

המערערת:

נאדרה נמרי

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

נגד

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

ידידת בית המשפט:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד ראוייה אבורביעה ו/או דן יקיר
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או
לימור יהודה ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל
גן-מור ו/או קרן צפריר ו/או נסרין עליאן ו/או רגד
גראיסי
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל: 03-5608185; פקס: 03-5608165

סיכומים מטעם ידידת בית המשפט

1. ערעור זה עניינו 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. המערערת פוטר מבעודתה 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.¹ פיטוריה נומקו בכך שלבישת החיג'אב פוגעת באחידות ובצביונו הייחודי של בית הספר, המבקש לקדם ערכים של סובלנות בין-דתית ופלורליזם.

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.² לא פעם, נשים מוסלמיות מופלות לרעה בשל עטיית החיג'אב,³ וזכויותיהן נפגעות. מבין זכויות אלה ניתן למנות את חופש הדת, זכותן השווה לחינוך ולחופש העיסוק.

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 מזה לבין זכותן של קהילות או מעבידים או מוסדות חינוך לשמר צביון ייחודי, אחידות או נייטרליות של מוסדות החינוך, מקומות העבודה והמרחב הציבורי. סוגיה זו אף מעוררת דילמות יסוד פמיניסטיות, אשר מתמודדות עם שאלות הנוגעות לחירותן ולדיכוין של נשים, למקומן בחברה הפטריארכאלית, ולעטיית החיג'אב בהקשרים הללו. הדיון סביב החיג'אב נע בין היותו סמל לדיכוין ולהכפפה של נשים לגברים, לבין היותו סמל לשחרור והעצמה, המבטא ביטוי לזהות דתית ותרבותית מובחנת של אלו העוטות אותו.

עמדת ידידת בית המשפט ביחס להחלטת בית הדין קמא

4. עמדתנו 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

¹ יודגש כי החיג'אב, בניגוד לרעלה, אינו מכסה את הפנים אלא מותיר אותן גלויים, וכי רבות מן הנשים המוסלמיות נוהגות לעטות אותו כסממן דתי.

² ר' גילה שטופלר "מאחורי הרעלה-הטלת הגבלות על עטיית כיסוי ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב (2009) 191 (להלן-שטופלר).

³ ר' גם מסמך האגודה לזכויות האזרח בארצות הברית, ACLU, בעניין הפליית נשים העוטות חיג'אב בכתובת <http://www.aclu.org/pdfs/womensrights/discriminationagainstmuslimwomen.pdf>.

למעסיקים פרטיים מהאיסור להפלות לרעה עובדים בשל דתם. ההחלטה אינה מתווה את הדרך שראוי לילך בה בסוגיות רגישות אלה, בחברה מפולגת ורב-דתית ותרבותית כחברה הישראלית.

5. 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 החיגי'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 אוכלוסייה 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.

על בית הספר שמידט לבנות

6. מהסיוור מאיר העיניים, שערכו המשיבים לנציגי ידית בית המשפט עלו הממצאים הבאים לגבי אופיו של בית הספר:

- בית הספר הוא מוסד נוצרי, שנוסד לפני למעלה מ-100 שנים. מאז היווסדו לומדות בו תלמידות נוצריות ומוסלמיות כאחד. כיום 80% מהתלמידות הן מוסלמיות ו-20% נוצריות.

- בקרב הפלסטטינים תושבי ירושלים המזרחית רק 2% הם נוצרים.

-כ-65% מן המורות בבית הספר הן נוצריות ו-35% מוסלמיות.

- ארבע נזירות גרמניות מתגוררות במתחם בית הספר ואחראיות לתחזוקת המקום.

- התלמידות הנוצריות פותחות את יום הלימודים בתפילה בכנסייה, שנמצאת במתחם בית הספר. במקביל התלמידות המוסלמיות עורכות התייחדות רוחנית.

- משרד החינוך מכיר במוסד כבית ספר מוכר שאינו רשמי, ומממן 20% מתקציבו.

7. מעמדו של בית הספר כמוכר שאינו רשמי, איננו פוטר אותו מהחובה לנהוג בשוויון שכן, עקרון השוויון ואיסור על הפליה בחינוך חלים על כלל מוסדות החינוך בישראל. על כך עמדה השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי** (טרם פורסם, 31.08.2010) להלן -פרשת טבקה. שם נדון סירובם של מוסדות חינוך פרטיים בפתח תקווה לקלוט למסגרותיהם תלמידים עולים יוצאי אתיופיה. העקרונות שנקבעו שם יפים לעניינו.

” הזכות לחינוך ייחודי אין משמעה ניתוקם של מוסדות החינוך הפרטיים ממערכת המושגים, העקרונות וערכי היסוד המצויים בבסיס קיומה של המדינה ושיטת המשפט החוקתית הנוהגת בה. מוסדות החינוך, באשר הם, ובלא קשר לסיווגם כמוסדות רשמיים, מוכרים לא-רשמיים, או מוסדות פטור, כפופים לעקרונות היסוד של שיטת המשפט והמשטר בישראל, וזכויות האדם בכלל זה, וחייבים בכיבודם.. זכותה של קהילה לחינוך ייחודי-מגזרי אינה מקהה מחובתו של מוסד חינוך הפועל מטעם הקהילה לכבד עקרונות יסוד של זכויות אדם ולקיימם. בכלל עקרונות אלה מצוי כלל היסוד הנוגע לשוויון בחינוך...”. עמ' 22.

ומכאן, שעל משיבה 1 חלים אותם עקרונות שחלים על בתי הספר הציבוריים, ובפרט האיסור על הפליה בחינוך.

חופש הדת של המורה אל מול "הניטרליות" של בית הספר

8. ראשית, ועיקר, קוד הלבוש בבית הספר, ככל שהוא חל על המורות בו, מסתפק בלבוש "צנוע, נקי והולם", והוא אינו אוסר על סממנים דתיים בלבוש. 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 – על פני האחרת – האסלאם.

מהי ניטרליות?

9. דר' גילה שטופלר עמדה ארוכות על עקרון הניטרליות, המשמש באירופה לעתים קרובות כאחד העקרונות המצדיקים הטלת מגבלות על עטיית הרעלה,⁴ אמנם היא התייחסה לעקרון זה בהקשר המדינתי, אך הדברים רלוונטיים למקרה שבפנינו.

10. לדבריה של דר' שטופלר הן המתנגדים להטלת מגבלות על עטיית רעלה והן התומכים בהטלתן משתמשים בעקרון הניטרליות של המדינה בענייני דת כתימוכין לעמדתם. בעוד שהראשונים משתמשים בעקרון הניטרליות התרבותית כאמצעי להגנה על זכויות היחיד וזכויות המיעוט, משתמשים האחרונים, אלו המבקשים להטיל הגבלות על עטיית רעלה, בניטרליות אותה היא מכנה ניטרליות רפובליקאית, שאינה מונעת מהרצון להבטיח את חופש הדת של יחידים או של המיעוט, אלא שמה לה למטרה ליצור מרחב ציבורי אחיד, שייחשב ניטרלי בשקפו את הערכים המשותפים לכאורה לכלל החברה, להבדיל מהערכים הפרטיקולאריים המאפיינים את הקבוצות השונות. לשיטתה, הניסיון להגביל את המרחב הציבורי רק לערכים משותפים, עלול להביא

⁴ שטופלר 207.

לידי הגבלת חופש הדת של יחידים ושל מיעוטים שנוהגיהם הדתיים אינם משותפים לכל.⁵

11. הבעייתיות בכך נובעת מהתפיסה הרואה בסמלים המקובלים על הרוב כסמלים נייטרלים הזכאים להיות נוכחים במרחב הציבורי, בעוד סמליו של המיעוט מודרים מהמרחב הציבורי בטענה שאינם נייטרלים.⁶ דר' שטופלר מוסיפה ומציינת כי "סוג זה של מרחב ציבורי עשוי להתאים לרוב הנוצרי, אשר הסמלים החיצוניים שהוא עוטה, כגון צלבים, ניתנים להסתרה תחת הבגד, אולם הוא אינו מתאים לבנות המיעוט המוסלמי, שאינן יכולות להסתיר את רעלתן."⁷ יש להבהיר, כי שטופלר מתייחסת למרחב האירופי בו הנוצרים הנם הרוב ביחס למוסלמים. אולם, ומאחר ששאלת הרוב-מיעוט הנה סוגיה תלוית הקשר, ובמקרה שלפנינו, בו המורות המוסלמיות הן מיעוט בבית הספר, יש להגן על זכותן לחופש דת, שוויון וחופש עיסוק.

12. כך גם במקרה שלפנינו מפורטת המערערת באמתלות שונות ומשונות של מרחב נייטרלי מבחינה דתית, כאשר ברור כי הניטרליות הדתית המדוברת הנה נייטרליות מדומה, המאפשרת לסמלים הנוצרים להיות נוכחים, בעוד שהסמלים הדתיים המוסלמים מודרים, ועונדת הסמל הדתי - החיגי'אב, מסולקת מבית הספר. התנהגות המשיבים איננה מחזקת את המסר החינוכי של פלורליזם וכבוד הדדי, אלא משדרת מסר הפוך לתלמידות בית הספר בעניין זה.

13. לא זו אף זו, עטיית חיגי'אב על ידי המערערת, כאישה מוסלמית המלמדת את דת האסלאם בבית הספר, לא רק שאיננה מאיימת על זהות בית הספר כבית ספר של עדה מוכרת בארץ, אלא אף עשויה לסייע בהדגשת זהויותיהן המובחנות של הקהילות השונות בבית הספר, דבר שיאפשר לתלמידות מהעדות השונות להתערבב זו בזו, דבר שיסייע לפיתוח ערך הסובלנות והפלורליזם בבית הספר.

איסור עטיית הרעלה מהווה פגיעה בחופש הדת

14. עטיית הרעלה נתפסת על ידי מוסלמים רבים כחובה דתית. איסור עטייתה פוגע איפוא בזכות היסוד לחופש הדת של הנשים המבקשות לעטותה, ובמקרה שלפנינו של המערערת.

15. חופש הדת והפולחן נמנה על זכויות היסוד אשר נשמרו לכל הקהילות הדתיות מימי המנדט הבריטי. דבר המלך במועצה עיגן בסימן 83 את חופש הדת כדלקמן:

"כל האנשים בישראל ייהנו מחופש המצפון המוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסרי יהיו נשמרים."

⁵ שם

⁶ שם

⁷ שם בעמ' 208

16. חופש הדת והפולחן עוגן אף במגילת העצמאות שם נקבע כי "מדינת ישראל..תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות".

17. עקרונות אלו קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בחופש הדת כנגזרת מן הזכות לכבוד האדם מוצאת חיזוק בדבריו של השופט ברק: "בגזירת חופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה מכבוד האדם ניתן ביטוי לפסקת עקרונות היסוד. בכך מתגשמת הגישה החוקתית, כי כבוד האדם מושתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין."⁸

18. "חופש הדת והמצפון והאמונה יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו."⁹

19. פיטוריה של המערערת בשל עטיית חגי'אב מהווים פגיעה בזכותה לחופש דתי ותרבותי.

20. אין זה ברור כיצד שיקולים של סובלנות בין-דתית ופלורליזם תומכים באיסור על לבישת החגי'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 מהשונוות החברתית, ולא הניסיון למחוק את סימני השוני. פיטוריה של מורה שבחרה, מטעמים דתיים, לעטות חגי'אב הם אם כן אנטייתזה לסובלנות ולפלורליזם. מעשה זה אינו מכבד את המורה כאדם, אינו מכבד את זכותה לחופש דת, ואינו מכבד את דת האסלאם ותרבותו. סילוקה מבית הספר מעביר מסר קשה של חוסר סובלנות לכל התלמידות והמורות, ובנוסף מסר קשה של דחייה והפליה לחלק מהתלמידות המוסלמיות הלומדות בבית הספר.

21. הגבלת זכותה של המערערת לעטות רעלה במרחב הציבורי, במקרה שלפנינו בית הספר, מפרה אף את זכותה לתרבות שכן הזכות לתרבות כוללת לא רק את היכולת לקיים את המנהגים התרבותיים בתחום הפרטי, אלא גם את הזכות לקיים את המנהגים התרבותיים במרחב הציבורי. מתן אפשרות למיעוט לעטות סממנים תרבותיים ודתיים ייחודיים, דוגמת הרעלה, הינו הכרחי על מנת לאפשר לחברי

⁸ אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (1994) 271, 279 ר' גם אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך ג': פרשנות חוקתית (1994) עמ' 430.

⁹ בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286.

המיעוט השתתפות שווה ומלאה בחיים הכלכליים והחברתיים במדינה.¹⁰ מכאן, שפיטוריה של המערערת בשל עטיית חיג'אב פוגעת בחופש העיסוק ומשדרת מסר שלילי לנשים מוסלמיות, המבקשות לעטות כיסוי ראש ובו בזמן לשמש כמורות.

22. יישום ניטרליות מדומה במרחב ביה"ס מוביל למעשה להפליית המוסלמיות ולפגיעה קשה בחופש הדת והתרבות שלהן, ומכאן שלא ניתן לראות בכך אינטרס לגיטימי, שכן הוא אינו מביא בחשבון את צרכיה השונים של הקהילה המוסלמית ואת הפגיעה בה.¹¹

פיטוריה של המערערת מהווים פגיעה בזכותה לשוויון

23. פיטוריה של המערערת פוגעים בזכותה לשוויון. הפגיעה בזכות לשוויון במקרה שלפנינו מתקיימת על רקע קבוצתי, שכן, בעוד שליתר המורות המשתייכות לדת הנוצרית מתאפשרת ענידת סמלים דתיים כגון: צלבים, וכיסוי ראש בקרב נזירות, נמנעת מהמערערת עטיית כיסוי ראש על רקע דתה, כמי שמשתייכת לדת המוסלמית.

24. אין צורך להכביר במילים אודות מרכזיותה של הזכות לשוויון. הזכות לשוויון הינה זכות יסוד מרכזית בשיטת המשפט הישראלית. "עיקרון מן הראשונים במלכות – ושיכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות". בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 650 (1998) (להלן: "בג"ץ השדולה השני").

בשורה ארוכה של פסקי דין עוגן המעמד החוקתי, שזכה לו עקרון השוויון בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
ר' בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סא (1) 619 (2006).

פיטורי המערערת מהווים הפליה אסורה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988

25. פיטורי המערערת מהווים הפליה אסורה לפי סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן- חוק שוויון ההזדמנויות).

26. הזכות לשוויון הינה כאמור עיקרון יסוד במשפט הישראלי בכלל ובמשפט העבודה בפרט. השופט חשין עמד על כך באומרו: "איסור הפליה ביחסי עבודה הינו אחד מראשי תקנות הציבור בישראל, ומי אשר יקום נגדו אחת דינו להיבטל ולעבור מן העולם".¹²

¹⁰ שטופלר 205.

¹¹ גילה שטופלר "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לשוויון ההזדמנויות בעבודה-מבט השוואתי" **עבודה חברה ומשפט**, יא' 323 (2005). (להלן-שטופלר 2).

¹² בג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289, 316-315 (1997).

27. חשיבותה המיוחדת של הזכות לשוויון דיני עבודה נודעת הן בשל חיוניותה של העבודה ככלי להבטחת קיומם הכלכלי בכבוד אנושי של העובדים, והן בשל התפיסה לפיה ביחסי העבודה העובדים מצויים בחולשה יחסית לעומת מצבם העדיף של המעבידים ולפיכך תפקידם של דיני העבודה הינו לאזן את יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים שבין העובד למעביד.¹³ רציונל אחד להגנה על הזכות לשוויון בעבודה הינו חיוניותה של זכות זו ליכולתו של כל אדם לעצב את חייו ולנהלם באופן מכובד ועצמאי תוך מימוש מטרותיו והזהות אותה גיבש לעצמו.¹⁴

28. מכיוון שהזכות לגישה שווה לעבודה, כמו גם הזכות לגישה שווה לכל תחומי המרחב הציבורי, חיונית לשם השגת יכולת זו, חובת השוויון נאכפת לא רק על המדינה אלא גם על מעבידים פרטיים ועל ספקים פרטיים של מצרכים ושירותים המוצעים לציבור.¹⁵

29. זכות היסוד לשוויון בעבודה, כמו כל זכות יסוד, הינה זכות יחסית אותה יש לאזן עם זכויות נוגדות.¹⁶ סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות קובע כי זכותו של עובד לשוויון תיסוג היכן שהאפליה מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד. על פי פסיקת בית הדין הארצי לעבודה יש לפרש חריג זה באופן אובייקטיבי ובצמצום מרבי.¹⁷

30. "נכון הדבר ששוויון שולל את זכותו של המתקשר לפעול באופן מפלה. אולם מנקודת מבטו של הצד המופלה, שוויון מעניק לו חופש פעולה, שנשלל ממנו קודם לכן בשל ההפליה. כשמדובר בשוויון של קבוצות מיעוט או קבוצות מקופחות ניתן לומר שהשוויון יוצר חופש."¹⁸

31. בית הדין קמא נסמך בהחלטתו על פסק הדין בבג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, אשר דחה את העתירה שהגישה ידידת בית המשפט בשם 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 משלושה שיקולים מרכזיים. ראשית, פסק הדין עסק כאמור בשאלה האם ניתן לחייב את התלמידות בבית הספר בלבוש אחיד נטול סממנים דתיים. בענייננו, ומשאינן חולק שאין כל דרישת לבוש אחיד כלפי המורות, ממילא לא ניתן לגזור מפסק הדין כל מסקנה ביחס לזכותן של המורות לעטות חגי'אב.

32. שנית, אף אם יטען הטוען, בעוד שלגבי תלמידות קיימים שיקולים מיוחדים, המצדיקים פגיעות מסוימות בחירות האישית ובחופש הדת, הרי שלגבי מורות קיים

¹³ שטופלר 2

¹⁴ שם

¹⁵ שם

¹⁶ רות בן ישראל "דיני עבודה: שוויון בעבודה נוסח שנת אלפיים- המרשם הישראלי" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (עורך אריאל רוזן-צבי, עורך) 577, 599.

¹⁷ דב"ע נא/3-8 מדינת ישראל נ' חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65, 79 (1992).

¹⁸ נילי כהן, "השוויון" מול חופש החושים, המשפט א 131, 147 (1993).

הסדר חקיקתי מפורש, האוסר הפליה מחמת דת - סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות.
גם משיקולים אלה לא היה כל מקום להסתמך על פסק הדין בפרשת ג'בארין.

33. **שלישית**, ולעניין האבחנה שנערכה בפרשת ג'בארין בין מעמדו של בית ספר פרטי, לעומת בית ספר ציבורי, יאמר כי הבחנה זו אינה עומדת במבחן הפסיקה ובפרט לאור פרשת טבקה. שם נדון באריכות מעמדו של החינוך המוכר שאינו רשמי, ונקבע כי גם חינוך זה כפוף לעיקרון השוויון, אפילו אם זה חינוך מגזרי שיש לו אוטונומיה, דבר המעמיד בספק את תוקפה של הלכת ג'בארין.

" עקרון השוויון ואיסור על הפליה בחינוך חלים על כלל מוסדות החינוך בישראל. הם מחייבים את מוסדות החינוך הממלכתיים הרשמיים מתוקף החובה המוטלת על גופים ציבוריים לפעול תוך שמירה על זכויות האדם, ובתוך כך, על כבוד האדם ועל הזכות לשוויון כחלק מהכבוד האנושי. עקרונות אלה מחייבים גם את מוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים ומוסדות הפטור, המקיימים פעילות חינוכית בעלת אופי ציבורי במהותה, הנשלטת על ידי המשפט הציבורי, וכפופה לעקרונותיו.. " עמ' 22

עוד נקבע כי "במתח הקיים בין הזכות לשוויון בחינוך מצד אחד, לבין זכותה של קהילה לחינוך מגזרי-ייחודי מצד שני, גוברת הזכות הראשונה, הכורכת עמה זכות חוקתית לכבוד האדם. עליונותה של הזכות לשוויון בחינוך על פני הזכות לאוטונומיה אישית בחינוך נובעת מעצם עוצמתה כחלק מכבוד האדם, וגם חקיקת החינוך על רבדיה השונים עיגנה את עליונותה ביחס לכל מוסדות החינוך ללא יוצא מן הכלל. האוטונומיה לחינוך ייחודי מוכרת אף היא כזכות חשובה, אך בהתמודדות עם ערך השוויון, היא מפנה את דרכה. זכות השוויון גוברת על הזכות לייחודיות המגזרית בחינוך, ומתקיים בין שתיהן יחס אנכי.. " עמ' 25

מכאן שאין מקום להסתמך על פרשת ג'בארין במקרה שלפנינו, מכל הסיבות שפורטו לעיל.

34. בהתייחסו לאיסור ההפליה שבחוק שוויון ההזדמנויות, מכיר בית הדין קמא בכך שמדובר לכאורה בהפליה על רקע השקפה דתית, אך הוא מגיע למסקנה שמדובר בהפליה, המתחייבת מאופיו של תפקידה של המורה. 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 מבחינים ברורים אלה. בהחילנו מבחינים

אלה לענייננו, השאלה היא האם האיסור על החגיגה הוא הכרחי לצורך הוראת השפה הערבית ודת האסלאם. האם רק מורה נטולת חגיגה 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.

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

36. 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.

היום, 24 בינואר 2011

ראויה אבורביעה, עו"ד

ב"כ ידידת בית המשפט