

מגישת העמדה :

נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה
ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם-ויס
נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה,
משרד הכלכלה
דרך מנחם בגין 86, ת.ד. 36049, ת"א 67138
טל': 03-7347215 ; פקס: 03-7347273
דוא"ל: Sharon.AvrahamWeiss@economy

בעניין:

המבקשת:

הסתדרות העובדים הכללית החדשה – ארגון העיתונאים בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד מיה פרי אלטרמן ו/או איריס ורדי
ו/או אח' מהלשכה המשפטית של האגף לאיגוד מקצועי
מרח' ארלוזורוב 93, תל-אביב
טל: 03-6921472 ; פקס: 03-6963214

וע"י ב"כ עוה"ד בנימין כהן ו/או אמיר בשה ו/או מורן סבוראי ואח'
מרח' החשמונאים 105, תל-אביב
ת.ד. 20617 מיקוד 61206
טלפון: 03-5618811 ; פקס': 03-5613010

וע"י ב"כ עוה"ד שי תקן ואח', פישר בכר חן וול אוריון ושות'
מרח' דניאל פריש 3, תל-אביב
טל: 03-6944111 ; פקס: 03-6069672

- ל ב י ן -

המשיבה:

אחוזת הירש ישראל תשנ"ד בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד יעל דולב ו/או איתמר נצר ואח'
ממשרד גרוס, קלינהנדלר, חודק, הלוי, גרינברג ושות'
מרחוב מנחם בגין 132, עזריאלי 1, ת"א.
טל': 03-6074800 ; פקס: 03-5329929

עמדת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה

בהתאם להחלטות ביה"ד הנכבד מיום 14.10.13 ומיום 30.10.13 מתכבדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: "הנציבות") להגיש עמדה מטעמה בתיק שבכותרת.
בפתח הדברים יצוין, כי עמדה זו תתמקד אך ורק בשאלות המתייחסות לטענת האפליה בפיטורים מחמת השקפת עולם. יריעת המחלוקת בין הצדדים רחבה ביותר, הן עובדתית והן משפטית, ומשתרעת על טענות בדבר פיטורים בניגוד לחוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז-1957 (להלן: "חוק הסכמים קיבוציים") וטענות בדבר פיטורי צמצום וטענות נוספות. לנציבות אין את הסמכות ו/או הכלים להכריע בשאלות אלה, ולפיכך יודגש, כי אין בעמדה זו כדי להביע עמדה לגביהן, או לגבי שאלות עובדתיות ו/או משפטיות אחרות העולות בתיק, מלבד שאלת האפליה מחמת השקפה, בה תוצג בתמצית עמדתה המשפטית הכללית של הנציבות.

1. הסתדרות העובדים הכללית החדשה - ארגון העיתונים בישראל (להלן: **המבקשת**) הגישה בקשת צד בסכסוך קיבוצי ובקשה למתן צווים ארעיים, זמניים וקבועים (להלן: **"בקשת צד"**), כנגד אחוזת הירש ישראל תשנ"ד בע"מ (להלן: **"המשיבה"**) בה עתרה כנגד פיטורי, או אי קליטתו לעבודה, של יו"ר ועד העובדים במשיבה, מר חגי מטר (להלן: **"מר מטר"**).
2. בבקשת הצד טוענת המבקשת, כי פיטוריו, או אי-קליטתו לעבודה, של מר מטר, נעשו בשל חברות בוועד העובדים במסגרת ארגון עובדים תוך הפרת חוק הסכמים קיבוציים, ובניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: **"חוק השוויון"**) האוסר על אפליה על רקע השקפת עולם.
3. בתגובה לבקשת צד שהוגשה מטעם המשיבה (להלן: **"תגובת המשיבה"**), טענה המשיבה, בכל הנוגע לטענות בדבר פיטורי מר מטר על רקע השקפת עולמו, כי היא זכאית שלא להעסיק ככתב אצלה מי "שעובר על החוק והכללים המקובלים והלגיטימיים של השיח הפוליטי וקורא לפעולות עברייניות (או אף מבצע אותן בעצמו) (ר' **סעיף 18 לתגובה לבקשת צד מטעם המשיבה**). בהקשר זה יצוין, כי לא הועלתה על ידי המשיבה טענה כי מר מטר אינו עומד בתנאים ובכישורים הנדרשים לתפקיד.
4. ביום 12.10.13 הגישה המבקשת בקשה להורות על צירוף הנציבות כדיד בית המשפט. הבקשה נסמכת על הטענה כי מר מטר, פוטר, או לא נקלט בעבודה, בין היתר, בשל השקפת עולמו.
5. בהחלטותיו מיום 14.10.13 ומיום 30.10.13, הורה בית הדין הנכבד על הגשת עמדה מטעם הנציבות.
6. בטרם נכנס לעמדה גופא, יצוין כי המשיבה אינה מעלה את הטענה כי השקפת עולמו של מר מטר באה לידי ביטוי במסגרת מילוי תפקידו ככתב בעיתון מעריב (ר' **עמ' 25 לפרוטוקול, שו' 22-33, ועמ' 26 לפרוטוקול, שו' 1-15**). ומשכך, עמדה זו לא תתייחס לסוגיה זו.
7. עוד יצוין, כי המשיבה לא טענה כי העיתון הינו בעל השקפה פוליטית ספציפית, נהפוך הוא, המשיבה טענה, כפי שעולה מחקירתו של מר אסף גלבע מטעמה, כי היא בעלת השקפות עולם מגוונות ובמילותיו: **"בעיתון מעריב יש במה למגוון דעות מקצה שמאלי וימני. כל הסקאלה והוכחות לא חסרות"** (עמ' **26 לפרוטוקול, שו' 22-23**).
8. **לפיכך, עמדה זו לא תתייחס לפיטורין ממקום עבודה שחרט על דגלו באופן מוצהר השקפת עולם הנוגדת השקפת עולמו של העובד או שהעובד פעל בניגוד לה.**
9. עמדת הנציבות תתמקד איפוא, בשאלות הנוגעות לאפליית עובד בפיטוריו מעבודתו אצל מעסיק פרטי, על רקע השקפת עולם שלא באה לידי ביטוי במילוי תפקידו, ושמקום העבודה הצהיר כי הוא עצמו מבטא מגוון דעות פוליטיות מכל קצוות הקשת.

על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

10. הנציבות הוקמה בעקבות תיקון לחוק השוויון. סעיף 18א לחוק מורה, לראשונה במדינת ישראל, על כינון נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד הכלכלה.
11. במדינת ישראל קיימת חקיקת שוויון ענפה שנועדה להבטיח, בין היתר, שוויון הזדמנויות בעבודה, כאשר חוק השוויון הינו המרכזי שבהם. החוק מבטיח שוויון הזדמנויות לקבוצות מודרות, כפי שאלו מנויות בסעיף 2 לחוק. עם זאת, מן המפורסמות היא כי בפני הטוענים לאפליה בעבודה ניצב קושי גדול להוכחת טענתם זו, קושי זה מבוסס, בין היתר, על מכשול ראיתי ועל פערי ידע מובנים בין עובד למעביד (ר' שרון רבין-מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה - כיצד מוכיחים את קיומה?", הפרקליט מד (תשס"ב), 529).
12. על רקע הפער בין החקיקה הקיימת והאכיפה הלכה למעשה, תוקן תיקון מס' 10 לחוק בדבר כינונה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ובראשית שנת 2008, הוקמה הנציבות.
13. אחת הסמכויות המוענקות לנציבות על פי החוק, היא הסמכות להתערב בהליכים משפטיים, ברשות בית הדין, זאת בהתאם לסעיף 18ח(5) לחוק השוויון. ובלשון הסעיף:
- "תפקידה של הנציבות הוא לקדם את ההכרה בזכויות לפי חקיקת השוויון בעבודה ואת מימושו, ולשם כך תפעל הנציבות, בין השאר, בכל אחת מהדרכים האלה:**
- (5) התערבות, ברשות בית המשפט, בהליכים משפטיים;"**
14. ודוק – האינטרס היחיד המונח לפתחה של נציבות השוויון הוא אינטרס השוויון.
15. בית הדין הנכבד הורה על צירופה של הנציבות להליך דן כ"ידיד בית המשפט" ולכן מתכבדת לתת את עמדתה באשר לטענת המבקשת בעניין אפליה מחמת השקפת עולם.

עקרון השוויון ואיסור האפליה

16. הזכות לשוויון הינה זכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית והוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1), 693, 698).
17. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה בשורה של פסקי דין התפיסה, כי בהעדר שוויון, בתנאי אפליה, כבוד האדם נפגע, באשר אדם נאלץ לחיות בתנאי חיים משפילים. כך, נגזרה גם ההכרה, כי יהיו מקרים בהם אפליה בעבודה תהווה משום פגיעה בכבוד העצמי של האדם. בעניין זה נפסק בבג"צ 104/87 ד"ר נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760:

"...אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה

שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת
בזהותו העצמית של האדם".

18. חוק השוויון הינו החוק המרכזי בעולם התעסוקה, אשר מעגן את הזכות לשוויון ואף מחיל אותה על גורמים פרטיים. התערבות זו של המחוקק באה, בין היתר, מתוך הבנת המחוקק את חשיבותה של זירת התעסוקה והשלכותיה על החברה והרווחה.

19. סעיף 2 (א) לחוק השוויון קובע כך:

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ – גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחת מאלה:

- (1) קבלה לעבודה;
- (2) תנאי עבודה;
- (3) קידום בעבודה;
- (4) הכשרה או השתלמות מקצועית;
- (5) פיטורים או פיצויי פיטורים;
- (6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מהעבודה"

20. הפסיקה ראתה באפליה תופעה שלילית אשר יש לעוקרה מן השורש:

"הפליה בין אדם לאדם פוגעת בחוש הצדק השוכן עמוק - עמוק בליבנו והמשפט נחלץ בכל-כוחו ובכל מאודו להגן על המקופח שלא-כדין ועל מי שהופלה לרעה. כללי השוויון ואיסור ההפליה אין הם אלא כללי צדק והגינות שחברה מתוקנת לא תוכל לחיות בלעדיהם"

(בג"צ 6051/95 רקנט ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא(3) 289, 313)

21. עוד נקבע כי:

"ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגעת בתחושת השייכות ובמוטיבציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ובמדינה שבה נוהגת הפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת".

(בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760)

22. על חשיבותו של חוק השוויון נתן בית הדין הארצי את דעתו לאחרונה, בדברים הבאים:

" עקרון השוויון הוא עקרון יסודי במשטרנו החוקתי, והוא תנאי בסיסי לקיום משטר דמוקרטי המבוסס על הגינות וצדק' (בג"צ 1758/11 גורן נ. הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, מיום 17.5.2012). עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כזכות בעלת מעמד חוקתי (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ. כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006)...), חוק שוויון ההזדמנויות הינו אחד מהחוקים שנועדו לעגן את עקרון השוויון בתחום התעסוקה, ונחשב כ"בריח התיכון בחקיקה בנושא השוויון בתחום יחסי העבודה בישראל' (השופט חשין בבג"צ 6051/95 רקנט נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, בעמ' 306...).

(עע 209/10 וינברגר ואח' נ' אוניברסיטת בר אילן, (פורסם בנוב 6.12.2012)).

23. החוק המונה טעמי איסור אפליה, משקף ערכים חברתיים שהיו קיימים עוד קודם לכן [ר' דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד (5) 330], ובכלל זה חוק השוויון אוסר על אפליה על בסיס שיוך קבוצתי לא ענייני, לרבות אפליה על רקע השקפה.

24. אפליה בשוק העבודה יוצרת תמריץ שלילי לשיפור הכישורים של הפרט אשר מודע לכך שכישוריו אינם מוערכים כראוי בשל השתייכותו הקבוצתית ולכן ההון האנושי מושקע פחות וכישורי הפרט הפחותים יוצרים הצדקה והנצחה של תופעת האפליה (בתיא בן הדור, עליזה אבן חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייהר, דפנה שרון, ינון כהן, גיא מונדלק, בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות, **עבודה חברה ומשפט כרך יא** (2005), 381, 383 (להלן: "בדיקת אפליה בשכירה").

25. אפליה הנה תופעה מורכבת הנובעת משיקולים כלכליים-חברתיים והמולידה התייחסות מפלה בשוק העבודה. אחד ההסברים לאפליה הוא "אפליית טעמים". דהיינו, אפליה הנובעת מדעות קדומות והעדפות פסיכולוגיות כלפי קבוצות בחברה, כגון מעסיק המעדיף מבחינה אישית או מבחינת לקוחותיו או עובדיו, להעסיק קבוצה מסוימת. הסבר נוסף הוא "אפליה סטטיסטית", על פי הסבר זה המעסיק המעוניין להגדיל את רווחיו מקבל החלטות במסגרת בחירת עובדיו על סמך מידע הנובע מהנתונים הקיימים של כל קבוצה של המועמד לעבודה, קרי המועמד נשפט לאור מאפיינים המתייחסים להשתייכותו לקבוצה מסוימת, ולא על פי כישוריו האישיים (**בדיקת אפליה בשכירה**, עמ' 383-384).

איסור אפליה מחמת השקפת עולם

26. אפליה על רקע השקפה בשוק העבודה הישראלי היא העדפת עובדים/ות המחזיקים/ות בהשקפה מסוימת על פני עובדים/ות אחרים, המחזיקים/ות בדעה אחרת. אפליה זו, ככל

אפליה היא אבחנה שאינה מותרת בשוק העבודה בהתאם לסעיף 2 לחוק השוויון, אלא אם כן מדובר במשרת אימון אישי, בכפוף לדין (ע"ע 44309-05-11 **שירי להב נ' מדינת ישראל- משרד החוץ** (פורסם בנבו 22.1.13)).

27. כבר בשנותיה הראשונות של המדינה קבע בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ כי **"אם דעותיו של אזרח פסולות, חיינו אינם הפקר ודמו אינו מותר; ואין נועלים בפניו שערי פרנסה..."** (בג"צ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה', 1951) (להלן: **"פרשת שייב"**).

28. בפסק הדין בפרשת **שייב**, נדון עניינו של מורה, בעל דעות פוליטיות ימניות שנטען לגביו כי **"נגד צבא ישראל הוא מטיף ותחת בטחון המדינה הוא חותר"**, שלא התקבל לעבודה במשרד החינוך כמורה עקב השקפתו הפוליטית. בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ קבע:

"משמעותו היסודית של עקרון שלטון החוק, אחת הערובות למשטר דמוקרטי במדינה, היא, שההגבלות שאין להימנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרס של החברה, צריכות להיקבע על ידי החוקים הנחקקים בבית המחוקקים ולא על פי הוראות השלטון המנהלתי ... ההקפדה על שמירת שלטון החוק בעלת תועלת רבה יותר לציבור מאשר הסירוב לבקשתו של אדם להיות מורה בישראל מפני החשש מהשקפותיו הפוליטיות". (ההדגשה אינה במקור- הח"מ)

29. הנה כי כן, בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ הדגיש, עוד בטרם עוגן האיסור על אפליה מחמת השקפה בחוק השוויון, כי ההקפדה על שמירת שלטון החוק גוברת על פיטורים מחמת השקפה פוליטית וזאת מטעמים של תועלת הציבור וקידום ערכי הדמוקרטיה. הדברים יפים בבחינת קל וחומר לאחר חקיקת חוק השוויון בו נקבע מפורשות איסור על הפליה מחמת השקפה.

30. גם בתי הדין לעבודה, בדונם בסוגיית האפליה למיניה ויישום חוק השוויון, עמדו על חומרת הנגע שבתופעת האפליה וחשיבות ההקפדה על קיום הוראות חוק השוויון. כך למשל; בעב (ת"א) 7899/02 **ברן נ' עיריית פתח תקוה** (פורסם בנבו, 8.8.2005) נקבע כי פיטורי עובד על רקע אמונתו, פסולים, משעה שהמעסיקה לא עשתה די כדי ליישם את חוק השוויון. כך גם לגבי קליטת עובד לעבודה. בית הדין לעבודה קבע, כי **"החובה של מעביד לנהוג בשוויון בין דורשי העבודה משמעותה, בין השאר, לקבוע תנאי קבלה אשר אינם מביאים בחשבון את אמונתו ודתו של דורש העבודה, אלא אם התפקיד הנדרש מצדיק שונות"** (עב (ב"ש) 1777/99 **אפרים עובד נ' חברת לאם ריסרץ בע"מ**, פד"ע לו נט, עג (2001)). משמע, יחס בלתי שווה לעובדים, אך משום הבדלים באמונתם, או השקפת עולמם הוא יחס אסור.

31. בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, ובדונו בפיטורים ממניעים פוליטיים, נקבע כי פיטורים ממניעים פוליטיים מסווגים כחסרי תום לב ולכן מטים את הכף לטובת השבה לעבודה, ואם הנסיבות אינן מאפשרות השבה, ראוי שיפסק פיצוי ברמה המשמעותית ביותר (בג"ץ 4284/08 **שמואל קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ** (פורסם בנבו,

32. ניתן ללמוד על כך שאורחות החיים מחוץ למקום העבודה אינם רלבנטיים למקום העבודה עצמו מהאמור בפסק הדין שניתן בעניין נורית פריד (דיון מס' לה/5 - 3 נורית פריד נ' מכון בית יעקב למורות, 27/11/1974), שם נקבע כי חרף קיומה של מערכת חינוך נפרדת לציבור הדתי, לא ניתן לפטר מורה שלומדת במקביל באוניברסיטה שאינה דתית ולא ניתן לשלול ממנה פיצויי פיטורין:

"...אף עיון בהסכם הקיבוצי החל על המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה, שאליו מפנה המחוקק את בית-הדין, בסעיף 17 לחוק פיצויי פיטורים, מלמד שבמסגרת יחסי העבודה בישראל - מגבילים, השותפים ליחסי העבודה, את אמצעי המשמעת לעבודה עצמה ולכל הקשור בה, ואינם יורדים לאורח חייו הפרטיים של העובד." (ההדגשה אינה במקור).

אפליה מחמת השקפה - משפט משווה

33. האיסור על הפליה מחמת השקפה פוליטית מעוגן גם בהכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם (Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights¹), באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights 1976²) ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (Article 2 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights³).

34. בנוסף מעוגן האיסור על אפליה מחמת השקפה או השתייכות פוליטית בסדרה של אמנות אזרחיות כגון האמנה האירופית לזכויות אדם (Convention for the Protection of Article 14 Human Rights and Fundamental Freedoms 1953⁴). האמנה האמריקנית לזכויות אדם (The Inter-American Human Rights Convention 1969⁵) והצ'ארטר האפריקני (Article 13 of the African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted, 1981⁶) האוסרות על אפליה מחמת השקפה פוליטית או דעה אחרת.

¹ <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

² <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae6b3aa0>

³ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en

⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

⁵ http://hamoked.org.il/files/2010/8760_eng.mht

⁶ <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>

35. בית המשפט האירופאי לזכויות אדם שנוסד מכוח האמנה האירופאית לזכויות אדם, עליה חתומות כ- 47 מדינות, מחזיק בדעה כי החברות בארגון פוליטי היא כלי בידי כל פרט בחברה לביטוי עצמי ולכן פיטורים מחמת השקפה פוליטית נחשבים לבלתי חוקיים אלא אם בנסיבות הספציפיות, המעסיק קיבל החלטה במתחם הסבירות תוך שקילת שיקולים לגיטימיים וכאשר השיקול הטמון בהשקפת עולמו ו/או דעותיו הפוליטיות של העובד מתבקש מאופיו וממהותו של התפקיד. (**Redfearn v UK: Political Association and Dismissal Hugh Collins and Virginia Mantouvalou**⁷)

36. באנגליה, במקרה של פיטורים בשל פעילות פוליטית של העובד מחוץ למסגרת שעות העבודה, על המעסיק למצוא הצדקות מבוססות ולהוכיח כי התנהגותו של העובד משפיעה על איכות עבודתו ופוגעת במעסיק. **The law of unfair dismissal and behavior outside work**, Astrid Sanders⁸ (2013, The Society of Legal Scholars).

שיקולי בית המשפט בדונו בטענת אפליה

החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק השוויון

37. ככלל, שיקולי בית המשפט בקשר לשאלת אפליה מכוח סעיף 2 לחוק השוויון, מוכתבים וכפופים לחריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק השוויון, המסייג את הכלל בדבר איסור אפליה וקובע: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

38. בהתאם להוראות הפסיקה יש לפרש את החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק השוויון בצמצום נוכח המהות והחשיבות של העקרונות נשוא חוק השוויון.

39. יפים לעניין זה דברי בית הדין לעבודה בתע"א 12137-09 פלונית נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו), (להלן: "פרשת פלונית") כדלקמן:

"בעניין זה קבעה הפסיקה כי אופן יישום החריג בסעיף 2(ג) לחוק צריך שיהיה על דרך הצמצום. רלוונטיים לאופן הפרשנות המצמצם דברי בית הדין הארצי בתיק נא/8-3 מדינת ישראל נ' חברת גסטטנר, פד"ע כ"ד 65, שם נפסק: "המבחן שצריך לעמוד לנגד עינינו, שעה שבוחנים את פירושו הנכון של הסייג שבסעיף 2 (ג) לחוק השוויון הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. במילים אחרות- לא דעתו של מציע העבודה היא הקובעת, אלא מבחן אובייקטיבי.

⁷ http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319646

⁸ <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/lest.12023/full>

בקביעת מבחינים אובייקטיבים יש להימנע מסטראוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אובייקטיבים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצק. "בדרך כלל מתלוות לסטריאוטיפים דעות קדומות המתבטאות ביחס ובנטייה אוהדת או עוינת כלפי חברי הקטגוריה שעליהם מוחל הסטריאוטיפ" (מילון פונטנה למחשבה מודרנית, עם-עובד 1987 כבר ציינו כי כל חוק יש לפרש על פי מטרתו ותכליתו, ועל כן לדעתנו יש לתת לסעיף הסייג שבחוק השינוי, הוא סעיף 2 (ג) פירוש ברוח זו. מכלול השיקולים שהובאו לעיל, וסקירת הדין במדינות רבות, מביאנו למסקנה כי לסעיף הפטור יש לתת פירוש מצמצם, כלומר רק העבודות שעל פי מהותן ואופיין הן מיוחדות לבני מין אחד בלבד, ניתן לאיישן בבני אותו מין. מובל כי גם בעבודות אלו יתכנו חריגים, אך אף אותם חריגים ייבחנו באמת מידה מצמצמת ככל האפשר. (ר' גם בג"צ 1758/11 אורית גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, מיום 17.5.12).

40. למעלה מן הצורך יצוין שהחוק והפסיקה מכירים בכך שלמעסיק ישנה זכות לקבוע את אופיו של מקום העבודה ובמידה מסוימת גם לצמצם את זכויותיו של העובד בהקשר הזה. כך למשל, בפרשת פלונית בית הדין ערך דיון נרחב בסוגיית רצונו של המעסיק, מוסד דתי, לשמר את ערכיו מול רצונה של העובדת לממש את זכותה להורות, תוך שהעיר כי "יש מקרים בהם לא ניתן לקבל המשך העסקה של מורה בבית ספר דתי, כאשר אורח חייו, אמונתו ו/או קוד הלבוש שלו אינם עולים בקנה אחד עם הנדרש ועם אורח חיים דתי ונוהג באותו מגזר בו הוא עובד" (עמ' 34 לפסק הדין), ולבסוף החליט, בהתאם לעובדות המקרה, כי זכותה של התובעת להורות גוברת, בין היתר, לאור מבחני הסבירות ומידתיות. כאמור, אין זה המקרה שבפנינו שכן כפי שהעיד מר גלבוט מטעם המשיבה, מדובר בעיתון שמשקף את כל מגוון הדעות.

מבחן הסבירות והמידתיות

41. בית הדין האזורי לעבודה קבע בפרשת פלונית כי הבחינה בדבר החלת החריג הקבוע היא: בסעיף 2(ג) לחוק השוויון תיעשה תוך התייחסות למבחני הסבירות והמידתיות. כך נקבע:

"אנו סבורים כי הבחינה בדבר החלת החריג הקבוע בהוראת סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה צריכה להיעשות, בין היתר, תוך התייחסות למבחני סבירות ומידתיות בכל הנוגע להחלטת הנתבעים, ותוך התייחסות לזכויות מתנגשות נוספות כמו הזכות להורות, כבוד האדם וחירותו, וחוק חופש העיסוק. עילת המידתיות היא עילת ביקורת שמהווה חלק מהתפתחות המשפט המינהלי בישראל והיא המשך של עילת הסבירות. עילת הסבירות מתמקדת

באיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה המינהלית בעוד עילת המידתיות מתייחסת באופן ספציפי לאחד האיזונים שצריך להיות מונח ביסוד ההחלטה. השאלה שיש לשאול בהקשר זה היא האם היה סביר לעשות שימוש באמצעי שנבחר לשם השגת המטרה שהרשות חותרת אליה, או שמא האמצעי חריף מידי, בהתחשב בחלופות קיימות אחרות ובחשיבות היחסית של המטרה. במידה מסוימת ניתן לומר שעילת המידתיות היא הביטוי המשפטי של תפישת השכל הישר הגורסת שהמטרה אינה מקדשת את כל האמצעים כך שהמידתיות עורכת למעשה את האיזון בין המטרה לבין האמצעי (ראו גיא דוידוב, "עיקרון המידות בדיני העבודה", עיוני משפט, לא 5 (2008)).

42. בפרשת **פלונית** בית הדין הוסיף וציטט מדברי בית הדין הארצי כדלקמן:

"יפים לעניינו דברי בית הדין הארצי בע"ע 203/09 בעניין **רשת הגנים של אגודת ישראל - שמחה בוסי** (מיום 2.10.2011): "בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק השוויון"), נקבע האיסור הכללי על מעביד להפלות בין עובדיו, או בין דורשי עבודה, מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או משך שירות המילואים שלהם. לפי הוראת סעיף 2 ס"ק (ב), "רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". בס"ק (ג) נקבע כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה. בהוראה זו שבחוק, בא לידי ביטוי אופן בחינת ההחלטה המפלה לכאורה, במבחנים של סבירות ומידתיות".

43. בהקשר עסקינן נפנה עוד לדבריה של כב' השופטת רוזנפלד בעניין ע"ע 203/09 **רשת הגנים של אגודת ישראל נ' שמחה בוסי ואח'** (פורסם בנבו, 2.10.11), שם ציינה, כי חוקיות החלטתו של המעסיק תיבחן במבחנים של סבירות ומידתיות:

"חוקיות ההחלטה תיבחן ממילא על יסוד התשתית העובדתית הרלוונטית בכללותה, תוך בחינת סבירותה ומידתיותה, ובשים לב להוראת סעיף 2(ג) לחוק השוויון, בדבר היותה מתחייבת בנסיבות המקרה. כך, לרבות דרך איזון ויישום עקרונות מתחום משפט העבודה, ובכללם, הפררוגטיבה הנתונה למעסיק לנהל את מקום העבודה." (סעיף 36 לפסק הדין). ר' גם לעניין זה תע"א 12737-09 **פלונית נ' אלמונית**, ניתן על ידי כב' השופטת אסנת רובוביץ-ברכש, מיום 4.3.13 (פורסם בנבו).

44. עוד נפסק בעניין מבחן הסבירות בקשר לאפליה:

יכדי לבסס טענה בדבר פיטורים ממניעים פוליטיים וטענה בדבר הפרת הוראותיו של סעיף 2(א)(5) לחוק - על העובד להראות כי התנהגותו של המעביד בהקשר הזה נגועה בחוסר סבירות, על פי קנה מידה אובייקטיבי. גם אם בקרב העובד מקנן החשד לכך, הרי שלחשד זה תהיה נפקות משפטית רק אם הוא יצא מגדר חשד ויגיע לדרגת ודאות מספקת. כמו כן, בשני המקרים אין צורך להוכיח כוונה כלשהי של המעביד [נדב"ע (ארצי) נו/129-3 שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ פד"ע לג 481, עמ' 493-492 (1997); ע"ע 300258/97 יהודית חנן - המועצה המקומית מנחמיה, פד"ע לו 645, 661 (2002); ע"ע 181/05 רוני רובין - עיריית נצרת עילית, עמ' 13 (26/12/06)]. על רקע כלל נסיבות המקרה [ע"ע 295/08 יצחק דדון - קופת חולים לאומית, עמ' 13 (2/6/09)] י" (עב 4517/03 שרה דהן נ' מעיין חיים ושלוש עמותה מס' 580083756 (פורסם בנבו ביום 28.02.2005).

מודל ההכתמה

45. בתגובת המשיבה, טוענת המשיבה כי הפיטורים נבעו ממערך שיקולים (ר', בין היתר, סעיף 24 לתגובת המשיבה). כאמור, הנציבות תתמקד בטענת האפליה בלבד ולא מביעה עמדה כלל בקשר לשיקולים האחרים הנטענים על ידי מי מהצדדים. אולם, לאור מערך השיקולים הנטענים מחד; וטענת האפליה מאידך, מן הראוי להתייחס ל"מודל ההכתמה" כפי שאומץ על ידי בית הדין לעבודה, כפי שיפורט להלן.

46. בבחינת סוגיית האפליה, אימצו בתי הדין את **מודל ההכתמה**, במסגרתו נבחנת השאלה האם שקל המעסיק שיקול פסול שהכתים את ההחלטה כולה, גם אם לא היה השיקול היחיד שהוביל לקבלת ההחלטה.

47. יפים דבריה של הדי"ר שרון רבין מרגליות על הרציונל שבבסיס מודל ההכתמה:

"אימוץ מודל ההכתמה היה צעד נכון וראוי מבחינת התפיסה החברתית משפטית של נושא האפליה בישראל. תפיסה זו מתיישבת עם ההכרה בערך השוויון כערך מרכזי ויסודי. יישום גישה זו יסייע להילחם בנגע האפליה באופן אפקטיבי. שכן, הוא מטיל אחריות בכל מקרה שהוכח שמקבל ההחלטות התחשב בשיקול פסול. תפיסה זו גם מתיישבת עם לשון החוק. נוסח סעיף 2(א) הנוקט בלשון 'לא יפלה' משמע - לא ייקח בחשבון את אחד הטעמים

המנויים בהמשך בהליך קבלת ההחלטות. אין בחוק כל רמיזה לכך שיש לפעול במסגרת התפיסה הסיבתית החזקה" (שרון רבין מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מ"ד תש"ס עמ' 545)

48. הפסיקה אימצה את מודל ההכתמה, כפי שניתן לראות בדברי כבוד השופט איטח בפסק הדין בעע 57407-05-11 פילטל פרמצבטיקל נ' מורן קורן (פורסם בנבו 13.4.3):

"מעבר לכך, נציין, כי אם עמדו ביסוד ההחלטה לפטר את המבקשת גם שיקולים צודקים, הרי שדי היה בשיקול אחד פסול הנעוץ בטיפולי הפוריות שהעובדת עברה, כדי להכתיים את שאר השיקולים ולהפוך את ההחלטה לבטלה."

49. בפסק הדין שניתן בעב 7170/03 ד"ר צמח קיסר ואח' נ' אוניברסיטת בר-אילן (פורסם בנבו 28.10.2009) קבע בית הדין:

"יעצם שקילתו של שיקול פסול, ללא קשר למידת השפעתו על החלטת המעביד, מהווה ביטוי מובהק ליחס בלתי שווה לעובדים או למועמדים לעבודה וכי די ב"הכתמה" שהכתיים שיקול זה את הליך קבלת ההחלטה על מנת ללמד על קיומה של אפליה פסולה. זאת לנוכח תכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כחוק הבא לקדם השתלבות בעבודה של בני קבוצות שסבלו וסובלים עדיין מאפליה בשוק העבודה. לכשעצמו, סבורים אנו כי "גישת ההכתמה" אותה אימץ כאמור ביה"ד הארצי לעבודה היא זו המתבקשת לא רק מחמת שיקולי מדיניות שענינם מתן הזדמנות הוגנת להשתלבות בני קבוצות שונות בשוק העבודה אלא גם מעצם אופיו המשפיל של תהליך קבלת החלטות שבמהלכו נשקלים שיקולים הקשורים לשיוכו הקבוצתי - גילאי של העובד."

50. גם בית המשפט העליון עמד על מודל ההכתמה, ויפיים לעניין זה דבריו בפסק הדין שניתן בבג"ץ 1758/11 אורית גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו 17/05/2012), מפי נשיאת ביהמ"ש העליון (כתארה אז), כבי השי' ביניש:

"על כן די בכך שהמעביד התחשב באחד השיקולים המנויים בסעיף 2(א) לחוק לשם קבלת ההחלטה בעניינו של העובד כדי שתקום לעובד עילת תביעה לפי סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. היינו, אף בהעדר כוונה להפלות את העובד עצם ההתחשבות במינו של העובד, גילו, דתו או כל אחד מהשיקולים האחרים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות היא אסורה";

סיכום

51. עמדת הנציבות בתיק זה התבקשה, משום שעלתה טענה כי השקפת עולמו של מר מטר, היוותה שיקול בפיטוריו.

52. איסור ההפליה מחמת השקפה מעוגן בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כל חריגה ממנו צריכה לעמוד בתנאי סעיף 2(ג) לחוק השוויון.

53. לפיכך יש לבחון את חוקיות הפיטורים או אי הקבלה לעבודה, על יסוד התשתית העובדתית הרלבנטית בכללותה, תוך כדי בחינת סבירות ומידתיות, ובכפוף למודל ההכתמה.

היום, 21 בנובמבר 2013

שרון אברהם-ויס, עו"ד

נציבת שוויון ההזדמנויות בעבודה

מחוז ת"א והמרכז

בריהאן אבו קאעוד, עו"ד

נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה