

האגודה לזכויות האזרח בישראל

המבקשת להצטרף

כידידת בית המשפט:

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר יעקב בן-שמש ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, ת"א
טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

נאדרה נמרי

המבקשת:

ע"י ב"כ עו"ד עבד ענאן ואח'
רח' יפו 33 ירושלים, 94221
טל': 02-6222170 ; פקס : 02-6222171

נ ג ד

המשיבים:

1. בית הספר שמידט לבנות
2. האגודה הגרמנית לארץ הקודש
3. מר ניקולס קירשר
4. מסדר האחיות מרים
5. Archdiocese of Cologne

ע"י עו"ד א' פרסקי ואח'
הגן הטכנולוגי, בנין מס' 1, מלחה ירושלים, 96958
טל': 02-6490649 ; פקס : 02-6490659

בקשה להצטרף לדיון כידידת בית המשפט

מוגשת בזאת בקשה לבית הדין הנכבד להתיר למבקשת להצטרף כידידת בית המשפט לדיון בבקשת רשות הערעור שבכותרת.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. ההחלטה עליה הוגשה הבר"ע עניינה בזכות לשוויון ולחופש דת ותרבות במקום העבודה, והאיזון הראוי בין זכויות אלה לבין זכותו של המעביד לשמור על צביון ייחודי, אחידות, או ניטרליות דתית במקום העבודה. המבקשת פוטרה מעבודתה כמורה לשפה הערבית

ולדת האסלאם, לאחר 27 שנות עבודה בבית הספר לבנות שמידט (המשיבה 1), וזאת לאחר שהחליטה, מטעמי דת, לעטות מטפחת ראש – חיג'אב. פיטוריה נומקו בכך שלבישת החיג'אב פוגעת באחידות ובצביונו הייחודי של בית הספר, המבקש לקדם ערכים של סובלנות בין-דתית ופלורליזם. בית הדין קמא דחה את בקשתה למתן סעד זמני שיורה למשיבים להמשיך להעסיקה עד להחלטה סופית בתביעתה, ועל כך הוגשה בר"ע, אליה מבקשת המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט.

2. כיסוי הראש לנשים יצא בשנים האחרונות מגדר פריט לבוש, והפך להיות סמל דתי ותרבותי רב עוצמה, המנקז אליו קונפליקטים חברתיים וסערות רגשות בכל רחבי העולם. בפרט, סוגיית זכותן של נשים מוסלמיות לעטות מטפחות וכיסויי ראש במקומות העבודה ובמרחב הציבורי שבה ועולה בשנים האחרונות בבתי המחוקקים ובבתי המשפט במדינות מערב אירופה (ראו גילה שטופלר "מאחורי הרעלה - הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" **משפט וממשל יב** (תש"ע) 191. נציין כי בענייננו מדובר בחיג'אב, אשר בניגוד לרעלה, אינו מכסה את הפנים אלא מותיר אותן גלויות), ובארצות הברית (ראו מסמך העמדה של האגודה לזכויות האזרח בארצות הברית, ה-ACLU, בעניין הפליית נשים העוטות חיג'אב בכתובת: <http://www.aclu.org/pdfs/womensrights/discriminationagainstmuslimwomen.pdf>).

3. סוגיה זו מעוררת מחלוקות עמוקות ומעלה שאלות משפטיות וחברתיות חשובות ורגישות, הנוגעות להסדרת היחסים בין קבוצות האוכלוסייה השונות במדינות רב תרבותיות, ובפרט לאיזון הראוי בין הזכות לשוויון והזכות לחופש דת ותרבות לבין זכותן של קהילות הרוב ו/או מעבידים או מוסדות חינוך לשמר צביון ייחודי, אחידות או נייטרליות של מוסדות החינוך, מקומות העבודה והמרחב הציבורי. ראוי שסוגיות נכבדות אלה, המעסיקות כאמור בימים אלה דמוקרטיות מערביות רבות, יתלבנו בפני בית הדין הנכבד, וזאת לאחר שיוצגו בפניו ההיבטים המשפטיים והחברתיים הרחבים הכרוכים בהן, הן בהקשר של המשפט החוקתי הישראלי והן בהיבטים של הדין המשווה.

4. המבקשת, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה, הפועלת מזה קרוב לארבעים שנים לקידום זכויות האדם בישראל באמצעות ייזום חקיקה, התדיינויות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור. המבקשת משמשת לא אחת כעותרת ציבורית בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, ולעניינים בעלי אופי חוקתי, ועמדתה כידידת בית המשפט מוגשת לעתים מזומנות בעתירות בעלות חשיבות ציבורית, הנוגעות להגנה על זכויות האדם (ראו, למשל, את עמדתה של המבקשת שהוגשה לבית הדין הנכבד, כידידת בית המשפט, בבר"ע 570/07 **איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים**).

תמצית עמדת המבקשת ביחס להחלטת בית הדין קמא

5. עמדת המבקשת היא שהחלטתו של בית הדין קמא מבוססת על תפיסה שגויה של מושגי השוויון, האחידות, והניטרליות הדתית, על הבנה חלקית של מושגי הסובלנות והפלורליזם, ועל פרשנות שגויה של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. תוצאת ההחלטה היא פגיעה קשה בזכות לשוויון, חופש דת ותרבות, ופטור גורף למעסיקים פרטיים להפלות לרעה עובדים בשל דתם. ההחלטה אינה מתווה את הדרך שראוי לילך בה בסוגיות רגישות אלה, בחברה מפולגת ורב-דתית ותרבותית כחברה הישראלית.

6. החלטתו של בית הדין קמא מבוססת על העמדה, לפיה בשל אופיו המיוחד של בית הספר, המכנס בתוכו מורות ותלמידות נוצריות ומוסלמיות, הרי ששיקולים של ניטרליות דתית, אחידות, ושיקולים של פלורליזם וסובלנות בין-דתית מצדיקים את האיסור על לבישת החיג'אב שהטילו המשיבים על המבקשת. כדברי ביה"ד קמא: "בהיותו בית ספר פרטי בבעלות עדה דתית מוכרת, קבע לעצמו בית הספר קוד לבוש אשר נועד לחזק את המסר של פלורליזם וכבוד הדדי, שבית הספר דוגל בו מעצם היותו משרת אוכלוסיה נוצרית ומוסלמית כאחת, כדי ליצור שוויון ואחדות בין הדתות, למנוע כפייה ולחץ חברתי, ולקיים אווירה ידידותית" (פיסקה 7). אלא ששיקולים אלה, בכל הכבוד, אינם עומדים במבחן הביקורת.

7. ראשית, ועיקר, קוד הלבוש בבית הספר, ככל שהוא חל על המורות בו, מסתפק בלבוש "צנוע, נקי והולם", והוא אינו אוסר על סממנים דתיים בלבוש. ואף לא ייתכן אחרת - בית הספר מנוהל על-ידי מסדר האחיות מרים, ונזירות לבושות גלימות ועטויות מטפחות מלמדות בו זה למעלה ממאה שנה. האיסור על לבישת החיג'אב אינו יכול אפוא להיות מוצדק ברצון לשמור בבית הספר על מרחב ניטראלי מבחינה דתית, שכן מרחב בית הספר איננו ניטראלי מלכתחילה. בנסיבות אלה, דרישת הניטרליות המופנית דווקא כלפי המורה שפוטרה איננה אלא הפליה ברורה ובוטה של סממנים דתיים של הדת המוסלמית דווקא. תוצאתו של איסור זה איננה "שוויון ואחדות בין הדתות" אלא העדפה של דת אחת - הנצרות - ודחייתה של האחרת - האיסלאם.

8. אף אין זה ברור כיצד שיקולים של סובלנות בין-דתית ופלורליזם תומכים באיסור על לבישת החיג'אב ובפיטוריה של מורה שמפרה את האיסור. הדרישה למחוק את סממני הזהות הדתיים אינה סובלנית ואינה פלורליסטית. הסובלנות היא הנכונות לקבל את האחר או השונה, על ערכיו ואורחות חייו. הפלורליזם הוא הנכונות להכיר בערכו השווה של האחר והשונה, ובערך החברתי הצומח מהשוונות החברתית, ולא הניסיון למחוק את סימני השוני. פיטוריה של מורה שבחרה, מטעמים דתיים, לעטות חיג'אב הם אם כן אנטייתזיה לסובלנות ולפלורליזם. מעשה זה אינו מכבד את המורה כאדם, אינו מכבד את זכותה לחופש דת, ואינו מכבד את דת האיסלאם ותרבותו. סילוקה מבית הספר מעביר מסר קשה של חוסר סובלנות לכל התלמידות, ובנוסף מסר קשה של דחייה והפליה לתלמידות המוסלמיות הלומדות בבית הספר. כפי שהתלמידות לומדות ממורות הלבושות בגדי נזירות, ואין בכך כדי לפגוע בצביונו של בית הספר או בעקרונות הפדגוגיים

שלו, כך ראוי שהתלמידות ילמדו ממורות העוטות חיגי'אב. רק כך ילמדו ויממשו הלכה למעשה את עקרונות הסובלנות והפלורליזם.

9. בית הדין קמא נסמך בהחלטתו על פסק הדין בבג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, אשר דחה את עתירתה של תלמידה לאפשר לה לעטות מטפחת בבית ספר פרטי נוצרי. אלא שלא ניתן ללמוד מפסק דין זה את אשר ביקש בית הדין קמא ללמוד ממנו, וזאת משני שיקולים מרכזיים. ראשית, פסק הדין עסק כאמור בשאלה האם ניתן לחייב את התלמידות בבית הספר בלבוש אחיד נטול סממנים דתיים. בענייננו, ומשאין חולק שאין כל דרישת לבוש אחיד כלפי המורות, וכי לאמיתו של דבר לבוש המורות משקף דבר שבשגרה סממנים דתיים, ממילא לא ניתן לגזור מפסק הדין כל מסקנה ביחס לזכותן של המורות לעטות חיגי'אב.

10. שנית, בעוד שלגבי תלמידות קיימים שיקולים מיוחדים, המצדיקים פגיעות מסוימות בחירות האישית ובחופש הדת, הרי שלגבי מורות קיים הסדר חקיקתי מפורש האוסר הפליה מחמת דת - סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. גם משיקולים אלה לא היה כל מקום להסתמך על פסק הדין בפרשת ג'בארין.

11. בהתייחסו לאיסור ההפליה שבחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, מכיר בית הדין קמא בכך שמדובר לכאורה בהפליה על רקע השקפה דתית, אך הוא מגיע למסקנה שמדובר בהפליה, המתחייבת מאופיו של תפקידה של המשיבה. אלא שבהחלטה זו סטה בית הדין מההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון באשר לשאלה אימתי תיחשב הפליה כמתחייבת מאופיו של התפקיד. בפרשת רקנט (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000)) נשאלה השאלה האם הופעה צעירה מתחייבת מאופיו של תפקיד של דייל אוויר. בדחותו את הטענה קבע בית המשפט העליון, שרק אם יוכח שרק עובד צעיר יכול למלא את תפקיד הדייל, אפשר יהיה לראות בהפליה מחמת הגיל כמתחייבת מאופיו של התפקיד. ומשברור שלא כך הדבר, נדחתה הטענה של חברת אל-על. השאלה היא אם כן האם ללא ההפליה, לא יוכל העובד למלא את התפקיד. החלטתו של בית הדין קמא סותרת מבחנים ברורים אלה. בהחילנו מבחנים אלה לענייננו, השאלה היא האם האיסור על החיגי'אב הוא הכרחי לצורך הוראת השפה הערבית ודת האיסלאם. האם רק מורה נטולת חיגי'אב תוכל למלא תפקיד זה. מובן כי התשובה לשאלות אלה היא בשלילה, ומכאן שלאור המבחנים שנקבעו בהקשר זה בפסיקתו של בית המשפט העליון, לא ניתן לראות בהפליה בענייננו הפליה המתחייבת מאופיו של התפקיד. לפיכך, פיטוריה של המורה מהווים הפרה ברורה של הוראותיו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

12. אף אם נסטה מהמבחנים שנקבעו בבית המשפט העליון, ונבחן את שאלת ההפליה בהקשר הרחב, כפי שעשה בית הדין קמא, ונשאל האם האיסור על החיגי'אב מתחייב לאו דווקא מאופיו של התפקיד, אלא ממאפייניו הכלליים של המוסד או מהערכים הפדגוגיים אותם הוא מקדם, דין הטענה שמדובר בהפליה הכרחית להידחות. כפי שנטען לעיל, האיסור אינו משרת שיקול לגיטימי של ניטרליות דתית או אחידות, שכן אלה

נעדרים מלכתחילה. האיסור אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הסובלנות והפלורליזם, כי אם סותר אותם. האיסור אינו עולה בקנה אחד עם החובה לכבד את כבוד האדם, הזכות לשוויון, ואת חופש הדת והתרבות, כי אם סותר אותם.

13. הנה כי כן, החלטתו של בית הדין קמא איננה מאזנת כראוי בין זכותו של העובד לשוויון ולחופש דת לבין זכותו של המעביד לשמור על צביון ייחודי, ניטרליות או אחידות במקום העבודה. ההחלטה פוגעת פגיעה קשה בזכות לחופש דת, ובפרשנותו לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נתן ביה"ד קמא הנכבד יד חופשית למעבידים לפטר עובדים באופן מפלה ושרירותי על בסיס השקפתם הדתית.

לאור כל האמור לעיל מתבקש ביה"ד הנכבד לצרף את המבקשת כידידת בית המשפט, לאפשר לה להגיש טיעון מפורט ולזמנה לכל דיון בבר"ע או בערעור שיוגש אם היא תתקבל.

ד"ר יעקב בן-שמש, עו"ד

היום, 15 בספטמבר 2010

ב"כ המבקשת