

תוכן עניינים

מבוא	3
איסורי ההפליה	3
מהות איסור ההפליה	5
הפליה על רקע חזות חיצונית	6
טיעונים נגד מבחן המידתיות	8
סיכום	10
רשימה ביבליוגרפית	11

מבוא

בעבודה אבקש לבחון האם ומתי ישנו איסור על הפליה על רקע חזות חיצונית או מראה חיצוני. לכאורה, מדובר במקרה מובהק שבו חל האיסור על הפליה, שכן מדובר על הבחנה מטעמים לא ענייניים. אולם כפי שאראה להלן, ישנם מקרים בהם נקבע כי ההבחנה על רקע מראה חיצוני או חזות חיצונית איננה נחשבת להפליה אסורה והיא לגיטימית. כך למשל נקבע בקשר לדרישה של המעביד מעובדיו כי יקפידו על הופעה ייצוגית, על קוד לבוש, וכדומה. בעבודה אבחן היכן עובר קו הגבול בין הבחנה על רקע מראה חיצוני שהיא אסורה לבין הבחנה על רקע מראה חיצוני שהיא מותרת, והאם המבחן שנקבע בפסיקה בהקשר זה – מבחן המידתיות – מספק, או שיש להתאימו לעקרונות שנקבעו לגבי איסור ההפליה.

איסורי ההפליה

את ההפליה על רקע חזות חיצונית, שבה אדון להלן, יש לבחון על רקע איסורי ההפליה הקבועים כיום בחקיקה.

אחד החוקים האוסרים על הפליה, הוא חוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹, המתמקד ביחסי העבודה. חוק זה קובע בסעיף 2(א):

"לא יפלה מעסיק 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, מקום מגוריהם, 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 אחד מאלה..."

חוק נוסף הוא חוק איסור הפליה בכניסה למקומות ציבוריים². חוק זה קובע בסעיף 3:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

כפי שניתן לראות, שני החוקים הללו אינם מונים במפורש את איסור ההפליה מחמת חזות חיצונית. אולם למרות שהחזות החיצונית לא מוזכרת במפורש בחוקי ההפליה אין משמעות הדבר כי היא איננה יכולה לבסס טענה להפליה אסורה, לפי שני החוקים. זאת משני טעמים.

¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה").
² חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. (להלן: "חוק איסור הפליה בכניסה למקומות ציבוריים").

הטעם הראשון, הוא כי ככל הנראה רשימת איסורי ההפליה שבסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כמו גם רשימת איסורי ההפליה שבסעיף 3 לחוק איסור כניסה למקומות ציבוריים, איננה רשימה סגורה. בהקשר זה אין הכרעה חד-משמעית בפסיקה, וניתן לאתר פסיקות שונות. כך למשל במסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין ספן³ משתמע כי רשימת איסורי ההפליה מהווה רשימה סגורה, אולם בפסיקה מאוחרת יותר של בית הדין הארצי לעבודה, בעניין וינברגר⁴, קבע בית הדין כי רשימת העילות שבסעיף 2 איננה רשימה סגורה. למרות שבתי הדין האזוריים לעבודה עוד מתחבטים בשאלה זו בהיעדר הכרעה ברורה וחד-משמעית, הנטייה והגישה הרווחת היא כי מדובר ברשימה שאיננה סגורה⁵. גם בקשר לרשימת איסורי ההפליה שבסעיף 3 לחוק איסור הפליה בכניסה למקומות ציבוריים יש גישות שונות בפסיקה בקשר לשאלה אם מדובר ברשימת איסורים סגורה. בפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין מור נאמר כי החוק לא התיימר לטפל בכל סוגי ההפליה במקומות ציבוריים, אלא רק בקשר לקבוצות מסוימות כפי שנקבעו במפורש בחוק⁶. אולם גם בקשר לחוק זה הגישה הרווחת יותר היא כי רשימת איסורי ההפליה שבסעיף 3 איננה מהווה רשימה סגורה⁷.

הטעם השני הוא, כי שני החוקים האמורים אינם ממצים את כל איסורי ההפליה שישנם. איסור ההפליה הוא איסור כללי המוכר בפסיקה, כנגזר מעיקרון השוויון החוקתי, והוא מוכר גם כאיסור על השפלה וכפגיעה בכבוד האדם, למרות שאיננו מוזכר במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר ישנה הפליה, ניתן לדון בה לאור איסור ההפליה החוקתי, גם אם אין לאיסור הקונקרטי בסיס בחוקי ההפליה הספציפיים⁸. כמובן שלגבי אלו המשתייכים לקבוצות המנויות במפורש בחוקי ההפליה יהיה קל יותר להוכיח את ההפליה כלפיהן, אולם האיסור הכללי על הפליה אמור לחול גם על קבוצות נוספות הסובלות מהפליה גם אם אינן מנויות במפורש בחוקי ההפליה הספציפיים⁹.

דומה כי אין חולק שחזות חיצונית יכולה לשמש כבסיס להפליה אסורה, למרות שהיא לא נמנתה במפורש בחוקי ההפליה הספציפיים שהובאו. אולם השאלה שיש לדון בה היא, אימתי המעביד ייחשב כמי שהפלה על רקע חזות חיצונית? האם דרישה מקדימה של המעביד למראה חיצוני מסוים תיחשב כהפליה? דומה שישנם מקרים מובהקים בהם ייקבע כי הבחנה על רקע מראה חיצוני תיחשב להפליה אסורה. כך יהיה למשל במקרה שבו המעביד מסרב לקבל עובדים לעבודה על רקע צבע עורם. אולם ישנם גם מקרים פחות מובהקים, בהם לא ברור אם מדובר בהפליה או בדרישה או תנאי לגיטימיים. האם מותר למעביד לדרוש מהעובדים להתגלח למשל? האם מותר לו לדרוש מהם

³ ע"ע (ארצי) 701/05 ספן בע"מ נ' שמעון בן ציון, (פורסם בבנו, 05.11.06), בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
⁴ ע"ע (ארצי) 209/10 ליבי וינברגר נ' אוניברסיטת בר אילן, (פורסם בבנו, 06.12.12), בעמ' 13.
⁵ ראה למשל: פ"ה (חי') 26880-06-18 אביבה חיים נ' מדינת ישראל משרד החינוך, (פורסם בבנו, 15.07.20), בפסקאות 34-35.
⁶ בר"ע (י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' ארז מור, (פורסם בבנו, 25.09.08), בפסקאות 10-11.
⁷ ראה למשל: ע"א (נצ') 198/09 ניסים סרור נ' חברת רזידנט מיוזיק בע"מ, (פורסם בבנו, 05.11.09); ע"א (חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' יצחק מזרחי, (פורסם בבנו, 07.01.08).
⁸ ראה: בג"צ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, (פורסם בבנו, 24.06.97). 289. 342; בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, (פורסם בבנו, 08.11.95). 94. 131. וראה גם: מיטל פינטו, "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי", משפט ועסקים טז (תשע"ד). 109. 143.
⁹ ראה: יפעת ביטון, "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר", מעשי משפט ד (2011). 75. במאמרה מכנה ביטון את ההפליה כלפי קבוצות המנויות במפורש בחוקי ההפליה כהפליה "דה-יורה", ואת ההפליה כלפי קבוצות שאינן מנויות במפורש בחוקי ההפליה כהפליה "דה-פקטו". היא מבארת כי גם קבוצות הסובלות מהפליה "דה-פקטו" צריכות להנות מאיסורי ההפליה.