



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

13 מאי 2014

לפני:

כב' השופטת עידית איצקוביץ

נציגת ציבור (עובדים) עו"ד חנה גלאי

נציג ציבור (מעסיקים) מר אורי שלוש

התובעת

מרינה משל

ע"י ב"כ עו"ד הדר פלד-טל

הנתבע

המרכז לטכנולוגיה חינוכית (חל"צ)

ע"י ב"כ עו"ד אפרת בירן ועו"ד עדי תורג'מן

מתייצבת בהליך

נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה

ע"י עו"ד שרון אברהם-ויס ועו"ד רנן דראושה

פסק דין

השופטת עידית איצקוביץ

1. ההליך שלפנינו החל עם בקשה לצו מניעה זמני שהגישה התובעת בעקבות החלטת הנתבע על סיום עבודתה. יחד עם הבקשה לצו זמני הגישה התובעת תביעה שבה ביקשה סעד הצהרתי של הכרה ביחסי עובד-מעביד וזכויות הנובעות מהיותה "עובדת" וצו עשה להחזרה לעבודה. לחלופין התבקשו סעדים כספיים: פיצויי פיטורים, דמי חודעה מוקדמת, פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, פיצויים בגין אפליה ופיצויים בגין עגמת נפש. בדיון שהתקיים בבקשה לסעד זמני מיום 9/6/2013 הסכימו ב"כ הצדדים על איחוד הדיון בבקשה לצו ובתיק העיקרי תוך קיצור הליכים.

2. עובדות שאינן שנויות במחלוקת

א. הנתבע – המרכז לטכנולוגיה חינוכית בע"מ – הוא גוף הפועל לקידום החינוך בישראל. התובעת שימשה חונכת להוראה מקוונת במתמטיקה במסגרת תכנית "נחשון" (להלן: "התכנית" או "תכנית נחשון" וגם "הפרויקט" או "פרויקט נחשון") שמפעיל הנתבע. תכנית זו היא תכנית לקידום מצוינות בפרפריה באמצעות חונכות וירטואלית. במסגרת

1 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

התכנית חונכים סטודנטים קבוצות קטנות של תלמידים באמצעות טכנולוגיה של הוראה וחינוך מרחוק בתחומים כגון מתמטיקה, פיזיקה, כימיה וביולוגיה. מטרת התכנית היא הגדלת מספר התלמידים הניגשים לבחינות הבגרות.

ב. בשנת 2010 שימשה התובעת חונכת בתחום המתמטיקה במסגרת פרויקט "פר"ח" (פרויקט חונכות המיועד לסטודנטים). החל מאפריל 2011 התקשרו הצדדים ישירות – כך לפי טענות הצדדים, אם כי הסכם ההתקשרות הראשון שהוצג נושא תאריך 2/1/2012, תחילתו מיום 25/12/2011 וסיומו ביולי 2012. הסכם התקשרות שני שהוצג נושא תאריך 11/9/2012 ותחילתו מיום 1/9/2012 עד יולי 2013. בשני הסכמי ההתקשרות שהוצגו הוגדרה התובעת "קבלן עצמאי".

ג. בשנת 2010 בחיות התובעת חונכת בפרויקט במסגרת פר"ח, היתה גבי דורין סבן (להלן: **גבי סבן**) הרכות האחראית עליה מטעם תכנית נחשון. התובעת הציגה מכתבי המלצה והערכה מטעם גבי סבן ומטעם פרויקט פר"ח.

ד. התובעת היא אישה טרנסקסואלית ולסבית. הנתבע ידע על כך טרם קבלתה לעבודה.

ה. בשנת הלימודים תשע"ג, ספטמבר 2012, קיבלה התובעת תלמידות משני בתי ספר לחניכה. קבוצה אחת מבית-ספר דתי-חרדי לבנות, וקבוצה שניה מבית ספר ממלכתי-דתי לבנות. בשנה זו הוחלפו הרכזות האחראיות על התובעת והיא עבדה מול גבי מעין שגיא וגבי שני כספי.

ו. ביום 17/3/2013 נערכה שיחת בירור בין התובעת למנהלת תכנית "נחשון" גבי סיגל עצמון (להלן: **גבי עצמון**). השיחה נערכה בעקבות דיווח ששלחה התובעת ביום 14/3/2013 לרכזות שני כספי ולגבי עצמון על אודות שיחה שנערכה במסגרת קבוצת התלמידות הדתיות שחנכה.

ז. ביום 2/4/2013 קיבלה התובעת "הזמנה לשימוע טרום הפסקת התקשרות" – ישיבה שהייתה אמורה להתקיים בנוכחות גבי חלי גרין – מנהלת יחסי אנוש בנתבע (להלן: **גבי גרין**) וגבי עצמון. בישיבת השימוע מיום 18/4/2013 התייצבה התובעת בליווי עו"ד משה שוחטמן, יועץ משפטי לאגודה לשמירת זכויות הפרט למען ההומואים, הלסביות, הטרנסגינדרס והביסקסואלים בישראל. מטעם הנתבע נכחו גבי גרין וב"כ הנתבע. ישיבה זו הוקלטה ותמלילה הוגש לבית הדין. ההקלטה אמנם לא הוגשה, אך אין מחלוקת בין הצדדים על כך שהתמליל משקף את תוכן השיחה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

ח. ביום 8/5/2013 קיבלה התובעת מכתב שכותרתו "הפסקת התקשרות" הנושא תאריך 7/5/2013.

3. טענות התובעת

לגרסת התובעת בניגוד לאמור בהסכם ההתקשרות בין הצדדים, בפועל התקיימו יחסי עבודה לכל דבר.

התובעת סבורה שמטרת החונכות בפרויקט כללה גם היבט אישי וחינוכי בלתי פורמאלי. התובעת טענה שבעקבות הדיווח מיום 14/3/2013 זומנה לשיחה עם מנהלת הפרויקט גב' עצמון. בשיחה נמסר לה שלא תוכל להמשיך בחניכה, אלא אם תחדל מלדון בנושאים חברתיים. עוד נאמר שעליה לבחור בין המשך החניכה לבין "יציאתה מהארון" מול תלמידיה כאישה טרנסקסואלית ולסבית. בפועל התובעת פוטרה באותו היום: גישתה לפורטל המערכת נחסמה, ולתלמידותיה נמסר שחונכותה מופסקת.

בנסיבות פיטוריה סבורה התובעת כי הנתבע נהג בחוסר תום לב ובניגוד להוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות" או "חוק השוויון") ופגע בכך בכבודה ובזכותה לשוויון. חילופי הרכות הממונה יחד עם דעות קדומות, אטימות, חוסר סובלנות ואפליה הם שהביאו לפיטוריה. כמו כן לגרסת התובעת הנתבע הפר את זכות השימוע וזכות הטיעון שלה.

4. טענות הנתבע

לגרסת הנתבע בין הצדדים לא התקיימו יחסי עבודה. בהתאם, חוק שוויון הזדמנויות אינו חל בנסיבות הענין.

לגישתו של הנתבע מטרת התכנית אינה כוללת חינוך בלתי פורמאלי. התובעת זומנה לשיחת בירור עם גב' עצמון בעקבות הודעת דוא"ל ממנה עלה שניהלה שיחות בנושאים חברתיים עם תלמידותיה הדתיות בניגוד להנחיות התכנית ובניגוד להכשרתה.

בשיחה הובהרו מגבלות השיח המותר אך מעולם לא נאמר לתובעת שעליה לבחור בין המשך החונכות לבין "יציאתה מהארון" כאישה טרנסקסואלית ולסבית. נוכח סירוב התובעת מלחדול לדון בנושאים החורגים ממתמטיקה הודיעה לה גב' עצמון כי בשלב זה לא תוכל להמשיך בחניכה.

בהתנהלות התובעת ככלל ניכר שהיא מנסה להסיט את הדיון לזהותה המגדרית ונטייתה המינית כסיבות בגין שקל הנתבע את סיום ההתקשרות עמה, בעוד שבפועל היא זו שסירבה באופן עיקש להמשיך בחונכות בכפוף להנחיות הנתבע.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

5. ההליכים בתיק

לאחר הדיון הראשון שהתקיים בתיק, שבו כאמור הוחלט על איחוד הדיון בתיק העיקרי ובבקשה, ביקשתי לקבל את עמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: "הנציבות"). עמדה זו אכן הוגשה ביום 28/8/2013, לפני שנשמעו ההוכחות בתיק. עורכות דין מטעם הנציבות השתתפו בדיוני ההוכחות.

מטעם התובעת העידה התובעת בעצמה. מטעם הנתבע העידו גב' עצמון וגב' גרין אשר לפני התקיימה ישיבת השימוע. גב' סבן העידה מטעם הנתבע מבלי שהוגש תצהיר עדות ראשית שלה.

לתיק צורפו דיסקים ובהם שלושה שיעורים מוקלטים, לרבות השיעור מיום 31/1/2013 שהוא היחיד שתומלל. לאחר שמיעת ההוכחות בתיק הגישו ב"כ הצדדים סיכומים בכתב והתיק הועבר להכרעה.

6. האם התקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים

ראוי לציין שעיקר הדיון התמקד בשאלות הקשורות לטענת האפליה ותקיעות פיטוריה של התובעת. כך היה הן במהלך חקירות העדים והן בסיכומים. ב"כ הצדדים סיכמו קודם בשאלת האפליה ורק לאחר מכן בשאלת קיום יחסי עובד-מעביד. זאת על אף שאם לבית הדין אין סמכות עניינית, לא יוכל לדון בשאלת האפליה. במסגרת הכרעתי אדרש קודם לשאלה זו.

בשאלה לגבי מעמדו של אדם כעובד נקבע בפסיקה שאין להגיע לכלל מסקנה אלא על פי מכלול הסממנים והעובדות הנותנים, במצטבר, תמונה כוללת ושלמה. על כן מקובל לדבר על "מבחן מעורב", אשר המרכיב הדומיננטי בו הוא "ההשתלבות במפעל" (ראו דב"ע נב/3-158 רות יאיר – אהרן גליברמן, פד"ע כה(1) 31).

המבחן המעורב – ובמרכזו מבחן ההשתלבות מבוסס על איזון בין "סממנים" שונים בדבר יחסי עבודה. לשם עריכת איזון זה יש לתת ל"סממנים" השונים "משקל". זאת אפשר לעשות אם בוחנים את תכלית הקביעה. אכן נאמר על ידי כב' בית הדין הארצי לעבודה בפיתוח המבחן המעורב בעתיד יהא מקום לשקול אם אין מקום לקבוע – כפי שהדבר נעשה במשפט המשווה – כי אדם הוא "עובד" לעניין חוק פלוני ואינו עובד לעניין חוק אלמוני. הפסיקה הכירה בכך כי לדיבור "עובד" אין משמעות אוניברסלית (ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ירוחם ניסים, פ"ד לה(4) 748).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

א. מבחן ההשתלבות

הנתבע הוא מלכ"ר הפועל לקידום החינוך בישראל. בין היתר מפעיל הנתבע את תכנית נחשון.

התובעת שימשה חונכת בתכנית נחשון, סייעה וליוותה תלמידי תיכון – אוכלוסיית היעד של התכנית – לקראת בחינות הבגרות במתמטיקה. זוהי עבודה הנוגעת ללב המערך הארגוני והתפעולי של הנתבע, חלק מפעילותו השוטפת, והמסייעת בהגשמת מטרות העיקריות של התכנית: הגדלת מספר התלמידים הניגשים לבגרות וקידום הישגיהם.

אשר לפן השלילי של מבחן ההשתלבות – לא נטען ולא הוכח כי לתובעת היה עסק משלה. אין לה תיק עצמאי במס הכנסה או בביטוח הלאומי, היא לא נשאה בהוצאות הכרוכות באמצעי ייצור וניהול עסק, לא העסיקה עובדים, ביצעה עבודתה באופן אישי ולא ביצעה כל פעילות שיש בה משום סיכון עסקי. התובעת לא לקחה על עצמה כל סיכוי רווח והפסד, וקיבלה תמורה לפי שעה של הוראה. ביצוע העבודה נעשה אמנם באמצעות המחשב האישי של התובעת, אך הנתבע סיפק את יתר הצידוד: עט אלקטרוני, סביבת עבודה אינטרנטי וחומרי הלימוד.

נוכח האמור שוכנעתי שמתקיים בענייננו מבחן ההשתלבות על שני פניו.

ב. ביצוע אישי

אין חולק כי התובעת ביצעה בעצמה את מלאכת החניכה. כאשר נעדרה, לא סיפקה מחליף במקומה.

ביצוע חניכה קשור קשר בל יינתק בחונך עצמו. לא נטען ולא הוכח שהתובעת הייתה יכולה להביא חונך אחר במקומה, אף לא במקרים של היעדרות זמנית.

ג. נסיבות העבודה

התובעת ביצעה את עבודת החונכות ממחשבה האישי ולא היה לה מקום ישיבה ממשרדי הנתבע, כך שהייתה יכולה לעבוד מביתה או בכל מקום אחר בו חפצה.

לענין עבודה מהבית כבר נפסק לפני שנים רבות שאין בכך כדי לשלול יחסי עובד-מעביד (ראו למשל דיון (ארצי) מח/137-3 תמר אדר - פרסום מלניק, מיום 29/11/1998 להלן: "ענין תמר אדר"). עם זאת, הנתבע ביצע מעקב אחר שעות עבודת התובעת (לפי ההתחברות וההתנתקות מהמערכת) ובהתאם לכך בוצע התשלום. לתובעת לא היה החופש להחליט מתי תתרום מכישוריה ומתי לא, ולא הייתה משוחררת מחובות ארגוניות (דיון (ארצי) לד/3-9 עוזר אדמון - מדינת ישראל, פד"ע ה' (1) 169).

5 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

אין חולק שפיקוח מקצועי התקיים בעניינו. התובעת נדרשה להקליט את השיעורים שבהנחייתה, העבירה דיווחים שוטפים לרכוז בנתבע ולמעשה סיום ההתקשרות עמה נבע והתאפשר באמצעות הפיקוח המקצועי. התובעת עברה הכשרה לצורך התפקיד מטעם הנתבע.

ד. כיצד הגדירו הצדדים את היחסים ביניהם

התובעת התקשרה עם הנתבע בהסכמים אשר שניים מהם הוצגו לפנינו: מיום 2/1/2012, ומיום 11/9/2012 (אם כי, כאמור, לפי טענות הצדדים התקשרות החלה באפריל 2011). על פי ההסכמים התשלומים יינתנו לתובעת כקבלן עצמאי בפרויקט והוצהר כי אין בין הצדדים יחסי עובד-מעביד.

בהתאם לראיות שנשמעו לא עמדה בפני התובעת אפשרות התקשרות אחרת עם הנתבע ודרך ההתקשרות הוכתבה על ידי הנתבע [ראו דבריו של כב' השופט רבינוביץ' בע"ע (ארצי) 303-08 רפא"ל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ - רחל גרוס מיום 20/1/2011: "מערכת יחסים זו הוכתבה לה על ידי רפא"ל בכוחות מכון. היא אומנם סברה וקבלה, אך היא ודאי לא יזמה מערכת יחסים בתבנית זו. מן הסתם לו הוצעה לה תבנית העסקה כ"עובדת" הייתה מקבלת הצעה זו בידיים פתוחות."].

יוער גם כי בהסכם מחודש ינואר 2012 נקבע שזכויות היוצרים על חומרים ותוצרים של עבודת התובעת במסגרת הפרויקט תהיינה שייכות לנתבע. הדבר עשוי להעיד על יחסי עבודה (ראו ענין תמר אדר, לעיל).

הנתבע ניכח לתובעת מס במקור ושילם עליה דמי ביטוח לאומי. נכונה טענת הנתבע לפיה אין בעובדה ששילם עבור התובעת דמי ביטוח לאומי כדי להעיד על קיומם של יחסי עבודה, שכן הדבר נעשה בהתאם לצו הביטוח הלאומי (סיווג מבוססים וקביעת מעבידים) תשל"ב-1972.

בהתאם לפסיקה רחבה שלפיה הדרך בה הגדירו הצדדים את ההתקשרות לא תקבע את אופן ההעסקה אלא נסיבות המקרה כהווייתן, לא אייחס להגדרה הרשמית שנתנו הצדדים להתקשרות משקל מכריע.

ה. גובה התמורה, בלעדיות ותלות כלכלית

לתובעת שולמו 40 ₪ ברוטו לשעה. לטענתה זהו שכר הקרוב מאד לשכר עובדים שכירים בתחום החוראה והחונכות במגזר הפרטי, הנמוך באופן משמעותי מהתמורה שמקבלים מורים עצמאיים. אולם מלבד הצהרת התובעת לא הוצגו ראיות נוספות לתמיכה בטענה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

לפי הצהרת התובעת הכנסותיה מהנתבע היו מקור הכנסותיה הבלעדי. כך נטען גם בכתב התביעה אך צוין כי בחודשי הקיץ בהם הכנסתה מהנתבע היתה נמוכה, עסקה התובעת בעבודות זמניות-מזדמנות. לא הונחו לפנינו ראיות לענין כלל הכנסותיה של התובעת בתקופה הרלבנטית ולא נסתרה הצהרתה לענין התלות הכלכלית בהשתכרותה מהנתבע, בהיותה סטודנטית ברוב תקופת העבודה.

1. לסיכום, רוב הסממנים נוטים לכיוון קיומם של יחסי עובד-מעביד בין הצדדים. התובעת השתלבה בעסקו של הנתבע; לא היה לה עסק עצמאי; היה צורך בביצוע אישי של התפקיד; לא הוכח שגובה השכר שקיבלה התובעת היה גבוה משמעותית מזה שקיבלו עובדים שכירים. לכן אני סבורה שאכן התקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים והתובעת הייתה בגדר עובדת שכירה של הנתבע בתקופה הרלבנטית לתביעה.

7. הגנה מפני אפליה – המסגרת הנורמטיבית

לאחר שקבעתי שהתובעת היא "עובדת", הרי שחל בענייננו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כעת יש לבחון את טענות התובעת לפיטורים תוך אפליה פסולה, פיטורים שלא כדין ופגמים בהליך השימוע.

בטרם אפנה לשאלה האם חוק השוויון כולל הגנה מפני אפליה עקב זהות מגדרית, אדגיש כי יש בנורמות הקבועות בפסיקה כדי לחקם הגנה מפני אפליה, גם ללא תחולת חוק שוויון ההזדמנויות. עקרון השוויון ואיסור אפליה הוא חלק אינטגרלי מזכויות היסוד וכך נפסק על ידי בית הדין הארצי לעבודה כמו גם בפסיקת בית המשפט העליון, בה הודגשה חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון:

עקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות... עקרון השוויון עולה ומתחלל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי המשפט כולם.

(בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630).

בחתום לפסיקה ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, עיגון משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית (ראו בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דגילוביץ, פ"ד מח(5) 749; בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

בדב"ע נ/129-3 שרון פלוטקין ואח' - אחים אייזנברג בע"מ (פד"ע לג, בע' 481 לחלן "ענין פלוטקין") נדונה טענה של אפליה פסולה באי קבלה לעבודה, בניגוד להוראות חוק שוויון הזדמנויות. בפסק הדין צוינה חשיבותו של החוק כחוק מכון התנהגות ובעל מטרות חינוכיות להטמעת נורמות של שוויון בשוק העבודה.

דעתי היא כי הנורמות שנקבעו בפסיקה רלוונטיות לענייננו אף בהעדר תחולה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

8. זהות מגדרית כקטגוריה מוגנת בחוק שוויון הזדמנויות

כאמור, ביום 28/8/2013 הוגשה עמדת הנציבות. הנציבות ביקשה שלא להתייחס לנסיבות פיטוריה של התובעת, מאחר שאין לה את הכלים להכריע במחלוקות העובדתיות. על כן התמקדה הנציבות בסוגיה העקרונית של האפליה התעסוקתית של חברי קהילת הלהט"ב (לסביות, הומואים, טרנסג'נדרים וביסקסואלים להלן גם: "הקהילה").

לעמדת הנציבות צורפה טיוטת המאמר "הנשיות שלך מצחיקה: טקטיקות של זיכוי מגדרי בחוקי איסור הפליה" מאת עו"ד עידו ה. קטרי (המאמר עתיד להתפרסם בספר "סקס אחר" – אנתולוגיה בלימודים להט"בים ותיאוריה קווירית בישראל בעריכת אייל גרוס, עמליה זיו ורז יוסף).

במאמר נטען שמניסיונם של אגשים טרנסקסואלים רוב מקומות העבודה בישראל אינם מכבדים את זהותם ודורשים מהם להתנהג בהתאם לנורמות החברתיות של מיניות ומגדר. בהמשך נסקרו שלושה מודלים שהתפתחו בפסיקה האמריקאית לענין השאלה האם איסור אפליה מחמת מין כולל גם איסור אפליה מחמת שונות מגדרית, כאשר לפי המודל הראשון "מין אינו מגדר", השני: "מין הוא גם מגדר", ולפי המודל השלישי "מין הוא גם שינוי מין".

לאחרונה פרסמה הנציבות תמצית ממצאים ראשוניים מסקר שעסק בחוויות אפליה של להט"ב בשוק העבודה. מהנתונים עולה שרוב המשתתפים בסקר סברו שחברי הקהילה סובלים מאפליה בשוק העבודה בייחוד בשלבים כגון קבלה לעבודה, בפיטורים ואיוס בפיטורים. בקרב טרנסקסואלים נרשמו דיווחים גבוהים יותר על אפליה וחוויות אפליה בשוק העבודה גם ביחס ליתר חבריהם לקהילה.¹

בעמדת הנציבות הובהר מפורשות שחוק שוויון הזדמנויות מקים הגנה גם מפני אפליה מחמת זהות מגדרית, הנכללת ברכיב "מין".

¹ ראו באתר האנטרנט של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה - <http://www.moitaf.gov.il/NR/rdonlyres/0241B64F-3256-41AA-8E07-27180CA835A6/0/affilhatav.pdf>



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

בישראל טרם ניתנו פסקי דין בנושא זה, ואלה שניתנו, ניתנו בהקשרים אחרים במסגרת דיון הנוגע לקהילה ככלל (ראו בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט למען המוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח', פ"ד נא(5) 822 להלן: "ענין קלפים פתוחים", עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים מיום 14/9/2010). פסקי הדין היחידים שכללו התייחסות ספציפית לאנשים טרנסקסואלים הם מהתחום הפלילי (ראו ענין פלוגית שלעיל).

ראוי להזכיר את אמירתו של כב' השופט ג'ובראן בע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל מיום 12/9/2013 (להלן: "ענין פלוגית"):

הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: (עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010) [פורסם בגבן], פסקה 56 לפסק דינו של השופט י' עמית).

דעתי היא כי חוק השוויון אכן מקים הגנה מפני אפליה מחמת זהות מגדרית. יוער כי גם הצדדים לא נחלקו בנקודה זו.

אני רואה הגנה זו כחלק בלתי נפרד מההגנה מפני אפליה "מחמת מין". אין נפקא מינה שההגנה מפני אפליה מחמת זהות מגדרית לא מופיעה באופן מפורש בחוק. לשיטתי הרכיב "מחמת מין" מקים הגנה מפני זהות מגדרית לא רק משום שמדובר באדם המבקש לשנות את מינו במובן המילולי הפשוט, אלא משום שכפי שצוין בעמדת הנציבות: "המונח איננו מוגבל למינו הביולוגי של האדם, אלא מתייחס גם לזהותו המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית".

מעבר לכך נוסף כי מהות עקרון השוויון עשויה להשתנות עם ובהתאם לשינויי העיתים. בתוך כך חקיקה האוסרת אפליה מטעם מין איננה מלווה לרוב בהגדרה מדויקת של מה נחשב לאפליה מטעם זה (פרופ' רות בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב', ע' 622-624, הוצאת האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ח-1998). מכאן נולדה שיטת הפרשנות הרחבה על פי תאוריית ה"מין פלוס" הנוגעת לרכיב "מין", כאשר המונח "פלוס" מתייחס לכל עובדה, תכונה או מאפיין ניטרלי הנוסף על רכיב ה"מין" (שם).

בענייננו ה"פלוס" יכול לייצג את החליך לשינוי המין, את הזהות המגדרית השונה מהמין הביולוגי ואולי את עצם החריגה מהקטגוריות המוכרות של "נשים" ו"גברים" – יהא ביטוי אשר יהא.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

כעת משנמצא שחוק שוויון הזדמנויות חל הן משום שהתובעת "עובדת" הנתבע והן משום שהוא כולל הגנה על בסיס זהות מגדרית (נוסף על אפליה מחמת נטייה מינית לגביה אין חולק שכן בענייננו התובעת לסבית בנטייתה המינית) אגש לבחינת נסיבות פיטוריה של התובעת.

נסיבות פיטורי התובעת

9.

הטריגר לזימון התובעת לשיחה אצל גבי עצמון – שיחה שהחלה שרשרת אירועים שבסופם פוטרה – היה הודעת דוא"ל ששלחה התובעת לרכות שני כספי עם העתק לגבי עצמון. בהודעה מיום 14/3/2013 או סמוך לכך, סיפרה התובעת על דיון שהתפתח בקבוצת הבנות הדתיות שתנכה, וכך כתבה:

היי שני,
היה לנו אתמול דיון מרתק עם ד' וצ' בנושא התלמידה שהושתתה/השתתפה את עצמה מבית הספר לשבועיים על רקע השתתפותה בשירת נשים לפני קהל מעורב ב "the voice", ובנושא מורה מקצועית שהופלתה לרעה על רקע טיפולי פוריות שעברה כאם יחידנית...

הבאתי (במקור: הבעתי) לתלמידות את שתי הסוגיות כדוגמה, והצעתי להן לשקול אותן וליזום איתי שיחה בנושא אם ירצו בכך... אז מהר מאד התפתח דיון חם בנושא הפליית המורה המקצועית, תוך כדי שהבנות מדברות אחת חזק יותר מהשנייה. אז משום מה בנות התחילו להשמיע מסרים שהמורה אינה ראויה יותר להוות דוגמה אישית לתלמידותיה, שבחירתה של המורה באימהות יחידניות אינה מקובלת, ובטח שלא בבית הספר, ושאלו להן שום דבר נגד המורה, אך עליה להפסיק לעבוד במקצועה כי בטח המורים והתלמידים יטרידו אותה ואיך היא תעז אחרי הכל להגיע לבית הספר ולעמוד בפני כיתתה?

אז שאלתי אותן שאם אבחר להיעזר בטיפולי פוריות ואקים משפחה אלטרנטיבית, האם זה אומר שאינני ראויה לחנך ולשמש עבורן כדוגמה אישית?... אז הן ניסו למנוע את "המצב המביך", וענו שזה שונה כי בחונכות שלנו אין היבט דתי, ואני מלמדת אותן בקבוצות קטנות ולא לפני כל הכיתה, מה גם שאנחנו נפגשות פעם בתקופה והן לא רואות איך אני נראית ואיך אני מתנהגת... בשלב הזה בני ביתה של צופיה התחילו ללחוש, והיא נפרדה מאיתנו בפתאומיות עוד לפני שסיימנו את התרגיל... חבל, כי אני בכל זאת מצפה מתלמידת כיתה י"ב להיות מסוגלת לקבל את האחר והשונה, גם אם הן לומדות בבית ספר דתי... ד' דווקא אמרה (כנראה בתור התנצלות) שהן משמיעות דעות שהמוסד כופה עליהן, ושזה לא בהכרח אומר שהן לא מקבלות אותי... אולי פשוט נוצר לי קשר כנה יותר ואוהד יותר עם ד' כי היא מגיעה להמון שיעורים שלנו... למרות זאת צ' לא מתמידה בפגישות, ועכשיו היא בכלל התנתקה במהירות רבה, תוך כדי הלחש של ההורים שלה כנראה...

מה דעתך, מה את אומרת?

(ההדגשות במקור).

10 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

יועזר כי לא הוצגה בפנינו הקלטה של השיעור שמוזכר בהודעה. הנתבע טען שהתובעת לא הקליטה את כל השיעורים או שלא היתה אפשרות טכנית לשמור את ההקלטה.

על אף שהדבר לא נאמר מפורשות, נראה שמשמעות השיחה מעבר לדיון בתלמידה שהושעתה ובמורת האולפנה שפוטרה, היא שהתובעת סיפרה לתלמידותיה הדתיות במלים אלו או אחרות כי היא עצמה לסבית או טרנסקסואלית או חורגת מהמקובל באיזשהו אופן (ראו הנאמר בע' 11 לפרוטוקול השימוע, ש' 10).

סמוך לאחר קבלת ההודעה זומנה התובעת לשיחה עם גב' עצמון שתוכנה שנוי במחלוקת. התובעת מצדה חולקת על תיאור הדברים כפי שנכתב בסיכום השיחה, ומנגד גב' עצמון העידה בחקירתה שלא ערכה רישום של הדברים במועד הפגישה אלא מספר ימים לאחר מכן (פרוטוקול מיום 1/9/2013, ע' 21 ש' 13-15).

לדברי התובעת בשיחה הובהר שעליה לבחור בין המשך עבודתה כחונכת לבין חשיפתה – "יציאתה מהארון" – כאישה טרנסקסואלית בפני תלמידותיה מחשש שהדבר יעביר מסר של מתירנות מינית.

הנתבע מדגיש שמעולם לא נאמר לתובעת שעליה לבחור בין "יציאתה מהארון" לבין המשך החונכות. כל בקשתה של גב' עצמון מהתובעת היתה כי תחדל מלשוחח עם תלמידותיה על נושאים שאינם מתמטיקה, בדיוק כפי שמצופה מכל חונך אחר. לגרסת הנתבע התובעת היא זו שהבהירה חד משמעית שאיננה מתכוונת לשנות מהתנהגותה וסירבה להמשיך את החניכה תוך התמקדות בתכנים מתמטיים בלבד.

הוצג לפנינו רישום השיחה שנעשה על ידי גב' עצמון מיום 17/3/2010 ולא צוין תאריך כתיבתו והוא הומצא לתובעת ביום 10/4/2013. במסמך נכתב בין היתר:

...בהמשך ציינתי בפניה שלא ניתן לנחל שיח במסגרת נחשון בנושאים שאינם נוגעים לדיסציפלינת החניכה והגברת המוטיבציה ללימוד המקצוע. מגבלה זו רלוונטית בפרט בכל הנוגע לשיח עם הנוער בנושאי מגדר, מיניות ודברים כגון אלה, בשל הרגישות הנדרשת בנושא זה, בפרט עם בני נוער.

... מרינה חגיבה באומרה שלהבנתה החניכה בעיניה כוללת גם עיסוק בנושאי מגדר, מיניות וכיו"ב ואין היא יכולה להמשיך לחונך אם לא תוכל לעסוק בנושאים אלו עם התלמידים.

...במהלך השיחה בנושא עלה על ידיה גם תוכן החניכה שהעבירה בשנתיים הקודמות בנתניה, במסגרת חניכה זו ציינה מרינה ששוחחה עם הבנות על נושאי מיניות ומגדר ובכלל זה התנסויות מיניות של הבנות. היא אף סיפרה שלאחר מפגש החונכות קיימו התלמידות התנסויות מיניות (עם בנות מינן) וחזרו ושוחחו עמה בדבר התנסותן זו



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

במפגש שלאחר מכן. היא אף הוסיפה שהיא רואה מתפקידה להיות בת שיח לתלמידות גם בנושאים אלו. אציין שהנושא לא עלה ולא דווח לפני כן על ידיה או על ידי התלמידות. מאופי השיחה עמה ניתן לי להבין כי ההתנסויות המיניות של הבנות נבעו משיחתה של מרינה עמן ובעידודה.

ה"התנסויות המיניות" המוזכרות ברישום השיחה נוגעות לקבוצת תלמידות חילוניות מנתניה שחנכה התובעת בשנת לימודים קודמת. אתייחס לכך בהמשך.

כאמור, תוכן השיחה שנוי במחלוקת. התובעת הציגה הודעת דוא"ל ששלחה לגבי עצמון יומיים לאחר הפגישה שבה התייחסה התובעת בין היתר לדרישה של גבי עצמון כי תבחר בין המשך עבודתה לבין "יציאתה מהארון" בפני התלמידים.

לענין זה אמרה גבי עצמון בחקירתה הנגדית:

ש. זה בסדר שמרינה תספר לתלמידות מי היא ומה היא?
ת. יש לנו גם חונכים אחרים, זה לא מתפקידו של חונך להגיד מי הוא ומה הוא אלא ללמד מתמטיקה. גם אם היא אמרה זה בסדר לא בגלל זה היא לא חונכת, יש להגיד אני טרנסג'נדרית ויש להעלות לרשת ולהתעסק בנושאים שהם לא מתחום הדיסציפלינה.

...
ש. את אומרת שהשיחה היתה סביב זה שהיא לא יכולה לדבר עם התלמידים על נושאים חברתיים, למשל שירת נשים בפני קהל מעורב, ויחסי הורות אלטרנטיביים וזה לא ראוי?
ת. בוודאי שלא.

...
ש. בסעיף 9 בסיכום שיחה את אומרת שמאופי השיחה עם מרינה אפשר היה להבין שההתנסויות המיניות של הבנות נבעו משיחתה של מרינה, ובעידודה. איזה אופי היה לשיחה?
ת. בתוכן השיחה שלי כתוב שמרינה נקראה לשיחה ב-17 בחדש מבלי כוונה לומר לה להתראות, מרינה סיפרה לי בשיחה על ההתכתבות, על תוכן הדברים על השיחה שלה עם הבנות מנתניה. בשיחה מרינה סיפרה לי על מה שכתוב פה, על הקשר שלה עם הבנות מנתניה, ודיברו איתה ברשת, התנסו עם בנות מינן וסיפרו לה וזה מה שהיא סיפרה לי במפגש.

ע' 28 ש' 4-24 לפרוטוקול הדיון מיום 29/9/2013.

בהמשך נשאלה גבי עצמון אם ביקשה מהתובעת שלא לשותף את תלמידותיה בזהותה המגדרית ובהעדפתה המינית והשיבה: "לחלוטין לא אמרתי לה דבר כזה, לא לה ולא לאף חונך אחר להגיד או לא להגיד, כל השיחה נבעה משיתוף של מרינה במה שקרה במפגשים ולא אני הובלתי אותה לזה אלא היא הובילה את עצמה. לא אמרתי לתובעת לא להגיד לתלמידות שהיא טרנסג'נדרית." (פרוטוקול הדיון מיום 29/9/2013 ע' 29, ש' 9-11).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

אין חולק שהשיחה עם גבי עצמון הובילה לפיטורי התובעת. מכאן עולה הצורך לדון בשאלה האם היה בהתנהגות התובעת בעבודה כדי להצדיק קיומה של אותה שיחת בירור.

10. האם היתה סיבה מוצדקת לקיום "שיחת הבירור" – האם חרגה התובעת מן הנדרש ממנה במסגרת תפקידה כחונכת

שאלת "הצבת הגבולות" התעוררה על רקע שאלת תפקיד החונכת בתכנית. לסוגיה זו נפח משמעותי בסכסוך שכן התובעת עמדה על לגיטימיות השיחות שקיימה עם התלמידות בגינן הואשמה שחרגה מתפקידה, בעוד שהנתבע ראה זאת כהתעקשות וחוסר הבנה של מהות התפקיד וגבולותיו.

לטענת התובעת לחונכות בפרויקט מטרה נוספת של חינוך בלתי פורמאלי, והיא אף הודרכה ליצור קשרים אישיים עם תלמידה ולתת להם דוגמה אישית. התובעת מסתמכת על מידע שהועבר בתהליך ההכשרה לפרויקט, כמו למשל האמירה: "בין מטרותיה הנלוות של התכנית נמנות, בין היתר, העלאת המוטיבציה של התלמידים, חיזוק דימויים העצמי, זימון מפגש עם דמות המהווה מודל לחיקוי עבור התלמידים ופתיחת שערי האקדמיה בפניהם." (ראו ההפניה שבסעיף 17 לתצהיר התובעת שצורף לבקשה לסעד זמני). במסמך נוסף אודות הפרויקט נדף מתוך מצגת מטעם הנתבע שכותרתו: "טיפים להעברת שיעור" נאמר: "צרו קשר אישי – התעניינו בתלמידים - ... להתעניין גם בנושאים שלא קשורים לנחשון ולמקצוע הלימוד. שתפו אותם – מבחנים שלכם, לגבי היום שלכם – יהיה להם יותר קל לשתף אתכם" (נספח ג' לתצהיר התובעת).

בתגובה השיב הנתבע כי זוהי טענה אבסורדית, מיתממת ומנוגדת להדרכה שניתנה על ידי הנתבע במסגרתה הוסבר במפורש מה הכוונה בביטוי "קשר אישי". עוד הדגיש הנתבע כי לפרויקט אין מטרה של חינוך בלתי פורמאלי, זהו לא המנדט של הפרויקט והתובעת ממילא לא הוכשרה להעברת תכנים של חינוך בלתי פורמאלי.

למרות שאינני פוסלת את האפשרות שאכן נפלה אי הבנה בפרשנות תפקיד החונכת מצד התובעת, אני סבורה שלא בכדי נפלה אי ההבנה, ואסביר.

כפי שהוכיחה התובעת, במהלך ההכשרה ניתנה התייחסות ליצירת קשר אישי, יצירת שיחות על נושאים שמעבר לתכנית והיות החונכת מודל לחיקוי. אך חשוב מכך, לאורך כל תקופת החניכה של התובעת בנתבע היא העבירה דיווחים שוטפים לרכזות בנתבע ולא נאמר לה כי היא חורגת מתפקידה עד לזימונה לשיחת הבירור עם גבי עצמון.

כך למשל בהודעת דוא"ל מיום 14/12/2011 כתבה גבי סבן לתובעת בין היתר: "פשוט כיף לי לשמוע ולקרוא על השיחות שאת עורכת עם התלמידות". בהמשך ההודעה כותבת גבי סבן



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

לתובעת: "אל תשכחי שתמיד התלמידים רואים בך כסוג של מנטור שמכוון אותם ונותן להם עזרה במקומות שלא תמיד זה קורה בבית הספר." (נספח ד' לתביעה).
ביום 23/10/2011 שלחה התובעת מייל לגב' סבן בו סיפרה שיצרה קשרים אישיים עם התלמידים ויזמה דיונים מרתקים בנושאים כגון אלימות בדרכים, חופש הביטוי של הפרט, סובלנות כלפי השונה, בעד ונגד הפרטת מערכת החינוך, זכויות פוליטיות של הנוער והקשיש ועוד. בתגובה השיבה גב' סבן: "וואו מרינה! קודם כל יצא לי עוד קצת להכיר אותך כך ושנית, מרשים מאוד!" (נספח י"ז לתביעה).

ביום 31/1/2012 כתבה התובעת הודעת דוא"ל לגב' סבן, בה עדכנה על הקושי בתפיסת שתי תלמידות ביחד ועל הדחיות והביטולים. בין היתר כתבה:
... יש לי קשר טוב איתן, הן משתפות אותי בדייטים שלהם (נ"עם בנות אנחנו כבר יצאנו, עכשיו אנחנו יוצאות עם בנים, וחבל שלא עם כל מורה למתמטיקה אפשר לדבר על זה!)"...

חשוב לציין שזהו האירוע אליו התייחסה גב' עצמון ברישום השיחה, כאשר כאמור יש מחלוקת בנוגע לנאמר בה.

במענה לדיווח זה כתבה גב' סבן בזמן אמת:
דיברתי כרגע עם ר' – את בטח יודעת ואם לא אז תדעי שהן מאוד מאושרות מהשיעורים איתן!
...
דורין

לא ניתן למצוא ולו רמז לאמירה לפיה התובעת חרגה מתפקידה, על אף שאלה נושאים הזוהים במהותם לאלה שממם נגזרו אמירות קשות כלפי התובעת בדבר שיחותיה על מיניות עם התלמידות. זוהי אותה שיחה שביססה, בין היתר, את ההחלטה לפטר את התובעת.

יצוין שהנתבע הכחיש בהגנתו כי גב' סבן היתה מודעת לנושאי השיחות שקיימה התובעת עם התלמידות אך לפחות בכל הנוגע לשיחה האמורה – הוכח אחרת.
כמו כן בסעיף 9 לסיכום השיחה עם גב' עצמון נטען כי התובעת לא דיווחה על שיחה זו וההודעה המובאת לעיל עומדת בסתירה לכך.
ראוי לציין כי התרשמותי שגב' סבן שינתה עמדתה כלפי תכונותיה של התובעת כחונכת וביחס לחופש שניתן לה להעלות נושאים שאינם "מקצועיים" עת העידה לפנינו בבית הדין.

אין זה מתפקידו של בית הדין להכריע בשאלה מהו תפקיד החניכה בפרויקט נחשון ומהם גבולות הגזרה שלו. אך שוכנעתי שהמסר שהעביר הנתבע בהתנהלותו למול התובעת לא היה ברור ועקבי דיו.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

עם זאת, הנתבע בוודאי היה רשאי לחשוב שהזמן שהוקדש לנושאים שאינם מתמטיקה אינו סביר ושהתוכן אינו מתאים בהתחשב בעובדה שמדובר בתלמידות דתיות. על כן זימון התובעת לשיחת בירור היה סביר, במסגרת הפרוגטיבה של הנתבע הן כמעסיק והן כגוף העוסק בתחום החינוך.

11. ישיבת השימוע והודעת הפיטורים

בעקבות השיחה עם גבי עצמון הודיעה היא לתובעת כי בשלב זה היא לא תמשיך לחנוך את קבוצת התלמידות שלה. גישתה של התובעת לפורטל המערכת נחשמה באותו היום. ביום 2/4/2013 שלח הנתבע לתובעת הזמנה לשימוע טרום הפסקת ההתקשרות (נספח ט' לתביעה).

השימוע קיים ביום 18/4/2013 ונכחו בו התובעת ועו"ד שוחטמן שליווה אותה. מטעם הנתבע נכחו גבי גרין וב"כ הנתבע באותה עת, עו"ד טל קרת. מפרוטוקול השימוע (נספח י"ד לתביעה) עולה שגבי גרין לא דיברה כלל, ועיקר הדברים נאמרו מפי עו"ד שוחטמן שמצדו ביקש שוב ושוב (ניתן בהתקשרות אותנטית ויתכן שמסיבות פחות ענייניות) שיוסבר לו מדוע מפורטת התובעת. מנגד עמדה ב"כ הנתבע על כך שהעילות לשימוע מפורטות "במכתב" (הכוונה כנראה למסמך רישום השיחה ומכתב החזמנה לשימוע) וכן שטרם ניתנה החלטה בעניינה של התובעת. ניכר מהפרוטוקול שהשיחה עלתה לטונים גבוהים ושלא נוצר באותו מעמד דיאלוג בין הצדדים (ראו ע' 2 לפרוטוקול השימוע, ש' 3-2).

ביום 8/5/2013 קיבלה התובעת את הודעת הנתבע על הפסקת ההתקשרות עמה (מתאריך 7/5/2013).

כאן המקום לציין כי הטענות שהופנו כלפי התובעת אשר הביאו להחלטה לפטר אותה לא היו אחידות והשתנו תוך כדי ההליכים עד לסיום עבודתה.

ברישום השיחה עם גבי עצמון נטען: התובעת ניהלה שיח בנושאים שאינם נוגעים לדיסציפלינת החניכה, בפרט נושאים שנוגעים למיניות ומגדר בקרב בני נוער. התובעת התעקשה שלהבנתה החניכה כוללת גם עיסוק במגדר ובמיניות ואם לא תוכל להמשיך כך לא תוכל להמשיך בחניכה. התובעת עדכנה בדבר קיום שיחות עם קבוצת תלמידות בנתניה שם הבנות שיתפו את התובעת בהתנסויות מיניות עם בנות מינן. "ההתנסויות נבעו מהשיחה עם מרינה ובעידודה". עוד נטען שהתובעת לא הקליטה את המפגשים האמורים.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

בהזמנה לשימוע נטען: במהלך שיעורי מתמטיקה לתלמידות בית ספר דתי התובעת עוררה וניהלה דיונים הנוגעים לדת, הורות ונטייה מינית. הדבר חמור במיוחד משום שמדובר בבני נוער והתובעת לא עברה הכשרה מתאימה לכך. התובעת עודדה חלק מהתלמידות להתנסויות מיניות.

התובעת "סירבה לחדול מלדון עם בני הנוער בנושאי זהות המגדר ונטייתה המינית". לתובעת הובהר כי לעצם זהות מגדרית, לתהליך שינוי המין ונטייתה המינית אין קשר לשקילת סיום ההתקשרות. יצוין כי בשימוע עצמו לא הוספו טענות כלשהן כנגד התובעת ולא ניתן הסבר או התייחסות מעבר לנאמר ברישום השיחה עם גב' עצמון ובהזמנה לשימוע.

במכתב סיום ההתקשרות נטען שהתקבלו תלונות על חוסר שביעות רצון של התלמידים, באחד המקרים החונכות הופסקה, חלק מהמשובים כללו התייחסות להיקף הזמן שהוקדש לשיחות שאינן קשורות למתמטיקה. לדוגמה, בשיעור מיום 31/1/2013 שארך 2 שעות ו-52 דקות כ-50 דקות ראשונות הוקדשו לדיון בנושאים דת מגדר ופוליטיקה. התובעת חרגה מגבולות תפקידה בעצם העיסוק בנושאים הדורשים הסמכה מיוחדת, היקף העיסוק ותוכן הנושאים. התובעת לא הקליטה כל שיעור המועבר על ידה ואף באחד השיעורים שיתפה את התלמידות בחששה שהרכזות ישמעו שהקדישו זמן לדיונים במקום למתמטיקה, דבר שיש בו להעיד על חוסר הבנה של גבולות תפקידה. עוד צוין הנתבע במכתב סיום ההתקשרות כי הוא מוכן לקבל שהתובעת לא עודדה בנות נוער לקיים יחסי מין אחת עם השנייה, על אף שגב' עצמון הבינה מהתובעת אחרת, אך אין בכך כדי להשפיע על ההחלטה הסופית. אי שיבוצה של התובעת לקבוצות בתקופה שמאז השיחה עם גב' עצמון נבע מסירובה "להמשיך את החניכה תוך התמקדות בתכנים המתמטיים בלבד ושמירה על גבולות תפקידה כחונכת".

12. יישום חוק שוויון הזדמנויות בענייננו

סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע נטל ההוכחה:

9.(א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2

...
(2) לענין פיסורים מהעבודה - אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.

לענין הקושי בהוכחת טענת אפליה ונטל ההוכחה נאמר בענין פלוסקין כי:



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

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 ראשית ראיה, די בכך כדי להעביר את הנטל על כתפי המעביד."

בנושא של הקושי הראייתי הנציב בפני הטוענים לאפליה ראו גם: רונן שמיר ומיכל שטראי, שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי, **שנתון משפט העבודה** ו' 287 (1996); שרון רבין-מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה - כיצד מוכיחים את קיומה? **הפרקליט** מ"ד 529 (1998).
גם הנציבות עמדה על קושי זה בחוות דעתה.

נוכח האמור כדי שהתובעת תוכיח שהופלתה לרעה מחמת זהותה המגדרית והיותה לסבית אין עליה להוכיח שלנתבע היתה כוונה להפלות אותה, או כוונה רעה כלשהי. עליה להוכיח שלא היה בהתנהגותה או במעשיה סיבה לפיטוריה, ובכך עובר הנטל הראייתי לכתפי הנתבע להוכיח שלא פעל תוך אפליה פסולה.

13. מן הכלל אל הפרט – האם היה בהתנהגות התובעת או במעשיה סיבה לפיטוריה

"עידוד התובעת את התלמידות להתנסויות מיניות עם בנות מינן" -
הנתבע העלה טענה זו לאחר השיחה עם גב' עצמון אך חזר בו בהמשך, למרות שעשה זאת בחצי פה.
אציין כי התרשמתי שסיכום השיחה שנערך על ידי גב' עצמון לא משקף את מה שנאמר. כל שהיה בידי הנתבע אז הוא העדכון שניתן מפי התובעת לגבי עצמון בפגישתן ואשר תוכנו שנוי במחלוקת. נוסף לכך הוצגה לפנינו הודעת דוא"ל ששלחה התובעת לרכות סבן מיום 31/1/2012 שהובאה לעיל, שלא היתה ידועה לגבי עצמון באותו מועד. בכל מקרה מהודעת דוא"ל זו לא עולה שהתובעת עודדה תלמידות לדיון על מיניות או להתנסויות מיניות כלל. אף אם נוצרה קרבה בין התובעת כחונכת לבין התלמידות, לא הוכח שהיא דיברה איתן על נושאים מיניים ובוודאי לא עודדה אותן להתנסויות מיניות מכל סוג שהוא. תגובת גב' סבן להודעה, כאמור, לא שיקפה בשום צורה שיש בעיה עם עצם השיח עם התלמידות. יצוין כי השיחה על ה"דייטים" היתה עם קבוצת תלמידות מנתניה, שלא היו דתיות, ולא עם קבוצת הבנות הדתיות.

גם גב' עצמון כאשר נשאלה בחקירתה השיבה שהתובעת סיפרה לה "על תוכן הדברים על השיחה שלה עם הבנות מנתניה... על הקשר שלה עם הבנות מנתניה ודיברו איתה ברשת,



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

התנסו עם בנות מינן וסיפרו לה זה מה שהיא סיפרה לי במפגש" (ע' 28 לפרוטוקול מיום 29/9/2013, ש' 31-28).
לא הוצגו לפניי ראיות אחרות שניתן ללמוד מהן שהתובעת עוררה דיון בנושא מיניות ודאי לא "באופן חוזר ונשנה" כלשון הנתבע.

הטענה בדבר העיסוק בנושאים החורגים מתחום החונכות והיקפו -
ניכר כי יש ממש בטענות הנתבע בדבר חריגה מהעיסוק במתמטיקה, אך כאמור שוכנעתי שהמסר שהועבר לתובעת לענין תפקיד החניכה (במהלך ההכשרה ובפרט בהנחיה השוטפת) לא היה ברור ויתכן שהיא הביעה, בתום לב, אחרת מהנתבע.
במכתב סיום ההתקשרות עלו לראשונה טענות בדבר תלונות של תלמידים בגין חוסר שביעות רצון מהחניכה ותלונה הנוגעת להיקף הזמן שהוקדש לשיחות שאינן קשורות למתמטיקה. בתמיכה לכך הפנה הנתבע לשיעור מיום 31/1/2013.
מקריאת התמליל והאזנה לדיסק ההקלטה שצורף אכן עולה תמונה לפיה זמן רב הוקדש לשיחה שאינה קשורה בלימוד מתמטיקה. אלא ששיעור זה הוא היחיד שתומלל. בנוסף הוגשו עוד שני שיעורים מוקלטים אך לא מצאתי בהם חריגה מתחום הלימוד.

אם כן, שוכנעתי שהיו סיבות ענייניות שהצדיקו את זימון התובעת לשיחת הבהרה. אכן ניכר שהתעורר בלבול בנוגע למהות התפקיד, ועלה צורך אמיתי בבירור הדברים. אך להבדיל מהצורך בבירור, לא שוכנעתי כי היה באמור **סיבה לפיטורים**, בהתחשב גם ברקע של התובעת כחונכת מצטיינת. מכאן שהנטל להוכיח שהתובעת לא הופלתה עובר לנתבע.

14. פיטורים תוך אפליה או מסיבות ענייניות

כבר נפסק כי די בכך שהשיקול המפלה היה אחד השיקולים בקבלת ההחלטה כדי להכתיים את ההחלטה כולה, גם אם נלוו אליו שיקולים ענייניים (**ענין פלוסקין**; ע"ע 627/06 **אורלי מורי - מ.ד.פ ילו בע"מ** מיום 16/3/2008; ע"ע 363/07 **שוונה ארביב - פואמיקס בע"מ**, מיום 26/5/2010).

אני סבורה שהחל ממועד שיחת ההבהרה ובפרט הוצאת סיכום הפגישה, הפך השיח בין הצדדים ל"שיח חירשים" – כזה המתנהל בקווים מקבילים אך בניגוד לחוקי המתמטיקה הוביל להתנגשות בלתי נמנעת.
על אף שלשיח חירשים צריך שניים, ואני ערה לכך, הנטל להוכיח כי לזהותה המגדרית ונטייתה המינית של התובעת לא היתה השפעה בתהליך – מוטל על הנתבע.
אם כן אבדוק האם בתוך כלל השיקולים חבויה גם אפליה, גם אם אפליה שלא מדעת, בהתחשב בכך שללא ספק התובעת משתייכת לקבוצה מקופחת הזקוקה להגנה של החוק.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

הדרישה ל"כניסה לארון" –

בפסה"ד בענין קלפים פתוחים שלעיל כתב כב' השופט קדמי:

העידן שבו אנו חיים מטפח את זכויות הפרט ונושא את דגל ההבנה, הסבלנות והסובלנות כלפי מיעוטים וחריגים, והנמנים על הקהילייה החד-מינית – גם לשיטתם שלהם – משתייכים לאחרונים. ברם... כל עוד לא ניתן להצביע על סיבה מיוחדת המצדיקה את הצרת צעדיהם וצמצום זכותם להציג את אורח חייהם וחוויותיהם בפני הציבור, אין לשלול זאת מהם.

הנתבע הכחיש גמרצות שביקש מהתובעת שלא לומר לתלמידותיה שהיא אישה טרנסקסואלית ולסבית, ודאי לא כתנאי להמשך החניכה. אולם במכתב הזימון לשימוע מיום 2/4/2013 החתום על ידי גב' גרין נכתב במפורש: **"סירבת לחדול מלדון עם בני הנוער בנושאי זהות המגדר ונטייתך המינית"**.

לא מן הנמנע שכוונת הנתבע היתה לדרוש מהתובעת שלא לפתח דיון יזום בנושא נטייה מינית וזהות מגדרית, ויתכן שהדרישה לגיטימית. אך מנגד, מה שהתובעת שמעה – ונוכח התנחות הנתבע אפשר להבין כיצד זה קרה – זה איסור לשתף את התלמידות/ים בדבר זהותה.

מכאן שניתן בנקל להבין מדוע כל כך התנגדה התובעת – התנגדות שפורשה על ידי הנתבע כסירוב עיקש להפגמת גבולות התפקיד, כאשר בפועל היה זה סירוב עיקש של התובעת, כמי שנלחמת כל חייה כנגד סטיגמות, להסתיר את מי שהיא.

אין ביכולתו של בית הדין לדעת מה היתה כוונת הנתבע, וכבר נאמר ששאלת ה"יסוד הנפשי" איננה השאלה הרלבנטית בבואנו לדון בטענת אפליה. לכן, הגם שספק אם התכוון הנתבע להפלות את התובעת (והוכח שבעבר אפשר הנתבע לתובעת לחשוף בפני תלמידיה את סיפורה) הרי שהתנהלותו כפי שעלתה מנוסח סיכום השיחה והזימון לשימוע – מעלה חשש כי לזהותה המגדרית ונטייתה המינית של התובעת היתה השפעה בתהליך.

שאלת האג'נדה –

לשאלת ה"יציאה מהארון" קשר ישיר לשאלת האג'נדה שכן סירובה של התובעת להימנע מלשתף את התלמידות בסיפורה אישי תורגם ל"אג'נדה" מבחינת הנתבע. כפי שציינה גב' גרין בעדותה: **"לאורך כל הקו לא התרשמתי שאני יכולה להיות שקטה ובטוחה שמרינה מבינה שפרויקט נחשון הוא לא מנוף לקידום האג'נדה שלה"** (ע' 33 לפרוטוקול מיום 29/9/13 ש' 31-32).

עוד נטען שהתובעת ביקשה להשתמש בפרויקט כאכסניה לקידום נושאים חברתיים בקרב בני נוער.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

התכנים שהוכח שהתובעת העלתה בשיעורים נגעו לפוליטיקה, שחרורו של גלעד שליט, זכות הבחירה ונושאים מגוונים לרבות אותו דיון על השעיית תלמידה שהשתתפה בתכנית שירה ופיטוריה של מורת אולפנה רווקה שהרתה באמצעות הפריה חוץ גופית. לא הוכח שהתובעת "חתרה" ויזמה דיונים בנושא מסוים כדרך לקידום אג'נדה (ניצוץ שלא הובהר לאיזו אג'נדה התכוון הנתבע), ומשום כך עולה חשש שעצם ייחוס אג'נדה לתובעת הושפע מסטראוטיפים בשל היותה אישה טרנסקסואלית ולסבית.

העיסוק במיניות –

הרושם מתחזק גם כתוצאה מהקלות שבה ייחס הנתבע לתובעת את הטענה בדבר עידוד תלמידות לקיים יחסי מין עם בנות מיין. מדובר בהאשמות חמורות שלא הוכחו והנתבע נסוג מהן, כאמור, בחצי פה. הראיה הרלבנטית היחידה שהובאה לפנינו היא אותה הודעת דוא"ל לגבי סבן מיום 31/1/2012 – ואין בה כדי להוכיח שהתובעת עוררה דיון בנושא מיניות, ודאי לא עודדה התנסויות מיניות. בעדותה של התובעת ציינה היא שהתלמידות שיתפו אותה ב"דייטים" שלהן בזמן ההפסקה. עדות זו לא נסתרה נע' 10 לפרוטוקול מיום 1/9/2013 ש' 15-28.

במקביל לא הציג הנתבע כל ראיה, בין בהקלטה משיעור או כל ראיה אחרת, שיש בה לתמוך בהאשמות החמורות שייחס לתובעת. גם גבי גרין הודתה בחקירתה שלמעשה גבי עצמון לא דיווחה שהתובעת עודדה תלמידות להתנסויות מיניות נע' 34 לפרוטוקול מיום 29/9/2013 ש' 3-4.

אם גבי עצמון לא דיווחה שהתובעת עודדה תלמידות להתנסויות מיניות – כיצד קרה שטענה זו קיבלה מקום כה משמעותי בטענות שהעלה הנתבע כנגד התובעת? לצערי לא אוכל לפסול את האפשרות שאילו היה מדובר בחונכים שאינם טרנסקסואלים ואינם הומוסקסואליים בנטייתם המינית, היה הנתבע נוהר יותר טרם העלאת טענות בדבר "עידוד" ו"ייזום" שיחות על מיניות.

ואדגיש – אין ספק, לדעתי, שאם התעורר שיח בנושא מיניות בין חונך או חונכת לתלמידות תיכון במסגרת פרויקט ללימוד מתמטיקה, הרי שיש לברר את הנושא במלוא הרצינות. זאת בין אם התלמידות רק שיתפו את החונכת וודאי אם החונכת יזמה דיון בנושא בין אם בשיעור ובין אם בהפסקה. אך מעבר לכך שכלל לא הוכח שהתובעת עוררה דיון העוסק במיניות, לא שוכנעו שהתנהלות הנתבע לא הושפעה מסטיגמות וסטריאוטיפים.

הנציבות היטיבה לחדד את הסיטואציה בעמדתה:

**בעוד לשיטת הנתבע יש לתובעת בעיה בהבנת תפקידה ממנו חרגה
על קיימה שיחות בנושאים שונים ובהן מיניות עם התלמידות
הדתיות, הרי לשיטת התובעת חלק מהגדרת תפקידה הוא פיתוח
מערכת יחסים שתאפשר לימוד מתמטיקה בתנאים אופטימליים,**

20 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

זאת בהתאם להנחיותיה של מט"ח – האיסור עליה לעשות זאת הנו מסווה לאפליית.

לשם בחינת הסוגיה נידרש לשאלה האם שיחה על נושאי זהות היתה נאסרת גם על מי שהוא הטרסקסואל, או שמא דרישה זו מהווה מסווה לאפליה על רקע מין.

התשובה לשאלה האם שיחה על נושאי זהות (בענייננו זהות מינית או מגדרית) היתה נאסרת על חונך הטרסקסואל או מי שאיננו טרנסקסואל איננה ברורה מאליה בנסיבות ענייננו. גם אם הנטייה לומר שהדבר היה נאסר גם על חונך שאינו בעל "שונות" (בין אם מגדרית ובין אם בנטייתו המינית), הרי הדבר היה מצדיק שיחת בירור ואזהרה ולא פיטורים אם החונך היה מתקן את דרכיו.

אדגיש כי העובדה שהנמענת של הטענות הללו היא חונכת שהיא אישה טרנסקסואלית ולסבית לא צריכה להפוך את הנתבע ל"חשוד מייד" באפליה.

אולם הנתבע התעלם מכך שההנחיה השוטפת שניתנה לתובעת אפשרה, שלא לומר עודדה, יצירת שיח על נושאים שאינם מתמטיקה. אם משתנה גישה הנתבע לאופן ביצוע החונכות של התובעת הרי הדבר דורש הסבר והזרה.

לא זו בלבד שהנתבע לא העניק לתובעת הסבר לגבי השינוי, הוא גם לא השכיל להבין שהתקשורת התובעת לקבל הסבר והבהרה היא לגיטימית. שינוי הגישה בשילוב מידת החומרה שיוחסה לדברים, בהשוואה למה שהוכח שנעשה בפועל – מעלים חשש שהנתבע בתגובתו הושפע מזהותה, ואולי בעיקר משונותה, של התובעת.

מכאן שהנתבע לא הרים את הנטל שהועבר אליו, ולא הפריך את החשש שהליך הפיטורים "הוכתם" משיקולים מפלים. במבחן התוצאה אני סבורה שזו המסקנה, הגם שאין בדעתי כי הנתבע התכוון לתוצאה זו.

אשר על כן, לדעתי, דין תביעתה של התובעת לפיצוי לפי חוק שוויון ההזדמנויות **להתקבל**.

15. הסעד הראוי בנסיבות הענין

כאמור לא נעלם מעיניי כי התנהגות התובעת לא חפה מבעייתיות ושהנתבע הציג גם נימוקים ענייניים בצד אלו ש"הוכתמו". על כן הדבר צריך לקבל ביטוי בגובה הפיצוי שייקבע.

התרשמות זו עולה, בין היתר, מהשיעור מיום 31/1/2013 שתומלל והקלטתו הוגשה ובו שיתפה התובעת את תלמידותיה בחשישה פן רכזות הפרויקט תקשבה להקלטה ואז יתגלה כי הן שוחחו ארוכות על נושאים כגון דת ופוליטיקה במקום מתמטיקה. התובעת המשיכה



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

וציינה בפני התלמידות ש"היא כמעט לא עושה הקלטות" (ראו ע' 35 ש' 20-25, ע' 36 ש' 1-24 לנספח 1 להגנה).

הוכח שהתובעת שוחחה עם תלמידותיה מנתניה על דייטים. גם אם לא כצעתו של הנתבע, הרי יש מקום לשאלה האם זו מסגרת מתאימה לכך, ויש ספק האם זו התנהגות סבירה של חונך/ת ללא קשר לזהות מגדרית או נטייה מינית.

הוצגה תכתובת דוא"ל של התובעת עם תלמידות כיומיים לאחר שיחת ההבהרה ובה כתבה שהיא "חונכת מצטיינת בנתבע. הרכזות שלה התחלפו וכנראה היחס כלפיה השתנה, וכעת הנתבע לא סבור שיש לשוחח על דת, חברה וחורות בשיעורי מתמטיקה". בהמשך אותה תכתובת כתבה לתלמידותיה שהסיבה להפסקת החונכות היא כנראה "השקפת העולם שלה" (נספח ח'3 לתביעה).

בכל המפורט לעיל מודגם חוסר הבנה של התובעת את מקומה כחונכת וביחס לתלמידותיה. הרושם מתחזק גם לנוכח עדות התובעת לפנינו, ממנה עולה שגם היום היא אינה מבינה ואינה רואה את האפשרות שחלק מהטענות כלפיה ענייניות ולגיטימיות. על כן לא אוכל להתעלם מחלקה של התובעת בהשתלשלות העניינים.

16. התייחסות לחוות דעתם של נציגי הציבור:

לאחר שקראתי את חוות דעתם של נציגי הציבור עו"ד חנה גלאי ומר אורי שלוש, אני רואה לנכון להוסיף מספר הערות:

בחינת קיום אפליה היא בחינה אובייקטיבית, אין דרישה ל"כוונה להפלות" – שכפי שנאמר אני סבורה שלא קיימת במקרה שלפנינו. ברם, השאלה היא האם הועבר הנטל הראייתי אל הנתבעת ואם זו הרימה נטל זה. בהתאם לנסיבות העובדתיות שבתיק והתרשמותי מן העדויות, אני בדעה כי ההתייחסות כלפי הגישה החינוכית של התובעת השתנתה לאחר החלפת הרכזות ועל כן נדרשה אזרה לתובעת, שלא ניתנה.

לדעתי, אמירת התובעת בכתב התביעה ביחס להקלטות השיעורים שאינן מלאות נובעת מסיבה טכנית (הקלטה חדשה מוחקת הקלטה ישנה) ולא מכוונה לא לחקליט. ההתייחסות של התובעת במהלך השיחה שהוקלטה (כאשר התובעת יודעת שהיא מוקלטת) מעידה על גישה חופשית ולא כוונה להסתיר.

עצם האשמת התובעת בעידוד קיום יחסי מין של התלמידות (טענה שהופרכה לחלוטין) מצביע על דעה קדומה וסטראוטיפ – ספק רב אם האשמה כזו הייתה קיימת אם מדובר היה באדם "נורמטיבי" במגדר ובנטייתו המיניות.

אני סבורה כי השיעור המוקלט חרג מהסביר בכל הנוגע ליחס בין הזמן שהוקדש לנושאים המקצועיים לבין זה שהוקדש לנושאים אחרים. התנהלות זו של התובעת בהחלט הצדיקה



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

הבהרה ואזהרה. אולם, מהשתלשלות הדברים כפי שניתנה על ידי שני הצדדים כאחד, עולה שהחלטת האמורה כלל לא עמדה לנגד עיני הנתבע אלא רק לאחר שיחת השימוע. זאת, כשהתאם לראיות התובעת פוטרה בפועל מיד לאחר שיחת ההבהרה עם גב' עצמון, מבלי לשמוע את דעתה ומבלי לתת לה הזדמנות לתקן דרכיה. כך שמתקיימות הדרישות שבחוק שוויון הזדמנויות כדי לראות בפיטורי התובעת כגועים באפליה פסולה.

17. האם היה שימוע כדין

אין חולק כי למעביד שמורה הפרוגרטיבה הניהולית לפטר עובדים. עם זאת על המעסיק לשמוע את העובד טרם פיטוריו כחלק מחובת ההגינות, חובת תום הלב ושמירה על כבודו של העובד.

למרות שהנתבע חוזר ומדגיש שלא החליט לפטר את התובעת טרם השימוע, מעשיו מלמדים אחרת: ראשית, גישתה של התובעת לפורטל המערכת נחסמה מיד לאחר פגישתה עם גב' עצמון, ותלמידות התובעת קיבלו הודעה שלא תמשיך לחנוך אותן. שנית, כשגב' עצמון נשאלה בחקירתה האם גב' גרין ביקשה לשמוע ממנה משהו על התובעת השיבה שגב' גרין קראה את סיכום הפגישה איתה – שכפי שנקבע לעיל לא שיקף את העובדות לאשורן – והן אף לא שוחחו ביניהן (עי' 30 לפרוטוקול 29/9/13 ש' 5-6). בהמשך העידה גב' גרין שלא שוחחה עם גב' סבן אלא קראה תכתובות בדוא"ל (עי' 31 לפרוטוקול 29/9/13 ש' 16-17).

ראוי להזכיר שבהזמנה לשימוע צוין שגב' עצמון תשתתף אף היא בפגישה, אך לא כך היה. יוער כי מכתב סיכום השיחה עם גב' עצמון, שהיה הבסיס להזמנה לשימוע הועבר לתובעת רק ביום 10/4/2013, כשההזמנה המקורית לשימוע הוצאה ביום 2/4/2013 ומועדו המקורי של השימוע נקבע ליום 4/4/2013. כלומר נכון למועדו המקורי של השימוע אף לא היה ביכולת התובעת לדעת מה נכתב בסיכום השיחה עם גב' עצמון – סיכום שיחה שנוי במחלוקת שבעקבותיו החל הליך הפיטורים.

שלישית, במהלך השימוע הודיעה ב"כ הנתבע לעו"ד שוחטמן כי זהו איננו דיאלוג. ואכן, נראה שכל מטרת השימוע היתה להראות כלפי חוץ שלתובעת ניתנה זכות להציג את כל טענותיה תוך שהנתבע מדגיש שטרם ניתנה החלטה. לקראת השימוע כתבה גב' גרין במענה לפניותיה הרבות של התובעת כי "איננה מעוניינת לקיים שימוע בהתכתבות" (הודעת דוא"ל מיום 17/4/2013, נספח י"ג לתביעה).

אולם האם אכן התקיים שימוע מהותי במעמד השימוע?



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

מחד מציינת גב' גרין בחקירתה שבשימוע היא התרשמה שלתובעת לא היתה הבנה אמיתית של התפקיד ושל המותר והאסור בו, ושהשיח הוסט לסוגיית הזהות המגדרית והאג'נדה של התובעת (נ' 33 לפרוטוקול מיום 29/9/2013 ש' 20-16). מאידך מודה גב' גרין שמעולם לא פגשה את התובעת ולא שוחחה עמה טרם השימוע, ובשימוע עצמו לא החליפו השתיים מילה, ולמעשה גב' גרין לא דיברה כלל (נוצין שגם התובעת לא התבטאה ישירות אלא באמצעות עו"ד שוחטמן). עוד הודתה גב' גרין שמעולם לא שמעה מהתובעת את האמירה כי היא "לא מעוניינת לתקן את דרכיה" אלא התרשמה שכן, על בסיס דיווח השיחה עם גב' עצמון (שם, ש' 32-21).

כבר נפסק כי הליך השימוע חייב להיות כן ואמיתי, ולא הליך הנעשה כדי לצאת ידי חובה [דיון (ארצי) מח/3-148 שק"ם בע"מ - אפרים גרינברג פד"ע כ (1) 141]. עוד נפסק:

...החובה המוטלת על המעביד - להציג בפני העובד את הטענות המופנות כלפיו, את השאלות שעלו בעניינו אשר יש בהן כדי להשפיע על מקבל ההחלטה. כל זאת, בפתיחות, בהגינות ובתום לב מבלי לכחד דבר מן העובד. דרכי קיומו של השימוע נקבעו זה מכבר. יכול שייעשה בכתובים ויכול שיתקיים בפני מי שהוסמך לכך. עיקרו של דבר בחובתו של המעביד ליתן דעתו לטיעוניו של העובד ולשמוע אותם בלא פניות, בלב נקי ובנפש חפצה, קודם שתיפול ההחלטה הסופית העשויה, לא אחת, להיות בלתי הדירה ומכרעת לגביו.

ראו ע"ע 1027/01 ד"ר יוסי גוטמן - המכללה האקדמית עמק יזרעאל פד"ע לח 448.

שוכנעתי כי לא קוים שימוע בלב פתוח ונפש חפצה. אינני סבורה שמהות השימוע היא אך ורק "לשמוע" במובן הפיזיולוגי. החובה לשמוע כוללת גם את החובה להקשיב ולהגיב. אין הכוונה שהעובדת תבוא ותשמיע טיעוניה כבחלל ריק מבלי שיווצר כל שיח או שטענותיה תישקלנה, אחרת יהיה זה שימוע "על הנייר" בלבד. לזאת יש להוסיף את הרושם שההחלטה לפטר את התובעת התגבשה טרם השימוע. דבריה של גב' גרין שלפיהם הבינה מגב' עצמון כי התובעת "לא מעוניינת לתקן דרכיה" מחזקים את המסקנה.

18. הסעדים הנובעים מן הפיטורים - השבה לעבודה או פיצוי כספי

אשר לבקשה לצו השבה לעבודה - כלל הוא שהסעד העיקרי בפיטורים שלא כדין הינו פיצויים ולא אכיפה ורק בנסיבות מיוחדות יאכפו יחסי עובד-מעביד [ראו בש"א (ארצי) 205/07 אוניברסיטת תל אביב - רבקה אלישע מיום 27/2/2008]. בעניינינו למרות הפגמים שנפלו בפיטורים אין להורות על סעד של אכיפה, אלא על פיצוי כספי בגין פיטורים שלא כדין.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

יוער כי גם התובעת עצמה ציינה בעדותה שאינה חושבת שתוכל לחזור לעבוד בנתבע (פרוטוקול מיום 1/9/2013 ע' 14, ש' 16-17).

התובעת תבעה ₪ 50,000 בשל פיטורים בגין אפליה מחמת זהות מגדרית ונטייה מינית. מצאתי שהנתבע לא הפריך את החשש כי שיקוליה הושפעו – ועל כן הוכתמו – מזהות התובעת וזאת החל משיחת ההבהרה והלאה. מאחר שמצאתי שבהתנהגות התובעת היה כדי לזמנה לשיחת הבהרה, אני סבורה כי הפיצוי הראוי בנסיבות העניין הוא 20,000 ₪.

אין בפגמים שנפלו בהליך השימוע כדי להביא לבטלות ההחלטה, אלא לזכאות לפיצוי. בהינתן שההתקשרות עם התובעת אמורה היתה להגיע לסיומה ביולי 2013, ולנוכח תקופת ההעסקה הקצרה יחסית, אני בדעה שהתובעת זכאית לסך של ארבע משכורות לפי שכר קובע של כ-1,181.45 ₪ (על פי חישוב 12 הוראות התשלום האחרונות שהוצגו לפנינו) קרי, 4,725.80 ₪.

19. פיצוי פיטורים והודעה מוקדמת

התובעת תבעה פיצויי פיטורים בסך 2,509 ₪ (לפי שכר קובע של 1,136 ₪ לחודש) ודמי הודעה מוקדמת של חודש בסך 1,136 ₪. מאחר שמצאתי כי התובעת היתה "עובדת" הנתבע ופוטר, הרי היא זכאית לפיצויי פיטורים בהתאם לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963.

לענין חישוב הוותק לפיצויי הפיטורים ייאמר כי לא הוצגו ראיות מדויקות לענין תקופת העבודה של התובעת. הצדדים הצהירו שהתובעת החלה עבודתה באפריל 2011 וסיימה עבודתה במאי 2013 כאשר מכתב סיום ההתקשרות נושא תאריך 7/5/2013 ולאחריו שולמו 14 ימי הודעה מוקדמת. מכאן שעל פניו התובעת זכאית לפיצויי פיטורים עבור 25 חודשי עבודה. אולם לא הוצג הסכם התקשרות מאפריל 2011 ולא ידוע מתי בדיוק החלה התובעת לעבוד והאם עבדה עד סוף שנת 2011 ברצף.

בתוך כך מהסכמי ההתקשרות שהוצגו עולה שבחודש אוגוסט 2012 התובעת לא עבדה. אשר על כן מצאתי לקבוע שהתובעת זכאית לפיצויי פיטורים עבור שתי שנות עבודה בסך 2,362.90 ₪, לפי משכורת קובעת של 1,181.45 ₪.

התובעת זכאית להודעה מוקדמת בת 21 ימים. במכתב סיום ההתקשרות צוין כי ניתן חלף הודעה מוקדמת עבור 14 ימים אם כי לא ברור מה שוויו ולפי מה חושב. לפיכך אני קובעת כי על הנתבע לשלם לתובעת השלמת תמורת הודעה מוקדמת בסך של 295.36 ₪ עבור 7 ימים.

25 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

20. פיצויים בגין עגמת נפש

התובעת עתרה לפיצוי בגין פיטורים בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ופיצוי בגין אי קיום שימוע – רכיבי תביעה שהתקבלו.
אשר לפיצוי בגין "עגמת נפש", נקבע בדיון (ארצי) ג/3-114, **מדינת ישראל – דוד מצגר**, פד"ע כו 563:

בעוד שלערכאה השיפוטית הדנה בפיצוי על ניזקי ממון אין שיקול דעת בדבר עצם הפיצוי ושעורו וכל אימת שאלה הוכחו בפניה זכאי הנפגע לפיצוי על מלא נזקיו, מוקנה שיקול דעת לערכאה השיפוטית שעה שהיא דנה בנזק בלתי ממוני – והיא רשאית (אך אינה חייבת) לפסוק פיצוי בגינו, בשיעור שיידאה לה בנסיבות המקרה.

פיטורי התובעת כשלעצמם אינם מביאים לתוצאה של קביעת פיצוי בגין עגמת נפש, אלא אם קיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת.
בעיני על אף אי הנעימות הכרוכה בהתנהלות הנתבע למול התובעת, לא נראה לי כי מדובר באחד המקרים החריגים המצדיקים לחייב בפיצוי בגין עגמת נפש.
זאת בייחוד משסברתי שיש לפסוק פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, לרבות בשל אי קיום שימוע כדין, שיש בהם רכיב עונשי ורכיב פיצוי.
תביעת התובעת בגין רכיב זה **נדחת**.

21. זכויות הנובעות מקיום יחסי עובד-מעביד

דמי הבראה

התובעת תבעה ₪ 506 ברכיב זה, לפי חלקיות משרה של 12.5%.
על פי חישוב התמורה שקיבלה התובעת מהנתבע, חלוקה לשעות עבודה וחשוב ממוצע שעות חודשי סבורים אנו שהיקף המשרה של התובעת בתקופה הרלבנטית (אפריל 2011-מאי 2013) הוא 10.5% ולא 12.5%.
מכאן שעל הנתבע לשלם לתובעת 428.5 ₪, לפי זכאות ל-11 ימי הבראה בשווי 371 ₪ וחשוב יחסי בהתאם.

פדיון חופשה

התובעת תבעה 2,640 ₪ ברכיב זה על פי חישוב של 22 ימי חופשה במכפלה של 3 שעות עבודה ביום, אך לטעמי לא הוכח שהתובעת אכן עבדה 3 שעות ביום – ולא הוכח מספר ימי העבודה בשנה.
בהעדר תשתית עובדתית נדרשת כדי לחשב את זכאות התובעת לדמי חופשה, אין מנוס **מלדחות** את התביעה לפדיון חופשה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

אי הפרשה לפנסיה

התובעת תבעה 1,154 ₪ בגין רכיב זה עבור כל תקופת עבודתה. חישוב התובעת מקובל עלי ולא נסתר על ידי הנתבע.

נציגי הציבור עו"ד חנה גלאי ומר אורי שלוש

1. הנתבעת התקשרה עם התובעת למתן שירותי חונכות וירטואלית ב"פרויקט נחשון" ללימוד מרחוק של מקצוע המתמטיקה והתובעת הועסקה מ- 4/2011 ועד מועד פטוריה ב- 8.5.13. "פרויקט נחשון" הוא פרויקט המתמקד בסיוע לתלמידים בהתמודדות עם החומר הלימודי במקצועות המתמטיקה ובמקצועות נוספים, וזאת באמצעות שיעורי תגבור הניתנים על-ידי חונכים ברשת. מטרת הפרויקט היא לסייע לתלמידים להצליח בבחינות הבגרות במקצועות אלה.

2. טענת התובעת בדבר אפליית:

לטענת התובעת הפסקת עבודתה מקורה:

(1) "אך ורק בדעות קדומות, בסטיגמות ובפוביות וחששות בלתי מבוססים של אנשי הנתבעת, כנגד היותה של התובעת אשה טרנסקסואלית ולסבית" (סעיף 3 לכתב התביעה);
(2) ומשיקול מפלה של הרכות החדשה (סעיף 4 לכתב התביעה).

טענותיה של התובעת ייבחנו לאור הוראות סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח – 1988 (להלן – החוק).

לטענה הראשונה:

שוכנענו כי התובעת הוכיחה עצמה כחונכת טובה ומוערכת על-ידי מעסיקה.

לעובדה זו משמעות רבה לבחינת ההיגיון הניהולי שבהפסקת העסקתה אצל הנתבעת שלוש שנים לאחר שהתחילה בפעולות החונכות.
לא מצאנו בראיות שיקולים זרים לבד מהשיקולים הניהוליים שהוצגו בפני בית הדין.

יודגש, כי התובעת התקבלה לעבודתה תוך שמעסיקה ידעו שהינה טרנסג'נדרית.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

התובעת הועסקה כ-3 שנים רצופות לשביעות רצונם של הנתבעת ובעלי התפקידים הממונים על פעילותה.

שוכנענו מהראיות שהוצגו כי התובעת זכתה להערכה רבה מצד התלמידות אותן חנכה ומצד מעסיקיה – רכזות הפעילות, מנהלת הפרויקט והנתבעת עצמה כארגון.

בהודעת דואר אלקטרוני מיום 5.5.2011 שעה 9:17 שנשלח מהתובעת אל תאיר ודורין (הרכזות) נכתב:

"...שני הדברים גרמו לי להרגיש שאני מקבלת הערכה מקצועית לעבודתי עם התלמידים. כמו כן, התרשמתי מאוד מיחס הוגן שלך, תאיר, ושל צוות נחשון כלפי ומכך שאני נשפטת על סמך פעילות שלי בפרויקט, ולא על סמך שיקולים זרים, כדוגמת זהות המגדר שלי כאישה, הופעה חיצונית "שפת גוף", וכו'. דורין, חבל רק שלא ייצא לי לפגוש אותך".
(מוצג ת' 1)

התובעת עצמה מציינת בכתב התביעה כי: "שמרתי על קשר שוטף לאורך השנה עם רכזות מנהלת הפרויקטים, גבי דורין סבן. זכיתי להתייחסות עניינית ומקצועית של דורין, והיא אף דאגה שאקבל יחס הולם לא פחות מצד התלמידים ... ברמה האישית, דורין הפגינה פרגון ואהדה לאורך כל החונכות" (נספח ד' לכתב התביעה).

בהודעת דואר אלקטרוני שהתובעת שלחה לאחר הפגישה מיום 17.3.13 עם גבי עצמון כתבה התובעת: "אני מעריצה מעוד [הטעות במקור] אותך ואת דורין על הזדמנויות המקצועיות שפתחתן לפני, ועל התמיכה וההקשבה להן זכיתי מכן, אך" (נספח ח' 2 לכתב התביעה).

בעדותה ענתה התובעת לשאלת בא כח הנתבעת כך:
"ש. נכון שסיגל עצמון שיבחה אותך על עבודתך?
ת. ברור".
(עמ' 9 לפרוטוקול, שורות 31-30).

להבנתנו התובעת עצמה לא חשה במגבלות כלשהן שהוטלו עליה במטרה להסתיר עובדת היותה טרנסג'נדרית.

בשיחת השימוע שהתקיימה ביום 18.4.13 אמרה התובעת: "אבל אני סך הכול מספרת על עצמי..."
ומוסיף מיד עו"ד שוחטמן בא כוחה: "את מספרת על עצמך כמו שספרת על עצמך במשך שלוש שנים. מה נשתנה הלילה הזה מכל הלילות" (תצהיר התובעת, נספח יד', עמוד 6)



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

העובדה כי התובעת הוצבה לחונכות בבית ספר דתי חרדי מהווה אף היא בעינינו ראייה ברורה לכך שהתובעת לא הופלתה על-ידי מעסיקה.

מכל הראיות שנסקרו לעיל עולה, כי כטענת הנתבעת, במהלך כל תקופת העסקתה של התובעת על-ידיה לא הייתה כל אפליה של התובעת ולא הוטלה כל מגבלה על הצגת היותה טרנסג'נדרית בפני כל.

3. לטענה השנייה:

היסוד השני הנטען על-ידי התובעת כסיבת הפסקת עבודתה הוא "שיקול מפלה של הרכות החדשה".

למעשה התובעת טוענת כי הרכות החדשה, גב' שני כספי, היא שגרמה לפיטוריה.

לא מצאנו אחיזה לטענה זו בחומר הראיות. למעלה מן הנדרש נציין כי לא עלו ראיות כלשהן המצביעות על כך שלגב' כספי הייתה נגיעה כלשהי להליך הפסקת העסקתה של התובעת, שהחל בהודעת דואר אלקטרוני שקיבלה מנהלת הפרויקט מהתובעת, המשיך בשיחה בין התובעת למנהלת הפרויקט והסתיים בהליך שימוע שנוהל על-ידי מנהלת משאבי אנוש בנתבעת.

לטעמנו הראיות מלמדות על כך שהפסקת עבודתה של התובעת נבעה משיקולים ניהוליים סבירים וענייניים, כמפורט להלן:

4. העיסוק בנושאים שאינם קשורים להוראת מתמטיקה

לטענת הנתבעת הוחלט להפסיק את עבודתה של התובעת לאחר שהתברר כי התובעת התעלמה בחלקים מהשיעורים שהועברו על-ידיה מהגדרת תפקידה – הוראת מתמטיקה – והרחיבה את נושאי השיחה עם התלמידים למיניות, דת, חברה ופוליטיקה. בשיחות בנושאים אלו אשר העיסוק בהם עם בני נוער דורש הכשרה והסמכה מיוחדות, כמו גם בנושאים אחרים, התובעת הפגינה חוסר הבנה של גבולות האסור ומותר ביחסיה עם תלמידיה.

בנוסף טענה הנתבעת כי למרות הנחיות ברורות לביצוע הקלטות מלאות של השיעורים למטרות פיקוח ובקרה, התובעת לא הקליטה את כל השיעורים ובכך מנעה יכולת פיקוח ובקרה על פעילותה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

הגורם המרכזי לפיטוריה של התובעת על-פי גרסת הנתבעת הינו כי שוכנעה שהתובעת לא הפגימה את דרישות המעסיקה ולכן בהעדר הסכמתה לפעול על-פי ההנחיות לא ניתן להעסיקה יותר על אף הצטיינותה בהוראת מתמטיקה.

לאחר שבחנו היטב את העמדות שהוצגו בכתבי הטענות, בתצהירים ובעדויות שוכנענו כי הנתבעת פעלה בתום לב וכי בהליך הפיטורים לא דבק שמץ של הפליה על רקע מגדרי מכל סוג.

בראש וראשונה נבחן את תצהירה ועדותה של מנהלת "פרויקט נחשון", גב' עצמון. גב' עצמון מכהנת בתפקידה כעשר שנים ובתקופת כהונתה נקלטה התובעת אצל הנתבעת תוך שהנתבעת ידעה על היותה טרנסג'נדרית (סעיף 15 לתצהיר התובעת). גב' עצמון העידה על שביעות רצון גבוהה מעבודתה של התובעת והציגה את הנימוקים שהובילו להמלצתה להפסיק את העסקתה. ברישום שיחתה של גב' עצמון עם התובעת מיום 17.3.13 מפורטים הנימוקים כפי שהוצגו לתובעת ואף מפורטת תגובת התובעת לפיה: "... ואין היא יכולה להמשיך לחנוך אם לא תוכל לעסוק בנושאים אלו עם התלמידים" (נספח ז' לכתב התביעה).

בתצהירה מפרטת גב' עצמון כי שוכנעה שהתובעת לא מפגימה את הדרישות המוטלות על חונך ולא ניתן לסמוך על כך שתקיימן.

בעדותה בפני בית הדין חזרה גב' עצמון על נימוקיה:

"... הסברתי לה בחדר כמה פעמים מהי מטרת הפרויקט והיא בשלה. היא לא הסכימה לוותר ולהמשיך לפגוש תלמידים ולהתעסק רק בחונכות במתמטיקה. אמרתי לה שאעביר את הנושא לממונים עלי ושהיא מבחינתי לא יכולה להמשיך להיפגש עם תלמידים....".

(עמ' 21 לפרוטוקול שורה 32, עמ' 22, שורה 4)

ועוד:

"את אומרת שמרינה סירבה לבקשה שלך לחדול מלשוחח על נושאים שלא קשורים למתמטיקה, ולכן הפסקת את החונכות שלה באותו רגע, זה נכון?
ת. נכון". (עמ' 29 לפרוטוקול, שורות 17-19).

גב' עצמון הוסיפה בתשובה לשאלה כי: "הפסקת העבודה לא היתה בגלל שהיא טרנסג'נדרית". (עמ' 29 לפרוטוקול, שורה 21).

שוכנענו כי עדותה של גב' עצמון הינה אמינה וכי בהתאם להבנתה הניהולית, הרי שלמרות יכולותיה הגבוהות של התובעת לא היה מנוס מלהפסיק את העסקתה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

אל מול דברים ברורים ומפורשים אלה בחנו את האמור בכתב התביעה, בתצהירה של התובעת ובעדותה בפני בית הדין.

שוכנענו כי התובעת נהגה לשלב במהלך השיעורים שיחות בנושאים שונים, שאינם קשורים להוראת המתמטיקה.

כבר בכתב התביעה מציגה התובעת את השקפתה הבסיסית: "התובעת תטען מטרת החונכות בפרויקט היא דואלית: הן ברמת החינוך הפורמאלי....., והן ברמת החינוך הבלתי פורמאלי....." (סעיף 19 לכתב התביעה).

כך גם עולה מהעובדה שהתובעת צירפה לתצהירה דיווח שלה על "דיון מרתק עם דנה וצופיה בנושא התלמידה שהושהתה... אז מהר מאד התפתח דיון חם בנושא הפליית המורה המקצועית...." (נספח ה' לתצהיר התובעת).

בעדותה בבית הדין אמרה התובעת כך:

"ש. האם את חושבת שבשיעור מתמטיקה צריך לדבר על דת ופוליטיקה?
ת. אם התלמידים שואלים אז למה לא?
שאלת נציג הציבור: אם השיחה מתפתחת לזמן רב?
ת. אם זה חד פעמי ויש מעבר לזמן הסביר אז כן, לדעתי שליש או רבע מהשיעור זה זמן סביר.....".

(עמ' 13 לפרוטוקול שורות 6-2).

מן האמור לעיל עולה כי התובעת משוכנעת שבמהלך החונכות עליה לעסוק בעניינים נוספים מעבר להוראת המתמטיקה.

כך מעידה:

ש. "את חושבת שזה רלבנטי לשיעור מתמטיקה, שאת חילונית או לא?
ת. זה חשוב לי, ולי זה רלבנטי." (פרוטוקול הדיון עמוד 13 שורות 28-29)

גם מהקלטת השיעור מיום 31.1.13 ניתן ללמוד על גישתה של התובעת:

"...אני כל שנה, אני כבר שלוש שנים בנחשון. אני כל שנה שואלת ימבה של שאלות כאילו יומיומיות כאלה אקטואליות לתלמידים שלי. לרוב זה לא קשור לדת וזה קשור לחיי חברה ותאונות דרכים וכאלה, אבל במקרה השנה כולכן מתחברות לדת וכן, השנה זה דת. אבל זה קורה כל שנה עם, כל פעם עם אנשים אחרים".
(נספח 1 לכתב ההגנה, עמ' 16, שורה 22 - עמ' 17, שורה 4).

ובחמשך:

מרינה: "אני מקווה שהשיחות על הדת לא מפריעות לך"

31 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

ש': "לא לא"
מרינה: "אם כן אנחנו נחליף נושא לפוליטיקה או משהו".

(נספח 1 לכתב ההגנה, עמ' 18, שורה 25 - עמ' 19, שורה 2).

5. גם בחינה כמותית משמשת לגיבוש מסקנתנו האמורה. מהפגישה שהוקלטה ביום 31.1.13 (בהתייחס לתמלול שהחל 9 דקות לאחר תחילת השיעור) ניתן ללמוד כי:
חלקו הראשון של השיעור היה עם התלמידה ש' בלבד.
העיסוק במתמטיקה נמשך לסירוגין 11:07 דקות ואילו העיסוק בשיתות בנושאים אחרים נמשך 34:45 דקות.
בשלב מסוים הצטרפה לשיחה התלמידה ל'.
בשלב זה העיסוק במתמטיקה נמשך לסירוגין 15:09 דקות ואילו העיסוק בנושאים אחרים נמשך 18:07 דקות.
התלמידה ל' פרשה ובשלב זה נמשך השיעור עוד 68:20 דקות בענייני מתמטיקה ו 15:39 דקות בנושאים אחרים.
6. הנה כי כן ניתן לראות באופן ברור שהתובעת מממשת את תפישתה לגבי תפקידה כחונכת, לפיה מעבר ללימוד מתמטיקה מוטל עליה תפקיד "בחינוך הבלתי פורמלי".
- אנו דוחים את טענתה של התובעת כי העיסוק בנושאים שאינם קשורים להוראת המתמטיקה נעשה על-פי הנחיית הנתבעת לשם חיזוק הקשר האישי עם החניכים. לדעתנו התובעת חרגה באופן קיצוני מהנחיות הנתבעת, שאותן יש ליישם בשים לב לכך שזמנו של כל שיעור מתמטיקה מוגבל לשעה וחצי בלבד.
- זאת ועוד, התובעת סיפרה למנהלת הפרויקט כי במסגרת חניכה של תלמידות בנתניה הן סיפרו לה על התנסויות מיניות שלהן עם בנות מינן (סעיף 22 לתצהיר גבי עצמון; עמ' 28 לפרוטוקול, שורות 28-31).
- לא סביר בעינינו כי דבריהן האמורים של התלמידות נאמרו בחלל ריק. ברור שהתקיימה שיחה בנושא וברור שהתובעת חרגה מתפקידה בעצם קיום שיחה זו, הגם שבמקרה זה אין כל ראיה לכך שהתובעת עודדה את הבנות לקימו של השיח האמור (הודעת דואר אלקטרוני של התובעת לחלי מיום 10.4.13, שעה 6:16, נספח י"ז לכתב התביעה).
- לדעתנו, זכותה הניהולית של הנתבעת היא שלא לקבל גישה זו של התובעת במסגרת העסקתה אצל הנתבעת, ובאם התובעת לא משנה דרכיה – להפסיק את העסקתה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

מנהלת הפרויקט, גב' עצמון, הצהירה כדלקמן:
 "ברצוני לחזור ולחסיביר באופן שאיננו משתמע לשתי פנים כי אין כל קשר בין נטייתה המינית של המבקשת ומגדרה לבין הבירור שקיימתי עמה ובקשתי שתחדול מלעסוק בנושאים שאינם קשורים בהוראת המתמטיקה, שאין לה כל הכשרה לעסוק בהם ושלא לשמם היא מבצעת את החונכות!
 כבר בסמוך להתקשרות בין מטח לבין המבקשת ידעתי על ניתוח שינוי המין אותו עברה ועל היותה טרנסג'נדרית ועובדה זו מעולם לא היותה כל שיקול בהחלטה להתקשר עימה או בהחלטה לזמן אותה לבירור".
 (סעיף 31 לתצהיר גב' עצמון).

אנו נותנים אמון מלא בהצהרה זו.

7. הקלטות השיעורים

מנהלת הפרויקט העידה על ההנחיות לבצע הקלטה מלאה של השיעורים. הרכות הממונה על התובעת, גב' דורין סבן, העידה כך:
 "ההקלטה היא חובה, נאמר ביום ההכשרה שזה עבור התלמיד ועבורנו, אסור להפסיק את ההקלטה בכל שלב שהוא, גם כשמדובר בהערות אישיות לתלמיד, חד משמעית אסור להפסיק את ההקלטה".
 (עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 27-29).

התובעת טוענת, כי ההקלטות בוצעו אך ורק במקרים בהם התלמידים הביעו נכונות לשמור את ההקלטות (סעיף 70 לכתב התביעה).

ואולם התובעת ידעה גם ידעה כי שיחות בעניינים שאינם הוראת מתמטיקה לא מקובלות על הנתבעת. התובעת, שידעה כי השיעורים מוקלטים, מדברת על כך במפורש במהלך השיחה שהוקלטה בשיעור שהתנהל ביום 31.1.13.
 התובעת התעלמה ממילוי קפדני של ההנחיות להקלטת השיעורים. בזמן שהרחיבה ביוזמתה את נושאי השיחה בשיעור לענייני דת, חברה ופוליטיקה היא אף שיתפה את החניכות בדאגתה מכך שיעירו לה על חריגתה מהנחיות מעסיקה.
 כך, בשיעור מיום 31.1.13 אמרה התובעת לחניכות:

"מרינה: ש' אגב את זוכרת מה עשינו בתחילת השיעור או באמצע?
 ש': מה? מאיזו בחינה?
 מרינה: מבחינת ההקלטה.
 ש': מה? איזה תרגילים?"

33 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

ל: כאילו איזה תרגילים, כן תגיד לי.
 ש: אה, כן בטח.
 מרינה: לא, מבחינת ההקלטה.
 ש: מה זאת אומרת? לא הבנתי,
 מרינה: הפעלנו אותה?
 ש: אה, כן. כן, הפעלנו.
 מרינה: כן, את קולטת שכל השיחות האלה על הדת ועל הפוליטיקה מוקלטות.
 ש: אה, כן. הם בהקלטה גם.
 מרינה: מחר כנראה אקבל או ביום ראשון מייל מי... אז כן מי... מה אתן עושות
 שם.
 ש: למה היא מקשיבה לזה?
 ל: למה היא מקשיבה?
 מרינה: אני לא יודעת אם היא מקשיבה. הם אמורים להקשיב מתישהו ואני כמעט
 לא עושה הקלטות אז אה, אז יש סיכוי די גדול שלאחת ההקלטות כן יקשיבו.
 ל: אז תעשי להקלטה רק בשיעור שאנחנו לומדות כל השיעור.
 ש: רגע, שנייה, אבל, אבל הרי נכון הקלטה אחת מוחקת את הקודמת.
 מרינה: נכון.
 ש: נו, אז בסדר. אז בשיעור הבא נעשה הקלטה ונמחק את הקודמת.
 מרינה: כן.
 ש: בתקווה שנלמד רק ולא נדבר, מה, חוץ מזה זה שטויות, מה, אנחנו החלטנו
 מחליטות אם לדבר על זה. מה זאת אומרת?
 מרינה: כן, לא, לא תהיה בעיה. אני סתם אה.
 ש: בטח היא תקשיב בהתעניינות.
 מרינה: בעניין רב.
 ש: כן, כן.
 מרינה: כן."

(נספח לכתב ההגנה, עמ' 35, שורה 20 - עמ' 36, שורה 24).

מהתמליל לעיל עולה בבירור, כי היו "שיחות" בלשון רבים בין התובעת לחניכות שחרגו
 ממסגרת החונכות וביוזמן כי חריגות אסורות, השיחות לא הוקלטו.
 ואכן במערכת ההקלטות של שנת הלימודים 2012-2013 שמורות הקלטות של 22 שיעורים
 בלבד מתוך 80 שיעורים שהתובעת לימדה (נספח יב לכתב התביעה).
 זאת ועוד: במהלך עדותה ענתה התובעת לשאלת באת כוח הנתבעת כך:
 "ש. את הפסקת את ההקלטה בשיעור?
 ת. לפעמים כן ולפעמים לא...."
 (עמ' 12 לפרוטוקול, שורות 18-19).

8. אין ספק בעינינו כי הראיות שנסקרו לעיל מצביעות על כך שהתובעת לא קיימה, באופן
 מכונן, את ההנחיה להקליט את כל השיעורים וכל שיעור במלואו (וזאת גם בהינתן כי חלק
 מההקלטות חסרות עקב תקלות במערכת הממוחשבת אצל הנתבעת).

לנוכח כל האמור לעיל, באנו לכלל מסקנה כי יש לדחות את תביעת התובעת לפיצוי לפי חוק
 שוויון הזדמנויות.

34 מתוך 39



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

השימוע

9.

הנתבעת פעלה להבנתו כדין בכך שהזמינה את התובעת לשימוע לאחר שהתקבלה ממנהלת הפרויקט המלצה לשקול את הפסקת העסקות.

התובעת טוענת כי השימוע היה שלא כדין, החלטת הפיטורים התקבלה לפני מועד השימוע וההלך עצמו היה למראית עין / טקס בלבד, שאין מאחוריו ולא כלום.

לאחר ששמענו את עדותה של גבי גרין, מנהלת משאבי אנוש של הנתבעת שהשתתפה בשימוע מטעם הנתבעת, וקראנו את פרוטוקול השימוע, שוכנענו כי לא התקבלה החלטה על פיטורים בטרם השימוע וכי יש לקבל את החלטת הנתבעת לאחר השימוע הכל מהטעמים שלהלן:

- א. הרכב נציגי הנתבעת בשימוע היה נאות. מנהלת משאבי אנוש של הנתבעת בליווי יועצים משפטיים ראויים בעינינו לקיים את השימוע. בהינתן המלצתה של מנהלת הפרויקט, גבי עצמון, לשקול את סיום העסקת התובעת נכון בעינינו שהשימוע יערך על ידי בעל התפקיד הבכיר ביותר בארגון בתחום משאבי האנוש, שלו גם סמכות להורות על הפסקת העסקה.
- ב. התובעת ידעה היטב מה הטענות המועלות כלפיה. שיחתה עם גבי עצמון (נספח ז' לכתב התביעה), שעליה הגיבה בכתב, בשילוב מכתב הזימון לשימוע (נספח ט' לכתב התביעה) שהיה בנסיבות העניין מפורט דיו לטעמנו, הציגו בפני התובעת תמונה מלאה של הטענות שלהן עליה להשיב. אין אנו יכולים לקבל טענת התובעת שלא הבינה מה הטענות המועלות כנגדה. התובעת אף דיווחה לתלמידותיה לפני השימוע או סמוך מאד לאחריו על הטענה המרכזית שהוצגה כנגדה.
- ג. כך, בנספח ח' לתצהיר התובעת כלולה הודעת דואר אלקטרוני שנשלחה במועד שבין 16.4.13 ל-19.4.13 (השימוע התקיים ביום 18.4.13): "אני חונכת מצטיינת שלהם לשנת 2010-2011 פשוט השנה התחלפו לי רכזות וכנראה היחס כלפיי השתנה... והם טוענים שלא ניתן לדון בשיעורי מתמטיקה בנושאי דת חברה וחורות".
- התובעת ביקשה וקיבלה זמן רב להתכונן לשימוע.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

16 ימים חלפו מהמועד בו קיבלה התובעת זימון לשימוע ועד מועד השימוע.

ד. התובעת הייתה מיזגת ע"י יחפ"ש משפטי.
מפרטוקול השימוע ניתן ללמוד באופן ברור, כי כל מטרותם של התובעת ובא כוחה הייתה להוביל להצגת פיטוריה כפיטורים על רקע היות התובעת טרנסג'נדרית.
ניסיונות חוזרים ונשנים של הנתבעת באמצעות עו"ד טל קרת, שייצגה אותה, ביחד עם גב' גרין ומר אורי דפס, לקבל את תגובת התובעת לטענות ענייניות - עלו בתוהו.

שוכנענו כי התובעת ידעה היטב מה הטענות המופנות כלפיה ולא טרחה להוכיח לנתבעת שהטענות מופרכות או אף שתשנה את התנהלותה באופן שיחלום את דרישות הנתבעת במלואן.

על רצינותו של הליך השימוע ניתן גם ללמוד מהעובדה, כי לפחות טענה מרכזית אחת שהועלתה כלפי התובעת נזנחה בעקבותיו. כך, טענת התובעת כי לא עודדה את תלמידותיה להתנסויות מיניות עם בנות מינן התקבלה על-ידי הנתבעת ונזנחה.

התובעת טענה כי ההודעה שנמסרה לתלמידות על כך שהתובעת לא תמשיך להדריך אותן מהווה הוכחה כי הנתבעת קיבלה את החלטת הפסקת ההעסקה כבר בתום השיחה עם מנהלת הפרויקט, ולמעשה הנתבעת לא המתינה לשימוע "אמיתי".

בחנו את הסברי הנתבעת להוצאת ההודעה האמורה ומצאנו אותם סבירים בעינינו.
מנהלת הפרויקט הפסיקה את פעולת החונכות עד שתתייעץ עם הממונים עליה.
הפסקה זו לא מעידה על הפסקת ההתקשרות עם התובעת בהיעדר סמכות לכך למנהלת הפרויקט.

אנו מקבלים את עמדת הנתבעת כי להבנתה נוצר צורך מידי למנוע מהתובעת להמשיך ולשמש כחונכת עד לביור מלא של יכולתה ורצונה למלא אחר הנחיות מנהלת הפרויקט וזאת במסגרת הליך שימוע.

אנו מצטרפים למסקנת אב"ד, השופטת איצקוביץ על כך שהיו ליקויים בהליך השימוע אך מסיבות אחרות מאלו שהוצגו על-ידה. לדעתנו ליקויים אלה אינם מהווים פגמים מהותיים המובילים לבטלותו של ההליך. לדעתנו הליקוי העיקרי בשימוע נעוץ בכך שלא נמסר לתובעת כל ההקלטות שהיו ברשות הנתבעת.

בגין ליקוי זה, בשונה מדעת אב"ד, כב' השופטת איצקוביץ, אנו קובעים כי התובעת תהא זכאית לפיצוי בגובה 2 משכורות חודשיות לפי שכר קובע של 1,181.45 ₪, ובסך הכל 2,362.90 ₪.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

10. יחסי עובד מעביד

אנו מקבלים את קביעתה של אב"ד, השופטת איצקוביץ לפיה התקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים בתקופה הרלבנטית לתביעה.

עם זאת עלינו להעיר במבט צופה פני עתיד :
דרך העסקתה של התובעת דומה לזו של כ-800 סטודנטים המועסקים על-ידי הנתבעת בפרוייקטי החונכות. לא הייתה כל אפליה של התובעת כמועסק מוחלש בהיותה משתייכת לקבוצה של מאות מועסקים בתפקידי חונכות.
התובעת אף חתמה כ"מאשרת הסכם" על מכתב ההעסקה המפורט מיום 11.9.2012 (נספח א'2 לכתב התביעה) ובו גילוי מלא של אופן העסקתה.

הנתבעת, מט"ח, היא גוף מתוקצב שנוסד על ידי קרן רוטשילד ופועל למען קידום החינוך. תכנית נחשון המופעלת על-ידי הנתבעת מתוקצבת בכספי ציבור. לאור היותה של מט"ח גוף ללא כוונת רווח שמקור תקציבו בכספי ציבור, עליו לפעול ביעילות מרבית.

לצורך ביצוע תפקידיה במסגרת הפרוייקט על הנתבעת להעסיק סטודנטים בחונכות תלמידי תיכון.

הסטודנטים מועסקים באחוז משרה נמוך ביותר - כשעתיים עד 4 שעות בשבוע, היינו כ-10 15 אחוזי משרה - וזאת לתקופה מוגבלת של עד 10 חודשים בשנה ורק בתקופת לימודיהם באוניברסיטה.

לא נכון לדעתנו להטיל על גוף המעסיק כ-800 סטודנטים חונכים, באחוז משרה מזער, חובת העסקה ביחסים מלאים של עובד-מעביד.

הנתבעת מעסיקה את החונכים כ"פריילנסרים" ומטפלת היטב בהיבטי הביטוח הלאומי באמצעות יישום צו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבידים), תש"ל"ב - 1972. כך שומרת הנתבעת באופן מידתי על זכויותיהם של הסטודנטים המועסקים ונמנעת מעלויות גבוהות של טיפול מנהלי מכביד.

כשם שמיושם הסדר לפיו סטודנטים המועסקים בפרוייקט פרי"ח - מפעל החונכות לילדים ולבני נוער - פועלים כמתנדבים ולא מתקיימים יחסי עובד-מעביד, לא במפורש ולא במשתמע, וזאת אף שהם מקבלים "מלגת עידוד" בערך כספי המזכה את הסטודנט בכ-45 ₪ לשעת התנדבות (5,200 ש"ח בשנה אקדמית), כך לדעתנו יש לקבוע הסדר דומה לסטודנטים החונכים בפרוייקט זה של מט"ח.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

פרויקט נחשון במהותו עוסק בקידום מצוינות בפריפריה, מיועד לשיפור הישגיהם של תלמידי תיכון ופועל באמצעות סטודנטים החונכים תלמידי תיכון בדומה לאלו המועסקים בפרויקט פרי"ח. אין כל סיבה שלא להפעיל את עקרונות העסקת הסטודנטים החונכים בפרויקט פרי"ח על הסטודנטים בפרויקט נחשון.

11. פיצויי פיטורים והודעה מוקדמת

אנו מצטרפים לקביעתה של אב"ד, השופטת איצקוביץ.

12. פיצויים בגין עגמת נפש

משדחינו את התביעה לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין אנו דוחים את התביעה בגין עגמת נפש.

13. דמי הבראה

אנו מצטרפים לקביעתה של אב"ד, השופטת איצקוביץ.

14. פדיון חופשה

אנו מצטרפים לקביעתה של אב"ד, השופטת איצקוביץ.

15. אי הפרשה לפנסיה

אנו מצטרפים לקביעתה של אב"ד, שופטת איצקוביץ.

לסיכום:

הוחלט בדעת הרוב של נציגי ציבור עו"ד חנה גלאי ומר אורי שלוש – נגד דעת המיעוט של השופטת עידית איצקוביץ, לדחות את התביעה בכל הנוגע לטענת האפליה.

1. על הנתבעת לשלם לתובעת סכומים כדלקמן:

א. 2,362.90 ₪ בגין פגמים בהליך השימוע. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק אם לא ישולם תוך 30 ימים מיום המצאת פסק הדין.

ב. 2,362.90 ₪ בגין פיצויי פיטורים, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 1/6/2013 ועד יום התשלום המלא בפועל.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 791-06-13

- ג. 295.36 ₪ בגין השלמת תמורת הודעה מוקדמת, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 1/6/2013 ועד יום התשלום המלא בפועל.
- ד. 1,154 ₪ בגין אי הפרשה לפנסיה, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 1/6/2013 ועד יום התשלום המלא בפועל.
- ה. 428.50 ₪ בגין דמי הבראה, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 1/6/2013 ועד יום התשלום המלא בפועל.
- נוכח העובדה שמרבית רכיבי התביעה נדחו ולנוכח העלויות הכבדות שנכפו על הנתבעת לצורך ניהול ההליכים בבית הדין, כל צד יישא בהוצאותיו.
3. לצדדים זכות ערעור בפני בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, תוך 30 ימים מתאריך המצאת פסק הדין.
4. מזכירות בית הדין תשלח העתק מפסק הדין לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

ניתן היום, 13 מאי 2014, י"ג אייר תשע"ד, בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

מר אזורי שלוש
נציג ציבור (מעסיקים)

עידית איצקוביץ
שופטת

ע"ד חנה גלאי
נציג ציבור (עובדים)