

1. שרון פלוטקין (המשיבה שבנגד)
2. שדולת הנשים לישראל (המשיבה שכנגד)

נגד

אחים אייזנברג בע"מ (המערער שכנגד)

בבית הדין הארצי לעבודה

[8.9.97]

השופט הנשיא גולדברג
השופט סגן הנשיא אדלר
השופטת ברק
נציג עובדים הלבץ
נציג מעבידים שמעונובניץ

עו"ד ל' בלום - בשם המערערות
עו"ד מ' מינצר - בשם המשיב

פ ס ק - ד י ן

השופטת אלישבע ברק

המערערות - המשיבה שכנגד (להלן - המערערות) נענתה למודעה בעיתון שפרסמה המשיבה - המערערות שכנגד (להלן - המשיבה) המציעה עבודה. היא הוזמנה לראיון, כתב ידה נשלח לגרפולוג לבדיקה, ולבסוף היא לא התקבלה לעבודה אצל המשיבה. ההיתה הפליה פסולה באי קבלתה לעבודה? הנאמרה אמירה פסולה בעת הראיון המצביעה על דעה קדומה בקשר להיותה אשה? ואם אכן נאמרה אמירה כזו, האם יש בכך כדי לקבוע שהראיון עמה היה פסול.

אבחן את עובדות המקרה לאור המדיניות הרצויה, ראשית לכל המדיניות מבחינה מהותית, מהי הפליה פסולה באי קבלה לעבודה, האם דרושה כוונת הפליה על מנת שאמירה או מעשה יחשבו כהפליה פסולה? על מי מוטל הנטל להוכיח כי נאמרה או לא נאמרה אמירה פסולה, כי הלכה למעשה היו שיקולים פסולים בקבלה לעבודה? האם יש רלוונטיות לכך שקיימים נימוקים נוספים לאי קבלת עובדת לעבודה? מהו הסעד הנכון ומהו שיעור הפיצויים שיש להטיל במקרה כגון דא, באם ימצא שאכן השיקולים והאמירות היו פסולים ומילאו אחרי דרישות הכוונה?

אומר מיד, כי בית הדין האזורי (מפי השופט לובוצקי בתב"ע נד/2053-3) קבע, כי היתה אמירה והתנהגות פסולה ומפלה מצד המשיבה בניגוד **לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה**, ה'תשמ"ח-1988. המערערות מלינה על גובה הפיצויים שנפסקו לה. המשיבה מבקשת לטעון כי כלל לא נגרם למערערות נזק, כי למעשה לא היתה הפליה פסולה ושיקוליה לאי קבלת המערערות לעבודה היו אובייקטיביים.

העובדות הצריכות לעניין כפי שהן נקבעו על ידי בית הדין האזורי ומחומר הראיות המערערות הינה אשת מכירות בתחום הביוטכנולוגיה. היא נענתה למודעת "דרושים", שהמשיבה פרסמה ביום 18.2.1994, לפיה דרושה למשיבה "איש/ת מכירות למיקרוסקופים לתעשייה ולמדעי החיים". שלוש היו הספציפיקציות שנדרשו על פי

1. ניסיון במיקרוסקופיה.

2. תואר אקדמי באופטיקה/במדעי החיים - יתרון.

3. ידיעת השפה האנגלית - הכרחית.

המערערת היא אמריקאית במוצאה, כך שאנגלית היא שפת אמה; למערערת ניסיון רב כטכנאית בבית חולים וטרינרי ומכירת מוצרים חקלאיים וטרינריים. בית הדין האזורי ציין, כי "אין ראייה לניסיון דומה במכירת מיקרוסקופים לתעשייה".

בעת הראיון הוסבר למערערת על ידי מנהל המשיבה, מר כהנא, כי קיימות שתי משרות פנויות. האחת, של איש מכירות שעיקר מלאכתו מחוץ למשרד, והאחרת, של מי שעובד בתוך המשרד. לדברי המערערת הוסברו לה תנאי השכר והעבודה בכל אחת מהמשרות, אך הוצעה לה העבודה בתוך כתלי המשרד. כשעמדה על רצונה לעבוד כאשת מכירות מחוץ למשרד, באשר עבודה זו מניבה שכר גבוה יותר ונושאה מקבל רכב צמוד מהמעביד, הוסבר לה חד משמעית:

"...נשים לא מתאימות לתפקיד הזה מחוץ למשרד... עניין של שעות... יש בעיה... לבקש מאשה לעבוד אחרי השעה 16.00..".

מר כהנא, מנהל המשיבה, לא התכחש לכך שהשיחה נסבה על כשירותה של המערערת לעבודה בהתחשב עם עובדת היותה אשה. לטענתו, ביקש להעמיד את המערערת על קשיי העבודה מחוץ למשרד, לציין בפניה את הקשיים הניצבים בעבודה לפני מי שהיא אשה ותו לא. כדבריו:

"אני ניסיתי בסך הכל להסביר את היתרונות והחסרונות ואת אופי העבודה לגבי גבר ואשה. הנושא שלה כאשה עלה, מדובר היה בחוסר הבנתה במדויק את מה שאמרתי, התכוונתי להגיד שאיש או אשת מכירות צריך לדעת ששעות עבודה שלו ארוכות, תלויות כלקוחות ולא קבועות וכרוכות בהרבה לחץ... אני זוכר שזה היה בהקשר של שעות רבות והרמת משאות, אבל אני לא זוכר מדוע עלה... אני התייחסתי אליה כאשה... בהקשר של שעות רבות והרמת משאות אבל אני לא זוכר מדוע עלה".

מר כהנא ציין, אם כן, שהעבודה מחוץ לכותלי המשרד דורשת שעות עבודה ארוכות והרמת משאות - מיקרוסקופים, דבר שאינו מתאים לאשה.

בסופו של דבר הועמדה מועמדותה של המערערת אך ורק לעבודה בין כתלי המשרד.

את זאת ניתן ללמוד מתגובת הגרפולוג אליו הופנה כתב ידה של המערערת.

הגרפולוג השיב במכתב שכותרתו: "תפקיד מיועד - מזכירה". הגרפולוג, גם לפי עדות מנהל המשיבה, בחן את כתב ידה של המערערת בהקשר לעבודת מזכירות בתוך המשרד. נציין, כי הגרפולוג לא הועד על ידי המשיבה. הגרפולוג, בחוות דעתו, ציין שלמערערת אישיות סוערת, נמרצת, ויטאלית והוסיף:

"דומה שאי שם היא מנהלת מעין תחרות עם הגברים במגמה להוכיח עליהם את עליונותה. לפיכך היא בוטה למדי, כוחנית למדי ותוקפנית למדי אך חסרת עקיבות".

חווה הדעת של הגרפולוג בסיכומו של דבר היתה שלילית, והמערערת לא התקבלה לעבודה.

בית הדין האזורי הגיע למסקנה שהיתה הפליה פסולה כמשמעותה בסעיף 10(1) [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) ה'תשמ"ח-1988, (להלן - [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#)), בסכמו:

"גם אם התובעת נכשלה לבסוף בהשגת העבודה אצל הנתבעת מטעמים הקשורים באישיותה ומימונותה המקצועית, ולא זו דווקא מחמת מינה, היא זכאית היתה כי עובדת היותה אשה לא תישקל כלל בהקשר למועמדותה לשתי המשרות גם יחד (הן זו שבתוך המשרד והן זו שמחוץ לו). רק בכך היתה מושגת מטרת המחוקק ליתן לנשים הזדמנות שווה להשתלב בחיי המסחר והעבודה בארץ".

בית הדין סבר, שמאחר והגישה המפלה היתה רק גורם אחד ולא מכריע לאי קבלת המערערת לעבודה, וכי הגישה המפלה התייחסה לשעות העבודה בלבד ולא להרמת משאות, די בכך שיפסוק לזכות המערערת פיצויים גבוהה של משכורת חודשית אחת, כזו המשולמת לעובד זוטא אצל המשיבה. אשר על כן פסק בית הדין האזורי למערערת פיצויים גבוהה - 3,000 ש"ח.

כאמור, הערעור בפנינו הוא על גובה הפיצויים שנפסקו. אך על מנת לבחון את גובהם ואופיים של הפיצויים שיש לפסוק במקרה דנן, עלינו לבחון את אופיו של המעשה על פי הקריטריונים שהצבנו בתחילת חוות דעתנו זו.

הבעייה המשפטית בשני מישורים עלינו לדון בעניין שבפנינו. ראשית לכל בבעיה המרכזית, והיא השאלה המהותית - מתי התנהגות של מעביד בעת ראיון לקבלה של עובד פוטנציאלי לעבודה היא פסולה. בעניין זה יש לדון בשניים - האחד, בזכות היסוד של שוויון, במהותה בכלל ובפרט לאחר חקיקת [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) והשני, מהי המדיניות הנכונה על פי תכלית [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), ה'תשמ"ח-1988 ועל פי עקרון השוויון בכלל.

המישור השני הוא דיוני, והוא דן בשניים - מהי הכוונה שיש להוכיח על מנת להטיל אחריות, ועל כתיפי מי מוטל הנטל להוכיח התנהגות פסולה, הן על פי החוק והן לאור עקרון השוויון בכלל, אילו ראיות נחוצות. יש לבחון את מידת ההוכחה, את השאלה אם היו גם שיקולים אחרים, האם דרושה כוונה להתנהג שלא כראוי.

שני מישורים - המהותי והדיוני -שזורים זה בזה, באשר מידת ההוכחה והטלת נטל ההוכחה והשכנוע תלויה בתכלית המהותית של הדרישה שלא להפלות ולא לפגוע בשוויון.

העיקרון בני אנוש נולדו בצלם. אך הם לא ירדו לעולם זהים. לכל אחד תכונות אופיי משלו, תכונות פסיכולוגיות משלו, צבע עור שונה. על כן מבחינות מסוימות יתכן ויש מקום להתייחס לשוני ביניהם בצורה שונה, למשל, כאשר מדובר בתכונות פסיכולוגיות. יתכן שבגין כך יש לתת לאנשים שונים טיפול רפואי שונה. אך נקודת המוצא צריכה להיות שלמרות השוני בין בני האדם יש להתייחס אל כל אדם באשר הוא אדם בשוויון. פרופ' רות בן ישראל מביאה כמוטו למאמרה: "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן?" (שנתון משפט העבודה כרך ו', ה'תשנ"ו-1996, 85, 87) מהמונולוג של שילוק בסוחר מונציה של שקספיר, מערכה III, תמונה I:

"If you prick us, do we not bleed? " If you tickle us, do we not laugh? If you poison us, Do we not die"

הזכות לשוויון הוכרה מאז ומתמיד על ידי בתי המשפט הישראליים כזכות יסוד שאינה כתובה על ספר. עמד על כך השופט לנדוי ([בג"צ 98/69](#) ברגמן נ. שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698):

"רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו."

כיום עקרון השוויון הפך לעקרון חוקתי מרכזי, באשר כבוד האדם הוא עקרון חוקתי מרכזי. אין לאדם כבוד אם היחס אליו מפלה. א. ברק בספרו "פרשנות במשפט (כרך שלישי, ירושלים 1994, בעמוד 424) מביא מדברי פרופ' הנקין:

"It is self-evident that the commitment to human dignity, however defined, requires freedom from slavery or torture, and personhood and equality before the law" (Henkin, "Human Dignity and Constitutional Rights" in M. Meyer and W. Parent, The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values 210 (1992), 212).

בית הדין הארצי לעבודה, מפי הנשיא בר ניב, עמד על היותה של הזכות לשוויון זכות יסוד בלעדית אין כבוד לאדם. אין זה רלוונטי, ציין הנשיא בר-ניב, אם השכר הוא אותו שכר והתנאים אותם תנאים. אין מקום להפריד בין סוגי בני אדם אלא אם ההפרדה היא רלוונטית:

"גיטו, אינו חדל להיות גיטו, אף אם שורר בו שפע כלכלי; והשפע הכלכלי אינו ניתן ל'איזון' על ידי כך שבתוך אותו תחום נפרד וסגור, מבטיחים יתרונות כלכליים. עצם הסגירה ועצם ההפרדה - ולענייננו, עצם הפגיעה בשוויון הסיכויים מהווים פגיעה בשוויון ומהווים אפליה, וזה אינו ניתן ל'איזון'."

לאזן ניתן מין במינו, 'מוחשי' ב'מוחשי'. ההפרדה - חסימת הדרך לתפקיד מסוים - פוגעת בכבודו של אדם באשר

הוא אדם; סגירת הדרך לתפקיד מסוים בפני אשה באשר היא אשה, פוגעת בכבודה כאדם עובד. פגיעה זו אינה ניתנת לאיזון על ידי מתן כסף, או טובת הנאה 'מוחשית' אחרת. הכבוד והרגשת השוויון אינם נשקלים בכסף. כשם שנאמר, כי 'עבודה אינה מצרך לסחור בו - Labour is not a commodity (מהצהרת פילדלפייה של ארגון העבודה הבין לאומי), כן יש לומר, על אותו משקל, כי כבודו של עובד כאדם - כולל זכותו לשוויון הסיכוי - אינו מצרך לסחור בו, אינו נקנה ואינו נמכר בכסף" (דב"ע לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ - עדנה חזין והועד המרכזי של הסתדרות הפקידים, פד"ע ד', 365, 374).

הנה כי כן הזכות ליחס שוויוני הוא מערכי היסוד של שיטת משפט דמוקרטית. בדוננו בשוויון אנו דנים הן בשוויון פורמלי והן במהותי. שוויון פורמלי דורש שעל פני הדברים שני עובדים השווים בכל תכונותיהם יקבלו עבודה זהה.

שוויון פורמלי דורש, שאנשים בעלי תכונות שוות יקבלו יחס שווה. מאידך שוויון מהותי דורש שאנשים, גם אם הם שונים בתכונות שאינן רלוונטיות, יקבלו יחס שווה, לא בהכרח עבודה זהה, אלא הזדמנות שווה לקבל עבודה המתאימה להם. המאמצים הנעשים בדרכים שונים לתקן אפליות הנובעות מסטריאוטיפים בני שנות דור, כגון אבחנה מתקנת, על מנת להביא לשוויון בין קבוצות שלמות לאחרות, כאשר כלפי אותן קבוצות היתה הפליה קבוצתית - אלה מבקשים להביא לשוויון מהותי. המחוקק הישראלי התייחס לאחרונה לאיסור על הפליה מהותית בחוק שכר שווה לעובדת ועובד, ה'תשנ"ו-1996. החוק מדבר בשכר שווה על עבודה שווה או שוות ערך. החוק קובע, כי "יראו עבודה כשוות ערך לחברתה, אף אם הן אינן אותן עבודות או עבודות השוות בעיקרן זו לזו, אם הן בעלות משקל שווה, בין היתר מבחינת הכישורים, המאמץ, המיומנות והאחריות הנדרשים לביצוען ומבחינת התנאים הסביבתיים שבהם הן מבוצעות" (סעיף 3 לחוק).

כן מתייחס המחוקק [בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) לאיסור להפלות מחמת הורות. תכליתו של [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) היא להביא לשוויון מהותי בין השאר בקבלה לעבודה.

המחוקק הישראלי, אם כן, מתייחס לשוויון פורמלי ומהותי כאחד (ראה בעניין זה פרופ' פ. רדאי, "נשים בשוק התעסוקה", בספר "מעמד האשה" ירושלים, 1995).

הפליה, שהיא היפוכה של הזכות לשוויון, יכול שתהא עקיפה ויכול שתהא ישירה.

הפליה עקיפה תיתן ספציפיקציות שאינן מתאימות לחלק גדול של הקבוצה המופלה. כך למשל, אם אחת הספציפיקציות היא גובה או משקל גדולים, הרי יתכן שרוב הנשים לא תתאמנה לספציפיקציה זו. אם הספציפיקציה היא אנשים גבוהים בלבד, יתכן שרוב יוצאי המזרח - סין ויפן, לא יתאימו לדרישה. אם הספציפיקציה היא אנשים בעלי אף סולד, הרי רוב היהודים ויתר העמים השמיים לא יוכלו אף להציג את מועמדותם. אם דרישה זו אינה רלוונטית לסוג העבודה תהא זו הפליה עקיפה. הדוקטרינה של הפליה עקיפה הובאה לארצות הברית על ידי בית המשפט העליון מאנגליה בעניין ספציפיקציות לתפקיד ובחינות מעין פסיכומטריות, אשר לא התאימו לרקע המנטלי של האפרו-אמריקאים

(Griggs v. Duke Power Co; 401 U.S. 424 (1971)) הפליה ישירה מאידך, היא הפליה המצביעה במפורש על אי קבלת אדם מסוים לעבודה בגין השתייכותו לקבוצה מופלה מסוימת. אי קבלת אדם לעבודה בהיותו בן גזע מסוים, ממוצא מסוים או ממין (gender) מסוים היא הפליה ישירה. כעיקרון יש למנוע הפליה עקיפה וישירה כאחד.

הפליה מותרת במקרים חריגים, בהם אכן נדרשות תכונות מיוחדות לקבוצה מסוימת שאינן קיימות בקבוצות אחרות, ותכונות אלו רלוונטיות לסוג העבודה. כך קבע גם המחוקק הישראלי, בסעיף 2(ג) [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), כאשר סעיף 2 כולו דן באיסור הפליה:

"אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

בית הדין הארצי, מפי הנשיא גולדברג, נזקק לפרשנותו של סעיף זה בעניין גסטטר (דב"ע נא/8-3 מדינת ישראל - חברת גסטטר ישראל בע"מ פד"ע כ"ד 65). הנשיא גולדברג התייחס לפרשנותו של סעיף זה, בבוחנו את מטרתו ותכליתו של הסעיף הנ"ל. באותו עניין פורסמה על ידי חברת גסטטר מודעת חיפוש עובד בלשון זכר בלבד. בית הדין קבע, כי יש לתת לסעיף זה פירוש מצמצם, היינו, רק עבודות שעל פי אופיין ומהותן מיוחדות לבני מין אחד בלבד. גם בעבודות אלו, מציין בית הדין, יתכנו חריגים. כך נפסק בארצות הברית, שדרישה לגובה ומשקל מסוימים המוצאים את מירב הנשים מתחולת התנאים, אסורה, אלא אם התפקיד דורש זאת במיוחד.

על כן דרישה מעובד או עובדת משרד במשטרה להוריד במשקל פסולה בעיני מאחר והיא אינה רלוונטית לסוג העבודה, שעה שדרישה כזו יכולה להיות לגיטימית משוטר או שוטרת העובדים בשטח וחייבים להיות בעלי כושר גופני טוב.

חריג לכלל הוא למשל אותו מקרה בו בית המשפט הפדרלי של ארצות הברית פסק, כי אין איסור להעסיק רק גברים סוהרים בבית סוהר, בו כל האסירים הם גברים שחמישית מהם הורשעו בעברות מין ראה

Industrial Relations International Encyclopaedia for Labour Law
Dothard v. Rawlin Son, 433, U.S. 321 (1977)
(1982). Vol. 12, p. 179

הנה כי כן הזכות ליחס שוויוני הוא מערכי היסוד של שיטת משפט דמוקרטית.

השוויון נחשב בפסיקתנו, הן זו של בית המשפט העליון והן זו של בית הדין הארצי לעבודה, לזכות יסוד עוד טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם. אלא שכיום, לאחר חקיקת חוק היסוד, "עלתה הזכות כיתה". היא כיום זכות חוקתית.

לא נראה לי, כי ניתן לדבר על כבוד וחירות לאדם ללא שוויון, ושוויון בעבודה על אחת כמה וכמה. חלק ניכר מחיינו אנו מבליים בעבודה, והפליה והשפלה אין להרשותם במקום עבודה. עלינו לפרש גם את החוקים הקודמים לחוק היסוד ברוחו.

האם דרושה כוונה או מוטיבציה להפלות או די בעצם ההתנהגות המשיבה בקשה לשכנענו, כי לא היתה לה כל כוונה להפלות את המערערת לרעה. כל שמנהלה ביקש הוא להזהירה מפני קשיים. הראייה, שלבסוף קבלה המערערת למשרה זו אשה אחרת. אין לקבל טענה זו. אראה כי אין כל חשיבות לכוונתה של המשיבה או למוטיבציה שלה, כאשר ההתנהגות היא פסולה. אין גם חשיבות לכך שלאחר מכן היא קבלה אשה אחרת לעבודה. עצם ההתנהגות הפסולה מטילה על המשיבה אחריות.

א. אין צורך להוכיח כוונה, ואף כוונה טובה אינה רלוונטית חשיבות הדוקטרינה שאין להפלות בין עובדים בגלל מין, בעבודה כמו גם בעת הקבלה לעבודה, מחייבת החזרת הנורמה לציבור המעבידים. התנהגות לא שוויונית די בה כדי להצביע על התנהגות לא ראויה. ראשית לכל משום שקשה מאד למתלוננת להוכיח הפליה מסיבות מין, וכוונה וקיום התנהגות כזו כשהיא מכוונת קשה הוכחתה פי כמה. זה מההיבט הדיוני. אך חשוב מכך, חשיבותה של ההלכה, כי אין להפלות בעבודה ובקבלה לעבודה הוא בכך, שהתנהגות כזו תהא פסולה, תהא כוונתו של המעביד אשר תהיה. בכך נותנת החברה ביטוי לסלידתה מיצירת סטריאוטיפים. ציין בית הדין הארצי בפסק הדין בעניין גסטטנר הנ"ל:

"בקביעת מבחנים אובייקטיביים יש להימנע מסטריאוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אובייקטיביים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצהר. 'בדרך כלל מתלוות לסטריאוטיפים דעות קדומות המתבטאות ביחס ובנטייה אוהדת או עוינת כלפי חברי הקטגוריה שעליהם מוחל הסטריאוטיפ' (מילון פונטנה למחשבה מודרני, עם עובד 1987)."

היטיבה לתאר את הבעיה (Deborah L. Rhode בספרה - Justice and Gender בעמוד 183) כותבת:

"All too often, even if the plaintiff wins, she loses. To be victimized first by the fact of discrimination, then by the process of proving it, is beyond the tolerance of most potential claimants. Thus, conventional antidiscrimination mandates offer a highly limited response to occupational inequality. If law is to become a more effective strategy, particularly for upper-level employment position, it will require a different analytic focus. Less effort should center on reading the mind of the decisionmaker, and more restructuring the process of decision.

בעניין Griggs v. Duke Power Co. הנ"ל לגבי קביעת תכונות שאינן מתאימות לאפרו-אמריקאים, נקבע, כי אין רלוונטיות לכוונתו של המעביד. יתכן שמאחורי ההפליה העקיפה כלל לא היתה מונחת כוונה של המעביד. די בעצם קביעת התכונות הנדרשות, כדי להטיל אחריות על המעביד בגין הפליה, ואין צורך להוכיח כוונה:

"There is liability if any requirement or condition operates in fact to exclude a disproportionate number of women or black people, unless its use is 'necessary' or 'justified' (R. Townshend-Smith, "Sex Discrimination in Employment: Law, Practice and Policy", London, 1989).

כך קובעים החוקים כנגד הפליה באנגליה - ה-

Sex Discrimination Act, ss. 1(1)(b) and 3(1)(b); Race Relations Act
(s, 1(1)(b)

בית המשפט העליון עמד על רעיון זה בעניין סיעת העבודה בעיריית תל אביב - יפו ואחרים נ. מועצת עיריית תל אביב-יפו ואחרים (בג"צ 1/88; 953/87 פ"ד מב(2), 309):

"השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים. השאלה היא גם מהי התוצאה של החלטה. החלטה היא פסולה, לא רק באשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נמנע השוויון".

והשופט בד' בעניין ד"ר נעמי נבו (בג"צ 104/87) נעמי נבו נ. בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מד(4), 749):

"מוכן אני להניח כי לא היתה בכוונת מעסיקיה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה, אך הכוונה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון. ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית".

זהו הדין בכל המדינות. בית הלורדים באנגליה, בפרשו את ה- sex discrimination act 1975 פסק כי אין צורך להראות מניע או כוונה סובייקטיבית להפליה וכי השימוש בקריטריון המבוסס על מין אינו מפסיק להיות הפליה רק משום שהנתבע התנהג בתום לב. בשורת פסקי דין קבע בית הלורדים, שניתן להטיל אחריות בהפליה ישירה גם אם הכוונות היו טובות. כך פסק בית הלורדים, כי בעלי בריכת שחייה, שאפשרו לנשים להיכנס בחינם במלאת להן ששים ולגברים - במלאת להם ששים וחמש, התנהגו התנהגות פסולה. זאת למרות כוונתם הטובה להקל על פנסיונרים, גברים ונשים כאחד, כאשר נשים פורשות בגיל ששים לפנסיה וגברים בגיל ששים וחמש ().
James v. Eastleigh Borough Council All.E.R.[1990] 607 את התביעה הגיש אדם, שהוא ואשתו, בני אותו גיל, הלכו לבריכה בהיותם בני ששים ואחד. האשה הורשתה להיכנס לבריכה ללא תשלום שעה שעל הבעל היה לשלם דמי כניסה. במקרה אחר, בו מועצה מקומית קבעה שפחות בנות מבנים יתקבלו לבית ספר יסודי, נפסק על ידי בית הלורדים, כי כדי להראות שהמועצה נהגה כלפי בנות בהפליה די להראות שהמועצה מנעה מאותו מספר בנות להתקבל ללא בסיס סביר ואין צורך לבסס כוונה כאשר ההתנהגות מפלה בין בנים ובנות

(City Council and Equal (Opportunities Commission Birmingham).

בית המשפט האירופאי, בבוצעו ביקורת שיפוטית על פסק דין זה, אישר את החלטת בית הלורדים

R. v. Birmingham City Council, ex parte EOC [1989] A.C. I.A.C. 1155 H.L. ; '1155

ראה גם מאמרו של

Lord Lester of Herne Hill, Q.C. ""Discrimination: what can lwyers
?learn from history

פורסם ב- (Sweet & Maxwell) Public Law Summer 1994.

אלה יצרו דוקטרינת אי הפליה בעבודה בעלת סטנדרטים שאין לסטות מהם. בית המשפט של הקהילייה האירופאית בלוקסמבורג הפיח רוח חיים בקונספציה של הפליה עקיפה בעניין

Enderby (Case C. 127/92 Enderby v. Frenchay Health Authority [1993]

בכך שהוא קבע שאין צורך להוכיח כל כוונה על מנת לבסס אחריות כשמדובר בהפליה. על המעביד להראות הצדקה אובייקטיבית המבוססת על נימוקים כלכליים או פקטורים אישיים. באותו עניין נדון תשלום שכר שונה למרפאי בעיות דיבור, שהם רובם נשים. הם תבעו שכר שווה לזה של פסיכולוגים קליניים ורוקחי בתי חולים, ששכרם גבוה יותר, בטענה שעבודתם במהותה שוות ערך. כאן מדובר בסוג עבודה שברובו יש בו נשים, למעשה אוכלוסיית נשים, לעומת סוג עבודה אחר בה אוכלוסיית העובדים היא בעיקרה של גברים. בית המשפט האירופאי פסק שמדובר בעבודה שוות ערך ועל כן יש לראות בכך הפליה אובייקטיבית. זהו הקריטריון היחיד. די בעצם התשלום השונה בעד עבודה שווה כדי לבסס טענה לכאורה של הפליה.

גם בארצות הברית פורש Title VII של ה-Civil Right Act of 1964 כלא דורש כוונה להפלות. זאת בגלל הקושי להביא ראיות ישירות לגבי הוכחת כוונה להפלות.

ההתנהגות הפסולה היא אם כך אובייקטיבית, ואין אנו בוחנים את כוונת מבצעה, הן אם לא התכוון להפלות, הן אם כוונתו היתה טובה. על כן אמירתו של מר כהנא, לפיה הוא התכוון לטובת המערערת בכך שהציע לה לא לעבוד מחוץ למשרד בהיות עבודה זו קשה לאשה, אינה מעלה ואינה מורידה.

ב. העסקת אשה אחרת באותו תפקיד לאחר דחיית המערערת אשר לטענה, כי המשיבה העסיקה לבסוף אשה במשרה זו, גם לכך אין רלוונטיות.

עצם ההתנהגות, אם היא פסולה, ובכך אדון בהמשך, מספיקה כדי להטיל אחריות, ללא קשר אם הועסקה לאחר מכן אשה אחרת בתפקיד (ראה למשל (1982 Connecticut) v. Teal 457 U.S. 400 וכן ספרו הנ"ל של Townshend-Smith

בעמוד 23 לגבי הדין באנגליה). 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 אשה אחרת. על כן אין לקבל את טענת המשיבה לגבי העסקת אשה במשרה. בהקשר זה העירה המערערת, כי היא עובדת כיום במשרה דומה לזו שהוצעה לה. גם לכך אין לתת משקל. בפנינו עומדת אך השאלה אם עצם ההתנהגות פסולה אם לאו.

הנה כי כן, הן בגלל הקושי להוכיח כוונה ובעיקר בגלל מקומה של הזכות לשוויון בסולם הערכים שלנו, אין לדרוש הוכחת כוונה של המעביד ודי להראות התנהגות פסולה. זאת לא רק בגין הקושי להוכיח כוונה - גם אם לא היתה כל כוונה אצל המעביד, גם אם כוונותיו היו לדעתו טובות, גם אז יהיה מעביד המפלה אחראי.

על מי מוטל נטל ההוכחה סעיף 9 [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) קובע על מי מוטל נטל ההוכחה :

”א) בתובענה של דורש עבודה ... בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 - (1) לעניין קבלה לעבודה ... - אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי העניין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים”

זהו פן שני של הקושי להוכיח התנהגות מפלה. לא רק שאין צורך להוכיח כוונה, אין צורך שתתקיים כוונה רעה, אלא גם, במידה וההתנהגות היתה פסולה, הרי לאחר שהמתלונן או המתלוננת מבססים עילה לכאורה עובר הנטל אל המעביד לסתור את הטענות. גישה זו משלימה את הגישה, שאין צורך להוכיח כוונה על מנת להטיל אחריות על מאן דהו. על כן הנטל הראשוני מונח על כתפי העובד אך משהעובד הביא ראיות ראיות, די בכך כדי להעביר את הנטל על כתפי המעביד.

בית הדין האירופאי קבע כך והטיל על כל מדינות אירופה לפעול לשינוי הכללים באשר לנטל ההוכחה, שאם לא כן, אמר בית הדין האירופאי, לא תהיה אכיפה יעילה של עקרון השוויון

(case 109/88 *Handelsog Kontorfuntionærernes Forbund: Danmark v. Dansk Arbejdsgluertorening* [1991] I.C.R. 74 at 79).

היה בהתנהגותה של המשיבה משום התנהגות פסולה במתכוון עמדת תחילה על הדרישות הראיות כאשר קיימת לכאורה התנהגות פסולה. כללי הראיות מצביעים על גישת המשפט לבעיה. אבחן עתה את התנהגותה של

המשיבה ואבחן, האם מבחינת השוויון המהותי, היתה זו התנהגות פסולה, כטענת המערער, אם לאו. כן אבחן את טענת המשיבה, לפיה גם אם התנהגותה היתה פסולה, היא לא היתה הגורם המכריע בהחלטה שלא לקבל את המערער ועל כן אין המשיבה נושאת בכל אחריות. המשיבה תוקפת בערעור שכנגד את ממצאיו של בית הדין האזורי וטוענת, כי עדותו של מר כהנא לא נסתרה על ידי המערער.

נזכיר לעצמנו. מנהל המשיבה אמר למערער שהעבודה מחוץ למשרד אינה מתאימה לאשה באשר מדובר בשעות עבודה מעבר לשעה 16:00 וכן בנשיאת משאות. הוא הציע לה לעבוד בין כתלי המשרד. לכך סירבה המערער, בטענה שהיא לא נשואה ואין לה כל קושי לעבוד שעות ארוכות, העבודה כאשת מכירות מחוץ למשרד מניבה שכר גבוה יותר וצמודה לה מכונית. המשיבה הפנתה את כתב ידה של המערער לגרפולוג אשר התייחס בחוות דעתו למועמדותה של המערער כ"תפקיד מיועד - מזכירה". הגרפולוג בחן את כתב ידה של המערער בהקשר לעבודת מזכירות בתוך וטיהודית המשרד, ציין שלמערער אישיות סוערת, נמרצת, ויטאלית והוסיף:

"דומה שאי שם היא מנהלת מעין תחרות עם הגברים במגמה להוכיח עליהם את עליונותה. לפיכך היא בוטה למדי, כוחנית למדי ותוקפנית למדי אך חסרת עקיבות".

המשיבה, אשר כעקרון גמרה אומר לשלוח את כתב ידם של המועמדים לבדיקה גרפולוגית בטרם תחליט, הסתפקה בחוות דעת זו ולא בקשה חוות דעת אחרת.

די באמירותיו של מנהל המערער כדי להקים ראייה לכאורה לגישה מפלה וסטראוטיפית. בכך די כדי להעביר את הנטל אל כתפי המשיבה. אך מנהל המשיבה לא הסתפק בכך. הוא הפנה את כתב ידה לגרפולוג אשר התייחס למועמדותה של המערער כאל מועמדות לעבודת מזכירה או עובדת במשרד (לטענת המשיבה אין מזכירות אצלה). גם אם מנהל המשיבה לא ביקש מראש, כטענתו, חוות דעת לגבי משרה של מזכירה, הרי היה עליו להאיר את עיני הגרפולוג על כך או לפנות לגרפולוג אחר. אך גם בכך לא סגי. הגרפולוג הגיש למשיבה חוות דעת בעלת אופי סטריאוטיפי ביותר. אין לשאר שמאן דהו היה כותב חוות דעת על גבר לפיה הוא מנהל מעין תחרות עם הנשים במגמה להוכיח עליהן את עליונותו.

חוות דעת מעין זו היה על המשיבה לדחות מכל וכל. ספק אם לגיטימי להגיש חוות דעת לגרפולוג ולבקש ניתוח אופי כללי, אך אם הדבר נעשה לגבי המועמדים, הרי כשהגיעה חוות דעת מעין זו היה על המשיבה לדחותה תוך שהיא פונה לגרפולוג אחר. אבחן את לגיטימיות הפנייה לגרפולוג ואת הטענה, שהשיקולים שלא לקבל את המערער היו אחרים, או נוספים לחוות דעתו של הגרפולוג.

א. הפנייה לגרפולוג אשר לעצם הפנייה לגרפולוג, פנייה זו כשלעצמה גם היא בעייתית. היא חודרת לפרטיותו של אדם מעבר לדרוש. בארצות הברית ובאנגליה הדבר לא נעשה.

בגרמניה יש איסור על מעביד לפנות לגרפולוג כדבר שבשגרה, ואם מעביד עומד לפנות לגרפולוג, עליו לקבל הסכמה מפורשת מהמועמד. אין די בכך שמבקשים ממנו להגיש את קורות חייו בכתב יד. מעבר לכך, גם אז אין לשאול את הגרפולוג אלא שאלות רלוונטיות למשרה ולא שאלות כלליות על האופי. הנטל על המעביד להראות שהשאלות שנשאלו היו רלוונטיות. ה Work-Council מפקח על השאלות הנשאלות.

ב. האם רלוונטית הטענה שהיו שיקולים אחרים שלא לקבל את המערער שאלה זו אינה רלוונטית כלל. אין משמעות לכך שקיימים נימוקים נוספים לאי קבלת עובד לעבודה. עמדתו על כך, שאין צורך בכוונה, יתכן גם שכוונתו של המעביד היתה טובה. אין לכך נפקות. עצם ההתנהגות פסולה. על כן ודאי שאין נפקות אם המעביד לא קיבל את העובד מנימוקים נוספים או אף אחרים. די בהתנהגותו הפסולה - בענייננו, הן הערתו למערער והן קבלת דו"ח הגרפולוג ללא ערעור עליו - שני דברים הנוגעים בגישה סטריאוטיפית, על מנת לפסול את התנהגותו של המעביד:

"If an employer discriminates in violation of Title VII, it cannot excuse its conduct by later discovering some other reason that would have justified its action" (Mckerron v. Neshville Banner Pub 115 U.S. 878 (1995); International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, vol. 12 p. 180-181 (1982).

די בכך שבעת הראיון נשמעו אמירות סטריאוטיפיות על מנת להעביר את הנטל לכתפי המעביד.

ג. שאלות בעלות אופי סטריאוטיפי עולה מכל האמור, כי הרעיון הגלום בהתנהגות הנדרשת ממעביד פוטנציאלי, הוא, שלא יהא בשאלות כל רמז לגישה סטריאוטיפית. תשאל השאלה, האם די בשאלות בעלות אופי סטריאוטיפי

בעת ראיון אישי או בטופסי הזמנה למכרזים כדי להטיל אחריות על מעביד פוטנציאלי. נראה לי שדי בכך. זאת ועוד. כאשר הקוואליפיקציות הנדרשות מתאימות יותר לגברים מלנשים יש להוכיח שהיתרון אכן דרוש לצורך אותה עבודה, ושאינן אפשרות להסתפק בפחות. הדרך הנכון הוא לבחון את האדם עצמו ולא את תכונות הקבוצה לה הוא משתייך (ראה עניין גסטטנר הנ"ל).

במדינות רבות מוקמות ועדות ציבוריות הממונות על אכיפת חוקי זכויות האזרח המתייחסים לשוויון. מדינות שונות הקימו רשויות שתפקידן לפקח על השאלות המופנות לעובדים פוטנציאליים בראיון אישי ובמכרז. כך בארצות הברית הוקמה ועדה מיוחדת לשוויון הזדמנויות (Equal Employment Opportunity Commission - EEOC) אשר הוקמה מכוחו של VII Title של חוק זכויות האזרח. הועדה מונעת שאלות ישירות המופנות למועמד לעבודה המבטאות ישירות או באופן עקיף דעות של מיון לגבי מין, אלא אם הן נובעות ממהותו ואופיו של התפקיד. באנגליה קיימת ועדה דומה - Commission - EOC Equal Opportunities, שאליה הוציאה הנחיות מדויקות לגבי השאלות שניתן לשאול ממועמד פוטנציאלי. חוק זכויות האדם הקנדי משנת 1985 אוסר, בסעיף 7 שבו הפליה, ובו הוראה כי יראו כהפליה פרסום או הצגת שאלות המצביעות במפורש או במשתמע על הגבלה, יעוד או העדפה המבוססים בין השאר על מין. בגרמניה מפקח ה- Work-Council על השאלות המופנות לעובדים פוטנציאליים, הן במכרזים והן בראיונות אישיים.

במפעל המכיל פחות מאלף עובדים יש ל- Work-Council סמכות בעניין השאלות הנשאלות. על המעביד הפוטנציאלי מוטלת חובה להתייעץ עם אותו גוף. במפעל הגדול מאלף עובדים יש לגוף זה זכות וטו. בארץ לא קיים גוף מפקח מיוחד אך נציבות שרות המדינה הוציאה חוברת הסברים לועדות בוחנים לקבלת עובדים לשירות המדינה במכרזים פנימיים וחיצוניים. סעיף 6 להנחיות קובע:

6" הנחיות בדבר המותר והאסור במהלך הראיון (א) נאסר לשאול ממועמד שאלות העלולות להתפרש כמפלגות....

(ג) נאסר לשאול ממועמד שאלות הנוגעות למין, נטייה מינית, מעמד אישי והורות".

סיכומו של דבר. קיימת חשיבות ראשונה במעלה של ציבור תהיה מודעות שלא להשתמש בסטריאוטיפים, ועל כן משקל גדול יש לתת לסוג השאלות הנשאלות והאמירות הנאמרות למועמד לעבודה, כמו גם לספציפיקציות הנדרשות בהזמנות להצעות במכרזים. כאמור, די באמירות ובשאלות כדי להטיל אחריות גם אם לא הוכחה כוונה, גם אם הכוונה טובה.

המסקנה לענייננו הגעתי אם כן למסקנה, שעצם התנהגותה של המשיבה פסולה, האמירה שהתפקיד לא מתאים לאשה היא פסולה כשלעצמה, משלוח כתב ידו לגרפולוג בעייתית כשלעצמה, אך עצם שאלת הפניית כתב היד לגרפולוג אינה עומדת בפנינו ועל כן אין לנו צורך לדון בה כאן. קבלת חוות דעת המכוונת לתפקיד מזכירה ואמירה בעלת קונוטציה סטריאוטיפית קיצונית בחוות הדעת של הגרפולוג די בהם כדי להעביר את הנטל אל המשיבה. העברת הנטל במקרה זה אין פירושה הוכחת כוונה שונה חיובית. העברת הנטל היא רק לצורך הכחשת ההתנהגות, וזו לא הוכחשה. המשיבה לא העידה את הגרפולוג לגבי השאלה שנשאל, ולכאורה, על פי הכותרת הוא נשאל לגבי משרה במשרד. באלו די. די בעצם האמירה וקבלת חוות הדעת כדי לראות בכך הפליה ישירה. מעבר לדרוש יש לציין, כי המשיבה גם לא הוכיחה סיבה אחרת לאי קבלת המועמדת לעבודה.

יש על כן לדחות את הערעור שכנגד. נכון ציין בית הדין האזורי:

"גם אם התובעת נכשלה לבסוף בהשגת העבודה אצל הנתבעת מטעמים הקשורים באישיותה ומיומנותה המקצועית, ולא דווקא מחמת מינה, היא זכאית היתה כי עובדת היתה אשה לא תשקל כלל בהקשר למועמדותה לשתי המשרות גם יחד (הן זו שבתוך המשרד והן זו שמחוצה לו). רק בכך היתה מושגת מטרת המחוקק ליתן לנשים הזדמנות שווה להשתלב בחיי המסחר והעבודה בארץ".

הסעד הראוי בית הדין הארצי פסק למערערת - 3000 ש"ח כפיצויים על האמירה. על גובה הפיצוי מלינה המערערת.

השאלה הנשאלת היא, מהו הסעד הראוי במקרה זה. מטרת הפיצוי הן שתיים:

פיצוי על נזק ממשי ופיצוי עונשי. מטרתנו בפסיקת פיצויים היא במקרה זה לחנך את המשיבה ואת ציבור המעבידים כולו על מנת להשיג את המטרה הסופית של התנהגות שאינה מפלה כנגד פרטים ואינה ניזונה מסטריאוטיפים. לשם כך על הפיצויים להיות אפקטיביים. רק כך נוכל להבטיח הגנה משפטית מלאה בפני הפליה המבוססת על סטריאוטיפים. בית הדין האירופאי בלוקסמבורג פסק, שעל בתי המשפט של המדינות

החברות להבטיח הגנה משפטית מלאה מבלי לחכות לחקיקה של המדינות. הוא גם פסק, שלא תחול התיישנות בעניינים אלו כאשר לא מפעילים את עקרון השוויון כדין. הוא פסק, שעל הפיצויים להיות מספיק אפקטיביים כדי שירתיעו מעבידים מלהפלות. על כן פסל בית המשפט האירופאי את החוק הבריטי הקובע תקרת פיצויים, בהיותו נוגד לדירקטיבה - Equal Treatment Directive. בית המשפט האירופאי דרש מהמדינה "..."

to remove these arbitrary and unfair limits של "Marshall (Case C271/91-h) הדבר נפסק בעניינה של Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (No. 2) [1993] C.M.L.R.445 3

פורסם גם ב - [1993] All ER 586 4 עניין זה נדון פעמיים בבית המשפט האירופאי. בפעם הראשונה נקבעה עצם ההתנהגות הפסולה. בפעם השנייה נדון גובה פיצויים. נפסק כי קביעת תקרה לסכום הפיצויים וקביעת תקופה בה ניתן לתבוע נוגדת את הדירקטיבה.

הבאתי דברים אלו על מנת להדגיש את חשיבות הגורם המרתיע בענייננו. הדרך להרתיע היא, בעיני, הסברה. אך מעבר לכך, ועל מנת להחזיר את הערכים לציבור המעבידים, הדרך היא סנקציה עונשית כואבת. בתי משפט בארצות הברית אף הם עמדו על חשיבות הלחץ על מעבידים וגורם ההרתעה (ראה פסק דין Griggs v. Duke Power Co הני"ל). בית המשפט העליון של ארצות הברית ציין שישנם תפקידים רבים שהציבור כולו, וציבור המעבידים בפרט, רואה אותם כמתייחסים למין או גזע מסוים - based culturally racial or gender. תדעות אלו יש לשרש.

בקובענו זאת אנו הולכים בעקבות תכליתו של [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#).

חוק זה מרחיב את הסעדים שניתן לתיתם על פי החוק:

"לבית הדין לעבודה תהא סמכות יחודית לדון בהליך אזרחי בשל הפרת הוראות חוק זה, והוא רשאי - (1) לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק של ממון בשיעור שיראה לו בנסיבות העניין.

(2) ליתן צו מניעה או צו עשה, הוראות סעיף קטן זה כוחן יפה על אף האמור בסעיף 3(2) [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#) ה'תשל"א-1970.

המחוקק מאפשר אכיפת יחסי עבודה למרות ההלכה המבוססת על סעיף 3(2) [לחוק התרופות](#) והוא מאפשר לתת פיצויים ללא הוכחת נזק ממון. הסעיף גם קובע, כי בית הדין יצווה על אכיפה אם ראה שהסעד של פיצויים בלבד אינו צודק. עולה, שהמחוקק ביקש להחמיר את הסנקציה כאשר קיימת אחריות על פי חוק זה.

פיצויים כאלה הם פיצויים בגין כאב וסבל למשל. בית הדין הארצי דן בשאלת הפיצויים הלא ממוניים בעיין מצגר (דב"ע נג/114; 99-3 משרד החינוך מדינת ישראל - דוד מצגר פד"ע כ"ו 563):

"שיטת משפטנו מכירה בנזק שאינו ממוני, כבר פיצוי כל אימת שהופרה זכות חוזית, שלא לדבר על נזק הנובע מביצוע עוולת רשלנות, שאפשר כי גם היא התקיימה בנסיבות המקרה כפי שצוין לעיל" עמוד 581 מול האות ד). אינני רואה מדוע לא יזכה אדם, שסבל מאירוע כאמור, לפיצוי על האכזבה, החששות, הרוגז והתשכול שנגרמו לו, במסגרת התשתית המשפטית שנוצרה בסעיף 13 [לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#) ה'תשל"א-1970. גישה זו אומצה בידי בית דין זה [בדב"ע נב/82-3](#) עיריית באר שבע - גריסק, פד"ע כ"ד 442).

באותו עניין הוסיף אחד מחברי המותב:

"במספר פסקי דין נקבע שתחום הפיצוי על פי סעיף זה משתרע גם על נזקים שאינם ממוניים, (כדברי כבוד הנשיא שמגר [בע"א 49/83 פרסל נ. מאירוב פ"ד מ"א \(2\) 552](#)). סעיף 12(ב) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#) ה'תשל"ג-1973, קובע, כי צד שלא נהג בדרך מקובלת ובתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה" (עמוד 586).

החוק בענייננו קבע במפורש שניתן לפצות גם על נזק שאינו נזק ממון. יש הרואים בו התרת פסיקת פיצויים עונשיים. פרופ' פרנסיס רדאי במאמרה הני"ל (עמוד 114 ואילך) רואה בכך קנס אזרחי. היא מציינת, כי נדירים

המקרים בהם ניתנת לעובדים זכות לפיצויים ללא נזק ממון, ובכל המקרים הכוונה היא להרתיע את המעביד באמצעות קנס אזרחי מפעילות בלתי רצויה. לדעתה המטרה של סעיף 10(1) היא מתן פיצויים עונשיים על עצם העבירה על החוק. והיא מוסיפה השופטת ברק

"לעניין ההרתעה, יש חשיבות מוגברת לפסיקת פיצויים משמעותיים לאור הסייגים לתרופת האכיפה בסעיף 2) 10). לעניין הפיצוי לקורבן האפלייה, מעבר לנזק הממון נובע הנזק מעצם האפלייה נגדו, הפוגעת בכבודו כאדם עובד. אם בתי הדין לעבודה לא יפעילו את שיקול דעתם בעניין הפיצויים כדי ליצור הרתעה נגד האפלייה, החוק יחפוץ לאות מתה, כי ללא הרתעה כלכלית ולאור הסייגים בעניין תרופת האכיפה, לא יהיה סיכוי למנוע מעשי אפלייה בשוק העבודה באמצעות ההבטחות של החוק...."

כדי שיושגו מטרות החוק, צריך לחזק את סעד האכיפה ולהפוך אותו לסעד עיקרי... עם זאת, מתן פיצויים משמעותיים כלכליים ועונשיים גם הוא יכול להפוך את האפליה בניגוד לחוק לבלתי כדאית" (בעמוד 115).

הגישה הכללית היא, שפיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון גם הם ניתנים למדידה - הם נפסקים בגין כאב וסבל, שהוא נזק הניתן להערכה. פסיקת פיצויים עונשיים נתונה לסמכותם של בתי המשפט כסמכות טבועה.

בשוקלנו את תכליתו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מתקבל על הדעת, על פי תכליתו, שבסעיף האמור התכוון המחוקק גם לפיצויים עונשיים מעבר לפיצויים על נזק שניתן להערכה. על כל פנים, מכוח הסמכות הטבועה יש לפעול על פי תכליתו של החוק. בארצות הברית נאמר הדבר במפורש בחוק זכויות האדם. חוק זכויות האדם האמריקאי תוקן בשנת 1991, באופן שהוא אפשר לבתי המשפט לפסוק לטובתם של עובדים שהופלו גם פיצויים בגין נזק לא ממוני, פיצויים עונשיים

b) Compensatory and Punitive Damages - ") A complainant party may recover punitive damages under this (1) section against a respondent if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference....."

הסעיף קובע דרגות ברורות של תקרה לפיצויים עונשיים לעומת פיצויים בגין הפסדי שכר בעבר ובעתיד. לפיו מעבידים המעסיקים בין 14 ל-100 עובדים יהיו צפויים לתשלום של 15,000 דולר פיצויים עונשיים, מעבידים בעלי מפעלים גדולים יותר, בין 100 ל-200 עובדים יהיו צפויים לתשלום של 100,000 דולר, מעבידים המעסיקים בין 200 ל-500 עובדים ישלמו 200,000 דולר ומעבידים בעלי מפעלים גדולים, מעל 500 עובדים יהיו צפויים לתשלום של 300,000 דולר פיצויים עונשיים. בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק מפרט א חשיבותם של פיצויים מכוח זכות קונסטיטוציונית, להבדיל מפיצויים מכוח המשפט האזרחי:

"We sustained the Commissioner's award of damages for mantel anguish, noting that the extremely strong statutory policy of elimination gives statutory policy of eliminating discrimination gives the Commissioner greater discretion in effecting an appropriate remedy than under strict common law principles. While the objective of the common law right is to provide private remedies, in Human Rights Law cases the right is statutory and involves a vindication of both the individual interest and those of society" (N.Y. City Transit Authority v. State Division of Human Rights).

בית המשפט של הקהילייה האירופאית עומד על חשיבותה של הסנקציה:

§ impossible to establish real equality of opportunity without an appropriate system of sanctions" (Sabine von Colson and Elisabeth Kamman v. Land Nordrhein Westfalen).

בית המשפט ציין, כי על הסנקציה להיות כזו שתבטיח הגנה משפטית אמיתית ומעבר לכך, צריך שתהיה כזו שתהא לה השפעה מרתיעה אמיתית על המעביד (ראה אסמכתאות נוספות מפסיקת בית המשפט האירופאי במאמרו של J. Shaw "European Community. Judicial Method: Its Application to Sex

229) 19 Industrial Law Journal (1990) "Discrimination Law" בעניין מצגר הנ"ל נעשתה אכן פריצת דרך בפסיקת הסכומים שבית הדין עשוי לפסוק בעתיד בגין נזקים לא ממוניים ואכן יש להפעיל הלכה זו במקרים המתאימים.

מדובר בענייננו בפיצויים עונשיים על הפרת זכות חוקתית ראשונה במעלה ועל הפעלת סטריאוטיפ לגבי נשים על ידי המעביד. שקלתי את מכלול הנסיבות, את המדיניות ותכליתו של החוק, את השכר הממוצע במשק ואת השכר המשוער שהיתה המערערת משתכרת אילו קיבלה את העבודה של סוכנת נסיעות מחוץ למשרד, כולל עמלות ובונוסים, את דעתו של הנשיא גולדברג, כי יש לחשב את הפיצויים לפי שכר, לא של עובד זוטרי ולא של עובד בכיר, את העובדה שהמשיבה קיבלה לעבודה אשה אחרת, ואת מכלול הנסיבות המפורטות לעיל, והגעתי למסקנה כי על המשיבה לשלם למערערת פיצויים בגובה - 50,000 ש"ח. סכום זה ישולם תוך 45 יום שאם לא כן הוא ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום.

המשיבה תשלם למערערות הוצאות משפט בסך - 10,000 ש"ח תוך אותו מועד.

הנשיא בדימוס גולדברג

1. קראתי בעיון את חוות דעתה המקיפה והמלומדת של חברתי, השופטת ברק, אשר הרחיקה למחוזות רחוקים, תוך השוואה עם הדין במספר מדינות זרות.

לטעמי - משחוקק [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), יש לפסוק בסוגיה זו שלפנינו בעיקר לאורו, לאור תכליתו ומטרתו, תוך שימת דגש על עקרון השוויון המהווה אבן יסוד בשיטתנו המשפטית: הדין הזר יכול וישמש לפרשנות, רק מקום בו הדין בישראל הוא עמום.

2. המבחן, אם בהפליה עסקינן אם לאו, צריך שיהיה אובייקטיבי, בפרשת גסטטר ([דב"ע נא/ 8-3](#) פד"ע כד 65, 79) תוך השתחררות מסטראוטיפים שהשתרשו בחברה (שם).

על פי מבחן זה, המבחן האובייקטיבי, הפלתה המשיבה את המערערת מחמת מינה, בכך שהפנתה לגרפולוג את כתב ידה למתן חוות דעת בדבר התאמתה רק לגבי אחת המשרות - זו של המזכירה, ולא לתפקיד איש/אשת מכירות.

העובדה, שלאחר מעשה התקבלה לעבודה המוצעת עובדת, ולא עובד, אינה שוקלת לעניין זה אלא תשקול, כפי שיפורט להלן, לעניין פיצוי.

3. חברתי כותבת שהפניה לגרפולוג היא בעייתית לכשעצמה.

איני רואה כל פסול בכך שמעביד מפנה כתבי יד של מועמדים לעבודה לחוות דעתו גרפולוגית, כל עוד ההפניה היא של כל המועמדים שעברו את תנאי הסף. מחומר הראיות עולה שכך היה בענייננו: אך אין אנו יודעים אם גבם לגבי מועמדים אחרים התבקש הגרפולוג להביע דעתו לגבי שתי המשרות המוצעות או רק אחת מהן.

זכותו של מעביד להיעזר בכלי עזר חיצוניים לבחינת כשירותו של אדם לתפקיד, בין אם מדובר בבחינה פסיכוטכנית בין אם מדובר בחוות דעת של יועצים לארגון ולמשאבי אנוש אבין אם ההפניה היא לחוות דעת פסיכולוגית.

מן המפורסמות הוא שחוות דעת גרפולוגית ניתנת על פי כתב יד: שעה שמועמד למשרה נדרש להגיש קורות חיים או מסמך אחר בכתב יד, חזקה עליו שהוא מסכים שכתב ידו ישלח על ידי מציע העבודה לחוות דעת גרפולוגית ושזו תשמש את המציע במכלול שיקוליו, אם לקבל את המועמד לעבודה אם לאו.

מכאן שאין כאן כל פגיעה בפרטיות לה לא הסכימה המערערת. נהפוך הוא, המערערת הסכימה שכתב ידה ישלח לחוות דעת גרפולוגית, והיא ידעה, או היה עליה לדעת, שחוות הדעת, לכשתנתן, תעמוד מול עיני המשיבה בשיקוליה.

לא מקובלת עלי הדעה שהיה על המשיבה, לאור חוות דעתו של הגרפולוג על המערערת, לפנות לגרפולוג אחר. על

המשיבה היה להתעלם מאותו חלק בחוות הדעת שיש בו גישה סקסיסטית, אף כי מזגו של אדם, ויחסו לעמיתיו לעבודה מותר שישקלו לענין העסקתו, כשם ש"מזג שיפוטי" הוא גורם רלוונטי במינוי שופטים משנקבע שהמשיבה הפרה את [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), עליה לפצות את המערערת, מה היא אמת המידה הראויה לקביעת גובה הפיצוי אין מקום להערכה בעלמא. עלינו להביא בחשבון את השכר אותו היתה המערערת משתכרת לו התקבלה לעבודה, שהרי אין לקבוע פיצוי בסכום זהה לעובד זוטר ולעובד בכיר. בעיינונו - עלינו להביא בחשבון גם את העובדה שפסק דין זה הינו הראשון היוצא מבית דין זה הקובע את הפיצוי הנאות בגין הפרת חובת השוויון בקבלה לעבודה, שעה עצם חובת אי ההפלה נקבעת בחוק ובפסק הדין גסטטנר. ענין נוסף שיש להביא בחשבון היא שבסופו של דבר התקבלה לתפקיד האמור עובדת, ולא עובד.

מסכים אני לסכום הפיצוי שעל המשיבה לשלם למערערת, כפי שנקבע על ידי חברתי.

סגן הנשיא אדלר

אני מסכים לפסק דינה של השופטת ברק.

נציגי ציבור הלבץ ושמעונוביץ מסכימים עם פסק הדין.

ניתן היום, ו' באלול, ה'תשנ"ז (8.9.1997)