בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5660/10

בפני: כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרות: 1. עמותת איתך - משפטניות למען צדק
2. שדולת הנשים בישראל
3. עמותת כ"ן - כח נשים לקידום מנהיגות נשים בישראל

נ ג ד

המשיבים: 1. ראש ממשלת ישראל
2. ממשלת ישראל
3. הועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: א' באלול התש"ע (11.8.10)

בשם העותרות: עו"ד ע' טהון-אשכנזי; עו"ד נ' זיו; עו"ד ק' שמש-פרלמוטר

בשם המשיבים: עו"ד ח' אופק

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 (להלן: וועדת טירקל) מורכבת מגברים בלבד. העותרות, עמותות האמונות על קידום זכויות נשים בישראל, טענו לפנינו כי הליכי המינוי לוועדה והרכבה הנוכחי – לאחר שמספר חבריה הורחב משלושה לחמישה – עומדים בניגוד להוראותיו של חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה או החוק) ועל רקע זה הן ביקשו להורות על מינוין של נשים כחברות בוועדה. לאחר שניתן צו על תנאי בעתירה בהחלטת השופט א' גרוניס מיום 5.8.2010, ולאחר התייעצות שקיימנו בעקבות דיון שנערך בפנינו ביום 11.8.2010, המלצנו למשיבים לשוב ולשקול את עמדתם שלפיה אין מקום למנות, בשלב זה, נשים כחברות בוועדת טירקל. ואולם, בתגובה משלימה שהוגשה לנו לאחר הדיון, הובהר כי המשיבים איתנים בעמדתם זו. לאחר כל אלה ניתן על-ידינו ביום 12.8.2010 צו מוחלט המורה לממשלה לדון,

לא יאוחר מיום 29.8.2010, בצירוף של אישה אחת לפחות שאותה תמצא הממשלה ראויה לכך, כחברה נוספת בוועדת טירקל. בצד האמור הובהר, כי אם עד למועד זה יוצע המינוי לחמש נשים שהתפקיד לא הוצע להן עד כה וכולן לא יסכימו לקבלו – תצא הממשלה בכך ידי חובתה לפי חוק שיווי זכויות האישה, והצו המוחלט שניתן על-ידינו יבוטל. עוד הבהרנו, כי אין אנו מורים על עיכוב דיוני הוועדה. מפאת קוצר הזמן, ניתנה החלטתנו ללא נימוקים ואלה יובאו עתה בהרחבה.

הרקע העובדתי לעתירה

1. אור ליום 31.5.2010 קרב לחופיה של ישראל משט של אוניות שמטרתו היתה, לטענת מארגניו, להעביר לרצועת עזה סיוע הומניטארי. זאת, תוך פריצת הסגר הימי שהטילה מדינת ישראל על רצועת עזה, אשר נועד, כפי שהצהירה המדינה, למנוע החדרת נשק ואמצעי לחימה לארגון "חמאס" השולט ברצועה. כמתואר בפסק דינו של בית משפט זה בבג"צ 4169/10 כהן נ' שר הביטחון (לא פורסם, 2.6.2010), במסגרת פעולה לעצירת המשט, הונחתו חיילי צה"ל על סיפונה של ה"מרמרה", אחת האוניות שהשתתפו במשט, והגדולה שבהן. החיילים שהונחתו על הספינה נתקלו בתגובה אלימה מצד משתתפי המשט. הם הותקפו בסכינים, באלות ובמוטות ברזל, ואחד מהם הושלך מסיפונה של ה"מרמרה". החיילים נאלצו להגיב כדי להגן על חייהם, ובניגוד למצופה ולדאבון הלב, הובילה הפעולה לאבידות בנפש ובגוף: תשעה מבין משתתפי המשט מצאו את מותם, וחיילים ומשתתפים אחרים במשט נפצעו. בסופו של דבר, מנע צה"ל את המשך תנועת האוניות שהשתתפו במשט לעבר הרצועה, והנוסעים שהיו עליהן נעצרו, ובהמשך הוחזרו למדינותיהם.

2. על פעולה זו נתמחה ביקורת, בין היתר, על-ידי מדינות וגופים בינלאומיים, ולאחריה, החליטה הממשלה על בדיקת האירוע, בדגש על "טענות הקשורות למישור הבינלאומי". בהתאם, מינתה הממשלה בהחלטה מס' 1796 מיום 14.6.2010 (להלן: החלטה 1796) וועדה ציבורית בלתי תלויה, בראשותו של שופט בית המשפט העליון בדימוס, יעקב טירקל. בהחלטה צוין, כי מלבד השופט טירקל, יהיו חברים בוועדה פרופ' שבתאי רוזן, מומחה למשפט בינלאומי, והאלוף (במיל') עמוס חורב. עוד צוין, כי נוכח נסיבותיו החריגות של האירוע, ימונו שני מומחים זרים שישמשו כמשקיפים, וייטלו חלק בדיונים ובהתייעצויות שתערוך הוועדה, מבלי שתינתן להם זכות הצבעה. המשקיפים שמונו הם הלורד דיוויד טרימבל, חתן פרס נובל לשלום ומי ששימש, במשך שנים רבות, כחבר הפרלמנט הבריטי; ומר קן ווטקין, אשר שימש בעבר כפרקליט הצבאי הראשי של קנדה, וכיועץ משפטי של הצי הקנדי. על הוועדה הוטל לבחון היבטים שונים של הפעולה שננקטה למניעת הפרתו של הסגר הימי, כמפורט בסעיפים 4 ו-5 להחלטה 1796.

3. ביום 21.6.2010 פנתה העותרת 1 למשיבים 1 ו-3, במכתב, שבו טענה, בין היתר, כי על וועדת טירקל חל ההסדר הקבוע בסעיף 3ג6(ב) לחוק שיווי זכויות האישה, ומשכך, היה על הוועדה לכלול נשים בין חבריה. במענה לפניה זו, נשלח לעותרת 1 ביום 4.7.2010 מכתב מאת עו"ד שלומית

ברנע-פרגו, היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, שבו נכתב כך:

> "ערב קבלת החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה הציבורית הבלתי תלויה לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.2010, עמדה לעיני ראש הממשלה ומקבלי ההחלטות הדרישה המופיעה בחוק, ואכן נעשה מאמץ למנות נשים לוועדה. בהתאם לכך, נעשתה פניה לשלוש משפטניות ידועות שם בתחום הבינלאומי, אולם המשפטניות שפנו אליהן סירבו לבקשה, כל אחת מטעמיה האישיים. עיון בנושאים שהוועדה מוסמכת לדון בהם מעלה כי יש צורך שלחבריה יהיה ידע נרחב בתחום המשפט הבינלאומי, בתחום המדיני ובתחום הצבאי. לפיכך, מונו לוועדה שופט בית המשפט העליון (בדימוס) יעקב טירקל, פרופ' שבתאי רוזן, מומחה בעל שם עולמי למשפט בינלאומי וחתן פרס ישראל למשפט, והאלוף (מיל.) עמוס חורב, מומחה צבאי בעל רקע בטחוני וציבורי עשיר. כמו כן, מונו לוועדה שני משקיפים זרים (...) לאור האמור, נקבע כי בנסיבות העניין, משלא נמצאו נשים שיש להן מומחיות בנושאים הנזכרים אשר נתנו את הסכמתן לשמש כחברות בוועדה, קיים קושי של ממש לתת ייצוג הולם כנדרש בוועדה האמורה".

4. על יסוד החלטת ממשלה נוספת מיום 4.7.2010, חתם שר המשפטים ביום 5.7.2010, בהתאם לסעיף 8א (א) לחוק הממשלה, התשס"א-2001 (להלן: חוק הממשלה) על כתב הסמכה המקנה לועדת טירקל סמכויות לפי סעיפים 9-11 ו-27(ב) לחוק וועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: חוק וועדות חקירה). זאת, בכפוף למגבלות שנקבעו בסעיף 6(ג) להחלטה 1796, שעניינן מתכונת איסוף המידע על-ידי הוועדה מאנשי צבא וכוחות הביטחון. לאחר מספר פגישות עבודה שקיימה הוועדה, ביקש העומד בראשה להרחיבה. על רקע הפרסומים בדבר הרחבת הוועדה, פנתה העותרת 1 בשנית למשרד ראש הממשלה ובמכתבה מיום 14.7.2010 הדגישה, בין היתר, כי לעמדתה, נוכח הרחבת הרכבה של הוועדה, יש לשוב ולפעול למינוי חברות בה, כמצוות המחוקק. במענה לפנייה זו, השיבה היועצת המשפטית של משרד ראש הממשלה ביום 22.7.2010, כי ביום 25.7.2010 עתידה הממשלה לדון בהצעה למנות לוועדת טירקל שני חברים נוספים: פרופ' מיגל דויטש ומר ראובן מרחב. בהתייחס לטענותיה של העותרת 1 בעניין הצורך למנות נשים לוועדה צוין:

> "עובר לגיבוש ההצעה, נבחנו המועמדים המוצעים וכן נבחן מינוין של נשים לוועדה. לאחר בחינת מכלול הנסיבות, לרבות המאמצים שנעשו על-ידי יו"ר הוועדה, כבוד השופט (בדימוס) מר יעקב טירקל, לאתר מועמדות לכהן כחברות בוועדה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין מניעה משפטית לאישור המינויים המוצעים".

5. תיאור מפורט יותר של המאמצים שנעשו על מנת לאתר מועמדות נשים לכהונה בוועדה מצוי במכתביו של מְרַכֵּז הוועדה, מר הושע גוטליב, אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 14.7.2010 ומיום 19.7.2010. במכתב מיום 14.7.2010 צוין, כי במשך תקופה של כשבועיים ימים לפחות, מאז נתקבלה ההחלטה העקרונית בדבר הצורך להגדיל את מספרם של חברי הוועדה, הושקע מאמץ רב לסייע לשר המשפטים באיתור חברים נוספים, אולם למרבה הצער מספר מועמדים בעלי שיעור קומה נפסלו בשל חשש לדעה קדומה. בהתייחס לטענה שלפיה בהיעדרה של חברה-אישה מהרכב הוועדה קיים טעם

לפגם, ציין מרכז הוועדה, כי במסגרת ניסיונות האיתור של חברי ועדה נוספים, שוחח יו"ר הוועדה מספר פעמים עם פרופסור למשפטים המתמחה במשפט בינלאומי, אולם היא עמדה בסירובה להצטרף לשורות הוועדה. יו"ר הוועדה אף שוחח עם פרופסור אמריטוס, מומחית למשפט בינלאומי, אשר סירבה אף היא להצטרף לוועדה. בנוסף, מרכז הוועדה נפגש בארצות הברית עם פרופסור ישראלית, מומחית לדיני לחימה, אולם גם בחזית זו – נתקל בסירוב. בהמשך צוין, כי גם לאחר שיו"ר הוועדה העביר לשר המשפטים את המלצתו בדבר שני המועמדים החדשים, הוא שב ובחן שבע מועמדות פוטנציאליות נוספות, אולם לא מצא מביניהן מועמדת מתאימה.

6. במכתב מיום 19.7.2010, שב וסקר מרכז הוועדה את הפניות למועמדות שאליהן התייחסנו לעיל, ובנוסף הוא ציין, כי יו"ר הוועדה הציע מועמדת נוספת – אשת צבא לשעבר – אשר נפסלה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, שסבר כי תפקידה הצבאי מעמיד אותה במצב של ניגוד עניינים. בהמשך צוין, כי רק לאחר סירובן של המועמדות שלעיל – שהפניות אליהן לא נעשו מטעמים מגדריים אלא על רקע כישוריהן – בחן יו"ר הוועדה מספר מועמדים ומועמדות נוספים שהוצעו לו, אולם סבר שאינם מתאימים לשמש כחברים בוועדה. במכתב הוסבר, כי לאחר שיו"ר הוועדה נואש מלמצוא מומחה לדין הבינלאומי, הוא פנה לפרופ' מיגל דויטש, המתמחה בתחום המשפט הפרטי. עוד צוין, כי כישוריו וסגולותיו האישיות של פרופ' דויטש כמי ששימש מרכז הוועדה להכנת הקודקס האזרחי בראשותו של הנשיא (בדימוס) אהרון ברק, ו"כחבר בוועדה להכנת חוק ירושה בראשותו של השופט י' טירקל, לרבות ההיכרות האישית איתו, מעמידים אותו כמועמד ראשון במעלה שיוכל לתרום תרומה ייחודית לעבודת הוועדה". גם בשלב זה, כך צוין, לא אמר יו"ר הועדה נואש בכל הנוגע לניסיונות לאתר מועמדת נוספת, אולם משעלתה על הפרק מועמדותו של מר ראובן מרחב, הוא סבר כי ניסיונו המקצועי המגוון והעשיר הופכים אותו למועמד אשר יוכל להרים תרומה ייחודית לעבודת הוועדה. בהמשך לכך – ולאחר שיו"ר הוועדה העביר את רשימת השמות של המועמדים המומלצים כחברים נוספים בוועדה לשר המשפטים – הוצגו ליו"ר הוועדה על-ידי עוזרו של היועץ המשפטי לממשלה שמותיהן של עשר מועמדות נוספות "שנשאו/נושאות בתפקיד בכיר בשירות הציבורי או שהינן מהאקדמיה ומובילות בתחומי מחקרן", אולם יו"ר הוועדה "לא מצא מביניהן מי שתרומתה לוועדה עולה כדי תרומתם של פרופ' דויטש או מר מרחב". בהמשך, נבחנה אפשרות צירופה של מועמדת מתאימה, אולם בבדיקה נוספת נמצא כי מועמדת זו "הביעה עמדה באופן דומה לזו שהובעה על-ידי מספר רב של מועמדים, שכבר נפסלו על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה". את מאמציה של הוועדה והעומד בראשה לאתר מועמדות לכהונה בוועדה על רקע הוראותיו של חוק שיווי זכויות האישה, סיכם מרכז הוועדה כך:

> "בנסיבות המתוארות נראה איפוא שהמאמצים הכנים שהושקעו באיתורן של המועמדות, אף שלא חוק שיווי זכויות האישה עמד בבסיס הפניות אליהן, אלא מומחיותן והתאמתן לשמש כחברות בוועדה, עולה כדי החובה האקטיבית של הרשות לפעול לאיתורן של נשים מתאימות לשמש כחברות בוועדה. למעלה מן הצורך יוער, כי לשון החוק בעניינו, מחילה מבחן גמיש לפיו יינתן הביטוי ההולם

'בנסיבות העניין' (סעיף 6ג1(ב) לחוק שיווי זכויות האישה), ולא בכדי. ברי, שכוונת המחוקק אינה החלת קריטריון דווקני, לפיו ימונו נשים לוועדה ציבורית, תוך התעלמות מכל שיקול אחר. דומה כי נסיבות עניינו, בו עשה יו"ר הוועדה מאמצים בלתי פוסקים לצרף נשים לוועדה – ולמגינת ליבו לא עלה הדבר בידו – הן 'נסיבות העניין' שבהן יש להעדיף אינטרסים ציבוריים אחרים. ויודגש, הפסיקה העוסקת בקידום הייצוג ההולם לנשים ובפרט זה המתואר בסעיף 6ג1, אינה עוסקת במקרים בהם פנה הגוף הממנה למועמדות אשר סירבו לקחת חלק בהרכב הוועדה. לא כן פני הדברים בענייננו".

7. לאחר כל אלה, אישרה הממשלה, בהחלטה מס' 2134 מיום 25.7.2010 (להלן: החלטה 2134) את מינוים של מר ראובן מרחב ופרופ' מיגל דויטש כחברים נוספים בוועדה. יצוין, ולעניין זה נידרש עוד בהמשך, כי בסופה של החלטה 2134 – היא ההחלטה בעניין הרחבת הרכב הוועדה – נאמר כי "הממשלה רושמת לפניה את ההצעה האומרת שאם נדרש להרחיב את הפורום האמור ניתן יהיה לבוא עם הצעה נוספת". ועדת טירקל החלה זה מכבר במלאכתה. ביום 9.8.2010 העיד בפניה הוועדה ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו; ביום 10.8.2010 העיד בפניה שר הביטחון, מר אהוד ברק; וביום 11.8.2010 העיד בפניה הרמטכ"ל, רב-אלוף גבי אשכנזי. בהמשך צפויים להעיד בפניה עדים נוספים.

טענות העותרים

8. בלב העתירה שלפנינו ניצבת הטענה שלפיה סעיף 6ג1(ב) לחוק שיווי זכויות האישה חל על וועדת טירקל, שהיא וועדה ציבורית כהגדרתו של מונח זה בחוק, וכי היעדרן של נשים מהרכב הוועדה מצביע על מסקנה אחת ואין בלתה, והיא שהמשיבים לא פעלו בהתאם להוראות החוק. בגדרי העתירה נטען, כי הפניה הראשונית לשלוש משפטניות בלבד אינה עולה כדי מילוי אחר הוראות החוק, אולם הטענה העיקרית – שבה יתמקד הדיון שלפנינו – היא כי ההחלטה להרחיב את הרכב הוועדה, בד בבד עם הרחבת סמכויותיה ותחומי ההתמחות של חבריה – דבר הנלמד מזהות חבריה החדשים, חייבה את המשיבים לשוב ולפעול לאיתור ומינוי נשים מתאימות לכהונה בוועדה, ואת חובתם זו הם לא מילאו. בהקשר זה נטען, כי בשלב השני, עמד לרשותם של המשיבים פרק זמן סביר – כשלושה שבועות – שבמהלכו ניתן היה, על נקל, לאתר חברה לוועדה. עוד נטען, כי הרחבתם האמורה של תחומי המומחיות שהוגדרו כתנאי לחברות בוועדה הגדילה את המאגר הפוטנציאלי של נשים שהיו יכולות לשמש כחברות בוועדה, וספק אם לאחריה נעשו מאמצים נוספים על מנת לאתר מועמדות מתאימות. העותרות מדגישות, כי במסגרת מאמצי האיתור של מועמדת הולמת היו יכולים המשיבים לפנות לרשות לקידום מעמד האישה אשר היתה יכול לסייע בידם בעניין זה. אלא, שלא כך נהגו המשיבים, וגם לאחר שהרשות פנתה אליהם באופן עצמאי בעניין זה – הם סירבו להצעות הסיוע שלה. מכל מקום, העותרות מדגישות כי הנטל להוכחת התקיימותן של נסיבות שלא אפשרו עמידה בדרישות החוק מוטל על המשיבים, ובמקרה שלפנינו, נטל זה לא הורם.

העותרות הדגישו בפנינו, כי התעלמותם של המשיבים מדרישותיו של חוק שיווי זכויות האישה איננה חד-פעמית, אלא עקבית ומתמשכת, וכי התעלמות זו הופכת, הלכה למעשה, את הוראות החוק לאות מתה. התעלמות זו נלמדת, לגישתן של העותרות, הן מבחינה של הרכבי וועדות וצוותים שהחוק חל עליהם אשר לוקים בתת-ייצוג של נשים; הן מכך שבניגוד להוראותיו של חוק שיווי זכויות האישה, המשיבים אינם עומדים בחובת הדיווח לרשות לקידום מעמד האישה על אודות מינוים של ועדות ציבוריות או צוותים שהחוק חל עליהם; הן מכך שבניגוד לפסיקתו של בית משפט זה בבג"צ 2475/09 עמותת "איתך" נ' שר הפנים (לא פורסם, 21.1.2010) (להלן: בג"צ עמותת "איתך" הראשון) ובפסקי דין נוספים, נמנעו המשיבים מלפעול לגיבושו של נוהל מסודר, שיביא ליישומם של עקרונות הייצוג ההולם שנקבעו בחוק שיווי זכויות האישה. העותרות סבורות, כי הפרתו של חוק שיווי זכויות האישה חמורה מהפרתן של חובות חקוקות אחרות, נוכח מעמדו המיוחד של חוק זה בפסיקה; וכי התעלמותם של המשיבים מהוראותיו אף עומדת בניגוד לחובה הכללית המוטלת על הרשויות לנהוג בשוויון. על רקע נתונים אלה, כמו על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפנינו, טענו העותרות בדיון בעל-פה, כי אין להסתפק באמירות צופות פני עתיד מצידם של המשיבים, וכי תרופתם היחידה של הפגמים שנפלו באיושה של וועדת טירקל היא מתן ייצוג הולם לנשים בהרכבה של וועדה זו.

עמדת המשיבים

9. המשיבים סבורים כי אין מקום לכך שבית משפט זה יידרש לעתירה הקונקרטית משום שהיא הוגשה לאחר שהמעשה המינהלי – הרחבת הרכב הוועדה בשני חברים נוספים – הפך למעשה עשוי. בהקשר זה נטען, כי עמדתם של המשיבים באשר לבחירתם של חברי וועדה נוספים היתה ידועה לעותרות כבר ביום 22.7.2010 – שלושה ימים עובר לקבלתה של החלטה 2134; וזה היה, אפוא, המועד הראוי לליבון השאלה שבמחלוקת. המשיבים סבורים כי אין לדון בשאלה זו עתה, לאחר שחברי הוועדה הנוספים כבר נבחרו והוועדה כבר החלה בעבודתה. לגופו של עניין, המשיבים אינם חולקים על כך שהוראת סעיף 1ג6(ב) לחוק שיווי זכויות האישה חלה על המקרה שלפנינו, אולם לטענתם, החובה המוטלת עליהם מכוחו של סעיף זה היא לפעול בשקידה ראויה וסבירה לאיתורה של אישה – וכך אכן עשו. יצוין, כי במענה לשאלות שהפנינו לבאת-כוח המשיבים במהלך הדיון בעל-פה, הובהר לנו, כי עובר לקבלת החלטת הממשלה בעניין הרחבתה של הוועדה, לא הונחה בפני הממשלה רשימה של מועמדות פוטנציאליות לחברות בוועדה, אלא רק חוות דעת משפטית שבה נקבע כי אין מניעה להביא לאישור את שאלת מינויים של פרופ' דויטש ומר מרחב. עוד הובהר בדיון בעל-פה ובתגובה משלימה שהוגשה לאחריו, כי החובה לדווח לרשות לקידום מעמד האישה קמה מיד לאחר המינוי, ועובר לתחילת עבודתה של הוועדה הרלוונטית, ובנקודת זמן זו הרשות כבר יודעה באשר למתרחש.

10. בהמשך לדברים אלה, הבהירה באת-כוח המשיבים, כי לעמדתו של יו"ר הוועדה, הגדלה נוספת של הוועדה תצריך מינוי של שתי חברות נוספות לכל הפחות, על מנת שמספר חבריה הכולל של הוועדה יוותר אי-זוגי. משמעות הדבר היא, כי בדיוניה של הוועדה ייטלו חלק פעיל תשעה אנשים

(שבעה חברים ושני משקיפים) ובכך יש, לשיטתו של יו"ר הוועדה, כדי לפגוע באופן ממשי ביעילות תפקודה. בנוסף, פערי המידע בין חברי הוועדה שכבר מונו לבין החברות שיכול ויצטרפו – ובכלל זה, פערי המידע הנובעים מכך שהעדויות העיקריות כבר נשמעו ומכך שחברי הוועדה קראו ולמדו חומרים שונים ודנו בהם – יביאו אף הם לעיכוב בעבודת הוועדה, והשלמתם תגזול מן הוועדה ומחבריה זמן רב. עוד נטען בהקשר זה, כי הגדלת מספר חברי הוועדה לתשעה אינה עולה בקנה אחד עם גודלן המרבי של וועדות דומות שהוקמו בעבר או עם הוראת סעיף 3 לחוק וועדות חקירה. סעיף זה, כך הוטעם, איננו חל במישרין בענייננו משום שוועדת טירקל היא וועדת בדיקה ממשלתית ואינה באה בגדר הסעיף, אולם יש בו כדי להוות אינדיקציה לגודלה הראוי של וועדת חקירה בשים לב, בין היתר, לשיקול של יעילות דיונית. לבסוף נטען, כי נוכח הקמתה של וועדת בדיקה בינלאומית של האו"ם לבדיקת אירועי המשט, יש משנה חשיבות לליבונן המהיר והיעיל של הטענות שהועלו בפני הוועדה, דבר שלא יתאפשר ככל שיצורפו לוועדה, בשלב שבו מצויים אנו עתה, חברים נוספים.

11. על רקע מכלול נתונים זה, טענה באת-כוח המשיבה בדיון בעל-פה ובתגובה משלימה שהוגשה מטעמה לאחר הדיון, כי אף יימצא כי נפל פגם בהליכי איושה של הוועדה, יש ליישם בנסיבותיו של המקרה שלפנינו את דוקטרינת הבטלות היחסית, ולקבוע, כי אין הוא מצדיק, לעת הזו, הוספתן של חברה או חברות נוספות. בהקשר זה, מבקשים המשיבים ליתן משקל מיוחד לקיומו של אינטרס לאומי בהחשת פעולותיה של וועדת הבדיקה. בצד האמור, הבהירה באת-כוח המשיבים, הן בדיון בעל-פה, הן בתגובה המשלימה, כי במבט צופה פני עתיד, נכון היועץ המשפטי לממשלה לבחון אם הליך איושן של וועדות בדיקה מכוח סעיף 8א לחוק הממשלה מותאם דיו לחובת השקידה הראויה המצויה בסעיף 6ג1(ב) לחוק שיווי זכויות האישה; ובהתאם לתוצאותיה של בדיקה זו, ישקול היועץ המשפטי לממשלה אם יש צורך בנקיטת פעולות נוספות על מנת להגביר את ההתאמה בין שתי הוראות החוק האמורות.

דיון

השיהוי הנטען בהגשת העתירה

12. טענת המשיבים שלפיה הגשתה של העתירה שלפנינו לוקה בשיהוי – אינה יכולה להתקבל. כשם שעולה מן הסקירה העובדתית שהובאה, החלטה 2134 בדבר הרחבת הרכבה של וועדת טירקל וצירופם של פרופ' דויטש ומר מרחב כחברים נוספים בה, נתקבלה ביום 25.7.2010. העתירה שלפנינו הוגשה יומיים לאחר מכן, ביום 27.7.2010. מדובר בפרק זמן סביר, וטענת המשיבים שלפיה היה על העותרות לעתור לבית משפט זה עוד בטרם התקבלה ההחלטה הסופית בדבר הרחבת הוועדה והוחלט מי יהיו חבריה הנוספים, אינה יכולה להישמע. משמעותה של טענה זו היא, כי היה על העותרות להגיש את עתירתן עוד בטרם קיבל הגוף המוסמך את החלטתו הסופית, היינו, בטרם השתכלל המעשה המנהלי. נוסיף ונציין, כי לו אכן היתה העתירה שלפנינו מוגשת במועד זה – רבים

הסיכויים כי היא היתה נדחית על הסף מפאת היותה עתירה מוקדמת (ראו לאחרונה, בהקשר שבו עסקינן: בג"צ 5720/10 המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים (לא פורסם, 17.8.2010) פסקה 3 לפסק דינו של השופט א' גרוניס); והשוו: בג"צ 11384/05 עמותת אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי נ' וועדת הכנסת (לא פורסם, 22.1.2006); בג"צ 2683/06 שוורץ נ' כב' השופט דורון פורת, בית משפט השלום בטבריה (לא פורסם, 5.7.2006) פסקה 4 לפסק דינה של השופטת מ' נאור; בג"צ 1300/01 קוזקוב נ' משרד הפנים (לא פורסם, 20.3.2001)). הכלל שלפיו עתירה שהוגשה לפני שהרשות קיבלה החלטה לגופו של עניין – דינה להידחות על הסף, תקף גם במקרים שבהם נמסרה לרשות המלצה, אך זו טרם החליטה בדבר קבלתה או דחייתה (בג"צ 2467/07 התנועה להגינות שלטונית נ' ועדת הכנסת (לא פורסם, 18.3.2007); בג"צ 2478/97 מרכז השלטון המקומי נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 17.4.1997)). מכאן, שגם בנסיבות המקרה שלפנינו, הגשתה של העתירה עובר לקבלתה של החלטה סופית, היתה עשויה להוביל לדחייתה על הסף, ובדין המתינו העותרות עד לאחר קבלת החלטת הממשלה. נוכח כל האמור, טענת המשיבים בסוגית השיהוי – נדחית.

חוק שיווי זכויות האישה ויישומו במקרה שלפנינו

13. סעיף 6ג1(ב) לחוק שיווי זכויות האישה – ששאלת יישומו בנסיבות העניין היא השאלה העיקרית העומדת להכרעתנו בעתירה זו – קובע כך:

> ייצוג הולם בוועדה ציבורית ובצוות שמינו הממשלה, ראש הממשלה, שר, סגן שר או מנהל כללי של משרד ממשלתי (בסעיף זה - גוף ממנה), יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסיה.

וועדה ציבורית מוגדרת בסעיף 6ג1(א) כ"וועדה שבחבריה נציג ציבור", ואין חולק כי וועדת טירקל עונה על הגדרה זו. נוכח כך ברור, כי בקביעת הרכבה, חלה החובה ליתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה. תכליתה של חובה זו – כהוראות חקיקה אחרות המחייבות מתן ייצוג הולם לבני שני המינים (וראו, בין היתר, סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975) – הוא ליתן מענה לבעיית תת-הייצוג של נשים בגופים ציבוריים. השאיפה היא, כי בכך יבוא על תיקונו הפער הקיים בין ההכרה הכללית בעקרון השוויון לבין מציאות החיים, שבה אפלייתן של נשים בתחומים רבים ושונים – לרבות בתחומי התווית מדיניות ובשורותיו של המגזר הציבורי – עודנה שרירה וקיימת (ראו בהקשר

זה הצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 4) (ייצוג הולם בעיצוב מדיניות לאומית), ה"ח 78, 151 (תשס"ה); בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 660-659 (1998) (להלן: בג"צ שדולת הנשים השני). אכן, תכלית התקנתן של הוראות אלו היא "לתקן עיוות חברתי. ההכרה הכללית בזכותה של האישה לשוויון חברתי גמור ומלא אינה באה, בחיי המעשה, לכלל ביטוי אמיתי. בחברתנו, המכירה בשוויון ודוגלת בו כבעיקרון של צדק והגינות, דיבורים על שוויון לחוד וקיומה של הפליה לחוד" (בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526 (1994) (להלן: בג"צ שדולת הנשים הראשון)). למטרה זו התייחס גם השופט מ' חשין:

> "כל אלה החוקים – הם ואחרים זולתם – לא נועדו אלא לביעור מעשי הפליה בלתי-חוקיים שנשתרשו בחברתנו; והוראת המחוקק לא נועדה אלא להשמיע לכל באי-עולם מה נורמות שוררות – וראויות שתשרורנה – במקומותינו. דברו המפורש של החוק נועד להצהיר על הצורך לשרש מחיינו נהגים פסולים שדבקו בנו, ולהעמיד את האישה במקום שראויה היתה לעמוד בתחילת הדרך. אכן, זעיר-שם-זעיר-שם יצר המחוקק נורמות חדשות – נורמות שאפשר לא היו מובנות מאליהן – ואולם בעיקרם נועדו החוקים להצהיר על נורמות ובדרך זו לקבען בחיי המשפט ובחיי החברה" (בג"צ שדולת הנשים השני, בעמ' 658).

חיובם של הגופים האמונים על אישון של וועדות ציבוריות כאלו ואחרות לפעול ליצירת ייצוג הולם לבני שני המינים אמורה, אם כן, לא רק להביא מזור לעיוותי-העבר, אלא גם ליצור מציאות חדשה "שסופה להעביר מן העולם גם את שורשיה הנסתרים של ההפליה ואת תוצאותיה הנלוות" (בג"צ שדולת הנשים הראשון, בעמ' 526-527).

14. ההלכה הפסוקה הדגישה, כי החובה ליתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים – אין משמעותה קביעת מכסות שוות לנשים ולגברים, ואף לא קביעתן של מכסות כלל; אלא במתן ייצוג יחסי לכל אחד מן המינים, ששיעורו הראוי צריך להיקבע על-פי אופיו, מטרותיו וצרכיו המיוחדים של הגוף שאיושו עומד על הפרק, ובשים לב להתפלגות של המועמדים המצויים, מבני שני המינים, המתאימים לכהונה הספציפית המבוקשת (בג"צ שדולת הנשים הראשון בעמ' 528-529). עוצמת הייצוג הנדרש תלויה, אפוא, בהקשרו ובנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה (בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 41 (2001)). במסגרת הליך איושם של הגופים הציבוריים שהחוק חל עליהם, נדרש הגוף הממנה לתור, באופן אקטיבי, אחר מועמדות נשים, ולנקוט בפעולות פוזיטיביות לאיתור ומינוי מועמדות מתאימות (ראו: בג"צ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של השופט א' א' לוי ופסקה 2 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (לא פורסם, 20.4.2009) (להלן: עניין ארן)). עליו "לנקוט צעדים פעילים, הן באיתורן של מועמדות נשים, שכישוריהן הולמים את המשרה המוצעת, והן בהשקעתה של מחשבה מודעת בדבר קידומו של רעיון הייצוג השוויוני" (עניין ארן, בפסקה 6). הגוף הממנה מחויב, אם כן, לנקוט באמצעים סבירים שמטרתם להביא לאיתורה ולמינויה של מועמדת ראויה, ובמסגרת זו ניתן, בין היתר, להסתייע בגופים ציבוריים חיצוניים ומקצועיים העשויים להיות לעזר באיתורן של מועמדות ראויות העומדות בתנאי הכשירות

הנדרשים. אכן, חובת הבדיקה המוטלת על הגוף הממנה – אין משמעותה כי עליו לחתור למינויה של מועמדת אישה בכל מחיר, "אך הוא גם לא ייצא ידי חובתו בעריכת חיפוש 'פורמאלי' אחר מועמדת כלשהי" (בג"צ שדולת הנשים הראשון, בעמ' 529).

לכך יש להוסיף, כי החובה המוטלת על הגוף הממנה מכוח החוק איננה מוחלטת אלא יחסית; היקף התפרסותה מסויג במילות הסעיף עצמן, הקובעות כי "יינתן ביטוי הולם בנסיבות העניין לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה". סייג זה מבקש לאזן בין אינטרסים שונים המונחים על הפרק, אשר עלולים, בנסיבות מסוימות, לסתור זה את זה: החיוב לנהוג בשוויון, מחד גיסא, וקיומם של אילוצים הנובעים מן האפשרויות הריאליות המונחות בפני הגוף הממנה, מאידך גיסא. ההלכה הפסוקה קבעה, כי הסייג המשחרר את הגוף הממנה מקיום החובה יחול במקרים חריגים בלבד, שבהם קיום החובה איננו אפשרי. זה יהיה, למשל, מצב הדברים מקום שבו אין בנמצא מועמדת המקיימת את תנאי הכשירות ההכרחיים לאיושו של תפקיד מסוים. עם זאת, במקרים אחרים יושם מבחן גמיש, שישקלל את נסיבותיו של המקרה הנתון, תוך בחינת הרלוונטיות שיש בהקשר האמור ליתרונות היחסיים של המועמדים, ומתוך הכרה במרכזיות הדרישה לייצוג ההולם (בג"צ שדולת הנשים הראשון, בעמ' 528-529). מכל מקום, הנטל להוכיח כי במקרה מסוים לא ניתן היה למנות אישה מוטל על שכמו של הגוף הממנה, ואין מדובר בנטל קל-משקל. על מנת לעמוד בו, נדרש הגוף הממנה להראות, כי האפשרות למנות מועמדת מתאימה נבדקה לעומקה, אולם בנסיבות העניין מינוי כזה איננו אפשרי; וכן הוא נדרש להראות, כי ננקטו על-ידו מאמצים סבירים – לפי המתווה שעליו עמדנו לעיל – על מנת לאתר מועמדת מתאימה. לבסוף נאמר, כי הגוף הנושא בחובת הייצוג ההולם הוא "הגוף הממנה", היינו, הגורם אשר הוסמך, על-פי חוק, לבצע את המינוי הספציפי. כפי שנראה בהמשך, הגוף הממנה רשאי להסתייע, במסגרת מלאכת המינוי, בגורמים שונים, לרבות וועדות איתור מקצועיות. אולם, גם בנסיבות כאלה, הגוף הממנה אינו פטור מהפעלתו של שיקול דעת עצמאי ביחס למינוי שכן הסמכות שבחוק – סמכותו היא. מקום בו נתונה סמכות המינוי לממשלה –

> "הממשלה היא הגורם המחליט בדבר המינוי, ושיקול הדעת הסופי בעניין זה נתון לה. עליה להפעילו באופן עצמאי וסביר במסגרת שהחוק הפקיד בידיה, וזאת, גם כאשר לגורם המייעץ נתונה מומחיות מיוחדת" (בג"צ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 24.11.2009), פסקה 48 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון. כן ראו: דפנה ברק ארז משפט מנהלי כרך א' 179-180 (2010) (להלן: משפט מנהלי)).

מן הכלל אל הפרט

15. מוקד הדיון שלפנינו הוא, כאמור, השלב השני, היינו, שלב הרחבת הרכבה של הוועדה. לאחר שבחנתי את מכלול נסיבות העניין ושקלתי את טענות הצדדים הגעתי למסקנה כי בשלב זה, לא עמדו המשיבים בחובות המוטלות עליהם מכוחו של חוק שיווי זכויות האישה. מסקנה זו מבוססת על שני

טעמים: הראשון, עניינו באי-עמידתם של המשיבים בחובת השקידה הראויה; והשני, עניינו באופן שבו התקבלה על-ידם ההחלטה בעניין הרחבת הרכב הוועדה והבחירה בחברים נוספים. אעמוד על טעמים אלה כסדרם.

16. כמובהר בסקירה שהובאה לעיל, במסגרת ניסיונות האיתור שנעשו בשלב השני תוך שיתוף פעולה עם יו"ר הוועדה, נערכה פנייה מחודשת לשלוש המשפטניות שסירבו זה מכבר לתפקיד במסגרת סבב הפניות הראשון. מועמדותה של מועמדת פוטנציאלית נוספת נפסלה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, ובהמשך, דחה יו"ר הוועדה את מועמדותן האפשרית של עשר מועמדות שהוצעו לו על-ידי עוזרו של היועץ המשפטי לממשלה מבלי שנערכה פנייה למועמדות אלה. הסיבות לדחיית מועמדות אלה אינן ידועות לנו. בהמשך, נפסלה מועמדת נוספת משום שעל-פי הנטען, היא הביעה עמדה דומה לזו שהביעו מועמדים אחרים שנפסלו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. על אף פניות חוזרות ונשנות של העותרת 1 אל המשיבים, לא גובשה רשימת מועמדות אלטרנטיבית לזו שנפסלה על-ידי יו"ר הוועדה. זאת, חרף כך שכאמור, בשלב זה הוגמשו אמות המידה לחברות בוועדה, לא נדרשה עוד מומחיות מיוחדת במשפט בינלאומי או בתחום המדיני או הצבאי; והתאפשר מינויו של חבר שהוא פרופסור בתחום המשפט האזרחי.

בדומה, לא נערכה פניה לגופים חיצוניים שהיו יכולים לסייע באיתורה של מועמדת בעלת כישורים נדרשים. פניותיה של הרשות לקידום מעמד האישה למשיבים הושבו ריקם, על אף שניתן להניח כי זו היתה יכולה לסייע באיתורה של מועמדת רלוונטית המחזיקה בכישורים שנדרשו בשלב השני. אכן, החובה החלה על הגוף הממנה לדווח לרשות לקידום מעמד האישה על מינויים של ועדה ציבורית או צוות קמה עם המינוי, ובטרם החלו הוועדה הציבורית או הצוות בפעולתם (ראו סעיף 6ג(1)(ג) לחוק). על המשיבים לא חל, אפוא, חיוב סטטוטורי לפנות לרשות בטרם התקבלה החלטה סופית בדבר המינוי. עם זאת, בכך אין כדי לשלול את האפשרות שבמצב שאליו נקלעו המשיבים, שבו לא עלה בידם לאתר ולו מועמדת ראויה אחת, היתה פניה לרשות – או לגורמים מקצועיים חיצוניים אחרים – עשויה לסייע בידם באיתורן של מועמדות מתאימות. את אי-גיבושה של רשימת מועמדות אלטרנטיבית לא ניתן לתלות, לדעתי, בקוצר הזמן: במכתבו של מרכז הוועדה מיום 14.7.2010 הוא ציין כי מאמצי האיתור של המועמדים הנוספים נמשכו, כלשונו, שבועיים לפחות. כאמור, ההחלטה בדבר הרחבת הוועדה ובדבר זהותם של החברים הנוספים התקבלה רק ביום 25.7.2010. מדובר אפוא בפרק זמן של למעלה משלושה שבועות, ואיני סבור כי הוא היווה מכשול מפני איתורה של מועמדת. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שכאמור, המשיבים היו מודעים מבעוד מועד לחובתם לדאוג לייצוג הולם של נשים בהרכב הוועדה.

17. תוצאתם של הליכי האיתור שעליהם עמדנו היתה, כי בסופו של יום, בשלב הרחבת הרכב הוועדה, לא נערכה כל פנייה למועמדת ריאלית לכהונה בה, פרט למועמדות שכבר סירבו בעבר להצטרף לוועדה. על רקע

מכלול הנתונים המתוארים, עובדה זו אינה יכולה להוביל אלא למסקנה שלפיה המשיבים לא עמדו בחובת השקידה הראויה המוטלת עליהם מכוח החוק, ולא שוכנעתי כי נסיבות המקרה שלפנינו הן כה חריגות, עד שקיום מצוות המחוקק הפך לבלתי אפשרי. נשוב ונדגיש: המחלוקת בשאלת ייצוגן ההולם של נשים בוועדה – אין בה משום הטלת דופי כלשהו במועמדים שנבחרו לכהונה בוועדה, שעל כישוריהם אין מחלוקת. אולם, משהתרחב מאגר המועמדות הפוטנציאליות לכהונה בוועדה, אין לנו אלא לתהות: האמנם לא נמצאה בכל תחומיה של מדינת ישראל, על שלל תחומי העשייה והמחקר המתקיימים בה, ולו מועמדת אחת נוספת, בעלת כישורים ומידות, שאליה ניתן היה לפנות על מנת לבחון את נכונותה לשמש כחברה בוועדה ובהמשך לשקול את מועמדותה? מבחינתנו, למצער, התשובה לשאלה זו ברורה.

18. הטעם הנוסף למסקנתי לפיה בנסיבות העניין לא עמדו המשיבים בחובתם לפי 16ג(ב) לחוק נעוץ, כאמור, באופן בו קיבלה הממשלה את החלטתה בדבר זהותם של החברים הנוספים בוועדה. החובה להבטיח ייצוג ההולם לנשים בהרכביהן של וועדות ציבוריות מוטלת על הגוף שלו נתונה, על-פי חוק, סמכות המינוי. אולם, מלאכת המינוי, בעיקר מקום שבו היא מסורה לממשלה או לעומד בראשה, היא מלאכה מורכבת; ומן הטעם הזה נעשה, לעיתים קרובות, שימוש בוועדות איתור המשמשות כידו הארוכה של הגוף הממנה, ותפקידן הוא לסייע בידו לתור אחר מידע בדבר המועמדים והמועמדות הרלוונטיים ולהעריכו. על-פי ההלכה הפסוקה, מסקנותיה של וועדה כזו צריכות להישקל בכובד ראש על-ידי הגוף הממנה ועל דרך הכלל עליו לקבלן (עניין ארן, בפסקה 13; בג"צ התנועה למען איכות השלטון, פסקה 48 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). עם זאת, כאמור, גם מקום שבו מסתייע הגוף הממנה בוועדת איתור, עליו להפעיל שיקול דעת עצמאי באשר למינוי, שההכרעה הסופית לגביו מסורה לו; ומקל וחומר שעליו לעשות כן כאשר ההמלצות שהונחו בפניו אינן המלצותיה של וועדת איתור שהוקמה על-פי חוק או החלטה מינהלית, אוישה על-ידי מומחים ועבודתה נעשתה על-פי נהלי עבודה ואיתור מובנים. זהו מצב הדברים בענייננו, בו לא הוקמה וועדת איתור, והבחירה בחברי הוועדה הנוספים נעשתה על דעתו של יו"ר הוועדה ותוך שיתוף פעולה עימו ועם גורמים מטעמו (סעיף 9 לכתב התשובה). על אף שליו"ר ועדת בדיקה ממשלתית לא מוקנות בדין סמכויות בהתייחס למינויים של חברים בוועדה. הנחתי היא, כי במהלך השנים התגבש נוהג שלפיו ליושב הראש מעמד מוכר ומעורבות אקטיבית בהליך אוישה של הוועדה שבראשה הוא עומד. בכך אינני רואה פסול. בצד האמור, אין לומר כי להמלצה שניתנה בהליך מעין זה – בהיעדר הליכי איתור מוגדרים כאלה שעל-פיהם פועלת וועדה לאיתור מועמדים בקטגוריות שונות של מינויים – מעמד זהה להמלצתה של וועדת איתור.

19. נוכח כל האמור, בנסיבות המקרה שלפנינו, הייתה מחוייבת הממשלה, כגורם ממנה, להפעיל שיקול דעת עצמאי וענייני באשר לחובתה לפעול לייצוגן ההולם של נשים בוועדה. אלא, שלא כך אירע. כפי שהובהר מפי באת-כוח המשיבים בדיון על-פה, בפני הממשלה לא הונחה כלל רשימה של מועמדות פוטנציאליות לכהונה כחברות נוספות בוועדת טירקל, שאותה היה ביכולתה לבחון אל מול המועמדים

שהוצעו. זאת, חרף העובדה שרשימה כזו נערכה על-ידי עוזרו של היועץ המשפטי לממשלה וכללה 10 נשים, וחרף כך שכפי שעולה מזהות המועמדים שנבחרו בסופו של דבר, בשלב השני חלה הגמשה ניכרת של אמות המידה שעל יסודן מונו החברים הנוספים בוועדה, ולא נדרשה עוד מומחיות בתחום המשפט הבינלאומי או בתחום המדיני או הצבאי. משמעות הדבר היא, כי בשלב שבו התקבלה ההחלטה בדבר הרחבת ההרכב, לא עמדה לדיון בממשלה, וממילא לא נשקלה על-ידה באופן עצמאי ועניייני, מועמדותה של אישה כחברה בוועדה. אכן, כעולה מתגובת המשיבים, יו"ר הוועדה ושלוחיו נקטו פעולות מסוימות על מנת לאתר מועמדת מתאימה לכהונה בוועדה. אולם, פעולות אלה לא היה בהן כדי לייתר את חובתה של הממשלה להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס למינוי שעמד על הפרק, בהתחשב בחובת הייצוג ההולם המוטלת עליה על-פי דין ובהתחשב באופיין של ההמלצות שהונחו לפניה ומתכונת גיבושן.

20. סיכומם של דברים עד כה. על המשיבים היתה מוטלת, מכוחו של סעיף 1ג6(ב) לחוק שיווי זכויות האישה, חובה לפעול בשקידה הראויה לייצוג הולם של נשים בוועדת טירקל, שהיא וועדה ציבורית. בחובתם זו הם לא עמדו, משום שהלכה למעשה, ומטעמים שונים, בשלב הרחבת הרכב הוועדה לא נערכה כל פנייה למועמדת ריאלית לכהונה בה, ואין לומר כי נסיבות העניין היו כה חריגות עד שפניה כזו לא היתה אפשרית כלל, וכי הניסיונות לאיתורה של מועמדת לוועדה היו כה מקיפים וראויים, במידה שלא אפשרה הצגת שמן של מועמדת או מועמדות לדיון והכרעה בממשלה. לכך יש להוסיף, כי עובר לקבלת ההחלטה לא הונחה כלל בפני הממשלה – שהיא הגוף המוסמך לקבל את ההחלטה בעניין המינוי – רשימה של מועמדות פוטנציאליות לאיוש התפקיד. מסקנתי היא, אפוא, כי המשיבים לא עמדו בחובתם לפי סעיף 1ג6(ב) לחוק שיווי זכויות האישה. משנמצאנו למדים כי המשיבים הפרו את חובתם ליתן ביטוי הולם לייצוגן של נשים בוועדת טירקל, ניצבת בפנינו השאלה, מהי נפקותה של הפרה זו.

דוקטרינת הבטלות היחסית – כללי

21. שאלת נפקותם של פגמים על תוקפן של החלטות מינהליות ידעה תמורות בעשורים האחרונים. בעוד שבעבר שלטה בכיפה תפיסת בטלות נוקשה שגרסה כי פגם בהחלטה מינהלית מביא לכדי בטלות אוטומטית של התוצאות הנובעות ממנה, רווחת כיום תפיסה גמישה שמבחינה בין הפגם בהחלטה המינהלית לבין הסעד שניתן בעקבותיו, היא דוקטרינת "הבטלות היחסית" (ראו למשל: בג"צ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304 (1994); בג"צ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, סעיף 37 (לא פורסם, 30.8.10); (להלן: עניין באקי); ע"פ 768/80 שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 362-363 (1981); יצחק זמיר הסמכות המינהלית 139- 140(מהדורה שנייה, 2010)). בהתאם לדוקטרינה זו, שומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי – ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות – את נסיבותיו ומאפייניו הפרטניים. בין היתר ייבדקו מהות הפגם, חומרתה של הפרת החוק שבה מדובר, חשיבותה

של הזכות המופרת, זהותם של הצדדים, אופן תקיפתו של הפגם – בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה, והנזק שעשוי להיגרם לנוגעים בדבר ולצדדים שלישיים. לאחר ביצוע הבחינה, יש להתאים את הסעד שיינתן לנסיבות הרלוונטיות (רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבא הראשי, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001) (להלן: עניין גיספן); ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793 (1996); עניין באקי). בנסיבות מסוימות עשוי פגם בהחלטה המינהלית להצדיק סעד של בטלות מוחלטת, ובנסיבות אחרות, עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר, הכל במטרה להגיע, ככל הניתן, לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה (ראו בג"צ 10455/02 אמיר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נז(2) 729, 738 (2003); בג"צ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 309 (2004)).

22. תורת הבטלות היחסית נושאת עימה יתרונות שונים, ובראשם – הגמישות שהיא מאפשרת והפתח שהיא פותחת למתן מענה מדויק לנסיבות הקונקרטיות שהתהוו במציאות. גישה זו, שמחליפה קטגוריזציה נוקשה בשיקול דעת המופעל בנסיבות כל מקרה ומקרה, מגשימה גם ערכים של צדק אישי, ומכירה בכך שלצד השיקולים הפוסלים את ההחלטה, קיימים שיקולים נוספים שאפשר שמשקלם רב יותר. עם זאת ובצד האמור, נמתחה במהלך השנים ביקורת על דוקטרינה זו, וכוון זרקור גם לעבר חסרונותיה. כך, נטען כי הבטלות היחסית עלולה להוביל להרתעת חסר של הרשות מפני הפרה של זכויות, באשר היא עלולה להתפרש על-ידי האחרונה כביטוי של סלחנות כלפי הפרות מצידה של כללי המשפט המינהלי (ראו משפט מינהלי, בעמ' 828). עוד הועלתה הטענה כי הלכת הבטלות היחסית עלולה להוביל לפגיעה בזכויות פרוצדוראליות, שכן יש בבחינה הנעשית מכוחה, כדי להעביר את מרכז הכובד מן ההליך אל התוכן המהותי של ההחלטה, באופן שעלול לכרסם באכיפתן של זכויות אלה (משפט מינהלי, בעמ' 828-829). טענה שלישית שהועלתה הינה כי החלתה של דוקטרינה זו תביא לערפול המצב המשפטי ולחוסר וודאות, ותעודד התדיינות בבית המשפט, לאחר מעשה, לגבי כל מעשה מינהלי פגום (משפט מינהלי, בעמ' 830; ראו גם אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" משפט וממשל ט 261, 281-283 (2005); לתגובה לביקורת זו, ראו עניין גיספן, בעמ' 685). לבסוף, נטען כי למסר הגמישות היוצא מהלכת הבטלות היחסית היתה תרומה במתן לגיטימציה לתופעת העיכוב בביצועם, ולעיתים אף אי קיומם של פסקי דין (משפט מינהלי, בעמ' 831). אכן, יש ממש בבחינה הביקורתית האמורה, ואין להתעלם מן התופעות שעליהן הן מתריעה. ואולם, באיזון הכולל, אין בהן כדי לגרוע מהיתרון הבולט של תורת הבטלות היחסית (או התוצאה היחסית), שאפשרה סטייה מדוקטרינות מסורתיות נוקשות, והפעלה גמישה של שיקול הדעת השיפוטי כך שיינתן משקל הולם בנסיבות הפרטיקולאריות של כל מקרה, בין לאינטרס של הפרט הנפגע, בין לאינטרס הציבור. הפעלה ראויה של שיקול הדעת השיפוטי, אשר לוקחת בחשבון גם את נקודות התורפה שאותן מעלה הביקורת, היא המסלול שבו ראוי לטעמי להמשיך ולפסוע.

23. כאמור, בענייננו טענה המדינה כי אפילו נפל פגם בהחלטת המשיבים שלא לצרף נשים לוועדה, הרי שבעת הנוכחית ובנסיבות שנוצרו, שבהן העדויות המרכזיות כבר נשמעו והרכב הועדה מונה 5 חברים ועוד שני משקיפים, אין מקום למתן צו מוחלט שיורה להם לבחון צירופן של נשים כחברות הוועדה, ויש להסתפק בסעד הצופה פני עתיד.

24. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, מסקנתנו היתה כי בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו, אין הצדקה עניינית להימנע ממתן סעד אפקטיבי, ולכן הורינו כי כבר בשלב הנוכחי תיבחן אפשרות צירופה של למצער אישה אחת כחברת הוועדה. נבהיר את טעמינו. כפי שנסקר בפרוטרוט בחלקו הראשון של פסק הדין, החובה החוקית ליתן ייצוג הולם לנשים במסגרת הוועדה לא נעלמה מעיני המשיבים עוד בטרם הוחל בדיוניה. עובדה זו עולה בבירור מדברים שנאמרו במכתבה של היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, והיא מתחדדת נוכח כך שהעותרת 1 שבה ופנתה למשיבים בסוגיה זו, פעם אחר פעם. ואולם כפי שראינו, המשיבים לא פעלו בשקידה ראויה לאיתור מועמדות פוטנציאליות, ובפני המשיבה לא הוצגה רשימה של מועמדות שניתן היה לבחנה אל מול המועמדים שנבחרו, על אף שלא היתה כל מניעה מלעשות כן. הפרת החובה הסטטוטורית שהוטלה על המשיבים מכוח סעיף 6ג(1)ב לחוק שיווי זכויות האישה, שלא היתה מחויבת המציאות, מחייבת, אפוא, מתן סעד הולם.

25. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח מחדלם של המשיבים באי-גיבוש נוהל ליישום החובה לשלב נשים בועדות ציבוריות, כפי שהתחייבו לעשות במסגרת הדיון בבג"צ עמותת איתך הראשון. במסגרת הליך זה, שעסק בהרכבה של הוועדה לבחינת המבנה המוניציפאלי הרצוי בתחום העיריות רמלה ולוד, עמד לדיון ההיבט העקרוני של יישום החובה לשלב נשים בוועדות בעלות אופי ציבורי. על אף שהעתירה שהוגשה באותו עניין באה אל פתרונה בהיבט הקונקרטי, לא הוכרעו ההיבט העקרוני העולה ממנה והשאלות הנגזרות ממנו, וביניהן: "מה סוג הוועדות המחייבות שילוב כזה, באיזו מידה יש לתת ביטוי בהליך המינוי להיבט המגזרי שבין קבוצות נשים שונות, ומהו המנגנון הראוי להביא לידיעת הציבור את עובדת הקמתן של ועדות ציבוריות כדי שניתן יהיה לקיים מעקב ראוי על מידת ההקפדה בקיום דרישת החוק בעניין שילוב נשים בוועדות". בית משפט זה פסק, כי מדובר בסוגיה רבת חשיבות, וכי קיים צורך לגבש נוהל אשר יביא לידי ביטוי את כללי היישום הראויים של הדין בכל הנוגע לשילובן של נשים בוועדות ציבוריות. באותו הליך, שפסק הדין בו ניתן ביום 21.2.2010, התחייבו המשיבים לגבש נוהל כאמור בתור ארבעה חודשים.

26. במהלך הדיון לפנינו הובהר, כי בשל תקלה, נוהל כאמור לא גובש עד עתה והטיפול בעניין הועבר לדרגים בכירים על מנת לגבשו. כפי שציינו, בבחינת התוצאה היחסית יש להימנע מהרתעת חסר של הרשות מפני הפרה של זכויות. והנה, רואים אנו כי במאטריה שבה עסקינן, במקרה אחד

(בג"צ עמותת "איתך" הראשון) לא עמדה המדינה בהתחייבותה לגיבוש נוהל כאמור, וגם במקרה שקדם לו (בג"צ 3974/08 עמותת "איתך" – משפטניות למען צדק חברתי נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 2.6.08)) לא ניתן סעד אפקטיבי, על אף שבית משפט זה קבע כי מן הראוי היה למנות אישה לוועדה הציבורית נושא אותו הליך, זאת בשל עיתוי הגשת העתירה. ניתן להניח, כי אילו היו המשיבים פועלים כפי התחייבותם וברוח פסיקתו של בית משפט זה, ומגבשים נוהל מסודר לשילוב נשים בועדות ציבוריות, המצב שבו נדרשת הוספת אישה לוועדה לאחר שזו כבר החלה בעבודתה – היה נמנע. דברים אלה מחדדים אף הם את הצורך במתן הסעד שנתבקש.

27. גם בהיבט המעשי, אינני סבור כי קיימת מניעה גם בשלב הנוכחי לכך שתמונה חברה נוספת לוועדה. העובדה שדיוני הוועדה כבר החלו אינה משום "מעשה עשוי" ההופך את אפשרות הוספת חברים להרכבה לבלתי ישימה, שכן ככל שיוחלט על צירוף חברה לוועדה תוכל זו להתעדכן בחומר שהחסירה, לעיין בפרוטוקול ובמסמכים הרלוונטיים וליטול חלק בשמיעת העדויות העתידיות ובגיבוש המסקנות (וכך אכן אירע במקרה שעמד ברקע בג"צ עמותת "איתך" הראשון, עת צורפה אישה לוועדה בשלב מאוחר יחסית של הדיונים בה). ככל שיהיה צורך בכך, פתוחה בפני הוועדה גם האפשרות לשוב ולזמן עד זה או אחר להופיע בפניה. לעניין זה ניתן ללמוד אנאלוגיה מן ההסדר הקבוע בתקנה 177 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א), ומזה הקבוע בסעיף 233 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ). סעיפים אלה דנים במצבים שבהם נבצר משופט שהחל בגביית עדויות לסיים את הדיון והוא מוחלף על-ידי שופט אחר. תקנה 177 לתקסד"א קובעת כי השופט "החדש" רשאי להמשיך מהשלב שבו הופסק הדיון שנוהל על-ידי השופט שאותו החליף, ואין חלה חובה עליו לשמוע את העדים מחדש, ואולם הדבר מסור לשיקול דעתו, ואם הוא מבכר לשמוע את העדים מחדש, הרשות בידיו לעשות כן (ראו גם רע"א 1556/06 יבנה תעשיית בניינים בע"מ נ' דותן, סעיף ו(2) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (לא פורסם, 15.4.07); יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי 510-511 (מהדורה שביעית, 1995)). אם החליט השופט להמשיך בדיון – חזקה עליו שיש בכוחו לרדת לחקר האמת ללא שמיעת הראיות מחדש (ראו ע"א 387/74 אברהם נ' בתי-מרגוע ומלונות "היזום" בע"מ, פ"ד כט (1) 353 (1974)). אשר לסעיף 233 לחסד"פ, הרי שהוא קובע כי-

> "כל עוד לא הוחל בגביית ראיות רשאי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו; הוחל בגביית ראיות ונבצר משופט מסיבה כלשהי לסיים את המשפט, רשאי שופט אחר להמשיך במשפט מן השלב שאליו הגיע קודמו, ורשאי הוא, לאחר שנתן הזדמנות לבעלי הדין להשמיע טענותיהם לעניין, לנהוג בראיות שגבה קודמו כאילו גבה אותן בעצמו, או לחזור ולגבותן, כולן או מקצתן"

לא קיימת, אפוא, מניעה כי מתן פסק דין בתיק פלילי יתבסס על ראיות שלא נשמעו ישירות על-ידי השופט היושב בדין ומכריע (ראו גם ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל, סעיף 10 (לא פורסם, 31.5.10)). כאשר אלה הם פני הדברים כשמדובר בפסקי דין, ואפילו במשפט פלילי, הרי

שמדרך של קל וחומר רשאית גם וועדת בדיקה ממשלתית להנחות עצמה בעקרונות אלה במקרה שבו מצורפים חבר או חברה חדשים במהלך הדיונים. חזקה על הוועדה שתפעל בעניין זה כחוכמתה.

28. קושי מעשי נוסף שעליו עמדו המשיבים נעוץ במספר החברים שתכלול הועדה אם יצורפו לה שתי נשים. לטענת המשיבים, הדבר עלול להכביד על עבודת הועדה, להאט את קצב פעולתה ולפגום באפקטיביות של דיוניה. אינני סבור כי נימוק זה מונע הוספת אישה לוועדה בנסיבות שלפנינו. ראשית, לא הוצגה בפנינו תשתית עובדתית שתתמוך בטענה כי תוספת של שתי נשים להרכב הוועדה, לא כל שכן תוספת של אישה אחת (שהרי אף שנהוג שמספרן של חברי הוועדה הינו אי זוגי, אין הדבר מחויב המציאות), אכן תקשה על עבודתה במידה בלתי סבירה. לא הוסבר גם במה שונה התוספת הנוכחית – שהיא פרי צווי של חקיקה ראשית – מתוספת שני החברים שקדמה לה, שנעשתה ביוזמת יו"ר הועדה. במובן זה, אין בעובדה שוועדות בדיקה או חקירה קודמות כללו מספר חברים נמוך מזה שבוועדה הנוכחית כדי לספק אינדיקציה הכרחית למספר החברים המרבי. מוכן אני להניח כי הגדלה נוספת של מספר החברים אינה בהכרח מצב דברים אופטימאלי, אך מול שיקול זה ניצב טיבן של הזכויות שעל הפרק. כפי שצוין, בית משפט זה עמד בעבר על מעמדו של חוק שיווי זכויות האישה כחוק בעל "ייחוס מיוחד", "המעגן את זכותה של האישה, לא רק לשוויון "לכל פעולה משפטית" במובנה הצר של לשון החוק, אלא לשוויון "מכל בחינה משפטית" (...) ועל יסוד תפיסה זו, בין היתר, יושמה ונאכפה הלכה למעשה זכות האישה ליטול חלק שווה בכמה מתחומי הפעילות הציבורית והחברתית שלפנים נחשבו לנחלתם של גברים בלבד" (בג"צ שדולת הנשים הראשון, בעמ' 522). הלכה היא כי החלטה מינהלית הפוגעת בזכות יסוד מצריכה רף ראייתי גבוה יותר לשם קבלתה (ראו ע"פ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250 (1985)). במצב דברים זה, באין ביסוס לטענה כי הוספת אישה אחת להרכב הוועדה יכביד באופן ממשי על תפקודה, הרי שנוכח טיב הפגיעה שעל הפרק, דין טענת המשיבים להידחות.

זאת ועוד. כבר בשלב שבו החליטה הממשלה לצרף שני חברים נוספים לוועדה, נחזה צורך אפשרי בהגדלת מספר חבריה. כפי שצוין, בהודעה שפורסמה מטעם משרד ראש הממשלה באתר האינטרנט של המשרד, וצורפה לעתירה כע/8: "ראש הממשלה ציין כי במידת הצורך הממשלה תוסיף חבר או חברה נוספת לוועדה". והנה הצורך נמצא, ולכן – בהיבט זה – לא תישמע מפי המשיבים טענה כי צירוף חברה נוספת יכביד באופן בלתי סביר על דיוני הועדה. ערים אנו לחתירתה של הוועדה להגיע למסקנות במהירות מרבית, כדי להגשים את יעדיה של הוועדה במישור הבינלאומי. אין מגיעה, נוכח האמור, כי הוועדה תוכל להוסיף ולקיים את דיוניה ברציפות וביעילות; לא שוכנענו כי הוספת אישה לוועדה תעכב את דיוניה.

29. הנה כי-כן, בבחינת השאלה האם הפגם שנפל בהחלטה מצדיק הוצאתו של צו מוחלט, נתנו

את הדעת לשיקולים השונים שעל הפרק תוך עריכת איזון ביניהם. במסגרת איזון זה, נתנו משקל ראוי לחשיבותה של הזכות שבנדון ולכך שהגשמתה מחייבת מתן סעד אפקטיבי בנסיבות שבהן העתירה הוגשה במועדה; לכך שהמשיבים היו מודעים עוד בשלב מוקדם לחובתם הסטטוטורית לשלב נשים בוועדה; ולתוצאות התדיינויות קודמות שלא קידמו תהליכי קבלת החלטות שיאפשרו את מימוש הזכות. מאידך גיסא, מצאנו כי הוספת חברה חדשה לא תפגע בתפקודה התקין של ועדת טירקל ובהגשת דין וחשבון ומסקנות במהירות הראויה. נתנו משקל גם להצהרת ראש הממשלה כי במידת הצורך, הממשלה תוסיף חבר או חברה לוועדה. באיזון הכולל, מסקנתנו הייתה כי יש לחייב את הממשלה לדון בצירוף של אישה אחת לפחות שאותה תמצא הממשלה ראויה לכך, כחברה נוספת בועדת טירקל.

30. סוף דבר – חוק שיווי זכויות האשה תוקן על-ידי הכנסת בשנת 2005 ונקבע בו כי על הממשלה לתת ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגן של נשים בוועדה ציבורית שאותה היא ממנה. בענייננו, חובה זו הופרה. לא שוכנענו כי הוספת חברה חדשה (או חברות חדשות) לועדת טירקל, תקשה על תפקודה, או כי קיימים טעמים אחרים שבגינם יש מקום – בגדרה של דוקטרינת הבטלות היחסית – להיעתר לבקשת המשיבים ולהימנע ממתן סעד אפקטיבי שיורה על יישומה של הוראתו זו של המחוקק הלכה למעשה. מטעם זה החלטנו, ביום 12.8.10, לעשות את הצו על תנאי למוחלט. המשיבים ישלמו לעותרות שכ"ט עו"ד בסך 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

<u>השופטת מ' נאור:</u>

1. אני מסכימה.

2. בעולם אידיאלי קנה המידה היחיד למינוי למשרה או לתפקיד ציבורי הוא ההתאמה לדרישות המשרה או התפקיד, בלי קשר לזהות מגדרית. אכן, נראה כי ישנם תחומים בחיינו הציבוריים בהם דומה כי אין כבר צורך בהעדפה מתקנת. ואולם, אין אנו חיים בעולם אידיאלי. למרות חריש עמוק של המחוקק ושל בתי המשפט לא תמיד כך הוא הדבר. כפי שהראה חברי, למרות הבטחות חוזרות ונישנות לא נעשה די לתיקון המעוות. בנסיבות אלה לא ראינו מנוס אלא להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט, ולהערכתנו הדבר לא יגרום לעיכוב משמעותי בפעולת הוועדה.

ש ו פ ט ת

<u>השופט ס' ג'ובראן:</u>

אני מסכים לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן ולהערתה של חברתי השופטת מ' נאור.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, י"ב באלול התש"ע (22.8.2010).

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח 10056600_M08.doc.
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il