

הפליה על רקע קריטריון שפה

מוגש לשרת העלייה והקליטה פנינה תמנו שטה

1. מבוא

כיום החוק הישראלי אוסר הפליה מחמת גזע, דת, קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא ועוד. אחת הבעיות בחוק היא שאין כל התייחסות להפליה על בסיס שפה. בעת האחרונה החברה הישראלית עדה למקרים רבים בהם ההפליה במתן שירות ואף בקבלה לעבודה נובעת משפת אימו של המועמד. כך, לדוגמה מעסיקים רבים מפצירים בעובדיהם לדבר עברית בלבד בשעות העבודה, וזאת גם אם אין כל חשש לחוסר תקינות בביצוע העבודה באם לא ידברו בעברית. כפועל יוצא מכך, מקרים אלו נמנים תחת הפליה מחמת גזע, על אף שהשפה היא מקור ההפליה. מטרת מסמך זה, היא לבחון את הצורך בתיקון החקיקה, כך שיוחל במישור החוקתי איסור להפליה מחמת שפה. לאור החוסר בחקיקה הן בישראל והן בעולם. מסמך זה מכיל סקירה מפורטת של המקורות המשפטיים והספרותיים הנוגעים לסוגיה. על סמך מקורות אלה, יוצגו במסמך המלצות שגובשו לשם פתרון הולם לבעיית החוסר בחוק ולהחלת הפליה על בסיס שפה בו.

2. תקציר מנהלים

← **סקירת חקיקה וספרות:** החוק הישראלי אינו מכיר בהפליה על בסיס שפה. ומסתפק בהפליה על בסיס גזע או לאום כמגשר על מקרים של הפליה על בסיס שפתי. מספר פסקי דין ניסו להתמודד עם מקרים בהם ההפליה במתן שירות או בקבלה לעבודה הייתה על בסיס שפה. אך, בכל זאת, השופטים סיווגו את ההפליה של הנפגע כהפליה על רקע לאום או גזע. כך נראה כי אין במשפט הישראלי התמודדות עם מקרים בהם ההפליה נעשתה על בסיס שפה גרידא. כך בעניין טאללין הרכב השופטים הכיר בהפליה, אך לא על רקע שפה אלא על בסיס לאום. שכן, החקיקה הקיימת אינה מעגנת את השפה כמאפיין מיוחד שעל-פיו אין להפלות אדם.¹

← **סקירה משווה:** לאור הנבדק בנעשה בבריטניה ובארצות-הברית נמצא כי המחוקק הזר לא הסדיר את מוטיב השפה כעילה להפליה או בסיס להתייחסות לא שוויונית. יחד עם זאת, הפסיקה במדינות אלו נמצאת במגמת התפתחות ומתחילה להכיר בשפה כבסיס להפליה, אך עדיין מגדירה אותה כהפליה על רקע לאום או מוצא אתני.

← **המלצות:** ראו המלצות בעמוד 16.

¹ יפורט בהמשך עניין טאללין ר' סקירת פסיקה.

3. רקע

הזכות לשוויון הוכרה כזכות-בת של כבוד האדם.² כפועל יוצא מהכרה זו, הפליה הינה התנהגות הסותרת את הזכות לשוויון ובכך פוגעת בכבוד האדם.³

החוק הישראלי אוסר על הפליה על בסיס גורמים שונים. למרות גיוון האוכלוסיות בישראל- ומכאן השפות הרבות בהן אזרחי המדינה מדברים- אין כל איסור הנוגע להפליה על בסיס שפה. כך נוצר מצב אבסורדי בו כל מקרה המגיע לפתחו של בית-המשפט וברור נוגע בהפליה על רקע שפה, מוכרע כהפליה על רקע לאום או גזע.

אנו עדים למקרים בהם אדם שעברית אינה שפת אימו עלול לחוות יחס מפלה בעת חיפוש עבודה או במקום העבודה. כך לדוגמא, עובדים שדוברים את השפה הערבית מתבקשים שלא לדבר בשפתם בשעות העבודה גם אם הדבר אינו מפריע לעבודה התקינה. בני העדה האתיופית לעיתים מתקשים להיכנס למסגרות חינוך- כמו גן או בית-ספר- משום שאותן מסגרות סוברות שהילד אינו דובר עברית ברמה מספקת.

ברור כי הפליה זו אינה על רקע גזע או לאום, שכן עוסקת כולה בשפה אותה המועמד מדבר. אי-לכך נוצר חוסר חמור בדין הישראלי שאינו מסוגל להגן כראוי על אותם אזרחים.

4. סקירת חקיקה וספרות

חקיקה

הפליה תעסוקתית היא תופעה עולמית. כדי להתמודד עמה, חוקקו במדינות רבות חוקים האוסרים על הפליה ומגנים על שוויון ההזדמנויות של הקבוצות המופלות.

בישראל הוכר עקרון השוויון עוד במגילת העצמאות.⁴ אף ששוויון אינו מוגדר במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵ הגישה המקובלת בפסיקה ובספרות המשפטית רואה בו זכות חוקתית הנגזרת מחוק זה.

מלבד חוק היסוד יש בישראל חקיקה ענפה שתכליתה מניעת הפליה, ובמיוחד באיסור על הפליה צרכנית כמו גם הפליה תעסוקתית - בדמות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה שהינו החוק הישראלי העיקרי למניעת הפליה מסוג זה, וחוק זה הוא במדרג של חקיקת מגן.⁶ סעיף 2(א) לחוק אוסר, בין היתר, על הפליה מחמת מין, נטייה מינית, מעמד אישי, גיל, היריון, טיפולי פוריות, הורות, גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, השקפה, שיוך מפלגתי או שירות מילואים. סעיף 15(ד) מוסיף ואוסר על מעסיקים להפנות שאלות למתראיין או לעובד, במישרין או בעקיפין, בנושאים המשתייכים לקטגוריות המפורטות.

כמו כן, רף ההוכחה הנדרש מן הטוען להפליה נמוך יחסית: עליו להוכיח ראשית ראייה בלבד, כדי להעביר את נטל ההוכחה למעסיק, וזאת מן הסיבה כי ישנו קושי בהוכחת הפליה.

² ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 481, 486-487 (1951).

³ בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996).

⁴ הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התשי"ח 1 (להלן: ההכרזה).

⁵ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ס"ח התשנ"ו 150.

⁶ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

בנוסף, מכוח סעיף 18(א-טו) לחוק הוקמה בשנת 2009 הנציבות לשוויון הזדמנויות בעבודה וניתנה לה סמכות נרחבת לטפל בתלונות של עובדים בגין הפליה. בכלל זה, קיבלה הנציבות את הסמכות לעריכת בירורים ובקשת נתונים ממעסיקי, ואף להגיש תביעות אזרחיות בשם העובד או באופן עצמאי. נוסף על כך, הנציבות פועלת להעלאת המודעות להפליה ולקידום שוויון בשוק העבודה בעזרת פעילות הסברה והדרכה והגשת מידע וייעוץ לפונים אליה.⁷ בנוסף, מכוח סעיף 10 לחוק זה ישנה סמכות ייחודית לבית הדין, במקרה של הפרת החוק להורות על שני סוגי סנקציות על המפר - פסיקה פיצויים ללא הוכחת נזק (ככל שהוכחה הפליה) עד לסכום של 120,000 ₪ - סכום פיצוי גבוהה כדי להרתיע מעסיקים רבים ככל הניתן; מתן צו מניעה או צו עשה אם הענקת פיצויים בלבד מוכרעת כלא צודקת.

כחלק מהמאמצים לקידום שוויון בהעסקה נחקקו מספר דברי חקיקה העוסקים בייצוג הולם במגזר הציבורי, קרי בשירות המדינה ובחברות הממשלתיות. מדובר בחקיקה המחייבת מתן העדפה למועמדים בשלב ההעסקה לפי השתייכותם לקבוצות אוכלוסייה מסוימות המיוצגות בחסר וסובלות מהפליה (חוק החברות הממשלתיות, סעיפים 18א, 18א1, 50א, 50ב, 60ב).⁸ שלא כמו חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, חקיקת ייצוג הולם אינה עוסקת במניעת הפליה כשלעצמה אלא בקידום שוויון, כלומר היא אינה ממוקדת בהתנהלות אלא בתוצאה – העלאת ייצוג בקרב קבוצות המיוצגות בחסר. כך, סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) דורש שבקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, יהיה "ביטוי הולם, בנסיבות העניין" לייצוגם של אוכלוסיות שהוגדרו כזכאיות לכך, כאשר אחת מהאוכלוסיות הינם בני העדה האתיופית.⁹

חוק החברות הממשלתיות מתווה מדיניות דומה בעניין חברות ממשלתיות, תאגידים ציבוריים וגופים אחרים שהוקמו בחיקוק.¹⁰ לפי סעיף 50א, יינתן ביטוי הולם בקרב עובדי החברות הממשלתיות לבני העדה האתיופית. סעיף 50א(ב) לחוק מפרט שקידום ייצוג הולם יבוא לידי ביטוי הן בייעוד משרות למועמדים מקרב קבוצות הזכאיות לייצוג הולם, והן במתן עדיפות למשרות ולדרגות מסוימות למועמדים מקרב קבוצות הזכאיות, בתנאי שהם בעלי כישורים דומים לכישורי מועמדים אחרים.

אף שההסדרים החוקיים מתמודדים באופן רחב עם תופעת ההפליה, הם מטפלים באופן פרטני בכל אוכלוסיית יעד, ולטובת יישום הוראות החקיקה התקבלו החלטות ממשלתיות שקבעו יעדי העסקה קונקרטיים עבור כל מגזר בנפרד.¹¹ עם זאת, נדגיש שהחוקים הללו חלים על המגזר הציבורי לבדו ונוגעים לשלב ההעסקה בלבד.

אם כן, נראה כי יש ניסיונות, בעיקר במגזר הציבורי, למנוע הפליה בקרב יוצאי אתיופיה, אך על אף כל זאת אין כלל התייחסות בחקיקה הישראלית להפליה או לשוויון על בסיס שפה, הכוללת בין היתר מבטא, אוצר מילים מצומצם ועוד.¹² כיום, בשוק העבודה ניתן לראות הפליה על רקע שפה כאשר מעסיקים אסרו על עובדיהם לדבר בשפתם, כגון אמהרית, ואף לא קיבלו לעבודה אנשים שאינם דוברים עברית כשפת אם ואין לכך שום סנקציה בחוק או אכיפה מטעם המדינה לחולי זה. זאת בניגוד לסוגי הפליה אחרים כגון: ארץ, מוצא לאום וכדו' שכן חוסים תחת החקיקה הישראלית ואסורים במקרים מסוימים.

⁷ רון חרמון ואחי "אפליה תעסוקתית בישראל" **מחקר מדיניות** כ 121 (2018) (להלן: רון חרמון).

⁸ חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132 (להלן: חוק חברות ממשלתיות).

⁹ חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, ס"ח 86.

¹⁰ ס' 50א לחוק חברות ממשלתיות.

¹¹ "ייצוג הולם למגזרים מסוימים" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1503.1 (התשס"ג).

¹² יפורט בהמשך בסקירת תקשורת, ר' עמ' 9.

דצמבר, 2020

כמו כן, ישנו חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות ציבוריים¹³. בדברי ההסבר להצעת החוק נזכר כי מטרת החוק היא להילחם בתופעה של הפליה אסורה בכניסה למקומות ציבוריים או באספקת מוצר או שירות.

סעיף 3 לחוק הפליה במוצרים ושירותים¹⁴, האוסר על הפליה במתן שירות או מוצר. אמנם, גם חוק זה אינו מכיל הפליה על בסיס שפה, אלא על בסיס גזע, דת, לאום, ארץ מוצא ועוד.

בשנת 2018 ניסו לתקן את החוק ולהוסיף מאפייני הפליה אסורים כמו חזות או מראה פיזי. ואכן בתיקון השני לחוק נוסף בסעיף 3(ג1) שהפליה תהיה גם תנאים שלא ממין העניין¹⁵.

פסיקה

בשנים האחרונות אנו עדים לתופעת ההפליה במקומות עבודה על בסיס דעות קדומות, הקשורות לקבוצה אתנית מסוימת¹⁶. משום הלקונה הקיימת בחוק, כאשר מקרים של הפליה על רקע שפה הגיעו לפתחי בתי-המשפט, נאלצו השופטים לסווג את ההפליה כהפליה על בסיס לאום או ארץ מוצא. וזאת למרות הכרת בית-המשפט בחשיבות השפה וכמה היא חלק בלתי נפרד מהאדם.

בבג"ץ עדאלה¹⁷, עמד הנשיא ברק על חשיבות הזכות ללשון ולשפה, והציג מספר תכליות לזכות זו. בין היתר, קבע ברק כי השפה היא חלק בלתי נפרד מאישיותו של האדם¹⁸. השפה, לדעת הנשיא, היא כלי בידי הפרט בכדי ליצור קשר עם זולתו. השפה מקבלת מעמד משמעותי במיוחד כאשר היא שפתו של המיעוט, מכיוון שהיא מייצגת תרבות ומסורת, שהם ביטוי לפלורליזם חברתי.

תכלית נוספת לזכות ללשון ולשפה, היא הבטחת השוויון. על-פי ברק, לא נוכל להזניח את זכויותיו של הפרט הנמצא במיעוט במדינתנו בשל שפתו. עלינו לפעול אקטיבית על מנת שהפרט יוכל לממש את מלוא זכויותיו למרות ששפתו אינה עברית. כך, למשל, בכדי להבטיח שהציבור הערבי יוכל להנות משירותי העירייה בדומה לציבור היהודי, עלינו להבטיח שהשילוט בדרכים יכתב גם בערבית¹⁹.

יתרה מכך, לזכות ללשון ולשפה, לדעת ברק, מעמד מיוחד נוכח העובדה שזו הוזכרה בהכרזת העצמאות²⁰. שם, קבעה מדינת ישראל כי תבטיח חופש דת, מצפון, לשון ותרבות. לפרט יש זכות להתבטא בלשון הרצויה לו, כחלק מחופש הביטוי וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו²¹.

בהמשך דבריו, הנשיא בדימוס ברק מסתייג במעט מאמירותיו. הוא עומד על חשיבותה של השפה העברית במדינת ישראל. בין היתר, מציין כי השפה היא כלי בכדי לשמור על אחדות ולכידות²². בנוסף, מזכיר את

¹³ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים).

¹⁴ ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים.

¹⁵ ס' 3(ג1) לחוק איסור הפליה במוצרים.

¹⁶ ר' למשל: בתיה בן הדור, עליזה אבן חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייגר, דפנה שרון, ינון כהן וגיא מודלק "בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על-ידי מבחני היענות" **עבודה חברה ומשפט** יא 381, 382 (2005).

¹⁷ בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, נו(5) 393 (2002) (להלן: **עניין עדאלה**).

¹⁸ שם, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

¹⁹ שם, בפסקאות 16-19 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

²⁰ ההכרזה.

²¹ שם, בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

²² שם, בפסקה 21 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

היותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. מתוקף כך, שפתה הרשמית היא עברית. כך, כל פעולה שיש בה בכדי לפגוע במעמדה של השפה העברית, פוגעת באחד מערכי היסוד של מדינת ישראל.²³

הנשיא בדימוס ברק קובע שכשאנו נשאלים לגבי פעולה הנגזרת מהזכות ללשון, עלינו לבצע איזון בין התכליות הללו.²⁴ בעניין המדובר, יש לדאוג שהשילוט בדרכים יהיה גם בשפה הערבית, שכן אין בקביעה זו פגיעה במעמדה של השפה העברית. כך, ניתן לשמר מעמדה של השפה העברית מחד, וקידום ערכים של סובלנות והכלה מאידך.²⁵ בפסק-דין ראם מנהדסים בע"מ,²⁶ ציין הנשיא בדימוס ברק את "מבחן הוודאות הקרובה".²⁷ דהיינו, במתח שבין האינטרס המדיני בשמירה על מרכזיותה של השפה העברית ובין החופש ללשון ושפה מנגד - האינטרס הראשון ייסוג כל אימת שקיימת ודאות קרובה כי עמידה על אינטרס זה תביא לפגיעה קשה וממשית בחופש הביטוי.²⁸

לאמירותיו של הנשיא בדימוס ברק בפסק-דין עדאלה הסתייגות נוספת - הן תקפות כלפי השפה הערבית גרידא, מפני שזוהי שפתה של הקבוצת מיעוט הגדולה בישראל, ומעמדה כשפה רשמית.²⁹

השופט דורנר מוסיפה ואומרת שהזכות ללשון של המיעוט הערבי מתבטאת הן בהגנה מפני איסור השימוש בשפתו והן בחובה פוזיטיבית של הרשויות לאפשר למיעוט לחיות את חייו במדינת ישראל בשפתו.³⁰

חשין, לעומת זאת, סובר כי אכן, יש למיעוט הערבי זכות ללשון - כלומר, לדבר בשפתו ככל שירצה, אך אין למדינה חובה פוזיטיבית להביא זכות זו לכדי מימוש.³¹

ניתן ללמוד מפסק-דין זה, שכלל השופטים מאמינים ודוגלים בכך שהזכות לשפה שרירה וקיימת. מרביתם אף סוברים כי על המדינה חובה פוזיטיבית לממש את זכות זו. יחד עם זאת, פסק-דין זה נוגע לשפה הערבית בלבד ואינו מביא כל התייחסות למעמדן וחשיבותן של שפות אחרות.

החוק העיקרי העוסק בעניינינו הוא, כאמור, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. ישנו ויכוח בפסיקה האם רשימת סוגי ההפלות המנויות בסעיף זה סגורה³² או שמא ניתן להוסיף לרשימה זו סוגי הפליה אחרים, בכדי ליצור הוגנות ושיוון.³³

אלו התומכים בסברה לפיה החוק מונה רשימה סגורה, מוצאים תימוכין לכך בסעיף 6 לחוק, המפנה לעילות ההפניה המנויות בסעיף 3. ההנחה היא, שאילו זו הייתה רשימה פתוחה, הסעיף לא היה מדייק להפנות לסעיף ספציפי.³⁴

²³ שם, בפסקה 20 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

²⁴ שם, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

²⁵ שם, בפסקה 23-24 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

²⁶ ע"א 105/92 ראם מנהדסים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993).

²⁷ שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט א' ברק.

²⁸ שם.

²⁹ עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק.

³⁰ שם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר.

³¹ שם, פסקה 20 לפסק דינו של השופט מ' חשין.

³² ר' למשל: ע"א (מחוזי ת"א) 41592-04-12 אריה שוורץ נ' גלינה בר בע"מ (בפירוק/עיכוב הליכים) (פורסם בנבו, 16.10.2013). (להלן: עניין שוורץ); בר"ע (י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול השקעות נ' ארז מור (פורסם בנבו) (2008).

³³ ר' למשל: ע"א (מחוזי חיפה) 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' יצחק מזרחי עמ' 17 (פורסם בנבו, 07.01.2008). (להלן: עניין רמות

מנשה); ע"א (מחוזי נצרת) 198/09 ניסים סרור נ' חברת רזיזנט מיוזיק בע"מ עמ' 10 (פורסם בנבו, 05.11.2009). (להלן: עניין

סרור)

³⁴ עניין שוורץ, לעיל ה"ש 16, פסקה 13 לפסק דינו של השופט י' ענבר.

מנגד, אלו הטוענים כי מדובר ברשימה פתוחה, מסתמכים על סעיף 1 לחוק, המגדיר את מטרת החוק, לקדם את השוויון ולמנוע הפליה.³⁵ יטענו, כי האמירה הכללית הזו אינה מתיישבת עם הסברה כי רשימת העילות היא סגורה. המחוקק לא יכול לחשוב על כל סוגי ההפליה, ולכן ציין מספר דוגמאות.³⁶

נראה, כי בית המשפט אכן מתייחס בכובד ראש להפליה על בסיס לשון, גם מבלי שזו מעוגנת בחוק. כך, למשל, בית-המשפט קיבל תביעתם של הורים, אשר ילדיהם האתיופים הועברו לגן ילדים אחר מהסיבה שהם אינם יודעים עברית. זאת לאור החלטת העירייה שבגן ילדים אחד, מספר הילדים אשר אינם יודעים עברית לא יעלה על שלוש.³⁷ בית המשפט פסק כי אותו גן ילדים לא בחן מהי רמת שליטתם של הילדים בעברית, ועל כן אינם יכולים לדעת האם הילדים מתאימים לגן. באם הילדים הועברו לגן אחר מבלי סיבה מוצדקת, הרי שהבחנה אינה במקומה. בית המשפט השתמש בפסיקתו בחוק איסור הפליה במוצרים, וקבע שמדובר על הפליה על בסיס גזע וארץ מוצא.³⁸ מפסיקה זו ניתן להסיק, כי על אף שסעיף 3 לחוק איסור הפליה אינו כולל הפליה על בסיס לשון, השופטים נכונים להכיר בהפליה מסוג זה, והם מעגנים אותה בתור הפליה על בסיס גזע, או, לחלופין, ארץ מוצא.

מסקנה זו מתחזקת בפסק-הדין חנדקלו,³⁹ שם נקבע כי העדר שירותי ספרייה ציבורית בשפה הערבית שולל את זכותם של התושבים הערבים ללשון ולשפה, וזוהי הפרה של חוק איסור הפליה בשירותים ומוצרים.⁴⁰ נאמר שם כי הפרדה בין אזורים ופרטים על בסיס השתייכות לאומית או שפה היא פסולה ולא חוקית ונוגדת את הזכות לשוויון.⁴¹

חוק נוסף רלוונטי לעניינינו הוא חוק שיוון הזדמנויות בעבודה.⁴² יש ברשותנו פסיקה ענפה בנוגע לעניין זה. אמירה כללית היא כי השוויון במקום העבודה והיחס השווה לכל עובד הם חלק בלתי נפרד מיחסי העבודה התקינים בעידן המודרני.⁴³ באופן ספציפי יותר, ישנו מקרה בו נבחנה השאלה האם מעסיק שמחייב את עובדיו לפנות ללקוחות בשפה העברית רק במשפט הפתיחה, פועל בהפליה אסורה המנוגדת לחוק שיוון הזדמנויות בעבודה.⁴⁴ נקבע, כי באם מדובר רק במשפט הפתיחה, כאשר אין לדעת באיזה שפה מדבר הלקוח, הדרישה הגיונית וסבירה. עם זאת, הדיון סבב סביב האמירה שלפרט יש זכות להתבטא בלשון הרצויה לו. הדרישה מטעם המעביד בעניינינו היא פועל יוצא של טעמים ענייניים, והיא ממוקדת ונובעת מצרכי העבודה.⁴⁵ נראה, כי הדרישה אינה מפלה נוכח היותה הגיונית, סבירה ומידתית בנסיבות העניין. בהתחשב בדיון המעמיק, נוכל לשער כי ככלל, השופטים מכירים בכך שלפרט ישנה זכות לדבר בשפתו גם במסגרת עבודה.

³⁵ ס' 1 לחוק איסור הפליה במוצרים.

³⁶ עניין רמות מנשה, לעיל ה"ש 28.

³⁷ ת"א (שלום ב"ש) 2359/05 טאללין קסטה - ב"כ עו"ד יצחק דסה נ' עיריית ערד עמ' 3 (פורסם בנבו, 16.03.2010) (להלן: עניין טאללין).

³⁸ שם, עמ' 6.

³⁹ עת"מ (מינהליים נצ') 62608-03-15 ראויה חנדקלו נ' עיריית נצרת עילית (פורסם בנבו, 30.03.2015)

⁴⁰ שם, עמ' 17-18.

⁴¹ שם, עמ' 14-15.

⁴² חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שיוון בעבודה).

⁴³ ע"ע 1407/01 פידלמן – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי, פסקה 6 לפס"ד של הנשיא ס' אדלר (17.10.04, לא פורסם).

⁴⁴ תע"א (אזורי חי') 4281-07 עו"ד מוחמד לביב - גבעת עוז אלון החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2010).

⁴⁵ שם, בעמ' 29.

דברים אלה מתחזקים נוכח פסק-דין דנילוביץ' העוסק ביחס לפרט במסגרת עבודתו, בו הנישא בדימוס ברק קבע כי כל הפליה היא פסולה, אך אלה מחולקות לדרגות שונות.⁴⁶ לאחר מכן, ברק מציין מספר עילות הפליה שהן החמורות ביותר לטענתו, והפליה על בסיס לשון היא אחת מהן.⁴⁷

יתר על כן, נקבע בפסק-דין אלקטרו קובי בע"מ,⁴⁸ כי הסדר לפיו אסור לערבים לדבר בשפתם בזמן העבודה הוא הסדר מפלה, ונוגד את זכות האדם לשפתו והזכות לשוויון.⁴⁹ בפסק דין זה, השופט עיגן את קביעתו בחוק שיוון הזדמנויות בעבודה, סעיף 2(א), תוך שימוש בעילות גזע, דת, לאום או ארץ מוצא.⁵⁰

הזכות לשוויון במקום העבודה חשובה והכרחית נוכח העובדה שבהפרתה יש לפגוע גם בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.⁵¹ יתרה מכך, קובעת השופטת אלישבע ברק כי לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הזכות לשוויון "עלתה כיתה" והיא כיום זכות חוקתית.⁵² חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קשור בטבורו לזכות לשוויון בעבודה, וזאת מפני שחלק ניכר מחיינו אנו מבליים בעבודה ועל כן, הפליה והשפלה במקום העבודה זהו דבר שראוי לגנות באופן חריף.⁵³

כללי השוויון ואיסור הפליה אלו הם כללי צדק והגינות שחברה מתוקנת לא תוכל לחיות בלעדיהם, והמשפט נחלץ בכל-כוחו להגן על המקופח שלא-כדין ועל מי שהופלה לרעה.⁵⁴

גם לחוק איסור הפליה במתן שירותים ומוצרים ישנו קשר ישיר לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.⁵⁵ בדברי ההסבר לחוק אף נקבע כי: "בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם."⁵⁶ דברים אלו רלוונטיים לעניינינו, מפני שהשתייכות לקבוצה כוללת בתוכה גם לאום ארץ מוצא, אותן החוק מכניס כעילות הפליה.⁵⁷ שלהן יש קשר ישיר לשפה. למען הסר ספק, דברי ההסבר קובעים כי החוק אוסר על הפליה בשוק הציבורי והפרטי גם יחד.⁵⁸

ספרות

הזכות לשוויון הינה אחת מהזכויות הבסיסיות והמוסכמות ביותר בחוק הישראלי. על הפגיעה בשוויון אמר בית המשפט, כי "היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם... אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה".⁵⁹ איסור על אדם לדבר בשפת האם שלו בעוד שלאדם שדובר עברית מותר לעשות כן בשפת אמו פוגע בשוויון. ניתן לומר שהנקודה בה מופר השוויון וקמה ההפליה היא כשאדם מתייחס לרעהו כשונה ונחות

⁴⁶ בג"ץ 712/94 אל-על נתיבי אויר ישראל נ' יונתן דנילוביץ' ובית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(5) 749, 765 (1994).

⁴⁷ שם.

⁴⁸ ת"א (שלום טב') 13291-05-11 אלקטרו קובי בע"מ נ' חדשות 10 בע"מ (פורסם בנבו, 24.09.2017).

⁴⁹ שם, עמ' 11.

⁵⁰ שם, עמ' 12.

⁵¹ דבי"ע (עבודה ארצי) 129-3/נו שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, לג 481, 491 (1999).

⁵² שם, בעמ' 419.

⁵³ שם.

⁵⁴ בג"ץ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, נא(3) 289, 322 (1997). (להלן: עניין רקנט).

⁵⁵ דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 2871, 370

(להלן: דברי הסבר לחוק).

⁵⁶ שם.

⁵⁷ ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים.

⁵⁸ דברי הסבר לחוק, לעיל ה"ש 38; ר' גם עניין רקנט, לעיל ה"ש 37, עמ' 362.

⁵⁹ בג"ץ 953/87 ואח' פוח נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, עמ' 332, השופט ברק.

ממנו.⁶⁰ בנוסף, איסור על דיבור בשפה שאינה עברית יוצר פגיעה משמעותית בעובדים ובכבודם, והוא אינו מידתי באשר הוא מוחל באופן גורף ואינו תחום באופן היוצר איזון בין זכויות העובדים לחובותיהם במקום העבודה.

נראה כי הספרות מבחינה בין שני סוגי הפליה: הפליה ישירה (treatment disparat) והפליה עקיפה (impact disparate).

הפליה ישירה מתבטאת במתן יחס שונה לפרט מעצם השתייכותו לאחת הקבוצות המוגנות, מדובר בקבוצות פגיעות במיוחד, אשר יחס שלילי כלפיהן יגרום להדרתן מין החיים החברתיים והכלכליים. מתוך הגדרה זו, הוחלט שאת ההפליה יש לבחון מנקודת הראות של הפרט, האיסור להפלות מבוסס על ההנחה שזכותו של הפרט להישפט על פי כישוריו האישיים ולא על פי השתייכותו הקבוצתית. הפליה ישירה יכולה להתרחש כאשר תפקיד כלשהו מוגבל לחברי קבוצה מסוימת כגון הקביעה שנשים אינן יכולות להיות טייסות, שדיילות אוויר חייבות להיות צעירות וכו'.

החריג לכך הוא כשההתחשבות בהשתייכות הקבוצתית מתחייבת מאופי התפקיד או ממהותו. לדוגמה: התחשבות בדת במינוי לתפקיד של מחנך בבית ספר דתי או התחשבות במין לצורך תפקיד בהצגה.⁶¹

הפליה עקיפה מתבטאת באמות המידה לבחירה או להערכת הפרט בנק' כמו גיוס לעבודה, קידום, פיטורים, קביעת המשכורת והטבות. אמנם הן ניטרליות כשלעצמן אך הן בכל זאת הן משפיעות על חברי קבוצה מוגנת ולא על אחרים, כלומר, שחברי הקבוצה המוגנת יתקשו לעמוד בדרישה מסוימת.⁶² על פי גישה זו, כדי להעמיד לדין את אותו מעסיק אין צורך בקשר סיבתי מחייב בין הטעם הפסול להחלטתו, מספיק שהשיקול הפסול "הכתיים" את שיקול הדעת. בניגוד להפליה הישירה, הפליה זו נבחנת מנקודת מבט של הקבוצה המוגנת כולה. הנזק נגרם לא רק למועמד הספציפי שלא התקבל משום שלא עמד בקריטריון, אלא לקבוצה הנתקלת בחסם שאינו מוצב בדרכן של הקבוצות האחרות.⁶³

לעניינו הפליה על רקע שפה יכולה להיות הן ישירה והן עקיפה- מחד, מקרה בו אדם יופלה לרעה במקום עבודתו כיוון שדיבר עם העובדים או הלקוחות בשפה זרה ולא בעברית, קרי הפליה ישירה; מנגד, מקומות עבודה הדורשים עברית כשפת אם גם אם אין באמת סיבה מהותית לכך (כגון עבודות ללא מתן שירות) קרי, הפליה עקיפה.

האיסור המוגדר בחוק גם אינו נוגע לכוונה להפלות אלא לעצם קיומו של יחס לא שוויוני בפועל, ככל שיחס כזה נובע מאחד הטעמים האסורים המוגדרים בחוק (מין, גיל, גזע וכיוצא באלה). כלומר, די בתוצאה מפלה כדי להצביע על הפליה, ואין צורך בהוכחת כוונה להפלות. רף ההוכחה הנדרש מן הטוען להפליה נמוך יחסית: עליו להוכיח את קיומה של הפליה לכאורה בלבד כדי להעביר את נטל ההוכחה למעסיק.⁶⁴

נציבות שוויון זכויות בעבודה קובעת כי הפליה על בסיס שפה היא אסורה. במאמר שפורסם נאמר שמתוך חוק שוויון הזדמנויות בעבודה עולה כי לעובד יש זכות לדבר בשפה זרה במקום עבודתו אלא אם יכול המעסיק להראות שיש בכך פגיעה בביצוע התפקיד. יש לפרש את החריג בס' 2(ג) באופן צר כך שההגבלה על

⁶⁰ גרשון גונטובניק, הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות - בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014).

⁶¹ טליה שטיינר **שוברים אי שוויון: התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי** 17 (2013).

⁶² ר' לעיל ה"ש 2.

⁶³ שם.

⁶⁴ רון חרמון, ר' לעיל ה"ש 6, בעמ' 19.

שימוש בשפה תותר רק במקרים בהם אסֵהדבר מתחייב מאופי וממהות התפקיד. ההפליה בין עובדים מותרת רק כאשר היא קשורה באופן מהותי ליכולתו של העובד לבצע את התפקיד הנדרש ממנו.⁶⁵

ישנה דעה בספרות אשר מתנגדת לתיקון החוק והוספת עילת הפליה על בסיס שפה.⁶⁶ לפי אסכולה זו, הסיבה להבחנה בין העילות המחייבות שוויון לכאלה שאינן מחייבות שוויון משקפת במידה רבה את התרבות הרווחת, ערכי היסוד, ההתפתחות החברתית והרווחה הכלכלית. גורמים אלה משתנים ממקום למקום ומזמן לזמן, ולפיכך קשה לקבצם לרשימה אחידה של קריטריונים. אולם אולי כך יהיה קל יותר להבין מהן העילות שיזכו להגנה ואיזה לא.⁶⁷

לטענתם, עילות אשר יזכו להגנה במסגרת ההפליה הן מאפיינים חברתיים הנכפים על אדם בשעת לידתו ואינן ניתנים לשינוי. המשפט יטה להגן על שונות מולדת ומקובעת (כגון מין וגזע למשל) מאשר שונות הפיכה כמו מצב משפחתי, עיסוק וכיו"ב) בנוסף, מאפיינים נוספים אשר יזכו להגנה הם מאפיינים שבמהותם הם עוצמתיים ורחבי היקף. ככאלה, יש להם יכולת להפוך את בעלי אותו מאפיין מאוסף של יחידים אינדיבידואלים לקבוצה אשר מופלת על בסיס אותו השוני. דבר זה גורם להפליה להיות בולטת ופסולה באופן מיוחד. לכן עילות כמו הגזע, המין והמוצא יזכו להגנה רחבה יותר מאשר עילות ה**שפה** ומקום המגורים אשר אינן מסווגות בדרך כלל, כקבוצה מאוחדת באינטרסים שלה. מכל מקום, עלפי רוב האינטרסים המשותפים שלהם אינם חזקים דיים לשם יצירת הזדהות פנימית ועוינות חיצונית ברמה הנדרשת לקיומה של הפליה קבוצתית.⁶⁸

תקשורת:

בשנים האחרונות המציאות הישראלית חווה מספר מקרים של הפליה על בסיס שפה. דוגמא לכך הוא מקרה אשר עוסק בהחלטת הנהלת סניף "מקס ברנר" בנמל תל אביב לאסור שיחה בין עובדים בשפה הערבית, עקב תלונתו של לקוח.⁶⁹ בתגובה להחלטה זו, עורכת הדין גדיא ניקולא שלחה מכתב מהארגון להנהלת הרשת המבקש להתיר את האיסור בשימוש השפה הערבית בין העובדים, וכן דרישה לפרסם קבל עם ועדה בין העובדים הנחיה מפורשת המבהירה שלא חל איסור על השימוש בשפה הערבית בין עובדי הסניפים. וזאת בטענה כי הוראה האוסרת על עובד את השימוש בשפת אימו במקום עבודתו מהווה הוראה בלתי חוקית על רקע הפלייתי. הוראה שכזו פוגעת בזכויותי הבסיסיות של העובד אשר בראשן הזכות לכבוד, שוויון וחופש ביטוי. יתר על המידה, נטען כי ההוראה דגן מפרה את הוראותיו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, האוסר על מעביד להפלות בין עובדיו ובכלל זה בתנאי עבודתם, מחמת לאום, מין, גזע, דת וכיו.⁷⁰ ועוד, נטען כי עצם האיסור המוטל על העובד לדבר בחופשיות בשפת אימו, משריש ומחזק את ה"חשדנות" כלפיו, ויוצר כתוצאה מכך סביבת עבודה עוינת כלפיו, המתייגת אותו כ"הערבי".

"עצם האיסור המוטל על עובד לדבר בשפת אימו, משריש ומחזק גישה של 'חשדנות' כלפיו וכלפי 'האחר', במקרה זה 'הערבי', ויוצר אווירת עבודה עוינת כלפיו... למותר לציין גם, כי "העדפותיהם" של לקוחות,

⁶⁵ משרד העבודה והרווחה "מדברים באותה שפה"

[.employment.molsa.gov.il/publications/publications/doclib/kulanu.pdf](https://www.employment.molsa.gov.il/publications/publications/doclib/kulanu.pdf)

⁶⁶ יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל עמ' 165 (2000).

⁶⁷ שם, בעמ' 225

⁶⁸ בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, נב(3) 630, פסקה 40 לפסק הדין של השופט חשין (1998).

⁶⁹ תיקי גולן "מנהלת מסעדה לעובדים: "אני לא מוכנה יותר שידברו ערבית"" ynet (2.5.2019)

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5502820,00.html

⁷⁰ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ר' ה"ש 5.

בעניין השפה בה ישתמשו עובדי המקום ביניהם, אינן רלוונטיות לעניין ואינן גורעות במאומה מהדברים שצוינו לעיל בדבר אי-חוקיות האיסור שהוטל על העובדים להשתמש בשפה הערבית".

בתגובה כתבה מנהלת הסניף לעובדות כי כבר העירה להן מספר פעמים על השימוש בשפה הערבית, וטענה שזאת לאור העובדה כי גם חלק מהעובדים לא מבינים, אך גם היות והלקוחות לא מבינים את הנאמר, וכתוצאה מכך חוויתם מבית העסק נפגעת. לטענתה, הסיבה העומדת מאחורי הבקשה אינה מגיעה מגזענות, היא לא מעוניינת למנוע מהעובדים לדבר בשפת אימם, אך היא חפצה ליצור הרמוניה ואחדות בין כולם בכך שכולם ידברו שפה אחידה.

אמנם ישנו חריג, אשר יש לפרשו בצמצום על-פי פסיקת בתי-הדין לעבודה, והוא בדמות הפליה מותרת הקשורה בטבורה ליכולתו של העובד לבצע את התפקיד הנדרש ממנו. נטל ההוכחה לחיוניותה של ההפליה במסגרת העבודה גרידא מוטל על המעסיק.

טענת הנציבות היא כי איסור על דיבור בשפה שאינה עברית יוצרת פגיעה משמעותית בעובדים ובכבודם באופן שאינו מידתי כאשר הוא נקבע בצורה שרירותית וגורפת ללא תיחום המאזן בין זכויות העובדים לחובותיהם במקום עבודתם. באיסור שכזה דבק החשש להפליה בתנאי העסקה על רקע מוצא ולאום.

מקרה נוסף העוסק בהפליה על בסיס שפה הוא החלטתם של בכירים ברשת ארומה בתל-אביב, אשר הורו לזכייניהם כי על עובדי הרשת לדבר בפני הלקוחות בעברית בלבד. עיגון להוראתם ניתן למצוא בספר הנהלים לזכיינים, בו הנהלת הרשת מורה תחת הסעיף "כללי התנהגות בזמן המשמרת", כי "בזמן העבודה, ליד הלקוחות, צריך לשוחח בעברית בלבד".⁷¹

עורכת דין דגנית לפידור טוענת כי דרישה זו נגועה בהפליה. אין להפלות עובדים בתנאי עבודה. ערבית למשל היא שפה רשמית במדינת ישראל.⁷² "אם אומרים לעובד שאסור לו לדבר בשפה שלו זה מריח כמו הפליה."⁷³

גורם שעובד ברשת מספר כי התקבלו תלונות מלקוחות שלא הרגישו בנוח לשמוע עובדים מדברים ביניהם, ולכן ביקשו מהעובדים הערבים שלא לדבר ביניהם או לצעוק אחד לשני בערבית.

סניף ארומה תל-אביב הגיב לדברים בטענה כי ארומה אינה אוסרת על העובדים לדבר ביניהם בשפה זרה, אלא דורשת הענקת שירות ללקוחות בדלפק בעברית בלבד וזהו זה. ההנחיה לדבר בעברית בלבד נובעת מתלונות של לקוחות שהרגישו חוסר נעימות כאשר עובדי הסניף שוחחו ביניהם בשפה שאינה עברית. כמו כן, מוסיפה ארומה כי מעסיקה עובדים רבים ממגוון תרבויות, ואף ישנם זכיינים רבים של הרשת שהם ערבים. הסיבה היחידה להנחיה היא רצון לנהוג בנימוס סביב הלקוחות באמצעות דיבור בשפתו.

⁷¹יעל מרום, "סניף "ארומה" אסר על העובדים לדבר ערבית מול הלקוחות" שיחה מקומית (29.3.2017)

<https://www.mekomit.co.il/%D7%9E%D7%A0%D7%94%D7%9C%D7%AA-%D7%A1%D7%A0%D7%99%D7%A3-%D7%90%D7%A8%D7%95%D7%9E%D7%94-%D7%90%D7%A1%D7%A8%D7%94-%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%91%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%93%D7%91%D7%A8>

⁷² חוק יסוד: ישראל- מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח 898 התשע"ח.

⁷³ ר' לעיל ה"ש 3.

דצמבר, 2020

מקרה נוסף בהפליה על בסיס שפה הוא מקרה העוסק במכתב האזהרה אשר שיגרה נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה במשרד התמ"ת אל רשת מוצרי החשמל "ביג-אלקטריק"⁷⁴. המכתב נשלח עקב החשד כי הנהלת הרשת אוסרת על עובדיה לדבר בשטח החנויות בשפה שאינה עברית, כגון ערבית ורוסית. הנציבה הארצית לשוויון הזדמנויות בעבודה, עורכת דין ציונה קינג-יאיר, כותבת בפנייתה למנכ"ל "ביג אלקטריק" כי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר על הפליה בין עובדים שונים, בין היתר על רקע לאומיותם וארץ מוצאם. היא מציגה במכתבה תלונות התומכות בחשדות כי בסניפי הרשת יש מדיניות המקדמת הפליה על בסיס שפה. בנוסף, מהתלונות עולה כי אכיפת ההנחיה נעשתה רק לגבי עובדים ערבים, ואחד מהם אף פוטר מעבודתו ברשת עקב אי ציות להנחיה, בכך ששוחח עם עובד אחר בערבית.

לדידה של קינג-יאיר, הפליה אסורה לא רק במקרים בהם היא מתרחשת באופן ישיר כלפי קבוצה מוגדרת, אלא הפליה יכולה להתבטא גם בצורה עקיפה באמצעות דרישות שאינן מתאימות לחלק גדול של קבוצה מופלגת. לכן, מסיבה זו לדבריה יש חשד להפליה על רקע לאום ומוצא בתנאי העבודה ופיטורים שכן איסור זה פוגע רק בעובדי הרשת שהינם דוברי ערבית ורוסית, ולא ברור כיצד איסור כללי המוטל על עובדים לשוחח ביניהם בערבית או ברוסית מהווה דרישה שמתחייבת באופיו וממהותו של התפקיד אותו הם ממלאים. העבודה, עלולה להיות הפליה אסורה מחמת לאום ומוצא, בקבלה ובתנאי העבודה, וזאת בניגוד לחוק.

בתגובה לדבריה, הרשת טוענת כי היא אינה מפלה בין עובדיה. לטענתם, הקביעה להתנהלות בשפה העברית בלבד מגיעה עקב תלונות של עובדים יהודים וערבים כאחד כי המצב בו חבריהם למחלקה משוחחים ביניהם בשפות זרות, יוצרת מבוכה ואי נעימות.

5. משפט משווה

בריטניה

בבריטניה 7.7% מהאוכלוסייה אינה דוברת אנגלית כשפת אם ובכל זאת נראה כי עדיין המשפט הבריטי לא שם פעמו על סוגיית ההפליה על רקע שפה.⁷⁵

חקיקה:

בבריטניה נחקק בשנת 2010 את חוק השוויון.⁷⁶ החוק אינו מזכיר בהוראותיו את השפה כרקע עליו יש לתת יחס שווה, כמו כן אינו מזכיר כי יחס שונה על בסיס שפה הינו עילה להפליה. יחד עם זאת, סעיף 9, המגדיר מהו יחס לא שוויוני, מזכיר יחס שונה על בסיס גזע. יתרה מכך, גם התייחסות שונה למאפיין מוגן של אותה קבוצת גזע היא בגדר הפליה. ניתן להסיק כי התייחסות שונה לאדם בשל שפת-אמו הינה התייחסות לא שווה ואף מפלה, שכן ניתן להגדיר שפה כמאפיין מוגן (כפי שיפורט בסקירה על ארצות-הברית).

סעיף 13 לחוק מגדיר מהי הפליה ישירה- התייחסות שונה לאדם בשל מאפיין מוגן. כמו כן, סעיף קטן (5) קובע כי הפליה על בסיס גזע היא התייחסות שונה לאדם בשל מוצאו ואף הפרדת אותו אדם מאחרים תחשב

⁷⁴ חיים ביאור, "משרד התמ"ת לביג אלקטריק: האיסור על דיבור בערבית - לא חוקי The Marker (22.8.2010) <https://www.themarker.com/career/1.581231>

⁷⁵ Hannah cheasley- UK: Avoid Discrimination Based on Language Proicieency (July 11 2019) <https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/employment-law/pages/global-uk-language-proficiency-discrimination.aspx>
⁷⁶ Equality Act, 2010, c. 15 (Eng)

דצמבר, 2020

גם היא כיחס לא שווה. נראה כי מתוך הגדרת ההפליה הישירה ניתן להסיק כי הפליה על בסיס שפה היא הפליה עקיפה. כלומר, אדם מופלה לאו דווקא משום שהוא שייך ללאום מסוים, אלא מכיוון שהוא מדבר את שפת הלאום. כך המוצא אולי לא "משחק פקטור", אך שפת האם כן. לכן, אפשר לבצע ניתוח מסעיף זה כי אין להפלות על בסיס שפה שכן מדובר בהפליה עקיפה.⁷⁷

יתרה מזאת, סעיף 39 לחוק קובע כי למעסיק אסור להפלות את עובדיו בשלושה מובנים-

(1) בתנאי הקבלה לעבודה שהמעסיק מציב.

(2) בתנאי העבודה של העובד.

(3) לא להציע לאדם ספציפי את המשרה מטעמי הפליה.

כמו כן, סעיף 55 לחוק מחיל את איסור אי השוויון גם במתן שירות או במכירת מוצר.

פסיקה:

רוב הפסיקה הבריטית לא עוסקת בהפליה על בסיס שפה, אלא בעיקר הפליה מטעמי גזע או לאום. יחד עם זאת, פסק-דין **Khawaja** שיצא בשנת 2019 מדברת על הפליה על רקע שפה.⁷⁸ התובע היה עובד ממוצא פקיסטני מדרום אסיה, כחלק מתפקידו היה עליו לקחת חלק בשיחות ועידה שהיוו הזדמנות להכשרה ופיתוח. למרות זאת, הממונה על התובע מנעה ממנו להשתתף בשיחות אלו. כששאל את מעסיקתו על הסיבה, ענתה לו כי מכיוון שאינו דובר אנגלית כשפת אם, היא מנעה ממנו להשתתף בשיחות מתוך חשש שייתן מידע שגוי עקב ידיעותיו הלקויות באנגלית.

לאחר שעבר מחלקה ובכל זאת מנעו ממנו להשתתף באותן שיחות, התפטור התובע. בבית-הדין לענייני עבודה טען כי הפלו אותו על בסיס גזע. ביה"ד פסק פה אחד לטובת העובד וקבע כי יחס שונה של המעסיקה משום שהעובד אינו דובר אנגלית כשפת-אם זוהי הפליה על בסיס גזע.⁷⁹

למרות שהעילה בפסק-הדין הייתה הפליה על בסיס גזע, הרקע להכרעת בית-הדין היא בעצם בהפליה על בסיס שפה, שהעובד לא דיבר אנגלית כשפתו הראשונה.⁸⁰

לאחר פרסום פסק-הדין הועלו מסקנות לכל הנוגע להפליה על בסיס שפה במרחב העבודה. כך לדוגמא, מעסיקים חייבים להיות זהירים ולא להניח הנחות בנוגע לבקאות השפה של העובד על סמך הלאום שלו. כמו כן, על המעסיקים להימנע מלהתייחס בצורה פחות טובה לעובדים ששפת האם שלהם אינה אנגלית. בנוסף, מעסיק לא יכול לאסור על עובד לדבר בשפה שאינה אנגלית בשעות העבודה, אלא אם זה מפריע למהלך התקין של העבודה. במידה ומעסיק לא יעמוד בכל אלו, יהיה חשוף לתביעה בגין הפליה על בסיס גזע.⁸¹

מחקרים:

*Can employer insist their workers speak English in the workplace?*⁷⁷
<https://www.shoosmiths.co.uk/insights/articles/can-employers-insist-their-workers-speak-english-in-the-workplace-4004>

Mr. A Khawaja v. Transport for London, (2018) 10 Eng. (employment tribunals)⁷⁸

⁷⁹ שם, בעמ' 2.

⁸⁰ שם.

*Putting up Language Barriers: Discrimination Against Speakers of English as an Additional Language*⁸¹
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4b0c6e00-121b-402a-919e-489201cd6dce>

השנה נעשה מחקר באוניברסיטת לונדון (Queen Mary University of London & the University of York) בנוגע להשפעת המבטא על התושב ששפת האם שלו אינה אנגלית.⁸² המחקר מצא כי במידה ונשלח למעסיק קורות חיים של מועמד ששמו מעיד עליו כי הוא חלק ממיעוט אתני, מועמד זה ככל הנראה לא יקבל פנייה חוזרת. וזאת בניגוד למועמדים "לבנים" עם קורות חיים זהים.⁸³

כמו כן, 76% מהמעסיקים הודו כי הם מתנהגים בצורה מפלה כלפי אדם בעל מבטא זר ואילו רק 3% מהמעסיקים רואים במבטא (וכך גם בשפה שאינה אנגלית) כמאפיין מוגן (ר' לעיל סקירה חוקית). יתרה מזאת, הובאה דוגמה כי כאשר מעסיק במשרד עורכי-דין ישאל מועמד לעבודה שאלה משפטית, יראה בתשובה כתשובה "טובה" אם ניתנה ממועמד ללא מבטא זר.

ארצות-הברית

חקיקה:

החלק השביעי בחוק זכויות האדם הפדרלי מתייחס לעבירות ההפליה.⁸⁴ אולם, הוא אינו מתייחס להפליה על רקע שפה. עם זאת, החוק אוסר הפליה על רקע מוצא אתני (national origin).⁸⁵ אף שלא זהה להפליה על רקע שפה, לעיתים הבסיס דומה, שכן, בניס למהגרים ממוצא מסוים לרוב מדברים בשפת הוריהם. עם זאת, מעסיק יכול למעשה לאסור על דיבור שפה שאינה אנגלית ולהעניש את המפרים.⁸⁶ כדי להילחם בתופעה הועדה לשוויון הזדמנויות בעבודה (EEOC) העבירה תקנה שמפרשת את הפרק הרביעי בחוק זכויות האזרח.⁸⁷ תקנה זו מכירה בכך ששפתו העיקרית של הפרט היא לרוב מאפיין מוצא לאומי חיוני, ולמעשה מונעת התנכלות מצד מעסיקים בסביבת העבודה. אולם, החלטה תעסוקתית המגבילה שימוש בשפה עשויה להיות לגיטימית אם השפה "מפריע באופן מהותי לביצועי העבודה".⁸⁸

בקליפורניה הוסדר האיסור על הפליה על בסיס שפה בחקיקה.⁸⁹ נכתב שם שהאיסור מוגבל למקרים בהם ההבחנה הנעשית על רקע שפה היא מוצדקת מקצועית והכרחית. כלומר, כשאין חלופה רלוונטית או כשהמעסיק הודיע לעובד על הנסיבות ועל המועד מדוע עליו להימנע מלדבר בשפה מסוימת או מדוע עליו לדבר בשפה מסוימת. מהחוק אפשר להסיק שיש הגבלה של זמן להוראת המעסיק. במדינות כמו אלסקה,⁹⁰

*Accent Bias in Britain Attitudes to accent in Britain and Implications for Fair Access*⁸²
<https://accentbiasbritain.org/wp-content/uploads/2020/03/Accent-Bias-Britain-Report-2020.pdf>

⁸³ שם, בעמ' 7.

⁸⁴ SEC. 2000e of the Civil Right Act of 1964

<https://www.eeoc.gov/statutes/title-vii-civil-rights-act-1964>

⁸⁵ שם, Section 703; שם, Section 201(a); שם, Section 202; שם, Section 301(a); שם, Section 401(b); שם, Section 402; שם, Section 601; שם, Section 410; שם, Section 407(2).

⁸⁶ כפי שיובא בהמשך.

⁸⁷ קישור לתקנה שה-EEOC תיקנו –

<https://casetext.com/regulation/code-of-federal-regulations/title-29-labor/subtitle-b-regulations-relating-to-labor-continued/chapter-xiv-equal-employment-opportunity-commission/part-1606-guidelines-on-discrimination-because-of-national-origin/16067-speak-english-only-rules>
ומציין את עיקרי הדברים שמהווים מבחינתם הפליה על בסיס שפה - <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/fact-sheet-immigrants-employment-rights-under-federal-anti-discrimination-laws>
- EEOC - קישור למדריך האכיפה של ה-EEOC
https://www.eeoc.gov/laws/guidance/eeoc-enforcement-guidance-national-origin-discrimination#_Toc451518821
(פרק V עוסק בהפליה על רקע שפה).

⁸⁸ Raad v. Fairbanks N. Star Borough Sch. Dist., 323 F.3d 1185, 1195 (9th Cir. 2003).

⁸⁹ Gov. Code, § 12951, subd. (a)

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=GOV§ionNum=12951
⁹⁰ State of Alaska, Policy on Anti-Discrimination and Equal Opportunity. שם החוק אוסר גם הפליה ע"י מבטא (יותר דומה לשפה ממוצא אתני, אבל עדיין לא מדובר בשפה), או משום שנראה שהם בעלי רקע אתני מסוים (גם אם הם לא).
http://doa.alaska.gov/dop/fileadmin/Equal_Employment/pdf/EEOP_Policy_Statement.pdf

אריזונה,⁹¹ הוואי,⁹² איידהו,⁹³ מונטנה (בה החוק מתייחס רק למגזר הציבורי)⁹⁴ ועוד הייתה הסדרה של הנושא בחקיקה, אך לא צוין במפורש שההפליה תהיה על רקע שפה. החוק אוסר הפליה על-בסיס מוצא לאומי (כמו בחקיקה הפדרלית).

פסיקה:

הפסיקה תחילה לא הכירה בכלל בהפליה על בסיס שפה (ראי פרשת גרסיה), אך לאחר פשרת Gutierrez היא החלה לקבל את התקנה שהוועדה תיקנה וקבעה שבמקרים מסוימים הפליה על בסיס שפה תתפרש כהפליה על בסיס מוצא אתני. עם זאת, ניתן לראות שאין עדיין חזקה שמדובר בהפליה ועל התביעה להוכיח שאכן הייתה פגיעה לא שוויונית (ובחינה זו משתנה בין הרכב שופטים כזה לאחר), כלומר בית המשפט בוחן כל מקרה לגופו ואין הלכה ברורה.

1. Garcia⁹⁵ - פסק-דין זה הוא בבחינת מייצג להלכה הישנה שהייתה נהוגה במדינה. הקטור גרסיה, אמריקאי ממוצא מקסיקני תובע את מעסיקו בטענה שהוא מפלה אותו בכך שאוסר על עובדים העוסקים בעבודות מכירה לדבר ספרדית בעבודה. בית המשפט לערעורים פירש את ההפליה על רקע מוצא אתני כשונה מהפליה על רקע שפה (שאינה קבועה בחוק), ולכן קבע שלא מדובר בהפליה. בית המשפט גם קבע שמדובר בהחלטה שאינה שרירותית, מכיוון שלא מדובר במדיניות קשוחה מידי (סבר שהעובדים לא צייתו בשל העדפה אישית ולא בשל חוסר יכולת) או כזה המטילה נטל מסיבות פסולות (על רקע גזעני-צבע עור/אתני). גם אם המדיניות פוגעת באוכלוסייה מסוימת בדיעבד, לא מדובר במעשה פסול מכיוון שהסיבות למדיניות כשרות.

2. Gutierrez⁹⁶ - שינוי בהלכת גרסיה. עתירה של אמריקאית ממוצא היספאני העובדת כפקידה בבית המשפט. העתירה מתארת התנגדות לכלל שפרסמה הנהלת בית המשפט, לפיו אסור לעובדי בית המשפט לדבר בשפה שאינה אנגלית, אלא אם הם מתרגמים משהו במסגרת עבודתם. לאחר מכן, הכלל תוקן לכך שיהיו חריגים בשעות ההפסקה. בית המשפט הפדרלי קבע שלכלל לא הייתה השפעה עסקית רלוונטית (אם הייתה כזו, הנתבע יכול היה להתחמק מטענת ההפליה הואיל ומדובר על הבחנה רלוונטית לטובת העסק). בנוסף, שפה מהווה מאפיין מזהה של מוצא אתני, ולכן הפליה על-בסיס שפה עלולה להוות הפליה מכוונת על רקע אתני.⁹⁷ למרות שבית המשפט הכיר באינטרס הלאומי החשוב שיש בשימוש השפה הלאומית, בית המשפט מצא כי הכלל הנדון אינו משיג למעשה את התוצאה.⁹⁸ בדומה, בית-המשפט דחה

⁹¹ A.R.S. § 41-1463

⁹² <https://codes.findlaw.com/az/title-41-state-government/az-rev-st-sect-41-1463.html>
national ancestry ולא Hawai'i Employment Practices Act, HRS 378-2 (origin)

⁹³ <https://www.hawaii.edu/uho/clear/home/HRS378.html>
Idaho State Legislation, Title 67: State Government and State Affairs, Chapter 59: Commission and Human Rights,

⁹⁴ <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title67/t67ch59/sect67-5909/>
Mont. Code § 49-3-201 – איסור הפליה בקידום עובדים במגזר הציבורי על רקע אתני.
⁹⁵ <https://casetext.com/statute/montana-code/title-49-human-rights/chapter-3-governmental-code-of-fair-practices/part-2-duties-of-governmental-agencies-and-officials/section-49-3-201-employment-of-state-and-local-government-personnel>

⁹⁶ Mont. Code § 49-3-202 – איסור הפליה על בסיס אתני בקבלה לעבודה במגזר הציבורי.
<https://casetext.com/statute/montana-code/title-49-human-rights/chapter-3-governmental-code-of-fair-practices/part-2-duties-of-governmental-agencies-and-officials/section-49-3-202-employment-referrals-and-placement-services>

⁹⁷ Garcia v. Gloor, 618 F.2d 264 (5th Cir. 1980), cert denied, 449 U.S. 1113 (1981).
⁹⁸ Gutierrez v. Municipal Ct., 838 F.2d 1031 (9th Cir. 1988), c, 109 S. Ct. 1736 (1989). (להלן: פרשת גוטיירז)
⁹⁷ שם, בעמ' 1039; ציטוט מהרגולציה של ה EEOC - 29 C.F.R. § 1606.7(a) (1987).

⁹⁸ גוטיירז, לעיל הי"ש 5, בעמ' 1042 ("The prohibition of intra-employee Spanish communications, therefore, did not)
"effectively promote a single language system"

את טענת הנתבע כי המעסיק היה זקוק לכלל כדי למנוע את הפיכת המשרד ל"מגדל בבל", וקבע כי סביר להניח שהתקשורת הספרדית הפועלת בין העובדים לא תיצור שיבוש גדול יותר ממה שהיה קיים. בערעור לבית המשפט העליון נקבע שמדובר בכלל מפוקפק, אך בית המשפט לא נימק את החלטתו (בכך הקשה על ערכאות נמוכות ליישם את ההלכה שעיגן). בפסק-הדין "קבוצת עסקים אמריקאים-אסיאתיים" בית המשפט המחוזי השתמש בהלכת גוטיירו באמצעות נימוקי בית המשפט הפדרלי שיישאו על כנס.⁹⁹

3. Garcia v. Spun Steak Co.¹⁰⁰ - פסק-דין זה מהווה ניגודיות להלכה שנקבעה בגוטיירו ולתקנת ה- EEOC. מדובר בתביעה שהגישו עובדים דוברי ספרדית בחברת מזון בארה"ב נגד מדיניותה החדשה לפיה עליהם לדבר רק באנגלית בשעות העבודה, ורק בזמן ההפסקה הם יכולים לדבר בספרדית. בית המשפט ציין שכל עוד לא הוכח שלכלל הייתה השפעה שלילית על חיי העובדים לא ניתן לקבוע כי מדובר בהפליה,¹⁰¹ ולכן דחה את תביעת העובדים. החלטת בית המשפט נשענה על הסברה שבחירת העובד לדבר בשפה כלשהי היא בשל העדפתו ולא בשל חוסר יכולת.

4. EEOC v. Premier Operator Services, Inc.¹⁰² - הנציבות תבעה את החברה בטענה שהיא עברה על חוק זכויות האדם הפדרלי בכך שהפלתה בין אזרחים דוברי אנגלית שאינם דוברים שפה אחרת, לאזרחים הדוברים שתי שפות (שפה נוספת מלבד אנגלית). החברה העסיקה עובדים הדוברים שתי שפות – אנגלית וספרדית, כדי שיוכלו לטפל בלקוחות הדוברים ספרדית. אולם, היא הגבילה אותם לדבר ספרדית אך ורק כשעזרו ללקוחות, בעוד שביתר הזמן היה עליהם לדבר באנגלית בלבד. זאת, על אף שבדרישות התפקיד לא צוינה הדרישה לדעת לדבר באנגלית. העונש על אי ציות לכלל הוא פיטורין, וכך היה לשורה של עובדים שסירבו לחתום על ההסכם המחייב אותם לדבר באנגלית ופוטרו. נציבות שוויון ההזדמנויות הגישה עתירה לבית המשפט המחוזי במדינת טקסס שקיבל את טענתה וקבע כי מדובר על הפליה על רקע מוצא אתני, ובנוסף מתח ביקורת חריפה על כך שהכלל לא היה תחום לאזור מסוים, כמו למשל בחדר שלהם בעבודה (הכלל חל אפילו בשעות ההפסקה של העובדים כשהם נמצאים בחדר המנוחה).

5. Maldonado¹⁰³ - מעסיק שנקט במדיניות המחייבת את העובדים לדבר באנגלית בעבודה, למעט במקרים בהם הוא צריך לדבר עם אזרח שאינו שולט בשפה האנגלית. המדיניות החריגה שימוש בשפה שאינה אנגלית רק לשיחות פרטיות בין עמיתים לעבודה המתרחשות בהפסקות או שלא בשעת העבודה, כל עוד לא נעשה שימוש ברכוש עירוני. בנוסף, המדיניות אפשרה לתקשר עם בני משפחה בשפה שאינה אנגלית בתנאים מסוימים. מספר עובדי עירייה תבעו את העירייה בטענה שמדיניותה בפועל שונה מזו הכתובה ולמעשה אוסרת שימוש בשפה שאינה אנגלית אלא אם נמצא בקרבת מקום עובדים נוספים מהחברה הדוברים ספרדית. בכך, המדיניות סותרת את החלק הרביעי לחוק זכויות האדם (החלק העוסק בהפליה). הערכאה הראשונה דחתה את התביעה, אבל ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה וקבעה שמדובר בהפליה. בית המשפט קבע כי עובדי התובעים אינם חייבים להוכיח יחס שונה, אלא הם צריכים להראות שבמדיניות החברה הייתה השפעה שונה עליהם בשל מוצאם האתני (הם לא יכולים לדבר בשפת האם שלהם – גם אם הם אמריקאים הם מגיעים ממוצא לטיני ושפת-האם שלהם היא ספרדית). במקרה כזה, על המעסיק הנטל להוכיח צורך עסקי למדיניות השפה.¹⁰⁴

⁹⁹ Asian American Business Group v. City of Pomona, 716 F. Supp. 1328 (C.D. Cal. 1989)
¹⁰⁰ Garcia v. Spun Steak Co., 998 F.2d 1480, 1483 (9th Cir. 1993)

¹⁰¹ שם, בעמ' 1490.

¹⁰² EEOC v. Premier Operator Services, Inc., 113 F. Supp. 2d 1066 (N.D. Tex. 2000)

¹⁰³ Maldonado v. City of Altus, 10th Cir., No. 04-6062 (Jan. 11, 2006)

¹⁰⁴ שם, בעמ' 1303-1304.

דצמבר, 2020

6. El v. Max Daetwyler Corp¹⁰⁵ - בית המשפט דחה תביעה להפליה על בסיס מוצא אתני של עובד שהתבקש על-ידי מעסיקו להפסיק לברך אנשים במקום עבודתו בערבית. זאת, מכיוון שטענותיו לא עמדו בתקנים החוקיים לקבוע עילת תביעה של הפליה בשפה. בית המשפט סבר שהתובע לא טען כי הוא הופלה על בסיס שפה, ולכן תקנות ה-EEOC אינן רלוונטיות. אולם, בית-המשפט הכריע כי החוק אינו מגן במפורש על זכותו של אדם לדבר בשפתו במקום העבודה, ולכן אין לו זכות כזו שלא מתוקף התקנה. קרי, בית המשפט סובר שההגנה מפני הפליה על-בסיס שפה אינה מתוקף חקיקה ראשית, אלא כלל המשתמע מכך מבחינה חוקית-נורמטיבית.

7. Joseph v. North Shore Hospital¹⁰⁶ - עובדת בית-חולים תובעת את מקום עבודתה בטענה שהופלתה מכיוון שדיברה בצרפתית. בית המשפט דחה את תביעתה מכיוון שטען שלא הביאה ראיות לכך. כלומר, אין חזקה שמדובר בהפליה כאשר עובדת שדוברת בשפה זרה טוענת כי הפלו אותה. נטל ההוכחה הוא עליה, ובית-המשפט לא ממהר לקבוע כי מדובר בהפליה, ככל שלא הוכחה ראשית ראייה.

לסיכום, נראה כי ישנה התפתחות בפסיקה האמריקאית. כך תחילה לא הייתה כלל הכרה על הפליה על בסיס שפה (ר' פרשת Garcia). יחד עם זאת, לאחר פרשת Gutierrez הוחלט שהפליה על בסיס שפה תתפרש כהפליה על בסיס מוצא אתני. אמנם עדיין אין הלכה ברורה בנוגע להפליה על בסיס שפה וכי כל מקרה נבדק לגופו.

6. דיון והמלצות

ישראל ידועה במדינה בה יש ריבוי שפות, אזרחי המדינה מגיעים ממדינות שונות ולכן מדברים שפות שונות. לאור סקירת האירועים שקראו בארץ, מתעוררת תחושה כי המעסיקים מרגישים בנוח יותר לאסור על שימוש בשפה זרה, שכן אין איסור זה נחשב להפליה בדין הישראלי. לפיכך, לאור חוסר החקיקה ולאור ההבנה שהחברה הישראלית מורכבת מאזרחים ששפתם היא לא רק עברית, עולה הצורך בתיקון המצב הקיים, לראות עינינו.

המלצותינו שיוצגו להלן יתבססו על תיקון החקיקה הקיימת במקום חקיקת חוק חדש. מצאנו כי הפסיקה מגינה על הנפגעים מהפליה בצורה נאותה תוך שימוש בחקיקה הקיימת. לכן מצאנו כי באם תתווסף עילת השפה לחוק הקיים, בית-המשפט יהיה מסוגל להחילה בצורה ישירה במקום להגן על הנפגעים תוך שימוש בעילה שאינה מתאימה. לאור המחקר על הנעשה בישראל ובעולם מצאנו כי ישנו שוני מהותי בין הפליה על בסיס שפה לבין הפליה על בסיס לאום או ארץ מוצא. שכן, מעסיק יכול להעסיק עובד מארץ שונה שאינה ישראל, ובכל זאת לאסור עליו לדבר בשפתו. כך מצאנו כי הלאום או ארץ מוצאו של העובד לא "משחק" פקטור בקבלתו לעבודה וכי לאחר שמתחיל לעבוד מרגיש את ההפליה, שהיא על רקע שפה.

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה:

מצאנו כי יש להוסיף בסעיף 2 לחוק כי מעסיק אינו יכול להפלות בין עובדיו מחמת שפה. מעבר לשינוי הסעיף, מצאנו לנכון כי על המחוקק להגדיר מהי הפליה על בסיס שפה. קרי, אין למעסיק למנוע מעובדיו לדבר בשפת אמם, או בכל שפה זרה אחרת, בשעות העבודה וזאת כל עוד אין הדבר מפריע למהלך התקין של העבודה.

¹⁰⁵ El v. Max Daetwyler Corp (2011)
¹⁰⁶ Joseph v. North Shore Hospital (2011)

בכך ייפתר המצב בו מעסיקים מכחישים התנהגות מפלה משום שאוסרים לדבר שפה שאינה עברית בעבודה, בטענה כי קיבלו את אותו אדם לעבודה.

בשונה מארצות-הברית אין לאכוף את האיסור במגזר הציבורי בלבד, אלא גם במגזר הפרטי. אכן קיים קושי להגבלת החופש במגזר הפרטי ובכל זאת אנו סבורים כי יש להחיל איסור הפליה על רקע שפה גם במגזר זה במתן אפשרות תובענה לנפגע. כך, עובד יכול לתבוע את מעסיקו בגין הפליה על רקע שפה. כפי שאותו עובד יכול לתבוע את מעסיקו בגין הפליה על רקע מין או גזע, כך יוכל לתבוע על הפליה על בסיס שפה.

יחד עם זאת, ראוי לציין כי איסור זה על המעסיק עלול להוביל לריבוי תביעות נגד המעסיק. אי-לכך יש להחיל להסדר חריג בדומה לחקיקה בקליפורניה. המעסיק יוכל לאסור על עובדיו לדבר בשפה שאינה עברית כל עוד אין הדבר מפריע למהלך התקין של העבודה ונעשה מסיבה מוצדקת, הכרחית ומקצועית. כך לדוגמא, יחול איסור על העובד לדבר בשפה זרה כל עוד משרת לקוחות שמבינים עברית ואינם זקוקים לשירות בשפה הזרה.

כמו כן, החריג יהיה רלוונטי כאשר המקצוע מצריך שימוש בשפה העברית כמו עריכת-דין, או מלצרות. לכן, במקצועות הדורשים שימוש בשפה העברית, המעסיק לא יוכל לאסור על עובדיו לדבר בשפה זרה כל עוד זה רלוונטי למהלך התקין של העבודה.

משום שנראה כי החריג להמלצה יכול להתפרש כמושג שסתום, לכן יש להגביל את החריג למקצועות הדורשים שירות לקוחות בצורה כזו או אחרת ורק בעת שירות הלקוח.

חוק איסור הפליה בשירותים, מוצרים וכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים:

מצאנו כי יש להוסיף לסעיף 3 בחוק **איסור הפליה מחמת שפה** לאור עניין **טאללין קסטה**.¹⁰⁷ קיימת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים עקב שפתו של המבקש להיכנס. כך גם ישנה הפליה כאשר אדם שפת אימו אינה עברית מעוניין לקבל מוצר מסוים. כך, אין להפלות אדם בקבלת מוצר או כניסה למקומות ציבוריים משום שאינו מדבר עברית בשל הסיבות שנמנו. מיותר לציין כי אם מבקש השירות אינו דובר כלל את שפתו של נותן השירות, אי מתן שירות על סמך שפה יראה לגיטימי.

כפי שהראתה סקירת הפסיקה, ישנה הפליה חמורה בכניסה למוסדות לימוד וזאת על רקע שפת אימו של התלמיד. שכן, התלמיד לא נכנס למוסד הלימוד משום שידעתו בעברית אינה מספקת. לכן, ראוי שאיסור ההפליה ישים דגש גם על כניסה למוסדות לימוד.

יתרה מזאת, נראה כי איסור על הפליה על רקע שפה תואמת את התיאוריה הכלכלית של המשפט. לפי תיאוריה זו יש להתייחס לשיקול של יעילות, הקובע כי דבר יעיל כאשר המצב לא יכול להיות טוב יותר כל עוד אחר לא הופך לרע יותר.¹⁰⁸ אי לכך, ניתן לטעון כי אין זה יעיל להפלות על בסיס שפה. לכן, למוסד לימוד, לדוגמא, יעיל שלא להפלות על רקע שפה. במידה ויפלו המצב לא יהיה "טוב יותר" משום שיהיו חשופים לתביעות רבות.

בנוסף, אם מעסיק יאסור על עובד לדבר בשפת אימו בשעות העבודה, לא יצליח למשוך לקוחות שדוברים את אותה שפה.¹⁰⁹ מעבר לכך, אותו מעסיק יתקשה לקבל עובדים שמתאימים לתפקיד, אך שפת אמם אינה

¹⁰⁷ פרשת טאללין, ר' לעיל ה"ש 33.

¹⁰⁸ לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן "דיני עבודה" הגישה הכלכלית למשפט 477, 479 (אוריאל פרוקציה, עורך).

¹⁰⁹ ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית", עמ' 15

portal.idc.ac.il/en/ilea/previousmeetings/documents/medina.pdf

דצמבר, 2020

עברית.¹¹⁰ כך לדוגמא, אם מעסיק יודע שיש קונים רבים שדוברים שפה שאינה עברית, ירצה לקבל עובדים שדוברים את אותה השפה.

ראוי להדגיש כי מצאנו לנכון להטיל את נטל הראייה על התובע-הנפגע כפי שנעשה בארצות-הברית וזאת מכדי למנוע ריבוי תביעות.

לסיכום, מצאנו כי ראוי שהחוק הישראלי יכלול בתוכו הפליה על רקע שפה. כך, לדעתנו, מדינת ישראל תצטד צעד נוסף לעבר יחס שווה לכל אדם באשר הוא אדם.

מסמך זה נכתב על-ידי: ראשת הצוות- שירה ברמץ ; דני בומבך, עדן סיבוני, עמיחי סלע, יעל צביאל, עדי רמתי וטל שהרבני.

נבדק על-ידי:

אושר לפרסום על-ידי:

בברכה,

מרכז 'עומק' – עיצוב מדיניות וחקיקה