

ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה
תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 –
פרשנותו וקווי יסוד ליישומו

מאת

יופי תירוש*

בספטמבר 1995 נחקק תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, שקבע כי בקרב העובדים בשירות המדינה ינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים. לתיקון זה חשיבות גם מעבר לשירות המדינה ה"גרעיני" (משרדי הממשלה ויחידות הסמך), שהרי בגופים רבים בשירות הציבורי תקפות דרכי המינוי של שירות המדינה, ולפיכך התיקון חל גם עליהם.

המאמר בוחן את הדרכים הראויות לפרשנותה של הוראת התיקון ואת הדרכים ליישומה האפקטיבי. בחינה זו נעשית לאור המאפיינים של שירות המדינה הישראלי בכלל ושל דרכי ההתמנות לשירותיו והקידום בו בפרט. במאמר מנותחים רכיביה של הוראת התיקון, ביניהם: פרשנותה של הדרישה לייצוג הולם; העדר דרישת אפליה כדי להקים חובת פעולה לייצוג הולם; טיבה של התיבה "כישורים דומים" הנדרשים להעדרת בן המין שאינו מיוצג והאופן שבו יש ליישם את ההוראה להעדיף במכרז.

המאמר מתמודד עם הפרשנות הצרה, שניתנת לתיקון, ככל הנראה, על-ידי הגורמים המופקדים על ביצועו בשירות המדינה. לפי פרשנות זו, לתיקון חשיבות הצהרתית בעיקרה. טענת המאמר היא כי עיקרון הייצוג ההולם שקובע התיקון מקים חובה לפעול להשגת המטרה של ייצוג הולם בדרכים נוספות מלבד העדפה במכרז, דרך אותה מציין התיקון במפורש. כמה מהדרכים להשגת מטרה זו נבחנות במאמר, ובהן נטול

* הכותבת, בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, זכתה במלגת הקרן על שם אליס שלווי למחקר יישומי לשנת תשנ"ה, שמימונה אפשר את כתיבת המחקר. תודה לפרופ' גליה גולן, ראש מרכז ללימודי האשה באוניברסיטה העברית, על קיום הכנס בו הוצג המחקר במכון ון-ליר בירושלים; תודה גם לאנשים שהתראיינו לצורך המחקר: פרופ' פרנסס רדאי, פרופ' יצחק גל-נור, ח"כ דדי צוקר, גב' רבקה שקד וגב' מאירה עזר. על הערותיהם המועילות תודה לד"ר אלון הראל, לד"ר אורית קמיר, ליאיר אלדן, לשגית מור ולחברי מערכת כתב העת משפטים. תודה מיוחדת לנוירת ישראלית על תרומתה הרבה למאמר. המאמר מוקדש לאמי.

האלמנטים המקנים יתרון לא רלבנטי למועמדים בהגדרת דרישות התפקיד ובהערכת המועמדים לעבודה בשירות המדינה; צמצום הגורמים הפוגעים בעניינותו ובטוהרו של הליך המכרז; החלת חובת הייצוג ההולם גם ביחס למינויים הפטורים ממכרז ולמינויים בפועל וצמצום שיעורם של המינויים בשירות המדינה הנעשים ללא מכרז. כן מעלה המאמר הרהורים לגבי דינן של תוכניות העדפה לקידומן של אוכלוסיות אחרות – מלבד נשים – בשירות המדינה. לבסוף בודק המאמר את האופנים שבהם חל תיקון 7 על גופים מחוץ לשירות המדינה, ודן בבעיות העולות מהחלת מודל שיועד לשירות המדינה על גופים אחרים.

מבוא. א. נקודות מוצא לדיון בנושא הייצוג ההולם בשירות המדינה; 1. עובדות אודות עובדות המדינה; 2. מינוי במכרז. ב. תיקון 7 לחוק המינויים: רקעו, מבנהו והוראותיו; 1. הרקע לקבלת התיקון; 2. מבנהו של סעיף 15א; 3. סעיף 15א(ב) – דיפרנציאליות בהשגת ייצוג הולם; 4. העדר יסוד "אפליה" בתיקון; 5. מהו "ייצוג הולם"; 6. מושגי השסתום "בנסיבות העניין" ו-"ככל שניתן בנסיבות העניין"; 7. מהם "כישורים דומים"; 8. העדפה במכרז. ג. ייצוג הולם במשרות הפטורות ממכרז; 1. האם תיקון 7 מחייב גם ייצוג הולם במינויים לא במכרז? 2. צמצום המינויים לא במכרז; 3. גילום חובת ייצוג הולם למינויים הפטורים ממכרז. ד. ייצוג הולם במינויים בפועל; 1. הבעיה: שימוש נרחב מדי בסמכות המינוי בפועל; 2. השפעת המינוי בפועל על ייצוגם של בני שני המינים; 3. גילום חובת הייצוג ההולם על הליך המינוי בפועל; 4. סמכות נציב שירות המדינה להתערב במינויים בפועל. ה. תחולת החובה לייצוג הולם על גופים אחרים מלבד שירות המדינה הגרעיני. ו. האם יש סמכות לבצע תוכניות העדפה אחרות מקום שהחוק קובע העדפה מתקנת לנשים?; אחרית דבר.

מבוא

תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן תיקון 7 לחוק המינויים, בהתאמה), שהתקבל בספטמבר 1995,¹ קבע חובת ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה. התיקון נחקק בעקבות נתונים קשים, שהצביעו על מגמה ברורה בשירות המדינה: ככל שעולים בסולם בכירות המשרה – כך יורד שיעור הנשים מכלל המכהנים באותה דרגה.

1 ס"ח תשנ"ה 500.

זו לשונו של סעיף 15א לחוק המינויים, הוא הסעיף שהוסף לחוק בתיקון 27:

ייצוג הולם לבני שני המינים

15א. (א) בקרב העובדים בשירות המדינה יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים (להלן – ייצוג הולם).

(ב) ראה נציב שירות המדינה כי בקרב העובדים במשרד או ביחידה במשרד, או בסוג משרות, אין ייצוג הולם כאמור, יפעל לקידום הייצוג ההולם, ככל שניתן בנסיבות הענין.

(ג) פעולות הנציב יכול שיעשו בתכנית אשר תכלול הוראות בדבר העדפה במכרז למשרה, או לקבוצת משרות, או לדרגה או לקבוצת דרגות שיפורטו בתכנית ולתקופה שתקבע בה; התכנית תעונה אישור ועדת השירות;

בסעיף קטן זה, "העדפה" – מתן עדיפות במכרז לבן המין שאינו מיוצג באופן הולם, מקום שמועמדים בני שני המינים הינם בעלי כישורים דומים.

(ד) נציב שירות המדינה יביא את עקרונות התכנית כאמור בסעיף קטן (ג) לידיעת ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; העקרונות אינם טעונים פרסום ברשומות.

המאמר מבקש לבחון את מהות הוראותיו של סעיף 15א ואת הדרך הראויה ליישומן בארגון גדול ומורכב כשירות המדינה, כמיוחד נוכח מאפייניהם של אופני הכניסה לשירות ודרכי הקידום בו³. ההצדקות התיאורטיות לחקיקתו של התיקון לא יהיו עניינו

2 הנוסח המובא כאן הוא נוסחו המקורי של הסעיף כפי שהתקבל בספטמבר 1995. בפברואר 1998 תוקן סעיף 15א תיקון עקיף על-ידי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (ס"ח 152). התיקון הוסיף, לצד החובה לפעול לייצוג הולם של בני שני המינים, גם חובה לפעול לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות. מאמר זה נכתב טרם חקיקתו של תיקון זה, והוא יתרכז בייצוג הולם לנשים. הצעה כללית נוספת: המחקר נערך ב-1996 והנתונים שעליהם הוא מתבסס נכונים לעת עריכתו. עם זאת, עדכונים עיקריים של פסיקה, חקיקה והחלטות מנהליות שולבו בגרסה זו.

3 המאמר מתרכז בשלבי המינוי והקידום בשירות המדינה. אלה הם, אומנם, צמתים בעלי השפעה קריטית על שיעורי הייצוג של נשים בשירות המדינה, אולם יש להדגיש כי תיקון 7 אינו רק סעיף הסמכה לביצוע העדפה מתקנת במינויים. עיקר חשיבותו הוא בקביעת הגורמה של ייצוג הולם לבני שני המינים. זוהי נורמה תוצאתית, ולפיכך יש מקום להשיג את היעד של ייצוג הולם תוך נקיטת אמצעים אחרים מלבד העדפה מתקנת, כגון פעולות ההופכות את שירות המדינה לארגון ידידותי יותר

של מאמר זה. ההתדיינות התיאורטית בנושא העדפה מתקנת בישראל ובעולם היא ענפה⁴, והדברים נכתבים תוך קבלת הנחת היסוד שעמדה בבסיס חקיקתו של התיקון: תת-הייצוג של נשים בדרגות הבכירות בשירות המדינה נעוץ במידה מכרעת בכשלים מערכתיים, החוסמים את דרכן של נשים להתקדם בהתאם לכישוריהן. מצב זה נוגד את עיקרון השוויון המהותי, פוגע בחברה בכללותה, פוגע בנשים ופוגע בשירות המדינה, המפסיד פוטנציאל של כוח-אדם מוכשר ומשכיל.

בפרק א' למאמר ביקשתי להניח את התשתית האינפורמטיבית הנדרשת לדיון. חלקו הראשון של הפרק סוקר את הנתונים המלמדים על שיעור ייצוגן של הנשים בשירות המדינה. חלקו השני בוחן את דרך המינוי המרכזית בשירות המדינה – להלכה אך לא למעשה, כפי שיובהר להלן – היא דרך המינוי במכרז.

לעובדותיו. כאמור, מאמר זה לא יעסוק באותן "פעולות הילה", אך יציגו כאן בקיצור כמה פעולות שנעשו עובר לתיקון על-ידי נציבות שירות המדינה: בתקשי"ר (תקנון שירות המדינה) נקבע, כי שם המשרה או התואר בתפקיד שבו מכהנת אשה יוטה למין נקבה (הודעת נש"ם נה/19 מיום 22.2.92); ההתייחסות בתקשי"ר לבני זוגם של עובדי המדינה שונתה מ"אשתו" או "רעייתו" ל-"בן-זוג" (הודעת נש"ם נ/49 מיום 22.8.96); הוגמש האיסור על העסקת אם לילדים בשעות נוספות כך שלעובדת יש בחירה לעבוד שעות נוספות אם רצונה בכך (הודעת נש"ם נה/26 מיום 7.6.95); עודכן נוהל הטיפול בהטרדה מינית, תוך יצירת פונקציות מגגנוניות שאליהן ניתן לפנות במקרה של הטרדה מינית – הממונות על מעמד האשה במשרדים (הודעת נש"ם נה/19 מיום 22.2.95) ועוד.

4 לספרות ישראלית בנושא זה ראו, למשל, ד' דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 541; פ' רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145; פ' רדאי "על השוויון" בתוך: מעמד האשה בחברה ובמשפט (עורכות פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי, תשנ"ה) 19; פ' רדאי "נשים בשוק התעסוקה" שם, בעמ' 64; ר' בן-ישראל "השוויון במשפט העבודה – מנין ולאן?" שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 85; ר' בן-ישראל "שוויון בעבודה נוסח שנת אלפיים – המרשם הישראלי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (תשנ"ז) 577; כ' שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי (עורכים א' ברק, א' מזוז, תשנ"ה, כרך ב) 893; ד' יורעאלי "מי מיוחד מהעדפה מתקנת?" ידיעון שדולת הנשים בישראל (פברואר 1995); ל' עפרוני קידום נשים בשירות הממשלתי בישראל – האם הנשים מופלות לרעה (תש"ם); א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 290-296; ס' פלאוט "העדפה מקלקלת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 235.

F. Raday "Religion, Multiculturalism and Equality: The Israeli Case" in: 25 *Israel Yearbook on Human Rights* (1996) 193; R. Ben-Israel "Equal Employment Opportunities for Women" 4 *Tel-Aviv Univ. Studies in Law* (1978-1979) 142.

הספרות הזרה על העדפה מתקנת רבה מאוד. לקריאה התחלתית ראו, למשל:

P. Lurie "The Law as They Found It: Disentangling Gender-Based Affirmative Action Programs from Croson" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 1563; J. Rubinfeld "Affirmative Action" 107 *Yale L.J.* (1997) 427.

בפרק ב' נותחו רכיביו של תיקון 7 והפרשנות הראויה להוראותיו, תוך התייחסות להיסטוריה החקיקתית שלו, כפי שהיא מתבטאת בפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בין השאר, הפרק בודק מהי משמעות הדיבור "ייצוג הולם", באילו חתכים יש לבחון את שיעורם היחסי של גברים ונשים בשירות המדינה, מהן הדרישות המקימות חובה לפעול לייצוג הולם ובאילו תנאים ניתן להעדיף את מינויו של בן המין שאינו מיוצג.

מאז נחקק התיקון מפרש אותו שירות המדינה פירוש מצמצם, לפיו אין בו אלא הסמכה להתערבות במכרז. לטענת המאמר פרשנות זו סותרת את תכלית התיקון, את רוחו ואף את מלוחיו המפורשות, הקובעות חובה כללית לייצוג הולם בשירות המדינה, על כל הדירוגים, סוגי המשרות והיחידות שבו. סעיף קטן (ג) לתיקון מסמך אומנם את נציב שירות המדינה⁵ להעדיף במכרז את בן המין שאינו מיוצג באופן הולם, אולם הסמכה זו אינה יוצרת הסדר השולל פעולות אחרות לייצוג הולם, ובכללן התערבות במינויים שאינם במכרז. העיקרון הכללי הקבוע בסעיף קטן (א) – עיקרון הייצוג ההולם לבני שני המינים בשירות המדינה – מחייב פעולה לייצוג הולם גם במינויים שלא בדרך של מכרז (למשל, במינויים למשרות ארון או במינויים כפועל). פרקים ג' וד' עוסקים בפעולות הנוספות המתחייבות מן התיקון.

בפרק ג' נבחנת האפשרות ליישם – כאשר הדבר אפשרי – את עיקרון הייצוג ההולם גם לגבי המינויים הפטורים ממכרז. הסיבה לשאיפה זו נעוצה בעובדה, המשתקפת בנתונים מספריים, שמינויים שאינם מתקבלים באמצעות מכרז הם מינויים גבריים – של גברים ועל-ידי גברים. דבר זה פוגע בסיכוייהן של נשים להתחרות על תפקידים בכירים ולהתמנות אליהם. עובדה זו מולידה את הצורך להחיל את חובת הייצוג ההולם גם על מינויים שאינם מחויבים במכרז. במקביל, נבחנות בפרק זה ההצדקות לקיומן של הקטגוריות השונות הפטורות ממכרז, מתוך שאיפה לצמצם את שיעור המינויים הפטורים ממכרז רק למקרים שבהם יש לכך הצדקה. לכאורה, הקריאה להחיל על המינויים הפטורים ממכרז את חובת הייצוג ההולם מייתרת את הדיון בצמצום שיעור המינויים שאינם מחויבים במכרז; אולם למעשה, דיון אחרון זה איננו מיותר נוכח שני טעמים עיקריים. האחד הוא טעם פרגמטי: קשה לדעת האם – ואימתי – יאמץ שירות

5 תפקידה של נציבות שירות המדינה, כפי שהדבר משתקף מחוק המינויים, מחוק שירות המדינה (משמעת), התשי"ט-1959 ומחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, הוא לתת מענה לצורך בגוף מקצועי א-פוליטי שיופקר על גיוס אופטימלי של עובדים לשירות המדינה, על קביעת תקנים לעובדים, על המשמעת, על תנאי עבודתם ורווחתם של העובדים ועוד. כל זאת ללא תלות בשיקולים זרים ובלחצים ממשרדי הממשלה. ראו גם הצעת חוק שירות המדינה (הצ"ח תשי"ב 142), הצעה שלא התגבשה לכלל חוק אחד כי אם נחקקה פרקים-פרקים בחוקי שירות המדינה השונים.

המדינה פרשנות המחילה את חובת הייצוג ההולם על מינויים שלא במכרז, ואין חולק כי חובה זו כבר חלה על מינויים במכרז, לכן ישנה חשיבות להכנסת מינויים רבים ככל האפשר תחת כנפי המכרז. הטעם האחר הוא שכאשר משרה פטורה ממכרז משיקולים בלתי ענייניים, קיים חשש שגם בהליך המינוי לה ישלטו שיקולים זרים, המונחים בעיקר על-ידי האינטרס של מינוי "אנשי שלומנו". ספק רב אם בהליכי מינוי כאלה יוותר מקום לשיקולים של ייצוג הולם.

תופעה נוספת שעליה מצביע המאמר כפוגעת באפשרות להשגת ייצוג הולם לנשים היא הפגיעה בטוהרם ובענייניותם של המכרזים בשירות המדינה (למשל, כאשר נציג המשרד לו מיועד המינוי משתתף בוועדת המכרזים כשבאמתחתו שמו של מועמד מועדף על המשרד, הדבר עלול לפגוע בשיקול דעתו הענייני; או כאשר המשרה מאוישת כבר במינוי בפועל, מוקנה לממונה בפועל יתרון על פני המועמדים האחרים). מכרזים "תפורים" פוגעים בעיקרון הייצוג ההולם משום שהם מונעים תחרות עניינית על בסיס כישורים. עוד לפני העדפת האשה מבין בעלי הכישורים הדומים במכרז, יש לאפשר תחרות שתתייחס אל הכישורים הללו. נשים הן בעלות השכלה וכישורים גבוהים יותר, בדרך כלל, מכישורי הגברים בשירות המדינה. לפיכך, ייתכן שתעמודנה בהצלחה בתחרות עניינית המבוססת על כישורים⁶, אך המקרים שבהם תחרות כזו מתקיימת אינם שכיחים די הצורך, ולפני נקיטת האמצעי של העדפה במכרז יש לאפשר לנשים להתחרות בתחרות עניינית. נזק אפשרי נוסף הנובע מן הפגיעה בטוהרם של המכרזים הוא החשש שמא מועמדים רבים, ובכלל זה מועמדות, כלל אינם ניגשים למכרזים אלא מתוך חוסר אמון בענייניותו של הליך המכרז. המאמר מצביע אם-כן על הצורך להחזיר את האובייקטיביות והענייניות להליך המכרז, ומציע דרכים לעשות זאת (על-ידי צמצום המינויים בפועל – הנושא בו עוסק פרק ד'; הקפדה על קשר בין דרישות המכרז לאופי התפקיד; נטרול האלמנטים המקנים יתרון בלתי ענייני לגברים במבחני הכשירות – נושאים הנדונים בפרק ב.7, ועוד).

פרק ה' בוחן את היקף תחולתו של תיקון 7. בראש ובראשונה חל התיקון על שירות המדינה "הגרעיני" (משרדי הממשלה ויחידות הסמך). עם זאת, חוק המינויים – לרבות תיקון 7 – חל גם על גופים אחרים בשירות הציבורי, ויש לו פוטנציאל תחולה על גופים נוספים, פוטנציאל שהתממשותו תלויה בהחלטות מנהליות. חשיבותו של הדיון חורגת אם-כן מעניינם של כחמישים אלף עובדי המדינה ונוגעת בכוח לכחצי מיליון העובדים בשירות הציבורי כולו.

בפרק ו' נגעתי נגיעה ראשונית בשאלת ההתנגשות בין תוכניות העדפה לאוכלוסיות שונות, המבקשות להשתמש באותו משאב – משרות בשירות המדינה – לקידומן.

6 ראו להלן, הערה 14 והטקסט לידה.

א. נקודות מוצא לדיון בנושא הייצוג ההולם בשירות המדינה

1. עובדות אודות עובדות המדינה

נשים מהוות כ-60% מן העובדים בשירות המדינה. עם זאת, כאשר בודקים את התפלגות העובדים לפי מין ודרגה, מתקבלת תמונה ברורה: ככל שעולים בסולם הדרגות, קטן אחוז הנשים. להלן כמה דוגמאות:

- בדירוג המנהלי, שעובדיו מהווים כ-48% מעובדי שירות המדינה, יש 59% נשים, אך אין אף אישה בדרגה העליונה. יש 11.2% נשים בדרגה השנייה ו-9% בדרגה השלישית, אך הנשים מהוות 65.2% מן העובדים בדרגות השמינית ומטה, ובדרגות הנמוכות ביותר הן מהוות 100% מן העובדים.⁷
 - בדירוג האקדמאים (מח"ר – מדעי חברה ורוח) (המהווה 9% מהשירות ובו 44% נשים) יש 11.1% נשים בדרגה העליונה, 13.9% בדרגה השנייה ו-23.8% בדרגה השלישית, אך מהדרגה השמינית ומטה נשים מהוות 60.7% מן העובדים.⁸
 - בדרגה העליונה בארבעת הדירוגים הגדולים בשירות המדינה (מינהלי, מח"ר, מהנדסים וטכנאים) יש שלוש נשים מתוך 29 עובדים, היינו: כ-10%. מתוך כלל העובדים בארבעת הדירוגים הגדולים, נשים מהוות 0.3% בשלוש הדרגות העליונות.⁹
 - רק 23% מהמועסקים בחוזה בכירים בשירות המדינה הם נשים (87 מתוך 386 עובדים).¹⁰
 - מהנתונים שהגישה נציבות שירות המדינה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביולי 1995 עולה כי בשנים 1994-1995 נשים כלל לא נבחרו לתפקידים ב-3 הדרגות העליונות.¹¹
- מהו ההסבר למצב דברים זה? יש הטוענים כי הסיבה נעוצה בכך שנשים אינן מעונינות לכהן בתפקידים בכירים. אך טענה זו אינה יכולה לספק הסבר מלא לפערים

7 מבוסס על נתוני נציבות שירות המדינה מדצמבר 1996.

8 שם.

9 גבון ליוני 1997. מבוסס על נתוני נציבות שירות המדינה, מתוך: "נשים בשירות המדינה – דו"ח ביניים מס' 1" (נובמבר 1997).

10 שם. לפי נתוני נציבות שירות המדינה משנת 1995, אין אף אישה בחוזה בכירים בשתי הדרגות העליונות. בשירות המדינה יש 3 נשים בדרגה השלישית בחוזה בכירים, מתוך 95 חוזים בדרגה זו.

11 מ' עזר "על מצבן של נשים בשירות המדינה" נציבות שירות המדינה (1995) 9.

הגדולים בייצוג, והיא אף חסרת גיבוי בעובדות¹². באופן דומה קשה למצוא ביסוס לטענה לפיה העובדה שנשים אינן מגיעות לתפקידים בכירים מעידה על כך שהן פחות מוכשרות. נשים בישראל בכלל¹³ ובשירות המדינה בפרט הן בעלות שנות השכלה רבות יותר מן הגברים¹⁴. כמו כן, כפי שיתברר בהמשך, המינוי והקידום בשירות המדינה רחוקים מלהיות תלויי-כישורים בלבד, כפי שמחייב המודל המריטוקרטי שלפיו אמור השירות להתנהל. מכאן מסתמנת מסקנה לפיה הסיבות לפער בייצוגן של נשים בשירות המדינה נעוצות בחסמים סמויים, המובנים לתהליכי קבלתן וקידומן של נשים. נתונים אלה, והצורך להביא לשינויים תוך נקיטת אמצעים מלאכותיים לנטרול החסמים העומדים בפני נשים בשירות המדינה, היו הרקע לקבלת תיקון 7 לחוק המינויים.

2. מינוי במכרז

מודל אפקטיבי של העדפה מתקנת צריך להיות מתאים לארגון שבו הוא פועל, על מאפייניו הייחודיים – מבנהו, תרבותו הארגונית, דרכי ההצטרפות לשורותיו ועוד. לפיכך, הדיון בדבר מודל הפעולה המתאים לשירות המדינה דורש את בדיקת מאפייני השירות הרלבנטיים לענייננו, וכן את סימון המאפיינים שנראים כתורמים למצבן הנחות

12 מחקרים בקרב נשים בשירות המדינה מעלים כי הן מייחסות למקום העבודה חשיבות גבוהה ביותר בחייהן, הן מאמינות בצורך בשוויון בין המינים בכל הדרגות, והן תומכות בצורך בפעולה מוסדית למען ייצוג הולם. "ישי בירוקרטיה ייצוגית: נשים בשירות המדינה הבכיר בישראל, דו"ח מחקר (1994); א' רוט "העדפה מתקנת כפתרון לאפליית נשים בתעסוקה, הגדרת המצב הקיים בישראל (סקר עמדות)" (פרויקט גמר בתוכנית למדיניות ציבורית באוני' ת"א, 1996). וראו מאמר המקעקע טענה זו גם בהקשר האמריקני:

Vicki Schultz "Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases: Raising the Lack of Interest Argument" 103 Harv. L. Rev. (1990) 1750.

13 לפי השנתון הסטטיסטי לישראל משנת 1994, אחוז הנשים בעלות 13-15 שנות לימוד בגילאי 25-44, למשל, גבוה משמעותית מזה של הגברים. שנתון סטטיסטי לישראל (1994) 635.

14 דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקה כוללת של שירות המדינה וגופים הנתמכים מתקציב המדינה (תשמ"ט, כרך א) 102 (להלן: "דו"ח קוברסקי") מצוין כי: "הציון שנות הלימוד של הנשים המועסקות בשנת 1986 היה 12.4, לעומת 11.7 בקרב הגברים". כמו כן, מחקר על בכירים בשירות המדינה העלה כי נשים בדרג הבכיר והבינוני בשירות המדינה עשירות יותר בהון אנושי מעמיתיהם הגברים באותה דרגה. למשל, למעלה מ-10% מהנשים הבכירות הן בעלות תואר דוקטור, לעומת 7.7% מהגברים הבכירים. ממצא מעניין אף יותר הוא שבחלק גדול ממשטחי ההון האנושי שנבדקו (השכלה אקדמית, רמת חיים גבוהה בילדות, השכלת הורים, שנת עלייה וכו') ההון האנושי הנשי גדול יותר בהשוואה לגברים בלי קשר לדרגה. גם הנשים בדרג הבינוני ממוקמות גבוה יותר בסולם הסטטוס מאשר הגברים הבכירים. ישי (לעיל, הערה 12), בעמ' 9-10.

של נשים בשירות המדינה, תוך בדיקת הדרכים לשנותם. נבדוק כיצד מתמנים למשרות בשירות המדינה.

סעיף 19 לחוק המינויים קובע כי:

לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא לאחר שנציב השירות הכריז על המשרה בפומבי....

זהו לב לבו של חוק המינויים, והוא קובע כי "דרך המלך" לקבלת עובדים לשירות המדינה היא באמצעות מכרז. סעיף 24 לחוק המינויים משלים את התמונה, ומבהיר את מהותה ואת טעמה של שיטת המכרזים. כל המועמדים במכרז ייבחנו כדי להוכיח את סגולותיהם ואת מידת כשירותם לתפקיד, ולמשרה ייבחר הכשיר מבין הכשירים¹⁵. שני רציונלים עיקריים עומדים בבסיסו של הסדר זה. הראשון הוא שוויון ההזדמנויות שמבטיח הליך המכרז למתחרים על המשרה. בתהליך הכימות האובייקטיבי של כישורי המועמדים מתחשבים רק בתכונות וכישורים הרלבנטיים לתפקיד העומד למכרז, תוך נטרול מאפיינים הזרים לשאלת התאמתם לתפקיד (כגון קרבה פוליטית לבעלי תפקידים בשירות המדינה, מין, נטייה מינית או גיל). הרציונל השני המונח בבסיסו של הליך המכרז הוא כי הבחירה על בסיס סגולות (מריטוקרטיה) מבטיחה אופטימליזציה של איכות העובדים בשירות המדינה, כך שרק המועמדים המוכשרים והמתאימים ביותר ייבחרו לשורותיו. בלשונו של פסק־הדין בעניין חלמיש: "מכרז פומבי – כדי להבטיח לציבור שהטובים ביותר יתקבלו לעבודה ולא 'הקרובים ביותר'¹⁶". דברים דומים נאמרו גם בעניין יחיא: "המטרה היא שקבלת העובדים לשירות המדינה 'לא תיעשה מתוך משוא פנים מפלגתי ומתוך זיקה פוליטית, אלא לפי הכשרה אישית'¹⁷". להבטחת השמירה על העקרונות שבבסיס שיטת המכרזים הלכה למעשה, נקבעו הסדרים נוספים:

15 עיקרון זה לא בא לעולם עם חקיקת חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959. הוא היה קיים עוד טרם חקיקתו, ומופיע כבר בגרסאות המוקדמות של התקשיר, ששיקף הסכמים קיבוציים בין ההסתדרות הכללית למדינת ישראל. הסכמים אלה קבעו את עיקרון הבחירה במכרז, ואת הכלל של מכרז חיצוני ואחריו מכרז פנימי. ראו גם בג"ץ 244/64 אדירי נ' מבקר המדינה, פ"ד יט(1) 401.

16 דב"ע מד/20-4 "חלמיש" בע"מ, מועצת פועלי ת"א-יפו, פד"ע טו 320, 327.

17 דב"ע גז/171-3 יחיא, מדינת ישראל, פד"ע כה 485, 479. ראו גם בג"ץ צוקר, העומד על אפיונה של שיטת המכרז (אומנם בהקשר של מכרז לפי פקודת העיריות, אך הדברים נכונים גם לגבי מכרז בשירות המדינה): "תכלית כפולה יש לסעיף 170 לפקודת העיריות כשהוא דורש כי עיריה תקבל עובדים בדרך של מכרז פומבי. ראשית, הוא נועד להבטיח כי הטוב שבין המועמדים יתקבל למשרה, וכך תעלה רמת השירות לציבור. שנית, הוא נועד לתת הזדמנות שווה לכל המעוניין לזכות במשרה" בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית ת"א יפו, פ"ד מט(1) 139, בעמ' 146-147.

ראשית, מלאכת מיונם של המועמדים והמינויים לשירות המדינה הוטלה על נציבות שירות המדינה, שהיא גוף נפרד, חיצוני למשרדים¹⁸. אומנם, למשרד שאליו מיועדת המשרה יש נציג בוועדת הבוחנים¹⁹, אך גם הוא מחויב לשקילת שיקולים ענייניים בלבד בבחנה את שאלת התאמתו של המועמד לתפקיד.

שנית, נקבעו כללים הקובעים באופן מדויק את סוגי הבחינות והמדדים שישמשו להערכת המועמדים בצמתי הכניסה לשירות המדינה²⁰.

לצד הכלל של בחירה במכרז קיימים כמה חריגים, שנחקקו כמעין סדקים צרים המאפשרים כניסה לשירות המדינה שלא במכרז במקרים מיוחדים. בפועל מהווים סדקים אלה דרכי כניסה מרכזיות לשירות המדינה, כפי שיפורט להלן, בפרק ג'.

ב. תיקון 7 לחוק המינויים: רקעו, מבנהו והוראותיו

1. הרקע לקבלת התיקון

ממשלות ישראל הכירו בפערים הטעונים תיקון בין נשים לגברים – במדינת ישראל בכלל ובשירות המדינה בפרט – ובתחומים רבים מלבד משרות ציבוריות, כגון פערים בשכר, בתנאי עבודה וכיוצא באלה.

המלצות לחיסול הפערים בין המינים הוגשו לממשלה על-ידי כמה ועדות שהוסמכו לבדוק את הנושא, כגון הוועדה בראשות אורה נמיר²¹, ועדת קוברסקי²² וועדת רות בן-ישראל²³. הממשלה החליטה כבר בשנת 1985 על דרכי פעולה למען שוויון הזדמנויות לנשים בשירות המדינה וברשויות הכפופות למשרדי הממשלה, וביניהן שיתוף נשים

18 דב"ע נג/3-17 יחיא (לעיל, הערה 17), שם.

19 סעיף 36(ב)(2) לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961. היבטים אחרים של מניעת ניגוד עניינים ושיקולים זרים ניתן למצוא בכלל לפיו לא ישתתף בוועדת הבוחנים קרוב משפחה של מועמד למשרה (סעיף 42 לכללים דלעיל).

20 ראו הכללים הנ"ל, פרק שני ואילך.

21 ועדה שמונתה ב-1976 על-ידי ראש הממשלה דאז, יצחק רבין ז"ל, לבדיקת מעמד האשה בישראל. מדו"ח ועדת קוברסקי, המאוחר יותר, עולה כי "רק חלק זעום מכ-250 המסקנות של ועדת נמיר טופלו ויושמו עד כה". ראו דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14, כך ב), בעמ' 257.

22 לסקירה מפורטת יותר בנושא זה ראו דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14, כך ב), בעמ' 257. להמלצות ועדת קוברסקי עצמה בנושא מעמד האישה ראו שם, בעמ' 263-271, וכן כך א, בעמ' 102-106.

23 הוועדה להגברת שילובן וקידומן של נשים בשירות הממשלתי, שהוקמה ב-1993 על-ידי שר הכלכלה והתכנון דאז פרופ' שמעון שטרית, במטרה להגיש המלצות ליישום מסקנות הוועדה בנושא קידום ושילוב נשים במגזר הציבורי (ועדת משנה של ועדת קוברסקי, בראשותה של פרופ' בן-ישראל).

בוועדות מכרזים, מינוי נשים לדיקטוריונים של חברות ממשלתיות ועוד²⁴. כל הוועדות, גם אלה שכאו אחרי החלטת הממשלה האמורה, דיווחו על אותו מצב עגום של פערים בין המינים והמליצו המלצות דומות בעיקרן.

למרות כל אלה, לא נעשו פעולות שהביאו לשינוי משמעותי של התמונה, והפערים בין נשים לגברים בשכר, באפשרויות הקידום ובתנאי העבודה אינם שונים כיום באורח משמעותי מהפערים שהיו קיימים לפני 20 שנה²⁵.

בשנת 1993 נחקק תיקון מס' 8 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן: חוק החברות הממשלתיות). תיקון זה קבע חובת פעולה לייצוג הולם לבני שני המינים בדיקטוריונים של חברות ממשלתיות. לפי התיקון, עד להשגת ייצוג הולם בדיקטוריונים אלה, חלה על השרים הממנים חובה למנות את בני המין הבלתי מיוצג, ככל שניתן בנסיבות העניין. כדברי השופט מצא, היווה התיקון –

[לא] עיגון חקיקתי חדש לזכויות מושרשות, כמו הזכות הבסיסית לשוויון בין המינים... אלא נורמה חדשה, שמטרתה לאכוף, על דרך החיוב, מתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים בהרכבי הדיקטוריונים של חברות ממשלתיות...²⁶.

מיום חקיקתו של התיקון (מרץ 1993) ועד להכרעת בג"ץ בפסק-הדין בעניין שדולת הנשים (נובמבר 1994) לא קרה למעשה דבר. נשים לא מונו לדיקטוריונים של חברות ממשלתיות, כנהוג מאז ומעולם. החידוש החקיקתי הפך אפקטיבי בעקבות עתירתה של השדולה כנגד מינוי חברי דיקטוריון גברים בשני דיקטוריונים לאחר חקיקת התיקון. תוצאת פסק-הדין, שביטלה את המינויים והורתה לשרים למנות נשים, הפנתה תשומת-לב ציבורית לאפיק הפעולה החקיקתי כדרך אפקטיבית לקידום השוויון בין המינים. החלטת בג"ץ העבירה מסר חד-משמעי בדבר חובת הפעולה לפי התיקון. חשיבותו של פסק-הדין איננה נעוצה רק בתוצאתו, אלא גם בקווי היסוד שהתווה כבוד השופט מצא לפרשנות הוראת הייצוג ההולם בחוק, פרשנות שהניחה קווים מנחים לפעולה לפי חובת הייצוג ההולם, ואף ביססה את עיקרון ההעדפה המתקנת כחלק מעיקרון השוויון

24 החלטת ממשלה מס' 248 מיום 28.4.85.

25 נתונים עדכניים אודות היקפם של הפערים בתחומים אלה ניתן ללמוד מן המאמרים המופיעים בספר נשים הכוח העולה, קידום הנשים בעבודה – גיפוף "תקרת הזכוכית" (ענת מאור עורכת, 1997). בין השאר ראו א' אלכסנדר "דמותה של אפליה – נשים בעבודה" שם, בעמ' 37; ל' עפרוני "תמורות במערכת השכר בישראל" שם, בעמ' 45; ר' אלחרמן ונ' תורן "נשים בסגל האקדמי" שם, בעמ' 160; מ' פלג "לקט נתונים סטטיסטיים" שם, בעמ' 286.

26 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 514-515 (להלן: עניין שדולת הנשים).

במשפט הישראלי. תיקון מס' 8 לחוק החברות הממשלתיות והעתירה שהוגשה בעקבותיו סללו את הדרך להטלת חובת ההערפה המתקנת על תפקידים וגופים נוספים.²⁷ זמן קצר לאחר הצלחת העתירה בעניין שדולת הנשים הוגשה הצעת חוק פרטית מטעם חה"כ דדי צוקר, שהתכוונה לתקן את חוק המינויים ולהחיל מודל דומה של חובת ייצוג הולם על מערכת גדולה ומורכבת הרבה יותר – שירות המדינה. על פרשנותה של הוראת החוק שהתקבלה בתיקון 7 נעמוד להלן.

2. מבנהו של סעיף 15א

סעיף קטן (א), הפותח את סעיף 15א, הוא מרכזו של תיקון 7. סעיף קטן זה קובע כי הנורמה שתחול בשירות המדינה תהיה ייצוג הולם לבני שני המינים. לקביעה זו אופי דואלי: היא גם מבוא – מעין סעיף מטרה האופייני לחקיקה הישראלית בשנים האחרונות²⁸, וגם סעיף אימפרטיבי, ציווי. הסעיף יוצר חובה לייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה.

אולם, המחוקק לא הסתפק בקביעה הנורמטיבית הכללית. בהוסיפו את הסעיפים הקטנים הבאים ביקש המחוקק להבטיח כי העיקרון החגיגי הפותח את התיקון לא יתמסמס בהעדר הוראות קונקרטיות למימושו. מבנה הסעיף הוא, אם כן, של מעין פירמידה, היוורדת מהרמה המכלילה לרמה הפרטנית, היישומית.

סעיף קטן (ב) נותן אמות מידה נוספות להבנת הציווי הכללי בסעיף (א). הלשון הסתמית בסעיף (א), הקובעת כי "ייתכן" ייצוג הולם, לובשת מושא קונקרטי. נציב שירות המדינה הוא שצריך לפעול להשגת הייצוג ההולם²⁹.

27 ראו דבריו של חה"כ דדי צוקר, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, בדיון במליאת הכנסת עובר לקריאה הטורמית של הצעת החוק לתיקון 7: "אנחנו מדברים פה בהמשך העקרון שנקבע בחקיקה שנתקקה בכנסת לפני כשנה וחצי בדבר העדפה מתקנת לנשים כדירקטוריות בחברות ממשלתיות, חוק שקיבל לאחרונה גיבוי אידיאולוגי ומעשי על ידי פסיקתו של בג"צ". ישיבה רצ"ח, 11.01.95, עמ' 463 לתדפיס הכנסת. ראו גם את דבריה של חה"כ ענת מאור בדיון במליאת הכנסת בדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית: "השינוי התחיל עם חוק החברות הממשלתיות. אני רוצה לידע את חברי הכנסת שמ-4% ייצוג של נשים בדירקטוריונים, הייצוג הוכפל פי ארבע במהלך שנתיים בלבד. זה לא נעשה מעצמו, זה נעשה תוך עבודת מעקב, תוך הזרמת השמות, תוך משא ומתן אישי של ארגוני הנשים ושל רשת הניהול עם השרים הנוגעים בדבר, שכן כל שר ממנה לבד את הדירקטוריונים, ובהחלט התשואה היא מאוד חיובית". ישיבה שס"ח של הכנסת, 25.07.95, עמ' 525 לתדפיס הכנסת.

28 למשל, סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, וסעיף 1 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

29 ראו דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חה"כ דדי צוקר, בדיון בקריאה ראשונה: "סעיף (ב) נגזר מסעיף (א). סעיף (א) מדבר על כך שהמטרה היא מתן ייצוג הולם בשירות. סעיף (ב) הוא סעיף הסמכה. הוא

סעיף קטן (ג) ממשיך ברוח זו של קונקרטיזציה, ומפנה את הזרקור לאחד מן האמצעים שניתן לנקוט כדי להשיג את מטרתו של התיקון – התערבות במכרזים. התזה שבבסיס הוראת סעיף (ג) היא שהעדפת המין הבלתי מיוצג במינויים במכרזים תפתור את בעיית הייצוג. הנחה זו מבוססת על מצב הדברים הלכאורי שהוצג לעיל, לפיו הליך המכרז הוא דרך המלך לקבלת עובדים לשירות המדינה. נמצא, כי לפי הנחת המחוקק, התערבות בהליך המכרז תפתור את עיקר הבעיה. זוהי המורסה הכואבת מבחינת ייצוג הולם, וחיטוייה וריפוייה הם, בעיני המחוקק, המקום בו צריך להתמקד. יובהר כבר כאן, כי אחת מטענותי המרכזיות במאמר זה היא כי אין להסיק מן הקונקרטיזציה של המחוקק בסעיף (ג) – בדבר ההתערבות במכרז כאמצעי להשגת ייצוג הולם – כי זהו האמצעי היחיד שראוי וניתן לנקוט להשגת המטרה. העיקרון הכללי שנקבע בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) מסמך ומורה על חובה לפעול לייצוג הולם גם במינויים שלא באמצעות מכרז³⁰. מלבד זאת, לטענתי, הפעולה של העדפה במכרז היא צעד אחרון בשורה של צעדים מקדימים נדרשים, ובהם החזרת טוהרו וענייניותו של המכרז, והפיכתו מחדש להליך הכניסה המרכזי לשירות המדינה.

סעיף קטן (ד) הוא אינדיקציה נוספת לרצונו של המחוקק להבטיח שהתיקון לא יישאר אות מתה. סעיף זה קובע מנגנון של פיקוח פרלמנטרי על יישום החוק. עקרונות התוכנית יובאו לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

להלן אפרט את העקרונות הכוללים במודל שנבחר.

3. סעיף 15א(ב) – דיפרנציאליות בהשגת ייצוג הולם

סעיף קטן (ב) לתיקון קובע כי על הנציב לבדוק את קיומו של ייצוג הולם "במשרד או ביחידה במשרד או בסוג משרות". הוראות החוק קובעות, אפוא, כי אין להסתפק בבדיקת מספר הנשים הכולל בשירות המדינה, אלא יש לבדוק את הייצוג לעומק ולרוחבו של השירות. לפי לשון החוק, יש לבצע הן חיתוך אנכי (בדיקת שיעורי הייצוג בין המינים בכל הדרגות במשרד או ביחידה) והן חיתוך אופקי (בדיקת שיעור הנשים בדרגה ובדירוג מקצועי מסוימים בכל היחידות והמשרדים).

שאלת הדיפרנציאליות של פעולת הנציב לפי התיקון – כלומר: היכולת שלו לפעול באופן גמיש תוך רגישות להבדלים באפיוניהם ובמבניהם של התפקידים והיחידות בשירות המדינה – הטרידה מאוד את חברי ועדת החוקה. מצד אחד כולל השירות יחידות "גבריות", כגון אגפי חקירות בשב"כ, מע"צ או רפא"ל, ומצד שני הוא כולל

מסמך את הנציב לפעול, אם הוא מוצא שאין ייצוג הולם. ישיבה שכ"א של הכנסת מיום 7.3.95, עמ'

133 לתדפיס הכנסת. על סמכויות הנציב באופן כללי ראו לעיל, הערה 5.

30 ראו להלן, פרקים ג' ו-ד'.

בתי-ספר ובתי-חולים, שבהם הנשים מהוות רוב העובדים. כדבריו של מר מני מזוז,

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, בישיבת הוועדה:

בשירות המדינה יש יחידות בהן יש לנשים ייצוג הולם ויותר מהולם, יש יחידות שיש ייצוג כמעט הולם, יש יחידות שאין בכלל ייצוג קרוב להולם. יש יחידות שיש בהן סיבה אובייקטיבית לכך שאין ייצוג הולם, יש יחידות שבהן אין לכך סיבה אובייקטיבית. לכן התיקון של המעוות מחייב עבודה עם פינצטה, צריך לבדוק כל יחידה, כל מערכת, מה המצב, מה הסיבות...³¹.

עם זאת, לא תמיד ביטויי החשש מפני העדר גמישות היו כנים. לעתים הם שימשו כסות לכוונה לסכל את הליך החקיקה, למשל באמצעות הבאת החשש מאי-גמישות לידי אבסורד. כך למשל הביע ח"כ דן מרידור את התהייה שמא התיקון יחייב העדפה מתקנת לגברים במשרד המשפטים או במשרד החינוך, בהם ממילא יש רוב לנשים.³² דוגמא נוספת היא ה"חשש" שהביע חת"כ שאול יהלום בדיון בקריאה הראשונה:

אסור לו [לנציב שירות המדינה] פה לעשות שיקול דעת... הוא חייב עכשיו להתחיל לערוך אפליה מתקנת לטובת הגברים, ובמשך עשר השנים הבאות בבתי מדרש למורים וגננות במכללות יתקבלו רק גננים... ומחר יגידו שלא יכולים לקבל נשים שתהיינה אחיות, בגלל שלפחות 50% צריכים להיות אחים... יוצא מזה, שכאן נעשה חוק שהוא לא מעשי, הוא לא רציני, הוא לא נכון, הוא לא אתראי, ובסופו של דבר אינני יודע אם הוא פוגע יותר בנשים או עוזר יותר לנשים...³³.

מיותר לציין, כי חששות אלה מחטיאים את מטרת התיקון, שאיננה קידום גברים למקצועות שרוב העוסקים בהם הן נשים, כי אם פיצוי נשים על הפגיעה המתמשכת בהזדמנות השווה שלהן להתקדם לפי כישוריהן. נוסף על כך נראה שהחששות הם משוללי בסיס, לאור המציאות העגומה שבה מקצועות "נשיים" מתאפיינים בשכר נמוך ובתנאי עבודה פחות טובים ממקצועות "גבריים". קשה להאמין שהביקוש לסמינרים לגננות או למשרות פקידות עלה או יעלה בעקבות חקיקת התיקון. עם זאת, נראה

31 פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 30.1.95, בעמ' 8.

32 פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 30.1.95, בעמ' 14, וכן פרוטוקול מיום 15.2.95, בעמ' 3.

33 ישיבה שכ"א של הכנסת, 7.03.95, בעמ' 153.

שבאופן עקרוני אין לדחות על הסף מצב שיצדיק העדפה מתקנת לגברים, במקומות שבהם האפשרות שלהם להתמנות למשרה פלונית נחסמת כתוצאה משיקולים זרים ומדעות קדומות אודות מינם והתכונות הג'נדראליות המתבקשות ממנו. אדרבה: אפשר שיהיה זה אינטרס נשי לסייע לגברים להתקבל למשרות "נשיות", ובכך לנטרל סטריאוטיפים לגבי אופיו הג'נדראלי של תפקיד זה או אחר.

הדילמה של המנסחים שתמכו בתפיסה שבבסיס התיקון נגעה למידת רגישותם של החתכים שמציין החוק (משרד, יחידה או סוג משרות). מחד גיסא, ציון מדויק של חתכים עשוי היה לכבול את ידי הנציב כך שהוא יהיה חייב להשיג ביטוי הולם לשני המינים בכל יחידה או משרד, באופן נוקשה. מאידך גיסא עלה החשש שמא החתכים המוצעים אינם מפורטים מספיק; שנדרשים חיתוכים רגישים שיחשפו את המקומות שבהם אין ייצוג הולם; ושההוראה הכללית תאפשר הימנעות מפעולה על-ידי הצגת הנתונים הסטטיסטיים באופן מסוים שאינו משקף את המציאות הבלתי שוויונית³⁴. הנוסח שהתקבל עדיף על נוסח כוללני משום שהוא לא רק מאפשר חתכים רגישים – "כפינצטה" – אלא אף מחייב אותם.

הצעת החוק המקורית של חה"כ דדי צוקר, שהובאה לקריאה טרומית, נקטה גישה ממוקדת ותכליתית יותר, וקבעה חובת פעולה לייצוג הולם ב-4 הדרגות העליונות בשירות המדינה בלבד.

בהוראה כזו יש היגיון רב. בגוף שבו יותר מ-60% מהעובדים הם נשים, אך הן מאיישות את הדרגות התחתונות בלבד, יש למקד את המאמצים במקומות שאליהם נשים לא מצליחות להגיע ולשכור את "תקרת הזכוכית" – אותה נקודה שבה קיים חסם סמוי להתקדמותן של נשים לדרגות הבכירות ביותר, המונע מהן להתקדם מעבר לה³⁵.

34 להלן קטע מפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, מיום 1.3.95, בעמ' 11:

י' לוי: נגיה שיש משרד עם חמש יחידות, בשלוש יחידות יש 60% נשים, בשתי יחידות יש 80% גברים. זה מאוזן או שבכל יחידה אתה צריך לאזן את המספרים?
י' גל-נור: לא יש יחידות שהן כל כך גדולות, מס הכנסה למשל, שאין שום טעם להשוות אותן ליחידות אחרות.

י' לוי: זה כבר כלול במשרד. לדעתי יהיו לך צרות עם זה, כל יחידה תלך לבג"צ.

י' גל-נור: זו הסמכה, אני לא חייב לעשות את זה....

היו"ר ד' צוקר: האם זה גותן יותר גמישות?

מ' מזוז: זה מיועד לקדם את המטרה של שוויון.

35 החשש שהוראת החוק שהתקבלה לבסוף איננה מבטאת את הצורך להתמקד במקומות שבהם באמת צריך לפעול לקידום נשים הובע על-ידי חה"כ תמר גוז'נסקי: "בניסוח הקיים התוצאה כזאת: בוחן בשירות המדינה רואה שבמשרד הפנים בדרגות הנמוכות יש 80% נשים, אז הוא מקיים דיון ושואל: איך אני מגדיל את שיעור הגברים בקרב הדרגות הנמוכות... הכעיה שלנו היא לא למה הגברים לא

יתרון נוסף של הוראה ממוקדת הוא שהביקורת על יישומה פשוטה יותר. הוראה כזו קרובה יותר בטיבה להוראת הייצוג ההולם בחוק החברות הממשלתיות, הקובעת בהחלטיות כי עד להשגת ייצוג הולם ימנו השרים את בני המין הלא מיוצג³⁶. למרות יתרון זה, יש לזכור שגם ההוראה ההחלטית יותר של חוק החברות הממשלתיות זכתה לפרשנות – שעליה הגנה פרקליטות המדינה בעניין שדולת הנשים – לפיה אין מקום לקיים את ההוראה במקרה שהובא לפני בג"ץ.

אולם הוראה ממוקדת לוקה גם בכמה חסרונות. ראשית, ניתן לטעון כי היא מטפלת בסימפטום ולא בבעיה. כדי להגיע למצב שבו יש מועמדות מוכשרות לתפקידים בכירים בשירות המדינה, המגישות מועמדות למלא תפקידים אלה, יש לטפח ולעודד נשים בתפקידים נמוכים יותר בשירות וליצור עבורן סביבת עבודה תומכת, שתכשיר אותן הן ברמה הארגונית והן ברמה המקצועית להתמודד ולמלא תפקידים בכירים. שנית, בדומה לטענה נגד ההוראה בחוק החברות הממשלתיות, ניתן לטעון כי פעולה המתמקדת בדרגות העליונות היא פעולה אליטיסטית, שתשפיע על חייהן של נשים מעטות בלבד, שמבחינת השכלתן וכישוריהן שייכות ממילא לאליטה החברתית והכלכלית, ולא תשפר כלל את מצבן של רוב רובן של הנשים.

טענות אלה הן כבדות משקל, אולם כנגדן ניתן לומר שיש חשיבות להתמקדות דווקא בהגעת נשים לדרגות הבכירות ביותר. הדבר משרד מסר שעשוי לשנות תפיסות חברתיות בדבר יכולתן וכישוריהן של נשים, הוא עשוי לעודד נשים להאמין שהן יכולות להגיע לתפקידים ברמה גבוהה תוך אימוץ מסלולן של הנשים הבכירות כמודל לחיקוי, ואף לנטרל תפיסות סטריאוטיפיות המונעות קידום נשים לתפקידים מעין אלה. שנית,

מצליחים להיכנס לדרגות הנמוכות אלא איך לשבור את תקרת הזכוכית. זה לא נאמר פה" (פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6.95, בעמ' 7).

36 כלשונו של סעיף 18א(ב) לחוק החברות הממשלתיות: "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה". כן ראו דבריה של חה"כ תמר גוז'נסקי בדיון בקריאה שנייה ושלישית של התיקון: "לכן ההסתייגות הזאת אומרת, שנציב שירות המדינה יפעל לקידום הייצוג ההולם בנסיבות העניין בקרב ארבע הדרגות הבכירות במשרד או ביחידה במשרד או באחד מן המקצועות בהם אין ייצוג הולם. אם נציב שירות המדינה יטפל בדרגות הבכירות שם הוא יפגע בדיוק בתחום שבו נשים מופלות לרעה. לצערי הרב, ההצעה שלי לא התקבלה, והתקבל הנוסח המאוד מטושטש, לדעתי, של החוק, שהתוצאה ממנו תהיה שנציב שירות המדינה יהיה כל כך עסוק בכל כך הרבה תפקידים ובכל כך הרבה עיסוקים שהוא לא ישם לב להפליה הגדולה והמרכזית של נשים בדרגות הבכירות". ישיבה שט"ח של הכנסת מיום 25.7.95, בעמ' 504-505 לתדפיס הכנסת.

קידום נשים לדרגות בכירות עשוי להיות גם בעל השפעה קונקרטית על נשים בדרגות נמוכות יותר. נשים בכירות עשויות לקדם יותר נשים³⁷.

לחובתה של הוראה המתרכזת בארבע הדרגות העליונות יש לציין עוד, כי בהתחשב באופיו הארגוני של שירות המדינה, הוראה כזו היתה לוקה בחוסר רגישות למקומות השונים בהן ממוקמת תקרת הזכוכית בתפקידים ובמשרדים השונים בשירות. הבעיה הוצגה על-ידי היועצת המשפטית של נציבות שירות המדינה, עו"ד נורית ישראלי:

יש בעיה עם החיתוך השרירי בדרגות כי תקרת הזכוכית אינה אחידה והיא לא פרוסה על פני כל הדרגות כאותו מקום. יש צוואר בקבוק שככל דירוג אפשר להצביע עליו ולומר: פה מתחילים להפלות נשים לדעה³⁸.

לסיכום, אם עובר לחקיקת התיקון נראתה הבחירה בהוראה כוללת וגמישה בדבר התפקידים והיחידות שבהם צריך לפעול לייצוג הולם, כפשרה שאפשר לחיות איתה³⁹, הרי מנקודת המבט של היום, כשלוש שנים לאחר חקיקת התיקון, ייתכן שיש להטיל ספק בנכונותה של בחירה זו. נוכח העובדה שהתיקון לא גרם עד כה לשיפור משמעותי בייצוג של נשים בשירות המדינה, ושעובדה זו לא נדונה כבג"ץ או על-ידי ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, ייתכן שראוי היה להעדיף הוראה ממוקדת יותר, שתתרכז בדרגים העליונים, ושקל יותר לבקר את (אי-) יישומה.

4. העדר יסוד "אפליה" בתיקון

בנוסחיו הראשונים של תיקון 7 נכלל יסוד של אפליה, כך שרק העדר ייצוג הולם שמקורו באפליה בין המינים יקים חובת פעולה למען ייצוג הולם⁴⁰.

37 כיום ניתן לזהות כי לצד התופעה המוכרת של 'מלכת הדבורים' – היא האשה הבכירה המקפידה לשמור על מקומה כאישה מצליחה יחידה בין גברים, תוך חסימת התקדמותן של נשים סביבה – קיימת גם תופעה הפוכה, של נשים בכירות המאמצות את הדפוס הגברי של בניית רשתות חברתיות בארגון ושל עידוד קידומן של נשים אחרות.

38 פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6.95, בעמ' 7-8.

39 על החוק כתוצאה של פשרה בין גורמים שונים ראו א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (תשנ"ג, כרך שני) 206-207.

40 להלן כמה מהניסוחים שהציעו הגורמים השונים שהיו מעורבים בחקיקת התיקון: "ראה נציב שירות המדינה כי בקרב העובדים... אין ייצוג הולם לבני שני המינים, ויש בכך משום הפליה בנסיבות העניין, יפעל/רשאי הוא לפעול לקידום הייצוג ההולם"; "בקרב עובדי שירות המדינה יהיה ייצוג לבני שני המינים שאין בו אפליה בנסיבות העניין"; "בקרב עובדי שירות המדינה יהיה ייצוג הולם ובלתי מפלה בנסיבות העניין לבני שני המינים"; ואף: "שיש בו בנסיבות העניין כדי אפליה"; "באופן שיש בו כדי להפלות בנסיבות העניין"; "אי שוויון בלתי הוגן".

מטרת הכללתו של יסוד האפליה היתה מניעת יישום פורמליסטי ודווקני של החוק. כדברי מר מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה:

אנחנו רוצים להשאיר בחוק גמישות לנציבות שירות המדינה ולבתי המשפט... כל אחד מאיתנו מבין שיש יחידות שבהן יש ריכוז יותר גבוה של מין אחד לא כתוצאה מאפליה. אנחנו לא רוצים שהצעת החוק הזאת תהיה מכשיר בידי קבוצות שהיא לא נועדה להן⁴¹.

המתנגדים להכללת דרישת אפליה בחוק הסכימו לצורך העקרוני בחקיקתה של הוראה גמישה, אולם בבסיס טיעוניהם עמד החשש שמא דרישה כזו תהפוך את הוכחת העדרו של ייצוג הולם בבית המשפט לקשה ואפילו לבלתי אפשרית. עו"ד רחל בנוזמן, היועצת המשפטית של שדולת הנשים, טענה בהקשר זה כנגד הכללת דרישת האפליה בתיקון:

בית המשפט שיצטרך לפרש את החוק ישאל את עצמו למה נמצאים בחוק שני אלמנטים, למה כתוב גם 'בנסיבות הענין' וגם 'באופן שיש בו כדי להפלות'? הוא יאמר: משמע, יש פה שני סייגים. אנחנו עשויים להישאר עם מצב ש'בנסיבות הענין' זה לצרכים שהוגדרו על ידי מר מזוז ואלה מצבים שברור שהם אפליה; ואילו המילים 'באופן שיש בו כדי להפלות' משרדות כוונה⁴².

לאחר דיונים רבים התקבל הנוסח שאינו כולל יסוד של אפליה, ועל כך יש לברך. בבג"ץ שדולת הנשים נקבעו הדברים הבאים:

ההתחקות אחר סיבותיה של הפליה קבוצתית של נשים במגזר ספציפי זה או אחר, מקום שקיומה כמציאות חברתית באותו מגזר מוכח בראיות סטטיסטיות, היא בעלת חשיבות משנית. שכן, לרוב ניתן לכאורה להניח, כי הפלייתן של נשים בתחום כלשהו – ובעיקר כשקידומן אינו תלוי רק בכישוריהן של המועמדות, אלא גם בהחלטות המתקבלות במרכזי שליטה מוסדיים – הינה פועל-יוצא של מוסכמות מושרשות,

41 פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 15.2.95, בעמ' 6.

42 פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 15.2.95, בעמ' 7. ראו גם דבריה של עו"ד נטע זור-גולדמן, היועצת המשפטית של האגודה לזכויות האזרח: "אני חוששת שמי שתבע מהנציבות פעולה לאכיפת החוק הזה תצטרך להוכיח שהמצב הקיים היום הוא תוצאה של אפליה. איך אפשר לעשות את זה? ... אנחנו חושבים שהמונח 'יצוג הולם בנסיבות הענין' משאיר פתח משפטי מספיק כדי לומר שפה אין הצדקה לגקוט את האמצעים האלה. בלתי אפשרי להטיל על הקבוצה שתובעת את ההעדפה המתקנת להוכיח שהמציאות הקיימת תוצאתה אפליה. זה עלול לסכן את האפשרות לעשות שימוש בחוק הזה".

שאנשים הגונים רבים פועלים מכוחן מבלי ליתן את דעתם לפסול שבמעשיהם. אך היעדרה של כוונת הפליה אינה מעלה; שכן הפסול הוא בתופעת ההפליה של נשים, כעובדה מוכחת, והפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות⁴³.

וראו גם דבריה של פרופ' רדאי:

מושג ההעדפה המתקנת מבוסס על ההנחה שקיימת אפליה התודרת לכל תחומי החיים, והוא מציע דרך לנטרולה. בתוכנית של העדפה מתקנת לא מוטל על חברת הקבוצה המופלית לרעה הנטל – המהווה מכשול שקשה להתגבר עליו – לתבוע את זכותה לטיפול שוויוני ולהוכיח את האפליה הפועלת נגדה, במקרה היחיד שלה. על-פי שיטה זו, חברת הקבוצה המופלה נהנית מחמת הספק שהיא סובלת מאפליה – ספק המבוסס היטב על נתונים כלליים ידועים – והנטל עובר לבעלת כוח ההכרעה להראות שקיימות סיבות אובייקטיביות הקשורות לכישוריה של המועמדת המצדיקות את דחייתה⁴⁴.

אפליה ישירה ומכוונת אינה הגורם העיקרי לשיעור ייצוגן הנמוך של נשים בדרגות הבכירות בשירות המדינה, כמו גם בתחומי פעילות אחרים בחיים הציבוריים. דרישת אפליה היתה מחלישה את כוחו של החוק, שממילא אינו חד-משמעי דיו ואף משאיר פתחי מילוט רבים למקרים שבהם יש הצדקה לסטות מהנורמה שהוא קובע.

5. מהו "ייצוג הולם"

אמת-המידה הקבועה בסעיף 15א מבטאת את קו-המטרה שלו בהיותה "ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים". אמת-מידה זו כונתה בקיצור (וכך תכונה גם להלן) "ייצוג הולם". בפרשנותה של תיבה זו אעסוק להלן. משמעותן של מלים אלה אינה חד-משמעית. מהרקע לחקיקת החוק עולה כי מטרת השימוש בביטוי זה היתה

43 עניין שדולת הנשים (לעיל, הערה 26), בעמ' 524. ראו גם בג"ץ 104/87 נבו ג' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מד(4) 749, 761: "כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא ברעה קדומה". כן ראו דב"ע נא/8-3 מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כ"ד 79, 65; דב"ע נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ (טרם פורסם), עמ' 11-16 לפסק-דין של השופטת א' ברק.

44 רדאי "על העדפה מתקנת" (לעיל, הערה 4), בעמ' 149.

להשיג גמישות באופן היישום של החוק, ולהשאיר מקום להגדרה דיפרנציאלית של יעדי הייצוג ביחידות ובסוגי תפקידים שונים, בהתאם למאפייניהם⁴⁵.

זוהי גם אמת-המידה שנוקט סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות. פסק-הדין בעניין שדולת הנשים הכיר בעמימות זו של הביטוי "ייצוג הולם", וקבע כי יש להימנע מפירוש נוקשה ופורמליסטי שלו; עם זאת התווה פסק-הדין אמות-מידה לפירוש. כדברי השופט מצא, הפירוש הרגיל של הביטוי יהיה "שבהעדר נסיבות מוכחות המצדיקות מתן משקל יתר לבני אחד המינים, יש לפרש 'ביטוי הולם' כמחייב מתן ייצוג שווה לגברים ולנשים"⁴⁶. אולם ישנן נסיבות שיצדיקו קביעת שיעור ראוי אחר, לפי אופיו, מטרותיו וצרכיו של הגוף או של סוג התפקידים העומד על הפרק. עם זאת הדגיש השופט מצא כי מתן ייצוג כלשהו לנשים אינו בבחינת מתן ייצוג הולם.

המקרים שנדונו בעניין שדולת הנשים היו מקרים מובהקים לייצוג הרחוק מלהיות הולם. בשני הדירקטוריונים של החברות הממשלתיות שעניינן נדון בבית-המשפט לא היתה חברה ולו אשה אחת. בשלב זה, לפחות, הופכים הגתונים בדבר ייצוגן של הנשים בשירות המדינה גם את הקביעה שאין ייצוג הולם לנשים בשירות המדינה לקביעה קלה. הפעולות למען ייצוג הולם, ככל פעולה של העדפה מתקנת, הן זמניות מטבען⁴⁷. מטרתן להביא את הקבוצה הבלתי מיוצגת לנקודת פתיחה שווה, שממנה אפשר יהיה לדבר על שוויון הזדמנויות במובנו הרגיל, ללא צורך בהעדפות מתקנות אקטיביות. השקפה זו עולה גם מאלמנט הזמן המופיע בסעיף קטן (ג) לתיקון, לפיו התוכנית שרשאי הנציב להגיש צריכה לכלול לא רק את האמצעים שבדעתו לנקוט למען השגת ייצוג הולם, אלא גם את פרק הזמן המוקצב להפעלת התוכנית.

לאור כל אלה, נדמה שדיון בשאלת הנקודה המדויקת שבה יעבור קו פרשת המים בין המצב הדורש המשך פעולה לייצוג הולם, למצב שבו ניתן להפסיק התערבות אקטיבית, הוא דיון המקדים את זמנו במצב הדברים הנוכחי. במצב הרחוק מייצוג הולם,

45 "הכוונה במלים 'ביטוי הולם' היתה להשאיר שיקול דעת". דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, חה"כ דדי צוקר, בישיבה מיום 30.1.95, בעמ' 13.

46 עניין שדולת הנשים (לעיל, הערה 26), בעמ' 527-528.

47 אלמנט זמניותו של החוק עלה כמה פעמים בדיונים לקראת חקיקתו. חה"כ יעל דיין ביקשה לתחום בזמן את תחולת החוק: "אני רוצה להגביל את החוק הזה בזמן. יש לנו בעיה חברתית עם כל החוקים שמטרתם תיקון אפליה. אנחנו יוצאים מתוך הנחה שהחקיקה הזאת היא מתקנת ולפיכך היא סותרת דמוקרטיה ויש לנו קושי מסוים עם זה. הייתי רוצה להגביל זאת לחמש שנים שבהן נבחן אם התיקון הזה נשא פירות" (פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 1.3, בעמ' 8). חה"כ דן מרידור הציע לחוקק את התיקון כהוראת שעה (פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 30.1.95, בעמ' 12). אולם הצעות אלה לא התקבלו, ואי קבלתן משקפת, לדעתי, הכרה (נכונה) בכך שתהליך של שינוי בייצוגם של שני המינים אינו עניין קצר או פשוט, וכך שיחד עם הצורך לזכור שאין מדובר בהסמכה נצחית להעדפה מתקנת, לא יהיה זה נכון לקבוע סד נוקשה של תאריך בו תפקע הסמכות.

דיון בשאלה האם ייצוג הולם משמעותו 40% נשים או 50% נשים, או שמא משמעותו התאמה בין אחוז הנשים באותו מקצוע (מהנדסים למשל) בישראל לאחוז הנשים במקצוע זה בשירות המדינה, יהיה בעל משמעות אקדמית בלבד. עם זאת, חשוב לחזור ולהדגיש – כפי שעשה השופט מצא – כי אין במינויה של "Token Woman" – דהיינו: מינויה של אשה "ייצוגית" אחת בלבד בכל סוג תפקידים כעלה תאנה המכסה על תד ייצוג של נשים – כדי למלא אחר חובת הייצוג ההולם. הקריטריון הרגיל צריך להיות ייצוג שווה לנשים ולגברים. על הטוען לסיבה המצדיקה חריגה מסטנדרט זה להוכיח כי בנסיבות העניין חריגה כזו היא בלתי נמנעת. חריג "נסיבות העניין" ידון להלן.

6. מושגי השסתום "בנסיבות העניין" ו"ככל שניתן בנסיבות העניין"

העיקרון הכללי הקבוע בסעיף קטן (א) לתיקון קובע כי ייתן ביטוי הולם "בנסיבות העניין" לייצוגם של בני שני המינים בשירות המדינה. לפי סעיף קטן (ב), על הנציב לפעול לקיום הייצוג ההולם "ככל שניתן בנסיבות העניין". חשיבות הימצאותם של מושגי שסתום אלה בחוק היא בכך שהם מאפשרים ריכוך והגמשה של העיקרון הכללי בדבר ייצוג הולם.

דומה כי הדיבור "נסיבות העניין" בסעיף קטן (א) מתייחס לתיבה "ייצוג הולם", וכוונתו לאפשר נקיטת אמת-מידה גמישה לקריטריון זה. בסעיף קטן (ב) מכוונות המלים "ככל שניתן בנסיבות העניין" לאמצעים להשגת ייצוג הולם: האמצעים שיש לנקוט הם אלה המתאפשרים בנסיבות העניין.

עיצוב הסדר גמיש בתחום זה הוא חשוב ומחויב המציאות, אולם ברמת היישום של התיקון, יש לנקוט זהירות בשאלה איזה משקל ייתן למושגי שסתום אלה. המקרה שהובא לפני בית-המשפט בפרשת שדולת הנשים הדגים יפה כי כל סייג כזה הוא פתח לטיעונים שונים ומגוונים שמשמעותם למעשה זהה: עיקרון הייצוג ההולם הוא יפה וטוב, אך נסיבות המקרה הקונקרטי שלפנינו הן מיוחדות עד כדי כך שאין זה מתאים להפעיל בו – ורק בו – ייצוג הולם. בעניין שדולת הנשים נקבע:

בעיקר יש להטעים, כי באיזון הפנימי בין חובת השרים להעדיף מינוי של נשים לבין היקף ההתחשבות במיגבלות שבמסגרתן מוטל על השרים למלא חובה זו, יש ליתן משקל בכורה לחובת ההעדפה של נשים. יש לזכור, כי חובת ההעדפה בשיקולי המינוי היא כללית, בעוד שהסייג

(המשחרר את השר הממנה מן החובה האמורה) עשוי לחול רק במקרים חריגים, בהם קיום החובה אינו אפשרי⁴⁸.

לסיכום, מניעת תוצאה פורמליסטית, המעוותת את מטרת התיקון ורוחו, מחייבת לפרש את מושגי השסתום באופן צר, כך שישמשו להגמשת עיקרון הייצוג ההולם רק כאשר הדבר נדרש באמת. יש לקרוא את התיקון כקובע שעיקרון הייצוג ההולם צריך להיות מעתה הנורמה השליטה, מצב הדברים הרגיל והמצוי בשירות המדינה. לצד השיקול של בחירת הכשיר מבין הכשירים⁴⁹ יגבר עיקרון הייצוג ההולם על כל שיקול אחר במינוי, למעט במקרים המגולמים במונחי השסתום, אותם יש לפרש, כאמור, בצמצום.

7. מהם "כישורים דומים"

סעיף קטן (ג) לתיקון מגדיר כי העדפה במכרז פירושה "מתן עדיפות במכרז לבן המין שאינו מיוצג באופן הולם, מקום שהמועמדים בני שני המינים הינם בעלי כישורים דומים".

כלומר: לפי הסעיף, חובת הייצוג ההולם אינה מבטלת את האופי המריטוקרטי של גיוס עובדים לשירות המדינה. העדפת המין הבלתי מיוצג תהיה לגיטימית רק כאשר לא יהיה בה משום התפשרות על איכות העובדים המגויסים לשירות.

דומה כי זוהי אחת הנקודות שבהן ההתנגשות הקונספטואלית בין העקרונות המונחים בבסיסה של שיטת המכרזים לבין אלה של העדפה מתקנת באה לידי ביטוי רב ביותר. הליך המכרז אמור להיות הליך ענייני, הבודק את כישורי המועמדים בלבד ו"עיוור" לכל תכונה אחרת שלהם. והנה מכניס התיקון שיקול נוסף אל מנגנון הבחירה – שיקול המבקש להביא לידי ביטוי בתוך הליך המכרז לא רק את כישוריהם של המועמדים, אלא גם את מינם. דבר זה הוא זר לרוח המכרז, ועשוי לכאורה לפגוע בטוהרו ובתכליותיו.

לכאורה הפתרון לדילמה פשוט: המכרז יעריך את כשירותם של המועמדים באופן אובייקטיבי, ורק בקו הגמר, אם ייוותרו מועמדים בעלי כישורים זהים שהם הכשירים ביותר, ייבחר בן המין שאינו מיוצג.

פתרון כזה מתיישב עם ההנחות שבבסיס חוק המינויים וכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961 (להלן: "הכללים"), ואף נראה אפשרי לאורם. בצמוד לקביעתו של סעיף 24 כי יש לבחור את הכשיר מבין הכשירים, מספק הסעיף את הכלי ליישום הוראה זו, וקובע כי על המועמדים למכרז לעמוד

48 עניין שדולת הנשים (לעיל, הערה 26), בעמ' 529.

49 כקבוצה בסעיף 24 לחוק המינויים.

במבחינים להוכחת כשירותם וסגולותיהם. הכללים קובעים את הדרכים שבהן יוערכו מועמדים למשרה בשירות המדינה. הם מציינים בפירוט ובדקדוק רב את סוגי המבחנים לבדיקת הסגולות השונות, וכן את היקפם, משקלם הפנימי, סולמות הציונים שלהם והוראות רבות נוספות. מקריאת הכללים עולה הרושם כי אל מול עיני מנסחיהם אכן עמדה המטרה של הערכה עניינית ואובייקטיבית שתאפשר לבחור את המועמד הטוב ביותר. מכאן, שהחוק מבטא גישה לפיה ניתן לבטא את כשירותם וכישוריהם של המועמדים בנתון אחד שיגלם את כל סגולותיהם, ולסדרם זה ביחס לזה על ציר אחד אנכי כך שאפשר יהיה לראות בבירור מי כשיר יותר ומי כשיר פחות.

אך גם אם פתרון כזה הוא תקף ברמה התיאורטית, הרי שיישומו במציאות הוא בעייתי. ברור, כי כאשר מודדים סגולות וכישורים של בני אדם, אף פעם לא יגיעו לקו הגמר אנשים זהים לחלוטין בתכונותיהם ובסגולותיהם. האלמנטים השונים שמביאים עמם המועמדים (השכלה, ניסיון, סגולות אישיותיות, אינטליגנציה, המלצות וכו') יוצרים מעין תִּלְפִיד (קונגלומרט) ייחודי של תכונות. פרשנות דווקנית של ההוראה "כישורים דומים" עלולה להביא למצב שבו אף פעם לא יגיע לקו הגמר יותר ממועמד אחד.

בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט עמדו על נקודה זו גב' מאירה עזר, מנהלת אגף א' (בחינות ומכרזים) בנציבות שירות המדינה ועו"ד נורית ישראלי, היועצת המשפטית של נציבות שירות המדינה:

מ' עזר: מטבע אנשי שני אנשים אינם שווים לחלוטין זה לזה ואין שני אנשים שיש להם כושר או כשירות זהים. אני מדגישה שאנחנו מודדים גם דברים שאינם מדידים. כאשר מטפלים בנושאים שאינם מדידים בוודאי אי-אפשר לקבוע שוויון.

... נ' ישראלי: הקומפוזיציה של החוק היא שכל הכישורים הם מדידים, ניתנים לכימות ולתוצאה מתימטית. אם אנחנו מקבלים את הקומפוזיציה הזאת בלי כחל ושרק, אנחנו צריכים לכתוב 'כישורים שווים'. גב' עזר טענה שהקומפוזיציה בחוק היא יפה אלא שנסיון החיים מוכיח שמדובר בדברים שיש להם אלמנט של סובייקטיביות עם הרצון לעשות זאת מדיד... נאמר: נציב שירות המדינה יקבע לכל נבחן על-פי שיטה שקבע מדד להערכת ההישגים. כלומר, גם הסגולות נמדדות במדדים. אקרא לכם את רשימת הסגולות: אופי, אישיות, לרבות כושר ניהול, אמון והנהגה, הבנת יכולת ניתוח של בעיות ומצבים, כושר מילולי, כושר חשבוני, כושר ניסוח, כושר ריכוז לרבות זריזות ודייקנות וכו'. צריך להבין שזו מערכת שבחוק יש בה גישה מכלילה, וכאשר אנחנו רוצים

להחיל אותה במציאות היומיומית יש בה וריאציה שדיברה עליה גב' עזר.⁵⁰

על כך יש להוסיף את העובדה שגם אם מקריאת חוק המינויים וכללי המכרזים מתקבל הרשם כי מדובר במערכת שיטתית ויסודית של כימות כישורים, הרי הלכה למעשה, במכרזים רבים – ודווקא לתפקידים בכירים – המועמדים אינם עוברים כלל תהליך של מדידה והערכה כאמור. חברי ועדת הבוחנים מתרשמים מהראיון עם המועמד ומהשאלון שהוא ממלא אודות השכלתו וניסיונו⁵¹, זאת ותו-לא. ראוי להוסיף כי למעשה, הצבעתם של חברי ועדת הבוחנים מושפעת לא רק ממידת התרשמותם מן המועמד, אלא גם מעמדתו של הגוף שכל אחד מהם מייצג (כגון המשרד הממשלתי שממנו הם באים, שאולי מעדיף מועמד מסוים, או ארגון העובדים). במצב כזה קשה לדבר במונחים כמותיים על מידת הדמיון הנדרשת בכישורי המועמדים. אפשר שדפוסים אלה של הערכת המועמדים נוגדים את מהותה של תובת המכרז הקבועה בחוק המינויים, תובת שאיננה מתמלאת אם הליך הבחירה איננו שומר על עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המתאים ביותר, גם אם הוא נושא את הכותרת "מכרז".

יש אף רגליים לחשש שהמועמד הגבר יהיה זה שייבחר מבין אלה שהגיעו לסיבוב האחרון, וזאת עקב תרגומם של ההבדלים בין תכונותיהם של המועמדים ליתרונות לגבר. קל להתרשם מנכונותה של קביעה זו כאשר הערכת המועמדים מתבצעת על-ידי התרשמותה של ועדת הבוחנים בלבד. לאמונות ולהשקפות המושרשות אודות התכונות המאפיינות גברים ונשים ואודות התפקידים שעליהם למלא יש השפעה מכרעת על הערכת המועמדים, השפעה שהיא במקרים רבים בלתי מודעת⁵². אולם, גם כאשר

50 פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6, בעמ' 20-21.

51 כך עולה מראיון שקיימתי עם גב' מאירה עזר, מנהלת אגף א' (בחירות ומכרזים) בנציבות שירות המדינה.

52 השפעתן של השקפות ואמונות רווחות אודות התכונות המאפיינות גברים ונשים, על הערכות אובייקטיביות לכאורה של נשים לעומת גברים, היא נושא למחקרים רבים. כך, לדוגמה, ה-Economist מיום 27.5.1997 מתאר תוצאות מחקר אודות השפעת משתנה המין על הערכת מועמדים לקבלת משרות מחקר והוראה בפקולטאות למדעי הטבע באקדמיה בשבדיה. מן המחקר עולה כי נשים מוערכות כבעלות כישורים גמורים יותר לגבי יכולתן המדעית, למרות שהן באות עם קרדיטים (כגון מספר פרסומים, מספר הציטוטים של מחקריהן וכו') טובים כמו של המועמדים הגברים, ואף יותר משלהם. החוקרות פיתחו מנגנון כימות של הנתונים האובייקטיביים על המועמדים, וגילו שמועמדות שהציגו את היכולות הטובות ביותר מבחינת נתונים אובייקטיביים (מעל 100 נקודות במנגנון הכימות בו השתמש המחקר) הוערכו על-ידי חברי סגל באוניברסיטה כמו גברים שיכולתם כומתה ב-20 נקודות לפי מנגנון הכימות של המחקר.

על אי-האובייקטיביות שבמבחנים ניתן ללמוד גם מדו"ח קוברסקי, המצביע על חוסר התאמתם של חלק מהמבחנים (למשל, מבחנים פסיכומטריים) בשירות המדינה לבדיקת כישוריהם של מועמדים

המועמדים מוערכים באופן שיטתי, כמותי ואובייקטיבי לכאורה, באמצעות מבחנים רבים וציונים מוחלטים, יש מקום לבדוק את מידת היתרונות הבלתי רלבנטיים שמעניקה השיטה לנבחנים גברים. כך, למשל, השירות הצבאי מקנה יתרון לגברים שדרגותיהם הצבאיות – הגבוהות יותר משל נשים, ברוב המקרים – מהוות גורם משמעותי בהערכתם היתרה⁵³, וזאת גם כאשר הכישורים שנרכשו בשירות הצבאי אינם רלבנטיים לתפקיד העומד למכרו, או כאשר לאשה מועמדת ישנם רכיבים מקבילים לשירות הצבאי בניסיונה ובכישוריה, שאינם זוכים להכרה לה זוכה השירות הצבאי, כגון ניסיון ניהולי בארגון התנדבותי. כמו כן, רבים ממבחני המצב ומשחקי התפקידים⁵⁴ בהליך המיון מדמים סיטואציות האופייניות לשירותם הצבאי של גברים ולא סיטואציות המדמות התנסויות המוכרות לנשים.

הכרה כזו שבימרה לאובייקטיביות וליעילות במבחני הסגולה קיימת בספרות המשפטית האמריקנית. כך, למשל, טוענות Haney and Hurtado⁵⁵:

The concept of merit is employed to mediate between the belief in fair treatment and the reality of unfair outcomes by individualizing the effects of structural barriers to racial justice... The very concept of "merit" and the associated notions of "ability" and "qualification" are socially constructed categories. How we define, measure, and value these concepts, as well as the specific manner in which they are applied in any given setting, are social conventions rooted in a dominant culture view of reality.

בקרב מנסחי החוק שררה תמימות דעים סביב הצורך ליצור הסדר חקיקתי שלא יפגע בשיקול של איכות המועמדים כשיקול עיקרי בהליך המכרו. המנסחים ניסו להתמודד עם שתי שאלות הקשורות זו בזו. השאלה הראשונה היתה "מה צריכה להיות באופן

ערבים, ועל הפער בין שיעור המצליחים הנמוך במבחנים לשיעור הגבוה של הצלחת המועמדים הערבים בהופעה בפני ועדת הבחנים ובקורסים מקצועיים. דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14, כך ב), בעמ' 311. ראוי לבדוק את קיומו של חוסר התאמה כזה גם לגבי נשים.

53 מחקרה של ד"ר יעל ישי מעלה כי בעוד שנשים הן עשירות יותר בהון אנושי מעמיתיהם באותה דרגה, ואף בדרגות גבוהות מהן, הרי לכלל זה יש "יוצא מהכלל בולט: גברים, יותר מאשר נשים... מאופיינים על ידי דרגה צבאית בכירה יותר... יעילותו של השירות הצבאי כמפתח לקידום בחיים האזרחיים הוכחה, איפוא, גם בשירות הציבורי הבכיר". ראו ישי (לעיל, הערה 12), בעמ' 10.

54 לפי סעיף 8 לכללים.

55 Craig Haney & Aida Hurtado "The Jurisprudence of Race and Meritocracy" 18 Law & Hum. Behav. (1994) 223, 224-225, 239.

עקרוני מידת הגמישות או הנוקשות של עקרון הכישורים הדומים? והשאלה השנייה הייתה "איזו הגדרה תבטא באופן הנאמן ביותר את מהותו של העיקרון שייבחר?" למרות שהשאלה הראשונה, העקרונית, הטרידה את חברי ועדת החוקה, לא התקיים דיון מקיף ביחס אליה. הסוגיה לא לובנה והוועדה לא הגיעה לעמדה ברורה בנושא זה⁵⁶. לעומת זאת קוימו דיונים ארוכים על ניסוחן הראוי של מילות החוק. הנוסח "כישורים דומים" הוא הגמיש ביותר מבין הניסוחים שנבחנו על-ידי הוועדה – ניסוחים כגון "כישורים זהים", "אותם כישורים"⁵⁷, "כישורים שווים"⁵⁸ ו-"שווה או שווה בעיקרו"⁵⁹.

אם כן, כיצד יש לפרש את התיבה "כישורים דומים" כך שזו לא תיעשה פלסטר בעקבות פרשנות פורמליסטית (פרשנות לפיה יש חובת ייצוג הולם רק כאשר יגיעו לקו הגמר שני מועמדים בעלי כישורים זהים באופן אבסולוטי, דבר שלא סביר שיקרה), מצד אחד, ובאופן שלא תיפול איכותם של העובדים הנבחרים לשירות המדינה, מצד שני? כג"ץ שדולת הנשים התמודד עם שאלה זו. התיקון לחוק התברות הממשלתיות אינו מכיל אלמנט של כישורים דומים, אך העותרת – שדולת הנשים – תמכה בפירוש התיקון כקובע שהמין שאינו מיוצג ייבחר רק כאשר התחרות היא בין שני מועמדים בעלי כישורים זהים. פסק-הדין מתווה פרשנות פחות נוקשה לתנאי הכישורים הדומים. ראוי להביא את דבריו של השופט מצא כעניין זה בפירוט, שכן הם מבטאים, ככל הכבוד, את הלך המחשבה הראוי בפרשנות קריטריון זה:

אך מה הדין, כשהן המועמדים והן המועמדות לכהונה פלוגית נחנים בכל הכישורים ההכרחיים, אלא שכישוריה של אף אחת מן המועמדות

56 בדיון במליאת הכנסת לפני ההצבעות בקריאה שנייה ושלישית על התיקון, מתנצחים חברי ועדת החוקה שנשאו דברים על משמעותו של הביטוי "כישורים דומים" באופן שממנו ניכר כי הם לא הגיעו לקונצנזוס על משמעות דיבור זה. ישיבה שס"ח של הכנסת מיום 25.7.95, בעמ' 501, 532-535, 541, 551, 555-556, 562 לתדפיס הכנסת.

57 הצעתו של מר מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שטען שהיא מבטאת איוון נכון בין הקיצוניות של "כישורים זהים" או "כישורים שווים" לבין החשש מהורדת האיכות, הטמון בביטוי "כישורים דומים". פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 1.3.95, בעמ' 15; פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6.95, בעמ' 21. הצעה זו לא נתקבלה עקב החשש שהיא קרובה מדי לדרישת זהות. כדבריה של גב' רחל בנזימן, היועצת המשפטית של שדולת הנשים: "המונח 'אותם' נותן אסוציאציה חזקה לכיוון זהות". שם, בעמ' 21.

58 ראו דברי חה"כ דן מרידור: "אינני יודע מה זה 'כישורים דומים'. כאשר כותבים 'דומים' הכוונה היא לאפשר למישהו פחות מוכשר, והוא דומה, להיבחר במקום מי שיותר מוכשר. החובה שלנו היא למנות את האנשים המתאימים ביותר ויכולה להישמע הרעה שכאשר שניים מתאימים באותה מידה נעדיף אינטרס שני בין מיעוט מקופח וכן הלאה. הביטוי 'דומים' אינו נכון בעיני ואני מציע שנכתוב 'כישורים שווים'". פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6, בעמ' 19.

59 שם, בעמ' 21-22.

אינם מגיעים לרמת כישוריו של אחד המועמדים? כלום גם במקרה כזה ניתן יהיה לקבוע, שאין מנוס מפני העדפתו של המועמד, שביחס לכל שאר המועמדים והמועמדות הינו הטוב ביותר? יצוין שבאת-כוח העותרת הציעה להשיב לשאלה זו כחיוב. העדפה מתקנת לנשים – טענה – אין משמעה אלא זאת, שבתנאים של שוויון מוחלט בכל יתר הנתונים, יש להעדיף מינוי של אישה על פני מינוי של גבר. אך, כשלעצמי, מבכר הייתי לאמץ מבחן יותר גמיש, התולה את ההכרעה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה נתון, תוך בחינת הרלוואנטיות שיש בהקשר האמור ליתרונן היחסי של המועמד, על רקע ההכרה במרכזיותו של עקרון ההעדפה המתקנת. כך, למשל, אם יתרונן של מועמד, על פני מועמדת מתחרה, נובע מהיותו בעל ניסיון מעשי עשיר במיוחד בכהונה בדיקטטוריונים שונים, נוטה הייתי להכשיר את ההתחשבות בניסיונו של המועמד, כבשיקול המצדיק את העדפתו, רק אם היה מוכח כי, בנסיבות העניין, ניסיונו העשיר של המועמד מהווה שיקול רלוואנטי בעל משקל מיוחד; כגון, שבהרכב הקיים של הדירקטוריון מכהנים בדיקטטורים מנוסים מעטים ומטעם זה נודעת חשיבות מיוחדת לצירופו של דירקטור שהוא עתיר ניסיון. שאם לא אלה פני הדברים, ראוי לכאורה לבחור במועמדת, חרף היותה מנוסה פחות. טעם הדבר נובע מעקרון ההעדפה המתקנת; שכן, במציאות חברתית בה הופלו נשים יהיה זה אך טבעי שיימצאו יותר גברים מנשים שהינם בעלי ניסיון ניהולי. העדפתם של מועמדים, על פני מועמדות, בשל היותם בעלי ניסיון מעשי יותר רב ומגוון יותר, עלולה לקיים בעינם לאורך ימים ושנים אותם מודלים של הפליית נשים, שסעיף 18א נועד להעבירם מן העולם. לא למותר להוסיף כי אותם שיקולים עצמם עשויים להעמיד במבחן גם את הגדרת הכישורים, שעל פיה יחליט שר כי בנסיבות העניין לא ניתן למנות אישה. לאמור: אם ימצא שתנאי הכשירות, שעל פיהם החליט השר להעדיף מינוי של גבר, אינם רלוואנטיים למילוייה של הכהונה המסוימת, אפשר וראוי שייקבע כי הסייג אינו חל ושהופרה החובה להעדיף מינוי של אישה⁶⁰.

בקובעו את אמות-המידה לקביעת דמיון ושוני בכישורים, מבקש פסק-הדין להפוך את הליך כימות הכישורים לרגיש יותר לשאלה באיזה תפקיד מדובר. כלומר: השאלה שעליה צריך לענות בהליך בחירת המועמדים איננה "מי הכשיר ביותר?", אלא "מיהו בן המין שאיננו מיוצג מבין המועמדים הכשירים לתפקיד, והאם הבחירה בו על פני מועמד

60 בג"ץ שדולת הנשים (לעיל, הערה 26), בעמ' 528-529.

בן המין השני יהיה בה כדי לגרוע מאיכות מילוי התפקיד? אם התשובה היא בשלילה, יש לבחור במועמד בן המין שאיננו מיוצג באופן הולם. חשוב להדגיש כי השופט מצא מבקש לעצב הליך להערכת כישורים שנעשה תוך התייחסות קפדנית לדרישות התפקיד. לא הערכה כללית של המועמד, אלא הערכתו תוך התייחסות למאפייני התפקיד. באופן זה יצומצמו היתרונות הבלתי רלבנטיים שבהם זוכים, בדרך-כלל, גברים, מחד גיסא, ומאידך גיסא תכלול רשימת הכשירים לתפקיד את מי שמסוגלים למלאו היטב, למרות יתרונות בלתי רלבנטיים של מועמדים מסוימים.

בקביעתו זו מביא פסק-הדין לידי ביטוי את המציאות החברתית, שבמצב הדברים הנוכחי תורמת לאפליית נשים. מציאות זו גורמת לכך שנקודת המוצא של גברים ונשים איננה שווה. במלים אחרות: גם כאשר עומדים המועמדים בשורה וגובהם נמדד לפי סרט מידה אובייקטיבי לכאורה, העיוור לכל משתנה לא רלבנטי (כגון מין המועמד) ומתחשב רק בקריטריונים ענייניים, גובה המשטח שעליו הם עומדים אינו אחיד מלכתחילה. מלכתחילה עומדת האשה על משטח נמוך יותר, כתוצאה מנסיבות חברתיות המעמידות בפניה פחות הזדמנויות לצבור ניסיון המוערך על-ידי "סרט המידה" נשוא דיוננו. לכן, בסופו של חשבון, היא תימצא נמוכה יותר מגבר שגובהו האובייקטיבי זהה לשלה. עקב מצב דברים זה ביקש פסק-הדין לפתח קריטריון הערכה משוכלל יותר: לא עוד בחירת המועמד הגבוה ביותר בשורה באופן אוטומטי. ראשית, יש לסמן את הגובה הנדרש מן המועמד הטוב לתפקיד. אם התפקיד דורש מועמד בגובה פלוני, וישנה מועמדת אשה בגובה זה, ומועמד גבר שגובהו גבוה יותר, השאלה היא האם יתרון הגובה שלו הוא משמעותי והופך אותו לכשיר יותר לתפקיד הנדון. אם התשובה היא שלילית, אזי בתנאים של העדר ייצוג הולם יש לבחור באשה⁶¹.

61 כאשר חלק מתכונות התפקיד הן תכונות המקשות על נשים להתאים לו, וניתן לנטרלן בעלות סבירה, ייתכן שראוי לעשות זאת. למשל, כאשר התפקיד כרוך בעבודה מול מכונה בגובה 1.80 מ', ייתכן שראוי להשקיע בקניית דרגשים, ולפתוח אפשרות למועמדות שגובהן נמוך מהגובה הדרוש לעבודה מול המכונה. זאת, מתוך הכרה במציאות שאיננה מאפשרת לנשים להגיע למכרז עם אותם כישורים כשל הגבר. כאמור בפסק-דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בעניין אליס מילר (בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 119), "לא די בהיותה של שונות ולוונטית כדי לסתום את הגולל על טענת ההפליה, שכן, שונות ולוונטית הניתנת לתיקון או לנטרול כדי להשיג שוויון, ראוי לתקנה או לנטרלה, אם כי לא בכל מחיר". השופטת מציעה לחלק את המקרים שבהם השונות בין המינים היא רלבנטית למקרים בהם שונות זו ניתנת וראויה לנטרול, למקרים בהם היא איננה ניתנת או איננה ראויה לנטרול. "חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה".

במלים אחרות: פסק-הדין בחן את הפירוש הראוי לקריטריון הדמיון בכישורים בתוך הקשר הבדיקה, שהוא, כאמור, ייצוג הולם. גילום הנורמה של ייצוג הולם מוביל לתוצאה שעל מבחן הדמיון בכישורים להיות גמיש ורחב.

החובה לכדוק רק כישורים רלבנטיים לתפקיד היא, אם כן, אחד האמצעים החיוניים לנטרול היתרון המבני – והבלתי מוצדק מבחינה עניינית – שיש למתמודדים גברים במכרו. פסק-הדין כעניין שדולת הנשים מעגן את החובה לכדוק רק כישורים רלבנטיים לתפקיד בעיקרון ההעדפה המתקנת בלבד. לטענתי, כדי לעגן את "חובת הרלבנטיות לתפקיד" ניתן לפנות לסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ואין להסתפק לשם כך בהקשר של העדפה מתקנת. העיגון המוצע הוא רחב וחזק הרבה יותר. סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נחקק תוך אימוץ מודע של הדוקטרינות האמריקניות בתחום זה. המשפט האמריקני עמד על העובדה כי ההתאמה בין התכונות הנמדדות במבחני הכשירות לבין דרישות התפקיד משפיעה על הצלחתן של אוכלוסיות בלתי מיוצגות להשתלב בשוק העבודה.

איסור האפליה הכללי שהיה קיים במשפט האמריקני ב-Civil Title VII של 1964 Rights Act התגלה כבלתי מספיק להשגת שוויון לאוכלוסיות מופלות. נדרשו כללים ברורים יותר שיתמודדו עם האופנים השונים – בעיקר אלה הסמויים – שבהם מופלים עובדים עקב שיקולים זרים. מבחני-המשנה שפיתחה הפסיקה האמריקנית לביקורת יישומה של החובה לפי ה-Civil Title VII קבעו איסורים תוצאתיים, שאינם תלויים בכוונה להפלות, על פרקטיקות המשפיעות באופן ניכר על בחירת עובדים בני גזע, צבע, דת או מין מסוימים. בין השאר נקבע כי נדרש להוכיח קשר בין הפרקטיקה של המעביד (ובכלל זה של המבחנים שבהם הוא משתמש להערכת המועמדים לעבודה ולהערכת עובדיו) לבין התפקיד (דרישת ה-"job relatedness") וצרכי העסק ("business necessity"): כדי לא לחוב בהפרת החוק, על המעביד להוכיח שפרקטיקות שתוצאותיהן מותירות אוכלוסיות מסוימות מאחור קשורות לתפקיד ותואמות את צרכי העסק⁶². המתקן הפדרלי הכיר בצדקתה של פסיקה זו וביטא את העקרונות הפסיקטיים בסעיף 105(a) ל-Civil Rights Act of 1991. שינוי זה חייב מעסיקים רבים לבצע שינויים מבניים במדיניות של גיוס העובדים וקידומם.

Title VII, על תיקונו משנת 1991, דרמה מאוד לסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, שזו לשונו:

איסור הפליה

62 במינוח האמריקני, על המעביד להוכיח "Manifesting relationship to the employment in question". ראו *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 425 (1971).

- (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם או מפלגתם, בכל אחד מאלה:
- (1) קבלה לעבודה;
 - (2) תנאי עבודה;
 - (3) קידום בעבודה;
 - (4) הכשרה או השתלמות מקצועית;
 - (5) פיטורים או פיצויי פיטורים;
 - (6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.
- (ב) לענין סעיף קטן (א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין.
- (ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה.

כפי שניתן לראות, סעיפים קטנים (ב) ו-(ג) מבטאים את העקרונות שאומצו ב־1991 על-ידי המחוקק האמריקני.

עיגון החובה בסעיף 2 עדיף על עיגונה כנגזרת מעיקרון ההעדפה המתקנת. ראשית, תקיפת מבחנים לא רלבנטיים שמקיים מעביד בטענת אפליה אסורה מכוח חקיקה תהיה חזקה יותר מתקיפתם בהתבסס על הקביעות הפסיקטיות של בג"ץ שדולת הנשים, ובה בעת גם פחות שנויה במחלוקת כגזורה מעיקרון השוויון ולא מדוקטרינת ההעדפה המתקנת, שההסכמה סביבה היא פחות גורפת.

שנית, דבריו של השופט מצא בבג"ץ שדולת הנשים פורשו לא אחת בדיוני ועדת החוקה באופן צר ודווקני – כאילו הוא מוכן לפסול רק דרישת ניסיון כאשר זו איננה רלבנטית. לעניות דעתי מביא השופט מצא את הניסיון כדוגמא אחת מיני רבות אפשריות, וכך צריך לפרש זאת. תכונות רבות, ולא רק ותק, עשויות להיות בלתי רלבנטיות לדרישות התפקיד (למשל: כישורים טכניים, שפות, השכלה, כישורים אישיותיים שונים וכו'), ומשמתבררת עובדה זו, אין להתחשב בהן בעת הערכת המועמדים. לכן ראוי לאמץ פרשנות רחבה לדבריו; אולם אם מקבלים את הקריאה הצרה של פסק-דינו של השופט מצא, הרי היא אינה מניחה תשתית לכלל הרצוי של רלבנטיות בין הכישורים לתפקיד, בעוד שסעיף 2 מספק בסיס כזה.

שלישית, יש לזכור כי תחולתם של איסור האפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות, ושל החובות הפוזיטיביות שבצדו, היא גדולה הרבה יותר מתחולתן של חובות הייצוג ההולם החלות כיום במשפט הישראלי רק מכוח חוק החברות הממשלתיות וחוק המינויים. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה חל על כל מעסיק באשר הוא.

רביעית, החוק אוסר לא רק על אפליה מחמת מין, ולא רק בקבלה לעבודה. "ציר העילה" ו"ציר מושא ההפליה"⁶³ הם רחבים יותר ואוסרים על עילות אפליה אחרות כגון נטייה מינית, דת או גזע, ועל מושאי אפליה נוספים מלבד קבלה לעבודה, כגון בקידום בעבודה, בפיטורין וכו'.^{64,65}

נקודה חשובה הראויה להדגשה בדיון בדרישת הכישורים הדומים היא כי מידת הרלבנטיות של הדרישות מן המועמדים לא צריכה להתחיל להיבחן רק בשלב כימות הכישורים. עליה להתחיל כבר בשלב קביעת הכישורים בעת פרסום דרישות המכרז.⁶⁶ לא תמיד יעמדו דרישות המכרז במבחני הרלבנטיות לתפקיד ולעיתים הן מונעות – במכוון או בעקיפין – את האפשרות להגיש מועמדות למכרז מנשים רבות. כך למשל, ישנם מכרזים הדורשים ניסיון פיקודי, ניסיון ביחידות שדה או השתתפות בקורסים פיקודיים, דבר המונע מלכתחילה מנשים רבות לגשת למכרז. ישנם מכרזים המכילים דרישת גיל מקסימלי (כמו מכרזי הצוערים של משרד החוץ). כאשר המכרז מגדיר גיל כשירות מקסימלי של 33, הדבר חוסם את גישתן של יותר נשים מגברים, משום שכדרך-כלל בשנים שלפני גיל זה עסוקות נשים רבות באימהות לילדים צעירים, ואין הן יכולות

63 כפי שכינה אותם השופט חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט ג' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 284, סעיף 17 לפסק-דינו.

64 השופט חשין תיאר את מבנהו של סעיף 2 באופן הממחיש נקודה זו היטב: "הוראת איסור ההפליה שבסעיף 2 לחוק שיוויון ההזדמנויות נדמית היא לבית בן שני חדרים: חדר ראשון עניינו הפליה מחמת עילות שהחוק קובע אותן כעילות אסורות (התשתית והציר הראשון). חדר שני עניינו במושאי הפליה אסורים (הציר השני) ובו תאים-תאים. כל העובדים ודורשי עבודה נכנסים לחדר הראשון כמות-שהם – שונים זה מזה – אך בצאתם מן החדר וקודם היכנסם אל החדר השני מיטשטשת הבחנה ביניהם, כדבר סעיף 2(א) לחוק. כך, למשל, לעניין מינם: בצאתם מן החדר הראשון עוטים העובדים מסכות על פניהם ומחלצות על גופם עד שלא תדע להבחין בין גבר לאשה, בין שחורים ללבנים..." שם, סעיף 21 לפסק-דינו.

65 סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, והדוקטרינה של Job relatedness נדונו לאחרונה בבית-המשפט העליון, בהקשר של אפליה מחמת גיל לעניין גיל פרישה מן העבודה. דיילי האוויר באל-על אולצו, לפי ההסכם הקיבוצי, לפרוש לגמלאות בגיל 60, וזאת להבדיל מדיילי קרקע, העובדים עד גיל 65. דעת הרוב בפסק-הדין קבעה כי הדבר מהווה אפליה אסורה מחמת גיל בניגוד לסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. טענתו של המעביד כי הגנת סעיף 2(ג) מתקיימת כיוון שהפרישה המוקדמת מתחייבת מחמת אופי המשרה, לא התקבלה. בג"ץ 6051/95 רקנט (לעיל, הערה 63); לפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה באותו עניין ראו דב"ע נה/118-3 רקנט – אל-על בע"מ, פד"ע כח 581. עוד ראו דב"ע נא/8-3 גסטנר (לעיל, הערה 43), דב"ע נו/30129 פלוטקין (לעיל, הערה 43).

66 סעיפים 1(3) ו-1(4) לכללי המכרזים קובעים שכל מכרז צריך להכיל פירוט של הנתונים האישיים והדרישות המיוחדות הנחוצים למילוי המשרה.

להתפנות לתפקיד הכרוך בשהות ממושכת בחו"ל⁶⁷. אם כן, יש לבחון את החינויות של דרישות כגון ניסיון צבאי, הגבלת גיל או הסמכה לרבנות לתפקיד העומד למכרז – דרישות המשפיעות באופן דרסטי על נגישות המכרזים לנשים.

8. העדפה במכרז

תיקון 7 מקנה לנציב שירות המדינה סמכות להפעיל תוכנית של "העדפה במכרז". החוק משאיר מושג זה בעמימותו. כיצד ראוי לפרשו? ראשית נפנה לתוכניות העדפה שמפעיל שירות המדינה ביחס לאוכלוסיות אחרות, תוכניות שניתן ללמוד מלקחייהן לצורך בחינת דרך ההעדפה האפקטיבית והמתאימה ביותר לעניין ייצוג הולם של שני המינים. לאחר מכן נבדוק כיצד מיושמת כיום הוראת ההעדפה במכרז הקבועה בסעיף קטן (ג) לתיקון. שירות המדינה הפעיל (ומפעיל כיום) תוכניות העדפה במכרז לאוכלוסיות שונות, כגון פורשים מצבא קבע, נכי צה"ל, עולים חדשים, ערבים ודרוזים. הלקחים שניתן להפיק מתוכניות ההעדפה שכבר נוסו בשירות המדינה צריכים לשמש את מעצבי תוכנית ההעדפה במכרז לנשים. אולם, אימוץ המודלים הקיימים צריך להיעשות בזהירות, תוך התאמת האמצעים לגבולות הסמכות הקבועות בתיקון 7 ולאופיה של האוכלוסיה שתיוקן 7 מעוניין לקדם – אוכלוסיית הנשים. להלן כמה דוגמאות:

שירות המדינה הקצה 120 משרות שיועדו לערבים ולדרוזים בלבד, וקיים מכרזים סגורים שבהם התמודדה אוכלוסיה זו על המשרות בינה לבין עצמה⁶⁸. אין ספק כי תיקון 7 אינו מסמך קביעת מכסות (קוטרות) לנשים בלבד, כפי שנעשה לגבי ערבים ודרוזים. סעיף 15א(ג) לחוק המינויים מסמך לבצע העדפה במכרז, אותה הוא מגדיר כ"מתן

67 דוגמא קונקרטית נוספת להמחשת הבעיה: כדי להתמנות למזכיר ראשי בבית דין רבני, נדרשת לפי דרישות המכרז הסמכה לרבנות. אך מזכירים לא ראשיים בבתי דין רבניים אינם חייבים בהסמכה כזו (כפי שמזכיר ראשי בבית המשפט אזרחי לא חייב להיות עורך דין). כך יוצא שהתקדמותה של מזכירת בית דין רבני למשרת מזכירה ראשית של בית דין היא חסומה, וספק אם יש לדבר הצדקה עניינית.

68 ממשלת ישראל החליטה בשנת 1994 להקצות 160 משרות לערבים ודרוזים. מתוכן הוקצו בתקופת כהונתה 120 משרות (י"פ 4218 תשנ"ד 3514; י"פ 4315 תשנ"ה 3759). עובר לחילופי השלטון נמנע נציב שירות המדינה הקודם, פרופ' יצחק גל-נור, מלאישי את 40 המשרות הנותרות כדי לא לכפות מדיניות של ממשלה קודמת על הממשלה הנכנסת. עד היום לא נפתחו הליכי האיוש למשרות הנותרות. מעניין לציין, כי הבסיס המשפטי להוראה זו היה קריאתה של מגילת העצמאות לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל: "לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אורחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" (ההדגשה איננה במקור). בסיס משפטי נוסף לפעולה זו סיפק בג"ץ אביטן (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 305-306), שקבע כי לא יתערב במדיניות הרשות שמטרתה לעודד מגזר מסוים, כל עוד בבסיסה מונח אינטרס ציבורי, היא מוגבלת בזמן (בבחינת תקופת מעבר עד להשגת המטרה), ומבוססת על המלצות מומחים מקצועיים.

עדיפות במכרז לבן המין שאינו מיוצג באופן הולם, מקום שמועמדים בני שני המינים הינם בעלי כישורים דומים". מכאן שבמכרז חייבים להשתתף גם גברים – אחרת אי אפשר יהיה לדבר על מועמדות מועדפות שהן בעלות כישורים דומים לכישוריהם של הגברים. במלים אחרות: המכרז שהיה לנגד עיני מנסחיו של תיקון 7 הוא מכרז רגיל, שבו משתתפים בני שני המינים. מלבד זאת, נדמה שלא יהיה ראוי לאמץ מנגנון העדפה של מכסות סגורות לנשים, וזאת למרות שזהו מנגנון שהאפקטיביות שלו מובטחת, כיוון שקיימת ודאות שהמשרות שהוקצו יאוּשָׁוּ על-ידי בני האוכלוסיה המועדפת. סכנת התיוג של עובדים שנכנסו לשירות המדינה בדרך של מכסה, החשש לאי-השתלבותם החיובית בשירות, כמו גם החשש ששירות המדינה עשוי לראות עצמו פטור מן החובה לנקוט פעולות אחרות לשיפור שיעורי הייצוג של נשים על-ידי קליטת מספר מוגדר שלהן במבצעים אד-הוק – כל אלה מהווים טעמים חזקים נגד שימוש בשיטת המכסות. דומה גם כי מנגנון זה, הנוקט צעדים חד-פעמיים ודרסטיים, אינו מתאים לקידומה של קבוצה המהווה מחצית מן החברה. לצורך השגת התוצאות המקוות בתחום השוויון בין המינים נדרשים צעדים הדרגתיים ועקביים, שיביאו לא רק לשינוי מספרי בעל ביטוי חיצוני, אלא אף לשינוי מעמיק בגישות ובאמונות רווחות אודות תפקידיהן ותכונותיהן של נשים.

מנגנון העדפה אחר, הקבוע בפרק 11.61 לתקש"ר, מפעיל שירות המדינה כלפי משוחררים משירות קבע בצה"ל ופורשים ממשטרת ישראל ומשירות בתי הסוהר (להלן: פורשים). בהסכם בין שירות המדינה לבין גופים אלה, שמקורו עוד בשנות החמישים, נקבע שכאשר משרה בשירות המדינה לא מולאה בדרך של העברת עובד מתוך המשרד או בדרך של מכרז פנימי (מכרז תוך-משרדי), מותר לקבל אליה חייל, שוטר או סוהר, שנתיים מיום שחרורם, לפני שמתחילים בתהליך הרגיל של גיוס עובדים מחוץ למשרד או מחוץ לשירות, כלומר: לאחר המכרז הפנימי ולפני המכרז החיצוני. היתרון המבני המוענק לפי מנגנון זה הוא גדול מאוד. הפורשים מקבלים קדימות על פני עובדי שירות המדינה מחוץ למשרד ועל פני כל עובד אחר המנסה להתקבל לשירות המדינה. נוסף על כך, לא מתקיימת כל תחרות בינם לבין כל מועמד אחר: כאשר משרה לא מאוישת מתוך המשרד, מציעים צה"ל, המשטרה או שירות בתי הסוהר מועמד משלהם למשרה. זהו מנגנון אפקטיבי ביותר, שדרכו נקלט שיעור בלתי מבוטל של עובדים לשירות המדינה, ודווקא לדרגות הבכירות בו. שוב: תיקון 7 אינו מורה על מנגנון כזה, אולם ישנם מאפיינים של התהליך שניתן ורצוי ללמוד מהם לעניין ייצוג הולם לנשים. למשל, מחלקת הפרישה באכ"א פרט בצה"ל מפרסמת חוברות עם פרופילים של הפורשים ומפיצה אותן במשרדי הממשלה. היא מקיימת עם המשרדים קשר הדוק ועוקבת אחר תפקידים העומדים להתפנות, וכאשר אין למשרד מועמד משלו, היא מציעה לו פורש מצה"ל. יש מקום להקים מאגר נתונים של נשים בעלות כישורים מתאימים למשרות

בכירות, הן מתוך שירות המדינה והן מחוצה לו, ולהציע להן לגשת למכרזים הרלבנטיים לכישוריהן. אגב: אין צורך שהדבר ייעשה על-ידי ארגון נשים התנדבותי. ניתן היה לצפות כי נציבות שירות המדינה תיקח על עצמה, במסגרת פעולותיה ליישום החוק, הקמת יחידה כזאת⁶⁹.

כפי שאפשר להתרשם, בתיקון 7 בחר המחוקק במודל מצומצם וזהיר הרבה יותר מהמנגנונים שתוארו לעיל. סדרי עולם לא ישונו, מכרזים יתקיימו בדרך הרגילה, ונשים תיבחרנה במכרז ככל שהדבר לא פוגע באיכות השירות ועד שיושג ייצוג הולם. ניתן לתהות על הסיבות לפער הזה בין הנכונות הארגונית והציבורית לנקוט אמצעים דרסטיים כאשר מדובר באוכלוסיות אחרות (כמו משוחררים מצה"ל) לבין הזהירות והצמצום ככל שמדובר בנשים, אבל על כך ראו באחרית הדבר. מבלי להתייחס להבדלים בתודעה החברתית ביחס לנשים ולקבוצות אחרות, נראה שישנם טעמים טובים המצדיקים בחירה במודל המצומצם שנחקק. אסתפק בנימוק החזק, לפיו מודל שאין בו ויתור על הליך המכרז ואין בו סכנה לירידה באיכות כוח-האדם הנבחר לשירות המדינה, הוא המודל הפחות-חשוף לביקורות בגין פגיעה בשוויון או במריטוקרטיה⁷⁰. כמו כן – כפי שידגש בהמשך הדברים – להערכתי פעולה של העדפה במכרז של בני המין שאינו מיוצג, בלא טיפול במינויים שלא במכרז, לא תשיג תוצאות אפקטיביות של ייצוג הולם, ואין להסתפק בה.

ככל שהדברים אמורים בהתערבות בהליך המכרז עצמו, נציבות שירות המדינה משתמשת כיום בסמכותה זו לצורך נקיטת שתי פעולות בלבד: הקראת תיקון 7 בפתיחת

69 תוכניות העדפה אחרות של שירות המדינה הן כלפי נכי מלחמה (ראו תקנות החיילים המשוחררים (פטור ממכרז פומבי בשירות המדינה לנכי מלחמה), התשכ"ט-1969 וכלפי עולים חדשים (ראו סעיף 17 לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961). מודלים נוספים שניתן ללמוד מהם הם מודלים של קביעת מינויים ייצוג לנשים בקוורטס של מועצות ציבוריות (ראו סעיף 4(ב) לחוק האזרחים הוותיקים, התש"ן-1989 וסעיף 49(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994), והמודלים של פיצול מכרז ושל מתן פקטור שמציע – אומנם בהקשר של חוזים לרכישת טובין ושירותים – סעיף 3א לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, תקנות 3 ו-9 לתקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ, וחובת שיתוף פעולה עסקי), התשנ"ה-1995, ותקנה 4 לתקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), התשנ"ה-1995. לתוכניות העדפה נוספות, שטרם יצאו לפועל, ראו להלן, פרק ו'.

70 כפי שעולה ממחקרה של ד"ר יעל ישי, רוב עובדי המדינה הבכירים ובדרגים הבינוניים, בקרב שני המינים, שוללים העדפה מתקנת ותומכים בקידום על-פי כישורים. "אחד הממצאים הבולטים של מחקר זה הוא ההסתייגות המקיפה (כמעט חדר-משמעות) מרעיון ההעדפה המתקנת" (ישי, לעיל הערה 12, בעמ' 26). אולם, יודגש כי ממצא זה משולב בתמיכתם הגורפת של המרואיינים בצורך בשוויון בייצוג בין גברים ונשים במקום העבודה. ההתנגדות היא לאמצעים מלאכותיים של העדפה.

כל ועדת מכרזים, וצירוף אשה לוועדת הבוחנים⁷¹. פעולות אלה הן פעולות מינוריות, שאינן מגיעות לכדי שימוש מלא בהסמכה שניתנה לנציב בסעיף קטן (ג) להעדיף במכרז. מבלי לנקוט עמדה בשאלה האם יש מקום להגדיל את מידת ההתערבות במכרזים (ובעניין זה אני נוטה לחשוב שאין לכך מקום כיום, משום שנדרשות לכך פעולות מקדימות של החזרת הליך המכרז למרכזיותו כדרך הכניסה לשירות המדינה, ושל החזרת טוהרו של הליך זה), הרי יש להדגיש שבתיקון קיימת סמכות להתערבות גדולה יותר בהליך המכרז, באופן שיחייב בחירת בן המין הלא-מיוצג. הדגשה זו איננה טריביאלית, לאור הימנעותה של נציבות שירות המדינה לנקוט צעדי העדפה כאלה. יש רגליים לחשש שחוסר ההתערבות נובע מהפרשנות לפיה תיקון 7 איננו מאפשר התערבות במכרז מעבר להתערבות המתבצעת כיום⁷² – פרשנות שאין לה אחיזה בלשונו של התיקון. באשר לשתי הפעולות שכן מתבצעות כיום במכרזים, הרי שיש להעיר ביחס אליהן כמה הערות.

הקראת נוסחו של התיקון בפתיחת כל ועדה איננה מגובה בנתונים אודות יחסי הייצוג בין המינים לתפקיד הרלבנטי. לפיכך, חברי הוועדה אינם יודעים האם יש בעיית ייצוג בין המינים בתפקיד שאליו הם ממנים, והאם חלה החובה לפעול למען ייצוג הולם בתפקיד זה. המסקנה המתבקשת היא כי יש לצרף נתונים מסוג זה להליך המיני בכל מכרז. כמו כן, אין לדעת כיצד מפרשים חברי ועדת הבוחנים את התיקון: מאמר זה עצמו הוא עדות לכך שהתיקון פתוח לפרשנויות רבות ושונות. האם חברי הוועדה מתייחסים אל הקראתו כבעלת חשיבות דקלרטיבית בלבד? האם הם מתייחסים אליה כאל ציווי אופרטיבי מאת הנציב? אין לדעת.

באשר לקביעת החובה לכלול אשה בקוורום חוקי של ועדת בוחנים, ראוי לציין כי הודעת הנציב קבעה שבקרב ועדות הבוחנים יינתן ייצוג הולם לבני שני המינים, ואילו הלכה למעשה נדרשת חובת נוכחות של אשה אחת בלבד כדי להכשיר קוורום של ועדה כזו, ואי-נוכחותה תפסול את המכרז⁷³. פירוש זה מדרגים יפה את החשש מפני ה"token"

71 שינויים אלה נקבעו בהודעת נש"ם נה/19 מיום 22.2.1995, בעקבות המלצות ועדת משנה לעניין מעמדם של נשים בשירות המדינה והציבור. ראו דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14), כך א, בעמ' 102, כך ב, בעמ' 256. ראו גם רדאי, "על העדפה מתקנת" (לעיל, הערה 4), בעמ' 151.

72 ראו להלן, הערה 137.

73 הודעת נש"ם נה/19 (לעיל, הערה 69) וסעיף 12.360 לתקש"ר קובעים הוראה כללית בדבר צורך בייצוג הולם, אולם הפרשנות בשטח היא שנדרשת אשה אחת כדי להכשיר את הקוורום. רוב ועדות הבוחנים הן אומנם בנות שלושה חברים, אולם ישנן ועדות המתקיימות בהרכבים של ארבעה, חמישה ואף שבעה חברים (ראו סעיף 36 לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961). חברותה של אשה אחת בהרכבים רחבים כאלה אינה מגשימה את עיקרון הייצוג ההולם.

"woman" שהזכיר השופט מצא בבג"ץ שדולת הנשים, וחוטא לתכלית תיקון 7 עצמו. נוסף על כך אין הקפדה של ממש על מיהות הנשים שאמורות להשתתף בוועדות כנושאות דגל הייצוג ההולם. הגישה המהותנית (אסנציאליסטית) כלפי נשים, לפיה אשה – מעצם היותה אשה – תפעל לקידום נשים אחרות, אין לה אחיזה במציאות. לדוגמא, אם נציג ארגון העובדים בוועדת המכרזים הוא אשה, אין לדעת מה יגבר בשיקוליה – האינטרסים של ארגון העובדים או האינטרסים הכלליים של שוויון. יש להקפיד על הזמנת נציגת ציבור מעורבת ומחויבת לתחום הייצוג ההולם.

נקודה חשובה נוספת עולה מלשונו של סעיף 15א(ג) עצמו:

פעולות הנציב יכול שיעשו בתכנית אשר תכלול הוראות בדבר העדפה במכרז למשרה, או לקבוצת משרות, או לדרגה או לקבוצת דרגות שיפורטו בתכנית ולתקופה שתקבע בה.

החוק ממליץ על הגדרת יעדים ממוקדת של נציב שירות המדינה, שתתרכז במקומות שבהם יש פערי ייצוג ותציב את חיסול הפערים הללו כמטרה קצובה בזמן לוועדת המכרזים; כלומר: מלשון החוק עולה שהמחוקק לא מסתפק בהקראת התוכה לייצוג הולם ובשיתוף אשה בכל ועדת מכרזים. המלצתו לנציב שירות המדינה היא, למשל, להציב יעד לפיו בדירוג או במשרד נתונים יושג ייצוג הולם תוך מספר שנים מוגדר, ולהעמיד אותו בפני ועדות המכרזים הממנות לאותו דירוג או משרד. תוכנית כזו, אותה רשאי הנציב להפעיל לפי המלצות סעיף קטן (ג), לא הובאה בפני ועדת החוקה עד למועד כתיבת שורות אלה. כידוע, בית-המשפט העליון קבע פעמים רבות כי ההחלטה לא להפעיל "סמכות שבכרשות" כפופה למבחני הרגילים של המשפט המנהלי⁷⁴. ייתכן שבשלה השעה להעמיד את אי-השימוש של נציב שירות המדינה בסמכותו להפעיל תוכנית לייצוג הולם בפני ביקורת שיפוטית.

מישור נוסף שבו עתידות, כנראה, הוראות התיקון להיבחן הוא המישור הפרטני. סנונית ראשונה של מגמה זו תלויה ועומדת בבית-הדין האזורי לעבודה בחיפה⁷⁵. זוהי

74 בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו(3) 29, 35; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421. כן ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ז, כרך א) 221-233.

בהקשר זה ראוי לציין את מנגנון הביקורת על קיום הוראות התיקון שנחקק בסעיף 15א(ד) – מנגנון של פיקוח על ביצוע הוראות החוק על-ידי הנציב על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ממבט ראשון נחזה מנגנון ביקורת כזה להיות אפקטיבי יותר, משום שהוא חורג מהפיקוח הרגיל שמפקחות שלוש הרשויות זו על זו. אולם, הלכה למעשה אין הוא מוכיח את עצמו כלל. הראיה היא שעד למועד כתיבת שורות אלה לא הוגשה כל תוכנית של הנציב לוועדת החוקה.

75 תיק מס' 3/1944/נז חיים אזולן – נציבות שירות המדינה.

תביעתו של מועמד במכרז למשרה במשרד הבריאות, הטוען שהופלה לרעה עקב הוראות תיקון 7 בכך שלא נבחר במכרז, ושמועמדת אשה נבחרה תחתיו. טענה נוספת של התובע היא כי לא היה מקום למנות אשה לתפקיד שעמד למכרז, משום שבסוג תפקידים זה מיוצגות הנשים באופן הולם בבית-החולים שבו מדובר. כתבי ההגנה מטעם המדינה ומטעם שדולת הנשים (המייצגת את העובדת שנבחרה במכרז זה) עומדים על עיקרון הדיפרנציאליות במובן הרחב הנדון לעיל (פרק ב.3), לפיו מידת הייצוג ההולם צריכה להיבדק בחתכי רוחב רחבים, ולא רק במסגרת היחידה המסוימת שתפקיד בה עומד למכרז. תהליך זה של תקיפה פרטנית של פעולות העדפה מתקנת הוא כנראה הכרחי, ואף חשוב, כפי שמלמד הניסיון של סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות. על בתי-המשפט יהיה לחזק בפסיקתם את הפעולה מכוחו של תיקון 7 כפי שנעשה כבג"ץ שדולת הנשים⁷⁶ לסעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, ולשרטט בבירור את הדרכים שבהן מותר לפעול מכוחו של תיקון 7 ואת מהות הוראותיו לפרטיהן.

לסיכום: בפרק ב' עמדתי על יסודותיה המרכזיים של הוראת סעיף 15א ועל הדרכים הראויות לפרשנותה. בשני הפרקים הבאים אפתח את הטענה לפיה הנורמה הכללית של ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה חלה לא רק על מינויים במכרז אלא גם על דרכי כניסה אחרות לשירות המדינה. פרק ג' עוסק בהחלת חובת הייצוג ההולם על מינויים הפטורים ממכרז, ובצמצום שיעורם של פטורים אלה רק למקומות שבהם הפטורים מוצדקים. פרק ד' עוסק בגילום חובת הייצוג ההולם להליך המינוי בפועל, ובצמצום מספרם של המינויים בפועל בשירות המדינה – דבר שיהיה בו כדי להפחית את הפגיעה במרכזיותו של המכרז כדרך הכניסה העיקרית לשירות, וכדי לשפר את מידת האובייקטיביות והענייניות של המכרזים.

ג. ייצוג הולם במשרות הפטורות ממכרז

1. האם תיקון 7 מחייב גם ייצוג הולם במינויים לא במכרז?

בדקנו את שאלת גילום חובת הייצוג ההולם לתוך הליך המכרז. מינויים רבים בשירות המדינה, במיוחד בדרגות הבכירות, אינם נעשים במכרז. מינויים שלא במכרז פוגעים בייצוגן של נשים במשרות בכירות משום שהם מינויים גבריים. כפי שראינו, הממנים – הבכירים בשירות המדינה – הם ברובם המכריע גברים, והעובדים שהם ממנים גם הם גברים בדרך-כלל. בעוד שהליך המכרז הוא – לפחות תיאורטית – הליך מושכל ומובנה, שתקינותו וסבירותו עומדות לביקורת מנהלית או שיפוטית, הרי שמינויים פטורים

76 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים (לעיל, הערה 26).

ממכרו הם הרבה פחות מוכנים – אין כמעט הוראות המסדירות את מהלכם הראוי, והם פחות "שקופים" – קשה יותר לדעת אילו שיקולים הנחו את הממנים ומה היתה השתלשלות העניינים שהובילה למינוי. כמו כן, מינויים אלה מתאפיינים בכך שהם מונחים ומוכרעים על ידי שיקולים אישיים או פוליטיים כתוצאה מקשר בין הממנה לממונה. המציאות מראה כי חוסר האיזון בין המינים במינויים מסוג זה הוא חריף יותר מזה שבמכרזים. במלים אחרות: גברים זוכים במינויים ללא מכרז הרבה יותר מנשים. שיעורי הייצוג של נשים בדרגות הבכירות במשרות שאינן טעונות מכרז דומה, ואף קטן יותר, משיעורן העגום במינויים הבכירים במכרז בשירות המדינה.

לפיכך, התמודדות עם שאלת המינויים במכרז בלבד היא בבחינת "חיפוש המטבע מתחת לפנס", ולא יהיה בה כדי לספק פתרון ממשי לבעיית הפערים בייצוג. שאלה מרכזית היא, אם כן, האם מורה תיקון 7 להתערב גם במינויים שלא במכרז, ובכך להכניס לתוך הליך המינוי את חובת הייצוג ההולם.

יש טעמים להשיב בשלילה לשאלה זו. החוק שבהם הוא העובדה שהצעת החוק הפרטית של חה"כ צוקר, שנוסחה הובא לקריאה טרומית, כללה הסמכה של הנציב להתערב גם במינויים שלא במכרז. חלק זה הורד לפני ההצבעות הבאות על החוק, כדי להשיג את תמיכת הממשלה בתיקון. מעניין לציין, כי חה"כ דן מרידור, שהתנגד לאורך כל דיוני ועדת החוקה לחקיקת התיקון, ניסה להכניס חזרה סעיף כזה מתוך כוונה מוצהרת לטרפד את הצלחת החקיקה. לגישתו, ברגע שחברי הממשלה ירגישו "על בשרם" (היינו: על ליטרת המינויים שבסמכותם) מהי משמעותה של חובת ייצוג הולם, הם יבינו איזה חוק רע הם מחוקקים⁷⁷. מכל מקום, במשפט הישראלי של היום, העובדה

77 "אגיד לכם למה כדי שלא אטעה אתכם. אם נכתוב בפנים את המינויים, כמו שההגיון מחייב, זאת אומרת שאם מחר מתפטר מנכ"ל [משרד] ראש הממשלה, ראש הממשלה חייב למנות אישה כי לא יכול להיות שמתוך 20 מנכ"לים לא תהיה אף אישה אחת אלא אם תהיה סיבה שאשה לא יכולה להיות מנהל. זה קשה להם כי זה אישי ונוגע להם. אני רוצה שירגישו על בשרם מה שהם עושים פה". דברי חה"כ דן מרידור בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6.95, בעמ' 24. מסתבר, אגב, שאסטרטגיה כזו מתעוררת לחיים גם בפרלמנטים אחרים, כאשר מדובר בחקיקה בנושא שוויון לנשים. המתנגדים בקונגרס האמריקני לחקיקתו של איסור אפליה בעבודה על רקע גזעי (Title VII הנדון לעיל) הרחיבו את תחולתו של האיסור למגזר הפרטי, כדי להכשילו. כאשר ניסיון זה לא צלח, הם הוסיפו איסור אפליה על רקע מין, כדי להביא איסור זה לאבסורד שימנע מחברי הקונגרס לתמוך בו, אולם גם ניסיון זה נכשל. Catharine A. MacKinnon "Reflections on Sex Equality Under Law" 100 Yale L.J. (1991) 1281 ראו גם פ' אולסן "פרשנות ופמיניזם" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 427, 421.

שהמחוקק בוחר להוריד סעיף מחוק כדי להשיג קונצנזוס עוד לא מחסנת את החוק מפני פרשנות אחרת⁷⁸.

אולם, פרשנות לפיה חובת הייצוג ההולם חלה גם על מינויים שלא במכרז היא תקפה לא פחות, ואולי יותר. נוסחו של סעיף קטן (ג) תומך בפרשנות זו, ולפיו "פעולות הנציב יכול שייעשו בתכנית [להעדרפה במכרז]" (ההדגשה איננה במקור). זוהי אפשרות אחת לפעול, מבין רשימה בלתי סגורה של אפשרויות. כך גם עולה ממבנהו של סעיף 15א, הבנוי כפירמדה. הוא קובע נורמה כללית של מתן ביטוי לייצוג הולם בשירות המדינה, ויורד לרמת הפרטים. סעיף קטן (ג) מהווה רק המלצה או הנחיה בדבר אופן פעולה קונקרטי שהמחוקק רואה כרצוי, בין שאר הפעולות שראוי שיינקטו להשגת מטרת הייצוג ההולם. עוד ניתן לטעון בהקשר לסעיף קטן (ג), כי הוראתו הקונקרטית נדרשת לאור טיבה של הסמכות – הסמכות להתערבות בהליך ניטראלי ואובייקטיבי כהליך המכרז. אולם הסמכה כזו איננה נדרשת לצורך פעולה לייצוג הולם במינויים פרטניים ללא מכרז, והיא נגזרת מן החובה הכללית הנקבעת בסעיף קטן (א). לכך מצטרפת העובדה שסעיף קטן (ב) מורה, כזכור, על בדיקה היקפית ומעמיקה של הייצוג הולם בשירות המדינה, ועל חובה לפעול להשגתו בכל החתכים בשירות. הסעיף איננו מסייג את סמכותו של הנציב לפעול לקידום הייצוג ההולם, אלא בסייג של "ככל שניתן בנסיבות העניין" ולא בסייג המתייחס לסוג המינויים ולתחומי הפעולה של הנציב. פרשנות הפוכה מייתרת את קיומו של סעיף קטן (ב). אם הנציב ממילא מוסמך לעשות פעולות לקידום הייצוג ההולם, מה הועילו חכמים בתקנתם את סעיף (ב)? עמד על כך ח"כ דן מרידור בדיוני ועדת החוקה:

מר מזוז, אני חולק עליך. אם מדובר על האמצעים שהזכרת, ומותר לו לנקוט אותם על-פי הדין הקיים וההסמכה הזאת, חוץ מהצד העתונאי שלה – יהיה בעתון שעשינו משהו – הרי שלא עשינו כלום כי יש לו סמכות. אם אנחנו מתיימרים להוסיף לו סמכויות, לא ברור לי מה הן⁷⁹.

ח"כ מרידור ביקש, אומנם, להגיע למצב לפיו יהיה ברור כי כוונת החוק היא לתמוך בפרשנות המצמצמת – לפיה לא תהיה לנציב סמכות להתערב במינויים לא במכרז – והציע לקשור בין סעיפים (ב) ו-(ג), אך הסתייגותו בעניין זה לא נתקבלה. מכאן שהנוסח שהתקבל צריך להתפרש באופן הרחב. אומנם ניתן לראות בסעיף (ב)

78 ראו, למשל, השאלה האם עיקרון השוויון כלול בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ה' סומר "הזכויות הבלתי-מגויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח (תשנ"ז) 257. כן ראו א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (תשנ"ג, כרך ב) 242-244.

79 דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 28.6.95, בעמ' 16.

סעיף דקלרטיבי, שאין לו נפקות מעשית כלל, אך גם חה"כ מרידור דחה אפשרות זו כבלתי מתיישבת עם עקרונות ראויים של חקיקה ושל פרשנות חוקים. גם חה"כ יעל דיין קראה את התיקון באופן זה:

אני מזכירה את עניין המינויים. אני לא יודעת אם ההתייחסות שלנו למכרזים מגבילה את כותרת החוק. אינני חושבת כך. לדעתי, כותרת החוק כוללת את כל שירות המדינה ולא רק את המכרזים⁸⁰.

אם כן, הפרשנות הרחבה מתיישבת עם האופן שבו התייחסו חלק ממנסחי החוק לחוק שיצא תחת ידיהם, כפי שעולה מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, ועם תכליתו של התיקון – השגת ייצוג הולם. לכן יש להעדיפה.

טעם פרשני נוסף לפרשנות המחילה את תיקון 7 גם על מינויים ללא מכרז מצוי בפרשנות שניתנה לסמכותו של הנציב לפי סעיף 46 לחוק המינויים. סעיף זה מעניק לנציב שירות המדינה סמכות למנוע מינויים של אנשים מסוימים, כגון מי שעבר עבירה כדי להשיג את המינוי, בעלי עבר פלילי ועוד. פסק-הדין שניתן בבג"ץ אייזנברג פירש סעיף זה, וקבע:

נראה לי, כי הוראה זו חלה לעניין מינויו של כל אדם כעובד מדינה. אין, לעניין זה, כל חשיבות לשאלה, אם המינוי נעשה בדרך של מכרז ולאחר הצלחה בו, או ללא מכרז מכוח החלטת ממשלה או באישור הממשלה. בכל המינויים כולם אין ההכרעה העניינית נתונה לנציב השירות, אלא לגופים השונים שבידם מעניק החוק את כוח ההחלטה הענייני. עם זאת, 'מינוי עובד מדינה יהיה בכתב חתום בידי נציב השירות והוא יחתום גם על כתבי המינוי של המתמנים על ידי הממשלה לפי חוק זה ...' (סעיף 17), ובטרם יעשה כן נציב שירות המדינה – וכמחוסם אחרון לפני המינוי – הרשות בידו, והחובה מוטלת עליו, לבחון, אם המינוי לא הושג בעבירה ואם המועמד לא פוטר על-פי החלטה בהליך משמעתי או 'שהוא בעל עבר פלילי', ואם נציב שירות המדינה מינה אדם כאמור, 'רשאי הוא לבטל את המינוי'. זוהי סמכות חשובה – מעין בלם ענייני בטרם מינוי – שחוק המינויים העניק לנציב שירות המדינה.

[] על פי ניסוחה, אין הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה על הממשלה, כמו כן אין היא חלה על ועדות המכרזים השונות הבוחרות עובדי מדינה. הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה במישרין על נציב

80 שם, בעמ' 15.

השירות, ועליו בלבד. עם זאת, יש לה להוראת סעיף 46(א) לתוק המינויים תחולה עקיפה גם על הרשויות השלטוניות האחרות, המבצעות מינוי בגדרו של חוק המינויים. אכן, אם נציב שירות המדינה רשאי שלא למנות אדם עובד מדינה אם הוא בעל עבר פלילי, מן הראוי הוא שגם הרשויות האחרות המבצעות מינויים או המאשרות אותם על-פי חוק המינויים ישקלו שיקול זה. נראה לי, כי על-פי מהותה של המאטריה יש לראות בנציב השירות מעין מסננת אחרונה, השוקלת שיקול שראוי היה לשקול בעבר, אך אשר נשתכח או לא ניתן לו המשקל הראוי. אין להניח, לאור מהותם של השיקולים, כי עניין לנו בשיקול שהוא ייחודי לנציב השירות ואשר רק הוא רשאי – לאור מעמדו המיוחד – לקחתו בחשבון. אכן, כוחו של נציב השירות למנוע מינוי של בעל עבר פלילי מקרין עצמו לתוך מערך השיקולים של הרשויות המחליטות על המינוי ומעניק להן רשות ותובה לקחת שיקול זה בחשבון⁸¹.

פרשנות זו מבססת שני עקרונות חשובים לחיזוק טענתי: האחד, כי לנציב שירות המדינה נתונה סמכות להתערב גם במינויים שלא נעשים במכרז, משיקולים שהחוק קובע שעליו לשקול. הנציב צריך לשקול, לפי סעיפים 15א(א) ו-15ב(ב), שיקולים של ייצוג הולם במינויים לשירות המדינה. מכאן שיכול הוא להתערב במינויים שלא במכרז, כגון אלה שאמנה להלן, ולגלם לתוכם את שיקול הייצוג ההולם. העיקרון המשלים העולה מפסק-הדין הוא כי השיקולים שהחוק קובע שעל הנציב לשקול בעת המינוי חלים באופן עקיף גם על בעלי סמכות המינוי האחרים, כגון הממשלה או השרים. בפרפרזה על דברי השופט ברק (כתוארו אז) בפסקה המצוטטת לעיל, הרי אם הנציב צריך לשקול שיקולים של ייצוג הולם, מן הראוי הוא שגם הרשויות האחרות המבצעות מינויים או מאשרות אותם על-פי חוק המינויים ישקלו שיקול זה.

2. צמצום המינויים לא במכרז

משהגענו למסקנה שחובת הייצוג ההולם חלה גם על מינויים שלא במכרז, נשאלת השאלה כיצד ניתן להחיל נורמה זו על מינויים בעלי אופי מיוחד זה. שאלה זו אבחן בחלק הבא (פרק ב.3), לאחר שאסקור בפרק הנוכחי את קטגוריות הפטור ממכרז בשירות המדינה. מטרתה של סקירה זו היא בחינת ההצדקות לפטורים אלה, מתוך שאיפה לצמצם את מספר המשרות הפטורות ממכרז רק למקרים שבהם יש לכך הצדקה.

81 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, בעמ' 261-260. נקודה זו רלוונטית גם לעניין סמכותו של נציב שירות המדינה להתערב במינויים בפועל, הנדונה בפרק ד.4 להלן.

כיצד מתיישבת הקריאה לייצוג הולם במינויים הפטורים ממכרז עם הרצון לצמצם את היקף הפטורים? לכאורה, אם תוחל החובה לייצוג הולם על מינויים שלא במכרז, מה לנו היקפם של החריגים לחובת המכרז? התשובה כפולה: ראשית, "טוב ציפור אחת ביד". שירות המדינה איננו מפרש כיום את חובתו לפעול לייצוג הולם כאילו היא כוללת גם את המינויים שלא במכרז. לעומת זאת, לשונו של החוק קובעת באופן חד-משמעי סמכות התערבות במינויים במכרז. לפיכך, רצוי להכניס מה שיותר מינויים לתוך כנפיה של חובת ההעדפה במכרז. שנית – וזוהי טענה מורכבת יותר – לצד החריגים לחובת המכרז, שטעמם בצדם והם הגיוניים ומוצדקים, ישנם חריגים לחובת המכרז שקשה למצוא את ההצדקה לקיומם ולהיקפם, והם מותירים תחושה קשה שכל קיומם הוא לכאורה לשם מינוי של מי שחפצים ביקרם, מתוך שיקולים זרים כאלה או אחרים. מינויים כאלה יישארו תמיד ב"שטח הפקר", שמלבד פגיעתו ברמת תפקודו של שירות המדינה ובמידת הפוליטיזציה שלו⁸², הוא גם פוגע בסיכויו לייצוגן של נשים. מכאן החשיבות לצמצום הפטורים ממכרז רק לקטגוריות בעלות הצדקה עניינית.

להלן אמנה אפוא את סוגי המשרות הפטורות ממכרז, ואבדוק האם קיימות ההצדקות לפטור ממכרז בכל המקרים. בדיקה זו תיעשה לפי מיקומה של המשרה הפטורה ממכרז על שני צירים: הציר הראשון והעיקרי הוא הציר "פוליטי/מקצועי" (האם אופייה של המשרה הוא בעיקר יישום וקביעת מדיניות, שאז ניתן להצדיק מינוי לא במכרז, או שאופייה הוא בעיקר מקצועי?). הציר השני הוא הציר "שירות אישי/שירות לא אישי" (האם אופייה של המשרה הוא של שירות אישי לבעל סמכות המינוי, דבר המצדיק לתת לו אפשרות בחירה?)⁸³. הסקירה שלהלן תכלול גם עמידה על

82 החשש מפוליטיזציה של שירות המדינה ומפגיעה ברמת כוח האדם בו הם ההקשרים שבהם נדונה עד היום שאלת היקפם של הפטורים ממכרז. השאלה נדונה על-ידי כמה ועדות שמינתה הממשלה (ועדת קוברסקי, ועדת דרור, ועדת בן-דרור, וראו להלן) ועל-ידי מלומדים כמו פרופ' יצחק זמיר וד"ר דוד דרי (י' זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ (תש"ן) 19; י' זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא (תשנ"א) 145; ד' דרי מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות (תשנ"ג). הנושא עלה לכותרות שוב לא מכבר, בהקשר של פרשת בר-און וטיבו של מינוי היועץ המשפטי לממשלה. בכל הדיונים בנושא זה עוברת כחוט השני ההכרה בכך שאין זה פשוט למתוח קו ברור המבחין בין תפקידים שראוי לפטור אותם ממכרז לבין תפקידים שלגביהם אין הצדקה לפטור כזה.

83 הגיונם של צירים אלה נגזר מאופיו של שירות המדינה הישראלי. ניתן לדבר על שני מודלים מנוגדים – המודל הבריטי והמודל האמריקני. בקווים כלליים ניתן לומר, כי המודל האנגלי תופס את עובדי המדינה כ-Civil Servants, היינו: כאנשי מקצוע הנבחרים במכרז. לפי גישה זו, השיקול הבלעדי שצריך להנחות את עובדי המדינה הוא השיקול המקצועי, זה של טובת הציבור והמנהל התקין. צורך זה מובטח על-ידי מתן קביעות לעובדי המדינה ובניית מסלולי שירות לכל החיים ("Life Time Job"). לפי מודל זה, רק הדרג הפוליטי הנבחר (היינו: השר) ואולי כמה תחליפים מורדניים לנושאי כלים (כגון פקיד ונהגת) מתחלף עם חילופי השלטון. בבסיס המודל האמריקני, לעומת זאת, מצויה ההנחה

הפעור בין כוונתה המקורית של קטגוריית הפטור ממכרז לבין היקפם של המינויים הנעשים תחת כסותה של קטגוריה זו הלכה למעשה. כפי שנראה, לעתים קרובות היקפי המינויים ללא מכרז הם גדולים הרבה יותר מכוונת יוצריהם המקוריים של הסדרי הפטור ממכרז.

(א) מנכ"לים של משרדי ממשלה

סעיף 12 לחוק המינויים קובע כי הממשלה תמנה מנכ"ל לכל משרד ממשלתי, ופוסט את הממשלה מחובת המכרז בעת מינוי מנכ"ל. חוק-יסוד: הממשלה החדש קובע כי המספר המרבי של חברי ממשלה יהיה 84¹⁸, כך שכיום המשמעות המספרית של הפטור היא כי לכל היותר 18 משרות מנכ"לים פטורות ממכרז⁸⁵.

(ב) "משרות אמון"⁸⁶

סעיף 23 לחוק המינויים קובע רשימה של משרות, המנויות כתוספת לחוק, שהמינוי להן הוא באישור הממשלה ובדרכים שתקבע (מדובר, בין השאר, במזכיר הממשלה, בפרקליט המדינה, בממונה על השכר במשרד האוצר, בצירים כלכליים במדינות גדולות וכיו"ב). הממשלה קבעה פטור ממכרז למשרות אלה מכוח הסמכות הנתונה לה בסעיף

שכדי להוציא את מדיניות הנבחרים לפועל דרושים עובדי מדינה השותפים לאידיאולוגיה שבה מאמין נבחר הציבור ונאמנים לו. כך, עם חילופי השלטון מתחלף חלק ניכר מן השירות הציבורי באנשי הממשל החדש, המתמנים על-ידי השרים והנשיא. ניתן לקבוע כי שירות המדינה הישראלי ממוקם קרוב יותר לקוטבו הבריטי של הציור. רוב עובדי המדינה, כפי שעולה מחוק המינויים, הם משרתי הציבור כסטטוס, כמשרה מקצועית, לכל החיים. ואולם, נוקשותו של המודל הבריטי מרוככת בישראל על-ידי ההכרה בכך שיש בכל זאת מספר מצומצם של בעלי תפקידים בכירים, שתפקידם הוא במהותו קרוב יותר לקביעת מדיניות מאשר לביצועה, ולכן יש לאפשר לשרים או לממשלה למנותם. הדוגמא המובהקת לכך היא תפקיד מנכ"ל המשרד הממשלתי, המהווה דרג ביניים המגשר בין הפונקציה הפוליטית העומדת בראש הפירמידה לבין אנשי המקצוע במשרד. ראו ד' דרי יסודות המינהל הציבורי (תשנ"ו, יחידות 1-2) 58-67.

84 סעיף 33(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

85 דו"ח קוברסקי משלים עם הכורח לפטור ממכרז את מינוי המנכ"ל, אך מבקש לאזן את הסכנות הטמונות בפטור זה – כגון מינוי מנכ"ל חסר כישורים אך בעל קשרים פוליטיים – באמצעות בדיקת המינוי על-ידי ועדת מינויים חיצונית, קביעת משך כהונה מינימלי למנכ"ל, חיזוק סמכויותיו והוספת משנה למנכ"ל שיהיה עובד מדינה קבוע. ראו דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14), כרך א, בעמ' 70-73, כרך ב, בעמ' 115-126.

86 כך כינה אותן דו"ח ועדת בן-דרור, ולהלן אאמץ כינוי זה לשם הנוחות. אולם יש להזהר בכינוי זה, שכן כפי שנראה לא כל המשרות המנויות בתוספת הן משרות המתאפיינות בקביעת מדיניות ובזיקה להשקפות פוליטיות, וחלקן הן מקצועיות באופן מובהק.

21 לחוק המינויים לקבוע משרות או סוגי משרות שעליהן לא תחול חובת מכרז⁸⁷. בכך יצרה הממשלה מנגנון העוקף את חובת המכרז לגבי כל משרה המתווספת – בהחלטת ממשלה לפי סעיף 23 – לתוספת לחוק המינויים.

בהכירו באפשרות לפטור ממכרז מינויים למספר מצומצם של משרות בכירות ביטא המחוקק את הכרתו בכך שכאשר מדובר במשרות שהן אומנם בדרג המבצע, אך מהות תפקידן קרובה יותר לקביעת מדיניות – יש צורך לאפשר גמישות לנבחרים בבחירת נושאי משרה אלה.

ועדת גבאי, ועדה שמינה היועץ המשפטי לממשלה ב-1981 לבדיקת שאלות הכרוכות במינוי לפי סעיף 23 והתוספת לחוק, הגיעה למסקנה ששיעור המינויים מסוג זה הוא חסר הצדקה עניינית. פרופ' זמיר מביא במאמרו כמה מהמלצותיה של ועדה זו:

כוונתו העיקרית של חוק זה [חוק המינויים] היתה 'להבטיח את אי-תלותו הפוליטית של המנגנון הממשלתי על-ידי קביעת המינויים על-פי כישורים אובייקטיביים לפי חוות דעתן של ועדות שנקבעו בחוק'. היא ציינה כי סעיף 23 לא נועד לפגוע בכוונה זו אלא רק להוסיף לדרישת המכרז את הצורך באישור הממשלה. היא הוסיפה, כי בפועל, 'השימוש שנעשה בתוספת לפי סעיף 23 סטה לחלוטין מן הכוונה המקורית של המחוקק עד כדי עיוות הנושא כולו'⁸⁸.

כפי שמציין פרופ' זמיר, המלצותיה של ועדה זו לא אומצו על-ידי הממשלה. התוספת לחוק המינויים מונה 35 משרות הפטורות ממכרז, אך בפועל מדובר במאות בעלי תפקידים. כך, למשל, בקטגוריה של "שגריר, ציר, קונסול כללי (ראש נציגות)" המופיעה בתוספת, כלולות עשרות רבות של בעלי תפקידים. כך גם קטגוריות כמו "משנה ליועץ המשפטי לממשלה" או "הממונה על מחוז" במשרד הפנים, הכוללות יותר מבעל-תפקיד אחד. שתי משרות אלו שלחן מוקדשים סעיפים ספציפיים הם היועץ המשפטי לממשלה ונציב שירות המדינה. סעיפים 5 ו-6 לחוק המינויים קובעים כי על מינויים אלה לא תחול חובת המכרז.

דו"ח ועדת בן-דור⁸⁹ בחן את ההצדקה שבמתן פטור ממכרז לתפקידים אלה. בדו"ח נקבע שבאופן עקרוני יש הצדקה להשארת הפטור על כנו, משום ש"מדובר

87 י' זמיר "מינויים פוליטיים" (לעיל, הערה 82), בעמ' 32.

88 שם, שם.

89 דו"ח הוועדה לניסוח קני מידה ונהלים חדשים למינוי למשרות בשירות המדינה הפטורות ממכרז (תשנ"ו).

במשרות אמון ביצועיות בכירות במסגרת הסגל הבכיר של השירות המדינה, שלגביהן יש לאפשר לממשלה שיקול דעת במינוי. עם זאת צוין בדו"ח כי:

רשימת המשרות הכלולות בקטגוריה זו, שהיתה מצומצמת יחסית בעת חקיקת החוק, הלכה והתרחבה במשך השנים, והיא כוללת כיום תפקידים שאין לגביהם שום הצדקה או ייחודיות להוציאם ממסגרת התפקידים של הסגל הבכיר והקבוע בשירות המדינה... לא זו אף זו – במקרים שונים הוספו תפקידים לרשימה אך ורק בשל הרצון לעקוף את חובת המכרז ולאפשר מינויו של פלוני לפי רצון שר זה או אחר. במקרים אחרים נעשה הדבר במסגרת הסכמים קואליציוניים.⁹⁰

נוכח קריטריונים אלה המליצה הוועדה שהממשלה תקבל החלטה לבטל את הפטור ממכרז על 14 משרות מתוך התוספת לחוק המינויים (שהם למעשה כ-23 בעלי תפקידים, משום שחלק מהתפקידים – כמוסבר לעיל – מאוישים על-ידי יותר מאדם אחד).⁹¹ אולם המלצות אלה לא כוצעו, והרשימה כוללת עדיין את המשרות שלדעת הוועדה אין הצדקה לקיומן שם.⁹² יתרה מזו: לאחרונה החליטה ממשלת ישראל להוסיף שני תפקידים נוספים לרשימת התפקידים המופיעים בתוספת לחוק המינויים – תפקיד מנהל הטלוויזיה החינוכית במשרד החינוך, ותפקיד מנהל מינהל הבנייה הכפרית במשרד השיכון. החלטה אחרונה זו אף הגדילה לעשות וקבעה כי היא בתוקף רק לזמן כהונתה של הממשלה הנוכחית. עובדה זו מחזקת את הרושם לפיו מתן פטור ממכרז למשרה זו הוא לכאורה מחוסר הצדקה עניינית. עתירות נגד החלטות אלה תלויות ועומדות בפני בג"ץ.⁹³

90 לפי מאמרו של פרופ' זמיר ("מינויים פוליטיים", לעיל, הערה 82, בעמ' 32, הערה 22), בשנת תש"ן כללה הרשימה בתוספת רק 25 משרות, מכאן ש-10 משרות נוספו בחמש שנים, בין תש"ן לתשנ"ה, אז תוקנה התוספת לאחרונה.

91 תפקידים אלה הם: מבקר מערכת הביטחון במשרד הביטחון; צירים כלכליים בניו-יורק, בוושינגטון ובלונדון, וצירי-יועץ כלכלי בבריסל במשרד האוצר; המשנים ליועץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים; מנהל האגף לחינוך דתי וממונה על שירותי חינוך במשרד החינוך; מנהל אגף הספנות והנמלים במשרד התחבורה; נציב הכבאות וההצלה, ממונים על המחוז וסמנכ"ל לתכנון ובנייה במשרד הפנים; מנהל מנהל הדלק במשרד האנרגיה והתשתיות (כשמו אז); מנהל הרשות לתכנון כלכלי במשרד הכלכלה והתכנון (דאז).

92 משרות נוספות שטיבן "גבולי" ושראוי להקדיש להן מחשבה דומה מצוינות ברשימת המשרות שהממשלה פטרה ממכרז לפי הסמכות הנתונה לה בסעיף 21 לחוק המינויים (ראו פסקה 11.956 לתקשי"ר). למשל, מנהל מינהל הסחר הממשלתי, מנהל אגף הספנות והנמלים, ראש מינהל התעופה האזרחית, מנהל האגף לחינוך חקלאי במשרד החינוך והתרבות, מנהל המינהל למחקר תעשייתי שליד משרד המסחר והתעשייה, מנהל בתי-הדין במשרד הדתות ועוד.

93 החלטת הממשלה פורסמה ב"פ 4591, תשנ"ח, 716. העתירה התלויה ועומדת נגד החלטה זו היא בבג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ממשלת ישראל. החלטת הממשלה בעניין

(ג) הסמכה סטטוטורית למינוי עובדי מדינה מחוץ לחוק המינויים

בעשרות חוקים פוזרות הסמכות לשרים למנות עובדי מדינה. מדובר במאות – ואולי כאלפי – משרות, הפרושות על פני קשת רחבה של תפקידים, החל ברשם החברות⁹⁴ ועד מפקחים על מעונות במשרד הרווחה⁹⁵, מהאפוטרופוס הכללי⁹⁶ ועד קציני מבחן⁹⁷.

ניתן לשער שמקורה של התפיסה המצדיקה הענקת סמכויות מינוי כאלה לשר נעוץ במקורותיו האנגליים של המשפט הישראלי, ובתפיסה לפיה הסמכויות השלטוניות המובהקות צריכות לגבוע מן השר עצמו. משרות אלה פרושות אומנם על ספקטרום רחב בין בכירות לזוטות, אך המשותף לכולן הוא הסמכויות השלטוניות הרחבות שיש בכוחן להפעיל.

עד לא מכבר שררה בשירות המדינה עמימות באשר לשאלה האם מינוי על-ידי שר פטור מחובת מכרז. מדי פעם היה מי שעשה שימוש בעמימות זו כדי לפטור את המינוי מחובת מכרז, במיוחד במינויים לתפקידים בכירים. בגרסתו המקורית של המאמר טענתי כי אין לפרש את סמכות המינוי של השר כאילו צמוד לה פטור ממכרז. זאת כיוון שחוק המינויים הוא החוק המיוחד לעניין מינוי לשירות המדינה, ויש לקרוא את החוקים המסמיכים את השרים למנות עובדים כקובעים הסדר נוסף – ולא חלופי – לנורמה החלה

מנכ"ל הטלוויזיה החינוכית התקבלה ביום 23.11.97 וטרם פורסמה. העתירה התלויה ועומדת נגדה היא בבג"ץ 6949/97 פורז נ' ממשלת ישראל.

94 סעיף 385(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.

95 סעיף 7 לחוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965.

96 סעיף 2 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978. גם מינויים של סגני האפוטרופוס הכללי מצוי בסמכות המינוי של השר.

97 סעיף 2 לתקנות העמדת עבריינים במבחן (שירותי המבחן), התשי"ט-1955. להלן רשימה מקרית של מינויים נוספים כגון אלה: מפקחים לפי סעיף 5 לחוק זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988; מפקחים על זיהום ימי לפי סעיף 5 לחוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983; ממונה על ענייני נפט לפי סעיף 2 לחוק הנפט, התשי"ב-1952; רשם לעניין רישוי מתוכי מקרקעין, לפי סעיף 3 לחוק המתוכים במקרקעין, התשנ"ו-1996; ממונה על ענייני נפט לפי סעיף 2 לחוק הנפט, התשי"ב-1952; תובע וחוקרים לפי סעיפים 144 ו-147 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973; כונסים רשמיים לפי סעיף 138 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980; מוציאים לפועל לפי סעיף 4 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ועוד. ראוי לציין כי הסמכות כאלה אינן נתונות רק לשרים אלא גם לנושאי תפקידים אחרים בשירות המדינה. כך, למשל, מנהל בתי-המשפט מוסמך למנות מועצת פישור שתייעץ לו בדבר הקריטריונים למינוי מפשרים (סעיף 3 לתקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), התשנ"ו-1996), והאפוטרופוס על נכסי גרמנים רשאי למנות מפקחים, סוכנים ופקידים לפי סעיף 4 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950.

על מינויים לשירות המדינה מכוח חוק המינויים. אולם, לשמחתי, מסתמנת אפשרות שהתופעה באה על תיקונה בעקבות התפתחויות של העת האחרונה. הנושא עלה לדיון אצל היועץ המשפטי לממשלה בעקבות תקיפת מינויו של רשם העמותות על-ידי שר המשפטים ללא מכרז⁹⁸. איגוד המשפטנים בהסתדרות הכללית הגיש נגד מינוי זה תביעה בבית-הדין האזורי לעבודה בירושלים, בטענה שהמינוי טעון מכרז למרות שהוא בסמכות שר⁹⁹. הסדר הפשרה שהושג בתיק זה, ומסקנות הדיון אצל היועץ המשפטי לממשלה, הביאו לגיבושן של הנחיות חדשות של נציב שירות המדינה¹⁰⁰. לפי הנחיות אלה, חובת המכרז חלה גם על מינויים שהם בסמכות שר ויש לפרסם מכרזים גם למשרות אלה. מבנהו של ההסדר הוא דו-שלבי: בשלב ראשון ייבחר מועמד במכרז לפי כללי המכרז הרגילים, והוא יוסמך וימונה בשלב השני על-ידי השר, ויוענק לו הסמכויות הנוגעות לביצוע התפקיד.

ההנחיות החדשות כוללות גם מנגנון לקביעת חריגים לכלל של מינוי במכרז, ולפיו "במקרים בהם שר סבור כי מן הראוי שיינתן פטור מחובת המכרז לגבי משרת מינוי שר מסוימת, עליו לפנות לנציב שירות המדינה בבקשה לקבל פטור מחובת המכרז לפי סעיף 21 לחוק המינויים¹⁰¹". מנגנון זה משקף גישה ראויה, לפיה רק משרות שמאופיינו מתחייב פטור ממכרז יקבלו פטור זה, ולא לפני שיעברו את תהליך האישור הקבוע בסעיף 21 לחוק המינויים.

לפרקטיקה של מינויים ללא מכרז יש השלכות הרבה מעבר להשפעתה על ייצוגם של בני ובנות שני המינים בשירות המדינה. היא נוגעת בשאלות בסיסיות של דמות השירות הציבורי במדינת ישראל, כגון מנהל תקין, שוויון הזדמנויות, מניעת פוליטיזציה של שירות המדינה והכטחת שירות איכותי ומקצועי. צמצום למינימום של התפקידים שמאפייניהם מצדיקים פטור ממכרז יגדיל את מספר המינויים (ובמיוחד המינויים הבכירים) המתבצעים במכרז – הליך שהוא, כאמור, שקוף יותר לביקורת הן ביחס לטוהרו וענייניותו והן ביחס למידת התיישבותו עם החוכה לפעול לייצוג הולם. לפיכך כל שנותר הוא לקוות כי חריג צר זה, המאפשר קבלת פטור ממכרז למשרות במינוי שר, לא יהפוך לפתח רחב – כפי שקרה לגבי משרות האמון, כמתואר לעיל.

98 לפי סמכות המינוי הנתונה לשר בסעיף 63 לחוק העמותות, תש"ם-1980.

99 ס"ק 1002/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל בבית-הדין האזורי לעבודה בירושלים.

100 הנחיות הנציב נשלחו לסמנכ"לים ולמנהלי כוח-האדם במשרדי הממשלה ביום 13 במאי 1998. פסק-דין תקדימי של השופט א' קציר בבית-הדין האזורי לעבודה בחיפה ניתן ממש בסמוך להתגבשותן של ההנחיות הללו, כנראה בלי ידיעה על קיומן, וקבע הלכה תואמת למה שנקבע בהנחיות. תיק תשנ"ז/3/1156 ד"ר אליהו גרינר – מדינת ישראל (טרם פורסם), מיום 18.6.98.

101 סעיף 9 להנחיות האמורות.

לסיכום: הנוהל שהתקבל מבטא את המדיניות הראויה בעניין זה. זוהי הפרשנות המתאימה טוב יותר עם הקונספציה המונחת בבסיסו של חוק המינויים ועם מטרתו של חוק זה – להטמיע את הנורמה של מינוי במכרז לשירות המדינה ככלל בעל חריגים מעטים. מסקנה זו מתחזקת נוכח העובדה שבחוקים המסמיכים את השר למנות עובדים אין קביעה שמינויים אלה פטורים ממכרז. גם בחוק המינויים, שממבנהו עולה כוונה להגדיר ולהתייחס לכל דרכי הכניסה לשירות המדינה, על חריגה, אין זכר לסמכות זו של השרים, וראינו כי כדי לפטור ממכרז קבע המחוקק הסדרים ספציפיים (למשל בסעיפים 12 או 21 לחוק המינויים). מכך ניתן להבין כי כוונתו של המחוקק היתה כי הקטגוריות המנויות בחוק המינויים לגבי משרות הפטורות ממכרז תהינה רשימה סגורה.

3. גילום חובת ייצוג הולם למינויים הפטורים ממכרז

בחלק 1 של פרק זה הגענו למסקנה שהפרשנות הראויה לתיקון 7 היא כי הוא מחיל את החובה לפעול לייצוג הולם על מינויים הפטורים ממכרז. נפנה כעת לבדוק באיזו מידה ניתן להתחיל חובה זו על המינויים הפטורים ממכרז, בהתחשב באופיים המיוחד של מינויים אלה.

ראשית יש לומר, כי הפטור ממכרז אינו פוטר את המינויים המפורטים לעיל מתחולתן של אמות-המידה הרגילות החלות על מינויים במנהל הציבורי. בג"ץ אייזנברג קבע כי הפטור ממכרז על מינוי מנכ"ל אין משמעו שהמינוי פטור מביקורת בדבר סבירותו, הגינותו, השיקולים שנקלטו בחשבון עובר לו וכדומה. "מטרייתו הנורמטיבית" של חוק המינויים חלה גם על מינויים הפטורים ממכרז: "מתוך עקרונות אלה נגזר העקרון כי רשות ציבורית הינה נאמן הציבור, אשר כל פעולה והחלטה שהיא עושה חייבת להעשות מתוך התחשבות בנאמנות זו"¹⁰².

במקרה אחר, הקשור למינוי במשרד החוץ, התייחס הנשיא שמגר (כתוארו אז), בהצעת-אגב, לדרך המינוי למשרות הפטורות ממכרז לפי סעיף 23. גם מינויים כאלה, העיר, צריכים להיעשות באופן מסודר, תוך בדיקה יסודית של כישורי המועמדים וקביעת אמות-מידה מנחות לבחירתם. הנשיא שמגר אינו חולק על ההצדקה של מתן פטור לסוגי משרות אלה ממכרז, אך אין הוא גוזר מכך קיומה של לגיטימציה לכך שמינויים אלה יונחו רק על-ידי שיקולים בדבר מידת קרבתו של המועמד לשר הממנה. בפסק-הדין נמתחה ביקורת על היעדרם של אנשים בלתי-תלויים בוועדה הבוחנת את

102 בג"ץ 6163/92 אייזנברג (לעיל, הערה 81), בעמ' 257-258. ראו גם הסדרי הבחינות החלים על מועמדים הפטורים ממכרז, בפרק החמישי לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961.

המינוי, והודגש הצורך בכך שבין חברי הוועדה יהיו גם איש ציבור בלתי-תלוי ועובד מדינה שאינו מבין עובדי המשרד הבודד.¹⁰³

ראינו, אם כן, שמינויים שלא במכרז אינם פטורים משמירה על עקרונות המשפט המנהלי. עובדה זו מחזקת את הטענה שאין באופיים המיוחד של המינויים כדי למנוע

103 רג"ץ 2751/94 לשכה אחרת נ' שר החוץ, פ"ד מח(5) 543, 549-548. לביקורת על מינוי מתוך שיקולים זרים של אינטרסים פוליטיים ראו גם בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28. כן ראו הביקורת על המינויים הפסולים בדו"ח מבקר המדינה 47 (1997) 838 ואילך. בעקבות ביקורתו של בג"ץ הורה נציב שירות המדינה לשעבר, פרופ' יצחק גל-נור, על נוהל שמטרתו לחקן את הפגמים שעליהם הצביע בית-המשפט העליון בכל הקשור למינוי מנכ"לים ולמינויים סטטוטוריים. לפי הנוהל, בטרם יובא שמו של המועמד בפני הממשלה יהיה עליו למלא שאלון בדבר כישוריו וניסיונו, בדבר עבר משמעותי או פלילי ובדבר זיקותיו הפוליטיות וקיומו של חשש לניגוד עניינים. נתונים אלה ייבדקו על-ידי ועדה, המורכבת מנציב שירות המדינה ומנציגי ציבור המתמנים על-ידי הממשלה, וזו תחווה את דעתה על המועמד על בסיס הנתונים שלפניה ותוכל לקבוע מראש הסדרים למניעת ניגוד עניינים במקרה שהמועמד ייבחר. מסקנות הוועדה יובאו בפני הממשלה או השר לפני אישור המינוי (הודעת נש"ם נ/29 מיום 16.4.1996). באופן זה שופרה עבודת הוועדה הקיימת והותאמה לפסיקה האמורה ולכללי המנהל התקין. חידוש חשוב של הנוהל נעוץ בהיקף תחולתו: הנוהל התפרש לא רק על מינוי מנכ"לים אלא על כלל המינויים הפטורים ממכרז – כולל מינויים לתפקידים המצויים בתוספת לחוק המינויים (מינויים ל"משרות אמון"), מינויי שרים ומינוי ממלאי מקום לכל התפקידים האמורים. הוראת הנציב לא נקלטה, למרבה הצער, כפרקטיקה השלטת במינויים על-ידי הממשלה והשרים. ייתכן, כי יישומו של הליך בדיקה כזה היה מונע את 60 שעות כהונתו המביכות של עו"ד רוני בראון כיועץ משפטי לממשלה (במינוי היועץ המשפטי לממשלה דנה עתה ועדה בראשותו של נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, מאיר שמגר). בעקבות פרשת בראון ולחץ ציבורי וקואליציוני אישרה הממשלה את הצעתה של ועדת שרנסקי, המר ומרידור "למנות ועדה שתבדוק את טוהר המידות של מועמדים למשרות בכירות לפני מינויים" (הארץ, 22.6.97). הוועדה תורכב משופט בדימוס, נציב שירות המדינה ומשפטן נוסף, והיועץ המשפטי לממשלה יספק לה חוות דעת במקרה הצורך. המגמה לפיה יותר מינויים בשירות הציבורי ייבדקו על-ידי גופים בלתי תלויים היא רצויה, אך אין להסתפק בבדיקת מספר מצומצם של מינויים בכירים בלבד (כגון ראש השב"כ, נגיד בנק ישראל או נציב שירות בתי-הסוהר). איכותם של כל המועמדים למינויים הסטטוטוריים צריכה להיבדק, כפי שנקבע בנוהל הנציבות שלא קיים. עוד יצוין, כי עקב התנגדותו של שר החוץ דוד לוי הוחלט כי וועדה זו לא תבדוק את המינויים הפוליטיים במשרד החוץ. כפשרה הוחלט שנציב שירות המדינה יצורף לוועדה הבודקת מינויים אלה במשרד החוץ. פרשת שמואל סיסו, שמונה לקונסול ישראל בניו-יורק בלא שזימנו את נציב שירות המדינה לוועדת המינויים בשירות החוץ, מעידה על כך שהפשרה לא יצאה לפועל, והתחום של מינויים בשירות החוץ פרוץ מבחינה זו (הארץ, 16.7.97). יוער, כי סמכויות הענייניות של הוועדה לא צריכות להיות מצומצמות רק לטוהר מידות, אלא גם לבדיקת סבירות מינימלית של התאמת המועמדים לתפקיד אליו הם מתמנים מבחינת כישוריהם, כפי שנובע בבירור מקביעתו של בית-המשפט העליון בפסקי-הדין בעניין אייזנברג ובעניין לשכה אחרת.

התערבות לצורך גילום שיקולים ונורמות ראויות לתוך הליך המינוי, וכיניהם את עיקרון הייצוג ההולם. כיצד יש להפעיל על מינויים אלה חובת ייצוג הולם?

הטענות נגד הפעלת מודלים של העדפה מתקנת על משרות אלה מתייחסות בעיקר לייחודיות – או לתדפועמיות – של המינויים שבהם מדובר. השר יכול למנות רק מנכ"ל אחד, וזאת להבדיל ממינויים רגילים בשירות המדינה, שבהם יש נושאי משרה רבים הממלאים תפקידים דומים. על המנכ"ל להיות אדם בעל סגולות רבות: עליו להיות גם בעל הכישורים המקצועיים למלא את התפקיד, וגם לזכות באמונו של השר, כך שזה יהיה סמוך ובטוח שהוא יפעל בנאמנות ליישום מדיניותו ושיחסי העבודה ביניהם יהיו ניהוליים וחיוניים. לפיכך, התערבות בפררוגטיבה של השר למנות את האדם המתאים לכך ביותר מבחינתו, וחיובו לבחור אשה למשרה, פירושה צמצום לא ראוי של חופש הפעולה שלו, המבטיח פעילות תקינה של משרדו והוצאה לפועל של מדיניותו.

זוהי לכאורה טענה חזקה, אולם יש לזכור שהיא תקפה כלפי מספר קטן מאוד של מינויים. מלבד אותם 18 מנכ"לים של משרדי ממשלה, אפשר להוסיף חלק מן המשרות המנויות בתוספת לחוק המינויים, שאותן מאייש אדם אחד בלבד, כגון מזכיר הממשלה או היועץ המשפטי לממשלה. אך ישנן משרות רבות נוספות הפטורות ממכרז, שבהן אין מדובר במינוי אחד. כאמור לעיל, התוספת לחוק המינויים מונה משרות שמאיישים אותן אנשים רבים, כגון משנים ליועץ המשפטי לממשלה¹⁰⁴, ראשי נציגויות דיפלומטיות של משרד החוץ¹⁰⁵, ממונים על מחוזות במשרד הפנים¹⁰⁶ וכיו"ב. האם יש מניעה עניינית כלשהי לחייב את שר הפנים, למשל, לשקול במניין שיקוליו כאשר הוא ממנה ממונים על המחוז את החוכה לייצוג הולם, ולהעדיף מועמדות נשים על פני מועמדים גברים בעלי אותם כישורים?

מעבר לכך, יש לבדוק היטב את מיקומו של קו הגבול המבחין בין משרות שהמינוי להם הוא ייחודי וחד פעמי לבין משרות אחרות. כל שר ממנה מנכ"ל אחד, אך הממשלה ממנה 18 מנכ"לים; שר הפנים ממנה רק ממונה אחד על מחוז הדרום, אך הוא ממנה ששה ממונים על המחוזות; וכדומה. מעבר לכך, במשרדי ממשלה רבים ישנם כמה "מקבילי מנכ"ל", שתנאיהם ואופי מינויים זהים לזה של מנכ"ל משרד ממשלתי. כך למשל, במשרד האוצר, ראש אגף התקציבים, החשב הכללי, הממונה על הביטוח

104 בשנתון הממשלה תשנ"ג-תשנ"ד מנויים שישה משנים ליועץ המשפטי לממשלה. שנתון הממשלה (תשנ"ג-תשנ"ד) 569.

105 ברשימת ראשי נציגויות ישראל בחו"ל המופיעה בשנתון הממשלה משנת תשנ"ג-תשנ"ד מופיעים 129 (!) נושאי תפקידים שלממשלה סמכות למנותם לפי החריג שבתוספת לחוק המינויים (לא כולל קונסולים של כבוד). דרך-אגב: רק 8 מתוכם הן נשים. שנתון הממשלה, שם, בעמ' 490-526.

106 ישנם ששה ממונים על המחוזות במשרד הפנים, שבתקופה שאליה מתייחס שנתון הממשלה תשנ"ג-תשנ"ד אוישו כולם על-ידי גברים. שם, בעמ' 608-609.

והממונה על הסכמי השכר – כולם "מקבילי מנכ"ל". השאלה האם מדובר במינוי ייחודי או בסדרת מינויים היא שאלה של שיקול דעת, שאת סבירותו יש לבחון לאור תכלית החוק.

ובכלל, גם כאשר לאותם מינויים ייחודיים, נשאלת השאלה עד כמה תצמצם חובת הייצוג ההולם את מרחב פעולתו של השר. חובה כזו אינה מכתיבה לשר את מי למנות, היא משאירה לו חופש לבחור את המינוי המועדף עליו, אך מחייבת אותו לבדוק גם מועמדות נשים. נשים מוכשרות מצויות על פני כל הקשת הפוליטית, ויש להטיל על השרים את החובה לשיקול את מועמדותן ולמנות מועמדות מתאימות כל עוד אין ייצוג הולם בסוג התפקידים שבו מדובר.

יש לזכור כי טענה כזו, בדבר חד-פעמיותו של המינוי, נטענה גם לגבי מינויי נציגי הממשלה בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות. לשר יש מספר מועט של מינויים (אחד או שניים) לכל מועצת מנהלים של חברה ממשלתית. כיצד ניתן לכפות עליו ייצוג הולם על אותם מינויים ספורים? בבג"ץ שדולת הנשים נדחתה הטענה לפיה מקום שיש לשר סמכות למנות רק נציג אחד או שניים מטעמו, דוחקים שיקולים אחרים את חובת הייצוג ההולם. שר התעשייה והמסחר טען בתשובתו כי "למשרד התעשייה והמסחר נציג אחד בלבד במועצת הרשות. בנסיבות אלו, טען, היה עליו לשיקול 'אך ורק' מיהו המועמד הטוב ביותר והמתאים ביותר לתפקיד מקרב עובדי המשרד ולא מהציבור הרחב"¹⁰⁷. השופט מצא קבע, בהקשר זה, כי:

בעיקר יש להטעים, כי באיזון הפנימי בין חובת השרים להעדיף מינוין של נשים לבין היקף ההתחשבות במיגבלות שבמסגרתן מוטל על השרים למלא חובה זו, יש ליתן משקל בכורה לחובת ההעדפה של נשים. יש לזכור, כי חובת ההעדפה בשיקולי המינוי היא כללית, בעוד שהסייג (המשחרר את השר הממנה מן החובה האמורה) עשוי לחול רק במקרים חריגים, בהם קיום החובה אינו אפשרי¹⁰⁸.

לסיכום פרק ג': לשונו ותכליתו של תיקון 7 תומכות בפרשנות לפיה חובת הייצוג ההולם חלה על מינויים ללא מכרז. נוסף על כך, כפי שהוסבר בפרק זה, ההתמודדות עם חובת הייצוג ההולם במינויים שלא במכרז לא תהיה שלמה בלא צמצום מספר המינויים ללא מכרז רק למקרים שבהם הפטור ממכרז מוצדק. ראוי, אם כן, כי תוכניתו של נציב שירות המדינה ליישום עיקרון הייצוג ההולם תכלול הן דרכים ליישום חובת הייצוג ההולם על מינויים הפטורים ממכרז והן דרכים לצמצום שיעורם של המינויים הפטורים ממכרז.

107 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים (לעיל, הערה 26), בעמ' 510.

108 שם, בעמ' 528-529.

ד. ייצוג הולם במינויים בפועל

1. הבעיה: שימוש נרחב מדי בסמכות המינוי בפועל

אחד הכרסומים הרציניים ביותר בעיקרון המכרז הוא פרקטיקת המינויים בפועל. חריג המינוי בפועל בא, במקורו, לענות על הצורך הדחוף לאיש משרה שהתפתה וטרם היה סיפק בידי שירות המדינה לאישה במכרז. למשרד הוענקה סמכות למנות אדם למשרה באופן זמני מבין עובדי המשרד עד לקיום מכרז. שיטה זו יצרה, במתכוון או שלא במתכוון, גם מעין תקופת ניסיון שבה קיבל המשרד אפשרות להתרשם מן האופן שבו מאיש הממונה הזמני את המשרה. משהגיע יום המכרז ונבחרה כשירותם של המועמדים השונים, היה, באופן טבעי, יתרון משמעותי לבעל המינוי הזמני המתחרה עם אנשים מבחון, הן בגלל שהוא כבר הספיק להוכיח עצמו במשרה, והן בגלל תוסר היציבות והפגיעה ביעילות שייגרמו למשרד אם התפקיד יאויש שוב על-ידי עובד חדש. התוצאה היא שבמקרים רבים מכריעה העובדה שהמשרה מאוישת על-ידי מינוי בפועל את תוצאות המכרז, כך שהממונה בפועל הוא שנבחר¹⁰⁹. בבג"ץ קראון נותחה בהרחבה תופעת המינויים בפועל, ונקבע בו כי:

עקרון השוויון הוא נשמת אפו של מכרז של רשות ציבורית... ומתן יתרון מקדמי למי מהמשתתפים בו חותר תחת יסוד זה. אין מדובר בפגם שהוא טכני-פורמלי, אלא פגם מהותי היורד לשורשו של ענין. וכן ברור ומובן כי מכרז הנערך מתוך ידיעה מראש שייבחר משתתף מסוים – פגום הוא

109 למעשה ניתן לומר, שההערה בתחתית העמוד בחוברת המכרזים של שירות המדינה, המסמנת את העובדה שהמשרה מאוישת על-ידי עובד זמני, מכריעה את המכרז. ספירה אקראית של שיעור המשרות המאוישות במינוי בפועל מתוך המשרות המוצעות במכרז (בחוברת מכרזים המפורסמת על-ידי נציבות שירות המדינה, מס' 3/א מיום 15.3.98) העלתה את הנתונים הבאים: בדירוג המשפטים – 5 מתוך 5 המשרות המוצעות מאוישות במינוי בפועל; בדירוג האקדמאים (מח"ר) – 23 מתוך 25 המשרות המוצעות מאוישות במינוי בפועל; בדירוג המנהלי – 9 מתוך 11 המשרות המוצעות מאוישות במינוי בפועל; בדירוג הרופאים – 42 מתוך 46 המשרות המוצעות מאוישות במינוי בפועל. ראו גם התיאור בדו"ח מבקר המדינה מס' 18, עמ' 118-119: "נתברר, שבמספר רב של מקרים לא היה המכרז הפומבי השלב הראשון לאיתור מועמד למשרה אלא השלב האחרון, והדיון בוועדת הבחנים בא לתת גושפנקה למצב קיים על-ידי קביעתה, שמועמד שכבר הועסק על-ידי המשרד הוא כשיר. מצב זה נובע בין השאר מכך, שלמשרד, שנציגו משתתף בוועדה, היתה כבר דעה על כושרו של האדם, שהועסק קודם לכן ושרכש בינתיים נסיון בעבודת המשרד".

ופסול. יש בכך פגיעה בעקרון השוויון, ומשום חוסר תום לב וחוסר הגינות¹¹⁰.

ועוד:

התוצאה היא כי המכרזים אינם נערכים בתנאי שוויון. יתרה מזאת. בכך נוצר פתח לעקיפת המגמות העומדות בבסיס חובת המכרז¹¹¹.

אם כן, הגזק הנגרם לשירות המדינה עקב התופעה הרחבה של מינויים בפועל מתבטא בכך שמינוי בפועל פוגע באפשרות למנות למשרה את המועמד הטוב ביותר¹¹². תהליך בחירה ענייני, הבוחר רק את כישוריהם של המועמדים ומגיע לתוצאה האופטימלית מבחינת כישורים אלה אינו מתקיים, ומי שמכריע את תוצאות המכרז למעשה הוא האחראי שמינה את המינוי בפועל.

2. השפעת המינוי בפועל על ייצוגם של בני שני המינים

השאלה הפרקטית של שימוש רחב מדי בסמכות המינוי בפועל תקשה על השגת ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה, וזאת כשל כמה סיבות. ראשית, החובה לפעול למען ייצוג הולם אינה מגולמת בהליך הבחירה של הממונה בפועל. בניגוד להליך המכרז, שבו מבוטאת חובת הייצוג ההולם כבר כיום בדרכים שונות – כגון ייצוג הולם לנשים בוועדת הבחנים או יידוע הוועדה בדבר חובת הייצוג ההולם לפני כל מינוי – הליך המינוי בפועל הוא "שקוף" וחשוף לביקורת במידה פחותה מהליך המכרז. שנית, במקרים רבים קיימים שיקולים פנים-ארגוניים, המושפעים מיחסים אישיים, מקשרים ומיחסי כוחות בתוך המשרד, והם השיקולים הממלאים תפקיד מכריע בהחלטה מי ימונה במינוי בפועל. לעתים קרובות הממונה בפועל הוא מי שהממונה תפץ ביקרו ובקידומו. ראינו שגברים מאיישים את הדרגות הבכירות בשירות המדינה. האמונות בדבר הפרופיל האידיאלי של בכיר בשירות המדינה גורמות – גם אם באופן לא מודע – לכך שגברים מקדמים גברים אחרים, משום שהם מאמינים שהם, ולא נשים בעלות אותם

110 בג"ץ 703/87 ר"ר יעקב קראון נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512, 521.

111 שם, בעמ' 523.

112 ראו הקביעה בפסק-הדין שניתן בבג"ץ צוקר (בג"ץ 1086/94, לעיל, הערה 17, בעמ' 147), לפיה חריגים לעיקרון המכרז יש לפרש בצמצום, כך שתושג מטרת החקיקה הקובעת שהמכרז הוא הדרך העיקרית למינוי עובדים: "אולם אין לפרש את הסמכות לקבוע חריגים, או את החריגים עצמם, באופן רחב, שיכרסם בעקרון השוויון מעבר לראוי".

הכישורים, מתאימים יותר לתפקידים עתירי סמכות, אחריות ושליטה¹¹³. לכך יש לצרף את הפרקטיקה של בניית רשתות חברתיות בין בעלי תפקידים בארגון¹¹⁴, שגם היא משחקת תפקיד חשוב בשאלה מי ימונה לתפקיד. כך יוצא, שכמו במינויים אחרים ללא מכרז (כגון חוזים אישיים או משרות אמן), מרבית הממונים בפועל הם גברים, כפי שמלמדים הנתונים המספריים אודות שיעור הנשים במינוי בפועל בשירות המדינה¹¹⁵.

שלישית, אומנם קיימת חובת קיום מכרז גם על מינויים שאינם מלכתחילה במינוי בפועל, אולם העובדה שכרובם המכריע של מכרזים אלה נבחר הממונה בפועל מעלה חשש של אפקט שלילי מצטבר, המערער את מעמדו של המכרז. נשים הרואות עצמן מתאימות לתפקיד המוצע במכרז עשויות להימנע מהצגת מועמדות בגלל אובדן אמונה – מעוגן במציאות – בשיטת המכרז כשיטה המתקיימת תוך שמירה על כללי ההגינות, ההזדמנות השווה ובחירת המועמד האופטימלי. מכרזים רבים שבהם נבחר הגבר שמונה בפועל עשויים לגרום לרפיון ידיים ולוויתור מראש על ההתמודדות במכרז¹¹⁶.

אם כן, שימוש נרחב בסמכות המינויים בפועל אינו עולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק המינויים, פוגע בעיקרון השוויון וגורם נזק לאיכות כוח האדם בשירות המדינה. סמכות המינוי בפועל, ככל חריג לחובת המכרז, צריכה להתפרש בצמצום, ולהיות מופעלת רק במקרים שבהם כאמת קיימת הצדקה לאיזש המשרה לפני מכרז עקב שיקולים כבדי משקל של דחיפות וחיוניות. זוהי מסקנתה של ועדת קוברסקי, וזוהי ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון¹¹⁷. המלצותיה של ועדת קוברסקי לצמצום

113 "נקודת התורפה המרכזית... איננה דווקא בשירות הציבורי, אלא במשרות הציבוריים ובאזרח שבה הם חיים. חלוקת התפקידים בין המינים, ובעיקר – דעות אמונות וערכים כלפי מעמדה של האישה בחברה בכלל ובמשרדי הממשלה בפרט, זוהי כגורמים בולמי-קידום" (ההדגשות במקור). ישי (לעיל, הערה 12), בעמ' 31.

114 מחקרה של יעל ישי מעלה כי לנשים בכירות בשירות המדינה יש הרבה פחות קשרים פוליטיים מאשר לגברים. שם, 30. ראו גם ד' יזרעאלי "מנהלות בישראל" בתוך: נשים הכוח העולה, קידום הנשים בעבודה – ניפוך "תקרת הזכוכית" (ענת מאור עורכת, 1997), 56, 65-66.

115 מנתוני נציבות שירות המדינה עולה כי ברוב רובם של הדירוגים המקצועיים, שיעור הנשים מתוך כלל המועסקים במינוי בפועל באותו דירוג הוא נמוך. למשל, בדירוג המנהלי בכללותו יש כ-60% נשים, אולם מתוך כלל המינויים בפועל בדירוג המנהלי, הנשים מהוות רק כ-35%; נשים מהוות כ-32% מדירוג המנהלסים בכללותו, אך מתוך כלל המינויים בפועל בדירוג המנהלסים נשים מהוות רק כ-15%. מתוך דו"ח הנציבות מילי 1995.

116 בית-המשפט העליון האמריקני הכיר בטיעון זה, לפיו הקבוצה המופלה סובלת מרפיון ידיים בכל הנוגע להתמודדות על משרות, בידועה שהיא לא תזכה ליחס הוגן. טיעון זה הכשיר תוכנית העדפה מתקנת שלא דרשה מן המועדפים להוכיח שהם עצמם הופלו בעבודה בעבר: *U.S. v. Paradise*, 480 (1987).

117 בג"ץ 703/87 קראון (לעיל, הערה 110), בעמ' 522-523.

המינויים בפועל, בדרכים כגון הסמכה למנות בפועל רק כשהמשרה התפתה באופן זמני ולא לצמיתות¹¹⁸, קיצור משך זמן המינוי בפועל עד המכרז וצמצום הקריטריונים המצדיקים מינוי בפועל¹¹⁹ – אינן מיושמות על-ידי נציבות שירות המדינה.

3. גילוס חובת הייצוג ההולם על הליך המינוי בפועל

מעבר לצמצומה של פרקטיקת המינויים בפועל בדרכים המגוונות לעיל, יש לגלם לתוך המינויים בפועל הנותנים את חובת הייצוג ההולם. נוהל שזו מטרתו הוצע על-ידי ועדת ההיגוי לביצוע הוראות תיקון 7 במאי 1996, ואושר עקרונית על-ידי הנהלת נציבות שירות המדינה. מלבד המלצותיה להפחית את מספר המינויים בפועל ולקצר את קשכם, ממליצה הועדה על קביעת נוהל, לפיו על המבקשים למנות בפועל לברר לפני המינוי האם בסוג המשרות הנדון יש ייצוג הולם לבני שני המינים. אם אין ייצוג הולם, מוטלת חובה פוזיטיבית על הממנה לאתר את כל המועמדים בני המין שאינו מיוצג הרשאים לגשת למשרה ולמנות מביניהם את המועמד המתאים והמעוניין בכך. אם לא אותר עובד מתאים מבני המין שאינו מיוצג, טעון המינוי אישור נציבות שירות המדינה. נוהל זה עדיין לא נכנס לתוקף, וספק אם בכוונת הנציבות לתת לו תוקף, נוכח האמור להלן.

4. סמכות נציב שירות המדינה להתערב במינויים בפועל

נציב שירות המדינה, מר שמואל הולנדר, כתב במכתב ליו"ר ועדת ההיגוי ליישום תיקון 7 בנציבות שירות המדינה, פרופ' פרנסס רדאי, את הדברים הבאים:

כעקרון, אני מסכים לדעתך שיש מקום לחפש מועמדים מבין הנשים בשלב המינוי בפועל. יחד עם זאת, יש לציין שמינוי בפועל הוא בסמכות

118 ועדת קוברסקי ממליצה "לאפשר מינוי בפועל ללא מכרז אך ורק למשרה פנויה זמנית. מינוי בפועל למשרה הפנויה לזמן לא-מוגדר יותנה בפרסום מכרז מיד עם המינוי בפועל, כאשר המינוי הקבוע (בעקבות המכרז) יבוצע לא יאוחר מחודשיים-שלושה לאחר תחילת המינוי בפועל". דו"ח קוברסקי (לעיל, הערה 14), כרך א, בעמ' 90, כרך ב, בעמ' 223. ראוי לציין שהביקורת על המינויים בפועל נאמרת במסגרת דיון בשאלת העלאת איכותם של העובדים בשירות המדינה ולא במסגרת דיון בעיקרון השוויון. כלומר: דו"ח ועדת קוברסקי מכיר בקשר שבין התופעה הרחבה של מינויים בפועל לבין הפגיעה באיכותו של כוח האדם בשירות המדינה.

119 למשל, על-ידי אימוץ הקריטריונים הקבועים בפסקה 18.132 לתקשי"ר, הדנה באיוש משרה שנתפתה לתקופה בלתי מוגדרת בממלא מקום.

הנהלת המשרד ואין לנציבות שירות המדינה אפשרות לכפות מינוי בפועל בניגוד לרצון המשרד¹²⁰.

בכל הכבוד, פרשנות כזו של סמכות הנציב איננה נכונה משפטית, ואף מבטאת חוסר מחויבות לנושא הייצוג ההולם. אכן, הסמכות לבחור את האדם שיתמנה בפועל נתונה למשרד הממנה; אולם, אין בדרישה מהמשרדים לקיים את חובת הייצוג ההולם משום כפיית מועמד על המשרד.

אין מחלוקת כי לנציב שירות המדינה נתונה סמכות להתערב בכל הקשור לפרקטיקה של המינוי בפועל – וזאת אכן עשו ועושים הנציבים כדבר שבשגרה. למשל, לנציב נתונה סמכות להורות על קיצור פרק הזמן שבו מותר לאיש תפקיד במינוי בפועל, טרם מכרו, או להורות על חובת פרסום מכרז לפני התפנות משרה שתאריך התפנותה ידוע מראש. סמכות מעין זו נתונה לנציב מפני שזוהי מהות תפקידו כמי שקובע מדיניות בנושא מינויים לשירות המדינה ומנחה את המשרדים כיצד לפעול בתחום זה. הכנסת האלמנט של חובת ייצוג הולם לתוך הליך המינוי בפועל אינה נבדלת במהותה מכל הוראה כללית אחרת בדבר נוהל המינויים בפועל. לא רק שהדבר נתון לסמכות הנציב, הוא אף חובתו מכוח תיקון 7.

חשיבותה של הסמכות הריכוזית הנתונה לנציבות שירות המדינה בכל הקשור למינויים בשירות המדינה הודגשה על-ידי בית הדין לעבודה בפסק-הדין בעניין יחיא:

בסיס שיטת המכרז הפומבי בשירות המדינה הוא כי המכרז פתוח בפני כל מי שעונה לדרישות המכרז ולתנאיו, וכי בחירת המועמד הכשיר למילוי המשרה נעשית לא על ידי המשרד שבו נמצאת המשרה הפנויה, אלא על ידי ועדת בוחנים אשר נציג 'המשרד הנוגע בדבר' הוא אחד מחברי הוועדה... שיטת המכרז הפומבי בשירות המדינה שואפת לניתוק מוחלט בין גורמים בלתי רלבנטיים לבין בחירת המועמד הכשיר למשרה הפנויה¹²¹.

ייתאמר עוד, כי תיקון 7 לא התייחס במפורש לסוגיית המינויים בפועל. עניין זה נשקל על-ידי ועדת החוקה, אך הוחלט שלא להתערב בו דרך החוק אלא באמצעים מנהליים. בדברי היועצת המשפטית של נציבות שירות המדינה, עו"ד נורית ישראלי:

120 מכתב ממד הולנדר לפרופ' רדאי מיום 29.4.1997. עניין סמכותו של הנציב להתערב במינויים בפועל הוא סלע המחלוקת בין הנציב לפרופ' רדאי. בעקבות חלופת מכתבים בעניין זה בין פרופ' רדאי למד הולנדר, התפטרה פרופ' רדאי מתפקידה כיו"ר ועדת ההיגוי הנ"ל.
121 דב"ע נג/3-171 יחיא (לעיל, הערה 17), בעמ' 485-486.

לכן מה שאנו מתכוונים לעשות בסוגייה הזאת, זה להפעיל אמצעים מנהליים, קודם כל לנפות, לעקוב, אחרי המינויים בפועל, והחוזים האלה, ולאכוף את ההוראות שמתייכות תוך זמן קצר מיום המינוי בפועל, או מיום החוזה, לקיים מכרז¹²².

כפי שעולה מדברים אלה, הכוונה להתערב באמצעים מנהליים במינויים בפועל גרמה להשמטת התערבות כזו מתיקון 7. כתוצאה מפרשנותו של נציב שירות המדינה בדבר סמכותו להתערב במינויים בפועל, הבטחת הנציבות, שהיוותה שיקול בחקיקה, לא מתממשת.

לסיכום: התערבות בשיטת המכרזים, אפקטיבית ככל שתהיה, ללא צמצומה של תופעת המינויים בפועל עד למינימום ההכרחי וגילום חובת הייצוג ההולם לתוך הליך המינוי בפועל, לא תשיג ייצוג הולם בשירות המדינה. קיימות דרכים לעשות זאת, כמו גם סמכויות מנהליות; כל שצריך הוא בעל סמכות שירצה להשתמש בהן.

ה. תחולת החובה לייצוג הולם על גופים אחרים מלבד שירות המדינה הגרעיני

על מי חלה חובת הפעולה למען ייצוג הולם שנקבעה בתיקון 7? התיקון קובע שהחובה חלה "בקרב העובדים בשירות המדינה". במבט ראשון נראה, אם כן, כי התיקון חל רק על עובדי שירות המדינה "הגרעיני", כלומר: על העובדים במשרדי הממשלה וביחידות הסמך. אולם, מסביב ל"גרעין" זה ישנה מערכת של גופי לוויין, המצויים בדרגות שונות של זיקה משפטית להוראות החוק החלות על שירות המדינה הגרעיני.

במעגל הראשון ניתן למנות את הכנסת, את מבקר המדינה ואת לשכת נשיא המדינה. גופים אלה הם אומנם עצמאיים ובלתי-תלויים בשירות המדינה, אולם חוקי שירות המדינה חלים עליהם, תוך המרת בעלי הסמכויות בחוקים אלה (כגון שר או נציב שירות המדינה) לבעלי סמכויות מקבילים בארגוניהם הם (כך, למשל, מקבל יו"ר הכנסת את סמכויות נציב שירות המדינה כלפי עובדי הכנסת, נשיא המדינה הוא "השר" כלפי עובדי לשכת הנשיא וכו')¹²³. חוק המינויים חל על גופים אלה, ובכללם גם תיקון 7.

122 ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 20.7.95, בעמ' 8. ראו דבריו של יו"ר הוועדה, חז"כ דדי צוקר: "לאור ההבהרות... אני מציע שאנחנו לא ניגע בהגדרה מיוחדת ספציפית, במינויים בפועל או בחוזים".

123 ראו סעיף 41 לחוק המינויים.

גופים אחרים, שניתן למקמם במעגל לווייני שני, הם גופים סטטוטוריים שחוק המינויים הוחל על עובדיהם בחוק שהקים אותם. גם פה נעשה הדבר בשינויים המחויבים – המודל הכללי נשמר, אך בעלי הסמכויות לפי החוק שונות¹²⁴. אומנם גופים מסוימים בקטגוריה זו – למשל, המוסד לביטוח לאומי – מעידים על עצמם כמפעילים תוכניות לייצוג הולם¹²⁵, אולם הדבר אינו נכון לגבי רוב רובם של הגופים שעליהם חל חוק המינויים. למעשה, נראה כי השאלה האם הגוף מחיל על עצמו באופן אקטיבי את חובת הייצוג ההולם תלויה בשאלה האם יש בתוכו אנשים (ובדרך-כלל נשים) המחויבים לנושא.

סוג נוסף של זיקה לחוק המינויים הוא האפשרות להחיל את הוראותיו באופן מלא או חלקי מכוח החלטה מנהלית. לפי סעיף 3 לחוק המינויים, "הממשלה רשאית, בהורעה שתפורסם ברשומות, להורות כי הוראות חוק זה או מקצתן יחולו, בשינויים המחויבים לפי העניין, על רשות מקומית"^{126,127}.

124 בין גופים אלה ניתן למנות, למשל, את הגופים הבאים: המוסד לביטוח לאומי, מועצות ייצור חקלאיות, רשות השידור, הרשויות לפיתוח הנגב, הגליל וירושלים, שירות התעסוקה ועוד. ראו סעיף 22(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; סעיף 50 לחוק המועצות למוצרי פירות וירקות (ייצור וייצוא), התשל"ג-1973; סעיף 44 לחוק מועצת הפירות (ייצור ושיווק), התשל"ג-1973; סעיפים 24 ו-52 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965; סעיף 22 לחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991; סעיף 22 לחוק הרשות לפיתוח הגליל, התשנ"ג-1993; סעיף 20 לחוק הרשות לפיתוח ירושלים, התשמ"ח-1988; סעיף 17 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.

125 כך עולה מתוכנית העבודה של המוסד לביטוח לאומי: "הצבת נשים לתפקידי ניהול במוסד לביטוח לאומי, תוכנית עבודה לשנים 95-96" מאת המשנה למנכ"ל הביטוח הלאומי, גב' שולי חיימזון. תוכנית זו קיבלה את אישור מינהלת המוסד ביוני 1995.

126 הממשלה השתמשה בסמכותה לפי סעיף 3 לחוק המינויים, והחליטה ב-13.8.97 כי סעיף 15(א) לחוק יחול על כלל הרשויות המקומיות (י"פ 4563 תשנ"ז, 5392). החלת החובה הכללית בלבד, המצויה בסעיף קטן (א), ללא הסעיפים הקטנים הבאים, הפרטניים, נובעת ככל הנראה מן הבעייתיות של אי-המודולריות של תיקון 7, הנדונה להלן (טקסט ליד הערת שוליים 129). עוד יוער, כי החלטת הממשלה, שסברה כנראה שדי בהחלת סעיף קטן (א) על הרשויות המקומיות כדי להטיל עליהן חובה לפעול לייצוג הולם, מתיישבת עם הפרשנות המוצעת במאמר זה, לפיה הנורמה של ייצוג הולם הקבועה בסעיף קטן (א) היא עיקרו של הסעיף, וההוראות המפורטות של הסעיפים הקטנים הבאים בסעיף 15 אינן הסדר שלילי החוסם את ביצוען של פעולות הערפה שאינן מנויות בתיקון 7 במפורש.

127 יצוין, כי קיימת יוזמת חקיקה שעוד לא עברה קריאה ראשונה בכנסת, שמטרתה הטלת חובת ייצוג הולם גם על דירקטוריונים של תאגידים עירוניים, לא באמצעות החלת תיקון 7 אלא באמצעות סעיף חוק עצמאי, לפי מודל דומה לזה של סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"א-1975. ועדת השרים לענייני תיאום ומנהל בממשלה הקודמת החליטה לאמץ את המלצותיה של ועדת בן-ישראל בעניין זה, ולהעביר חקיקה לתיקון פקודת העיריות באופן שעל העירייה תחול חובה לדאוג לייצוג של בני שני המינים בקרב נציגיה בגוף המנהל של התאגיד העירוני. פרוטוקול ועדת השרים לענייני תיאום

סמכות דומה קיימת לשר הדתות, שרשאי להחיל את הוראות החוק באופן חלקי או מלא על עובדי המועצות הדתיות, לאחר התייעצות עם שרים אחרים ועם ארגון העובדים¹²⁸. בפועל לא נעשה שימוש בסמכות זו.

אם כן, ניתן לקבוע שתיקון 7 איננו מיושם ברוב רובם של הגופים עליהם הוא חל, גם מחוץ לשירות המדינה. ייתכן שאחת הסיבות לכך היא העובדה שהתיקון אינו מכיל מנגנון התאמה לגופי הלוויין. השאלות עולות, בין השאר, במישור בעלי האחריות לפעולה לייצוג הולם – מיהו המקביל לנציב שירות המדינה, לעניין החובה לפעול להשגת ייצוג הולם, בשירות התעסוקה למשל?; במישור תחולת החוק גם על מינויים שלא במכרז באותם גופים לווייניים – לעתים מחילים גופים אלה את חוק המינויים רק על עובדיהם המתמנים במכרז. האם אין עליהם חובה לדאוג לייצוג הולם גם במינויים שלא במכרז?¹²⁹; ובמישור הפיקוח על ביצוע התוכנית לייצוג הולם – כזכור, ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת צריכה לאשר את תוכניתו של נציב שירות המדינה לייצוג הולם. מנגנון פיקוח זה אינו קיים כלפי הגופים הלווייניים. מיהו בעל החובה להגיש תוכנית לייצוג הולם בגופים הלווייניים? למי תוגש תוכנית זו, מי רשאי לדרוש אותה מבעל החובה ולאשרה או לפוסלה?

שאלות אלה נותרות ללא מענה בתיקון 7, והדבר עשוי להוות מכשול ביישומו על גופים ציבוריים אחרים.

ו. האם יש סמכות לבצע תוכניות העדפה אחרות מקום שהחוק קובע העדפה מתקנת לנשים?

משקבע המחוקק חובת ייצוג הולם לנשים, נשאלת השאלה האם נתונה לנציב שירות המדינה סמכות להפעיל תוכניות העדפה אחרות, שאין להן הסמכה בחוק. חלק

ומנהל מיום 22.10.1995, החלטה תמ/447. הצעה דומה, של חה"כ יעל דיין וחה"כ לימור לבנת, הוגשה בכנסת ה-13: הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (תיקון – ייצוג הולם בדירקטוריון תאגיד עירוני), התשנ"ה-1995 (הוגשה על שולחן הכנסת ביום 3.1.1994 אך לא הודפסה בכתול). הצעה נוספת, של חה"כ נעמי חזן וחה"כ ענת מאור, הוגשה בכנסת ה-14: סעיף 5 להצעת חוק התאגידים העירוניים (כשירות דירקטור מטעם הציבור), התשנ"ו-1996. גם הצעה זו לא עברה קריאה ראשונה.

128 סעיף 13 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971.

129 ראו, למשל, סעיף 33 לחוק רשות הדואר, התשמ"ב-1986, הקובע כי תנאי עבודתם של עובדי רשות הדואר יהיו כשל עובדי המדינה (ובכלל זה, מן הסתם, גם דרך המינוי של העובדים תהיה בדרך של מכרז, בדרך מינויים של עובדי המדינה). ולעומתו ראו סעיפים 26 ו-35 לאותו חוק, הקובעים פטורים ממכרז למינויים של בכירים ברשות הדואר. האם על מינויים של בכירים אלה לא חלה חובת הייצוג ההולם? לפי התזה המוצגת במאמר זה, לו היה מדובר בעובדי המדינה היתה צריכה חובת הייצוג ההולם לחול גם על מינויים אלה למרות שהם פטורים ממכרז.

מתוכניות ההעדפה שנסקרו בפרק 8. לא נשענו על הסמכה מפורשת בחוק, אלא על הסכמים (למשל בין צה"ל לשירות המדינה) או על הכרה פסיקתית בעקרונות של שוויון הזדמנויות והעדפה מתקנת.

השאלה אם ניתן לקיים תוכניות העדפה אחרות, חשובה לאור העובדה שכל תוכנית העדפה במכרז של מגורים אחרים באוכלוסיה מלבד נשים תכרסם במשאב המשרות הפתוחות לנשים ותפגע בסיכויים לייצוג הולם לבני שני המינים – היינו: היא עלולה להתנגש עם הוראת תיקון 7.

תוכניות מתחרות שעלו על שולחנה של נציבות שירות המדינה מאז חקיקתו של תיקון 7 נגעו להעדפת חיילים משוחררים משירות קרבי¹³⁰, עולים חדשים מאתיופיה¹³¹ ובעלי הסמכה לרבנות¹³².

התשובה לשאלה זו איננה פשוטה, ועל כל פנים דומני שאין היא צריכה להיות מוכרעת ברמה המשפטית הפורמלית, כי אם לאחר דיון ערכי בדבר סדרי עדיפויות חברתיים. תשובה לפיה אין סתירה בהעדפת מגורים אחרים, שהרי הנשים מהוות מחצית מכל מגזר באוכלוסיה ולפיכך ההעדפה תחול גם עליהן, אינה עומדת במבחן המציאות הישראלית. אופייה של מדינת ישראל כמדינה שבה לצבא ולדת תפקיד מרכזי, גורם לכך שהאוכלוסיות הפוטנציאליות להעדפה הן בעלות שיעור קטן או אפסי של נשים (כגון מוסמכים לרבנות או חיילים קרביים). מאידך גיסא, אין זה קל להגיע למסקנה שתיקון 7 שולל סמכויות העדפה אחרות. במציאות הישראלית ישנן קבוצות חלשות ומופלות רבות (כמו ערבים או יוצאי עדות המזרח), או קבוצות הנתפסות כראויות לגמול או לעידוד על תרומתם לחיים הציבוריים הישראליים (כמו חיילים קרביים). השלילה המוחלטת של הסמכות להעדפת אוכלוסיות אחרות היא בעייתית גם מנקודת מבט פמיניסטית, הרגישה ל"אחרות" ולקיפוח של כל מיעוט.

לעומת זאת, גישה השוללת את ההצדקה לתוכניות העדפה אחרות עד שלא יושג ייצוג הולם לנשים, מנימוקים שמעבר לנימוק המשפטי הפורמלי במישור מקור ההסמכה, תטען, למשל, שהקיפוח של אוכלוסיית הנשים – של מחצית החברה – הוא הקיפוח הפרדיגמטי, הבסיסי ביותר, ופתורנו בעזרת שינוי עמדות ופרקטיקות של פגיעה בטוהר הליך המכרז ושל כניסה לשירות לא על סמך כישורים, יסלול את הדרך להגדלת

130 אגף כוח אדם בצה"ל פנה לנציבות שירות המדינה בבקשה לתת עדיפות לחיילים קרביים במינוי לשירות המדינה. כרגע התוכנית עדיין לא נמצאת בשלבי יישום, אולם נציב שירות המדינה הביע תמיכה רבה בתוכנית כזו.

131 הממשלה החליטה להקצות 51 משרות במשך שלוש שנים לעולים חדשים מאתיופיה, בדומה למודל המכסות לערבים ולדרוזים (י"פ 4628 תשנ"ח; 2898).

132 נציב שירות המדינה הודיע בינואר 1997 על כוונתו להכיר בהסמכה לרבנות כשוות ערך לתואר ראשון אוניברסיטאי לצורך קבלה לשירות המדינה. עקב מחאה ציבורית הוקפאה תוכנית זו. בנובמבר 1997 הוגשה באותו עניין הצעת חוק פרטית מטעם ח"כ אברהם רביץ, שלא עברה בקריאה טרומית (הצעת חוק הקבלת הסמכה לרבנות לתואר אקדמי, התשנ"ח-1997, הצעה פ/1738, הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים ביום י' בחשוון תשנ"ח, 10.11.97).

הייצוג של אוכלוסיות מקופחות אחרות¹³³. נימוק נוסף יהיה שהאוכלוסייה המקופחת הנשית היא הגדולה ביותר מבין כל האוכלוסיות המקופחות, ודבר זה מצדיק הצבתה בראש סולם העדיפויות עד לחיסול הפער. עוד ניתן לטעון כי לאור הקשיים הגדולים להשיג שינוי ממשתי בפרקטיקות המפלגות, ולהביא לתוצאות של ממש במישור הייצוג ההולם של בני שני המינים, כל הפנייה של משאבים להעדפת קבוצות אחרות, תחסל עוד יותר את הסיכוי לתוצאות ממשיות במישור ייצוגם של בני שני המינים.

מבלי לקבוע מסמרות בנושא הסמכות להפעיל תוכניות אחרות לייצוג הולם לאחר חקיקתו של תיקון 7, מה שברור הוא שכל תוכנית לקידום ייצוגה של אוכלוסיה אחרת מלבד נשים צריכה לעמוד בכמה קריטריונים, ובהם:

א-פגיעה ברמתו המקצועית של השירות. חשש זה עלול להתעורר, למשל, אם מסתפקים בהסמכה לרבנות למילוי תפקידים שלהם נדרשת השכלה מערבית מודרנית. קיום הצדקה רעיונית או לגיטימיות לשימוש בתוכנית לייצוג הולם. הצדקות כגון פיצוי על קיפות בעבר או השגת שוויון הזדמנויות במובן המהותי, להבדיל משימוש במשאב של משרות בשירות המדינה כ"צ'ופר". ראו שוב דוגמת החיילים הקרביים¹³⁴, ככל שבבסיס ההעדפה עומד הרצון לתגמל אותם על תרומתם לחברה, להבדיל מרציונלים כגון הרצון "ליישר קו" בינם לבין חיילים עורפיים שדאגו לעתידם הכלכלי והמקצועי במהלך שירותם הצבאי.

אחרית דבר

חוק חיילים משוחררים, התשמ"ד-1984, קבע מנגנון של העדפה במכרז בשירות המדינה לחיילים משוחררים משירות חובה. וזו לשונו של סעיף 7 לחוק, שכותרתו "העדפה בקבלה לעבודה":

7. במכרז לקבלת אדם 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 שאינן נופלים מנתוני שאר המשתתפים.

ראוי להתעכב על הנחרצות והפשטות המאפיינות הוראת חוק זו, לעומת הוראות המעורפלות של תיקון 7. מנגנון העדפת החיילים המשוחררים אינו כולל מושגי שסתום זהירים, אינו דורש הבאת תוכנית העדפה לאישור ועדה כנסת, איננו מגביל בזמן את

133 לטיעון לפיו הדיכטומיה גבר/אישה היא הדיכטומיה הפרדיגמטית של התרבות, ראו Hélène Cixous & Catherine Clement "Sorties" in: *The Newly Born Woman* (Betsy Wing, trans., 1986) 63-65.

134 המשפט האמריקני מתיר פעולות של העדפה מתקנת רק כאשר הן מתקנות אפליה קודמת. ראו ד' דורנר (לעיל, הערה 4), בעמ' 545.

תוכנית ההעדפה. זו אינה הליכה על בהונות, אלא צעד בוטח. ובכל זאת, למרות הכוח האדיר של המנגנון הזה, החוק לא עורר ולו שמץ מההתנגדויות שנלוו לחקיקת תיקון הביקורת הגדולה ביותר שעורר תיקון 7 – הן בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט והן במליאת הכנסת – התרכזה סביב ההסמכה להעדפה במכרז. הועלו כנגד שיטה זו טיעונים עקרוניים כגון הפגיעה בשוויון ההזדמנויות או החשש לירידה ברמת העובדים בשירות המדינה. יש לתהות בעצב, כיצד זה שהתנגדויות עקרוניות (לכאורה) למנגנוני התערבות מלאכותיים, מסיכות מהותיות וכבדות משקל כגון פגיעה בעקרון השוויון או באיכות כוח האדם, נטענות רק כאשר מדובר במנגנון להעדפת נשים. האם אלה טיעונים כוזבים כמסווה לשוביניזם גברי, או שמא הטיעונים הכנים משתתקים לאור הצורך להיטיב עם "טובי בחורינו"¹³⁶?

התשובה ברורה. הסוד הוא הקונצנזוס הקיים בחברה הישראלית סביב הצבא. דוגמא זו ממחישה יפה את ההכרה – שאינה חדשה בספרות המשפטית – כי חקיקת נורמה היא רק תנאי אחד, לא מספיק ואף לא הכרחי, להשתרשותה בחברה. נראה שהמקרה של ייצוג הולם לנשים מספק דוגמא נוספת, עגומה, לתובנה זו. פעולות לייצוג הולם יכולות להיעשות – וכפי שראינו בפרק ב.8 גם נעשו – ללא חקיקה בנושא. לעומת זאת, חוק יכול לקבוע את הנורמות הנשגבות ביותר ולתת את הכלים האפקטיביים ביותר להשגתן, ועדיין להיוותר מיותר.

נכון להיום, כשלוש שנים לאחר חקיקתו, סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 הוא סעיף רדום. רדום ולא מת: הוא עדיין נושם, אבל רמת הפעילות שלו נמוכה מאוד. נעשות פעולות לקידום נשים ולשיפור סביבת עבודתן, אך הן נעשות בעיקר ברמת הפרט. הפעולות החינוכיות והאפקטיביות ביותר להשגת ייצוג הולם, אלה שתיקון 7 מסמך ואף מחייב את ביצוען – כגון התערבות במינויים, במכרז או שלא במכרז, והעדפת בן המין הלא מיוצג – אינן מתבצעות. נציבות שירות המדינה מפרשת

135 סעיף ההעדפה במכרז בחוק זה עבר בשקט גמור בכנסת. אף אחד מן הדוברים הרבים במליאת הכנסת בעניינו של חוק זה לא העלה כל התנגדות עקרונית להעדפה מתקנת. ה"צדיקים" היחידים שהעלו הסתייגויות עקרוניות בדבר התאמת האמצעי למטרה היו ח"כ שבח וייס ("חברים יקרים, המכרזים מיועדים לנערים ולנערות בני 21, 22, 23? המכרזים כולם נועדו לאנשים מכובדים יותר, כי מדובר כבר על בעלי כישורים, התאמות וכו'. זה באמת ביטוי של רצון טוב שאין בו ממש") וח"כ ירוחם משל ("לא נאמר פה מה האמצעים... שיאפשרו לחיילים משוחררים להיכנס לעבודה מעניינת"). ר"כ (תשמ"ד) 2651, 2653.

136 מכל מקום, מנגנון העדפת החיילים המשוחררים במכרז בוטל בסעיף 26א(א) לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, לאחר שהתגלה כלא מתאים לשירות המדינה או לחיילים המשוחררים. אלה האחרונים לא נמצאו מתאימים מבחינת הכשרתם והשכלתם להשתתף במכרזים של שירות המדינה. ראו גם הודעת נשי"ם נ/28, מיום 26.3.1996.

את הסעיף כבעל חשיבות דקלרטיבית, ולא כקובע חובה ומקנה סמכות להתערב במינויים ולגלם לתוכם את החובה לפעול לייצוג הולם¹³⁷.

בניגוד להוראת סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, הקובעת חובה פוזיטיבית למינוי אשה כאשר אין ייצוג הולם לנשים בדיקטוריון של חברה ממשלתית, בתיקון 7 לא כפה המחוקק הסדר נוקשה, שעשוי שלא להתאים לגוף גדול ומורכב כשירות המדינה, ובצדק נהג כך. בהסדרים המודולריים שקבע תיקון 7 – הסדרים המאפשרים התאמת הפעולות הננקטות לאופיין השונה של היחידות והמשרות בשירות המדינה – סיפק התיקון כלים חקיקתיים יפים להשגת התכלית שבבסיסו. אולם, נראה כי גמישותו של ההסדר גבתה מחיר כבד – יצירת סדקים המאפשרים להיאחז בלשון החוק ולהימנע מיישום הוראותיו, תוך יצירת קושי לטעון ולהוכיח שההימנעות מהווה הפרה חד-משמעית שלו.

קושי זה אסור לו שיהפוך את תיקון 7 לאות מתה. על מנגנוני האכיפה הפורמליים (כמו ועדות הכנסת ובתי המשפט) והבלתי פורמליים (כמו התקשורת, ארגוני זכויות אורח וארגוני נשים) לפעול כדי לחזק את כיווני הפעולה העולים מתכליתו ומהוראותיו של התיקון, ולדרוש תשובות ממשיות באשר לנעשה "באזורים המתים" של ייצוג הולם שעליהם הצבעתי במאמר.

חקיקתו של תיקון 7 סימנה הבטחה משמעותית בכיוון החשוב של קידום השוויון בין המינים בישראל. אל לה להישאר הבטחה.

137 זוהי העמדה העולה מפעולות הנציבות, ואף מהעמדות המוצהרות של בעלי התפקידים בה. ראו דבריה של הממונה על קידום ושילוב נשים בשירות המדינה: "... לכן גם במקרים בהם נראה, לכאורה, כי אשה בעלת כישורים דומים או אף עדיפים לא נבחרה במכרו – קשה להעמיד את ההחלטה לבחינה מחדש, הן בדרג המינהלי והן בדרג המשפטי, שאינו נוטה, בדרך כלל, להתערב בשיקול דעת ועדת המכרזים. נוסחו של החוק, להבדיל מהתיקון לחוק החברות הממשלתיות, אינו מחייב מינוייה של אשה לתפקיד ספציפי אלא רק מסמך את נציב שירות המדינה לפעול להשגת היעד של ייצוג הולם 'ככל שניתן ובנסיבות העניין'. ... נראה כי במצב החוקי הנוכחי זהו המירב שיכולה נציבות שירות המדינה לפעול, בלי שתתערב בסמכויות של הנהלות המשרדים. התערבות כזו מחייבת את שינוי לשון החוק וניסוחו בדומה לתיקון לחוק החברות הממשלתיות. שינוי כזה יסמך את הנציבות להבטיח את ביצוע החוק במשרדים ולפקח עליו". רבקה שקד "יישום החוק לייצוג הולם לנשים בשירות המדינה" בתוך: נשים הכוח העולה, קידום הנשים בעבודה – גיפרן "תקרת הזכוכית" (ענת מאור עורכת, 1997) 273.

