת בבית-הספר לרפואה, והקצתה מקומות למועמדים המתאפיינים בנחיתות כלכלית או חינוכית וכן לבני-מיעוטים (בני שכבות מיעוט מקופחות). המועמדים המיוחדים נבחרו על-ידי ועדה, עד עמידה במכסה שנקבעה על-ידי הפקולטה. בשנת 1978 הגיעה לבית-המשפט העליון עתירתו של סטודנט לבן (Bakke) שנדחה על-ידי בית-הספר לרפואה באוניברסיטה זו בשל הקצאת שישה-עשר מקומות מתוך מאה לבני שכבות מיעוט מקופחות, אף שציוניו היו טובים יותר משל חלק מבני-המיעוטים שהתקבלו. העותר טען כי דרך הקבלה של המועמדים באוניברסיטה פוגעת בזכותו החוקתית לשוויון.

בית-המשפט העליון, ברוב מזערי של חמישה נגד ארבעה, קיבל את טענתו של העותר וקבע כי תוכנית ההעדפה המתקנת הייתה בלתי-חוקתית בניסיונות העניין. נקבע כי אין הצדקה להעניש מועמדים לבנים בגין עוול שנגרם בעבר לשחורים או לבני קבוצות אחרות. עם זה, הכיר בית-המשפט בלגיטימיות של העדפה מתקנת שאינה כרוכה בקביעת מכסות על בסיס גזע, וכן הכיר בחופש האקדמי של המוסד, הכולל גם את החופש להעריך את תרומתו של הגיוון (diversity) ברקע התרבותי של המועמדים לרמה האקדמית,<sup>52</sup> ובלבד שהתחשבות זו לא תהא בלעדית (קונקלוסיבית). כלומר, המוסד אינו רשאי לקבוע מכסה של בני קבוצת מיעוט, המתחרים בינם לבין עצמם בלבד על המקומות בחוג הלימודים שבו מדובר, אך הוא רשאי להעניק ציון מיטיב לבני קבוצת המיעוט הנדרשים להתמודד עם שאר המועמדים. במשך שנים רבות היווה פסק-הדין בעניין *Bakke* הלכה מחייבת בקשר לתוכניות העדפה מתקנת בתחום ההשכלה הגבוהה.<sup>53</sup>

## העדפה מתקנת באמצעות התקשרויות ממשלתיות

כאמור, תוכניות רבות של העדפה מתקנת נעשו ונעשות עדיין בארצות-הברית באמצעות הכלי של התקשרויות ממשלתיות, קרי: תוכניות במימון פדרלי או מדינת המעדיפות מתקשרים מקרב בני-המיעוטים. גם סוג זה של תוכניות הגיע לדיון בבית-המשפט העליון.

*University of California v. Bakke, supra note 18* 51

*Ibid*, at p. 312: "The freedom of a university to make its own judgments as to education includes the selection of its students body... [The] atmosphere of 'speculation, experiment and creation' – so essential to the quality of higher education – is widely believed to be promoted by a diverse student body"

מטרתו של המושג "גיוון" בהקשר זה היא לחשוף את הציבור למגוונים השונים, ולהבטיח ריבוי של דעות ועמדות בכיתות, ולאחר סיום הלימודים – גם במקומות העבודה.

*McWhirter, supra note 26, at p. 126* 53

בשנת 1980 נידון בבית-המשפט העליון עניין *Fullilove v. Klutznick*.<sup>54</sup> במקרה זה דובר בתוכנית ממשלתית שמכוחה הועברו כספים פדרליים לצורך מימון פרויקטים פדרליים ומדינתיים של בניית תשתיות ציבוריות. בתוכנית נקבע כי לפחות 10% מהמימון הפדרלי ישמש לרכישת טובין ושירותים מעסקים ומיזמים בבעלות של בני-מיעוטים. בית-המשפט העליון אישר את התוכנית וקבע כי הוא חוקתית ברוב של שישה נגד שלושה. השופט Burger, שכתב את פסק-דין הרוב, קבע כי יש להכיר בחופש הפעולה של הקונגרס, להבדיל מהמדינות, להעדיף קבוצות שסבלו מאפליה בעבר.<sup>55</sup> השופט Stevens, אחד משלושת השופטים שהיו במיעוט, כתב כי לא ברור כיצד קבע הקונגרס מיהן הקבוצות הראויות להעדפה מתקנת על-פי התוכנית. שלושת שופטי המיעוט קבעו כי גם כאשר מדובר בתוכניות ממשלתיות, הן חייבות לעמוד ב"מבחן הביקורת השיפוטית המחמירה" (strict scrutiny test). לעת היא הייתה משמעותו של מבחן זה כי על מפעילת התוכנית להצביע על סיבה המחייבת אותה לנקוט תוכנית כזו, וכי על הצעדים שהיא נוקטת להיות מותאמים למטרה זו.

מקרה נוסף – *Wygant v. Jackson Board of Education* – נידון בשנת 1986.<sup>56</sup> בעתירה זו נידון הסכם שנחתם עוד בשנת 1972 בין מחוז חינוך לבין ארגון מורים, שלפיו במקרה של פיטורים, אחוז המורים השחורים שיפוטרו (מבין כלל המפוטרים) לא יעלה על אחוז המורים השחורים המועסקים (מבין כלל המועסקים). כתוצאה מכך, משיושמה תוכנית פיטורים בשנות השמונים, פוטרו מורים לבנים שהיו ותיקים יותר ממורים שחורים שלא פוטרו במסגרת אותה תוכנית. העתירה הוגשה על-ידי מורים לבנים אשר טענו כי פיטוריהם עולים כדי הפרה של התיקון הארבעה-עשר לחוקה ושל Title VII לחוק זכויות האזרח משנת 1964. בבית-המשפט העליון שוב נחלקו הדעות. דעת הרוב, שמנתה חמישה שופטים, פסלה את התוכנית שבהסכם כלא-חוקתית, בעיקר משום הפגיעה החמורה בעובדים הלבנים.<sup>57</sup>

לאחר כמה מקרים נוספים שהגיעו לבית-המשפט העליון, ניתן בשנת 1989 פסק-הדין החשוב בעניין *City of Richmond v. J.A. Croson*.<sup>58</sup> בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים היו בעיר ריצ'מונד 50% תושבים אפרו-אמריקאיים, אשר זכו בפחות מ-1% מחוזי ההתקשרות עם הרשויות. בשל כך אימצה העיר בשנת 1983 תוכנית העדפה מתקנת לעידוד עסקים וקבלנים מקרב בני-מיעוטים (אפרו-אמריקאים), אשר חייבה התקשרות עם בני-מיעוטים כאמור. בית-המשפט העליון פסל את התוכנית כלא-חוקתית. השופט O'Connor, למשל, קבע כי התוכנית הייתה בנויה על נתונים שגויים. בהתאם לחוות-דעתה, הנתון הרלוונטי אינו אחוז האפרו-

*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980) 54

*Ibid.*, at p. 472 55

*Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) 56

על פסק-דין זה ראו: A.G. Mosley & N. Capaldi *Affirmative Action – Social Justice or* 57

*Unfair Preference* (1996) 13–15

*City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) 58

אמריקאים באוכלוסייה הכללית של העיר, אלא אחוז העסקים האפרו-אמריקאים הכשירים להתקשרות מתוך כלל העסקים הכשירים להתקשרות. השופט Stevens קבע כי התוכנית מעניקה זכויות לבני-אדם שלא היו קורבן לאפליה, ובכך מכתימה אותם באות-קלון.<sup>59</sup> פרופ' בן-ישראל סבורה כי הנתונים הסטטיסטיים שהוצגו לפני בית-המשפט העליון – אשר הראו פער גדול בין שיעור בני-המיעוטים באוכלוסייה לבין שיעורם במסגרת שעמדה לבדיקה – העידו במפורש על אפליה, אולם אף-על-פי-כן, ובניגוד לפסיקה הקודמת, דחה בית-המשפט את הפעלתה של תוכנית ההעדפה המתקנת. לכן, לדעתה, פסק-הדין משקף בית-משפט שמרני, שגרם להצרת פרשנותו של עקרון ההעדפה המתקנת. בית-המשפט פירש את חוקת ארצות-הברית כמטילה הגבלות מהותיות על השימוש בהעדפה מתקנת, מעבר לאלה הנובעות מהוראות Title VII.<sup>60</sup>

פסיקה חשובה, שצמצמה אף היא באופן קשה את החוקתיות של תוכניות ההעדפה המתקנת מטעמי גזע ברחבי ארצות-הברית, ניתנה בשנת 1995 בעניין *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*.<sup>61</sup> העתירה נגעה בחוקתיותם של חוקים פדרליים שחייבו הקצאת 10% מהחוזים לביצוע עבודות ציבוריות לחברות הנתונות בבעלותם של בני-מיעוטים. העותר הפסיד חוזה כזה לטובת חברת בנייה בבעלות היספנית, אף שהצעת המחיר שלו הייתה נמוכה יותר. הקבלן הראשי העדיף לזכות חוזה עם קבלן-המשנה של החברה ההיספנית שכן הוא קיבל בשל כך מן הממשלה מענק של עשרת אלפים דולר. העותר תבע את חברת הבנייה בגין אפליה מטעמי גזע. בפסק-הדין קבע בית-המשפט העליון כי על כל תוכניות ההעדפה המתקנת הממשלתיות המבוססות על טעמי גזע לעמוד במבחן הביקורת המחמירה, בהתאם לאמות-המידה הבאות:

1. עליהן להיות זמניות, ויש לקבוע בהן יעד לסיומן.
2. הסיבה המחייבת היחידה להפעלתן היא מתן פיצוי על אפליה מוכחת כלפי בני אותה קבוצה שהתוכנית מעוניינת לקדם. יתר על כן, יחידה ממשלתית רשאית לפצות בדרך זו רק על אפליה שהתרחשה במסגרתה. מטרות אחרות – ביניהן פיצוי על אפליה חברתית כללית, יצירת מגוון חברתי או הבניית מודלים להזדהות – אינן יכולות להוות בסיס לתוכנית העדפה מתקנת.<sup>62</sup>
3. על התוכניות להתמקד בהשגת יעד מוכח (למשל, קידומה של קבוצה מסוימת, לאחר שהוכח קיפוחה באותה יחידה ממשלתית באמצעות נתונים סטטיסטיים)

59 על פסק-הדין ראו: Dawn R. Swink "Back to Bakke: Affirmative Action Revisited in Educational Diversity" (2003) *Birgham Young University Education and Law Journal* 211, 221–222.

60 בן-ישראל, לעיל הערה 13, בע' 536.

61 *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995).

62 נקבע כבר בעניין: *Wygant v. Jackson Board of Education*, supra note 56. יש לשים לב כי האיסור המוטל על יצירת מגוון חברתי (diversity) אינו חל על תוכניות העדפה מתקנת בתחום ההשכלה הגבוהה, כפי שיפורט להלן.

ולפעול במטרה להשיגו.<sup>63</sup> לדוגמה, קביעה שרירותית של אחוז מסוים של משרות לבני קבוצה מסוימת (מכסות), שאינה נסמכת על נתונים סטטיסטיים, אינה עומדת במבחן.

יש לציין כי רוב תוכניות ההעדפה המתקנת הפדרליות על בסיס גזע ברחבי ארצות-הברית אינן עומדות במבחן הביקורת המחמירה של פסק-הדין בעניין *Adarand*. רובן נוסחו במטרה ליצור מגוון חברתי, וכפיצוי על אפליה מתמשכת ולא-מוכחת שהתרחשה לאו דווקא באותה יחידה ממשלתית. כמו-כן רובן לא לוו מחקרים שיצדיקו את בחירתה של הקבוצה המועדפת המסוימת או את אחוז המשרות או המקומות שהוקצה לה.<sup>64</sup> עם זה, לנוכח פסיקה חדשה שניתנה בשנת 2003, ואשר נדון בה בהמשך, נראה כי ההלכה המחמירה בעניין *Adarand* אינה חלה על התוכניות להעדפה מתקנת המופעלות במוסדות להשכלה גבוהה.

עד כה עסקנו בפסיקה הנוגעת בתוכניות של ההעדפה מתקנת על בסיס גזע. לצד תוכניות אלה קיימות בארצות-הברית תוכניות רבות של ההעדפה מתקנת על בסיס מין, שנועדו לקדם נשים במיוחד בתחום העבודה. עם זה, בבית-המשפט העליון נידונה תוכנית ההעדפה מתקנת לטובת נשים רק פעם אחת, בשנת 1987, בעניין *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*.<sup>65</sup> במקרה זה קיבל על עצמו משרד ממשלתי לתחבורה תוכנית ההעדפה על בסיס מין בשל העובדה שלנשים לא היה כל ייצוג בקרב מאתיים שלושים ושמונה בעלי-התפקידים בתחומם. התוכנית קבעה כי ייתן משקל לעובדה שהמועמדת היא אישה (לצד נתונים רלוונטיים אחרים). במקרה שבגינו הוגשה העתירה הועדפה מועמדת אישה מבין שבעה מועמדים סופיים לתפקיד של פיקוח על עבודות כבישים, שעד אז לא מולא על-ידי אישה. האישה הועדפה בקבלת התפקיד על העותר (Johnson), אשר בראיונות למינוי קיבל ניקוד גבוה יותר בשתי נקודות מהאישה. בית-המשפט העליון (ברוב של שבעה שופטים נגד שניים) אישר את תוכנית ההעדפה על בסיס מין כחוקתית, מהטעם שהיא באה לשבור תפיסה סטריאוטיפית של תפקידי המינים. בית-המשפט קבע כי ייצוג של אפס נשים מתוך מאתיים שלושים ושמונה בעלי-תפקידים מוכיח סטטיסטית, על פניו, הפליית נשים במקרה הנידון. נוסף על כך נקבע כי נטל השכנוע בתביעה נגד תוכנית ההעדפה מתקנת מוטל על הנתבע, וכי בנסיבות אלה, כדי להוכיח אפליה לכאורה, די בנתונים סטטיסטיים ליצירת הוכחה לכאורה. פסיקה זו משקפת פרשנות מרחיבה ותומכת של בית-המשפט העליון בהעדפה מתקנת על רקע מין במקום העבודה. הערכאות הנמוכות של בתי-המשפט בארצות-הברית וכן מלומדים מצדיקים

63 נקבע כבר בעניין *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, *supra* note 58.

64 McWhirter, *supra* note 26, at p. 115.

65 *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S.416 (1987) גלגוליו

של מקרה זה מתוארים בספר הבא: Melvin I. Urofsky *Affirmative Action on Trial – Sex*:

*Discrimination on Johnson v. Santa Clara* (Kansas, 1997)

העדפה מתקנת על בסיס גזע והעדפה מתקנת על בסיס מין באותם כלים משפטיים. עם זה, השאלה אם ההלכות של בית-המשפט העליון בנושא העדפה מתקנת על בסיס גזע חלות באופן ישיר על תוכניות העדפה מתקנת על בסיס מין לא נפתרה עדיין סופית בפסיקת בית-המשפט העליון.<sup>66</sup> יש לציין כי חלק מאי-הבהירות לגבי העדפה מתקנת של נשים נובע מכך שבארצות-הברית נוהגים מבחנים שונים של ביקורת שיפוטית, והמבחן המופעל לגבי אפליה גזעית הוא מבחן ה-*strict scrutiny*, הקובע אמות-מידה מחמירות. כלומר, הרגישות הגבוהה במיוחד לאפליה מטעמי גזע גורמת לכך שהעדפה מתקנת המתייחסת לאמת-המידה של השתייכות גזעית צריכה לעמוד במבחן השיפוט המחמיר ביותר.

## העדפה מתקנת אצל מעבידים פרטיים

עד כה עסקנו בפסיקה הנוגעת בתוכניות העדפה מתקנת באמצעות התקשרויות ממשלתיות. האפשרות ליצור תוכניות העדפה מתקנת באופן וולונטרי מאפשרת קיומן של תוכניות העדפה מתקנת גם במישור הפרטי, קרי: העדפה מתקנת מכוח הסכמה חוזית בין שני צדדים להסכם פרטי.

תוקפה של תוכנית וולונטרית של העדפה מתקנת במישור הפרטי נבחן בבית-המשפט העליון בשנת 1979, בעניין *United Steelworkers of America v. Weber*.<sup>67</sup> חברת "קייזר" (מעביד פרטי) וארגון העובדים שלה החליטו באופן וולונטרי להקצות מחצית מהמקומות בתוכניות להכשרה מקצועית שהפעילה החברה לאפרו-אמריקאים. העותר (Weber), שלא התקבל אף לאחת מן התוכניות הללו, טען כי ההחלטה סותרת את איסור האפליה בעבודה הקבוע ב-Title VII לחוק זכויות האזרח משנת 1964. בפסק-הדין קבע בית-המשפט שקביעת סעד של העדפה מתקנת במקום העבודה אינה עומדת בסתירה לחקיקה המכונה Title VII, אם כי חקיקה זו גם אינה מחייבת להפעיל תוכנית של העדפה מתקנת. לפיכך אישר בית-המשפט את תוכנית ההעדפה המתקנת כחוקתית. למעשה, בפסק-דין זה עלו לדיון שתי שאלות-מפתח: ראשית, האם מותר לקבוע מכסות המיועדות לעובדים הנמנים עם קבוצות מסוימות גם מבלי שתקדם לכך הכרעה חקיקתית, פסיקתית או מנהלית שאכן יש הפליה של בני הקבוצות האלה? שנית, האם הנהנים מתוכנית של העדפה מתקנת חייבים הם עצמם להיות קורבנות מזוהים של אפליה ייחודית, או שמא עצם השתייכותם הקבוצתית מצביעה על אפליה חברתית? חרף העלאת השאלות, לא סיפק בית-המשפט בהזדמנות זאת הנחיות ברורות למעבידים פרטיים בקשר לעריכת תוכנית העדפה מתקנת.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Peters, *supra* note 21, at pp. 73, 94–111.

<sup>67</sup> *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

<sup>68</sup> בן-ישראל, **לעיל** הערה 13, בע' 535–536. ראו גם: *Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, *supra* note 32.

## הפסיקה החדשה בעניין העדפה מתקנת בהשכלה הגבוהה: בחזרה לעניין *Bakke*

ההלכה שנקבעה בעניין *Bakke*, אשר היוותה את האישור ליישומן של תוכניות העדפה מתקנת בתחום ההשכלה הגבוהה, קבעה כי מותר לאוניברסיטה להתחשב בהשתייכות גזעית במסגרת תנאי הקבלה, מכוח ההכרה בלגיטימיות של האינטרס האקדמי בגיוון קבוצת התלמידים, ובלבד שהתחשבות זו לא תהא בלעדית. עם זה, הנושא הרגיש והטעון של העדפה מתקנת בתחום ההשכלה הגבוהה לא הגיע לדיון בבית-המשפט העליון מאז ניתן פסק-דין זה בשנת 1978.

לנוכח הביקורת הציבורית הנוקבת, ההלכות המצמצמות בעניין העדפה מתקנת באמצעות התקשרויות ממשלתיות<sup>69</sup> והחקיקה המדינתית שניסתה לחסום העדפה מתקנת,<sup>70</sup> ההערכה המקובלת הייתה כי חלפו ימי הזוהר של מדיניות ההעדפה המתקנת גם בתחום ההשכלה הגבוהה. אולם ב-23 ביוני 2003 נתן בית-המשפט העליון שני פסקי-דין מפתיעים הנוגעים בתוכניות ההעדפה המתקנת של אוניברסיטת מישיגן.<sup>71</sup>

במקרה הראשון – *Gratz & Hamacher v. Bollinger*<sup>72</sup> – עתרו שני צעירים אשר שבע שנים לפני כן ביקשו להתקבל ללימודי תואר ראשון באוניברסיטת מישיגן, ולטענתם הופלו לרעה ונדחו בגין היותם לבנים בעוד שמועמדים שחורים עם ציונים זהים התקבלו. במקרה זה פסל בית-המשפט העליון, ברוב של שישה שופטים נגד שלושה, את התוכניות כלא-חוקתיות.<sup>73</sup> בית-המשפט העליון קבע כי התוכנית, אשר העניקה למועמדים עשרים נקודות מתוך מאה וחמישים הנקודות האפשריות אך ורק בשל היותם שחורים, היספנים או ילידים אמריקאיים, הינה מכניסטית מדי וקובעת "מכסות אסורות".

העתירה השנייה – *Grutter v. Bollinger*<sup>74</sup> – עסקה בעניינה של צעירה שביקשה להתקבל לבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת מישיגן אך נדחתה מכיוון שבמסגרת המדיניות של העדפה מתקנת ניתנה עדיפות לשחורים ובני-מיעוטים אחרים, אף שציוניהם לא היו טובים כשל העותרת. במקרה זה דחה בית-המשפט את העתירה

69 ראו בעיקר בפסקי-הדין בעניין *Adarand, supra note 61*

70 ראו הטקסט שליד הערות 34 עד 36.

71 למאמר שהתפרסם לפני שניתנו פסקי-הדין בבית-המשפט העליון, ואשר מתמקד בדיון הציבורי בעד ונגד העדפה מתקנת בשני המקרים הנידונים בפסיקה של 2003, ראו: Danielle C. Gray & Travis LeBlanc "Law and Education: Affirmative Action Under Attack" 19 *Harvard Blackletter Journal* (2003) 43. ראו גם: Stephen A. Plass "Public Opinion and the Demise of Affirmative Action" 19 *Georgia State University Law Review* (2002) 495.

72 *Gratz & Hamacher v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2441 (2003)

73 בדעת הרוב היו השופטים: Breyer, O'Connor, Kennedy, Rehnquist, Scalia, Thomas. בדעת המיעוט היו השופטים: Stevens, Souter, Ginsburg.

74 *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003)

שהוגשה נגד תוכנית ההעדפה המתקנת, ברוב דחוק של חמישה שופטים נגד ארבעה, וקבע כי התוכנית אינה נוגדת את החוקה.<sup>75</sup> בית-המשפט קבע כי התוכנית סבירה ועולה בקנה אחד עם המבחנים שנקבעו בעניין *Bakke* עוד בשנת 1978. בפסק-הדין של דעת הרוב הובעה ציפייה מפורשת כי תוכניות ההעדפה המתקנת יעברו מן העולם בעוד עשרים וחמש שנים (קרי: בשנת 2028 בערך).

שתי הפסיקות ההפוכות מבחינת התוצאה, אשר ניתנו באותו יום ממש, מדגימות את מורכבותה של בעיית ההעדפה המתקנת בארצות-הברית. הפסיקה מבטאת את חילוקי-הדעות הקיימים בארצות-הברית מאז שולבה מדיניות זו בתנאי הקבלה למוסדות אקדמיים בשנות השבעים. בכל-זאת נראה כי בכל הנוגע לתוכניות העדפה מתקנת בתחום ההשכלה הגבוהה, חזר בית-המשפט על העמדה שנקבעה עוד בעניין *Bakke*, שלפיה העדפה מתקנת אינה עומדת בניגוד לחוקה, באופן עקרוני, אולם יש להגביל את ההתחשבות בגזע בתהליך הקבלה, ואסור שהיא תהיה גורפת בעת שקלולם של יתר נתוני הקבלה של המועמד.

כדאי להדגיש כי לא ברור באיזו מידה תשפיע הפסיקה החדשה – שנתנה תקווה חדשה להעדפה המתקנת – על תחום ההתקשרויות הממשלתיות, שכן שיקול הגיון (*diversity*), שכה יפה להקשר האקדמי, תופס בו פחות. עם זה, הפסיקות האחרונות צפויות להצית מחדש את הפולמוס בנושא. אנשי חינוך, ביניהם גם שחורים, התחילו לערער בשנים האחרונות על תועלתה ויעילותה של ההעדפה המתקנת. לטענתם, השיטה פוגעת במעמדם של צעירים שחורים ובני-מיעוטים אחרים, המצטיירים כמי שהתקבלו למוסדות האקדמיים לא בזכות כישוריהם. כנגד זה, פוליטיקאים ועסקנים קהילתיים שחורים טוענים כי ההעדפה המתקנת אפשרה לאלפי צעירים שחורים והיספניים ממשפחות-מצוקה להתקבל למוסדות אקדמיים ולהבטיח לעצמם תעסוקה וקריירה במגזר הפרטי.<sup>76</sup>

## סיכום

"חוקתנו עיוורת-צבעים" הינה המטפורה הידועה ביותר שתבע שופט אמריקאי לתיאורו של עקרון השוויון במשפט החוקתי האמריקאי.<sup>77</sup> ביטוי זה – הבא לתאר

75 בדעת הרוב היו השופטים: Stevens, Ginsburg, Souter, Breyer, O'Connor. בדעת המיעוט היו השופטים: Thomas, Scalia, Rehnquist, Kennedy.

76 ראו ש' שלמה "העליון בארה"ב: העדפה מתקנת תואמת החוקה" **הארץ** 24.6.2003.

77 הביטוי נקבע לראשונה בחוות-דעת המיעוט המבריקה של השופט John Marshall Harlan III בפסק-הדין הבעייתי שבו אימצה דעת הרוב את הדוקטרינה המושמצת של "נפרד אך שווה" (*separate but equal*). ראו: *Plessy v. Ferguson, supra note 11, at p. 559*: "The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is, in prestige, in achievements, in education, in wealth and in power. So, I doubt not, it will continue

את השאיפה הנשגבת של כל מגילת-זכויות: שוויון של כל בני-האדם לפני החוק – יש בו כדי להטעות. אחד המלומדים בתחום המשפט הציבורי טען, בהתייחסו לנושא של העדפה מתקנת, כי כשם שהפליה של שחורים (וכן של קבוצות נוספות, כגון נשים) מילאה תפקיד חשוב בעברה של האומה האמריקאית, כך היא ממלאת תפקיד חשוב גם בהווה, ובתי-המשפט אינם יכולים להתעלם מקיומן של קבוצות שסבלו מאפליה בעבר (past discrimination).<sup>78</sup> לכן, אם כי "לא בנקל ובפתיחות אלא בזהירות, בצמצום ותוך הטלת סייגים, ניתנה לדוקטרינת ההעדפה המתקנת דריסת רגל במשפט האמריקני".<sup>79</sup>

נראה כי בקווים כלליים ובאופן גס ניתן לסכם את עמדת המשפט האמריקאי בקשר לסוגיית ההעדפה המתקנת כדלקמן:

1. **העדפה מתקנת אינה בלתי-חוקתית** – עקרון ההעדפה המתקנת כנורמה חברתית מעולם לא נפסל באופן גורף כנוגד את החוקה.
2. **הצורך לפצות על קיפוח בעבר הינו שיקול לגיטימי** – במקרים רבים שבהם אישר בית-המשפט הסדרים שהתבססו על העדפה מתקנת, המכנה המשותף להכרעה החיובית היה הנימוק כי הצורך לפצות על קיפוח בעבר גובר, בנסיבות העניין, על השיקול של שמירת עקרון השוויון בהווה.<sup>80</sup>
3. **השיקול של גיוון (diversity)** – הפסיקה קבעה כי ככל שמדובר בתוכניות העדפה מתקנת באמצעות התקשרויות ממשלתיות (ואף פרטיות), המטרה ליצור גיוון אינה לגיטימית כשלעצמה. עם זה, המטרה להשיג גיוון הינה לגיטימית ככל שהיא נוגעת בתוכניות העדפה מתקנת בקבלה למוסדות להשכלה גבוהה. הלכה זו נקבעה עוד בעניין *Bakke* בשנת 1978, ואושרה כאמור שוב על-ידי בית-המשפט העליון בשני פסקי-הדין משנת 2003.
4. **הכלי של קביעת מכסות (quotas) אינו חוקי בדרך-כלל** – הפסיקה קובעת כי כל קביעה שרירותית של מכסות – קרי: אחוז מסוים של משרות לבני קבוצה מסוימת – תיפסל. יש לנמק באמצעות נתונים סטטיסטיים מדוע נקבע אחוז זה.
5. **העדפה מתקנת הינה כלי זמני** – בית-המשפט העליון קבע כי על תוכניות העדפה מתקנת להיות זמניות, וכי יש לקבוע יעד לסיומן. בפסקי-הדין האחרונים משנת 2003 הביע בית-המשפט את ציפייתו, לפחות ככל שהדבר נוגע בתוכניות העדפה מתקנת בהשכלה הגבוהה, כי הן יחלפו מן העולם בעוד עשרים וחמש שנה. מכאן ברור

---

to be for all time, if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in the view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is colorblind..."

78 Laurence H. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed., 1988) 1521

79 דבריו של השופט מצא בעניין **שדולת הנשים, לעיל** הערה 4, בע' 519–520.

80 Kathleen M. Sullivan "Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases" 78

100 *Harvard Law Review* (1986–87) 78

מאליו כי אסור לתוכנית העדפה מתקנת להמשיך להתקיים גם לאחר ששוויון ההזדמנויות כבר הושג.

6. **קיימים חילוקי-דעות בבית-המשפט העליון** – הדוקטרינה של העדפה מתקנת שנויה במחלוקת בבית-המשפט העליון עצמו, אשר מחולק באופן גס לתומכי העדפה מתקנת, מחד גיסא, ולשמרנים המתנגדים לרעיון, מאידך גיסא.<sup>81</sup> פסקי-הדין החשובים שנתן בית-המשפט העליון התקבלו לא פה אחד, ופעמים ברוב דחוק. על-כן יש לצפות כי כמו בכל סוגיה משפטית השנויה במחלוקת בציבוריות האמריקאית, שינוי בהרכבו של בית-המשפט העליון יגרוור שינוי בהלכות המשפטיות.

רשימה זו באה להציג בקיצור נמרץ את תמונת-המצב בארצות-הברית בקשר להעדפה מתקנת, והיא אינה עוסקת ברלוונטיות של השיח החוקתי האמריקאי לישראל. נושא זה מצדיק מחקר נפרד. עם זה, ניתן לציין הבדלים אחדים שאינם שנויים במחלוקת בין המצב בארצות-הברית לבין המצב בישראל: **ראשית**, המאבק ליישומה של העדפה מתקנת בארצות-הברית החל בעקבות "המהפכה השחורה" ופעילותה של תנועת זכויות האדם של השחורים, והוא נועד במקורו לפצות את השחורים (האפרו-אמריקאים) ובני גזעים נוספים על מאות שנים של עבדות, גזענות ואפליה. עד היום נסב הוויכוח הפוליטי-החברתי הלוהט והטעון בעיקר סביב העדפה מתקנת על רקע גזע, ואילו תוכניות העדפה מתקנת על רקע מין נמצאות בשולי הדיון הציבורי. לעומת זה, בישראל, בשל סיבות פוליטיות, פריצת-הדרך בנושא זה הייתה קשורה דווקא להעדפה מתקנת על רקע של מין.<sup>82</sup> רק לאחר-מכן הוכנסו תיקונים בחקיקה אשר קבעו העדפה מתקנת גם על רקע של גזע ולאום (העדפה מתקנת לטובת המיעוט הערבי),<sup>83</sup> וכן לטובת אנשים עם מוגבלויות.<sup>84</sup> **שנית**, תיקוני החקיקה השונים אשר קבעו העדפה מתקנת בישראל עברו ללא כל סערות ציבוריות. נראה כי לעת עתה הדוקטרינה עצמה אינה שנויה במחלוקת בישראל, בניגוד למצב בארצות-הברית; **שלישית**, בשל העדרו של עיגון חוקתי מפורש לעקרון השוויון, לא התבקשה עדיין פסילה של חקיקה הקובעת העדפה מתקנת בטענה שהיא מפלה ומנוגדת לעקרון השוויון החוקתי (לענייננו, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו). נראה כי עיגון של עקרון

81 ראו ג' נתן "ביה"מ העליון בארה"ב מסכים לדון שוב בחוקיות האפליה המתקנת" **הארץ** 4.12.2002.

82 ראו סעיף 18א שהוסף בשנת 1993 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; עניין **שדולת הנשים, לעיל** הערה 4; בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630; סעיף 1ב לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, שהוסף בשנת 2000.

83 ראו סעיף 18א(1) שהוסף בשנת 2000 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, שכלל העדפה מתקנת לטובת נשים בלבד אך תוקן והוספה בו גם העדפה מתקנת לטובת ערבים; בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15; בג"ץ 10026/01 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 2.4.2003).

84 ראו סעיף 3 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

השוויון ברמה החוקתית, והמשך חקיקה ויישום של תוכניות העדפה מתקנת, יעוררו בסופו של דבר שאלה זו גם בישראל מצד אלה אשר ייפגעו ממדיניות ההעדפה.