

ידידת בית הדין:

נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה

ע"י ב"כ עוה"ד שירי לב-רן לביא ו/או שרון אברהם-ויס,
נציבת מחוז ת"א, נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה,
משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה
דרך סלמה 53, תל אביב, 66809
טלפון: 03-7347214; פקס: 03-7347273
דוא"ל: shiri.levranlavi@moital.gov.il

- נ ג ד -

התובעים:

1. מישל מלכה

**2. עמותת "שיח חדש - למען השיח הדמוקרטי והרב תרבותי
בישראל" (ע"ר) מס' עמותה 58.029.871.9**

רח' מאפו 20 תל-אביב

ת.ד. 11518 תל-אביב 61115

טל: 03-5247702; פקס: 03-5222224

ע"י ב"כ עוה"ד אייל שטרנברג ו/או ד"ר יפעת ביטון
ו/או אפרת פודם ו/או ורדית אבידן

ממרכז תמורה, המרכז המשפטי למניעת אפליה

מרחוב מנחם בגין 65, בית אשרא, תל אביב – יפו, מיקוד 67138

טל': 0-777-949-777; פקס': 0-777-942-777

התעשייה האווירית לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן פייגין ואח'

הלשכה המשפטית של התעשייה האווירית

נמל התעופה בן גוריון 70100

טל': 03-9353124; פקס: 9358987

הנתבעת:

סיכומי נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה

בהתאם להחלטותיו של כב' בית הדין מיום 1.4.2012 ומיום 8.8.2012, מתכבדת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה
(להלן: "נציבות השוויון") להגיש סיכומיה בתיק זה כדלקמן:

א. פתח דבר :

1. עניינה של תביעה זו בטענה לאפליה לכאורה מחמת מוצא בקבלה לעבודה. חשיבותו של הליך זה מבוססת על שני מישורים: האחד – דיון בשאלת אפלייתם של "מזרחיים" בקבלה לעבודה בשוק העבודה הישראלי, נושא שכמעט ולא נידון בפסיקה עד כה; השני עוסק בקושי שבהוכחת טענת האפליה בכל הנוגע למערכת יחסי העבודה בכלל, ובשלב הקבלה לעבודה בפרט.
2. כפי העולה מכתבי הטענות של הצדדים, התובע, פרמדיק בהכשרתו, הגיש מועמדותו למשרת פרמדיק בנתבעת. לטענת התובע, מועמדותו נשללה על הסף נוכח שמו ה"מזרחי", אף שעמד, לשיטתו, בדרישות התפקיד. לטענת הנתבעת, מועמדותו של התובע נשללה נוכח חוות דעת שלילית בדבר יחסיו הבינאישיים של התובע.
3. התובע טוען כי כאשר שלח קורות חיים שעליהם מופיע שמו המזוהה באופן מובהק עם מוצא מזרחי הוא נדחה על הסף ולא זומן לראיון עבודה. כדי לבחון את חשדו כי הסיבה לכך היתה מוצאו המזרחי, לכאורה, העביר את קורות חייו בשנית תוך שימוש בשם אחר המזוהה לטענתו פחות עם מוצא מזרחי ואז זומן לראיון עבודה. לשיטתו, התנהלותה של הנתבעת לאור קורות החיים ה"שניים" מעידה על אפליה של הנתבעת בקבלה לעבודה מחמת מוצא.
4. בין הצדדים להליך קיימות מחלוקות עובדתיות. יובהר, כי הנציבות לא תיתן דעתה באשר למהימנות ו/או אמינות טענות הצדדים בכל הנוגע למחלוקות עובדתיות אלו, אלא תציג עמדתה המקצועית לסוגיית האפליה לכאורה בעבודה המתעוררת בנסיבות הליך זה.

א. על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה :

5. במדינת ישראל קיימת חקיקה סוציאלית ענפה שנועדה להבטיח, בין היתר, שוויון הזדמנויות בעבודה, כאשר חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" ו/או "חוק השוויון") הינו המרכזי שבהם. החוק מבקש להבטיח שוויון הזדמנויות בשלבי התעסוקה השונים, וזאת בדגש על קבוצות המודרות, כפי שאלו מנויות בסעיף 2 לחוק.
6. חרף החקיקה המתקדמת, מן המפורסמות הוא כי בפני הטוענים לאפליה בעבודה ניצב קושי גדול להוכחת טענתם זו, קושי זה מבוסס, בין היתר, על מכשול ראייתי 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).
7. על רקע הפער בין החקיקה הקיימת והאכיפה הלכה למעשה, הוקמה בראשית שנת 2008, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. הנציבות שואפת להוביל תהליך של הטמעת שוויון ומיגור אפליה בשוק העבודה ולשמש "סמן נורמטיבי" לאימוץ נורמות וערכים, שיהוו את היסודות לשוק עבודה שוויוני במדינת ישראל.
8. תפקידה של הנציבות, לקדם את ההכרה בקרב ציבור העובדים והמעסיקים, בזכויות המוקנות מכוח חקיקת השוויון ולפעול למימושן ולהטמעתן. במסגרת זו, פועלת הנציבות מחד-גיסא, לטיפוח התודעה הציבורית, באמצעות חינוך והסברה ומאידך-גיסא, משמשת זרוע ביצועית הפועלת לאכיפת חקיקת השוויון במישור האזרחי.
9. ודוק – האינטרס היחיד המונח לפתחה של נציבות השוויון הוא אינטרס השוויון באספקלריה ציבורית.

10. על פי רוב, נציבות שוויון הזדמנויות מתמודדת, כדבר שבשגרה, עם הקושי העולה כמעט בכל הפניות בהן היא פועלת בדבר הצורך להתגבר על המכשול הראייתי בהוכחת קיומה של האפליה. ואולם במקרה זה הנציבות **תבקש להציג עמדתה בדבר הנסיבות והשיקולים בהם יש להתחשב בבוא בית הדין הנכבד לבחון אם התקיימה אפליה במקרה דנא, תוך שימת דגש על מורכבותה של אפליה מחמת מוצא**. זאת מבלי להתייחס לנסיבות הענין נשוא הליך זה.
11. הנציבות רואה חשיבות מיוחדת בסוגיית האפליה העולה בהליך זה, קרי, אפליה מחמת מוצא, הן בנוגע לאופן יישומו של חוק השוויון, הן בנוגע לעילת האפליה נשוא הליך זה וכחלק בלתי נפרד מסמכותה הייחודית של הנציבות כפי שהיא קבועה בסעיף 18 ח (5) לחוק השוויון, לפיו הנציבות תפעל לשם קידום ההכרה בזכויות לפי חקיקת השוויון בעבודה ומימושן, בין השאר באמצעות התערבות, ברשות בתי המשפט, בהליכים משפטיים.
- נציבות השוויון תתייחס לסוגיית האפליה מחמת מוצא, וזאת במיוחד נוכח מיעוט הדיון בסוגיה זו במסגרת הליכים הבאים בפני בית הדין הנכבד, ובדגש על בסוגיית אפליית מזרחיים בשוק העבודה הישראלי, נוכח הטענות העולות בתיק זה.
12. אשר לנטל ההוכחה: ככלל, יש לבחון במקרה של טענה לאפליה מסוג זה, האם הניח התובע, תשתית לכאורית לטענת אפלייתו מחמת מוצאו באופן שמעביר את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע להראות כי לא הפלתה אותו לרעה.
13. כאמור, לא נדון בעובדות המקרה הנדון, אלא בקווים מנחים לבחינת סוגיית העברת נטל ההוכחה.

ב. על אפליית מזרחים בישראל:

14. שאלת האפליה העדתית מהווה אחד הנושאים העולים לאורך כל שנות קיומה של מדינת ישראל: "מזרחים סבלו ועודם סובלים מהפליה ומנחיתות מעמדית כמעט בכל מדד של מוביליות חברתית" [ראה ד"ר י' ביטון במאמרה על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר] [מעשי משפט, כרך ד 2011], (להלן: "**המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר**"). על קיומה של אפליה זו ניתן ללמוד ממספר דוגמאות בתחומים שונים.
15. יצוין, כי השיח בדבר קיומה של האפליה העדתית בארץ שונה במהותו מסוגי אפליה שונים. אחד הקשיים העיקריים הנוגעים לסוגיית אפליית מזרחים, נוגע לכך שאפליה זו מתאפיינת בהיותה "**נסתרת מהעין**". אפליה מתאפיינת, בהתאם לדעה הרווחת, בכך שהיא מופנית כנגד קבוצה שונה או קבוצות מיעוטים, ניתנים לזיהוי ובעלי אופי שונה. למשל, השחורים בארצות הברית – צבע עור שונה (גזע), המוסלמים באירופה – דת שונה.
16. רוצה לומר, כשאפליה מתרחשת בין שתי קבוצות השונות זו מזו בעליל, היא תובן ותתגלה בקלות רבה יותר גם על ידי הקבוצה המפלה (בד"כ קבוצת הרוב) וגם על ידי הקורבנות לאפליה ובכך תזכה היא להכרה ולריפוי. לעומת זאת, אפליית מזרחיים בישראל מאופיינת בכך שהיא אפליה בין "דומים": כל היהודים שייכים בהתאם להגדרת המדינה לעם אחד. המזרחים היו בני אותו גזע ואותה דת של האשכנזים. יתרה מזו, הם היו שייכים לאותו עם יהודי [לעניין זה ראה – "**המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר**"].
17. הקושי בהגדרת אפליית המזרחים בארץ, מביא לדבר הכחשתה על ידי החברה ועל ידי המדינה ובכך הופכת אותה קשה לריפוי. **במאמרה מזרחים במשפט** [משפטים מא, פורסם בנבו] (להלן: "**מזרחים במשפט**"), תיארה המלומדת ד"ר יפעת ביטון, את עניין תופעת הכחשת האפליה כדלקמן:

"מוטיב ההכחשה של קיומה של מציאות של הפליה נגד מזרחים בחברה הישראלית בולט בעיקר בשיח הציבורי. שיח זה מתאפיין באמירות המוכרות בדבר הכחשה של עצם התופעה: "לכולם היה קשה פה בתחילה"; עובר דרך הכרה בה אך ייחוסה לעבר: "זה היה בשנות ה-50 ונגמר", טשטושה: "כולנו ישראלים" ו"נישואי התערובת יפתרו את זה", וכלה באימוץ השיח הליברלי-קפיטליסטי: "מי שרוצה להצליח, יכול. עובדה שיש מזרחים מצליחים"... תחת שיח אי השוויון הקבוצתי, אימצה ישראל עם השנים את השיח המריטוקרטית, המעמיד במרכז את כישוריו הפרטיים של אדם ואת התועלת הצומחת ממנו, כמי שמשפיעים יותר מכל על ניעותו החברתית". [שם, עמ' 470] [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

18. דוגמא בולטת הממחישה את קיומה של אפליית מזרחיים בארץ מתגלה בחוסר הנוכחות שלהם בהנהגות תרבותיות. מחקרים רבים הצביעו על כך כי, **הסיבה האפשרית היחידה לחוסר ההלימה המזרחיים בין שיעור המזרחים באוכלוסייה לבין שיעור הישגיהם התרבותיים היא אפליה בממדים עצומים** [ר' א' אילוז "עייפנו מהעדויות", פורסם ב"הארץ" 24.2.12. ר' גם דו"ח על אפליה בהקצאת משאבי תרבות בישראל- המקרה של התרבות המזרחית בשנת 2009 שהוגש למשרד התרבות בישראל].

19. כך למשל, נטען כי, הציבור המזרחי בולט בהיעדרו מהאליטות שעיצבו את זהותה של המדינה. כחלק מהמערכת האקדמית בישראל, היעדרם הכמעט מוחלט של מזרחים מסגל המרצים והפרופסורים, ומכך שאין ולו מזרחי אחד בעמדת מנהיגות אקדמית, עיתונאית ותרבותית. כמעט שלא ניתן למצוא מזרחים המכהנים כנשיאים, רקטורים ודקאנים של אוניברסיטאות, או שעומדים בראש קתדרות, מנהלים מכוני מחקר, או בין זוכי פרסים; כמעט בלתי אפשרי למצוא מזרחים בין חברי האקדמיה למדעים, בין העורכים הראשיים של העיתונים הארציים, בין מנהלי תיאטראות לאומיים ומנצחים על תזמורות, בין הסופרים הקנוניים שיצירותיהם נלמדות בבתי הספר והאמנים שיצירותיהם מוצגות במוזיאונים [ראה עייפנו מהעדויות לעיל].

20. היבט נוסף לטענה זו נלמד ממכתבה של קואליציית ארגונים חברתיים "לבי במזרח", אל שר החינוך, בו מחו על דחיקתם לכאורה, של מזרחים מתוכנית הלימודים החדשה בספרות, כמו גם מהדרת ההיסטוריה והמורשת התרבותית המזרחית, לכאורה, מתכנית הלימודים.

(ר' <http://www.haaretz.co.il/gallery/kids/1.1814427>)

21. המחקרים דלעיל, העוסקים בסוגיה דנא מצביעים על כך, כי אפליית מזרחיים באה לידי ביטוי מהקצאת משאבים מפלה (בין אם בתחום החינוך, בתחום בניית התשתיות, בריכוז גיאוגרפי של אוכלוסיות עולים וכד'). סיבה נוספת, הנובעת מהתנהלות חברתית "סמויה" העומדת בבסיסה החברתי של ההווה הישראלית של קידום מקורבים, מעין מעגל חברתי שנוצר על פי רוב בשירות הצבאי, בטענה כי הם מתאימים יותר, התנהלות שהינה הלכה למעשה תוצר ישיר של אותה חלוקת המשאבים בעייתית.

22. מכאן עולה, שהמצב הזה הינו מבלבל מיסודו. שעה שהיווצרותה של אפליית מזרחיים נוצרה בתוך "דומות חברתית/דתית/לאומית", ובנוסף לה הידיעה והאמונה כי מדינת ישראל הינה מדינה דמוקרטית, מתקדמת ומודרנית, שהוקמה למען העם היהודי, מקשה על תפישת קיומה של האפליה.

23. על כך ניתן ללמוד, למשל, מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי – "הקשת הדמוקרטית המזרחית" ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח' פ"ד נה(5) 847, ובבג"ץ 1067/08 נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בבנו). בשני המקרים הללו, אף שטענת האפליה העדתית עמדה בליבת טענות העותרים, ניתח כב' בית המשפט העליון את המקרים במסגרת שיח של טיעון מנהלי.

24. ואולם, חרף האמור לעיל, המחוקק הישראלי לא התעלם מקיומה של תופעת האפליה על רקע מוצא, והוסיף עליה זו לסל העילות המנויות במסגרת חוק שוויון הזדמנויות, כפי שניתן ללמוד מסעיף 2 (א):

(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], התשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה ;

.....

אפליית מזרחיים בשוק העבודה

25. נמצא, כי מזרחים סובלים מדפוס נמשך והולך של נחיתות בשוק העבודה. רק 29% מהמזרחים נמצאים בשוק העבודה הניהולי-אקדמי, לעומת 59% אשכנזים. בשוק עבודות הצווארון הכחול מזהים החוקרים נתח משמעותי של 40% למול 22% מועסקים אשכנזים. הבדל זה ניכר גם במקצועות השירותיים, במכירות ובפקידות, שם החלוקה היא של 23% אשכנזים, למול 30% מזרחים [ראה – מזרחים במשפט].

26. בהתאם לדו"ח האגודה לזכויות האזרח בישראל משנת 1999, מזרחיים ילידי הארץ נמצאים במעמד נחות בשוק העבודה בהשוואה לעמיתיהם האשכנזים, ילידי הארץ, שאביהם ילידי אירופה-אמריקה. שתי סיבות חשובות לפערים אלה: בראש וראשונה פערי ההשכלה בין שתי הקבוצות, שהם הגורם המשפיע ביותר על סיכויי התעסוקה. גורם נוסף הוא מקום המגורים והייצוג הגבוה של יוצאי אפריקה ואסיה ביישובי פריפריה, שבהם ההזדמנויות התעסוקתיות פחותות והסיכויים לרכישת השכלה איכותית קלושים. [מתוך "איפה ואיפה – מאזן השוויון בישראל", דו"ח האגודה לזכויות האזרח בישראל, דצמבר 1999, ההדגשה אינה במקור – הח"מ].

27. בתוך כך, שיעור העוני אצל מזרחים גדול כמעט פי שלושה לעומת אשכנזים [ראה – מזרחים במשפט].

28. בכל הנוגע לקבלה לעבודה מציינת המלומדת ביטון במאמרה, כי: "מחקר שבחן סיכויי קבלה לראיון עבודה על סמך שליחת טפסי "קורות חיים" זהים, שכל השוני ביניהם היה שם המועמד המעיד על מוצא מזרחי/אשכנזי מובהק, העלה כי לאשכנזים סיכוי גדול יותר ב-34% להתקבל לראיון עבודה מאשר למזרחים. אין פלא שבקבוצת המובטלים ייצוגם של המזרחים חסר כל פרופורציה לחלקם היחסי באוכלוסייה, ועולה כדי פי חמישה מייצוגם של האשכנזים".

29. כמו כן, בהתאם למאמרה של דורית ששון, "האם סיכויי התעסוקה של גרינברג וברנשטיין גבוהים משל בוזגלו ואבוקסיס?" ניסוי על אפליה בשוק העבודה בישראל על רקע מוצא אתני ומגדר, אשר במסגרתו בחנה את השאלה – האם מעסיקים מתייחסים בצורה שונה למועמדים ממוצא שונה? כאשר המעסיקים ניצבים בפני מועמדים בעלי כישורים זהים אך בעלי שמות משפחה המעידים על מוצא שונה, האם הם נוטים להעדיף את האשכנזים? נמצא כי, "מועמד אשכנזי יצפה בממוצע לקבלת תגובה אחת בקירוב על כל 2 מודעות דרושים שאליהן יגיב, לעומת מועמד מזרחי, אשר בממוצע יקבל תגובה אחת על כל 3 מודעות דרושים שאליהן יגיב".

30. כאמור חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אוסר על אפליה מחמת מוצא בכל שלבי העבודה. חרף האיסור שבחוק, וכפי שניתן ללמוד מהנתונים דלעיל, יש לצאת מנוקדת הנחה כי אפליית מזרחיים בכלל הינה תופעה קיימת, ומשום כך, נתקלים אנו במקרים דומים להליך זה.

31. לדידי הנציבות, חוק השוויון ושאר החקיקה האוסרת על אפליה אינה יכולה בעצמה לחולל שינוי חברתי ותודעתי. החוק הוא בעצם הכלי הראשוני שדרכו ניתן להוביל את המצב הקיים לשינוי. בעניין זה מציין פרופ' מונדלק, כי עד היום קבוצת "המזרחיים" לא זכתה, בניגוד לקבוצות אחרות המוגנות בחוק השוויון, ליהנות מתכליתו של חוק זה [prof. Guy Mundlak "the law of equal opportunities in employment: between equality and polarization" עמ' 222 פורסם בנבו]. **על מנת לחולל שינוי מקיף בנושא סבוך כמו אפליה, נדרשת גם פסיקת בתי הדין הנכבד, פסיקה אשר יהיה בה כדי להניע התדיינות נוספת וגם תחולל שינוי בקרב המעסיקים והעובדים. ובמקרה דנא, תוביל להכרה בתופעה קיימת ומוכחשת דבר שיש בו כדי להעניק כלים לריפוייה** [לעניין זה, ראה גיא מונדלק, האם דיני איסור האפליה בעבודה "עושים את העבודה"? פורסם בנבו].

ג. התנהלות תקינה בשלב גיוס עובדים כמפתח למניעת אפליה ולקידום שוויון הזדמנויות:

32. שוק העבודה הוא מרחב בעל מאפיינים תחרותיים, שמצריך שימוש במסננות בעזרתן יהיה ניתן לוודא שנמצא האדם המתאים לתפקיד המבוקש. מסננות מסוג זה מופיעות כמובן כבר בכניסה לשוק העבודה, על מנת שכבר בשלב זה מעסיקים/ות יוכלו לצמצם את מאגר המועמדים הפוטנציאלים לאלה המתאימים לתפקיד המבוקש. סינון זה לגיטימי, נדרש והכרחי.

33. אך מה קורה כאשר מסננות אלו הופכות (בין במודע ובין לאו) לחסם בפני אוכלוסיות? האם סינון שכזה משיג את המטרה, כך שבפני המעסיק/ה יתמודדו האנשים המתאימים ביותר למשרה המוצעת? מה המשמעות של מסננות אלו מבחינה חברתית וחוקית? ומה ההשלכות החברתיות כאשר מסננות אלו מופעלות ללא בקרה?

34. בספרה "שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה" עמדה המלומדת פרופ' רות בן ישראל על ההבחנה בין שני מובנים שונים של עיקרון השוויון: הראשון, שוויון כאיסור אפליה. עיקרון זה שייך לעולם השוויון הפורמלי, המבטיח שוויון בנקודת המוצא ביחס לבני אדם שונים. המובן השני, **שוויון כשוויון הזדמנויות, הינו רחב יותר ומטרתו ליצור תנאי נגישות שווים לכלל העובדים, ובמיוחד לאלו הנמצאים בעמדה חלשה בשוק העבודה, כך שריבודם החברתי לא יהווה עבורם מכשול בכניסה לשוק העבודה**. כלומר, מטרתו יצירת שוויון מהותי בתוצאה [כרך א' תשנ"ח-1998, בית ההוצאה לאור של האוניברסיטה הפתוחה].

35. כלומר, התכלית העומדת בבסיס הוראות חקיקת השוויון בדבר איסור האפליה, הינה מתן הזדמנות שווה לכלל דורשיות העבודה הפוטנציאליים להתקבל לעבודה, זאת תוך **בחינת כישוריהם והתאמתם בצורה עניינית לתפקיד**. מכאן, באה אחריותם של מעסיקים לנהוג בשוויון ולמנוע אפליה בכל שלבי העבודה.

36. הוראות חוק השוויון מציגים מצב רצוי של הליך הגיוס לעבודה. זאת, החל משלב פרסום מודעת דרושים לתפקיד ועד לשלב של סיום ההעסקה. חוק השוויון, מנחה ואף מחייב את המעסיקים לנהוג בשלבים אלה מתוך שיקולים עניינים ומקצועיים, ואוסר עליהם בחינת שיקולים פסולים, לא רלוונטיים, אשר גורמים לאפליה תוך פגיעה בכבוד האדם.

37. לעמדת נציבות השוויון, מעסיק אשר קובע נוהל אחיד, ברור ומובנה לעניין גיוס עובדים/ות, יוצר לעצמו הגנה לכאורית מפני טענות/תביעות אפשריות של אפליה. על אף שהדבר אינו מתחייב מהוראות הדין, העדרם של

כללי גיוס מובנים וברורים עלולים, במקרים מסוימים, להביא לפרקטיקה אשר יוצרת פתח להצפתם, בין אם במודע ובין שלא במודע, של סטריאוטיפים של האחראי על גיוס העובדים. במקרים אחרים, העדרה של פרקטיקה זו עלול להוביל להדרתם הפסיבית של אוכלוסיות, אשר אינן נמנות על "הרשת החברתית" (networking) של אותו אחראי/ית גיוס.

38. ברי כי פרקטיקה זו תהא תלויה נסיבות, לרבות שיקולי עלות-תועלת של המעסיק. כך, למשל, בבוא מעסיק לבחון מועמדים למשרה פלונית, יהיה הבדל בין "מערכת הסינון" אותה יפעיל אם יהיו בידיו עשר קורות חיים למקרה שבו בידיו 200 קורות חיים.

39. בבואו לבחון את הליך הגיוס במקרה דנן, יידרש בית הדין הנכבד ליתן את הדעת לשאלה האם הליך הגיוס כפי שעולה מהראיות בתיק, יהיה בו כדי לנטרל ככל הניתן השפעות זרות ומפלות במודע או לא במודע.

ד. הקושי בהוכחת אפליה בכלל ובקבלה לעבודה בפרט :

40. נוכח הקושי הראייתי הרב בהוכחת עילת האפליה, נראה כי התדיינות משפטיות בנושא אפליה בעבודה אינן רבות. משום כך, לאור קושי זה הוכר בפסיקה **מבחן התוצאה**, שלפיו, על מנת להוכיח אפליה, לא נדרש התובע להצביע על כוונה להפלות [ראה בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה; בג"צ 1113/99 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו]. נקבע, כי "כוונה טובה אין די בה להקדים יום יפה, אין די בה כדי להועיל, **אם התוצאה המתקבלת היא תוצאה של אפליה**". [בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה].

41. מכאן, די בתוצאה המבחינה בין הקבוצות בכדי להוכיח את קיומה של האפליה, אין צורך להוכיח כוונה או מניע לאפליה. לעניין זה יפים דברי השופט זמיר, בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, : 176

"הכלל הוא, שכל הפליה פסולה, גם אם היא מוכחשת. הסוואה לא תציל הפליה. המהות קובעת ולא הצורה... אמור מעתה, די בכך שמשרד ממשלתי מבצע את חוק התקציב באופן היוצר הפליה פסולה, כגון על יסוד דת או לאום, כדי לפסול את הביצוע, ואין בכך כדי להכשיר את הפליה שלא הוכחה כוונה להפלות או שהכוונה להפלות מוכחשת. מילים יפות אינן מספיקות להכשיר מעשים רעים. הפסול שבהפליה טמון במעשה הפליה".[ההדגשה אינה במקור – הח"מ].

42. לצד דברים אלו יצוין, כי אם יעלה בידי המעסיק להוכיח, כי התוצאה המפלה לכאורה אינה מבוססת על אחד הטעמים המנויים בחוק השוויון, אלא על שיקול או שיקולים אחרים, יהא בהוכחה זו כדי לעמוד בנטל כי לא הפלה את העובד "מחמת" אחד מטעמים אסורים אלו [נר' בג"צ 1758/11 אורית גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו) (להלן: "בגץ אורית גורן")].

43. הקושי הראייתי העומד בפני הטוענים לאפליה נובע מכך, שעל פי רוב לתובע אין את המידע (אשר לעיתים קיים ברשות המעסיק), או הפרטים היכולים להצביע על קיום האפליה. ישנם מקרים רבים בהם עובדים, ובעיקר דורשי עבודה, סבורים כי המעסיק נהג כלפיהם באופן מפלה, אך אין להם ראיות אשר בהתבסס עליהן יכולים הם להוכיח את טענת האפליה.

44. יתירה מזו, קיימים מקרים של אפליה אשר בהם קיימים שיקולים מעורבים בהליך קבלת החלטת המעסיק, חלקם שיקולים כשרים וחלקם שיקולים פסולים [לעניין זה ראה, שרון רבין-מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?", הפרקליט מד (תשס"ב), 529].

45. בהמשך לאמור לעיל, נציין, כי **בחינת טענת אפליה הינה קשה ביתר שאת בשלב הקבלה לעבודה היות שקל להסוותה בשלב זה**. קשה לקבוע, בשלב זה של הליך העבודה, אם אי-זימון מועמד לראיון היה מסיבות ענייניות או בשל אפליה. [ר' בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות, בתיה בן הדור ואח', עבודה חברה ומשפט, פורסם בנבו (להלן: "אפליה בשכירה לעבודה")].

46. ביטוי לקושי בהוכחת טענת אפליה בשלב הקבלה לעבודה, ניתן לראות בכמות כתבי התביעה המוגשים נגד מעסיקים שנטען כי הפלו בשלב זה של ההעסקה. "בישראל שיעור ההתדיינות המשפטית על אפליה נמוך יחסית, אך כמו במדינות אחרות, **נדירותה בולטת במיוחד בהקשר של שלב השכירה**. שכיח יותר לראות פסקי דין העוסקים בפיטורים, בהבחנות בשכר ובתנאי העסקה או באפליה שמעוגנת בהסכמים קיבוציים. לעומת זה, מספר המקרים המגיעים לבית הדין שבהם נטען כי המעסיק סירב לגייס את פלוני והעדיף מועמד אחר עליו הינו מזערי" [ראה, "אפליה בשכירה לעבודה"]].

47. על רקע הקושי הראייתי שתואר לעיל, נקבעו בחוק השוויון ובפסיקה כללים דיוניים מיוחדים לתובענות שעילתן הפרת סעיף 2(א) לחוק. אחד מהכללים הללו, מצוי בסעיף 9(א) לחוק שזו לשונו:

(א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 – (1) לענין **קבלה לעבודה**, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים – אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיחו כי **נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים**;

48. בעניין זה קבע לא מכבר בית המשפט העליון בבגץ אורית גורן, כי:

"די בכך שהעובד הטוען לאפליה בשל אחד ממאפייני הזהות שלו המנויים בסעיף 2 לחוק יוכיח כי התקיימו בו התנאים והכישורים שנקבעו ע"י המעביד לענין מסויים, או שעלה בידו להציג ראיות לכאורה לכך שהמעביד נהג כלפיו, כדי להעביר את הנטל למעביד" (סעיף 21 לפסק הדין).

49. כלל נוסף מצוי בהלכות בית הדין הנכבד, בהן נקבע, כי על מנת שנטל הראיה יעבור למעביד על פי סעיף 9(א) לחוק, די ב"**ראשית ראיה**" לכך שהחלטת המעביד הייתה נגועה בהפליה פסולה על מנת להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המעביד [דב"ע נו/ 129-3, שרון פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, (להלן: "עניין פלוטקין")].

50. בנסיבות כל מקרה ומקרה, לדעת הנציבות יש לבחון האם התקיימו בתובע התנאים או הכישורים לצורך קבלה לעבודה באופן שמעביר את נטל הראיה לכתפי הנתבעת, זאת בהתאם למסכת העובדתית שהונחה בפני בית הדין על ידי הצדדים.

51. לענין טענות הצדדים בתיק זה (ומבלי להתייחס לאמינותן או נכונותן) יאמר כי כבר נפסק, כי **די באמירה בעלת קונוטציה סטריאוטיפית, על מנת להרים את נטל ההוכחה הראשוני המוטל על התובע**, לענין זה ראה: ע"ב 1777/99 אפרים עובד נ' חברת לאם ריסרץ בע"מ:

"... די באמירותיו של מר בן-שחר (המראיין- הח"מ) כדי להקים ראיה לכאורה לגישה מפלה" (פסי' 96 לפסק הדין) [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

לענין זה, ראה גם: דב"ע נו 129 – 3 פלוטקין ואח' נ' אחים אייזנברג בע"מ, פורסם בנבו, עמ' 499; בע"ב (ת"א) 236/08 יעקב זילברמן נ' ת.מ.מ. תעשיות מזון מטוסים (נתב"ג) בע"מ.

52. אם וככל שייקבע על ידי בית הדין כי נטל ההוכחה הועבר לנתבעת, על בית הדין לבחון האם הוכיחה הנתבעת כי לא פעלה משיקולים פסולים, באופן שמנוגד להוראות חוק השוויון.

53. יצוין, כי העברת נטל ההוכחה אין פירושה הוכחת כוונה טובה וחיובית מצד הנתבעת. העברת הנטל היא אך לצורך הכחשה כי ההתנהגות היתה מפלה, ולהוכיח את כי הייתה תקינה ועניינית, ושלא נבעה משיקולים פסולים.

54. באשר לטענת הנתבעת כי בסופו של יום מי שנתקבל למשרה הפנויה הינו ממוצא מזרחי, וכי מועסקים בה הרבה עובדים ממוצא מזרחי, יצוין, כי על פי ההלכה אין בטענות מסוג זה כדי לסתור את טענת התובע בענין אפלייתו על רק מוצאו בקבלה לעבודה.

55. **בענין פלוטקין**, נקבע על ידי בית הדין הנכבד, כי אין בעובדה כי המעסיק קיבל אישה לתפקיד, על מנת להסיר את אחריותו, וכי עובדה זו אינה רלוונטית. בית הדין קבע כי יש להתמקד בשאלה אם ההתנהגות הינה התנהגות פסולה או לא:

אשר לטענה, כי המשיבה העסיקה לבסוף אישה במשרה זו, גם לכך אין רלוונטיות. עצם ההתנהגות, אם היא פסולה, ובכך אדון בהמשך, מספיקה כדי להטיל אחריות, ללא קשר אם הועסקה לאחר מכן אישה אחרת בתפקיד – **גם אם המעביד, לאחר התנהגות מפלה, קיבל קבוצת עובדים מהקבוצה המופלה, אין בכך כדי לשלול את אחריותו**. הפגיעה בשוויון ההזדמנויות יורדת לשורשו של עניין, גם אם המעביד לאחר מכן תיקן את המעוות על-ידי קבלת אישה אחרת. על-כן אין לקבל את טענת המשיבה לגבי העסקת אישה במשרה ... בפנינו עומדת אך השאלה אם עצם ההתנהגות פסולה אם לאו". [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

56. לענין זה, ראה גם ע"ע (ארצי) 627/06 **אורלי מורי נ' מ.ד. פילו בע"מ**, שם קבע בית הדין הארצי כי אין בטענת הנתבעת כי היא מעסיקה אימהות, נשים בהיריון, ואימהות חד הוריות כדי לתמוך בגרסתה בדבר האפליה בפיטוריה של העובדת, והן אינן רלוונטיות לענייננו.

57. החקירה במשרד התמ"ת: בסיכומי הנתבעת צוין כי באגף האכיפה של משרד התמ"ת נוהלה חקירה בעקבות תלונה של התובע בענין אפלייתו בקבלה לעבודה, וכי תוצאות החקירה כי הטענות אינם מגלים עבירה, ולכן נסגרה התלונה. באשר לכך, נציין, כי רמת הראייה הנדרשת לצורך הוכחת טענות פליליות הוא הרף הנדרש לשם הרשעה בהליך פלילי, קרי – מעבר לכל ספק סביר. מצד שני, מן המפורסמות הוא כי בתביעה אזרחית בגין עילת אפליה, חלים דיני הראיות האזרחיים, הקובעים שיעור ראייתי שונה, אשר אף הופך את סדר הבאת הראיות. בתביעה מסוג זה, נדרש התובע להראות ראשית ראיה בלבד. זו היתה גם אחת הסיבות, למעשה,

להקמתה של נציבות שוויון. משום כך, גם אם נדחתה תלונת התובע במחלקת האכיפה, אין משמעות הדבר שאין יסוד לטענותיו ברובד האזרחי.

ת. סיכום:

58. אפליה בקבלה לעבודה קשה להוכחה. הקושי הראייתי בהוכחת טענת אפליה בשלב זה הינו כפול.
59. תופעת אפליית מזרחים הינה תופעה קיימת, גם אם סמויה, אך אינה זוכה להכרה חברתית דבר אשר מונע את ריפוייה, כדוגמת אפליית נשים וערבים, הזכאים למדיניות של העדפה מתקנת במגזר הציבורי, למשל.
60. חוסר זיהויה של קבוצת המזרחיים בארץ, הינה סיבה מרכזית להכחשת קיומה של האפליה וחוסר ההכרה בה מצד החברה ומצד מערכת המשפט.
61. קביעת קריטריונים עניינים לכל משרה, קבלת וסינון קורות חיים בהתאם לשיקולים מקצועיים (לרבות לעניין יחסי אנוש), הם אבני היסוד לשם קידום שוויון הזדמנויות בעבודה והטמעתו. הנתבעת, בהיותה מעסיק גדול, אחראית על קיום הליך גיוס בצורה תקינה ואף בבחינת דוגמה לשאר מעסיקים במשק, ומשכך יש ליתן משקל למעמדה זה בבוא בית הדין הנכבד לבחון את התנהלותה בנסיבות העניין נשוא הליך זה.

היום, 9 בספטמבר 2012

שירי לב-רון לביא, עו"ד
נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

רנין שלבי, עו"ד
נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה