

ייצוג הולם במשפט הישראלי – סיכום ביניים ריאליסטי

מאת

יופי תירוש¹

- .I מבוא: המשפט בין שמים וארץ
- .II הטענה המרכזית: הליכי מינוי תקינים הם תנאי הכרחי להשגת ייצוג הולם
- .III כרוניקה של מינוי ידוע מראש: דעיכתו של המינוי במכרז בשירות המדינה ופריחתן של דרכי מינוי עוקפות מכרז
 - .א. דרכי המינוי בשירות הציבורי – רקע
 - .ב. מינויים ב"משרות אמן"
 - .ג. מינויים זמניים, מינוי בפועל ומילוי מקום
 - .ד. מכרזים פנימיים ומכרזים בין-משרדיים
 - .ה. עובדי קבלן ו"משרות מסגרת"
 - .ו. ועדות איתור
- .IV כיצד פוגעות דרכי המינוי עוקפות המכרז בייצוג ההולם
 - .א. דמותו של הממונה שלא במכרז
 - .ב. שיקול הייצוג ההולם במינויים שלא במכרז
- .V מעבר לשירות המדינה הגרעיני – מינויים בשירות הציבורי
- .VI הערה מתודולוגית
- .VII סיכום: מה הלאה?
 - .א. נציבות שירות המדינה
 - .ב. ארגונים לא ממשלתיים הפועלים לקידום קבוצות בלתי מיוצגות
 - .ג. משרד מבקר המדינה
 - .ד. שרי הממשלה
 - .ה. חברי הכנסת
 - .ו. ועדות הכנסת

1 תודה לנורית ישראלי, לזהר כוכבי, למשה מאור ולשגית מור על הערותיהם לגרסאות מוקדמות של המאמר, וכן תודה לקורא(ת) החיצוני(ת) ולחברי מערכת "משפטים" על הערותיהם המועילות. עוד תודה לעוזרי המחקר יעל ביכלר, דניאל דרנגר וליאור פורקוש.

ז. אקדמיה משפטית
 ח. אפילוג: המשפט מנקודת מבטו של "האיש הרע"

"Valuable as the language of transcendental nonsense for many practical legal purposes, it is entirely useless when we come to study, describe, predict and criticize legal phenomena. . . . [T]he most intelligent judges in America can deal with a concrete practical problem . . . without any appreciation of the economic, social, and ethical issues which it involves."

Felix Cohen

I. מבוא: המשפט בין שמים וארץ

את מאמרו המפורסם מ-1935, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*,² פותח המשפטן האמריקני פליקס כהן בתיאור חלום של משפטן אחר. בחלום, עולה המשפטן השמימה עם מותו, ונלקח לגן עדן מיוחד השמור לתיאורטיקנים של המשפט. הנכנסים לגן עדן זה פוגשים פנים אל פנים את המושגים הרבים של תורת המשפט בצורתם הטהורה והמושלמת, בלי הפרעתם של עניינים ארציים. כאן שוכנת רוחם המופשטת של מושגים כמו תום לב, בעלות, חזקה, רשלנות, וזכויות כלפי כולי עלמא. כאן מצויים כל המושגים הלוגיים הנדרשים לפתרון הבעיות המשפטיות המאתגרות והנשגבות ביותר. כאן מצא המשפטן "מכבש פרשנות דיאליקטי-הידראולי" — מכונה המסוגלת לדחוס אינספור משמעויות לכל טקסט או דבר חיקוק, וכן מגגנון לבניית פיקציות ומכונה לפיצול שערות שבכוחה לפצל שעה בודדת ל-999,999 חלקים שווים, כך שהיא מאפשרת למשפטן לחלק כל מושג לתתי-קטגוריות רבות ככל הנדרש. כל משפטן בעל הכשרה הולמת יכול להגיע לגן עדן זה של מושגים משפטיים, בתנאי אחד: עליו ללגום משיקוי הנשייה, שיגרום לו לשכוח כל עניין אנושי וארצי. אבל, מוסיף אותו משפטן בציניות, עבור רובם של המשפטנים המכובדים ורמי המעלה השיקוי הוא מיותר לחלוטין, כיוון שממילא אין להם כל היכרות עם עניינים ארציים, ולכן אין להם דבר לשכוח.

פליקס כהן מאיץ בנו לשאול באיזו מידה השאלות המשפטיות שבהן אנו מעסיקים עצמנו ביומיום הן בעצם שאלות מהסוג המצוי בגן העדן החלומי. שאלות מסוג זה,

Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUMBIA L. REV. 2
 .809 (1935)

שאלות בצורתן העקרונית והמופשטת, הן לטענתו בכחינת שטויות טרנסצנדנטליות, חסרות כל רלוונטיות לחייהם של נמעני המשפט, ולפתרון בעיות משפטיות המתעוררות בחיים הארציים.³

השופט מישאל חשין, שנפלו בחלקי המזל והכבוד להתמחות בלשכתו, אינו נמנה עם המשפטנים שמתאר כהן. למרות עיסוקו רב השנים והחותם שהותיר על תחומי משפט רבים ועל שאלות משפטיות ברומו של עולם, הוא, לעניות דעתי, מן המשפטנים הניחנים ביכולת לבחון שאלות משפטיות "מלמטה למעלה" – דווקא מתוך הקשרן הקונקרטי, מתוך מורכבות החיים, הנסיבות האנושיות, היחסים, הכאבים והסיפורים של הצדדים המגיעים לבית המשפט. בקיצור, כאשר יגיע השופט חשין יבדל"א לגן העדן הזה, יהיה עליו ללגום מנות נכבדות משיקוי הנשייה. אולם, ליתר דיוק, נדמה לי שהשופט חשין יסרב מכל וכל לשתות את השיקוי, כיוון שהוא יחלוק על עצם האפשרות להבין מושגים בצורתם האידיאלית והמופשטת, ללא הקשרים קונקרטיים וסכסוכים משפטיים ממשיים. את הסירוב לעסוק במשפט במנותק מן החיים אני לוקחת אתי מההתמחות. את הסירוב הזה עלינו ליישם בחשיבתנו על המשפט בכלל, וכפי שאטען להלן, על תחום הייצוג ההולם במשפט הישראלי במיוחד.

במאמר זה אני מבקשת להשתמש במטאפורת ה"שטויות הטרנסצנדנטליות" של פליקס כהן על מנת להציע כי השיח המשפטי הישראלי על ייצוג הולם מתנהל כיום במידה רבה בתחומיו של משל גן העדן הנשגב והחלומי, העתיר שאלות משפטיות יפות, אבל חסר נגיעה למתרחש בעולם האמיתי. השיח התיאורטי והנורמטיבי המפותח המתקיים בישראל בתחום הייצוג ההולם לא הצליח לשנות את המציאות המשפטית-חברתית, לחלחל אל תודעתם ואל דפוסי פעולתם של ארגונים ושל שחקנים משפטיים ולשלב, הלכה למעשה, את שיקול הייצוג ההולם אל תוך הליכי בחירת מועמדים למשרות בשירות הציבורי.

זה יהיה מהלך הדברים: בחלק II אציג את טענתי המרכזית, לפיה הליכי מינויים לא תקינים פוגעים בבני הקבוצות הבלתי מיוצגות ומסכלים השגת ייצוגם ההולם. בחלק III אסקור את הדרכים שבהן חל כירסום בהליך המכרז במינויים לשירות המדינה על מנת לבסס את טענתי כי, ככלל, לא מתקיימים כיום הליכי מינוי תקינים בשירות המדינה. בחלק IV אנתח את הדרכים שבהן פוגעות דרכי המינוי עוקפות המכרז בקבוצות בלתי מיוצגות יותר מאשר בבני הקבוצה ההגמונית. בחלק V אראה כיצד אותה מגמה של היעלמות ההליך הנאות לבחירת עובדים קיימת גם בשאר ענפי

³ "Cohen emphasized the need to explore what judges actually do, as opposed to being distracted by the stories judges tell... Cohen argued that it made no sense to explore legal concepts without a sense of what they meant to those whose lives were affected by them. In his colorful way, he noted: 'Any word that cannot pay up in the currency of fact, upon demand, is to be declared bankrupt, and we are to have no further dealings with it'. Jeremy Paul, *Felix Cohen's Brand of Legal Realism*, 38 CONNECTICUT L. REV. 593, 598-599 (2006)

השירות הציבורי. בחלק VI אתיחס לבחירות המתודולוגיות של מחקר זה, ובחלק VII אציע המלצות ומסקנות.

II. הטענה המרכזית: הליכי מינוי תקינים הם תנאי הכרחי להשגת ייצוג הולם

בעשור האחרון השתנתה מפת החקיקה והפסיקה בנושא העדפה מתקנת וייצוג הולם בישראל מן הקצה אל הקצה. קביעת המחוקק, שלפיה קיימת חובת ייצוג הולם של בני שני המינים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, ולאחריה חקיקת התיקון לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959 (להלן – חוק המינויים) הקובעת חובה דומה לגבי שירות המדינה בכללותו, והגיבוי שנתן בג"ץ ליישומם של חוקים אלה⁴ – כל אלה הביאו אחריהם גל של חקיקה ופסיקה המרחיבים את תחולתו של העיקרון. כך, עקרון הייצוג ההולם הורחב כך שיחול על גופים נוספים במגזר הציבורי (לא רק שירות המדינה הגרעיני אלא תאגידים ציבוריים, מועצות מקומיות,⁵ מועצות ציבוריות, וצוותים לאומיים)⁶ ויתיחס לאוכלוסיות שונות (לא רק נשים אלא גם ערבים, דרוזים,

4 ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994). בית המשפט הגבוה לצדק ביטל מינויים של שלושה דירקטורים בחברות ממשלתיות כיוון שהמינוי נעשה בניגוד לחובת הייצוג ההולם בחוק החברות הממשלתיות. על ההפתעה שבה התקבל פסק דין זה ראו דפנה יזרעאלי "החוק לייצוג הולם של נשים בדירקטוריונים" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 235, 251 (ענת מאור עורכת, 2005); כן ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מט(4) 94 (1998); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001). בית המשפט החליט להחיל את החובה לבצע העדפה מתקנת גם על גופים שאינם מחויבים בכך על פי החוק מכוח דוקטרינה כללית של ייצוג הולם הנגזרת מעקרון השוויון בין המינים. בשאלת מינוי אזרחים ערביי ישראל למועצת מקרקעי ישראל נפסק שיש להחיל מדיניות של העדפה מתקנת לגביהם גם בהיעדר חובה חקוקה, וכי מקורות המשפט המחייבים יחס של שוויון כלפי הערבים יוצרים דוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לערבים. למרות הקביעות העקרוניות המתקדמות, בשני המקרים האחרונים לא התערב בג"ץ במינויים הלקויים.

5 ראו החלטת ממשלה מס' 2434, מיום 13.8.1997.

6 ראו למשל בג"ץ 2754/02 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק"ע על 2002(3) 301 (2002) – מתן גושפנקה פסיקתית לפרשנות שלפיה חובת הייצוג ההולם לפי סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951, חלה גם על מינוי מנכ"לים בשירות הציבורי, וכי על הממנים יש חובה אקטיבית למצוא מועמדות. סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951 (קביעת חובת ייצוג הולם לנשים גם ברשויות מקומיות, בחברות עירוניות, בתאגידים סטטוטוריים), סעיף 6ד (קביעת חובת ייצוג הולם לנשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה בצוותי עיצוב המדיניות הלאומית); סעיף 239(ד) לחוק החברות, התשנ"ט–1999 (קובע כי בחברה שבמועד מינוי הדירקטור החיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה הם בני אותו מין, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני); סעיף 9 לחוק הספורט, התשמ"ח–1988 (ייצוג הולם לנשים בקרב העובדים והנהלה של אגודת

צ'רקסים,⁷ בדואים,⁸ בני העדה האתיופית⁹ ואנשים עם מוגבלויות).¹⁰ חקיקה ופסיקה אלה העניקו לעקרון הייצוג ההולם "עיבוי" נורמטיבי, עיגנו אותו בעקרונות חוקתיים ופיתחו שיח של ביקורת בדבר דרכי הפעולה המינהלית הנדרשים להגשמת תכליתו. נדמה כי לא לעתים תכופות מחלחל מושג חדש לספרי החוקים, לפסיקה ולשיח האקדמי המשפטי באופן כה מהיר. כדבריו של השופט חשין על הוראות החוק שבהן נקבע עקרון הייצוג ההולם:

רוח חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל... הוראות-הדין שעניינן ייצוג הולם לנשים... נדמות לנקודות אור. חבר את נקודות האור אשה-אל-רעותה וידעת כי נוצרה מעין מסה-קריטית... כל הוראות הייצוג כולן, על-אף השוני ביניהן, מהוות הן – כל אחת מהן לעצמה – קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון יסודי. והעקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון.¹¹

במובן זה, אורח שעוסק במשפט השווואתי, שהיה מבקש להתוודע לשיטת המשפט הישראלי, היה מתרשם לטובה ממצב דיני ההעדפה המתקנת, ואף מסיק כי השיטה הישראלית היא מהמתקדמות בעולם בנושא זה.¹²

- הספורט); סעיף 49(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994 (קובע חובות ייצוג לבני שני המינים במועצת הבריאות); סעיף 249א(3) וסעיף 249ב(1)א לפקודת העיריות (קביעת ייצוג הולם לנשים בקרב נציגי העירייה בדירקטוריונים של תאגידים עירוניים ובדירקטוריונים של חברות עירוניות מיוחדות); סעיף 4(ה) לחוק המועצה הלאומית למחקר ופיתוח אורח, התשס"ג–2002 (קביעת חובת ייצוג הולם לבני שני המינים בהרכב המועצה המוקמת בחוק); סעיף 4 לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד–1994 (לפחות רבע מחברי הנהלת הקרן לקליטת החייל המשוחרר יהיו בני המין השני ממינם של רוב חברי הנהלה); סעיף 9(ה) לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח–1998 (בקרב נציגי עובדי המדינה ומוסדות ציבוריים בוועדה המייעצת לרשות יהיה ביטוי של לפחות 40% לכל מין).
- 7 ראו סעיף 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959 (כפי שתוקן בשנת התשס"ה, ס"ח 2017, התשס"ה (1.8.2005), בעמ' 718).
- 8 ראו הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם), התשס"ב–2002, ה"ח 3147 (מציעה להוסיף את האוכלוסייה הבדואית לרשימת האוכלוסיות שייצוגן בשירות המדינה טעון שיפור).
- 9 ראו סעיף 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959 (כפי שתוקן בשנת התשס"ה, ס"ח 2017, התשס"ה (1.8.2005), בעמ' 718).
- 10 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, סעיף 3 (לא יראו הפליה כהעדפה אסורה העדפה מתקנת של אנשים עם מוגבלויות), סעיף 9 (קביעת חובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות במקומות עבודה) וסעיף 18 (קביעה שסעיף 9 הוא הוראת שעה ל-12 שנה).
- 11 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 662–663.
- 12 על העדפה מתקנת במשפט הישראלי ראו דפנה יזרעאלי "פוליטיקה מגדרית בישראל – המקרה

אבל אם בחינה של המתרחש בין דפי פסקי הדין וספרי החוקים מעלה תמונה אופטימית לגבי השתרשותו של עקרון הייצוג ההולם במשפט הישראלי, הרי שבחינה של הנתונים האמפיריים מספקת תמונה הפוכה. אחרי מעט יותר מעשר שנים, ניתן לומר כי עקרון הייצוג ההולם לא הביא לשינוי בדפוסי המינוי במגזר הציבורי ולא הניב עלייה של ממש בשיעור השתתפותם של בני הקבוצות הבלתי מיוצגות. מהנתונים עולה כי הישגי הנורמות להעדפה מתקנת בשטח הם מעטים.¹³

של העדפה מתקנת במינוי נשים לדירקטוריונים" תרבות דמוקרטית 10, 215 (2006); בן-ציון להב "עיון בזכות לייצוג הולם במלאה יוכל לקול העם ועשור לעקרון העדפה המתקנת" קרית המשפט ד 3 (2005); העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, לעיל ה"ש 4; יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 200–204 (2000); הילה מודריק-אבן חן "העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה" נייר עמדה 24 (2000); יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה: תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים) תשי"ט–1959, פרשנותו וקווי ייסוד ליישומה" משפטים ל 183 (1999); דליה דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" עיוני משפט כ 541 (1997); פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145 (1995); פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט 19, 36–39 (פרנסס רדאי ואח' עורכות, 1995); רות בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך שני 583–495 (1998); Shimon Shitrit, *Promoting Social Equality*, 17 Isr. Y.B. OF HUMAN RIGHTS 241 (1987). כן ראו "ייצוג הולם למגזרים מסוימים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1503 (מאי 2006).

13 קשה לחלץ נתונים מדויקים על ההתקדמות בשילוב קבוצות בלתי מיוצגות בשירות הציבורי. סעיף 15א(ו) לחוק המינויים מורה לכל יחידה בשירות המדינה לדווח מדי שנה לנציב שירות המדינה על מצב הייצוג ההולם, וסעיף קטן (ז) מורה לנציב לדווח על הממצאים לממשלה ולוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הנציבות יוצאת ידי חובת דיווח מספרי מסוים המצוינת בחוק (הדיווח של הנציבות אינו כולל, על פי רוב, נתונים לגבי ערבים בשירות המדינה, ואינו כולל כלל נתונים לגבי אנשים עם מוגבלויות או אתיופים), אולם נראה שבכך מסתכמת פעולתה לייצוג הולם. כמו כן, דו"חות הנציבות אינם כוללים תוכנית עבודה, הצבת יעדים, או הסברים ממשיים לנתונים הלא-מרשימים. נוסף לכך, הנציבות אינה נוקטת אמצעים כפי שמנחה אותה סעיף 15א לחוק המינויים. ראו למשל נציבות שירות המדינה, "ייצוג הולם ומצב קידום הנשים בשירות המדינה לשנת העבודה 2005, מוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת" (עותק מצוי אצל המחברת). בשירות המדינה הגרעיני, כפי שכתבה הממונה על מעמד האישה בשירות המדינה, עו"ד רבקה שקד ז"ל, אין עלייה בייצוג נשים בדרגות הבכירות, "חרף כל הפעילות הענפה... לא חל שינוי מהותי בייצוגן של נשים בשירות המדינה. למעט דירוג האחיות, הדירוג המשפטי ומשרדים יחידים סגולה, תמונת-המצב במשרדי הממשלה רחוקה עדיין מלהשביע רצון. למרות העובדה שנשים מהוות 64% מהעובדים בשירות המדינה, ייצוג הנשים בדרגות הבכירות הוא נמוך, ובחלק מהמשרדים אף נמוך מאוד. מן הדו"ח שפורסם בשנת 2000 עולה כי מאז חוקק [התיקון לחוק שירות המדינה (מינויים)], בשנת 1995, חל שיפור בשיעור הנשים בדרגות הבכירות בקצב של כאחוז לשנה... אך תמונת מצב מעודדת במקצת זו לא נמשכה בשנים הבאות." רבקה שקד "יישום החוק להעדפה מתקנת בשירות המדינה" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 261, בעמ' 271. כן ראו פרוטוקול ועדת המשנה למעקב אחר יישום הוראות חוק שירות המדינה (מינויים) — ייצוג הולם, מיום 1.4.2004 (נמתחת ביקורת מצד חברי הכנסת

כפי שאטען להלן, במצב הדברים הנוכחי, עיסוק בשאלות הנוגעות לתכניה של נורמת הייצוג ההולם או בדרכי יישומה אינו רלוונטי ועשוי אף להיות בעל השפעות רגרסיביות על תחום משפטי זה. זאת, כיוון שהגורם העיקרי המסכל השגת ייצוג הולם במגזר הציבורי הוא גורם מקדמי, שאינו קשור לשאלות המשפטיות המהותיות העולות מדיני ההעדפה המתקנת, אלא נוגע לתנאים המקימים את האפשרות להפיכתה של נורמת הייצוג ההולם לנורמה בת-הפעלה: בשירות הציבורי כיום לא מתקיימים מכרזים תקינים, היינו – הליכי בחירה שוויוניים שבהם מוערכים ומושווים כישוריהם של המועמדים באופן ענייני. בשל כך, אין הזדמנות בהליכי המינוי לעשות את הפעולות הנדרשות לצורך הפעלת מדיניות של ייצוג הולם. כפי שאפרט להלן, במכרזים רבים מתמודד מועמד אחד בלבד, ולכן לא ניתן להשוות בין כישורי המועמדים ולבחור את המועמד הכשיר שהוא מבני הקבוצה הבלתי מיוצגת. במכרזים אחרים, דרישות המכרז נתפרות לפי מידותיו של מועמד מועדף, וממילא אין אפשרות למועמדים אחרים להוכיח כי כישוריהם הם הרלוונטיים לתפקיד. בשורה גדולה והולכת של מינויים, פוטרים עצמם הממנים מחובת המכרז ומתייחסים למינוי כאל מינוי פוליטי למשרת אמון, ובכך, שוב, מונעים מראש את האפשרות לתחרות עניינית על המשרה.

על כך שדו"ח הנציבות בודק נתונים על בסיס שנתי ולא על בסיס של תוכנית רחב רבת שנים, ואינו קובע יעדים המלווים בתמריצים ובסקנציות למשרדי הממשלה). כן ראו דפנה זרעאלי "החוק לייצוג הולם של נשים בדירקטוריונים" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 235 (מצביעה על כך שמבחינה מספרית עלה מספר הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, אולם לא חל שינוי בדפוסי המינוי – המינויים נותרו פוליטיים, ועכשיו הם כוללים גם נשים, וכן מוצאת כי דירקטוריות אינן מביאות לסדר היום של הדירקטוריונים עניינים הנוגעים לנשים. כך, באופן פרדוקסלי, החוק המחייב שילובן של נשים בדירקטוריונים פועל כמעניק לגיטימציה להתעלם מנשים כקבוצה). בגופים אחרים שבהם קיימת חובת ייצוג הולם לבני שני המינים היא על פי רוב אינה מקוימת. כך למשל, בתאגידים ספורטיביים יש ייצוג של פחות מ-10% לנשים, וזאת בניגוד להוראת סעיף 9 לחוק הספורט (יוסף מאור "ספורט ושוויון בין הנשים לגברים" עבודה סמינריונית, המסלול האקדמי, המכללה למנהל, ספטמבר 2006). לפי מיטב ידיעתי, גם החובה לכלול נשים בצוותי משא ומתן מכוח סעיף 76 לחוק שיווי זכויות האישה אינה מקוימת כיום, ומנגנוני האכיפה שלה אינם פעילים. שיעור העובדים הערבים בשירות המדינה עלה באופן זניח מאז הוספת חובת הייצוג של עובדים ערבים לחוק המינויים, והוא עומד, נכון לנתוני הנציבות מ-2005, על פחות מ-6%. בנוסף, גם נתון זה אינו מדויק, כיוון שהוא כולל גם נוצרים לא-ערבים, שסביר להניח שרובם עולים מבריה"מ לשעבר. ראו יאסר עואד "ייצוג האזרחים הערבים במשרדי הממשלה ובחברות הממשלתיות" עמותת סיכוי 1 (2007) www.sikuy.org.il (נצפה לאחרונה ב-1 ביולי 2007). לגבי קבוצות אחרות המוגדרות בחוק, כגון אנשים עם מוגבלויות או אתיופים, למיטב ידיעתי – לא נאספים כל נתונים. בעניין זה ראו פרוטוקול מס' 104 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 2.12.2003, "ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בשירות המדינה" (פרוטוקולים/ועדת חוקה/7416, 8.12.2003) (עותק מצוי בידי המחברת) (נציגי נציבות שירות המדינה מגיעים לוועדה בלי נתונים מספריים על שיעור העובדים עם מוגבלויות בשירות, והוועדה עומדת על הצורך באיסוף נתונים ובקביעת יעדים מספריים קונקרטיים).

בשל פרקטיקות המינויים הרווחות כיום בשירות הציבורי, עוסק השיח המשפטי בישראל בדבר ייצוג הולם בליבון מושגים ונורמות שאין להם נפקות או רלוונטיות ליישום הוראות החוק בדבר ייצוג הולם: מעל דפי פסקי דין, הצעות חוק ומחקרים אקדמיים מתקיים דיון נמרץ בטיבה של נורמת הייצוג ההולם ובשאלות החוקתיות המרתקות הנגזרות ממנו, אולם ספק אם יש לדיונים אלה השפעה כלשהי על ייצוג הולם בישראל כיום,¹⁴ כיוון שבמינויים לשירות הציבורי בישראל אין אנו מגיעים לשלב הראשוני המקים את אפשרות החלטה של נורמת הייצוג ההולם. זוהי, לטענתי, הסיבה העיקרית המסבירה את הפער בין ההלכה המשפטית בישראל לגבי ייצוג הולם במינויים לשירות הציבורי, לבין המינויים בשירות הציבורי למעשה.

טענתי המרכזית במאמר זה, אם כן, היא פשוטה: כל מינוי בשירות הציבורי שלא נעשה בהליך נאות ותוך תחרות עניינית ושוויונית פוגע בהשגת ייצוג הולם. פגיעה זו נעשית בשתי דרכים. ראשית, ללא הליך תקין של מינוי לא מתבצעת השוואה בין כישורי המועמדים, ועל כן לא מתאפשרת בחירת המועמד הכשיר שהוא בן הקבוצה הבלתי מיוצגת. שנית, במינויים שבהם אין תחרות שווה מתמנים על פי רוב בני הקבוצה ההגמונית, אלה שכבר מצויים בתוך הארגון ושכישוריהם וקשריהם הם מטבע קשה במונחים של קידום בארגון.

בשל כך, שיקומו של המינוי התקין בשירות הציבורי הוא תנאי הכרחי לכניסתן לתוקף של נורמות ההעדפה המתקנת ולהשגת ייעדי הייצוג ההולם הקבועים בחקיקה ובפסיקה. כרגע, נורמות אלה הן בבחינת מושגים מופשטים המצויים בעולם האידיאות המשפטיות, ורחוקים מן המשפט למעשה. עד שלא ישוקמו הליכי המינוי התקינים, העיסוק הנורמטיבי בטיבה של העדפה מתקנת הוא מיותר, חסר נפקות, וייתכן שאף מזיק. אישוש הליכי המינוי בשירות הציבורי אינו תנאי מספיק. אחרי שיתקיים תנאי זה — ורק אחרי שיתקיים — צריך יהיה להתפנות ליישום נורמות ההעדפה המתקנת בכלים של התחום. אך לפני זה, כאמור, חקיקה חדשה, פסיקה מתקדמת או ייצור מודלים תיאורטיים חדשים, נראים חסרי תכלית.

העיסוק בהעדפה מתקנת ובייצוג הולם בעשור הראשון לשילובן המפורש של

14 המלומד האמריקני ריצ'רד דלגדו מספק תובנה דומה על הפער בין השיח המשפטי לתוצאות בשטח של העדפה מתקנת. מדבריו משתמעת הטענה שלפיה השיח של המשפטנים ואנשי מדע המדינה על הלגיטימציה של העדפה מתקנת ועל דרכי יישומה משרת את המשוחחים עצמם, ולא את תחום ההעדפה המתקנת: "Liberals love talking about and sitting on committees that define, oversee, defend, and give shape to [affirmative action]. Conservatives are attached to the concept ... Affirmative action is something they love to hate. The program also generate a great deal of paper, conversation, and jobs — probably more of the latter for persons of Richard Delgado, ראו *the majority persuasion that it has for its intended beneficiaries.*" *Affirmative Action as a Majoritarian Device: Or, Do You Really Want to Be a Role Model?* 89 MICH. L. REV. 1222 (1991).

נורמות אלה במשפט הישראלי התמקד בשאלות תורת-משפטיות העוסקות בהשלכותיה העקרוניות ובעיצובם של העיקרון ושל גבולות תחולתו. בית המשפט העליון, המחוקק והאקדמיה עסקו בסוגיות כגון על אלו גופים חלה חובה לשקול את שיקול הייצוג ההולם ובאלו סוגים של מינויים, מתי הייצוג הוא "הולם", אלו קבוצות צריכות להיות מיוצגות באופן הולם, באיזה אופן משווים את כישורי המועמדים כדי להחליט שכישוריהם דומים מספיק כדי להעדיף את המועמד מן הקבוצה הבלתי מיוצגת, האם לרשותו של המועמד מקבוצת הרוב, שלא התקבל עקב הפעלת שיקול ההעדפה המתקנת, עומדת טענת אפליה, וכו'. התשובות שניתנו לשאלות אלה העניקו, על פי רוב, פתרונות המחזקת את תוקפן ומרחיבה את תחולתן של נורמות לייצוג הולם במשפט הישראלי.

נוסף לכך, חדשות לבקרים מוצעות יוזמות חקיקה לחיזוק נורמת הייצוג ההולם והרחבת תחומי תחולתה. לדוגמה, ההצעה להרחיב את הייצוג ההולם לערבים ולדרוזים בחברות ממשלתיות לכל הדרגים בחברות אלה, ולא רק בדירקטוריונים שלהן,¹⁵ או ההצעה להרחיב את הייצוג ההולם בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות גם לעולים חדשים.¹⁶

השאלה המעסיקה את השיח המשפטי הישראלי היא, אם-כן, השאלה האופטימית, המניחה שעקרון הייצוג ההולם הוא מבוסס ובעל תוקף במשפט הישראלי. משכך, כל שנתר הוא לקיים דיונים לגבי תחומי התפרשותו, דרכי יישומו ומשמעויותיו של עקרון הייצוג ההולם.

מן הנתונים שאביא להלן עולה כי יש להפוך את הדיון המשפטי הישראלי על ראשו ולא לשאול מהם גבולות השתרעותה של נורמת הייצוג ההולם בישראל, אלא אם בכלל נכנסת שאלה זו לתחום הרלוונטיות: לא מתי היא מפסיקה להתקיים, אלא מתי מתקיימים תנאי האפשרות לתחולתה באופן הבסיסי והראשוני ביותר. אסביר. ניתן לומר, באופן סכימטי, כי מנגנוני ההעדפה המתקנת במינויים לשירות הציבורי בישראל קובעים כי במקרה של מועמדים בעלי כישורים דומים, ייבחר בן הקבוצה שאינה מיוצגת. מנגנון כזה תלוי בקיומו של הליך קבלה מובנה וסדור, הכולל הערכה שיטתית של המועמדים. נוסף לכך, על הליך זה להיות פומבי במובן זה שהוא מאפשר לכל מועמד כשיר המעוניין בכך את האפשרות להתמודד על המשרה. זאת, כיוון

15 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התש"ס-2000, ה"ח 2865 (התש"ס) בעמ' 345. כן ראו הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התשס"ה-2005 (פ/3274) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 7.3.2005 על ידי ח"כ אחמד טיבי ואח');; הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב עובדי החברות הממשלתיות), התשס"ה-2004 (פ/3031) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.2004 על ידי ח"כ עזמי בשארה ואח').

16 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לעולים חדשים), התשס"ד-2005 (פ/2624) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 4.8.2004 על ידי ח"כ בנימין אלון ואח').

שרק כאשר קיים הליך המעמיד בשורה את כל המועמדים ויוצר תנאים להשוואה ביניהם על בסיס כישורים – רק אז ניתן להכריע אם יש מקום להעדיף במינוי את בן הקבוצה הבלתי מיוצגת. משמע, רק אז ניתן להתחיל לשקול את השאלות החשובות שמעסיקות את השיח המשפטי הישראלי כיום, כמו – מי האוכלוסיות הראויות להעדפה מתקנת, לפי איזה מודל של העדפה נשלב אותן, מתי ייצוגן של קבוצות אלה ייחשב ייצוג הולם, וכו'.

מהנתונים עולה כי שיעור המינויים בשירות הציבורי שמתבצעים תוך תחרות שוויונית, שיטתית, ופתוחה לכל המועמדים הכשירים – כלומר, המינויים שההליך שלהם מאפשר שקילת נורמות של העדפה מתקנת – הוא שיעור זניח.

הצורך במדיניות של העדפה מתקנת נולד כתוצאה מן העובדה שאפילו בתנאים (ולו היפותטיים) של תחרות שיטתית, עניינית ושוויונית, המאפשרת לכל המועמדים הכשירים גישה להתמודדות על המשרה ומעריכה את המועמדים באופן נטול פניות – אפילו בתחרות הוגנת כזו נבחרים באופן שיטתי בני הקבוצה ההגמונית¹⁷ – בהקשר הישראלי הגברים, היהודים, הכשירים בגופם וכו'. סיבות שונות, כגון הטיה קוגניטיבית לרעת המועמדים השייכים לקבוצות מוחלשות הגורמת להערכה נמוכה יותר של כישוריהם ונסיונם, ונטייתם של בעלי כוח בארגונים לשכפל את עצמם ולהכניס לארגון אנשים מרקע סוציולוגי ודמוגרפי דומה, גורמים לכך שיש להורות על העדפת המועמד מן הקבוצה הבלתי מיוצגת, כאשר כישוריו הרלוונטיים דומים לכישורי המועמד מקבוצת הרוב.

כפי שאראה להלן, בשיעור ניכר של המינויים בשירות הציבורי לא מתקיימים התנאים ההתחלתיים המאפשרים שקילת שיקולי ייצוג הולם או שימוש במכשיר ההעדפה המתקנת. במצב הרווח בשירות הציבורי, משרות אינן מאוישות על ידי קיום תחרויות פתוחות, שוויוניות וענייניות.¹⁸ המינויים בשירות הציבורי מושפעים משיקולים זרים שאין להם דבר עם איכות השירות או עם שוויוניות ההליך. הדבר פוגע לא רק בשוויון האינדיווידואלי שבין ראובן שמתמודד על המשרה ואינו מקושר, לבין שמעון שהוא מקושר, אלא גם בשוויון הקבוצתי: במינויים שאינם נעשים תוך הליך הוגן לא מתמנים אנשים מהקבוצות שחקיקת הייצוג ההולם חותרת לקדם.

מסקנתי תהיה כי לשם השגת יעדיהן הראויים של נורמות הייצוג ההולם יש להתמקד לא בנורמות אלה עצמן, אלא בתקינות המינויים בשירות הציבורי, בשל העובדה שמינויים שאינם תקינים פוגעים במיוחד באוכלוסיות בלתי מיוצגות.

17 ראו רות בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק: הצגת הטענות המועלות בוויכוח הציבורי" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 33, 36–40.

18 "תנאי בסיס להגנותו ולשוויוניותו של מכרז למשרות בשירות המדינה הוא מתן הזדמנות לכל מועמד פוטנציאלי לגשת למכרז או לבחינה לפי העניין". דו"ח מבקר המדינה 259, בעמ' 259.

III. כרוניקה של מינוי ידוע מראש: דעיכתו של המינוי במכרז בשירות המדינה ופריחתן של דרכי מינוי עוקפות מכרז

א. דרכי המינוי בשירות הציבורי – רקע

הכלל בשירות המדינה ובשירות הציבורי בישראל הוא מינוי במכרז. זאת, מתוך תפישה השאובה מן המודל האנגלי של ממשל, שבו השירות הציבורי הוא מקצועי, אפולטי וקבוע, להבדיל מן המודל האמריקני שבו מתחלפים עובדי הציבור עם חילופי הממשל.¹⁹ דו"ח מבקר המדינה מסביר זאת באופן בהיר:

השירות הציבורי מושתת על עובדים קבועים, שאינם מתחלפים כל אימת שמתחלף השר הממונה עליהם. עובדים אלה מתמנים לתפקידם על פי כישוריהם המקצועיים ובלי שלשיוכם הפוליטי יהיה משקל כלשהו בהליך המיון והבחירה לתפקיד. חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, מתווה את הדרך למינויים באמצעות מכרז פומבי, שמבטיח בחירת הכשירים ביותר לכל משרה, אגב שמירה על שוויון הזדמנויות, על היעדר שרירות ומשוא פנים ועל ניתוק הליך הבחירה משיקולים בלתי ענייניים ומהקשרים פוליטיים. הרעיון המונח בבסיסו של החוק הוא אפולטיזציה של השירות הציבורי: השירות הציבורי באמצעות עובדי מדינה אמור להינתן באופן שוויוני ולפי כללים גלויים לכל מגזרי האוכלוסיה, והוא אמון על מתן שירות מקצועי לכל שר מכל מפלגה ללא תלות בעמדה הפוליטית של עובד המדינה.²⁰

לכלל של קבלה במכרז נקבעו חריגים שאמורים היו להיות מצומצמים ולאפשר גמישות ארגונית, אך עם השנים הם התרחבו דהפקטו ודהיורה באופן שהפך את המינוי במכרז לדרך המשנית, השולית, ולמעשה הנכחדת, לאיוש משרות בשירות

19 ראו סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (קביעת המכרז כדרך המינוי לשירות המדינה). וכן בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 33-36 (1990) (להלן: בג"ץ דקל); בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111, 120 (1998) (להלן: בג"ץ הסתדרות העובדים) ("התפיסה הבסיסית של שיטת המנהל הציבורי בישראל – המוצאת את ביטויה בהלכות שיצאו מלפני בית משפט זה, בדברי חקיקה ובדברי מלומדים – רואה בשירות המדינה שירות בעל אופי ממלכתי מקצועי ואפולטי"). בג"ץ 703/87 קראון נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512 (1991); יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז 250, 277 (1986) (תיאור שירות המדינה הישראלי כדומה למודל הבריטי). במשך השנים הקימה הממשלה ועדות לבדיקת הפוליטיזציה במינויים לשירות המדינה: ועדת גבאי (1981), ועדת דרור (1986) וועדת בן-דרור (1994). על ועדת דרור ראו יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ 19, 27-30 (1990).

20 דו"ח מבקר המדינה 55, בעמ' 6 (2005). על הנזק שבפוליטיזציה של שירות המדינה ראו גם בג"ץ 313/67 אקסלרוד נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 80, 84-85 (1968).

המדינה. וכיוון שכך, כמוסבר לעיל, גם לא מתקיימים תנאי האפשרות להחלת נורמות הייצוג ההולם.

הנתונים שאסקור כאן מעידים על כך שבשירות הציבורי בישראל כיום כמעט אין משרות המאוישות בדרך המלך שהתווה המחוקק, משמע בתהליך שיש בו אפשרות להשוות בין כישורי המועמדים ולשקול שיקולים של ייצוג הולם. רוב רובם של המינויים בשירות הציבורי נעשים בדרכים עוקפות, שבבסיסן הרצון למנף מקורבים,²¹ לתגמול ולתמריץ עובדים משיקולים לא-ענייניים, לקצר תהליכים, לחסוך עלויות העסקה על ידי שלילת יציבות תעסוקתית מן העובדים,²² ולאפשר לארגון לנהל את ענייניו בדרך של "סיפוקים מידיים" בטווח הקרוב, וכתוצאה מכך להימנע מתכנון מראש לטווח רחוק. כאשר כבר אכן מתקיים מכרז, הוא אינו ראוי לשמו, כיוון שהליך ההערכה והבחינה המתקיים במסגרתו אינו שיטתי, אינו מבוקר, אינו שוויוני ואינו נטול פניות. מצב זה של מינויים לשירות המדינה עומד בניגוד לאינטרס של קידום איכותו של שירות המדינה, בניגוד לרעיון מתן הזדמנות שווה לכלל המועמדים בכוח, וכן — כפי שאדגיש כאן — בניגוד לעקרונות הייצוג ההולם, הדורשות מתן הזדמנות לבני הקבוצות הבלתי מיוצגות להתמודד על מינויים.

הגופים האמונים על מינויים בשירות המדינה תורמים לכרסום בהליך המכרז משלל סיבות: חלקן — כניעה ללחצים של גורמים ממשלתיים ותוך משרדיים, הרצון לחסוך כסף לאוצר המדינה על ידי העסקה זמנית, או פשוט אי-מעש וחוסר מחשבה (אחרי הכל, קבלת עובדים במכרז כאשר מתפנה משרה דורשת תכנון מוקדם, היערכות ותיפקוד מינהלי תקין).

טענה נוספת וחשובה לא פחות של מאמר זה היא כי בשיח המשפטי בישראל, כאשר מונים את הנזקים הנגרמים מהליכי מינוי לא תקינים ישנה התעלמות מן הנזק הנגרם לקבוצות בלתי מיוצגות. הגופים המבקרים את הפגיעה בהליכי מינוי תקינים בשירות המדינה, כמו בג"ץ,²³ מבקר המדינה והאקדמיה, הצביעו על הנזקים שהיא גורמת מבחינת פוליטיזציה של השירות, פגיעה בשוויון האינדיווידואלי ופגיעה

21 על הנזק שבמינויים פוליטיים ראו יצחק זמיר "מינויים פוליטיים", לעיל הערה 19; יצחק זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא 145 (1991); מרים בן-פורת "מינויים פוליטיים (בעיות נקודתיות)" ספר שמגר — מאמרים א 91 (2003). דוד דרי מינויים פוליטיים בישראל (1993); בג"ץ דקל, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 932/99 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' יו"ר הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999); בג"ץ 6458/96 אבו קרינאת נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 132 (1998). כן ראו חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959.

22 מעניין לשים לב לכך שאותם כלים עצמם משמשים למטרות הפוכות, מנקודת ראות של צדק ושוויון: עקיפת המכרז משמשת מכשיר הן לשלם יותר למי שחפצים ביקרו, והן לשלם פחות לקבוצות חלשות.

23 ראו למשל בג"ץ דקל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3-35 (העומד על כך שמינויים פוליטיים הם מעילה באמון הציבור). בג"ץ הסתדרות העובדים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 124.

באיכותו המקצועית של השירות. הנזק הנגרם לסיכוי לשלב אוכלוסיות בלתי מיוצגות בשירות המדינה לא נדון עד כה במסגרת השיח על הפגיעה בהליכי המינוי. למעשה, ניתן לומר כי הקשר בין ייצוג הולם לבין הליכי מינוי בלתי תקינים הוא blind spot בשיח המשפטי הנוכחי. מטרה נוספת של מאמר זה היא, אם-כן, לתקן תמונה זו ולהצביע על הנזק שגורמים מינויים לא תקינים ליישום נורמות הייצוג ההולם. בהתאם, למרות שהנתונים המובאים ברשימה זו הם נתונים שפורסמו בפומבי, חשיבות הדיון שלי היא בעריכת הסנתזה ביניהם, המצביעה על פגיעתם העקבית של הליכי מינוי פסולים באפשרות ליישם את נורמות הייצוג ההולם.

ב. מינויים ב"משרות אמון"²⁴

חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המינויים), פוטר מחובת מכרו מספר עובדים שהשר יכול להביא איתו למשרדו. משרות אלה של עובדי לשכה, כפי שהם מוגדרים בתקשי"ר, מכונות גם "משרות אמון" (כינוי בעייתי, כיוון שיש בו כדי לרמז שעובד קבוע, שאינו מקורב, אינו ראוי לאמונו של נושא התפקיד הרם). כדברי מבקר המדינה אליעזר גולדברג:

החוק פוטר מחובת מכרו משרות מקצועיות ותפקידים בכירים בשירות הציבורי, כמו מנהלים כלליים במשרדי ממשלה. חריג נוסף לחובת מכרו הן משרות של עובדים בלשכות שרים, המצריכות קשר אישי מובהק עם השר. משרות אלה, המכונות גם "משרות אמון", נועדו לאפשר לשר להסתייע בלשכתו בעובדים שהוא רשאי למנות לפי שיקול דעתו ועל פי מידת האמון האישי שהוא רוחש לנושא המשרה, ללא הליך תחרותי בין מועמדים.²⁵

כך למשל, לפי הוראות תקנון שירות המדינה (התקשי"ר²⁶), סגן שר ושר רשאים למנות חמישה עובדי לשכה ללא מכרו – יועץ, עוזר, מנהל לשכה, מזכיר ונהג. אם אישרה נציבות שירות המדינה תקנים נוספים, כי אז ניתן למנות יותר אנשים לאותן משרות,

24 דו"ח מבקר המדינה 355 (2005) מצביע על יותר מ-300 "משרות אמון" בלשכות שרים שהן בתקן. נציבות שירות המדינה אישרה איושן ללא בדיקה עניינית בהתאם למשרד (למשל, משרד של שר בלי תיק לעומת משרד עם תיק), וכן אישרה חריגות במספר המינויים ובשכר המקסימלי אפילו מעבר לתקן. אין תיאורי תפקיד או דרישות משרה. השרים עושים במשרות אלה כבשלהם.

25 דו"ח מבקר המדינה 355, בעמ' 6 (2005).

26 על מעמדו הנורמטיבי של התקשי"ר, שהוא מעין restatement של דברי חקיקה, החלטות נציב שירות המדינה, והסכמים קיבוציים, ראו יצחק אליאסוף "התקשי"ר – הסכם עבודה?" הפרקליט כד 354 (1968); בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 139, 149 (1995) (להלן: בג"ץ צוקר).

אולם נקבע כי מספרם המירבי של עובדי הלשכה אצל שרים לא יעלה על שמונה, ואילו אצל שרים בלי תיק או סגני שרים מספר זה נמוך יותר.

לפי דו"ח מבקר המדינה, נציבות שירות המדינה אישרה תוספת של חמש משרות לכל לשכת שר, כך שמספר העובדים ב"משרות אמון" בלשכת שר עומד למעשה על 14 "משרות אמון" לכל שר, ושמונה "משרות אמון" לכל סגן שר או שר בלי תיק (ויש מקרים שגם שם, עקב הסכמים קואליציוניים, המספר הוא גבוה יותר). מספר זה אף גדל בעקבות החלטתו של צוות שרים להוסיף אפשרות להעסיק עד שבעה יועצים נוספים בכל לשכת שר, בהתאם לצרכים.²⁷

נוסף על עלייה זו במספר מינויי השרים הפטורים ממכרז, ישנן יוזמות חקיקה להגדלת רשימת המשרות בשירות המדינה המכונות "משרות אמון". למשל, הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – משרות אמון), התשס"ה–2004, מציעה להוסיף עוד כ-15 משרות של בכירים בשירות המדינה לרשימת משרות האמון (כגון הממונה על השכר, הממונה על שוק ההון, ראש מינהל האוכלוסין, מנהל לשכת העיתונות הממשלתית, ועוד).²⁸ היועץ המשפטי לממשלה התנגד להצעה זו, בנימוק שהצעת החוק אינה עולה בקנה אחת עם אופיו של השלטון בישראל כשירות מדינה ממלכתי, מקצועי וא-פוליטי.²⁹ כך גם מצוטט מבקר המדינה גולדברג, באומרו:

אם תתקבל הצעת חוק זו עלול הדבר להביא לפגיעה קשה במינהל, לפגיעה באמון הציבור בו, ולקטיעת הרצף הניהולי עם חילופי השלטון. למסקנה כי מינויים פוליטיים בישראל לא נועדו להגשים מטרות ענייניות – יש אחיזה איתנה במציאות הישראלית. מינויים פוליטיים בארץ משמשים כדי לחלק טובות הנאה למקורבים.³⁰

27 דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 7 (2005). על מנת לא להכביר בנתונים, הדוגמאות והממצאים שאביא הם מדו"חות מבקר המדינה מן השנים האחרונות. אולם יש לציין כי מזה כמה עשורים מספקים דו"חות מבקר המדינה נתונים עגומים על מינויים פוליטיים ועל עקיפת דיני המכרזים ועיוותם. ראו דו"ח מבקר המדינה 37, בעמ' 235 (1987), דו"ח מבקר המדינה 39, בעמ' 627–642 (1989), דו"ח מבקר המדינה 41, בעמ' 595–615 (1991), דו"ח מבקר המדינה 43, בעמ' 733–744 (1993), דו"ח מבקר המדינה 44, בעמ' 917–933 (1994), דו"ח מבקר המדינה 47, בעמ' 838–852 (1996).

28 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – משרות אמון), התשס"ה–2004 (פ/2986) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 13.12.2004, על ידי י"ח"כ גדעון סער ואח'). כן ראו הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – משרות אמון), התשס"ד–2004 (פ/1873) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 9.2.2004), המציעה להעניק חופש פעולה כמעט מוחלט לראש הממשלה, לשרים, לסגני השרים ולמנכ"לים של משרדים ממשלתיים במינוי בכירים ב"משרות אמון".

29 מזכר של היועץ המשפטי לממשלה "הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – משרות אמון)" (פ/2986). עותק מצוי אצל המחברת.

30 יואב יצחק "המבקר חושף: שחיתות במערכת המשפטית", באתר NFC, 8 במאי 2005, <http://www.nfc.co.il/archive/001-D-70027-00.html> (נצפה לאחרונה ב-16 באוקטובר 2006).

המלצות של ועדות מקצועיות להתאים את מספר תקני משרות האמון לכל משרד בהתאם לגודלו, נתקלו בהתנגדות ממשלתית ולא יושמו.³¹ כל משרה בשירות המדינה המאושרת בדרך של "משרת אמון" משמעותה משרה אחת פחות למניין המשרות המאושרות בדרך של מכרז. אולם פגיעתן של "משרות האמון" ברעיון המכרז אינה רק בגריעתן ממצבת כוח האדם הממונה במכרז, אלא גם ב"אפקט האדווה" שלהן על ענייניות שאר המינויים במשרד. כפי שמעלים דו"חות מבקר המדינה, העובדים ב"משרות אמון" משתמשים במעמדם כדי להשפיע על מינויים אחרים, שאינם אמורים להיות פוליטיים.³² התקשי"ר מורה כי העובדים ב"משרות אמון" לא ישתלבו בהיררכיה של המשרד, לא יעבירו הוראות לעובדים ולא ישתתפו בוועדות מקצועיות, אלא באמצעות הנהלת המשרד. בפועל מצאו מבקרי המדינה כי הממונים ב"משרות אמון" מפעילים לחצים על מינויים של אנשי שלומו של השר, ולענייננו, מינויים אלה לא רק פוגעים בשוויון האינדיווידואלי, אלא גם בשוויון הקבוצתי. הוראות בדבר איסור הפעילות המפלגתית החלות על עובדי מדינה, כולל על הממונים ב"משרות אמון", אינן נאכפות על האחרונים,³³ והדבר מחזק את מגמת הפוליטיזציה של שירות המדינה ואת הכרסום באפשרות להתחרות על תפקידים לפי כישורים ולא באמצעות קשרים.

הדברים המתוארים בפסקה אחת בדו"ח המבקר גולדברג מ-2005 מספיקים כדי להדגים את דרכי ההתנהלות של הממונים ב"משרות אמון": לפי הדו"ח, יועץ בכיר לשר בלי תיק במשרד ראש הממשלה פנה לבכירים על נייר מכתבים של משרד ראש הממשלה בבקשות שונות לגבי מועמדים ספציפיים, כגון בקשה מיועץ בכיר לשר הפנים למנות את פלוני למנהל ועדה לתכנון ובנייה, פנייה ליועץ בכיר לשר התחבורה להעביר אדם מהעסקה ברשות שדות התעופה באמצעות חברת כוח אדם להעסקה כעובד מדינה מן המניין, או בקשה למנהל רשות החברות הממשלתיות לשלב אדם מסוים בתפקיד חשב באחת החברות הממשלתיות.³⁴ בנוסף, ברבות ממשרות האמון אין דרישות תפקיד כתובות, כנדרש לפי התקשי"ר, אין רישום שעות או דיווח על פעילות, וכן אין דרגת שכר ברורה.³⁵ את המסקנה שמדובר בעיקר בדרך לתגמל מקורבים, ולא להעניק סיוע ממשי לעבודת השר או לתיפקוד המשרד, מחזק הנתון כי לא נקבעו דרכים להערכת כישוריהם של הממונים

31 דו"ח מבקר המדינה 255, בעמ' 9 (2005). כך למשל, בעקבות הסכמים קואליציוניים, אושרו תקנים לעשרה יועצים בלשכת שר בלי תיק במשרד ראש הממשלה הממונה על ענייני ירושלים, אף שמספר היועצים המירבי המותר לשר בלי תיק הוא שלושה (שם, בעמ' 9-10).

32 שם, בעמ' 21-24 וכן בעמ' 28.

33 שם, בעמ' 12-14.

34 שם, בעמ' 27-28. העברית מאפשרת לנו ללמוד על מינם של המועמדים שניסו המקורבים לקדם – כולם גברים. עוד על נקודה זו ראו להלן חלק IV.

35 שם, בעמ' 14-16 ובעמ' 30.

ב"משרות אמון" והתאמתם לתפקידיהם.³⁶ כדברי אחד המבוקרים, שמינה מקורב ללא מכרז, בניגוד לדין: "קודם נמנה אותו, אחר כך נעשה מכרזים".³⁷ מהנתונים עולה, אם-כן, שהסדר שהיה אמור להיות מוגבל בהיקפו לעובדי לשכה ספורים, הפך להיות סמל סטטוס ודרך לתגמל מקורבים, יותר מאשר לענות על צורך ענייני. אם למשרד ממשלתי ענק ולמשרד ממשלתי קטן יש אותו מספר עובדים ב"משרות אמון", ואם אין להם למעשה תפקידים מוגדרים, ואסור להם להשתלב בהיררכיה המשרדית, קשה להבין מה הם בדיוק עושים, מלבד התעשרות על חשבון משלמות ומשלמי המסים.

ג. מינויים זמניים, מינוי בפועל ומילוי מקום

כאמור, הכלל הוא שעובדי מדינה מועסקים באמצעות מכרז. במקרים יוצאי דופן מתיר התקשי"ר להעסיק עובד באופן זמני במשרה תקנית, כלומר – משרה שצריכה להיות מאוישת במכרז, במינוי זמני (הנקרא גם "מילוי מקום" או "מינוי בפועל"). לפי התקשי"ר, מינוי זמני מותר במקרים יוצאים מן הכלל, כגון כאשר חיוני שתפקידי המשרה יבוצעו ללא הפסק וללא דיחוי כיוון שאי מילוי המשרה יגרום, למשל, נזק לשלום הציבור או להפרעה בפעילות צוות העובדים; כאשר אין אפשרות שעובד אחר של המשרד יבצע את תפקידי המשרה באופן זמני וכאשר המשרד כבר נקט צעדים למילוי קבוע של המשרה או שלא ניתן היה לצפות את התפנותה.³⁸ גם כאשר מתקיימות כל הנסיבות המצדיקות מינוי זמני, מחויב המשרד לקיים בהקדם האפשרי את ההליך התקני לאיוש המשרה, היינו, את המכרז.³⁹

מבקר המדינה בחן מדגם של המינויים הזמניים בשירות המדינה בשנים 2002–2004, ומצא כי באף משרה מהמשרות שנבדקו לא אוישה משרה שהתפתה במכרז.⁴⁰ כלומר, ב-100% מן המקרים, התמנה לתפקיד עובד במינוי זמני.⁴¹ הפרקטיקה בשירות המדינה היא, אם כן, שכאשר עומד להתפנות תפקיד, אין היערכות לקיום מכרז, היינו לאיוש המשרה בתחרות שווה והוגנת, אלא ממנים למשרה עובד מדינה במינוי זמני.⁴² גם נציבות שירות המדינה עצמה מדווחת כי המצב בשירות המדינה הוא של "מילוי מקום כמעט בכל משרה מוכרזת".⁴³

36 שם, בעמ' 30–31.

37 דו"ח מבקר המדינה 52א, בעמ' 291 (2001).

38 ראו פסקה 18.13 לתקשי"ר.

39 פסקה 18.131(ה) לתקשי"ר.

40 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 279 (2006).

41 שם, בעמ' 254.

42 שם, בעמ' 279.

43 שם, בעמ' 261. (ציטוט מתשובת הנציבות לדו"ח מבקר המדינה). עוד על מינויים בפועל ראו

דו"ח מבקר המדינה 57ב, בעמ' 57 (2007).

לכך יש לצרף את שיעורם הגבוה של הממונים במינוי זמני המקבלים בתום המינוי הזמני את מינוי הקבע. לפי אותו דו"ח, כ-55% מהמכרזים הפומביים⁴⁴ בשירות המדינה, בין השנים 2002–2004 התמודדו וזכו מועמדים שכבר הועסקו במשרה המוכרזת או במשרה מקבילה תקופה ממוצעת של 21 חודש לפני המכרז.⁴⁵ משמע, אין לראות במינוי הזמני רק עקיפה זמנית של עקרון התחרות השווה והעניינית, אלא עקיפה מוחלטת של עיקרון זה. הפרקטיקה הרווחת בשירות המדינה היא כי מניחים לעובד לאישי משרה במינוי זמני לתקופה של כשנתיים, ואז, כאשר מגיע יום המכרז, יש לו עדיפות על פני מועמדים אחרים שאינם נהנים מן היתרון שלו, כיוון שאין למשרד הממשלתי היכרות איתם וכניסתם לתפקיד תהיה כרוכה בתקופת הסתגלות ולמידה שלא תידרש מזה שהתמנה זמנית.⁴⁶ יוצא שמכרזים אלה הם כמעט מכרזים למראית עין בלבד, והזוכים בהם אינם דווקא בעלי ההישגים והכישורים הטובים ביותר.⁴⁷ בנקודה זו יש להבהיר כיצד נבחר במכרז המועמד הזמני, ולא דווקא המועמד שכישרויו הם הטובים ביותר. התשובה היא כי לפי כללי המכרזים יש לוועדת הבוחנים סמכות להעדיף מועמד שציוניו במבחנים למשרה נמוכים משל האחרים, אך במקרה זה עליה לנמק החלטתה ולעגנה בנתונים.⁴⁸ לפי דו"ח המבקר, בהרבה מכרזים נבחרו המועמדים הטובים פחות, אך ללא נימוק, או בנימוקים שאינם תואמים את הנתונים והציונים. זאת ועוד, כ-60% מהמכרזים שבהם נדרשים מבחני הערכה⁴⁹ לא נערכו כלל מבחנים, והמבחנים שאכן נערכים לא עברו מבחני תיקוף כבר יותר מעשר שנים.

- 44 על ההבדל בין מכרזים פנימיים לחיצוניים ראו להלן חלק III ד.
- 45 במשרד המשפטים ובמשרד האוצר השיעורים הם 66% ו-88% מהמכרזים הפומביים, בהתאמה. כן ראו דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 258 (2006) (כלכלנים זוטרים באגף התקציבים באוצר נבחרו על ידי ועדת המכרזים לאחר ששירתו בתפקיד במילוי מקום).
- 46 ראו דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 255 (2006). כן ראו דו"ח מבקר המדינה 48, בעמ' 877 (1998) ("אשר להישגים המקצועיים של עובד א' בתפקיד עד למועד קבלת ההחלטה בוועדת המינויים [עובד שמונה ללא מכרז], נימוק זה מוטב שלא היה מועלה משהועלה. פירושו של נימוק זה הוא, שהמציב נותן פרס לפעולה לא חוקית שננקטה בניגוד לעמדתו שלו. מינוי עובד א' למשרה, לידתו בחטא: חטא זה מנע ממועמדים בכוח להתחרות על איוש המשרה, וייתכן שמי מהם היה נמצא מתאים יותר מעובד א' שמלכתחילה חפצו ביקרו").
- 47 כך לדוגמה, במרס 2002 התפרסם מכרז פומבי לשתי משרות במשרד המשפטים. נציבות שירות המדינה הכינה מכתבי זימון לבחינה בכתב ל-118 מועמדים שעמדו בתנאי הסף, אולם היא נענתה לבקשת משרד המשפטים לבטל את הבחינה. במקום בחינה ריאליינה ועדת הבוחנים 75 מועמדים, ולבסוף בחרה בשני מועמדים שהועסקו במשרד לפני המכרז. בדומה, במאי 2002 התפרסם מכרז למשרה בפרקליטות המדינה. 57 מועמדים אושרו, אולם כל אלה שנבחרו לתפקיד עבדו במשרד המשפטים כממלאי מקום במשרות המוכרזות או במשרות המקבילות. דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 256 (2006).
- 48 כלל 33 לכללים בדבר מכרזים, בחינות ומבחנים, התשכ"א-1961.
- 49 כלל 16 לכללים בדבר מכרזים, בחינות ומבחנים, התשכ"א-1961, קובע כי "לא יתקבל אדם למשרה שהוכרז עליה אלא אם כן נבחן בכל המבחנים שנקבעו למשרה זו או לקבוצה אליה היא משתייכת".

תגובת חברי הכנסת למצב עגום זה של מינויים זמניים היא, כך נראה, לפעול לדרדורו על ידי חיזוקה והרחבתה של הסמכות למנות מינויים זמניים. כך למשל, הצעת חוק פרטית משנת 2004 מציעה לבטל את הדרישה לפרסם מכרז עת משמש בתפקיד בעל מינוי זמני. אם הצעה זו תתקבל, יתבטל הצורך אף בקיום מראית עין של מכרז.⁵⁰ לפי הצעה זו, מינוי ממלא מקום מבטיח את מינויו הקבוע של אותו ממלא מקום זמני. אמנם, הצעת החוק כוללת גם מכניזם הדורש שוועדת חריגים תשוכנע ש"בהליך קבלתו של המועמד להעסקה כממלא מקום או בדרך של מינוי בפועל היה הליך שבו נשמרו עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המועמד הטוב ביותר", אבל קשה להעלות על הדעת הרבה מינויים אישיים, זמניים, ששמרו על עקרון שוויון ההזדמנויות והבחירה לפי כישורים. לפיכך, קשה לדמיין כיצד יתרחש הליך בחירה שכזה.⁵¹ מלבד זאת, אם ועדת החריגים כבר בודקת את כישוריהם של המועמדים ומוודאה כי שוויון ההזדמנויות נשמר, יש לשאול מדוע לא לערוך מכרז וכך לבדוק את הכישורים ולשמור על השוויון לפי ההליך שמכתיב החוק.

נסיגנותיה של נציבות שירות המדינה להילחם בתופעה גם הם אינם עולים יפה. כך, לדוגמה, כניסיון לפתור את ריבוי המינויים הזמניים של כלכלנים זוטרים באגף התקציבים במשרד האוצר, שבו יש תחלופה פרסונלית רבה, הציעה נציבות שירות המדינה לפרסם "מכרזי עתודה" לתפקיד זה, כך שהליך המיון של המועמדים ייעשה ללא לחץ של זמן, וכאשר יתפנו משרות, ניתן יהיה לאיישן במועמדים הכשירים ביותר מתוך מאגר המועמדים. מבקר המדינה מצא כי "גם למכרז העתודה הכין אגף התקציבים מועמדים שכבר שימשו ממלאי מקום המיועדים לזכות במכרז. שיטת מכרז העתודה... שימשה אפוא בפועל גם היא להכשרת העסקתם של עובדים שהועסקו כממלאי מקום חודשים ארוכים קודם לכן".⁵²

ד. מכרזים פנימיים ומכרזים בין-משרדיים

בסמכותם של משרדי הממשלה בדירוגים ותפקידים מסוימים לאייש את המשרות במכרז פנימי, היינו — במכרז הפתוח לעובדי המשרד בלבד, או במכרז בין-משרדי.⁵³ 54% מהמשרות שאוישו בשירות המדינה בשנים 2003–2004 (המהווים 1,442 עובדים) אוישו במכרזים פנימיים.⁵⁴ גם כאן, כמו במקרה של מינוי זמני, מדובר בעצם במינוי

50 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (מינוי ללא מכרז של ממלא מקום), התשס"ד–2004 (2625/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 4.8.04 על ידי ח"כ מיכאל איתן).

51 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (מינוי ללא מכרז של מלא מקום), התשס"ו–2006 (1532/17/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 19.7.06. הצעה דומה הוגשה ב-2004).

52 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 258 (2006).

53 ראו פרק 11.4 לתקשי"ר.

54 המכרזים הפנימיים עשויים גם הם לשמש כדרך לעקיפת המינוי במכרז, כאשר עובדים שנכנסו

ידוע מראש. כ-90% מהמכרזים הפנימיים במדגם שנבדק הציג מועמדות לכל היותר אדם אחד. משמע, איוש משרות במכרז פנימי הוא דרך נוספת שבה לא נבדקים מועמדים לפי כישורים, ואין כל תחרות או דאגה לשוויון הזדמנויות או לאיכות שירות המדינה.⁵⁵ המצב דומה גם לגבי מכרזים בין משרדיים,⁵⁶ שבהם מספר המועמדים הממוצע הוא 1.8.⁵⁷

הנתונים על מיעוט המתמודדים על כל מכרז פנימי או בין-משרדי מוצאים הסבר בתרבות הארגונית הרווחת בשירות המדינה, שלפיה המכרז מיועד לפלוני, ואין שום טעם לאלמוני להתמודד. ממילא, לא יזכה ולא ייבחר, ועצם הגשת המועמדות נתפשת כהתנהגות שאינה תואמת את התרבות הארגונית. ניתן אף לומר שזה נחשב לא-מנומס ולא-חברי בתוך שירות המדינה להתמודד על מכרז ה"מיועד" לפלוני. נוסף לכך, כאשר מתפנה משרה בשירות המדינה שמתאימה לאיוש במכרזים כאלה, המשרדים אינם ממהרים לפרסם מכרז, וגם אחרי שמכרז התפרסם, מתכנסת ועדת הבוחנים חודשים ארוכים לאחר סיום הרשמת המועמדים למכרז.⁵⁸ כל עיכוב כזה מקנה יתרון נוסף לאדם המשרת בתפקיד באופן זמני.

הרציונל בבסיסו של ההיתר לקיים מכרז פנימי או מכרז בין-משרדי, להבדיל ממכרז פומבי, הוא כי המתמודדים במכרז הפנימי כבר עברו הליך של הערכת כישורים ושל תחרות, עת הצטרפו לשירות המדינה לראשונה. לפי ההנחה, הם הצטרפו לשירות המדינה במכרז פומבי.⁵⁹ דא עקא, שהנחה זו היא חסרת עיגון במציאות, ולכן הרציונל למכרזים פנימיים ובין-משרדיים אינו מתקיים כיום. חלק ניכר מן העובדים בשירות המדינה מתקבל שלא במכרז פומבי (למשל, בדרך של מינוי פוליטי או כעובדי קבלן), ועם הזמן הופכים עובדים אלה לזכאים להתמודד במכרז פנימי.⁶⁰ זוהי דרך נוספת לעקיפת התחרות השווה, כיוון שבמכרז הפנימי מתמודד אדם שלא נכנס לשירות המדינה בדרך המלך, בהליך בחירה ענייני. זהו מנגנון נוסף המביא להנצחת החתך הדמוגרפי של שירות המדינה, ולחסימת הדרך לבני הקבוצות הבלתי מיוצגות.

לעבודה בשירות המדינה כעובדי קבלן, למשל, מרוויחים זכאות להתחרות במכרז פנימי. ראו ע"ב 2791/04 סמט נ' המשרד לאיכות הסביבה, תק"עב 2006 (1) 222 (2006).

55 דו"ח מבקר המדינה 56, בעמ' 280 (2006). ראו גם בעמ' 270 (אין חובה לערוך מבחנים במכרזים פנימיים או בין-משרדיים, ואלה אכן לא מתקיימים באף לא אחד מהמכרזים מסוג זה).

56 על הפרקטיקה של מכרזים בין-משרדיים ראו דו"ח מבקר המדינה 56, בעמ' 280 (2006).

57 שם.

58 דו"ח מבקר המדינה 56, בעמ' 279-280 (2006). גם מכרזים פומביים נמשכים חודשים רבים, ראו שם בעמ' 280-281.

59 ראו פסקה 11.411 לתקשיר, הקובעת כי עובד שמונה בלא מכרז, כעובד לשכה, אינו זכאי להתמודד במכרז פנימי.

60 ראו בג"ץ צוקר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 156 ("אין זה ראוי שמינוי של אדם בחוזה מיוחד, באופן בלתי חוקי, יפתח בפני אותו אדם את הדרך להשתתף במכרז פנימי, שהרי אחרת יוכל המכרז הפנימי לשמש דרך עוקפת, רחב ונוחה, לחובת המכרז הפומבי").

ה. עובדי קבלן ו"משרות מסגרת"

העסקת עובדי קבלן על ידי שירות המדינה היא חריג שנוצר כפתרון למצבים ספציפיים, שבהם אין צורך שבין המדינה למספק השירותים יחולו יחסי עובד-מעביד (לדוגמה, עבודות טכניות או פרויקטים קצרי טווח), אך עם השנים התרחב לכדי פרקטיקה נפוצה.⁶¹ שכירת עובדי קבלן לא מתבצעת תוך כדי שמירה על הנורמות המקובלות במינויים בשירות המדינה, נורמות של תחרות שווה על בסיס כישורים. זאת, בראש ובראשונה, משום ששירות המדינה שוכר כעובדי קבלן עובדים שתפקידם אינטגרלי לעבודת המשרד, ולא רק ספקי שירותים שמעצם טיבם אינם אינטגרליים לתפקידו (כלומר, עובדים בתפקידים טכניים במהותם, או זמניים). פרקטיקה זו מנוגדת להוראות נש"מ, האוסרות על עובד הקבלן להיות חלק אינטגרלי מן המערך הפונקציונלי של המשרד, או ליהנות משירותים מינהליים של המשרד.⁶² המשמעות היא, שגם מועמדותם של עובדי קבלן אינה נבחנת באופן ענייני תוך תחרות על הכישורים, כפי שקורה (או אמור לקרות) במכרז. כך, למשל, דו"ח המבקר משנת 2005 מצא כי 169 מעובדי משרד המשפטים עשו עבודתם דרך קבע במשרד עצמו, שירתו בתפקידי ניהול, וזו היתה עבודתם היחידה — כלומר, מבחינה מהותית התקיימו בינם לבין המשרד יחסי עובד-מעביד והיתה עליהם אחריות של עובד מדינה,⁶³ ולמרות זאת, כאמור, לא היתה שקיפות בקבלתם לתפקיד.

ההעסקה הקבלנית מצטלבת לעתים עם תופעת המינויים הפוליטיים, כאשר יועצים ועוזרים לשרים מועסקים כעובדי קבלן, בניגוד להוראות התקשי"ר.⁶⁴ ממצאי מבקר המדינה מעלים כי נציבות שירות המדינה אינה מקיימת בקרה על העסקת עובדי קבלן, אלא רק על העסקת עובדי מדינה בתקן.⁶⁵

באופן דומה, בשירות המדינה יש "משרות מסגרת"⁶⁶ — משרות מוגבלות בזמן, עם מסגרת תקציב מסוימת, שמותר להעסיק בהן עובדים ללא כתב מינוי. בפועל, מועסקים בשירות המדינה יותר מ-7,000 עובדים במשרות מסגרת⁶⁷ (כך, למשל, כשליש מעובדי

61 ראו דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 59 (2005).

62 ראו הודעת נש"מ נב/48 ר-נו/20, וכן דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 43-44 (2005).

63 דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 39 וכן בעמ' 53-54 (2005).

64 שם, בעמ' 35-36. בג"ץ קבע כי אין להעסיק עובדי קבלן בתפקידים של הפעלת סמכויות שלטוניות, שעניינם נופל במסגרת הפעילות המרכזית של המשרד, ותפקידי פיקוח על פעילות זו. ראו בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537 (1982).

65 דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 44 (2005).

66 מכונות גם "משרות בלתי צמיתות" ו"משרות מאושרות מעבר לתקן".

67 למשרות אלה יש לעתים שימושים ראויים, כמו, למשל, העסקת אקדמאים אתיופים, אבל מדובר במספרים זניחים לעומת היקף השימוש במשרות המסגרת. כך למשל: "ב-16 במאי 1997 התקבלה החלטת ממשלה מס' 2015 על 'שילוב עולי אתיופיה בשירות המדינה — פרויקט מיוחד (פרויקט תלת-שנתי 1997-1999)', על-פי ההחלטה, במחצית השנייה של שנת 1997,

משרד המשפטים וכרבע מעובדי משרד הרווחה הועסקו ב-2004 בצורות שונות של משרות מסגרת).⁶⁸ שוב, זוהי דוגמה ל-7,000 משרות שלאיושן לא התקיים מכרז או הליך של הערכת כישורי המועמדים והשוואתם. הן הממשלה והן מבקר המדינה זיהו את הסכנה שבשימוש נרחב מדי במשרות המסגרת. מדובר בדרך שמאפשרת עקיפת דיווחי תקציב (למשל, דיווחים תקציביים על שיא כוח האדם, שאינו כולל את אלפי העובדים במשרות המסגרת), ולענייננו – בהעסקת עובדים שלא בתקן.⁶⁹ ממדיניות נש"ם ומשרד האוצר בשנים האחרונות עולה, כי המגמה היא להפוך את משרות המסגרת לדרך המלך להעסקת עובדים בשירות המדינה ולחסל את דרכי המינוי שהחוק מורה עליהן כדרכי המינוי העיקריות. כפי שעולה מדו"ח מבקר המדינה, "מרבית המשרות החדשות שנוצרו בשירות המדינה בשנים האחרונות נוצרו כמשרות מסגרת. לדוגמה,

בשנת 1998 ובשנת 1999 יוקצו על-ידי משרד האוצר 17 משרות מסגרת לצורך שילובם של עולי אתיופיה בשירות המדינה. כמו כן בשנת 1998 התקבלה החלטת ממשלה לפטור ממכרז משרות שהוקצו לשילוב עולי אתיופיה בשירות המדינה (פרויקט תלת-שנתי 1997–1999). ראו מסמך רקע בנושא קהילת יוצאי אתיופיה: תמונת מצב, פערים וטענות אפליה, הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 22 ביולי 2003, סעיף 4.3. כן ראו החלטת ממשלה מס' 90 של ועדת שרים לענייני כלכלה, 21 בינואר 1998. לפי נתונים מ-2003, מצב ייצוגם של אתיופים בשירות המדינה הוא עדיין כבי רע, והם מועסקים לרוב בדרגות הנמוכות: "בשירות המדינה מועסקים כיום 434 איש ממוצא אתיופי מתוך כ-56,000 איש המועסקים בשירות המדינה. רובם מועסקים בדרגות נמוכות בדירוג המנהלי (דרגה 12–17), ומיעוטם שייכים לדירוג האקדמי (מח"ר) ומרוכזים בדרגות נמוכות של דירוג זה (עד דרגה 38). הם משמשים בתפקידים מנהליים (מזכירות, פקידות וכד'), במקצועות פרה-רפואיים (אחיות וכד') ובאבטחה, ואחדים מתמחים במשפטים." ראו דו"ח המחקר של הכנסת, שם.

כך הדבר גם לגבי שימוש במשרות מסגרת להעסקת ערבים ודרוזים. ב-14 ביוני 1993 התקבלה החלטת ועדת שרים לענייני תיאום ומינהל להוסיף 120 משרות מסגרת במשרדי הממשלה לעובדים מן המגזר הערבי והדרוזי. ב-16 באוגוסט 1993 החליטו שר האוצר ושר הכלכלה והתכנון, כי תהליך שילוב העובדים יהיה בהדרגה: הוחלט כי בתקציב 1994 תוגדרנה 30 משרות לערבים ועשר משרות לדרוזים כמשרות מסגרת. הוחלט עוד, כי בשנה הראשונה לביצוע התכנית יחויב כל משרד המקבל משרה נוספת במסגרת התכנית להקצות משרה קיימת אצלו לערבי (אך אם מתפנה המשרה ש"נתרמה" על ידיו למבצע, לא יהיה חייב לשמור אותה לערבי לאחר מכן, בעוד שהמשרות המוקצות במסגרת המבצע מיועדות מאותה שנה ואילך לערבים בלבד). התכנית בוצעה בשלושה שלבים עד שנת 1997, וכרגע לא נקבע המשך למבצע. "העדפה מתקנת למיעוט הערבי בישראל" המכון הישראלי לדמוקרטיה, <http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=> 1645 (last visited on: 16/10/2006). עוד על משרות ייעודיות לקבוצות מוגדרות ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 120.

68 דו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 44–45 (2005).

69 דו"ח מבקר המדינה 51ב, בעמ' 788 (2001) (ציטוט מסמך של אגף התקציבים במשרד האוצר, שלפיו "העסקת עובדים במסגרת חודשי עבודה בלתי צמיתה הפכה לדרך לעקיפת התקן במשרדים." כן ראו דו"ח מבקר המדינה 54ב (2004), בעמ' 338, ודו"ח מבקר המדינה 55ב, בעמ' 40 (2005).

בניגוד לחוק המינויים, קבעו החשב הכללי, נציב שירות המדינה והממונה על אג"ת ... כי כל המשרות שיוקצו למשרדים יהיו משרות מסגרת למרות שהתפקידים הם בתחומי הפעילות המרכזיים של הארגון.⁷⁰

ו. ועדות איתור

לפי החלטת ממשלה מ-1999, במשרות "המאופיינות בהיבט מקצועי ומדעי מובהק, או בעלות אופי רגולטורי ושמירה על האינטרס הציבורי", ניתן לוותר על הליך המכרז ולפנות למועמדים אפשריים ולהזמין להתמודד על המשרה תוך בחינת כישוריהם בכל דרך שנראית לוועדת האיתור (כלומר, לא במבחנים הנהוגים במכרזים של שירות המדינה).⁷¹ התקשי"ר מונה שורה ארוכה של משרות כאלה, החל בסטטיסטיקן הממשלתי, דרך הממונה על ההגבלים העסקיים, ועד נציב המים ומנהל מינהל השלטון המקומי.

התקשי"ר מציין, אמנם, כי מינוי מועמדים בהליך של ועדת איתור "הוא הליך בו, בדומה להליך המכרז, נשמרים עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המועמד הטוב ביותר",⁷² אולם יש לשים לב כי ההליך של ועדת איתור עלול לשמש כלי לעקיפת קיומה של תחרות עניינית על בסיס כישורים. כך למשל, מבקר המדינה מצא כי ועדת איתור למועמדים לתפקיד נשיא מגן דוד אדום ריאיינה מועמד אחד בלבד.⁷³ בדומה, ועדת איתור לתפקיד משנה למנכ"ל שירות התעסוקה בישראל הגמישה את הדרישות כך שיתאימו למועמד המועדף על השר, וזאת – על אף שלא ריאיינה אותו יחד עם המועמדים האחרים שהזמינה לריאיון, ולמרות שלא עמד בתנאי סף לתפקיד (השכלה אקדמית). נוסף לכך, הוועדה סירבה לדרג את המועמדים שנמצאו כשירים, וזאת בניגוד לנוהל שנקבע מראש לגבי דרכי פעולתה של ועדת האיתור. כך, שימשה ועדת האיתור כעלה תאנה להכשרת בחירתו של המועמד המועדף על השר.⁷⁴ כפי שעולה מתשובתה של מנהלת אגף הבחינות בנש"ם למבקר המדינה, "אין בשימוש במנגנון ועדת האיתור

70 דו"ח מבקר המדינה 55, בעמ' 53 (2005).

71 החלטת הממשלה מס' 345 מיום 14.9.1999 ("פ"פ 428, עמ' 1459). ראו פסקה 11.968 לתקשי"ר. ההסמכה לקביעת משרות שעליהן לא תחול חובת המכרז מצויה בסעיף 21 לחוק שירות המדינה (מינויים).

72 ש.ם.

73 ראו למשל מבקר המדינה, דו"ח ביקורת על מינויים במגן דוד אדום (פברואר 2006) עמ' 11–12 ("לדעת מבקר המדינה, העובדה שוועדת האיתור ריאיינה מועמד אחד בלבד... מעלה חשש כי פעילותה נועדה להכשיר את מועמדו של השר לתפקיד נשיא מד"א").

74 מבקר המדינה, דו"ח ביקורת על הרשות לעסקים קטנים ובינוניים בישראל: מינויים פוליטיים, בעמ' 11–13 (2006). מינויו של המועמד המועדף לתפקיד הסמנכ"ל ברשות התעסוקה נפסל לבסוף בעקבות עתירה לבג"ץ, אולם, למרבה שמחתו, נוצר עבורו תפקיד חדש כמנהל פרויקט ברשות לעסקים קטנים ובינוניים – פרויקט שלא נכלל בתכנית העבודה השנתית של הרשות. ש.ם.

במכרז פומבי כל יתרון על שיטת מרכז ההערכה, ולעומת זאת הרחבת השימוש בשיטה זו בהליכי המיון הנהוגים במכרזים לא תעמוד בביקורת הציבור, בעיקר בשל נטילת זכות ההתמודדות מאנשים העומדים בתנאי הסף של המכרז.⁷⁵ ניסיון להילחם בנוהג לפיו "השר ממנה את מקורבו לתפקיד ללא חובת מכרז" נעשה בהצעת חוק פרטית להקמת ועדת איתור שאינה מוקמת על ידי השר הממנה, אלא על ידי הממשלה, כשבראשה עומד נציב שירות המדינה ולצידו שני אישי ציבור.⁷⁶ אולם ספק אם ההרכב המוצע של ועדת האיתור יהיה נקי מלחצים פוליטיים מצד השר הממנה.

בנוסף, יש משרדים הנוקטים פרקטיקה של "מעין ועדת איתור" גם במשרות שעליהן חלה חובת המכרז. כך לדוגמה, אגף התקציבים במשרד האוצר מאתר מועמדים פוטנציאליים לתפקיד כלכלנים על ידי פנייה "לסטודנטים מצטיינים או לכלכלנים שעובדו ועובדיו לשעבר המליצו עליהם, וכן למועמדים שהתמודדו במכרזים שקיימה הנציבות".⁷⁷ יש להדגיש כי התפקיד שבו מדובר הוא תפקיד זוטור ואינו ייחודי כמו המשרות שיש היתר לאיישן באמצעות ועדת איתור. מציאת מועמדים לתפקיד כזה בשיטה של "מפה לאוזן" מעצימה את החשש שהמאותרים יהיו מחתך דמוגרפי הומוגני, שאינו מעניק הזדמנות שווה לבני הקבוצות הבלתי מיוצגות. זאת ועוד, גם כאן ניתן לזהות את "אפקט האדווה" של המינוי הבלתי תקין: אותם "נערי האוצר" שממונים בלא מכרז יקבלו, מן הסתם, בעתיד משרות נחשקות בתאגידים ציבוריים ובחברות ממשלתיות. כך ששיבוצם עתה הוא מאוד חשוב מבחינת זיקתם למרכזי הכוח וחסימת הדרך של בני קבוצות בלתי מיוצגות לטווח ארוך, ובמגוון רחב של תפקידים ומוסדות.

לסיום חלק זה, הבה נתוודע להצעת חוק פרטית, שלפיה נציבות שירות המדינה תקבע הוראות כיצד להעדיף, לתפקידים בכירים בשירות המדינה, אזרחים ששירתו בצה"ל או בשירות לאומי, או עולים חדשים לפי חוק השבות שנמנע מהם מלשרת בצה"ל.⁷⁸ כלומר, הצעת חוק זו חוסמת את מינויים של ערבים לתפקידים בכירים בשירות המדינה. יש לתמוה כיצד משתלבת הצעת חוק זו עם קביעתו של חוק המינויים, שלפיה יינתן ביטוי הולם לערבים במינוי לשירות המדינה.

75 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 272 (2006).

76 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון) – הקמת ועדה לאיתור מנכ"לים), התשס"ו-2006 (1088/17/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 17.7.06 על ידי ח"כ אביגדור יצחקי).

77 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 257 (2006). כן ראו דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 272 (2006) (במכרז פומבי (לכאורה) למשרה בכירה בנציבות שירות המדינה הופעל מנגנון של מעין ועדת איתור).

78 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון) – העדפת אזרח ששירת בצה"ל או בשירות לאומי), התשס"ד-2004 (2531/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 26.7.2007 על ידי ח"כ איוב קרא).

ז. היעדר הליך בחינה והערכה הולם ב"מכרזים"

תופעות הכרסום בהליך הנאות של מינויים קשורות זו לזו ומזינות זו את זו, ואינן עומדות לעצמן. עד כה סקרתי את הדרכים לעקיפת חובת המינוי במכרז. בחלק זה אראה כי גם כאשר מתקיים מינוי בשירות המדינה בדרך של מכרז, הרי שלא מתקיימת בו תחרות עניינית, על בסיס כישורים, וללא הטיות ושיקולים זרים. הדבר נכון גם לגבי איכותם של המכרזים לבחירת עובדים.⁷⁹

כללי המכרזים קובעים כי לפני קיום בחינה בעל-פה יתקיימו בחינות בכתב, ואל הבחינה בעל-פה יוזמנו המועמדים שהישגיהם בבחינות בכתב היו הגבוהים ביותר.⁸⁰ אלא שבמכרזים רבים, בחינות בכתב אינן מתקיימות.⁸¹ לא ברור אם הבחינות שמתקיימות מתאימות לתפקיד או מנבאות את ההצלחה בו, כיוון שלא מתבצע תיקוף של הבחינות הללו.⁸² זהות החברים בוועדת הבחנים, שלפי ההוראות אין לפרסם את הרכבה מראש – כדי למנוע לחצים והטיית ההחלטות – ניתנת בדרך כלל לצפייה מראש, כיוון שהתחלופה ביניהם היא נמוכה ביותר (והדבר כולל את נציגי הציבור המכהנים בוועדות המכרזים), וזאת – בניגוד למנגנון הקבוע בתקשי"ר.⁸³ נמצאו מקרים שבהם חברי ועדת הבחנים, שלפי התקשי"ר עליהם להיות אובייקטיביים לגבי המועמדים וחסרי ידיעה מוקדמת לגביהם, יושבים בוועדות שבהן הם מקדמים מועמד מסוים, ואף מציידים אותו בגלוי בהמלצות בכתב.⁸⁴ ככלל, ועדות הבחנים אינן רושמות פרוטוקול כנדרש, אינן מנמקות את החלטותיהן (ובמקרים שהן מנמקות, הנימוקים אינם תואמים את הנתונים שלפניהן) ואינן קובעות מראש את הקריטריונים והמדדים שלפיהם תיקבע ההצלחה במכרז.

79 כך למשל, בעקבות המינויים הזמניים והרצון להעדיף את הממונה הזמני, דרישות המכרז "נתפרות" בדיעבד כדי שיתאימו למידותיו של המועמד המועדף. דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 276–279 (2006). על הפגיעה בשוויון כתוצאה מאי-פרסום מראש של הקריטריונים ראו בג"ץ צוקר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 157.

80 וזאת מכוח הוראתו של סעיף 24 לחוק המינויים, הקובע כי "מועמד למשרה שהוכרז עליה... חייב לעמוד בבחינות ובמבחנים להוכחת כשירותו וסגולותיו; נמצאו בבחינה כשירים למשרה, יתמנה לה הכשיר שבין הכשירים".

81 ראו למשל דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 255–256 (2006). (ביטול בחינות בכתב לפני הבחינה בעל-פה למועמדים במשרד המשפטים) ובעמ' 270 (מתוך המכרזים הפומביים שנדגמו על ידי מבקר המדינה, רק ב-40% מהמכרזים שבהם היתה חובה לערוך מבחן, בוצע מבחן כזה).

82 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 270 (2006). (משנת 1976 לא קיימה הנציבות מבחני תקפות להליכי המיון שהיא נוקטת).

83 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 275 (2006).

84 דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 275–276 (2006).

IV. כיצד פוגעות דרכי המינוי עוקפות המכרז בייצוג הולם

הפסיקה והספרות המונות את נזקי המינויים הפוליטיים מציינות את פגיעתם בטוהר השירות הציבורי, ואת פגיעתם בשוויון.⁸⁵ אולם כאשר הן דנות בנוק הפגיעה בשוויון, כוונתן היא לשוויון במובנו האינדיווידואלי ולא לשוויון הקבוצתי. בכך, הפסיקה והספרות עיוורות לפגיעתם של המינויים הפוליטיים בהשגת ייצוג הולם. המינויים שלא במכרז ושלא על בסיס ענייני של כישורים פוגעים בבני הקבוצות הבלתי מיוצגות בשתי דרכים. ראשית, במינויים שלא במכרז לא נבחרים, ככלל, בני הקבוצות הלא מיוצגות. שנית, מינויים שלא במכרז נעשים בלא בדיקת כישורי המועמדים, ובכך הם חוסמים את האפשרות של מועמדים מקבוצות בלתי מיוצגות להיכנס לתחרות על בסיס כישורים. אפרט.

א. דמותו של הממונה שלא במכרז

לא קשה להעריך כמה נשים, אתיופים, ערבים, או אנשים עם מוגבלויות התמנו לשירות הציבורי דרך מינויים פוליטיים. מחקרים בסוציולוגיה ארגונית מלמדים באופן עקבי כי ארגונים נוטים להנציח את אופיים. דמותו של הממונה היא, בדרך כלל, כדמותו של הממנה, והמנגנון הוא של שחזור ושכפול עצמי.

הנתונים הנאספים על ידי מבקר המדינה אינם מציינים את שייכותם הקבוצתית של הממונים שלא כדין. העברית, המבחינה בין המינים, מאפשרת לנו לדלות מן הדו"חות נתונים על מינם של המתמנים (כפי שיודגם להלן), אולם אלה נתונים בלתי סדירים וכוללים, ונוסף על כך, אין הם מספקים נתונים על צירים נוספים: האם הם יהודים או ערבים, האם הם אתיופים, או האם הם אנשים עם מוגבלויות.

ובכל זאת, ניתן להתרשם כי הממונים שלא במכרז נמנים ברובם המכריע עם קבוצת הרוב המיוצג. די לעלעל בדוגמאות אחדות משולחנו של מבקר המדינה כדי להבין את הדינמיקה שבמינויים שלא על בסיס כישורים. אחת הפרשות שבדק משרד המבקר היא של יו"ר רשות שדות התעופה, שהעסיק 30 מבני משפחתו. בכתבה עיתונאית המסקרת את הפרשה מוזכרות שלוש נשים (ועוד על נקודה זו – בהמשך), אבל, כפי שניתן לשער, אף ערבי או אתיופי אינו מועסק עקב קירבה משפחתית ליו"ר.⁸⁶

85 ראו, למשל, דו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 254 (2006). (העסקת עובדים זמניים מעלה חשש לאי-שוויון במכרז). קשר עקיף, אם כי לא נדון כך במפורש, מצויין בדו"ח מבקר המדינה 56ב, בעמ' 311–312 (2006), שבו נדון היעדר הטיפול בחובה לייצוג הולם של ערבים במועצות ציבוריות בהמשך לדיון בהליכי קבלה בלתי ראויים של יו"ר מועצה ציבורית.

86 "שחיתות בצמרת: 7 הפרשות שעל שולחן המבקר", Ynet 3.11.05 <http://www.ynet.co.il/arti.cles/1,7340,L-3163584,00.html> (last visited on: 16/10/2006). על השיעור הגבוה של העסקת קרובי משפחה באל על ובחברת החשמל ראו דו"חות על הביקורת בשלטון המקומי, באיגודים

דוגמה נוספת: בדו"ח מבקר המדינה על המינויים בחוזים אישיים ברשות הדואר מוזכרים גברים בלבד (ושוב, סביר להניח שהם גם גברים יהודים):

אחד שימש חבר מרכז וחבר לשכה במפלגת העבודה והיה מועמד לראשות של רשות מקומית וכן כיהן כמזכיר מועצת פועלים; אחד היה חבר מרכז במפלגת העבודה ומזכיר סניף המפלגה ביישובו, וכן סגנו וממלא מקומו של ראש רשות מקומית וחבר במועצת הרשות המקומית ובהנהלתה; אחד שימש חבר מועצה של רשות מקומית; ואחד שימש מנהל מטה בחירות של מועמד לראשות רשות מקומית. כמו כן הועלה, שעובד אחר מקרב העשרה היה קרוב משפחה של ראש רשות מקומית, ועובד נוסף היה קרוב משפחה של עובד בכיר לשעבר ברשות שניהן גם כנציג העובדים במועצת הרשות.⁸⁷

ועוד:

אחד כיהן כחבר במועצת עירייה וכדובר ועוזר אישי במפלגת העבודה; ואחד שימש עוזר פרלמנטרי של חבר כנסת מסיעת ש"ס. עוד הועלה, כי עובד אחר מקרב 15 העובדים האמורים היה קרוב משפחה של עוזר שר לשעבר ממפלגת העבודה, וכי שני עובדים אחרים היו קרובי משפחה של עובדים בכירים ברשות — האחד של יו"ר נציגות העובדים הארצית ברשות, והאחר של סגן סמנכ"ל ברשות.⁸⁸

דוגמה נוספת: בפברואר 2006 פרסם מבקר המדינה דו"ח מיוחד על מינויים לא תקינים במגן דוד אדום. כל השמות המוזכרים בדו"ח — המועמדים ואלה שמונו לתפקידי נשיא, מנכ"ל ויו"ר הוועד הפועל — הם של גברים יהודים.⁸⁹ בדומה, כל המינויים בפסקי הדין של בג"ץ בנושא מינויים פוליטיים שהוזכרו במאמר זה עסקו במינויים בלתי כשרים של גברים יהודים.

ניתן לומר, אם-כן, כי דמותו של הממונה פוליטית היא זו: שמו ישראל ישראלי, לא ישראלה ישראלי, לא מוחמד מחמוד (ובוודאי לא קארימה או ג'אמילה מחמוד), ולא אדיסו אדטה. הוא אינו כביסא גלגלים או מוגבל בשמיעתו: הוא שייך לקבוצת הרוב ההגמונית, אותה קבוצה שמנציחה את עצמה במוקדי הכוח בשירות הציבורי; אותה קבוצה שלשם גיוונה והחלשת המונופול שלה נחקקו חוקי הייצוג ההולם.

ובמוסדות להשכלה גבוהה עמ' 501–530 (2003). על העסקת קרובים במשרדי הממשלה ראו דו"ח מבקר המדינה 57 בעמ' 31–32, 51–52, 69–74 (2007).

87 דו"ח מבקר המדינה 52א, בעמ' 428 (2001).

88 שם, בעמ' 429. על פשרות אלה, ועל מינויים בלתי תקינים נוספים ברשות הדואר (כולם של גברים) ראו טלי חרותי-סובר "מי שמאמין במאבק שהוא מנהל — מנצח" Ynet 11.5.06 <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3248173,00.html> (last visited on: 16/10/2006)

89 מבקר המדינה, דו"ח ביקורת על מינויים במגן דוד אדום (2006).

אכן, גם נשים זוכות להתמנות במינויים שאינם כשרים, אולם מינוי נשים באמצעים כאלה אינו תואם את הרציונלים לייצוג הולם. נשים המתמנות באמצעות קשרים, זוכות במינוי עקב זיקתן לבן זוג, לאב, או לאח המצוי במוקדי כוח, או בשל קירבה פוליטית. ובדומה, ניתן להניח שגם ערבים ממונים על ידי ערבים (אין הרבה מוקדי כוח של ערבים בשירות הציבורי, אבל ניתן להניח שברשויות המקומיות הערביות מתמנים מקורבים ערבים). מטיבה של נורמת הייצוג ההולם עולה כי אין להכשיר בכל מחיר מינוי של בן קבוצה בלתי מיוצגת, כאשר מינוי זה נעשה משיקולים זרים, כגון קירבה משפחתית או פוליטית. אין לתמוך בפתרונות המציעים להתפשר על נקינות ואיכותו של השירות הציבורי לטובת קליטת אוכלוסיות בלתי מיוצגות.

כך למשל, דומני שאין מקום להצעת החוק הפרטית הבאה לתיקון חוק החברות הממשלתיות. עניינה של ההצעה הוא הגמשת קבלתן של נשים לתפקידים בכירים בחברות ממשלתיות, כאשר יש להן זיקה פוליטית לשרים בממשלה.⁹⁰ סעיף 18ג לחוק קובע כי מועמדים שהם בעלי זיקה פוליטית לשר בממשלה ימונו רק אם יש להם כשירות מיוחדת בנוסף לתנאי הכשירות הקבועים בחוק. הצעת החוק הנ"ל מבקשת לבטל את דרישת הכשירות המיוחדת במקרה שהמועמדת היא אישה.⁹¹ לעניות דעתי, אין לתקן עוולה אחת באמצעות הנצחת עוולה אחרת: היעדר ההזדמנות השווה לנשים לא צריך להיפתר על ידי חיזוק הפוליטיזציה של השירות הציבורי. הדרך להתמודד עם בעיית חוסר הייצוג של אוכלוסיות מוחלשות אינה על ידי מתן רשות לשרים למנות מקורבות ולא מקורבים, אלא על ידי מלחמה בפוליטיזציה ובנפוטיזם על כל צורותיהם, וקיום התנאי המקדמי להפעלת נורמות של ייצוג הולם, היינו – אישוש וביסוס דרכי המינוי התקינות והענייניות בשירות הציבורי.

בחלק זה ראינו, אם כן, כי במינויים בלא מכרז מתמנים על פי רוב חברי הקבוצה ההגמונית, ובכך נחסמת דרכם של חברי הקבוצות הבלתי מיוצגות. בחלק הבא אבחן אם ניתן להכניס את שיקול הייצוג ההולם גם במקרים של מינוי שלא במכרז.

ב. שיקול הייצוג ההולם במינויים שלא במכרז

כאשר בחנתי את הוראות תיקון מס' 7 לחוק המינויים לפני כעשור, טענתי כי יש לפרש את החוק כמחיל חובה לשיקול את שיקול הייצוג ההולם גם במינויים שלא במכרז.⁹² בתיקון מס' 11 לחוק המינויים עמד המחוקק על הנזק הנגרם לאוכלוסיות בלתי מיוצגות כתוצאה ממינויים בדרכים עוקפות מכרז. בניסיון להתמודד עם בעיה זו

90 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) – ביטול כשירות מיוחדת במינוין של נשים), התשס"ה-2005 (פ/3229) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 14.2.05 על ידי ח"כ גדעון סער).

91 כלשון ההצעה: "לא תידרש כשירות מיוחדת למינוין של נשים לכהונת דירקטור, יושב ראש דירקטוריון או מנהל כללי".

92 ראו תירוש, לעיל ה"ש 12, 219-223.

נקבע⁹³ כי החובה לשקול את שיקול הייצוג ההולם חלה על כל דרכי המינוי לשירות המדינה והקידום בו, "לרבות מינוי בדרך מכרז, העסקה שלא במכרז, ומינוי בפועל".⁹⁴ למרות שהפרשנות שהצעתי אז תואמת את הוראתו של תיקון מס' 11, כיום, לנוכח הכרסום החמור בתקינות המינויים בשירות המדינה, אני סבורה שההוראה שנקבעה בתיקון זה צפויה להיות חסרת השפעה על שיעורי הייצוג של קבוצות בלתי מיוצגות בשירות המדינה, וייתכן שיש בה אף כדי להזיק.

יישום מדיניות של העדפה מתקנת תלוי בקבלת מועמדים כשירים לתפקיד. כל הליכי המינוי שלא במכרז אין בהם הערכה הולמת של כישורי המועמדים, אין בהם תחרות עניינית בין מועמדים, ואין דבר בינם לבין שוויון הזדמנויות. כך למשל, באותו סעיף 15א לחוק המינויים, המסדיר את חובת הייצוג ההולם במינויים לשירות המדינה, חוזרת ונשנית הדרישה שהממונים המועדפים עקב שייכותם לקבוצות בלתי מיוצגות יהיו בעלי כישורים לתפקיד, ושכישוריהם לא יפלו מכישורי המועמדים האחרים. למשל, סעיף 15א(ב)(2) קובע כי "הממשלה רשאית ליעד משרות אשר יועסקו בהן, ככל האפשר, רק מועמדים שהם כשירים לתפקיד, מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם". וסעיף 15א(ב)(3) קובע: "הממשלה רשאית להורות... על מתן עדיפות למועמדים מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם... כאשר הם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים" (ההדגשות שלי).

מהסקירה של דרכי המינוי החלופיות למכרז בחלק III לעיל ניתן לראות כי הוראת החוק הזו אינה ישימה כיוון שלא מתקיימים תנאי האפשרות שלה – מקום בו אין הערכת כישורים, אין אפשרות ממשית לשקול ייצוג הולם בנסיבות העניין. ראינו כי כאשר נבחרים אנשים לשירות המדינה בלא מכרז (במינוי זמני, כעובדי קבלן, או ב"משרות אמון"), כישוריהם אינם נבדקים ואינם מוערכים על בסיס ענייני ובהשוואה למועמדים פוטנציאליים אחרים.⁹⁵ כיצד, למשל, אפשר יהיה לתקוף מינוי בפועל (של ממלא מקום או באופן זמני) בנימוק שבמינוי לא נשקל כראוי עקרון הייצוג ההולם? הרי אי-אפשר יהיה לטעון שהיה מועמד חלופי, מבני הקבוצות הבלתי מיוצגות, שהוא בעל כישורים שאינם נופלים מכישורי המועמד שמונה, כיוון שבמינוי זמני לא מתבצע כל הליך של הערכת הכישורים – לא של הממונה הזמני עצמו, ובוודאי לא של מועמדים פוטנציאליים אחרים.⁹⁶ יש לשים לב גם כי החוק אינו מחיל את חובת הייצוג

93 תיקון מס' 11 לחוק המינויים, ס"ח התשס"א, 1767, עמ' 78. להצעת החוק ולדברי ההסבר ראו ה"ח התש"ס, 2901, עמ' 496.

94 סעיף 15א(ג) לחוק המינויים.

95 כפי שראינו, במקרים רבים לא רק שאין ממנים את המועמד הטוב ביותר מבחינת כישוריו, אלא אף מנמיכים את רף הכישורים כך שיתאים למועמד הרצוי. ראו למשל מבקר המדינה, דו"ח ביקורת על מינויים במגן דוד אדום (2006), בעמ' 9 (קביעת כישורים נמוכים מאלה הנקובים בחוק למכרז למנכ"ל מד"א).

96 שאלה זו, של בדיקת כישורי המועמדים גם כאשר הם נבחרים לא בדרך של מכרז, היא סלע

ההולם על מינויים ב"משרות אמן", שנוגסות, כפי שראינו, בנתח נכבד מן המינויים למשרות בכירות בשירות המדינה, והן בעלות אפקט ארווה של הנצחת תרבות המינויים הבלתי ענייניים.

אולם תיקון זה אינו רק חסר אפקטיביות. לטענתי, הוא עשוי להיות גם בעל השפעה מזיקה, וזאת – משתי סיבות. ראשית, הוא יוצר רושם שלפיו לנורמת הייצוג ההולם יש תחולה רחבה מאוד בשירות הציבורי, על ידי ריאפיקציה של המושג המשפטי המופשט, שמשכיחה מאיתנו את הצורך לבדוק מה משמעותו של המושג בחיי המעשה. הרושם שיוצר התיקון הוא רושם מוטעה, כיוון שהתיקון הוא בלתי ישים ובלתי אכיף. בכך הוא מסיט את תשומת הלב מן העובדה שמינויים שלא במכרז מהווים מכשול להצגת ייצוג הולם. פרופ' משה מאור משתמש במונח "מדיניות סימבולית" לתיאור טיבה של המחויבות לתחום ההעדפה המתקנת בממשל הישראלי.⁹⁷ נראה שהבחנתו קולעת במיוחד לתיאור הוראת החוק הנדונה.

שנית, זהו תיקון שמבטא קבלה של הרעה החולה של המינויים שלא במכרז כנתון שאי אפשר להילחם בו או לשנות אותו, ונוקט טקטיקה של *If you can't beat them, join them* – אם אי אפשר לבטל את המינויים שלא במכרז, לפחות נצרף לחגיגת המינויים הנפוטיסטיים גם נשים, ערבים, וקבוצות בלתי מיוצגות אחרות. כפי שהראיתי לאורך המאמר, מינויים שלא במכרז מביאים להנצחת הדומיננטיות של הקבוצה ההגמונית. יותר מכך, אם נבדוק כיצד, לפי תיקון זה, אמורים הגורמים הממנים להתנהל, ניווכח כי דרכם רצופת פרדוקסים. החוק מורה להם, מחד גיסא, שזה בסדר להמשיך לשקול שיקולים לא-ענייניים במינויים – לא את כישורי המועמדים אלא שיקולים של קירבה פוליטית או אישית – אבל, מאידך גיסא, הם מצווים לעצור את סחרחרת השיקולים הלא-ענייניים כאשר הדבר מגיע לייצוג הולם: רק בשאלה זו

מחלוקת מתמשך בין העושים במלאכה בשירות המדינה, בשל העמימות הנורמטיבית בתחום זה. לגבי מינויים ב"משרות אמן", למשל, קיימת מחלוקת לגבי השאלה אם על נציבות שירות המדינה לוודא כי הממונים ליועצים ועוזרים הם בעלי כישורים המתאימים לתפקידם. נציב שירות המדינה הקודם, יצחק גל-נור, כמו גם מבקר המדינה, סבורים שיש חובה על הנציבות לבדוק את התאמתם של המועמדים לתפקידיהם, ואילו נציב שירות המדינה הנוכחי, שמואל הולנדר, סבור כי אין בסמכותה או ביכולתה של הנציבות לדרוש כישורים פורמליים מעובדים ב"משרות אמן", כיוון שהדבר מנוגד הן להגדרה המשפטית של משרות אלה והן מעצם מהותן כמשרות השמורות לשיקול דעתו של השר. דו"ח מבקר המדינה 55, בעמ' 31 (2005); דו"ח מבקר המדינה 52, בעמ' 283 (צייטוט חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה גם במשרות פטורות ממכרז יש לקיים 'מעין מכרז' שיוודא קבלת אנשים ראויים באופן שוויוני); דו"ח מבקר המדינה 48, בעמ' 877 (1998) ("העובדה שמשרה מסוימת פטורה ממכרז אינה מייצרת את הוראות התקש"ר בדבר הכישורים הדרושים לאיושה. נהפוך הוא: דווקא משניטל יסוד התחרות מאיוש המשרה, חשוב שבעתיים שהמועמד יעמוד לפחות בתנאי הסף שהיו נדרשים אילו נתקיים מכרז").

97 ראו משה מאור "קידום נשים בשירות המדינה בישראל" בטחון סוציאלי 61, 127 (2001) (ניתוח מדיניות הייצוג ההולם בשירות המדינה כמדיניות סימבולית בלבד, שאין כוונה ממשית ליישמה).

עליהם לפעול באופן תקין ולשאול את עצמם אם במינוי שלהם הם מילאו את חובתם לשקול את שיקול הייצוג ההולם.

כאמור, טענתי זו שונה במידת-מה ממסקנותי במחקר הקודם בו בחנתי את הנושא. כאשר ניתחתי את חובת הייצוג ההולם בשירות המדינה בסמוך לחקיקתו של תיקון מס' 7 לחוק המינויים,⁹⁸ סברתי כי יש להחיל את החובה לשקול את שיקול הייצוג ההולם על מינויים שלא במכרז. ניתחתי באופן מדוקדק את סוגי המשרות הפטורות ממכרז, והצעתי כי למעט במספר מצומצם של משרות, "ראוי... 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".⁹⁹ בעוד שלפני עשור סברתי כי הכלל בשירות המדינה הוא מינוי במכרז, ויש לצמצם את חריגיו במקביל להחלת נורמות הייצוג ההולם על הליכי המינוי במכרז, הרי שבחינת המצב בשירות המדינה בעשור האחרון מצביעה על הידרדרות ושחיקה כה גדולים של דרכי המינוי התקינות, עד כי אין כל טעם לעסוק בשילוב חובת הייצוג ההולם במינויים לפני שמשקמים את המכרז כדרך המלך לכניסה לשירות המדינה.¹⁰⁰ לסיכום נקודה זו, במינויים שאין בהם הליך מסודר של הערכת כישורי המועמדים והשוואה ביניהם, גם אין סיכוי לייצוג ההולם.

האינטרס במינהל תקין ובדרכי מינוי כשרות הוא, אם כן, לא רק אינטרס כללי הנוגע לתרבות השלטונית בישראל, אלא גם אינטרס ספציפי של הקבוצות הבלתי מיוצגות. מינויים בלתי תקינים מסכלים את השגתו של ייצוג הולם ובכך פוגעים בקבוצות המופלות היסטורית.

V. מעבר לשירות המדינה הגרעיני – מינויים בשירות הציבורי

המציאות העגומה המתוארת לעיל, שלפיה רק במקרים נדירים מוערכים מועמדים בהליך שיטתי ושוויוני, נכונה לא רק לגבי מינויים בשירות המדינה, אלא לגבי מינויים במגזר הציבורי בכללותו. בחברות ממשלתיות, תאגידים סטטוטוריים ורשויות מקומיות נהוגה תרבות ארגונית קלוקלת באשר למינויים, בדומה לשירות המדינה הגרעיני.¹⁰¹

98 ראו תירוש, לעיל ה"ש 12.

99 שם, בעמ' 233.

100 זוהי הסיבה שבגללה איני דנה גם בהיבטים אחרים של יישום חובת הייצוג ההולם. למשל, התקשי"ר קובע כי בוועדות הבחנים יהיה ייצוג לבני שני המינים (ראו פסקה 11.456 לתקשי"ר). כפי שראינו, ועדות בוחנים הן בעלות השפעה זניחה על מינויים בשירות המדינה, כיוון שרוב המינויים נעשים בלא מכרז, ולכן בלא ועדת בוחנים. במינויים שכן נעשים במכרז, פועלות ועדות הבחנים ללא קריטריונים מסודרים להערכת המועמדים, ולמצאיהן אין השפעה רבה על בחירת המועמדים.

101 ראו למשל דו"ח מבקר המדינה 52א, בעמ' 283–314 (2001) (סקירת דרכי מינוי קלוקלות

נבחן לדוגמה את בחירת הדירקטורים בחברות ממשלתיות. זהו נתח מינויים גדול, שלשרי הממשלה יש, כידוע, הרבה עניין בו.¹⁰² בשנים האחרונות ניתן לזהות פעילות נמרצת של הצעות חוק פרטיות באשר למינויים אלה. הצעות החקיקה נחלקות לשני סוגים מנוגדים. מצד אחד, קיימות יוזמות לחיזוק הליכי הבחירה הענייניים והשווינויים והחלשת עוצמתם של המינויים הפוליטיים. מצד שני, קיימות יוזמות חקיקה הפועלות לכרסום גדול אף יותר, בחקיקה ולא רק בפרקטיקה, בשיעור המינויים שנעשים בהליך שיטתי ושוויוני.

עם הסוג הראשון של הצעות חקיקה ניתן למנות הצעה לפרסם ברשומות את החלטות הוועדה הציבורית לבדיקת מינויים¹⁰³ לא יאוחר משבועיים מיום קבלת ההחלטה, לצורך שקיפות המלצותיה (בהנחה שהפרסום יקשה על הממנים לפעול בניגוד להחלטות הוועדה),¹⁰⁴ והצעה להחיל את האיסור על מינוי קרובי משפחה גם על חברות ממשלתיות ועל תאגידים סטטוטוריים.¹⁰⁵

מן העבר השני, קיימת פעילות נמרצת של הצעות חוק לצמצום כוחה של הוועדה הבודקת את המינויים לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, ולהגמשת הקריטריונים המונעים מינויים פוליטיים בדירקטוריונים. כך, לא מכבר הוגשה הצעת חוק פרטית המכוונת להגמיש את האיסור למנות חברי מפלגה לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, על ידי פתיחת האפשרות למנות ראשי רשויות מקומיות, שרים לשעבר, חברי כנסת לשעבר, או קצינים בדרגת אלוף משנה ומעלה, או ברמות מקבילות במשטרה, בשב"ס ובמוסד.¹⁰⁶ קשה לחשוב על הרבה קצינים בכירים

ברשויות המקומיות). דו"ח מבקר המדינה 285–310 (2006) (תיאור תפירת מכרז ליו"ר המועצה להסדר הימורים בספורט, ובדיקה לא-הולמת של כישוריו, של ניגוד העניינים שעולה מעיסוקיו האחרים, ועוד).

102 על הפוליטיזציה של מינוי דירקטורים לחברות ממשלתיות ראו דו"ח מבקר המדינה 41, בעמ' 610–613 (1991).

103 חוק החברות הממשלתיות מקים, כידוע, ועדה לבדיקת מינוי דירקטורים, בראשות אדם בדרגת שופט מחוזי, שתפקידה לוודא את כשירותם של הממונים לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות: סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות. על סמכויות הוועדה ותפקידיה ראו בג"ץ 6777/98 רוזנברג נ' הוועדה לבדיקת מינויים, תק"ע 4)98 (1998); כן ראו "מסמך רקע בנושא פיקוח על מינוי בכירים בשירות הציבורי" הכנסת – מרכז מחקר ומידע 3–4 (נובמבר 2004, מוגש לחה"כ אוריית נוקד).

104 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) – פרסום החלטות הוועדה לבדיקת מינויים), התשס"ד–2004 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 26.7.04 על ידי ח"כ אופיר פז-פינס).

105 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון) – תחולת הוראות בדבר קירבה משפחתית) התשס"ו–2006 (פ/31) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 8.5.06 על ידי ח"כ זבולון אורלב). לעניין העסקת קרובים בחברות ממשלתיות ראו תקנות החברות הממשלתיות (כללים בדבר העסקת קרובי משפחה), התס"ה–2005, ק"ת 6376, עמ' 547.

106 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון) – מינוי דירקטוריונים), התשס"ה–2005 (פ/3542) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 23.5.05 על ידי ח"כ יובל שטייניץ).

ברשויות הביטחון או על הרבה ראשי רשויות מקומיות שהם נשים, ערבים, אתיופים, או אנשים עם מוגבלויות. יוצא, שהחסימה שיצור חוק כזה אינה חסימה על בסיס פרטני, המאפשרת העדפת מועמד שהוא מאנשי מפלגתו של הממנה, אלא על בסיס קבוצתי. הצעת חוק פרטית נוספת קוראת לוותר על דרישת התואר האקדמי או הניסיון, אם המועמד משלים קורס בתחום העיסוק של החברה או שהוא בעל הסמכה לרבות. ¹⁰⁷ שוב, לא זו בלבד שקשה לראות את הקשר הענייני בין הסמכה לרבות לבין כשירות לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית, אלא שמועמדים שיוכלו להיכנס לדירקטוריונים הנכספים דרך נתיב זה לבטח לא יהיו נשים או ערבים. יש להוסיף, כי אין בהצעה אפילו ניסיון ליצור מראית עין של שוויוניות וענייניות, שהרי אם בבסיס ההצעה לא מונח האינטרס למנות מקורבים או פלח מסוים של האוכלוסייה שנמנה עם קבוצת בוחרים ספציפית כי אם שיקולים ענייניים, הרי שניתן היה להציע, למשל, שמוסמך לכהונת דת נוצרית או מוסלמית יוכל גם הוא ליהנות מן החריג.

ברוח דומה, הועלתה הצעה להקל על מינוי מקורבים לפי סעיף 18ג לחוק החברות הממשלתיות. סעיף זה נחקק בתשנ"ג כדי להכשיר מינוי מקורבים כדירקטורים, והוא קובע כי לשם מינוי של בעל זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר, על המועמד להיות בעל "כישורים מיוחדים בתחומי פעילותה של החברה או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות מיוחדת אחרת". ¹⁰⁸ לפי ההצעה, לא יידרשו כישורים מיוחדים למינוי של בעל זיקה אישית או פוליטית לשר (אלא רק במקרה של זיקה עסקית). ¹⁰⁹ מובהקת במיוחד בהליכתה נגד רוחם ותכליתם של מנגנוני הבקרה שקובע חוק החברות הממשלתיות על מינויים לדירקטוריונים, היא הצעת חוק הקוראת לבטל כליל את הוועדה לבדיקת מינויים, ולהקים תחתיה ועדה מטעם השרים האחראים ("ועדת

107 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – מינוי דירקטורים), התשס"ו–2006 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 17.7.06 על ידי ח"כ מאיר פורוש). הצעות דומות הוגשו על ידי אותו חבר כנסת ב-2003 וב-2004. כן ראו ד"ח מבקר המדינה 48, בעמ' 887 (1998) (ביקורת על החלטת הוועדה לבדיקת מינויים, שלפיה ניתן יהיה לעקוף את דרישת התואר האקדמי הנחוצה בתפקידים בכירים במשרדי הממשלה אם המועמד יקבל הכשרה חלופית הנוגעת לתחום התפקיד).

108 חוק החברות הממשלתיות, סעיף 18ג(א) (תיקון התשנ"ג).

109 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ביטול דרישת כישורים מיוחדים והגדלת הניסיון הנדרש מדירקטורים), התשס"ה–2005 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 21.2.05) (מאידך גיסא, יש לציין, ההצעה מבקשת להגדיל את הניסיון הנדרש מדירקטורים מחמש שנים לשבע שנים של עיסוק בתחום רלוונטי) (ח"כ גלעד ארדן). הצעה דומה הוגשה ב-2003. הצעה נוספת היא להבהיר בחוק החברות הממשלתיות כי סמכות הוועדה לבדיקת מינויים לבדוק את התאמת המועמד לתפקיד, להבדיל מאשר את כשירותו, היא סמכות מיעצת בלבד, שמא נטעה לחשוב שהיא מחליפה את סמכות השר לשקול אם למנות את המועמד. לעניות דעתי, זוהי הצעה מיותרת לאור לשונו של סעיף 18ב(ג)(3), הקובעת במפורש כי תפקיד הוועדה הוא "לייעץ לשרים בדבר התאמתו של המועמד לתפקיד". הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – סמכויות הוועדה לבדיקת מינויים), התשס"ד–2004 (2506/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 19.7.04 על ידי ח"כ רוני בראון).

מכרזים") – ללא פירוט של הרכב הוועדה. החוק בנוסחו הנוכחי קובע כי בראש ועדת המינויים יעמוד אדם בדרגת שופט מחוזי, שלצידו יכהנו אישי ציבור בלתי תלויים, במינוי שר המשפטים ושר האוצר.¹¹⁰ המשמעות של הצעת החוק הזו היא, כמובן, "לתת לחתולים לשמור על השמנת": לא ועדה חיצונית, אלא השר הממונה על החברה הממשלתית הוא שיקבע מי יקבע אם מועמדיו הם כשירים.¹¹¹ יוזמות שכאלה, השואפות לצמצם את שוויון ההזדמנויות בהליכי המינוי ולאפשר את המשך מינויים של בני הקבוצות ההגמוניות, שמות ללעג ולקלס את יוזמות החקיקה השואפות להרחיב את תחולתה של נורמת הייצוג ההולם בחברות ממשלתיות. זאת כיוון שבמצב הדברים הנוכחי, ברור שהאחרונות יהיו לכל היותר "שטויות טרנסצנדנטליות". כך למשל, קיימת הצעה להוסיף חובת ייצוג הולם בחברות ממשלתיות לא רק לנשים ולערבים, אלא גם לאנשים עם מוגבלויות, וכן להרחיב את תחולת חובת הייצוג ההולם מעבר לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, לכל דרגות העובדים בהן,¹¹² או לקבוע מינימום בשיעור שתי חמישיות נשים מכלל חברי הדירקטוריון בחברות ממשלתיות.¹¹³

110 ראו סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות.

111 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ביטול הוועדה לבדיקת מינויים), התשס"ד–2004 (2157/פ) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 24.3.04). גם בהצעת חוק זו כלולה הקריאה לביטול דרישת הכישורים המיוחדים לגבי מועמדים בעלי זיקה אישית או פוליטית לשרים בממשלה (כלומר, הוא מציע לבטל את סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות) (ח"כ איוב קרא).

112 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב עובדי החברות הממשלתיות), התשס"ו–2006 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 29.5.06). כן ראו הצעות חוק דומות מן הכנסות שעברו: הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התש"ס–2000, ה"ח 2865 התש"ס, עמ' 345 (ח"כ עזמי בשארה); הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית), התשס"ה–2005 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 7.3.05). ושוב, בהצעה מאוחרת יותר מציע ח"כ בשארה להרחיב את חובת הייצוג ההולם בחברות הממשלתיות לכל הדרגות והמקצועות של עובדים בחברות הממשלתיות (לפי המודל של תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה: מינויים). מובן שגם הצעה זו הופכת רלוונטית וישימה רק כאשר יש דרכי ניטור וצמצום המינויים הפוליטיים. ראו: הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב עובדי החברות הממשלתיות), התשס"ה–2004 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.04).

113 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון – הולם), התשס"ו–2006 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 22.5.06 על ידי ח"כ זהבה גלאון). ישנן הצעות שקשה לסווג את תכליתן, כמו למשל ההצעה לתת ביטוי הולם לייצוגם של עולים חדשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות. בנוסח המקורי של ההצעה, הגדרת "עולה חדש" היתה רחבה מאוד, וכללה "מי שעלה לישראל עד 25 שנה טרם מינויו". לפיכך, לא ברור אם שוויונם של העולים החדשים הוא המניע והרציונל של ההצעה, או האפשרות למנות את "אנשי שלומנו". בנוסח הנוכחי היא מגדירה "עולה חדש" כמי שעלה לישראל 15 שנה טרם מינויו. הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 17) (ייצוג הולם לעולים חדשים), התשס"ה–2005, ד"כ 69, 102. נוסף לכך, אין זה משנה כמה צר יוגדר "עולה חדש", יש לזכור שערכים לא ייכנסו להגדרה זו לעולם, ובכך יש משום אפליה.

VI. הערה מתודולוגית

הדברים שלעיל מצביעים על פער בין המשפט עלי ספר לבין המשפט בשטח: במישור החוק הכתוב, ישראל היא מן המתקדמות במדינות העולם בנורמות הייצוג ההולם המצויות במשפט. אך, למעשה, נורמות אלה הן כמעט אות מתה. כדי לנתח את הפער הזה ניתן היה לפנות למספר מנגנונים הסבירים. ברצוני להבהיר מדוע הסברים אפשריים אחרים לפער אינם רלוונטיים בשלב זה של הדיון, ולכן לא נדרשתי אליהם.

ניתן היה לשער, למשל, כי פרק הזמן שעבר מאז חקיקתן של נורמות הייצוג ההולם הוא פרק זמן קצר מדי כדי לשנות דפוסי פעולה וחשיבה ארגוניים, וכי עצם הציפייה שלחוקי הייצוג ההולם תהיה השפעה בתוך תקופה כזו, היא מוגזמת.¹¹⁴ לחלופין, אפשר היה לשער כי הסיבות נעוצות בגורמי מאקרו המקשים על הקבוצות הבלתי מיוצגות להשתלב בשוק העבודה. למשל, היעדר תנאים הולמים לנשים לשרת בעמדות בכירות ותובעניות (כמו הצורך במעונות יום מסובסדים ובהכרה בהוצאה בגין טיפול בילדים כהוצאה מוכרת לצורכי מס), או פערים בהשכלה ובכישורים בין בני הקבוצות הבלתי מיוצגות לבין בני הקבוצה ההגמונית. ניתן היה לנעוץ את הכישלון בהיעדר פיקוח, סנקציות ותמריצים ליישום נורמות הייצוג ההולם, או בעובדה שלא הוקצו משאבים של ממש ליישומן. לחלופין, אפשר היה לחפש את הבעיה במבנה משפטי לא נכון או לא קונקרטי די הצורך של נורמות הייצוג ההולם. אולי, למשל, יש לנסח את חובת הייצוג ההולם באופן יותר חד משמעי (לא "ככל הניתן בנסיבות העניין"), ולקבוע בחקיקה יעדים ברורים (למשל, הגדרה מפורטת ומפורשת יותר מתי ייצוגה של אוכלוסייה מסוימת ייחשב הולם).¹¹⁵ ואולי, לחלופין, צריך היה לקבוע בחקיקה את סדרי העדיפויות בין הקבוצות "המתחרות" על הזכות לייצוג הולם – האם יש לתת עדיפות לקידום נשים או לקידום ערבים? האם סדרי הקדימויות משתנים בהתאם לתחום המינורי הספציפי? ואולי הבעיה נעוצה בהגדרה כללית מדי של "כישורים דומים" של המועמדים שמינויים נשקל?

114 לתיאור ראשיתה של החקיקה והפסיקה בנושא ייצוג הולם בישראל ראו תירוש, לעיל ה"ש 12, בעמ' 192–194.

115 למחקרים המצביעים על קשר בין מידת היותה של הנורמה עמומה או מפורשת למידת הציות לה על ידי ארגונים ראו: Nicholas Pedriana & Robin Stryker, *Political Culture Wars 1960s Style: Equal Employment Opportunity-Affirmative Action Law and the Philadelphia Plan*, 103 *Am. J. Sociol.* 633 (1997) (מצביעים על קורלציה בין היותה של הנורמה מפורשת ודווקנית לבין מידת הציות המוסדי לה). אך השו: Erin Kelly, *The Strange History of Employer-Sponsored Child Care: Interested Actors, Uncertainty, and the Transformation of Law in Organizational Fields*, 109 *Am. J. Sociol.* 606 (2003) (דיווח על ממצאים שלפיהם ארגונים מוצאים דרכים להימנע מיישום נורמה מפורשת, ולפיכך אין קשר בין ספציפיות הנורמה לבין מידת יישומה).

השאלות המשפטיות הן רבות ומרתקות.¹¹⁶ אולם, כפי שהראיתי בדברים שלעיל, שאלות אלה אינן רלוונטיות ויקבלו נפקות רק כאשר יתקיימו תנאי האפשרות למינוי מועמדים מקבוצות בלתי מיוצגות לפי נורמות הייצוג ההולם. כך למשל, אין טעם לעסוק במידת הקונקרטיות של ההוראות כיצד למדוד את כישוריהם של המתחרים במכרז, כיוון שהיום לא מתבצעות במינויים הערכת כישורים עניינית והשוואה בין מועמדים. זו הסיבה לכך שהתמקדתי במאמר זה בתנאי המקדמי של פרקטיקת המינוי – תנאי שבחשיבה המשפטית המושגית¹¹⁷ (או בחשיבה הטרנסצנדנטלית, במונחי של פליקס כהן) אינו שייך ואינו קשור לתחום הייצוג ההולם, אולם למעשה הוא בעל ההשפעה הגדולה ביותר על תחום זה.

VII. סיכום: מה הלאה?

להעדפה מתקנת יש, אם ניתן לומר כך, עלות רגשית. כמו להיבטים אחרים של פוליטיקת הזהויות, קבלת רעיון ההעדפה המתקנת דורש מאיתנו להיפרד, לפחות באופן זמני, מתמונת העולם האוניברסלית, עיוורת הצבעים והמינים, שממנה שואבת התיאוריה הליברלית חלק ניכר מהלגיטימציה שלה. זאת, כיוון שכאשר אנו מתחילים לדבר במונחים של זהויות ונכנסים לעיסוק הלא-חינני של ספירת ראשים, עלינו להשהות את דבקותנו ברעיון השוויון העיוור. אבל הפרקטיקה היומיומית של מינויים עוקפי מכרז לא רק משהה את החזון הליברלי והשוויון, אלא רומסת אותו. לכן, למרות שהעיסוק בהעדפה מתקנת ובמינויים שבהם נשקלת גם ההשתייכות הקבוצתית של המועמדים אינו נעים או מושך במיוחד, מוטב לעסוק בפעולה בלתי נעימה זו על פני עיסוק במינויים פוליטיים, כיוון שיש בבסיסה תכליות ראויות. במילים אחרות, הצורך בחקיקת הוראות לייצוג הולם הוא צורך שעלה בעקבות אימוץ נקודת מבט ריאליסטית – צורך שעלה מן ההתעמתות עם המציאות העגומה של חסימה שיטתית של בני קבוצות בלתי מיוצגות. הרי לכאורה, דיני איסור ההפליה הכתובים עלי ספר היו אמורים למנוע הדרה בלתי מוצדקת של מועמד כשיר, כולל הדרה של בני קבוצות מסוימות. אולם רק כאשר נבחנו הנתונים הממשיים, התחוויר שלשם השגת שוויון אי אפשר להסתפק בנורמות העקרוניות, ויש לפעול "מלמטה", ברמה של נתונים מספריים, של השגת נוכחות פיסית של אנשים שנושאים על גופם

116 לספרות על הפער בין חקיקה למצב בשטח ראו למשל: Hagit Lernau, *A Research Evaluation of the Israeli New Pretrial Detention Act*, 35 *ISR. L. REV.* 266 (2001); Jeb Barnes & Thomas F. Burke, *The Diffusion of Rights: From Law on the Books to Organizational Rights Practices*, 40 *LAW & SOCIETY REV.* 493 (2006).

117 על חשיבה מושגית במשפט ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

אותות סטיגמה בלתי מוצדקת בעקבות מינם, דתם, צבע עורם, או יכולותיהם הפיסיות. ולמרות שהמושג "ייצוג הולם" התחיל מהריאליסטי, הוא התנתק ממנו והגביה עוף לעבר עולם המושגים המשפטיים המופשטים והנשגבים. יש להחזיר את פירושו והפעלתן של נורמות הייצוג ההולם לקרקע, למישור הריאליסטי שממנו צמחו.

במאמר זה טענתי כי למרות החקיקה המקיפה והפסיקה הנמרצת, השיח המשפטי בנושא העדפה מתקנת בישראל, רובו ככולו, אינו רלוונטי לשאלת יישום של החוקים והנורמות הפסיקטיות. הוא אינו רלוונטי כי הוא עוסק בשאלות שהן אמנם שאלות חוקתיות מעניינות ומאתגרות אינטלקטואלית, אבל במצב הקיים אין הן הרבה יותר מאשר מילים בעלמא. לפני העיסוק בשאלות עקרוניות אלה יש לבחון באיזה שיעור מן המינויים בשירות הציבורי יש בכלל לשאלות הללו הזדמנות לעלות. העיסוק בהעדפה מתקנת כיום – בהבנת הדקויות של מנגנוניה, בשאלות החוקתיות שהיא מעוררת וכו' – הוא בבחינת זריית חול בעיני עצמנו.

לעניות דעתי, אין זה מופרך להניח שהדיון בשאלות העולות מנורמת ההעדפה המתקנת כיום לא רק שאינו מועיל, אלא גם מזיק – במובן זה שהוא מסיט את תשומת הלב מהמקום שבו מתרחשים מינויים. זאת משום שהתנאי הראשון וההכרחי להפעלת תכנית כלשהי להעדפה מתקנת הוא קיומו של הליך מסודר, שיטתי, שקוף וענייני, של בחירה בין המועמדים ושקילתם. כל העיסוק בלגיטימיות של העדפה מתקנת ובדרכים הנאותות ליישומה מתרחש כיום מתוך הנחה שהמצב השכיח בשירות הציבורי הוא שמועמדים נבחרים בדרך מושכלת ושיטתית, שהקריטריונים להצלחה בה הם שקופים ככל האפשר. הנחה זו היא הנחה שגויה.

עיסוק מלומד בשאלות התיאורטיות ובסוגיות העקרוניות הוא אכן מושך הרבה יותר מאשר עיסוק בעובדות הלא-נעימות, בנתונים המורכבים ובמציאות "הנמוכה". עיסוק בפרטים הקטנים הוא פעמים רבות טרחני, דקדקני ומתגמל הרבה פחות מאשר חקירת דרכי ההתנגשות והאיזון בין עקרונות נשגבים. אבל, כמאמר הפתגם, הפרטים הקטנים הם, לעתים קרובות, המקום שבו מצוי השטן.

בהתאם למתודולוגיה הריאליסטית של הסקירה שביצעתי, דומני שיהיה זה הולם לארגן את המסקנות לגבי דרכי הפעולה ליישום נורמת הייצוג ההולם בשירות הציבורי לא סביב אידיאלים ומטרות, נורמות ודוקטרינות, אלא לפי חלוקה מוסדית: על מי מוטלת החובה, ולמי יש היכולת, לפעול לכינון מחודש של דרכי מינוי כשרות בשירות הציבורי – ועקב כך ליישום עקרון הייצוג ההולם. זאת, כיוון ששינויה של נורמה חברתית כרוך באיתור פרקטיקות יומיומיות ופנים-מוסדיות שתמכו בקיומה של הנורמה הקודמת, צמחו בצילה ועיגנו את אחיזתה במציאות. חלחולה של הנורמה החדשה תלוי במידת ההיענות של מי שבכוחו לשנות אותן פרקטיקות מוסדיות שקדמו לה. אמנה, לפיכך, מספר מוסדות שמתפקידם וביכולתם להשפיע על הגדלת שוויון ההזדמנויות בשירות הציבורי.

א. נציבות שירות המדינה:

תפקידה הראשון במעלה של הנציבות כגוף מבצע הוא להבטיח הליכי מינוי תקינים בשירות המדינה. כפי שעולה מהנתונים שנסקרו לעיל, המינויים המתבצעים תחת אחריותה של הנציבות אינם מתקיימים בתנאים של תחרות שווה ועניינית, המאפשרת למועמדים להיבחר על פי כישוריהם. על הנציבות להקשיח את מנגנוני הבקרה והפיקוח על מינויים בשירות המדינה כדי לצמצם את המינויים שלא במכרז, במכרזים תפורים, במינויים זמניים וכיו"ב. בסמכותה ומתפקידה של נציבות שירות המדינה לאכוף את הוראות התקשי"ר בנושאים כמו צמצום רדיקלי של תופעת המינויים הזמניים למקרים חריגים ומוצדקים בלבד, העסקת עובדים קבלניים רק למשימות המצדיקות זאת מעצם טיבן, צמצום רשימת המינויים ב"משרות אמון" ופיקוח על איכותם של מינויים אלה. נוסף לכך, עליה לפעול לחיזוק טוהרו, שוויוניותו וענייניותו של מנגנון המינוי במכרז: הקפדה על פרסום מכרזים באופן פומבי, על האנונימיות של ועדת הבוחנים, על תיקוף והתאמה של המבחנים בוועדות, וכו'.

לאור ההבנה כי מינויים בלתי תקינים פוגעים באוכלוסיות בלתי מיוצגות, על הנציבות לבנות מנגנונים מינהליים קשיחים יותר המאפשרים פסילת מינויים שאינם מביאים בחשבון את שיקול הייצוג ההולם. כך למשל, על הנציבות לשקול לאמץ את הפרקטיקה המוצעת בהצעת חוק מ-2002 שעברה בקריאה ראשונה אך לא התקדמה מאז. הצעה זו מבקשת להוסיף לסעיף 15א לחוק המינויים את ההוראה הבאה:

נציב שירות המדינה רשאי להורות כי לא ייקלט עובד חדש שאינו נמנה על קבוצה מהקבוצות המנויות בסעיף קטן (א) במשרד או ביחידת סמך, בדרגה או במקצוע מסוים, אם ראה שלא ננקטו האמצעים הנדרשים בנסיבות העניין, אשר יש בהם כדי לאפשר ולעודד ייצוג הולם, וכל עוד לא ננקטו אמצעים כאמור.¹¹⁸

לעניות דעתי, אין צורך בהסמכה חקיקתית להוראה כזאת, והיא נגזרת מסמכויות הנציב לפי סעיף 15א בנוסחו הנוכחי.

נוסף לכך, על נציב שירות המדינה מוטלת החובה להכין תכניות ליישום עקרון הייצוג ההולם (לפי סעיף 15א(ה) לחוק המינויים). דו"חות הנציבות בעניין ייצוג הולם כללו עד היום נתונים סטטיסטיים בלבד על ייצוג נשים או ערבים בשירות המדינה. חוק המינויים מסמיך את הנציב לעשות הרבה יותר מכך לשם השגת ייצוג הולם: לקבוע הוראות להשגת ייצוג הולם, לקבוע דרכי בחינה של מועמדים מהאוכלוסיות הבלתי מיוצגות, להתייעץ עם ארגונים המייצגים קבוצות אלה, ולקבוע יעדים להשגת

118 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם), התשס"ב-2002, ה"ח 3147, עמ' 716.

ייצוג הולם. תכניות או פעולות כאלה אינן בנמצא. וכשייצאו לפועל, עליהן לכולל מאבק בדפוסי המינוי הבלתי תקינים בשירות המדינה.

ב. ארגונים לא ממשלתיים הפועלים לקידום קבוצות בלתי מיוצגות:

במקביל לפיקוח של הנציבות, או למצער – בהיעדר פיקוח כזה, יש לתקוף פרקטיקות מינוי פסולות בבתי המשפט, בטענה שפרקטיקות כאלה פוגעות בייצוג הולם ולכן אינן חוקיות, ופוגעות בעקרונות השוויון, ולכן גם אינן חוקתיות, וזאת גם בהיעדר עותר קונקרטי שנפגע מן המינוי הבלתי תקין. אסביר.

עד עתה, טענות של ארגונים לא ממשלתיים בנושא ייצוג הולם (ובראשם שדולת הנשים) תקפו הליכי מינוי רק כאשר היה מועמד לתפקיד מקרב בני הקבוצה הבלתי מיוצגת ומועמד זה לא זכה במינוי. כעת, לאור ההבנה שכל הליך מינוי שלא מתקיימת בו בחינה עניינית של כישורי המועמדים פוגע בקבוצות בלתי מיוצגות, נראה שיש מקום לטעון לפסלות הליכי מינוי בלתי תקינים בנימוק של הפגיעה בייצוג הולם, גם כאשר בין המועמדים לא התחרה מועמד מהקבוצה הבלתי מיוצגת.

במילים אחרות, ארגונים המייצגים קבוצות בלתי מיוצגות, כמו נשים, ערבים, אתיופים, או אנשים עם מוגבלויות, אינם צריכים להמתין למקרה שבו מבין המועמדים במינוי לא נבחר המועמד שלהם כדי לתקוף את המינוי כעותרים ציבוריים, בנימוק שהוא פוגע בקבוצות שאותן הם מייצגים. זאת כיוון שכפי שהראיתי לעיל, ברוב המינויים בשירות הציבורי יש מועמד אחד, ידוע מראש, שמתמודד על התפקיד ונבחר אליו. אם יש מועמד אחד (או אף אם מתקיימת מראית עין של תחרות, שבה אין סיכוי ממשי למועמדים הבלתי מועדפים), פשיטא שלא היתה אפשרות למועמדים אחרים, קל וחומר – למועמדים מקבוצות בלתי מיוצגות, להתחרות על התפקיד. הטענה שלפיה תפקיד ספציפי או קבוצת משרות לא נפתחו למכרו ולכן פוגעים בסיכויים לייצוג הולם, נראית עילה סבירה וקבילה בהחלט לפסילת הליכי מינוי בלתי נאותים – גם כאשר אין בין המתחרים מועמד מן הקבוצה הבלתי מיוצגת.

כיוון שהמינוי הבלתי נאות חוסם את אפשרות התחרות השווה של בני קבוצות לא-מיוצגות, הרי שעל ארגונים שאינם ממשלתיים להתייחס לכל מינוי בשירות הציבורי שנעשה בדרכים בלתי נאותות כאל פגיעה בקבוצה שהם מייצגים.

ג. משרד מבקר המדינה:

משרד מבקר המדינה תורם תרומה של ממש למלחמה במינויים פוליטיים ובלתי תקינים. עם זאת, עליו לאסוף נתונים וממצאים מתוך הכרה בקשר שבין מינויים בלתי תקינים לפגיעה בייצוג הולם. הביקורת על מינויים לא-תקינים בדו"חות מבקר

המדינה צריכה לכלול גם נתונים על שיוכם הקבוצתי של המתמנים – כגון מינם, דתם, ומידת מוגבלותם. נתונים כאלה, בדבר הפרופיל של הממונים בדרכים עוקפות מכרו ועל התפלגות הייצוג שלהם, יספקו נתונים מספריים לגיבוי הטענה שהייצוג ההולם נפגע ממינויים בדרכים בלתי ראויות.¹¹⁹

ד. שרי הממשלה:

מנגנון נוסף ורדיקלי להבטיח את מינויין של קבוצות בלתי מיוצגות הוא שריון משרות השמורות רק לבני קבוצות אלה (כלומר, קביעת מכסות). נראה שהמחוקק הישראלי הסכין עם מנגנון זה, כאמצעי זמני הכרחי. כך למשל, סעיף 15א(ב)(2) לחוק המינויים (כפי שתוקן בשנת תשס"ה) מסמיך את הממשלה לקבוע מכסות (קוטרות) לאוכלוסיות בלתי מיוצגות:¹²⁰

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.

למינוי בדרך של קוֹטָה יש חסרונות רבים, ובכללם החשש מפגיעה יתרה בשוויון ובאיכות המתמנים. וכפי שמציינת ענת מאור, גם "ההתנגדות הרבה שהיא מעוררת לא אחת, והיישום הפורמלי שאינו מלווה השקעה מספקת בהתאמות הנדרשות וביצירת מערך של חינוך, הסברה, והכשרה הולמים".¹²¹ ניתן להעלות טיעון, שלפיו קביעת מכסות היא אמצעי הכרחי במצב שבו המלחמה במינויים הבלתי תקינים נכשלת שוב ושוב. איני רוצה לנקוט עמדה נחרצת בעניין זה. אציין רק שהנתונים מורים על כך שגם האמצעי החזק של קביעת מספר משרות שמיועדות רק לבני קבוצה מסוימת אינו מצליח – כפי שמורים הנתונים לגבי יישום החלטות הממשלה לקביעת משרות ייעודיות לערבים¹²² – וניתן לשער שלתופעת המינויים הבלתי תקינים יש חלק בכישלון זה. באורח מינורי יותר, על שרי הממשלה לדרוש מנציב שירות המדינה

119 לשמחתי, לאחרונה, כחלק מהמאבק במינויים פוליטיים, אכן החלו דו"חות המבקר לעמוד על כך שמינויים פוליטיים פוגעים בעקרון הייצוג ההולם. זוהי התפתחות מבורכת, אך אין היא שלמה. יש לקוות שאיסוף הנתונים על אודות המינויים הבלתי תקינים יכלול גם נתונים קונקרטיים על השתייכותם הקבוצתית של המתמנים בדרכים פסולות, וזאת – כדי ללמוד באיזו מידה הם מהווים חלק מן הקבוצות ההגמוניות ובאיזו מידה הם מהקבוצות הבלתי מיוצגות.

120 האחריות להציע לממשלה תכנית כזאת מוטלת על נציב שירות המדינה.

121 ענת מאור "מבוא: היעדים והאמצעים של מדיניות ההעדפה המתקנת" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15, ובעמ' 19.

122 ראו עואד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 3-5.

להגיש להם את דו"חות ההתקדמות ואת הנתונים הנדרשים לפי סעיף 15 לחוק המינויים.

ה. חברי הכנסת:

על חברי בית המחוקקים לחסום את הנסיונות החקיקתיים העיקשים לצמצום סמכויותיה של הוועדה לבדיקת מינויים ולהרחבת הסמכות למינויים בלא מכרז. נוסף לכך, נכון לעכשיו, לפחות, נדמה לי שעל חברי הכנסת להבין שחקיקה חדשה להרחבת נורמת הייצוג ההולם לא תשיג את מטרותיה עד שלא ישוקמו הליכי המינוי התקינים בשירות הציבורי.

בהקשר זה יש לציין את הצעות החוק האחרונות, שזכו לתמיכתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת: הצעת חוק ייצוג הולם בקרב עובדי רשויות שהוקמו בחוק, התשס"ז–2007¹²³ והצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 24) (ייצוג הולם בקרב עובדי חברות ממשלתיות), התשס"ז–2007¹²⁴. הצעות אלה מבקשות להרחיב את חובת הייצוג ההולם באופן ניכר גם לרשויות שהוקמו בחוק, וגם לכל הדרגים בחברות ממשלתיות. ההצעות מסמיכות את הנהלות הגופים הנ"ל לנקוט צעדים וליצור תכניות לייצוג הולם, ומטילות עליהן חובת דיווח לוועדת החוקה ולממשלה, בדומה למודל שנקבע בסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים).

יש שיטענו שקיים ערך סימבולי לחקיקה חדשה שמחזקת את מחויבותו של המשפט הישראלי לייצוג הולם. למרות שאני ערה לחשיבותו הסימבולית של המשפט, במקרה זה, לעניות דעתי, יהיה הנזק רב מן התועלת. חקיקה פרוגרסיבית חדשה עשויה ליצור תחושה שקורים דברים יפים וחשובים בתחום ההעדפה המתקנת, ולהסיט את תשומת הלב מהפעולות האפקטיביות להשגת ייצוג הולם.¹²⁵ במונחים שבהם נפתח מאמר זה, החקיקה החדשה עלולה לקבע את הייצוג ההולם במישור האידיאלי של עקרונות משפטיים נשגבים – מישור זה הוא מרתק, אך בה-בעת בלתי מושג וחסר ביטוי קונקרטי בעולם המעשה.

נוסף לכך, ואף חמור יותר, פעילות סימבולית ענפה עלולה להטיל עול של דימוי

123 ה"ח (כנסת) 140, עמ' 118 (13 במרס 2007).

124 שם, עמ' 120. כן ראו, באותה רוח, תזכיר הצעת חוק להרחבת ייצוג הולם בשירות הציבורי (תיקוני חקיקה), התשס"ז–2007 (נוסח לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 10.7.1997, עותק מצוי בידי המחברת). הצעה זו מבקשת להרחיב את חובת הייצוג ההולם, כך שתחול גם על רשויות מקומיות ותאגידים שהוקמו בחוק, וכן על כל עובדי החברות הממשלתיות, ולא רק על הרכב הדייקטוריון. בנוסף, ההצעה מבקשת להחיל את חובת הייצוג ההולם באופן אחיד על כל האוכלוסיות המוגנות: נשים, אנשים עם מוגבלויות, ערבים, דרוזים וצ'רקסים, וכן יוצאי אתיופיה או בניהם.

125 ראו משה מאור, לעיל ה"ש 97.

שלילי על בני הקבוצות הבלתי מיוצגות הנמצאים בשירות הציבורי (הם תמיד יהיו חשודים שהגיעו לא בשל כישוריהם אלא בשל העדפה מתקנת).¹²⁶ המחיר של הדימוי השלילי הוא אולי מחיר שווה לשלמו כאשר אכן מיושמות תכניות להעדפה מתקנת המביאות לייצוג הולם – אך כאן יוצאים בני הקבוצות הבלתי מיוצגות קירחים מכאן ומכאן: גם לא נהנים מתכניות ההעדפה המתקנת, וגם סובלים מהסטיגמה של מי שנהנה מתכניות אלה.

ו. ועדות הכנסת:

הרבה מההוראות החקיקתיות לייצוג הולם קובעות מנגנון, שלפיו ועדות הכנסת יבצעו ניטור (monitoring) בדרך של דרישת נתונים מהרשות המבצעת. למשל, סעיף 15א לחוק המינויים מסמיך בקשת נתונים לפי מודל סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים). ועדת הכנסת מקבלת נתונים שנתיים מן הנציבות, אך הם כוללים "ספירת ראשים בלבד" ולא דין וחשבון באשר לפעולות שננקטו להשגת ייצוג הולם, כנדרש בחוק (סעיף 15א(ז) לחוק).¹²⁷ נוסף לכך, על הוועדה לדרוש לא רק נתונים בדבר ייצוגם של בני האוכלוסיות הבלתי מיוצגות, אלא גם נתונים ותכניות המתבססים על התוכנה שמינויים בלתי כשרים פוגעים בייצוג הולם. במילים אחרות, כחלק מהמאמצים להשגת ייצוג הולם, על הוועדה להתמקד בהשגת הליכי מינוי תקינים, שבהם מתבצעת השוואה עניינית של המועמדים.

126 הממצאים הם הפוכים: נשים וערבים בשירות המדינה הם, מבחינה סטטיסטית, בעלי שנות השכלה רבות יותר ותארים מתקדמים רבים יותר מאשר המקבילים להם בתפקיד. ראו למשל פרוטוקול ועדת המשנה למעקב אחר יישום הוראות חוק שירות המדינה (מינויים) – ייצוג הולם, מיום 1.4.04 (הצגת ממצא שלפיו לעובדים הערבים בשירות המדינה יש שיעור גבוה הרבה יותר של תארים שניים ושלישיים). כן ראו עואד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 6 (הצגת נתונים המראים על יתרון ניכר בהשכלה של עובדים ערבים בשירות המדינה על פני כלל העובדים בשירות ובמשק).

127 קיימים מודלים נוספים באותה רוח. למשל, לגבי משרות בכירות בשירות החוץ והביטחון – יש הצעת חוק המבקשת להפעיל מנגנון פיקוח של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת על מינוי שגרירים, יועצים וקונסולים שאינם עובדי משרד החוץ. כך שכל מינוי כזה יובא לאישור הוועדה, למניעת פוליטיזציה. הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי בהתייעצות עם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת), התשס"ו–2006 (פ/17/271) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 29.5.06). ראו גם הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי בהתייעצות עם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת), התשס"ה–2005 (פ/3452) (הונחה על שולחן הכנסת ביום 30.3.05). מדברי ההסבר של ההצעה: "לאחרונה נשמעו קולות הטוענים שמינויים של אנשי ציבור לתפקידים בכירים בשגרירויות ישראל בחו"ל, נובע לעיתים משיקולים אישיים או מפלגתיים שמן הראוי שהכנסת תפקח עליהם. מוצע לפיכך לקבוע חובת התייעצות עם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לגבי מינויים של תפקידים בכירים אלו".

ז. אקדמיה משפטית:

על עמיתיי באקדמיה, כמו גם עלי עצמי, להימנע מהפיתוי לקיים דיונים מלומדים על ההיבטים התיאורטיים והחוקתיים המרתקים של ההעדפה המתקנת, לפני מתן דעתנו על הדרכים לשיקום הליכי המינוי התקינים בשירות הציבורי.

ח. אפילוג: המשפט מנקודת מבטו של "האיש הרע"

פתחתי את המאמר בדבריו של פליקס כהן, אחד הדוברים הבולטים של הריאליזם המשפטי האמריקני. אסיים באוליבר וונדל הולמס, קול בולט אחר של תנועה זו. השאלה מהו המשפט, כתב הולמס, צריכה להיבחן לא דרך קריאת ספרי החוקים או פסקי הדין, אלא מן הזווית של "האיש הרע", השואל באיזו מידה תהיה לחוק השפעה מעשית עליו ועל פעולותיו:

Take the fundamental question, What constitute the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.¹²⁸

והנה, כאילו על-מנת להדגים את טענתו של הולמס לפיה החוק הוא לא מה שכתוב בספר החוקים, אלא מה שעושות רשויות המשפט והאכיפה למעשה, דבריו של צחי הנגבי, משפטן בעצמו ואחד השרים שנמצא שמינה מספר רב ביותר של מינויים פוליטיים:

אני לא טוען שהתופעה לא זכתה לביקורת חריפה. אני אומר דברים מדויקים: התופעה של מעורבות שרים בתוך משרדיהם לא זכתה לפעולת אכיפה של מערכת אכיפת החוק... למרות הביקורת, מערכת אכיפת החוק לא חשבה שהיא פסולה כך שהיא מחייבת חקירה פלילית או העמדה

Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in COLLECTED LEGAL PAPERS 167, 172–173 128 (1920).

לדין. מכאן אתה למד שגם אם על התופעה הזו יש ביקורת חריפה היא אינה עולה כדי הפעלת רשויות אכיפת החוק. כלומר במשתמע, הפעילות מותרת. ואם היא מותרת אי אפשר להפוך אותה לאסורה במבט צופה פני אחר. אתה חייב להבהיר שמכאן ואילך הנורמה אסורה... זו היתה השיטה. עד היום זה קורה בתקנים הללו. ממשיכים למנות אנשים ללא שוויוניות על סמך קשרים עם דרגי המקצוע ועם שרים. רוב המינויים שמוגדרים בכתב האישום כמינויים פוליטיים היו על בסיס שיטה שדוחה שוויוניות.¹²⁹

הדברים הללו מדברים בעד עצמם. העושים במלאכת המינויים משיבים באופן חד משמעי על השאלה היכן מצוי המשפט: אם זה לא אסור, זה מותר. מן הזווית של "האיש הרע", המדיניות לייצוג הולם היא מדיניות סימבולית בלבד, שאין מאחוריה כוונת יישום כל עוד אין נקטים צעדים ממשיים לאכיפתה.¹³⁰ למרות העיסוק הנלהב של דברי חקיקה, פסקי דין, דו"חות וכתבי מלומדים בייצוג הולם – כל עוד לא נעבור מרמת העקרונות לרמת המעשה, לא ישתנה דבר בהגברת נגישותן של אוכלוסיות בלתי מיוצגות למוקדי כוח בשירות הציבורי.

129 גידי וייץ "עשו את זה קודם, לפני" מוסף הארץ 6.10.06. כן ראו דו"ח ביקורת על מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה (2005).

130 ראו משה מאור, לעיל ה"ש 97 (ניתוח מדיניות הייצוג ההולם בשירות המדינה כמדיניות סימבולית בלבד, שאין כוונה ממשית ליישמה).

