

משפט מינהלי ממשלה - מינויים בשירות הציבורי	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
ייצוג הולם למגזרים מסוימים	תאריך: אדר ב' התשס"ג, מרץ 2003 עדכונים: מאי 2006 מרץ 2009 יולי 2010 מרץ 2013 מאי 2015 מס' הנחיה: 1.1503

ייצוג הולם למגזרים מסוימים

עקרון השוויון הוא עקרון יסוד במשפט הישראלי. עיקרון זה אינו מתמצה באיסור אפליה, אלא מטיל חובה לנקוט, במקרה הצורך, בפעולה אקטיבית להשגת שוויון מהותי. ההעדפה המתקנת אינה חריג לעקרון השוויון, אלא נגזרת הכרחית ממנו ואחת הערובות המרכזיות להגשמתו.

הנחיה זו סוקרת בקצרה את הוראות החוק הרלוונטיות לייצוג הולם של מגזרים מסוימים בשירות המדינה ובגופים ציבוריים, וכן בחברות ממשלתיות, בתאגידים ציבוריים ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק.

ראו עוד לעניין זה את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1502 בנושא מינוי והרכב ועדות ציבוריות מייצעות וכן את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 6.5000 בנושא מינויים בחברות ממשלתיות ובתאגידים ציבוריים.

1. שירות המדינה וגופים ציבוריים

סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט - 1959 קובע כי:

"(א) בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, ושל מי שהוא או שאחד מהוריו נולדו באתיופיה (בחוק זה - ייצוג הולם).

(ב) הממשלה תפעל לקידום ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה בהתאם ליעדים שתקבע, ולשם כך, בין השאר -

(1) המשרד או יחידות הסמך הנוגעים בדבר, וכן נציב שירות המדינה, כל אחד בתחומו, ינקטו אמצעים הנדרשים בנסיבות הענין, אשר יש בהם כדי לאפשר ולעודד ייצוג הולם, לרבות ביצוע התאמות כמשמעותן בסעיף 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998;

(2) הממשלה רשאית לייעד משרות אשר יועסקו בהן, ככל האפשר, רק מועמדים שהם כשירים לתפקיד, מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם לפי הוראות סעיף קטן (א) שאינה מיוצגת באופן הולם, כפי שתקבע הממשלה;

(3) הממשלה רשאית להורות, לענין משרה או קבוצת משרות או לענין דרגה או קבוצת דרגות, שיפורטו בהוראה, ולתקופה שתקבע בה, על מתן עדיפות למועמדים מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם לפי הוראות סעיף קטן (א) שאינה מיוצגת באופן הולם, כאשר הם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים, ולענין מתן

**עדיפות לאנשים עם מוגבלות, רשאי הממשלה לקבוע כי
הוראות לפי פסקה זו יחולו על אנשים עם מוגבלות
מסוימת או בדרגת חומרה מסוימת.**

”...

הסעיף, בנוסחו זה (תיקון מס' 13 לחוק שירות המדינה (מינויים) מתשס"ה - 2005), הוסיף את ההוראות בדבר חובת ייצוג הולם בשירות המדינה לאוכלוסייה הערבית (לרבות דרוזים וצירקסים) ואוכלוסיית יוצאי אתיופיה, וכן הרחיב ועיבה את הוראות יישום העיקרון בדבר ייצוג הולם בשירות המדינה לנשים ולאנשים עם מוגבלות. עיקרה של החקיקה בקידום העדפה מתקנת לשם תיקון עיוותים של תת-ייצוג לאוכלוסיות האמורות בשירות המדינה.

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, קובע חובת ייצוג הולם לנשים ב"גוף ציבורי", אשר הגדרתו בסעיף 6ג(ג) כוללת "משרד ממשלתי לרבות יחידותיו ויחידות הסמך שלו" (סעיף 6ג). חובת ייצוג הולם חלה בסוגי המשרות ובדירוגים השונים בקרב העובדים, ההנהלה, הדירקטוריון והמועצה.

סעיף 6ג לחוק האמור מורה כי בוועדת בדיקה ממשלתית, בוועדה ציבורית ובצוות שממנים "הממשלה, ראש הממשלה, שר, סגן שר או מנהל כללי של משרד ממשלתי... יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, ליצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה." החוק אף מטיל על הגוף הממנה ועדה או צוות כאמור חובת דיווח אל הרשות לקידום מעמד האישה לפי חוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998.

בסעיף 6ג הנ"ל נקבע מנגנון שתכליתו לסייע למימוש חובת הייצוג ההולם לנשים בוועדות וצוותים, באמצעות הקמת מאגר שיכלול פרטים של נשים המתאימות להיות מועמדות לחברות בוועדות. הסעיף קובע כך:

”(1) (ב) במטרה לקדם את מימוש חובת הייצוג ההולם של נשים

בוועדות כאמור בסעיף זה, תקים הרשות מאגר שיכלול פרטים של נשים שנתנו את הסכמתן לכך כאמור בפסקה (4) ואשר מתאימות על פי כישוריהן, לדעת מנהלת הרשות או מי שהסמיכה לכך, להיות מועמדות להתמנות לאותן ועדות (בסעיף זה - המאגר); הרשות תפרסם הודעה בדבר הקמת המאגר והתנאים להיכלל בו.

(2) במאגר ייכללו פרטים על פי סיווגים אלה: שם, תחומי מומחיות, השכלה, הכשרה, ניסיון.

(3) אישה הרואה את עצמה מתאימה להיכלל במאגר, רשאית להגיש בקשה שבה יפורטו השכלתה, הכשרתה וניסיונה; הרשות רשאית לפנות ביוזמתה לנשים בבקשה להכלילן במאגר.

... (4)

(5) (א) לא איתר גוף ממנה אישה שתמונה כחברה בוועדה כאמור בסעיף קטן (ב), יבקש מהרשות לקבל את פרטי המאגר הנוגעים לתחום המינוי והרשות תעביר לו את הפרטים כאמור.

(ב) הגוף הממנה יעניין בפרטים שקיבל בהתאם לפסקת משנה (א) בטרם ימנה את חברי הוועדה, ויבדוק את התאמת הנשים שלגביהן קיבל פרטים כאמור, בין השאר בהתחשב בתחום מומחיותן, השכלתן, הכשרתן וניסיוןן; מידע שהועבר לפי הוראות סעיף

קטן זה, לא ייאגר מעבר לנדרש לצורך השימוש שלו
הוא נועד והוא יימחק מיד בתום השימוש בו.

(6) ...

(ג) גוף ממנה דיווח לרשות בכתב על כל מינוי של ועדה או צוות כאמור בסעיף קטן (ב), מיד לאחר המינוי ובטרם החלו הוועדה או הצוות בפעולתם; על דיווח כאמור בסעיף קטן זה יחולו הוראות סעיפים קטנים (ב) עד (ד) של סעיף 7 לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, בשינויים המחויבים.

(ד) קיבלה הרשות דיווח לפי סעיף קטן (ג), וסברה כי במינוי לא ניתן ביטוי הולם לייצוג נשים, כאמור בסעיף קטן (ב), תפנה מיד לגוף הממנה, ותפרט את עמדתה בנושא; פנתה הרשות לגוף ממנה כאמור, תודיע על כך מיד לוועדה לקידום מעמד האישה, כן תודיע הרשות לוועדה לקידום מעמד האישה על תוצאות כל פניה כאמור.

(ה) הרשות תמסור לוועדה לקידום מעמד האישה דין וחשבון שנתי ובו יפורטו המינויים שנמסר לה לגביהם דיווח לפי סעיף קטן (ג), עמדתה של הרשות בנושא הייצוג ההולם לגבי כל מינוי, ואופן טיפולה בנושא.

(ו) הוראות סעיף קטן (ב) יחולו גם על ועדת חקירה שנשיא בית המשפט העליון ממנה את חבריה והוא יהיה רשאי לעיין במאגר בטרם קבלת החלטתו בעניין מינוי חברי הוועדה.

למותר לציין, כי קיימת חשיבות חברתית ומשפטית בקידום ייצוגם של מגזרי הנשים, בני המיעוטים, יוצאי אתיופיה ואנשים עם מוגבלויות.

נציבות שירות המדינה ומשרדי הממשלה השונים הונחו ומונחים לפעול ליישום הוראות החוק לייצוג הולם של המגזרים השונים.

במהלך השנים קיבלה הממשלה מספר החלטות אשר מעבות את חובת הייצוג ההולם לאנשים עם מוגבלות, לאוכלוסייה הערבית ולאוכלוסייה האתיופית, ויוצקות לחובה תוכן קונקרטי.

החלטות הממשלה המרכזיות קובעות יעדי העסקה בשירות המדינה לנשים,¹ לערבים,² לאנשים עם מוגבלות,³ ולמי שהוא או אחד מהוריו נולד באתיופיה.⁴ יצוין כי לגבי האוכלוסייה הערבית נקבע יעד ממשלתי לפיו עד לסוף שנת 2012 יהיו 10% מעובדי המדינה בני האוכלוסייה הערבית. לשם כך נדרש כל משרד להכין תכנית עבודה להגשמת יעד זה וכן הוטל על נציבות שירות המדינה לפעול להגברת נגישות המידע והגברת המודעות של בני האוכלוסייה הערבית למשרות בשירות המדינה ולגבש תכניות הכנה והכשרות מקצועיות שיובילו לקליטת אוכלוסייה זו בשירות המדינה.

¹ החלטת ממשלה 2043 (אשה/1) מיום 7.10.2014 שעניינה קידום נשים ושילובן בשירות המדינה.

² לעניין האוכלוסייה הערבית: החלטת ממשלה 4729 מיום 12.3.2006, החלטת ממשלה 414 (ערב/3) מיום 31.8.2006, החלטת ממשלה 2579 מיום 11.11.2007, החלטת ממשלה 4436 מיום 25.1.2009 והחלטת ממשלה 2288 (ערב/6).

³ לעניין אנשים עם מוגבלות: החלטת ממשלה 1073 מיום 30.11.2003, החלטת ממשלה 4193 מיום 29.1.2012 והחלטת ממשלה 2261 מיום 30.11.2014.

⁴ לעניין בני העדה האתיופית: החלטת ממשלה 1665 מיום 13.5.2007, החלטת ממשלה 2506 מיום 28.11.2010 והחלטת ממשלה 4624 מיום 13.5.2012.

2. חברות ממשלתיות, תאגידים ציבוריים וגופים אחרים שהוקמו בחיקוק

לעניין מינויים למשרות בחברות ממשלתיות, בתאגידים ציבוריים ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק נקבעו הוראות נפרדות לגבי המגזרים השונים בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975 (להלן - חוק החברות הממשלתיות).

על הוראות אלה נוספו במהלך השנים מספר החלטות ממשלה, אשר מעבות את חובת הייצוג ההולם לנשים ולאוכלוסיה הערבית, ויוצקות לחובה תוכן קונקרטי. ראו החלטה 1362 מיום 11.3.2007 בעניין "ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות", החלטה 735 (ערב/7) מיום 19.8.2003 בנושא "קידום השוויון ושילוב אזרחי ישראל הערבים", ועוד.

א. ייצוג נשים

החתימה להשגת שוויון מהותי לנשים חשובה היא בכל התחומים. לא בכדי קבע בית-המשפט העליון כי "חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטטוס-קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית" (השופט מצא בבג"צ 453, 454/93 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, ואח, פ"ד מח(5) 501). ואולם, לשוויון בתחומי התעסוקה והפעילות המשקית, ובייחוד בדרגות הגבוהות, נודע משנה חשיבות, שכן הוא תורם לשינוי דימוין של הנשים ולביעור תפיסות חברתיות מפלות ומדכאות. מכאן ברורה קביעת בית-המשפט העליון כי יש לעשות כל שניתן למתן ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים (השופט חשין בבג"צ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, ואח, פ"ד נב(3) 630).

(1) חסיקה

סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א – 1951 קובע לאמור:

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

גוף ציבורי מוגדר בסעיף 6(ג) כ –

- (1) "משרד ממשלתי, לרבות יחידותיו ויחידות הסמך שלו ;
- (2) רשות מקומי ;
- (3) חברה עירונית, כהגדרתה בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985 ;
- (4) תאגיד או גוף ציבורי אחר שהוקם בחוק ;
- (5) חברה ממשלתית, כהגדרתה בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה – 1975..."

הוראה זו מחייבת כל מינוי או בחירה לתפקיד בשירות הציבורי, ובכלל זה גם מינוי מנהל כללי בגוף ציבורי ובמשרד ממשלתי. על הליך המינוי להביא בחשבון את עקרון הייצוג ההולם, ובכלל זה חיפוש אקטיבי של מועמדות מתאימות לתפקיד. על המינוי להיעשות בהליך מסודר ומובנה. הדרך הראויה לכך היא על-ידי ועדת איתור, תוך הקפדה על פרסום לציבור ומתן אפשרות להציע מועמדים ומועמדות.

באופן ספציפי לגבי דירקטוריון של חברה ממשלתית, קובע סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות לאמור:

”(א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים.

(ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה.”

סעיף 18א חל גם על תאגידים ציבוריים ועל גופים אחרים שהוקמו בחיקוק והמנויים בתוספת השניה לחוק החברות הממשלתיות, וזאת מכוח סעיף 60א לחוק החברות הממשלתיות.

יצוין כי נוסף על כך, בשורה ארוכה של דברי חקיקה ספציפיים נקבעה חובת ייצוג הולם לנשים בהרכבן של מועצות ציבוריות. כך, נקבעה חובת ייצוג הולם לנשים בקרב חברי מועצת הבריאות,⁵ בהרכב הוועדה המייעצת לרשות למעמד האישה,⁶ בהרכב המועצה הלאומית למחקר ופיתוח אזרחי,⁷ ובמועצת המוסד לביטוח לאומי.⁸

בשנת 2014 תוקנו חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 וחוק הדיינים, התשט"ו-1955 באופן שנקבע לגבי הרכבי הוועדות למינוי שופטים ודיינים כי לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה הממנה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים. לגבי הוועדה למינוי שופטים גם אחד מנציגי השופטים של בית המשפט העליון בוועדה הממנה תהיה אישה. ברור מאליה כי כאשר מדובר בחקיקה מסוג זה שבה נקבעה חובה מוחלטת למינוי נציגי קבוצה מסוימת שלא באמצעות השימוש בתיבה המקובלת "ביטוי הולם בנסיבות העניין" הרי שלא חלים העקרונות שמפורטים להלן לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת של הגורם הממנה אלא יש למנות בכל מקרה מספר נציגים לכל הפחות במספר הקבוע בחוק.

(2) יישום הוראות החוק בפסיקה

טיבה והיקפה של החובה המוטלת על הממנים מכוח ההוראות האמורות נדונו בבג"צ 454/93, 453 וראו גם בג"צ 2671/98 הנזכרים לעיל.

(א) "ביטוי הולם"

בית-המשפט קבע, כי המושג "ביטוי הולם" בהקשר האמור, אין פירושו קביעת מכסות בכלל לייצוגם של שני המינים, אלא מתן ייצוג יחסי הולם לכל אחד מן המינים. שיעורו הראוי של הייצוג צריך להיקבע בהתחשב באופיו, במטרותיו ובצרכיו המיוחדים של הגוף הציבורי, ועל-פי

⁵ סעיף 49(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

⁶ סעיף 9(ה) לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998.

⁷ סעיף 4(ה) לחוק המועצה הלאומית למחקר ולפיתוח אזרחי, התשס"ג-2002.

⁸ סעיף 2(ב) לתקנות הביטוח הלאומי (מועצת המוסד), התשי"ח-1958.

ההתפלגות של המועמדים המצויים, מבני שני המינים, המתאימים לכהונה הספציפית הנדונה. בית-המשפט העלה את האפשרות - מבלי להכריע בכך מפורשות - שבהעדר נסיבות מוכחות המצדיקות מתן משקל יתר לבני אחד המינים, יש לפרש "ביטוי הולם" כמחייב מתן ייצוג שווה לנשים ולגברים, דבר המתקבל - בכל הכבוד - על הדעת, בהתחשב במציאות האנושית. מכל מקום, בית-המשפט מצא לנכון להזהיר מפני השתרשותה של תפיסה הגורסת כי מתן ייצוג בלשהו לנשים יש בו משום מתן ביטוי הולם לייצוגן.

בית-המשפט הוסיף וקבע, כי החובה למנות מועמדים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת אינה חובה מוחלטת אלא יחסית. המחוקק ביקש לאזן בין החיוב להעדפה מתקנת מחד גיסא, לבין קיומם של אילוצים הנובעים מן האפשרויות המעשיות הקיימות מאידך גיסא. בקביעת גדרו של האיזון הראוי בהקשר זה נקט בית-המשפט מבחן גמיש, התולה את ההכרעה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה נתון, תוך בחינת הרלוונטיות שיש בהקשר האמור ליתרונו היחסי (אם ישנו כזה) של המועמד, על רקע מרכזיותו של עקרון ההעדפה המתקנת. בית-המשפט הטעים, כי באיזון בין החובה להעדיף מינויים של נשים (לפחות בשלב זה) לבין ההתחשבות במגבלות שבמסגרתן על הממנים למלא חובה זו, **יש ליתן משקל בכורה לחובת ההעדפה של נשים.**

(ב) היקף החובה המוטלת על הרשות לאתר באופן אקטיבי מועמדות

מסקנת הממנה, לפיה אין ניתן בנסיבות העניין למנות אשה לתפקיד, יכול שתתגבש רק לאחר שבדק את האפשרות למנות מועמדת מתאימה, תוך נקיטה באמצעים סבירים לאיתורה של מועמדת כזו. בית-המשפט הדגיש כי מדובר בחובה ממשית לחפש מועמדת ראויה וכי חיפוש 'פורמאלי' אחר מועמדת כלשהי אין בו כדי לצאת ידי חובה זו.

העולה מן המקובץ הוא, כי על הממנה או המציע מועמד לבחון אם בהרכב הגוף שעם חבריו עתיד להימנות אותו מועמד ניתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים (כאמור, כך הוא בשלב זה). אם לא כך הדבר, עליו לבדוק אפשרות למינויה של אשה לתפקיד, תוך נקיטה באמצעים סבירים לאיתורה של מועמדת מתאימה. מקום שהמינוי נעשה בידי הממשלה או שהוא טעון אישורה, על הממשלה לוודא - עובר למינוי או לאישור, לפי העניין - שבדיקה כאמור אכן נערכה.

הועדה לבדיקת מינויים הפועלת בהתאם לחוק החברות הממשלתיות רשאית להימנע מאישור מינוי או לעכב מינוי, אף אם למועמד הכישורים הנדרשים, אם מצאה כי לא ניתנה הדעת במידה מספקת לחובת הייצוג ההולם.

הפרקטיקה הנהוגה לגבי מינוי דירקטורים וחברי מועצות של תאגידים ציבוריים תחול - בשינויים המתחייבים - גם לגבי מינוי מנהל כללי. על הועדה להביא בחשבון בראש ובראשונה את ייצוג הנשים בדרגות הבכירות בתאגיד עצמו, וכן את ייצוג הנשים בתפקיד מנהל כללי בתאגידים ובחברות הנתונים לסמכותו של השר הרלוונטי ובכלל התאגידים והחברות הממשלתיות. בבג"צ 2754/02 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, ואח (תק-על 2002)3) 301, קבע בית-המשפט העליון כי סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה חל גם על מינוי מנהלים כלליים, ומחייב כי הליך מינוי מנהלים כלליים יביא בחשבון את עקרון הייצוג ההולם, ובכלל זה חיפוש אקטיבי של מועמדות מתאימות לתפקיד מנהל כללי.

פשיטא, שהאמור לעיל הוא בבחינת חובה חוקית המוטלת על הממנים, שאי קיומה יכול שיגרור פסלות משפטית של המינוי.

לסיים, יפים דבריו של השופט חשין בבג"צ 2671/98 הנזכר לעיל, בעמ' 662 - 663 :

"הוראות ייצוג אלו לא אך על עצמן יצאו ללמד. יצאו הן ללמד על הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל, הלוך רוח שלא הכרנו ולא ידענו בעבר. רוח חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל... דימינו הוראות-דין שעניינן שוויון לנשים ואיסור הפלייתן לרעה לנקודת אור. מתחננו קו בין כל נקודות האור והנה גילתה עצמה לפנינו דוקטרינה במשפט הארץ. דוקטרינה שכוחה עמה מעבר להוראות-הדין הפרטיקולריות... כל הוראות הייצוג כולן, על-אף השוני ביניהן, מהוות הן - כל אחת מהן לעצמה - קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון-יסוד, והעיקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון".

בעניין ארן, בו נבחנה החלטה למנות מועמד מסוים למשרת מנכ"ל לרשות הלאומית למלחמה בסמים ובשימוש לרעה באלכוהול, ניתנו שני פסקי דין של בית המשפט העליון (בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, להלן: בג"ץ ארן הראשון; בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל, להלן: בג"ץ ארן השני) בהם התווה בית המשפט העליון מספר עקרונות נוספים ליישום סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה הנ"ל.

(ג) הגדרת קבוצת ההתייחסות

בבג"ץ ארן הראשון התייחס בית המשפט להוראה לפיה ייצוג הולם מתחייב "בסוגי המשרות ובדירוגים השונים". הוראה זו פורשה על ידי בית המשפט כמחייבת כשלב ראשון במסע הבחינה של מינוי ציבורי נדרש – את הגדרתה של קבוצת ההתייחסות הרלבנטית, שלפיה יבחן הצורך להפעיל את דוקטרינת הייצוג השוויוני.⁹ בית המשפט המשיך וקבע כי משרה פלונית עשויה לקלוע ליותר מקבוצת ההתייחסות אחת. ובעניין הנדון סבר שמשרת מנכ"ל הרשות שייכת הן לקבוצת המנהלים הכלליים של רשויות ממלכתיות והן לקבוצת עובדיה של הרשות המסוימת. על כן קבע בית המשפט "שאת קבוצת ההתייחסות הרלבנטית יש לגזור מתכליתו של החוק. תהא זו אותה קבוצה, מבין אלו שלגדרן קולעת המשרה הנתונה, בה טרם שורש נגע הקיפוח ובאשר לה יסייע עיקרון הייצוג השוויוני בקידום המטרה אותה הציב החוק נר לרגליו".¹⁰ לפיכך לשם יישום העיקרון יש לבדוק את מידת הייצוג ההולם לעומקו ולרוחבו של שירות המדינה, בשני חיתוכים: בחיתוך האנכי, קרי – בדיקת שיעור הייצוג בכל הדרגות במשרד או ביחידה, ובחיתוך אופקי, קרי – בדיקת שיעור הייצוג בדרגה ובדירוג מקצועי מסוימים בכל היחידות והמשרדים.

עם זאת יש להדגיש, כפי שעשה בית המשפט בבג"ץ ארן השני, כי "קבוצת ההתייחסות מטבעה איננה הומוגנית. כתוצאה מהטרונגניות זו, היחס בין הנתונים השונים המרכיבים את קבוצת ההתייחסות הינו מורכב, ומצריך עריכת איזון אשר משתנה בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל עניין ועניין".¹¹ כך למשל, באותו עניין, לא מצא בית המשפט פגם בכך שבנסיבות הספציפיות החליט מנכ"ל המשרד להעניק למישור האנכי (בו התקיים ייצוג הולם) את הבכורה על פני המישור האופקי (בו נמצא תת ייצוג).

(ד) "כישורים דומים"

תנאי למתן העדפה למועמדת על פני מועמד, הינו כי המועמדים הינם בעלי כישורים דומים. בשאלת אופן השוואת הכישורים קבע השופט לוי בבג"ץ ארן הראשון כך:

"הבחינה צריכה להיעשות בראייה מצרפית וכוללת, שגם בה יציב עקרון הייצוג השוויוני גבול-מה לירידה מופרזת לפרטי-פרטיהן של תכונות המועמדים הנבדקים, ותוך רגישות לדרישותיו המסוימות של התפקיד אותו מבקשים לאייש".¹²

⁹ בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, (טרם פורסם, ניתן ביום 20.4.2009), פסקה 7 לפסק דינו של השופט לוי. להלן: בג"ץ ארן הראשון.

¹⁰ שם, פסקה 8 לפסק דינו של השופט לוי.

¹¹ בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל, (טרם פורסם, ניתן ביום 07.1.2010), פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. להלן: בג"ץ ארן השני.

¹² בג"ץ ארן הראשון, פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי.

עוד הובהר, כי כאשר הגורם הממנה שוקל את תכונותיהם הטרומיות של המועמדים, עליו לתת את דעתו לשאלה האם פער בקורות החיים או בכישורים המקצועיים, ככל שקיים פער כזה – נובע בעיקרו מההשתייכות הקבוצתית של המועמד. על הגורם הממנה לשאול את עצמו האם ניתן להניח שלולא הפער הנובע מהשתייכות קבוצתית היו שני המועמדים מציגים הישגים דומים וכן האם המועמד שהישגיו הכלליים פחותים אינו נופל ממתחרהו בכל הנוגע לדרישות התפקיד המסוים. כדוגמא לשוני בקורות החיים הנובע מהשתייכות קבוצתית, ציין בית המשפט כי כאשר מדובר במינוי לתפקיד הדורש ניסיון בניהולן של מסגרות רחבות היקף – ניסיון שניתן למשל לרכוש בשירות צבאי, יש להביא בחשבון שבמציאות של ימינו וזו שנהגה בתקופות מוקדמות יותר, פחות נשים, ומקל וחומר בני האוכלוסייה הערבית, יוכלו לענות על דרישה כזו של התפקיד.¹³

(ה) חובת הממנה להבטיח ייצוג הולם

לעניין חובתו של הממנה, קבע בית המשפט בבג"ץ ארן הראשון כי גם כאשר המינוי נעשה על פי המלצות מנגנונים שונים כגון ועדות איתור, הגוף הממנה אינו פטור מהחובה לשקול את ההכרח להבטיח ייצוג הולם. הייצוג ההולם צריך להיות שיקול משמעותי שיבחן בשים לב להמלצות ועדת האיתור, והכל בשים לב למשקל המיוחד שיש לתת למסקנותיה של ועדת האיתור.¹⁴

עוד יודגש כי על פי הפסיקה, החובה להבטיח ייצוג הולם לנשים חלה גם בעת הרחבת ועדה או צוות אשר סעיף 1ג6 לחוק שיווי זכויות האישה חל עליו, ועמה נולדת החובה לשוב ולפעול לאיתור ומינוי נשים מתאימות לכהונה.¹⁵

ב. ייצוג אוכלוסייה ערבית (לרבות דרוזית וצ'רקסית)

סעיף 1א18 לחוק החברות הממשלתיות [תיקון מס' 11], התש"ס - 2000] קובע:

"(א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית.

(ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית.

(ג) לעניין סעיף זה, "האוכלוסייה הערבית" - לרבות האוכלוסייה הדרוזית והצ'רקסית".

הוראות סעיף 1א18, החלות על דירקטוריון של חברה ממשלתית, מוחלות - מכוח סעיף 6א לחוק החברות הממשלתיות - גם לעניין מינויים לכהונה בתאגידים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק.

אין לחדד כי תיקון החקיקה האמור בא על רקע מיעוט מינויים מקרב האוכלוסייה הערבית לתפקידים מהסוג הנדון. הוראה זו באה, איפוא, להשיג תוצאה שראוי היה לחתור אליה, בגופים הללו ובאחרים, מכוח כללי יסוד של שוויון והוגנות, גם אלמלא עוגן כאן הדבר בחקיקה של

¹³ שם, פסקה 10 לפסק דינו של השופט לוי.

¹⁴ בג"ץ ארן הראשון, פסקה 13 לפסק דינו של השופט לוי. וכן בג"ץ 5660/10 עמותת איתד - משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, (טרם פורסם, ניתן ביום 11.8.2010). להלן: בג"ץ עמותת איתד.

¹⁵ ראו פסקאות 8 ו-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ עמותת איתד.

הכנסת (וראו גם בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, ואח, פ"ד נה(5) 15).

בבג"צ 453/99, 454 הנזכר לעיל עמד בית-המשפט על טיבה והיקפה של החובה המוטלת על הממנים (השר או הממשלה, לפי העניין) מכוח הוראות דומות בחוק החברות הממשלתיות, שעניינן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים. העקרונות שנקבעו שם יפים - בשינויים המחויבים - גם לענייננו. להלן נידרש לעקרונות הנוגעים להפעלת סמכות המינוי בהקשר הנדון, נוכח הקביעות שבפסק הדין הנזכר.

המושג "ביטוי הולם" בהקשר האמור, אין פירושו קביעת מכסות לייצוגה של האוכלוסיה הערבית, אלא שהוא טעון פירוש על-פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. שיעורו הראוי של הייצוג צריך להיקבע בהתחשב באופיו, במטרותיו ובצרכיו המיוחדים של התאגיד, ועל-פי ההתפלגות של המועמדים המצויים, המתאימים לכהונה הספציפית הנדונה; ואולם, אין כמובן לגרוס כי מתן ייצוג דל ואקראי גרידא לאוכלוסיה הערבית יש בו משום מתן ביטוי הולם לייצוגה.

(ראו גם בג"צ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, ואח, פ"ד נז(3) 31).

על-פי פסק הדין הנזכר, בקביעתו של הסייג "ככל שניתן בנסיבות העניין" לחובת המינוי של מועמדים מקרב האוכלוסיה הערבית, ביקש המחוקק לאזן בין החיוב להעדפה מתקנת עד להשגת ביטוי הולם לייצוג אוכלוסיה זו מחד גיסא, לבין קיומם של אילוצים הנובעים מן האפשרויות המעשיות הקיימות מאידך גיסא. בקביעת גדרו של האיזון הראוי בהקשר זה יש לנקוט מבחן של שכל ישר, התולה את ההכרעה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה נתון, תוך בחינת הרלוונטיות בו ליתרונם היחסי (אם ישנו כזה) של המועמדים, על רקע מרכזיותו של עקרון ההעדפה המתקנת.

נטעים, עם זאת, כי באיזון בין החובה להעדיף מינויים מקרב האוכלוסיה הערבית לבין ההתחשבות במגבלות שבמסגרתן על הממנים למלא חובה זו, יש ליתן ככל האפשר משקל בכורה לחובת ההעדפה כאמור.

מסקנה, לפיה אין ניתן בנסיבות העניין למנות מועמד מקרב האוכלוסיה הערבית לתפקיד - והנטל לעניין זה, כפי שמטעים בית-המשפט, רובץ על שכמו של הממנה - יכול שתתגבש רק לאחר שנבדקה האפשרות למנות מועמד מתאים, תוך נקיטה באמצעים סבירים לאיתורו של מועמד כזה. בהקשר זה נדגיש, כי החובה לברר אם בדיקה כזאת אכן נערכה מוטלת הן על השר המציע את המועמד לממשלה (כאשר ההצעה נעשית על-פי המלצתו של שר אחר, שאז חובת ה**בדיקה** מוטלת על השר הממליץ) והן על הממשלה, קודם שתאשר את המינוי.

העולה מן המקובץ הוא, כי על השר הממנה או המציע מועמד לבחון אם בהרכב הגוף שעם חבריו עתיד להימנות אותו מועמד ניתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסיה הערבית. אם לא כן, עליו לבדוק אפשרות למינויו של מועמד מקרב האוכלוסיה הערבית לתפקיד, תוך נקיטה באמצעים סבירים לאיתורו של מועמד מתאים, שמתקיימות בו דרישות החוק. מקום שהמינוי נעשה בידי הממשלה או שהוא טעון אישורה, על הממשלה לוודא - עובר למינוי או לאישור, לפי העניין - שבדיקה כאמור אכן נערכה.

לא למותר להדגיש כאן, כי פרשנות בהתאם לתכלית החוק ושיקולי הרמוניה בחקיקה מובילים למסקנה שהוראות הדין שעניינן ביטוי הולם לייצוגן של נשים משליכות גם על האופן בו יש ליתן

ביטוי לייצוגה של האוכלוסיה הערבית. כלומר, יש לשאוף לכך שגם במסגרת המינויים מקרב האוכלוסיה הערבית יינתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים. ועוד יודגש, כי יש להקפיד על ייצוג נאות של כל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות האוכלוסיה הדרוזית והצירקסית, כקבוע בחוק.

יש לראות הוראת חוק זו כחלק ממאמץ נמשך להגברת השוויון לציבור הערבי בתחומי החיים השונים במדינה. המאמץ לכבוד ולשוויוניות לציבורים שונים בחברה הישראלית, ולציבור הערבי בפרט, מעוגן היטב בשיטתנו המשפטית. בהכרזת העצמאות נאמר:

"מדינת ישראל...תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל, תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות, תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות, ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".

בהמשך, נקראו בני העם הערבי תושבי ישראל -

"לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה, על יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

הגשמת עקרונותיה של ההצהרה, הלכה למעשה, מחייבת מאמץ יומיומי נמשך מתוך גישה שוויונית והוגנת, בתחום הנדון כאן, כבאחרים.

נוכח האמור, ובהתאם לפסקי דין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון, הדעת נותנת שהועדה לבדיקת מינויים תנהג בהקשר דן בדומה למדיניות הנקוטה בידיה להבטחת ייצוג הולם לנשים, קרי - בהעדר ייצוג הולם כנדרש תפנה הועדה את תשומת לבו של המציע לעובדה זו, והדיון יתקיים לאחר שיוצעו מועמדים מקרב האוכלוסיה שאינה מיוצגת באופן הולם או לאחר שהמציע ינמק בכתב, להנחת דעתה של הועדה, מדוע אין ניתן בנסיבות להציע מועמד כאמור.

על האמור לעיל יש לתת את הדעת בהפעלת סמכויות שרים בהקשר הנדון, על מנת שהשיקולים הנזכרים יובאו בחשבון לקראת מינויים, ושהמינויים יעלו בקנה אחד עם דרישות החוק. פשיטא, שהאמור לעיל הוא בבחינת חובה חוקית המוטלת על עושי המינוי, שיש לקיימה כדי למנוע עילה לפסלות משפטית של המינוי.

ג. ייצוג אנשים עם מוגבלויות

סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 קובע את חובת הייצוג ההולם מעבר לשירות המדינה, וזה לשונו:

"(א) ראה מעביד כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן - ייצוג הולם), יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות.

(ב) פעולות מעביד לפי סעיף זה, יכול שייעשו בתכנית אשר תכלול הוראות בדבר העדפת העסקתם או קידומם של אנשים עם מוגבלות שהם כשירים לתפקיד או למשרה ושהם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד או למשרה.

(ג) שר התעשייה המסחר והתעסוקה, בהתייעצות עם הנציבות,

עם ארגונים העוסקים בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, ועם ארגוני עובדים וארגוני מעבידים שהם לדעת השר כאמור יציגים ונוגעים בדבר, בהתאם לעקרונות היסוד של חוק זה ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, רשאי –

(1) לקבוע הוראות משלימות, בין למקרה מסוים ובין לסוגי מקרים, בדבר חובות מעביד לפי סעיף זה, לרבות הוראות בדבר סוג המוגבלות או חומרת המוגבלות של אנשים שיש להעסיקם או לקדם בעבודה;

(2) לקבוע הוראות בדבר חובת דיווח של מעביד על ביצוע פעולות לפי סעיף זה;

(3) לקבוע סייגים לחובות מעביד לפי סעיף זה.

(ד) בסעיף זה –

”מעביד” – מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי”ט-1959, חלות עליו;

”התאמות” – כהגדרתן בסעיף 8(ה).”

על פי ההגדרה של ”מעביד” שבסעיף 9, ברור שהוראה זו חלה על רב רובם של התאגידים הסטטוטוריים והחברות הממשלתיות.

בבג”ץ 6069/10 מחמלי נ’ שרות בתי הסוהר ציין השופט מלצר כי החובה החלה על מעסיק לקדם ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה היא צידה השני של האיסור על אפליית עובד מחמת מוגבלותו וציין כי חובה זו חלה על המעביד בכל שלבי העבודה (החל מהקבלה לעבודה, עבור דרך הכשרתו של העובד וקידומו במקום העבודה, וכלה בהליכים הקשורים לסיום עבודתו) – ולשיטתו היא אף מתעצמת כשמדובר במוגבלות שנגרמה עקב העבודה ובמהלכה. מכאן כי כאשר מדובר בעובד שהפך לאדם עם מוגבלות נגזרת מהחובה לקדם ייצוג הולם, חובתו של המעסיק לפעול בשקידה ראויה ובאופן נמרץ למציאת תפקיד אשר בביצוע ההתאמות הנדרשות יהלום את מצבו החדש של העובד.¹⁶

בפסק דין בלילתי (בש”א 2968/01 (אזורי י-ם) יוסף בלילתי נ’ ג’רוסלם פוסט, פד”ע טו 981, פס’ 10 לפסק הדין) נקבע כי חובת המעביד לפעול לקידום הייצוג ההולם כוללת גם את שלב הפיטורין. מן הראוי להביא דברים אלה מפסק הדין:

”...גם סעיף 9 קובע כי על המעביד לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות בעיסוקו, בדרך של העדפה מתקנת. ייצוג הולם משמעו שבמקום העבודה יהיו ויעבדו גם אנשים עם מוגבלויות. שני מאורעות קובעים את תקופת היותו של אדם עובד - קבלתו לעבודה, וסיום עבודתו בין אם בדרך של פיטורים, בין אם בכל דרך אחרת. הייצוג ההולם של קבוצה מסוימת במקום עבודה נקבע על פי שני המאורעות הללו.

לאור זאת, אין די בהעדפה מתקנת בעת הקבלה לעבודה, אלא יש לדאוג שישאר ייצוג הולם עת באים להפסיק עבודה של עובדים. לכן החובה לנקוט בהפליה מתקנת (כדי להביא ליצוג הולם) חלה על אירוע הקבלה לעבודה כמו גם על אירוע הפיטורין מהעבודה. זה כמו זה יביאו לכך שבקרב העובדים יהיה ביטוי הולם ליצוגם של אנשים עם

¹⁶ בבג”ץ 6069/10 מחמלי נ’ שרות בתי הסוהר (לא פורסם, ניתן ביום 5.5.2014) פסקאות 37 - 38 לפסק דינו של השופט מלצר.

מוגבלות.

משמעותה של חובת הייצוג ההולם בהליך הפיטורים היא שעל מעביד לשקול גם את עובדת היות העובד אדם עם מוגבלות (לכף זכותו של העובד עם המוגבלות) במסגרת שיקוליו את אלו מעובדיו לפטר, בייחוד כאשר מדובר בפיטורי צמצום שאינם נובעים מהתנהגות העובד אלא מצורך ארגוני של המעביד."

בנוסף במספר הוראות חוק הנוגעות להרכב ועדות מייעצות ומועצות ציבוריות נקבעה חובת

ייצוג לאנשים עם מוגבלות או לנציגי ארגונים המייצגים אנשים עם מוגבלות בקרב חברי

המועצה. כך, במועצת הביטוח הלאומי,¹⁷ במועצה הארצית לשיקום נכי נפש בקהילה,¹⁸

בוועדה המייעצת לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁹

ד. ייצוג האוכלוסיה הדרוזית ובני העדה האתיופית בקרב עובדי חברות ממשלתיות, תאגידים

ציבוריים ורשויות מקומיות

סעיף 50א לחוק החברות הממשלתיות קובע חובת ייצוג הולם לבני העדה האתיופית ולבני העדה הדרוזית בקרב עובדי החברות הממשלתיות בכלל המשרות והדירוגים:

50א. ייצוג הולם בקרב עובדי חברות ממשלתיות

(א) בקרב העובדים בחברות הממשלתיות, בכלל המשרות והדירוגים, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של מי שהוא או שאחד מהוריו נולדו באתיופיה או שהוא בן העדה הדרוזית (בפרק זה - ייצוג הולם).

(ב) הדירקטוריון יפעל לקידום ייצוג הולם בקרב העובדים בחברה בהתאם ליעד שיקבע, ולשם כך ינקוט את האמצעים הנדרשים בנסיבות העניין אשר יש בהם כדי לאפשר ולעודד ייצוג הולם, לרבות אלה:

(1) ייעוד משרות אשר יועסקו בהן, ככל האפשר, רק מועמדים מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם;

(2) הוראה בדבר מתן עדיפות למועמדים מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם, כאשר הם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים, לעניין משרה או קבוצת משרות או לעניין דרגה או קבוצת דרגות שיפורטו בהוראה, ולתקופה שתקבע בה.

(ג) הוראות סעיף זה יחולו על כל דרכי הקבלה לעבודה והקידום בעבודה בחברה הממשלתית.

(ד) הוראות סעיף זה יחולו על חברה ממשלתית המעסיקה יותר מ-50 עובדים.

סעיף 60ב לחוק מחיל הוראות אלה לעניין עובדים בתאגידים שהוקמו בחוק, בשינויים המחוייבים.²⁰

יצוין עוד כי באותם תיקוני חקיקה נקבעו הוראות דומות לעניין עובדי רשויות מקומיות.²¹

¹⁷ תקנות הביטוח הלאומי (מועצת המוסד), התשי"ח-1958.

¹⁸ חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התשי"ס-2000.

¹⁹ סעיף 18 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

²⁰ ראו סעיף 60ב לחוק החברות הממשלתיות.

²¹ ראו סעיף 173א לפקודת העיריות וסעיף 34א לפקודת המועצות המקומיות.