

זרקור: שוויון והפליה בעבודה במפגש עם טעמים דתיים נוגדים

מאת

נטע ברק-קורן*

א. מבוא

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה תוקן בשנת 1992 ונקבע בו איסור הפליה במקום העבודה מחמת נטייה מינית. איסור זה משתרע על פני קשת רחבה של מצבי הפליה אפשריים, החל בקבלה לעבודה, דרך תנאי עבודה וקידום בעבודה וכלה בפיטורים. בכל אלה ועוד חל איסור הפליה. מהו הדין כאשר המעסיק מבקש שלא לקיים אחר הוראות אלה בטענה שנטייתם המינית של העובדת או העובד אינה עולה בקנה אחד עם אמונתו הדתית של המעסיק או עם אופיו הדתי של מקום העבודה? האם חופש הדת גובר על הזכות לשוויון בנסיבות אלה? האם נימוקים דתיים יכולים להצדיק פסילת עובדים בשל נטייתם המינית?

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו מתייחס במפורש למתח זה. במובחן מחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים (להלן: חוק איסור הפליה),¹ שנחקק מאוחר יותר, הוא גם אינו כולל חריגים בעלי צביון דתי או קהילתי.² הפתח המרכזי לדיון במתח בין דת לשוויון בעניין נטייה מינית ובכלל טמון בסעיף 2(ג) לחוק, הקובע כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". מכאן שתיתכן טענה שלפיה התייחסות לנטייתם המינית של עובדים ומועמדים לעבודה אינה הפליה כלל ועיקר, אלא הבחנה מחויבת וממילא נימוק רלוונטי וענייני. מהו דינה של טענה כזו?

* עו"ד, עמיתת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה בתוכנית לזכויות אדם ויהדות, ודוקטורנטית למשפטים באוניברסיטת הרווארד בארה"ב. אני מודה לאורן בלומנפלד, לעמליה שרייר, להגר שכטר, ולעורכי הספר ומשתתפי הכנס לכבודו על הערות והצעות חשובות. האחראיות לטעויות, כמובן, הינה עליי בלבד.

1 ס' 3(ד)2–(3) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. זרקור זה מתייחד לשאלת האפליה בעבודה ואינו עוסק במפגש הכללי יותר בין אפליה בשירותים ומוצרים לאמונות דתיות נוגדות, שמעורר לא פעם שאלות שונות מבחינה עובדתית ומשפטית.

2 חוק איסור הפליה מאפשר לארגונים ללא מטרות רווח לקדם את צורכי חבריהם באמצעות הבחנות מפלות כל עוד צרכים אלה אינם סותרים את החוק, וכן מתיר הפרדה בין גברים לנשים בנסיבות מסוימות (כמובן, חריגים אלה יכולים להתקיים גם מטעמים לא דתיים, למשל בשירותים ציבוריים או במלחחות).

נכון לשעה זו טרם נפסקה בישראל הלכה באשר לתחולתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בהקשר המשולב של נטייה מינית וטעמים דתיים נוגדים. ואולם, שתי פרשיות שנדונו בעת האחרונה בבתי הדין לעבודה מסייעות לדון בסוגיה. באחת, פרשת משל, נדונו פטוריה של חונכת מתמטיקה טרנסג'נדרית מתכנית פר"ח לאחר ששוחחה על נושאים מתחומי הצניעות, המיניות, ההלכה והדת עם תלמידותיה הדתיות והחרדיות. עיקר הדיון התמקד בשאלה אם פוטרה החונכת בשל זהותה המגדרית ונטייתה המינית או בשל חריגתה מהגדרת התפקיד (לימוד מתמטיקה); הטענה הדתית לא נטענה במפורש, ככל הנראה מאחר שיחסי ההעסקה היו עם מט"ח ולא עם בתי הספר הדתיים. בפסק הדין באזורי, שניתן על דעת נציגי הציבור וכנגד דעת השופטת בהרכב, דחה בית הדין את תביעת החונכת וקבע כי אכן חרגה מתפקידה בשל סירובה להפסיק לדון עם תלמידותיה בסוגיות שאינן קשורות להוראת המתמטיקה. לאמתו של דבר, כל היושבים בדין סברו כי המעסיק רשאי לאסור על החונכת לדון עם תלמידותיה בנושאי מיניות, דת וכיוצא באלה, והמחלוקת נתגלעה רק בשאלה אם הבהיר המעסיק לחונכת קודם לפטוריה כי אכן חל עליה איסור כאמור. ערעור שהוגש לבית הדין הארצי לעבודה הסתיים בפשרה שתיקפה את קביעתו של בית הדין האזורי שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה חל גם על זהות מגדרית, ולא רק על מין או נטייה מינית (קביעה לה היו שותפים גם נציגי הציבור בבית הדין האזורי), אך מבלי להכריע בשאלת קיומה של אפליה במקרה דנן.³ בפרשה השנייה, תע"א (אזורי ת"א) 12137-09 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 7.3.2013), נדון המתח בין שוויון מגדרי לטעמים דתיים נוגדים במקרה שבו פוטרה מעבודתה מורה באולפנה לבנות לאחר שנכנסה להיריון בהיותה רווקה. הגם שהדיון בפרשה זו לא נסב על נטייה מינית, העיסוק הישיר במתח בין שוויון הזדמנויות לדת במקום העבודה הופך פרשה זו לרלוונטית ביותר לענייננו. המורה, אישה דתייה בתחילת שנות ה-40 לחייה שלא נישאה, ביקשה להפוך לאם באמצעות הפריה מלאכותית וקיבלה חוות דעת רכנית שהתירה לה לעשות כן. האולפנה פיטרה אותה בטענה שאורח חייה החדש סותר את הערכים שלאורם מחנכת האולפנה את תלמידותיה ואינו מאפשר לה להיות מורה ומודל לחיקוי בזרם הדתי שאליו משתייכת האולפנה. בית הדין האזורי קבע, כי הפיטורים עומדים בניגוד להוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה וחוק עבודת נשים וכי זכויותיה של המורה לחיי משפחה, הורות ושוויון עולות בנסיבות העניין על זכותו של בית הספר לאוטונומיה דתית ולחינוך לפי אמונתו.

האם היה בית הדין מגיע לתוצאה זהה אילו נסבה טענת האולפנה על נטייה המינית של המורה במקום על הריונה מחוץ לנישואין? מצבים מסוג זה צפויים ודאי להתברר בפסיקה מזוויות שונות בשנים הקרובות, וההכרעה בהם עתידה להיות תלויה בנסיבות הספציפיות של התפקיד, בטענה הלהט"בית ובטענה הדתית הנוגדת. גורם מרכזי ראשון שיש לשקול הוא עוצמתה של טענת השוויון

3 ראו סע"ש (אזורי ת"א) 791-06-13 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית, פס' 13-14 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ, פס' 4-8 לחוות דעתם של נציגי הציבור (פורסם בנבו, 13.5.2014) (להלן: פרשת משל). ע"ע (ארצי) 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית (חל"צ) נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015). יוער כי המגדר והנטייה המינית של החונכת היו ידועים למרכז לטכנולוגיה חינוכית עוד כשמשל התקבלה לעבודה כחונכת פר"ח, עובדה שמילאה תפקיד מרכזי בהכרעת בית הדין האזורי. על אף דחיית טענתה של החונכת להפליה בבית הדין האזורי והעדר ההכרעה לגביה בבית הדין הארצי, לפסק הדין חשיבות תקדימית בקבלת הטענה שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה חל גם על זהות מגדרית ולא רק על מין או נטייה מינית, בהתאם לעמדתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, הזמינה בקישור: www.moital.gov.il/NR/exeres/66D1A6D4-2954-44ED-AA41-CFC97F1BAE3D.htm (נצפה לאחרונה ב-30.8.2015).

הלהט"בית. מצד אחד יש מקום לסבור כי התוצאה במקרה הלהט"בי יכולה להיות דומה לזו שאליה הגיע בית הדין לעבודה במקרה פלונית. הטעם המרכזי לכך הוא שהמשפט הישראלי נוטה לראות במגדר ובנטייה מינית קטגוריות מוגנות במידה דומה וחזקה. חוקי שוויון לא מעטים הרחיבו את הגנתם מפני הפליה לנטייה מינית, ובית המשפט העליון כבר קבע כי זכותם של בעלי הנטייה המינית הגאה לשוויון חוסה תחת כנפי הזכות החוקתית לכבוד האדם ועקרון השוויון.⁴ מצד אחר, זכייתה של המורה מפרשת פלונית בבית המשפט לא התבססה רק על זכותה לשוויון תחת חוק שוויון הזדמנויות, אלא על ערב רב של הגנות הקיימות במשפט הישראלי על עבודת נשים, ובפרט על ההגנות הספציפיות מפני פיטורין במהלך היריון,⁵ שפסיקת בית הדין לעבודה פירשה אותן כקשיחות וחד-משמעיות. הגנות אלה מילאו תפקיד מרכזי בפסק הדין, ואין להן מקבילות מבחינת רמת הפירוט, האכיפה והפיקוח בהקשר של נטייה מינית (לאמתו של דבר, גם אין בנמצא הגנות דומות ביחס להפליה מגדרית שאינה קשורה להיריון). נוסף על כך, היריון והורות אינם חוסים רק תחת הזכות לשוויון וההסדרים הספציפיים בחוק באשר להיריון, אלא גם תחת הזכות לחיי משפחה, שהוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות חוקתית.⁶ השילוב בין הגנה חוקתית רחבה וכפולה להגנות קשיחות בחוקים ספציפיים מקנה לנשים הרות הגנה הקרובה ל'חסינות' מפני פיטורים. נכון למועד כתיבת המאמר, החוק הישראלי אינו קובע הסדרים קונקרטיים דומים בנוגע לנטייה מינית (או כל קבוצת שוויון אחרת). כפועל יוצא של עובדה זו, בית משפט שיידרש לאזן בין זכותם של להט"בים לשוויון לבין זכותו של מעסיק לפעול לפי אמונתו הדתית עשוי – אך אינו מחויב – למצוא שטענת הלהט"ב נשענת על בסיס חזק פחות מזה של טענת המורה הרווקה השואפת להקים תא משפחתי.⁷

אולם מעבר לעוצמתה, רוחבה וקשיחותה של טענת השוויון בנסיבות העניין, השאלות המרכזיות המצריכות בירור הינן אלה העולות מחוק שוויון הזדמנויות כשלעצמו ובפרט מהחריג לחוק, המתיר כאמור הפליה כאשר היא "מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". אופיו של מקום

4 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); ע"ע 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010); ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקבוביץ' (פורסם בנבו, 17.6.2014). ראו גם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 1), התשנ"ב-1992; ס' 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים; חוק חובת המכרזים (תיקון מס' 12), התשס"ב-2002; עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה: חוק העונשין (תיקון מס' 82), התשס"ה-2004; חוק זכויות החולה (תיקון מס' 2), התשס"ה-2004; ס' 4 לחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

5 ס' 9-19 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954.

6 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499 (1995). בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

7 הטענה עשויה להיות חזקה יותר אם סיבת הפיטורין היא הקמת תא משפחתי חד-מיני, או אז מצטרפת להגנת השוויון הגנת הזכות החוקתית לחיי משפחה. ראו ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). עם זאת, כיום עדיין עומדים חסמים רבים בפני זוגות חד-מיניים בדרכם למימוש זכויות הוריות המוענקות בחוק לזוגות הטרוסקסואליים – להרחבה ראו אמיר פז-פוקס ורויטל טרנר "שוויון והפליה בעבודה לקהילה הלהט"בית" בספר זה; יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" חלק ג, בספר זה.

העבודה היא מרכזי לדיון בפרשת פלונית, ומהותו של התפקיד שיחקה תפקיד מרכזי בפרשת משל. נפנה אם כן לבירור סוגיות אלה.

ב. "אופים ומהותם של התפקיד או המשרה": שאלה של ייעוד

טענה דתית מצד המעסיק יכולה ללבוש צורות שונות ואין דין צורה אחת כדין חברתה. האולפנה במקרה פלונית ביססה את טענתה על אופיו הדתי וייעודו החינוכי של מקום העבודה, בדגש על ייעודה של האולפנה כמנחילת ערכים דתיים. תפקידה של המורה בהקשר זה היה לסייע במילוי ייעוד האולפנה, בין היתר בהצבת מודל ערכי לחיקוי עבור תלמידותיה. בית הדין לעבודה לא חלק על הצרכים העולים מהגדרתה העצמית של האולפנה, אלא על הטענה כי פיטורי המורה אכן התחייבו בנסיבות העניין (על כך להלן). בפרשת משל דומה כי בית הדין לעבודה צעד צעד נוסף לכיוון ההכרה בטעמים דתיים בקבלו את טענת המעסיק כי ניתן היה להגביל את החונכת מלשוחח עם תלמידותיה על מיניות, הלכה ודת – וכי חריגה מהגבלה זו יכולה להוות עילה לפיטורים.

פרשות אלה בעיקר מדגימות את טיב הטענות שעשויות לעלות מצד מעסיקים דתיים בנוגע ליחס בין אופי ומהות התפקיד לנטייה מינית. טרם נרד לעומקן בחלק הבא, יש להעיר מספר הערות מקדמיות. ראשית, דרישת האופי והמהות שבחוק מתייחסת לתפקיד הקונקרטי בו מצוי העובד או שאליו הוא מיועד, ולא למקום העבודה כולו. מכאן שאם מקום העבודה נושא אופי דתי אך זה אינו נוסך על התפקיד הספציפי – החריג אינו מתקיים (חשבו למשל על עמותה שמטרתה לקדם את מודל המשפחה הדתי המסורתי אך העובד מועסק בה בתפקיד של מזכיר או חשב; כמובן שייתכן שהחריג לא יתקיים גם לו יועסק העובד באחד מתפקידי הליבה בעמותה – הכול כתלות בעניין). קל וחומר שאם מקום העבודה אינו נושא אופי או ייעוד דתיים מיוחדים ועילת הפיטורין מתמקדת באמונתו האישית של המעביד, שאין לה דבר עם צורכי מקום העבודה או עם דרישות התפקיד, אין הטענה הדתית יכולה לזכות בחסותו של סעיף 2(ג) לחוק. המתח העיקרי יכול אפוא לעלות בנסיבות שבהן המשרה נושאת אופי דתי מובהק, מחייבת עמידה בסטנדרטים דתיים (כפי שנטען בפרשת פלונית) או הנחלה של ערכים דתיים (או אי הנחלת מסרים נוגדים, כפי שנטען בפרשת משל). תנאי נוסף ומובן מאליו לכינונו של המתח הוא שהדת בה עסקינן אכן מתנגדת לאורח חיים להט"בי. נדון כעת בדקויות המאפיינות מתח זה ויכולות להקרין על הדרך בה יוכרע.

ג. קושיות ערכיות ועובדתיות: אימתי הפליה "מתחייבת"?

על מנת לעמוד על טיבה של טענה למתח בין אופי התפקיד לנטייתו המינית של העובד, יש לבחון את הקשיים הספציפיים המתקיימים מנקודת מבט דתית ואת המענים האפשריים לקשיים אלה.⁸ לשם

8 הדיון בפרק זה מתמקד בשיח היהודי-דתי בישראל, אם כי יש דמיון רב בין השקפת העולם ההלכתית היהודית להשקפה של הזרמים השמרניים באסלאם ובנצרות בעניינים אלה. ראו למשל פרשת יד השמונה,

השוואה, בפרשת פלונית נטען כי הריונה של המורה מחוץ לנישואין מפריע ליכולתה לשמש מודל בתחום המשפחה וההורות לתלמידותיה. מבלי להיכנס למורכבות המגולמת בטענה זו, יש לעמוד על כך שהיהדות אוסרת אמנם על קיום יחסי אישות מחוץ לנישואין, אולם היריון הנוצר בהפריה חוץ-גופית וללא קיום יחסי מין נתפס על ידי חלק מהפוסקים האורתודוקסים כסוגיה נפרדת ובת היתר.⁹ המורה במקרה דנן אף אחזה בהיתר הלכתי קונקרטי לעניינה. בית הדין לעבודה נאחז בדעות הרבנים המתירים ומצא כי קיומן מפחית מעוצמת הטיעון שאורח חייה של המורה סותר את ערכי הדת ומפריע ליכולתה לשמש מודל לתלמידותיה.

המקרה של אורח חיים להט"בי מורכב יותר מבחינה דתית. בראש ובראשונה, מבחינה הלכתית נהוג להבחין בין הנטייה (משיכה לבני אותו המין) למימושה (ביחסי אישות). האיסור ההלכתי חל על רכיב המימוש ולא על רכיב הנטייה: הפרט מצופה לעמוד בניסיון ולא לפעול לפי נטייתו.¹⁰ מהבחנה זו עולה כי טעמים דתיים כפשוטם אינם מצדיקים מתן יחס שונה לעובד בשל נטייתו המינית בלבד, שכן ההלכה אינה אוסרת את עצם הנטייה. ההבחנה בין נטייה למימוש קיימת גם בסוגיות הלכתיות אחרות, כגון שמירת שבת או דיני צניעות. ניתן לטעון כי כשם שהפרה חד-פעמית של איסורים אלה לא בהכרח תצדיק פיטורים או אי-קבלה לעבודה, גם הפרה נקודתית של איסור יחסי האישות לא תצדיק פיטורין. אולם אף על פי שטענות אלה אפשריות, כוחן מוגבל. ראשית, הן אינן מתאימות לעובדים המצויים במערכות יחסים להט"ביות מתמשכות או מעוניינים במערכות יחסים כאלה; שנית, העלאת הטענה בבית משפט עשויה לגרור בירור עובדתי מביך ופולשני, שספק אם ירצו העובדים להיגרר אליו; שלישית, הטענה מעודדת את קבלת ההבחנה בין נטייה למימוש, ובכך מספקת לגיטימציה להפליית עובדים להט"בים המקיימים יחסי אישות ולהגבלת ישימותה של זכות השוויון לצורת חיים להט"בית מסוימת ומוגבלת (ויש שיאמרו מסורסת) בלבד. ספק אם זוהי עמדה שעובדים להט"בים ישאפו לאמץ (אך אין זה מן הנמנע שלהט"בים דתיים ישאפו לאמצה, בהתאמות מסוימות).

ההבחנה בין נטייה מחד גיסא להתנהגות מאידך גיסא יכולה לעלות בהקשר נוסף, והוא הטלת מגבלות על יכולתם של עובדים להט"בים להביא לידי ביטוי את זהותם המינית במקום העבודה. פרשת משל מדגימה מצב דברים מעין זה. בית הדין האזורי לעבודה, שם נידון העניין לגופו, שלל את האפשרות שהמעסיק (החילוני) יוכל לפטר את העובדת מטעמי זהותה המגדרית, אולם נטה לקבל את האפשרות שלפיה יוכל המעסיק למנוע מהעובדת לחשוף באורח יזום את זהותה בפני חניכותיה הדתיות או לנהל מולן, במסגרת העבודה, שיח על אודות מיניות ודת.¹¹ טענה זו ראוי שתישקל בכובד ראש בהקשרים שבהם מתקיימת הצדקה עניינית להגבלת ביטוי המיניות במקום העבודה. אחד מהטעמים שהועלו בפרשת משל היה שהחונכת נעדרה הכשרה מתאימה לדון במיניות עם בני נוער, בפרט בני

לעיל ה"ש 4, שבה סירבו בעלי אולם אירועים לחתן בו זוג לסביות בשל אמונתם הנוצרית כי מדובר ב"תועבה".

9 שו"ת הרב יובל שרלו "לידה ללא נישואין" זמין ב-<http://ypt.co.il/show.asp?id=22400>; שו"ת הרב יובל שרלו "לידה ללא נישואין – חלק ב" זמין ב-www.ypt.co.il/show.asp?id=22451. נהוג להתיר את ההפריה בכפוף לתנאים נוספים, כגון הפגת חשש ממזרות.

10 בדומה לאיסורים נוספים המכירים ביצר אך דורשים מהאדם לכבושו. להרחבה ראו ירון בן נאה "יהדות ויהודים על להט"ב ומולם: יחסן של ההלכה והקהילות היהודיות להומוסקסואליות, לסביות וטרנס – סקירה היסטורית" בספר זה.

11 פרשת משל, לעיל ה"ש 3, פס' 10, 13 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ.

נוער דתיים. טעם זה נראה מוצדק לגופו נוכח הטיפול הייחודי במיניות בכלל (כולל הטרוסקסואליות) במערכת החינוך. הגבלת ביטוי הזהות האישית במקום העבודה הינה דרישת תפקיד לגיטימית במקרים רבים החורגים מענייננו (למשל, דובר מצופה לבטא את עמדת הארגון שבו הוא עובד גם כשהיא אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת עולמו האישית). חריגה מהגבלות אלה אינה מצדיקה בהכרח פטורים (במיוחד כאשר היא חד פעמית ומסבה נזק מועט), אולם חילוקי דעות נמשכים בין העובד למעביד בשאלת הגדרת וגבולות תפקידו עשויים להביא לכך בסופו של דבר.

מורכבות דתית שנייה – נוסף על ההבחנה בין נטייה למימוש – היא שהיהדות אינה גוזרת גזרה שווה בין כל צבעיה של קשת הלהט"ב. כך, בעוד האיסור על משכב זכר הוא מדאורייתא,¹² האיסור על משכב אישה הנו מדרבנן (איסור הנחשב מדרגה פחותה).¹³ יש מחלוקת בדבר עצם קיום האיסור על מעברים מגדריים ומידתו, המשתקפת גם בתשובות הפוסקים.¹⁴ מדרג החומרה ומידת המחלוקת הפנים-דתית בעניין זה עשויים להשפיע על משקלה של הטענה הדתית בבית משפט; ייתכן, למשל, של' וט' יוכלו לטעון ביתר קלות כי הפלייתם אינה מתחייבת מבחינה דתית, בעוד ה' וב' יתקשו יותר לערער את הטענה הדתית הנוגדת.

בנקודת הזמן הנוכחית דומה כי גם אם האיסורים נבדלים במידת מה, הבדלים אלה אינם גדולים. אולם ייתכן ופערים בהשקפה הדתית ביחס לקשת הלהט"ב בית יעמיקו או ישתנו עם הזמן, כשם שסוגיית ההורות היחידנית התעצבה והשתנתה בחברה הדתית (ואכן, חילוקי הדעות הפנים-אורתודוקסים היו אחראים במידה רבה לתוצאת פרשת פלונית). השפעה אפשרית נוספת של מדרג החומרה הדתי עשויה להיות ייצוג יתר של תיקים מסוימים ולא אחרים בבתי המשפט, בין בשל הערכת הסיכון/סיכוי של הצדדים ובין בשל נכונות גדולה יותר של המעסיק הדתי להכיל להט"בים מסוימים ולא אחרים (למשל, ייתכן שיתברר סטטיסטית כי הפליה על בסיס נטייה לסבית מצומצמת יותר מהפליה על בסיס נטייה הומוסקסואלית, או כי מעסיקים שפיתרו עובדים הומוסקסואלים משוכנעים יותר בצדקת דרכם ונכונים להילחם על כך בבית משפט. עם זאת, המקרים הנסקרים בזרקור זה, העוסקים כולם, במקרה או שלא במקרה, בנשים בשוק העבודה, אינם מספקים תמיכה להשערות אלה).

סוגיה נוספת באשר לרמה בה "מתחייבת" פגיעה בשוויון הזדמנויות על בסיס נטייה מינית נעוצה בריבוי הזרמים הדתיים בישראל ובגיוון בעמדותיהם ביחס לנטייה מינית. מעסיקים המשתייכים לזרם הרפורמי אינם צפויים להפלות את עובדיהם על רקע נטייתם המינית, לאור הסרת האיסור על מערכות יחסים חד-מיניות בזרם זה.¹⁵ אולם מעסיקים המשתייכים לזרם האורתודוקסי-לאומי (ציננות דתית) או החרדי עשויים למצוא את עצמם במתח גדול יותר עם הוראותיו של חוק שוויון הזדמנויות, בשל הפרשנות המחמירה לאיסור בזרמים אלה. גם בתוך הזרם האורתודוקסי ניכרים הבדלים בין החברה

12 ויקרא יח 22; ויקרא כ 13. להרחבה ראו בן נאה, לעיל ה"ש 10.

13 תלמוד בבלי, יבמות ע"ו א. להרחבה ראו בן נאה, לעיל ה"ש 10.

14 איסורים מסוימים מופיעים בדברים כב 5; ויקרא כב 24; דברים כג 2. על המחלוקת באשר לפרשנותם ועד כמה הם תקפים לטרנסקסואליות כפי שהיא נתפסת כיום ראו עדן ארזי "טרנסג'נדריות וההלכה היהודית" בת קול (7.6.2013) זמין ב-/טרנסג'נדריות-והלכה-היהודית/www.bat-kol.org; בן נאה, לעיל ה"ש 10.

15 The Cambridge Companion to American Judaism 71–72 (Dana Evan Kaplan ed., 2005).

הדתית-לאומית לחברה החרדית ובין רבנים מקלים יותר למקלים פחות.¹⁶ החברה הדתית-לאומית מגלה פתיחות רבה יותר מזו החרדית כלפי דתיים להט"בים, אך אין כיום פוסק אורתודוקסי מוכר המתיר להם לקיים מערכת יחסים זוגית מינית (להבדיל מפרשת פלונית).¹⁷ בית משפט שיידרש לפיטורי עובד להט"ב מנימוק דתי-הלכתי עשוי אפוא להגיע למסקנה שונה, בהתייחס לזרם הדתי שאליה משתייך המעסיק, יחסו הקונקרטי לנושא הנטייה המינית ומרכזיות ההלכות הרלוונטיות לאופיו של מקום העבודה והתפקיד המדובר. כך למשל, בעוד שהטענה בדבר רלוונטיות הדת להגדרת התפקיד התקבלה בפרשת פלונית, בית הדין לעבודה סבר כי הריונה של המורה אינו פוגם בעמידתה בדרישות התפקיד. בקביעתו זו נסמך בית הדין על הזרם הדתי שאליה השתייך המעסיק בשני מובנים: ראשית, כפי שצוין לעיל, בית הדין ערער את ההצדקה הדתית לפיטורין, בהפנתו לעמדות מתירות שהביעו רבנים המשתייכים לאותו זרם דתי כשל האולפנה (צינונות דתית), וזאת אף על פי שהרב שהנחה רוחנית את האולפנה במקרה הנדון שלל עמדות אלה והורה לאולפנה לפטר את המורה; שנית, בית הדין ראה בהשתלבותו של הזרם הדתי-לאומי בחברה הישראלית גורם המפחית את הצידוק להחריג מוסד חינוכי המשתייך לזרם זה מהחוק הישראלי. בית המשפט רמז, במובלע, כי ככל שציבור דתי משתלב יותר באורחותיו באורחותיה הכלליים של החברה, כך פוחת הצידוק להחריגו מהמערך הנורמטיבי שחל על כלל החברה. מעניין להיווכח אם מסקנה זו תעמוד גם בסוגית הלהט"ב, המוקשה יותר מבחינה הלכתית מזו של הריון ללא נישואין. עוד יש להעיר כי מכלל הלאו שאמר בית הדין למוסד דתי לאומי ניתן לשמוע כן אפשרי למוסד חרדי. כך, ייתכן שבית הדין היה מגיע למסקנה שונה אילו היה המוסד החינוכי שבו לימדה המורה סמינר חרדי לבנות ולא אולפנה דתית-לאומית, נוכח ההחמרה הדתית הנהוגה בחברה החרדית וכן נוכח הסתגרותה ובדלנותה מהציבור הכללי. גם בהקשר הלהט"בי ניתן להניח שסטנדרטים שונים יוחלו על מעסיקים חרדים מול דתיים, שמרנים מול מתונים.

ד. היחס בין חופש דת ושוויון בארצות הברית ובקנדה – מבט משווה

נוכח העובדה כי המשפט הישראלי טרם הניב (נכון למועד זה) דיון מעמיק ומבוסס בשאלות בהן עסקינן, מעניין לבחון כיצד הן מטופלות בשיטות משפטיות קרובות, אליהן פונים שופטי בית המשפט העליון באורח תכוף להשוואה והשראה: קנדה וארצות הברית. שתי המדינות מעגנות בחוקותיהן את

16 מקור חשוב לדעות הרבנים מצוי בספרות השו"ת, שהיום חלק ניכר ממנה מתנהל מעל דפי האינטרנט. ראו למשל מפי הרב אהרון (ארלה) הראל "האם אין רבנים המתירים זוגיות עם גבר בתנאים כלשהם?" כמוך (10.7.2014), זמין ב-www.kamoha.org.il/?p=20377 וכן את העמדות השונות של הרבנים המובאות שם; הרב בני לאו "אין היתר לגזור על בני אדם חיי בדידות" כמוך (29.12.2013), www.kamoha.org.il/; הרב יהודה לייב אוירבך "שינוי הנטייה המינית" דין (כ"א סיון התשע"א), www.din.org.il/?p=17891; עוד ראו בן נאה, לעיל ה"ש 10; נטע פטריק ויגאל אברהמי "אם זה לא שבור, אל תתקן את זה": טיפולי המרה – ניתוח מהווית המשפטית" בספר זה.

17 שם. ורד קמינסקי "רב במודיעין קורא לשינוי הגישה כלפי הומואים" [ynet](http://ynet.ynet) יהדות (22.2.2010), www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-3852291,00.html. מסמך ההבנות של הר"ד, ארגון ההומוסקסואלים הדתיים, שעליו חתומים עשרות רבנים דתיים-לאומיים בישראל, זמין ב-www.hod.org.il/?en=0&sc=5&pg=5. עדות מסוימת לגישה המרוככת כלפי מערכות יחסים נשיות ניתן למצוא בשו"ת הרב אלעזר וולך "חשש לנטייה מינית הפוכה", זמין ב-www.din.org.il/2014/02/04/חשש-לנטייה-מינית-הפוכה/.

הזכות לשוויון וחופש הדת גם יחד, אולם מכילות מודלים משפטיים שונים להתמודדות עם המתח ביניהם. להלן נדון בשתי דוגמאות משקפות.

בפרשת *Heintz* שהתרחשה בקנדה,¹⁸ פיטרה עמותה נוצרית אוונגליסטית עובדת סוציאלית שהועסקה באחד ממעונותיה לאחר שזו "יצאה מהארון" והחלה לצאת עם אישה אחרת. מעונות החוסים שהפעילה העמותה הקפידו על קיום הווי דתי נוצרי, והעמותה נהגה להחתים את עובדיה על הצהרת אמונה והתחייבות לקיום אורח חיים דתי. הצהרה זו אסרה, בין היתר, קיום מערכות יחסים הומוסקסואליות. העובדת, אישה דתייה שהועסקה בעמותה חמש שנים קודם לפיטוריה, טענה כי חיוב העובדים להימנע ממערכות יחסים חד-מיניות מהווה הפליה על בסיס נטייה מינית, האסורה לפי חוק זכויות האדם באונטריו.¹⁹ מנגד נסמכה העמותה על החריג הקבוע בחוק, שלפיו ארגון דתי שמטרתו העיקרית היא אספקת שירותים לקהל דתי רשאי להעדיף עובדים החולקים את אמונותיו אם העדפה זו הנה העדפה סבירה הנובעת מטבע ההעסקה ונעשית בתום לב, והדבר לא ייחשב להפליה פסולה.²⁰ חריג זה דומה במקצת לחריג הקבוע בחוק איסור הפליה בישראל עבור ארגון ללא מטרת רווח המקדם צרכים מיוחדים של חבריו, אולם החריג הקנדי ספציפי יותר מאחר שהוא מחריג במפורש ארגונים דתיים ומוסיף על דרישת הענייניות דרישות של סבירות ותום לב.

בית המשפט האזורי באונטריו, שדן במקרה, קבע כי פיטורי העובדת היו שלא כדין. אמנם נקבע כי העמותה הנה ארגון דתי, שפעל להגשמת מטרות דתיות מתוך תחושת שליחות דתית, אך בית המשפט הוסיף וקבע כי האיסור לקיים מערכות יחסים חד-מיניות אינו סביר משהוא מוחל על מטפלת מסוגה של התובעת, העוסקת בעבודות סיעוד ואינה נדרשת, במסגרת תפקידה, לקדם ערכים נוצריים. משכך קבע בית המשפט שבנסיונות המקרה אין העמותה יכולה לחסות בצל החריג לחוק ופיטורי המטפלת היו בניגוד לחוק. עם זאת, בית המשפט ציין שאילו מילאה התובעת תפקיד חינוכי בעמותה, הייתה התוצאה שונה.²¹ הרכיב העיקרי ששימש אפוא בהכרעת הדין הנו סבירות וענייניות, הגלומות בעוצמת הקשר בין העמדה הדתית של המעסיק לדרישות התפקיד אותו ממלאת העובדת. עובדת הנדרשת להגשים בתפקידה את הייעוד הדתי של המעסיק עלולה למצוא את עצמה מפוטרת אם אורח חייה הלהט"בי אינו עולה בקנה אחד עם אמונת המעסיק, בעוד עובדת הנמצאת בתפקיד פריפריאלי ותומך במקום העבודה לא תחויב לעמוד באותם סטנדרטים. ניתוח זה מקביל במובנים רבים לניתוח שערכתי לעיל (על אף העדרו של חריג דתי ספציפי במשפט הישראלי). עם זאת, ניתן להוסיף ולדמיין מצב שבו

18 Ontario Human Rights Commission v. Christian Horizons, 2010 O.N.S.C 2105 (CanLII), ראו ב- <http://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2008/2008-hrto22/2008hrto22.html>. להחלטה קודמת בעניין ראו <http://www.canlii.ca/t/29sf6>.

19 Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c H.19, <http://www.ontario.ca/laws/statute/90h19>.
20 שם, art. 24(1) לחוק. בקנדה יש חוק זכויות אדם פדרלי, המגן אף הוא על נטייה מינית ואינו כולל חריג נוסח סעיף 24 לחוק באונטריו. ראו Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c H-6, <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-h-6/latest/rsc-1985-c-h-6.html>. החוק הפדרלי חל בתחומי הרגולציה הפדרלית בלבד, בעוד חקיקת השוויון המדינתית חלה על התחומים המסורים לסמכותן הריבונית של הפרובינציות בקנדה. בנסיבות הפרשה דנן, חוק זכויות האדם של אונטריו היה החוק הרלוונטי לפי הדין הקנדי.

21 טיעון דומה העלתה גם הערכאה הקודמת שדנה בעניין. ראו פרשת *Heintz*, לעיל ה"ש 18, פס' 109 לפסק הדין.

גם מילוי תפקיד חינוכי בעמותה לא היה מצדיק פיטורים בשל מערכת יחסים חד-מינית, למשל ככל שהעובדת נכונה לקבל על עצמה דיסקרטיות בכל המובנים ולהימנע מלהציג עמדה השונה מזו של המעסיק לחוסים בעמותה.

בעימות בין חופש הדת לבין הזכות לשוויון הגיעה הפסיקה בארצות הברית לא אחת לתוצאות שונות. בשונה מישראל, בארצות הברית קיימת הגנה חוקתית רחבה על חופש הדת, פדרלית ומקומית, ובשונה מישראל ומקנדה אין בארצות הברית כיום חקיקה פדרלית האוסרת במפורש הפליה על בסיס נטייה מינית. חוקי זכויות האדם שנחקקו בארצות הברית בשנות השישים אינם כוללים נטייה מינית כחלק מבסיסי ההפליה האסורים, וחוקים מקומיים האוסרים הפליה על בסיס נטייה מינית קיימים, נכון למועד כתיבת הדברים, בפחות ממחצית המדינות בארצות הברית.²² אין זה מפתיע אפוא שבנסיבות דומות מאוד לאלה שנדונו בפרשת *Heintz* הקנדי יצאה התובעת בארצות הברית כשירה על התחלונה. אליס פדרירה עבדה כמטפלת בעמותה נוצרית המשמשת כספקית שירותי הרווחה הגדולה ביותר בקנטקי.²³ המטפלת חשפה את נטייתה המינית בעת ראיון העבודה ונאמר לה כי אין לעמותה מדיניות רשמית נגד העסקת להט"ב, אך עליה להיות דיסקרטית. חודשים מספר מאוחר יותר הציגה תערוכת צילומים מקומית, ללא ידיעתה של המטפלת, תמונה שבה היא נראית לצד בת זוגה ולובשת חולצה שעליה כתוב *Isles of Lesbos*. העמותה פיטרה את המטפלת בטענה שהיא כמעט לזו שנדונה בפרשת *Heintz*, אולם תביעתה של המטפלת נדחתה בהיעדר איסור ישיר על הפליית להט"ב בקנטקי.²⁴ פסיקה זו הצטרפה לשורה של פסקי דין שעסקו בשוויון שלא בהקשר התעסוקתי וקבעו כי ארגונים דתיים רשאים לקיים סלקציה על בסיס נטייה מינית.²⁵

בשנים האחרונות נראה שארצות הברית צועדת לכיוון השוואת זכויות הלהט"ב. אמנם, בית המשפט העליון טרם הכיר במפורש בנטייה מינית כהבחנה חשודה הזוכה לביקורת שיפוטית מועצמת בדיני איסור הפליה, כנהוג ביחס לגזע ומין. עם זאת, שורה של פסיקות בולטות, החל בביטול האיסור הפלילי על משכב זכר בפסק דין *Lawrence* ב-2003,²⁶ דרך פסילת החקיקה הפדרלית השוללת נישואין חד-מיניים בפסק דין *Windsor* ב-2012,²⁷ וכלה (לעת עתה) בהכרזה על נישואין חד-מיניים כחלק

22 נתון זה לקוח מאתר ה-Human Rights Campaign למען הקהילה הלהט"ב, זמין ב-www.hrc.org/state_maps (נצפה לאחרונה ב-1.7.2015).

23 *Pedreira v. Kentucky Baptist Homes for Children*, 579 F.3d 722 (6th Cir. 2009).

24 שם; ראו עוד *Pedreira v. Kentucky Baptist Homes for Children*, 186 F. Supp. 2d 757 (W.D. Ky. 2001).

25 לדוגמה: *Christian Legal Soc'y v. Walker*, 453 F.3d 853, 857 (7th Cir. 2006); *Lown v. Salvation Army, Inc.*, 393 F. Supp. 2d 223 (S.D.N.Y. 2005), וכן, בעניין קרוב, את *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 120 S. Ct. 2446, 147 L. Ed. 2d 554 (2000), שבו קבע בית המשפט העליון בארצות הברית שתנועת הצופים רשאית להדיח מדריך בתנועה שיצא מהארון בשל העקרונות והערכים של תנועת הצופים, וכי החוק המדינתי האוסר הפליה על רקע נטייה מינית אינו חוקתי אם הוא מתנגש עם חופש ההתאגדות והביטוי של תנועת הצופים, שכן האחרון חוסה תחת החוקה האמריקנית ולפיכך מצוי בדרגה גבוהה יותר מהראשון.

26 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508 (2003). בארץ דווקא הוכרה נטייה מינית כהבחנה חשודה, בפרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 4.

27 ראו *Windsor v. United States*, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012).

מהזכות החוקתית לשוויון ב-2015,²⁸ מפלסות את דרכה של קהילת הלהט"ב לשוויון כולל. ימים יגידו כיצד יוכרע המתח המתעצם בין חופש הדת לזכויות הלהט"ב בארצות הברית. בשנים האחרונות קודמה בארצות הברית הצעת חקיקה פדרלית שביקשה לתקן את חוקי זכויות האדם ולכלול בהם הגנה מפני הפליה על בסיס נטייה מינית. דא עקא, שגם בהצעה זו הוכלל חריג רחב שנועד לפטור מעסיקים דתיים מחובת השוויון.²⁹ לכך יש להוסיף את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת *Hobby Lobby*, שקבע כי מעסיקים המחזיקים בהתנגדות דתית לאמצעי מניעה פטורים, בנסיבות מסוימות, מסבסוד אמצעי מניעה לעובדותיהם, בשונה ממעסיקים לא דתיים.³⁰ גם בפרשת *Obergefell*, שבה נקבע כי הזכות לנישואים חד-מיניים היא זכות חוקתית, הדגישה דעת הרוב כי: "It must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned"

ה. סיכום

חופש דת ושוויון, זה לצד זה וזה לעומת זה, נגזרים מכבוד האדם וממסורת משפטית שראשיתה במגילת העצמאות. המתח ביניהם מורכב במיוחד מאחר שלא פעם נגזרים ממנו עימותים נוספים, למשל בין חופש דת לחופש מדת, או בין החופש לביטוי הזהות הלהט"בית וזכותן של קהילות דתיות לגונן על אמונותיהן מפני השפעות מודרניות (כנרמז בפרשת משל וכןטען על ידי האולפנה בפרשת פלונית).³¹ קשת הטיעונים וההבחנות שסקרתי לעיל משקפת את האתגרים העומדים בפני הזכות לשוויון בעבודה במקרים שבהם קמות ועולות טענות לשמירה על צביון דתי וסתירה עם אמונות והשקפות דתיות. הטענה הדתית מתחזקת כשהיא מתייחסת לארגונים העוסקים באופן פעיל ומרכזי בהגשמת מטרות דתיות וכשהעובד נדרש לסייע בהפצת האמונות הדתיות כחלק בלתי נפרד מתפקידו. מנגד, הטענה הדתית נחלשת ככל שהיא מתבססת אך ורק על אמונתו של המעסיק או של עובד ספציפי, ללא אחיזה בדרישות התפקיד או באופיו של מקום העבודה.³² כך, כאשר המעסיק מסרב באופן גורף

28. *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556 (U.S. Apr. 3, 2015)

29. ראו H.R. 1755; S. 815, וכן באתר ה-Human Rights Campaign למען הקהילה הלהט"ב: www.hrc.org/laws-and-legislation/federal-legislation/employment-non-discrimination-act (נצפה לאחרונה ב-20.12.2013).

30. *Burwell v. Hobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 573 U.S., 189 L. Ed. 2d 675 (2014)

31. קצרה היריעה מלסקור את הטיעונים לכאן ולכאן בזרקור זה, אולם להרחבה ראו דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485 (1993); פרשת יד השמונה, לעיל ה"ש 8.

32. ביחס לסוגיה הנפרדת של עובדים המבקשים לסרב שירות ללקוחות להט"ב בניגוד לעמדת מעסיקהם, ראו את פרשות *McFarlane* ו-*Ladelle* שנדונו בבית המשפט האירופי לזכויות אדם עם פרשת *Eweida*, שבמרכזן פיטוריהם של שני עובדים שסירבו ליתן שירות לזוגות להט"ב במסגרת עבודתם, בניגוד למדיניות המעסיק (באחד התיקים הועסקה העובדת כרשמת נישואין בלונדון, ובאחר הועסק העובד כמטפל זוגי בחברה פרטית). טענת העובדים לחופש דת נדחתה הן בבתי המשפט באנגליה והן בבית המשפט האירופי: (2013) 231 I.R.L.R. 213, 57 E.H.R.R. 213. *Eweida v. United Kingdom*. ראו עוד בדוד קרצמר ויניב לושינסקי "זכויותיהם של להט"בים במשפט הבינלאומי" בספר זה.

ומוחלט להעסיק עובדים להט"בים גם בתפקידים שבהם אין קשר בין הנטייה המינית לצביון התפקיד או דרך מילוי. לצד זאת, יש להכיר בכך שנימוקים דתיים כנים ומבוססים עשויים להיות נימוקים ענייניים במסגרת החריג הכללי לחוק שוויון הזדמנויות, אם קיים קשר הדוק בין מקום העבודה לבין מטרת דתיות או שליחות דתית מוגדרת, ובין אלה לבין התפקיד עצמו.

לסיום, יש לזכור כי גם אם עומד למעסיק הדתי חריג תקף לאיסור על הפליה במישור שוויון ההזדמנויות בעבודה, אין הדבר מבטל את חובתו לפעול בהתאם לאיסורים אחרים הקיימים בחוק. עם איסורים אלה נמנה האיסור על הטרדה מינית, הכולל התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית.³³ משמעות הדברים היא שגם במקרים הייחודיים שבהם ניתנת למעסיק הדתי בררת פטורין או אי-קבלה לעבודה של עובדים להט"בים, אין הוא רשאי לבזותם או לפנות אליהם בכינויי גנאי על רקע נטייתם המינית. זוהי הבחנה חשובה המשמרת את כבודם של העובדים להט"בים גם בנסיבות מורכבות אלה, ויש להקפיד בה.