

שוברים אי־שוויון

התמודדות עם אפליית ערבים

בשוק העבודה הישראלי

מחקר מדיניות 97

טליה שטיינר

בהנחיית מרדכי קורמניצר

מדוע אפליית ערבים בשוק התעסוקה בישראל היא תופעה שכיחה, למה המסגרת המשפטית הקיימת אינה נותנת לה מענה יעיל, ומה תפקידם של המעסיקים בקידום השוויון בתעסוקה? נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שהוקמה בישראל בשנת 2008 לטיפול בתופעת האפליה בתעסוקה, היא גוף שיכול, וצריך, לא רק להגביר את האכיפה, אלא גם לשנות שינוי מהותי את הטיפול באפליה הקיימת בישראל בתחום התעסוקה על בסיס לאום. המפתח לשינוי הוא גיוס המעסיקים כשותפים פעילים בהובלת תהליכים פנימיים להסרת החסמים בפני שיתוף הערבים בשוק העבודה ולהגברת שוויון הזדמנויות. על רקע מחקר השוואתי בנושא זה הוציאה המכון הישראלי לדמוקרטיה



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

שוברים אי־שוויון:
התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי

טליה שטיינר
בהנחיית מרדכי קרמניצר

שוברים אי-שוויון

התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי

טליה שטיינר

בהנחיית מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 97

ירושלים, סיוון תשע"ג, מאי 2013

Combating Discrimination against Arabs in the Israeli Workforce

Talya Steiner

Supervised by Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: דפנה שופי
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי - טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
סדר: נרב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-122-6 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 02-5300867 ; פקס: 02-5300800 ; 1-800-20-2222
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ג
Copyright © 2013 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

| | |
|----|--|
| 9 | תקציר |
| 15 | מבוא |
| 17 | פרק ראשון: תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום בישראל |
| 17 | 1. הבהרת מונחים: אפליה ישירה ואפליה עקיפה |
| 17 | 2. קווים לדמותה של תופעת האפליה בתעסוקה |
| 19 | על בסיס לאום בישראל |
| | פרק שני: הדין הקיים ובעיית היעדר האכיפה של איסור האפליה |
| 33 | על בסיס לאום |
| 33 | 1. ההסדרה המשפטית הקיימת לטיפול באפליה בתעסוקה |
| 40 | 2. היעדר האכיפה של איסור האפליה בתעסוקה על בסיס לאום |
| | פרק שלישי: ניתוח הגורמים לכשל האכיפה של איסור האפליה |
| 49 | על בסיס לאום |
| 49 | 1. הגורם הראשון: הנעת מנגנון האכיפה על ידי הנפגע |
| 57 | 2. הגורם השני: ההגדרה הנורמטיבית של תופעת האפליה בתעסוקה |
| | פרק רביעי: מצע תאורטי חדש לרגולציה של שוויון ההזדמנויות |
| 66 | בשוק התעסוקה בישראל |
| 67 | 1. פרדיגמת המשילות החדשה |
| | 2. יישום עקרונות המשילות החדשה ברגולציה של תחום שוויון |
| 69 | ההזדמנויות בעבודה |
| | 3. הפוטנציאל לשינוי תפיסת האכיפה בישראל עם הקמתה של |
| 74 | נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה |

| | |
|-----|---|
| | פרק חמישי: המישור המוסדי של מודל האכיפה החדש: נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה |
| 79 | |
| 79 | 1. מבוא |
| | 2. גופים מקדמי שוויון (Equality Bodies) כמשפט המשווה: ניתוח הנציבות הישראלית על פי הקריטריונים האירופיים |
| 79 | |
| 105 | 3. ההמלצות באשר לנציבות הישראלית |
| | פרק שישי: מדיניות מודל האכיפה החדש: הטלת חובות אקטיביות על מעסיקים |
| 112 | |
| | 1. מדיניות המטילה על מעסיקים חובות אקטיביות: ניתוח דוגמאות מן המשפט המשווה |
| 113 | |
| | 2. אימוץ מדיניות המטילה חובות אקטיביות על מעסיקים לקידום שוויון על בסיס לאום בישראל |
| 131 | |
| | פרק שביעי: צעדים נוספים ברמת המדיניות להשגת שוויון הזדמנויות בתעסוקה על בסיס לאום |
| 140 | |
| 140 | 1. הסדרת דרישת הסיווג הביטחוני בשוק התעסוקה |
| 145 | 2. שילוב השוויון על בסיס לאום בהתוויית מדיניות ממשלתית |
| 148 | סיכום |
| 150 | מקורות |
| 162 | ملخص |
| iii | Abstract |

תקציר

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר על מעסיקים פרטיים להפלות מועמדים לעבודה ועובדים על בסיס עילות שונות, בכללן עילת הלאום. ואולם מאז חקיקתו לפני למעלה משני עשורים לא הופעל החוק בהקשרים של אפליה כנגד האוכלוסייה הערבית, למעט קומץ קטן של מקרים. חוסר האכיפה מאפשר למציאות הרווחת של אפליה כנגד האוכלוסייה הערבית להוסיף ולהתנהל ללא כל קריאת תיגר.

האפליה על בסיס לאום היא אחד הגורמים ליצירת פערים גדולים בישראל בין יהודים לערבים בשיעורי האבטלה, בתחומי התעסוקה וברמת ההכנסה. פערים אלו פוגעים בכלכלה הישראלית, אך חשוב מזה – מכרסמים בסולידריות החברתית ומחזקים את תחושות הניכור והקיפוח בקרב האוכלוסייה הערבית. מחקר המדיניות שלפנינו מציע מודל חדש להתמודדות עם תופעת האפליה על בסיס לאום במטרה ליצור שוויון הזדמנויות רב יותר בעבודה לערבים בישראל. את כשלי האכיפה של החוק הקיים ניתן לייחס לשני גורמים עיקריים:

1. **מנגנון האכיפה מסתמך על הגשת תלונה או תביעה מצד הנפגע.** חסמים שונים גורמים לכך שנפגעי אפליה רבים נמנעים מלהניע את גלגלי האכיפה. חסמים אלו משפיעים על נפגעי אפליה מכל הסוגים, אך באים לידי ביטוי באופן חריף במיוחד אצל האוכלוסייה הערבית. כיוון שאכיפת החוק תלויה בפעולה מצד הנפגעים, מידת הטיפול באפליה תלויה במידת ההנעה של החוק על ידי הקבוצה המופלית. התוצאה היא שהחוק יעיל יותר בטיפול באפליה על בסיס מגדר וגיל וכמעט לא רלוונטי בטיפול באפליה על בסיס לאום.

2. **החוק מתייחס להיבט מצומצם מאוד של תופעת האפליה בתעסוקה.** מנגנון האכיפה הקיים בחוק – קרי התביעה המשפטית – מותאם להתמודדות עם אפליה המתבטאת בהחלטות נקודתיות ומפורשות שמתקבלות על סמך שיקולים מפלים. אבל הדרת ערבים מהזדמנויות תעסוקתיות נובעת גם, ואולי בעיקר, מקשת רחבה של התנהגויות, רובן לא פורמליות ואף

לא מודעות, כגון תרבות ארגונית, רישות חברתי ודפוסי הערכה. התביעה המשפטית אינה מתאימה לטיפול בגורמים אלה. משום כך המנגנון שהחוק מציע מתאים לטיפול רק בקצה הקרחון של האפליה ונמנע מלהתייחס לעומקה של התופעה.

המשמעות של שני הכשלים הללו היא שהתמודדות ראויה עם אפליה על רקע לאום צריכה להיעשות במסגרת מודל יוזם ולא מגיב אשר נדרש לתופעה בכללותה, גם להיבטים המבניים שלה. המסקנה העיקרית של המחקר היא שאין להסתפק בפיקוח חיצוני על התנהגותם של מעסיקים באמצעות האיום בתביעה משפטית, אלא יש לגייסם כשותפים חיוניים לשינוי עמוק בדפוסי ההעסקה במשק. יש לדרוש מהמעסיקים להוביל תהליך פנים-ארגוני להסרת החסמים שנמצאים אצלם בבית פנימה, ויש לעשות זאת בהנחיה ובפיקוח של הרגולטור. נוסף על האכיפה המסורתית באמצעות הליכים משפטיים מומלץ לפתח מערך רחב יותר של כלים לעידוד שיתוף פעולה מצד מעסיקים.

המחקר מצביע על שחקן מוסדי שיש לו פוטנציאל רב להטמעת גישה זו – באפליה בתעסוקה ובאפליה על בסיס לאום כאחת. הכוונה כאן היא לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שהוקמה במשרד התמ"ת בשנת 2008 כדי לתגבר את מערך האכיפה האזרחית על מעסיקים. ואולם הנציבות יכולה לפעול באופן רב-תחומי ולנקוט מגוון אמצעים ושיטות לקידום פעיל של שוויון תעסוקתי מעבר למענה לתלונות ולניהול תביעות משפטיות. בשנות פעילותה הספורות היא החלה, לצד טיפול בתלונות בגין אפליה וניהול הליכים משפטיים, גם לגייס את המעסיקים ואת ארגוני החברה האזרחית לשתף פעולה ביניהם.

הקמת הנציבות לשוויון הזדמנויות בעבודה היא שעת כושר מצוינת לרפא אחדים מתחלואי השיטה הקיימת. ברם בלא הבניה נכונה של מהות הנציבות וצורת פעולתה, היא עלולה להנציח את הכשלים הקיימים. לשם המחשה, שיעורן של התלונות על רקע אפליה על בסיס לאום הוא רק 2%-4% מן התלונות המוגשות לנציבות, לעומת שיעור של 42%-48% תלונות על רקע אפליה על בסיס מגדר (מין, היריון, הורות). כמו כן יש לומר כי מאז הקמתה הייתה הנציבות מעורבת בלמעלה מ-30 תביעות משפטיות. מתוכן רק 3 עסקו בעילת הלאום.

כאשר בוחנים את נציבות השוויון הישראלית על רקע פרמטרים של האיחוד האירופי להערכת גופים מקרמי שוויון, מתגלים פגמים ביכולתה לפעול על פי

המודל הרגולטורי החדש. על רקע בחינה השוואתית זו, המסקנות וההמלצות העיקריות ביחס לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה הן אלו:

1. **עצמאות.** נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה מאופיינת היום בחוסר עצמאות בשל כפיפותה המוסדית לשר התמ"ת וכפיפותה המקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. היעדר העצמאות מחליש את מידת האמון בנציבות מצד מתלוננים אפשריים, פוגע ביכולתה להביע בחופשיות את עמדתה המקצועית לפני בתי המשפט והכנסת ומחליש את יכולתה לפעול נגד אפליה בגופים ממשלתיים. לפיכך מומלץ להפוך את הנציבות לרשות עצמאית, להסדיר את זכותה להביע את עמדתה המקצועית גם כשהיא שונה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה ולחזק את מעמדה באכיפת השוויון מול השירות הציבורי.
2. **כוח אדם.** בנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה עובדים היום תשעה אנשי צוות, רובם עורכי דין שעסוקים בטיפול בתלונות ובניהול הליכים משפטיים. יש צורך להוסיף לנציבות תקנים על מנת לאפשר לה להרחיב את פעילותה בתחומים שאינם משפטיים. חשוב במיוחד להוסיף בעלי תפקידים שיעודם הוא פיתוח קשרי מעסיקים וכן הדרכה, הסברה ומחקר.
3. **תחום הסמכות.** לנוכח הזיקה ההדוקה בין אפליה בשוק התעסוקה לאפליה במתן שירותים מומלץ להרחיב בהדרגה את סמכותה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה מעבר לתחום התעסוקה.
4. **נקיטת גישה יוזמת לאפליה על בסיס לאום.** הנציבות הגדירה בתכנית העבודה שלה את האפליה על בסיס לאום כאחד משלוש יוזמות הדגל שלה. אך כיום הנציבות נשענת בעיקר על מאגר התלונות המוגשות לה כמקור לברירת תיקים משפטיים שהיא מנהלת. בשל מיעוט התלונות המוגשות לה מקרב האוכלוסייה הערבית, הסתמכות זו מנציחה את תת-האכיפה כנגד התופעה. על הנציבות לפעול בצורה יזומה להעלאת המודעות בקרב האוכלוסייה הערבית כדי להגדיל את מספר התלונות. כמו כן עליה להשתמש בסמכויות החקירה שלה לזיהוי של מקרי אפליה גם אם לא הוגשה תלונה מקדימה.

את השינויים המוסדיים בנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה יש ללוות במדיניות שמטרתה להעביר מעסיקים מעמדה פסיבית של חובה להימנע מאפליה לעמדה

אקטיבית של פעילות יזומה להסרת חסמים ולהבטחת שוויון הזדמנויות. זה למעלה מעשור מוטלת על המדינה החובה האקטיבית להגיע לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה, ואולם חובה זו אינה מיושמת באופן אפקטיבי, וזה שנים שהמדינה אינה עומדת ביעדים המספריים שהוצבו לה. ולכן –

✓ בשלב הראשון יש לפעול באופן אינטנסיבי לעמידה ביעדי הייצוג ההולם בשירות הציבורי. זהו תנאי הכרחי, וקודם, להטלת חובות חדשות על מעסיקים פרטיים. בו בזמן יש למנף את הנכונות הקיימת בקרב מעסיקים פרטיים באמצעות העלאת המודעות לסוג הצעדים שאפשר לנקוט כדי להגדיל בקרב עובדיהם את הייצוג של עובדים ערבים בצד הענקת שירותי ייעוץ והכשרה למעסיקים המעוניינים בכך.

✓ בשלב השני יש להטיל חובה אקטיבית לקידום שוויון על מעגל שני של מעסיקים פרטיים שיש להם קשר למגזר הציבורי, ובכללם חברות ממשלתיות, משתתפים במכרזים ממשלתיים ומקבלי מענקים ממשלתיים. חובה זו תהיה רכה יותר מן החובה שחלה על המדינה, כיוון שהיא לא תחייב יעד מספרי מוגדר או העדפה מתקנת. המעסיקים יחויבו לעקוב אחר הרכב כוח העבודה שלהם על בסיס לאום, לאתר תתי-ייצוג, לאבחן את הגורמים להם ולדרווח על כל אלו לנציבות. על סמך האבחון יחויבו המעסיקים לבנות תכנית - בסיוע נציבות השוויון - להתמודדות עם החסמים שנמצאו. תכנית השוויון תכלול צעדים כגון פרסום יזום של משרות בקרב האוכלוסייה הערבית, קורסי הכשרה ייעודיים למועמדים ערבים ועריכת שינויים נדרשים בהליכי המיון וההערכה של מועמדים. בניית התכנית ויישומה ילוו על ידי הנציבות, אשר תאכוף את החובות על המעסיקים במקרה הצורך. כדי שהליווי הניתן למעסיקים ומידת האכיפה יהיו משמעותיים, יש להוסיף לנציבות כוח אדם ייעודי שזה יהיה תפקידו.

עוד נקודה חשובה היא החסם המבני של דרישת הסיווג הביטחוני והשירות הצבאי. מדובר בחסם נפוץ ביותר הגורם להדרת מועמדים ערבים מתפקידים וממקומות עבודה. בישראל לא מקובלת שקיפות בכל הנוגע לדרישות הללו, והמצב מעלה את הצורך לבחון את מידתיותן של הדרישות ואם גורמים שונים אינם משתמשים בנימוק הביטחוני ללא הצדקה.

✓ מומלץ לכוונן שיתוף פעולה בין נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לבין השב"כ. יחד הם יפעלו לצמצום הדרישות למינימום, להפגת העמימות הקיימת בנושא ולפעולה משולבת נגד מעסיקים המשתמשים שלא כדין בנימוקים ביטחוניים.

חיזוק נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה בד בבד עם הטלת החובה על מעסיקים לחתור להסרת חסמים יכולים לחולל שינוי של ממש במפת ההזדמנויות התעסוקתיות של האוכלוסייה הערבית בישראל. קידום מדיניות כזו יבטא את מחויבותה של המדינה לערך השוויון ואת מאמציה לצמצום הפערים בין האוכלוסיות היהודית לערבית. עם השיפור הניכר הצפוי בחייהם של האזרחים הערבים צפויה גם תועלת כלכלית וחברתית לכלל האוכלוסייה בישראל.

מבוא

תעסוקת האזרחים הערבים היא אחד האתגרים המרכזיים העומדים לפני החברה הישראלית וכלכלתה. הפערים בין יהודים לערבים בשוק התעסוקה אינם סוגיה כלכלית גרדא; על רקע המציאות הפוליטית תורמים הפערים הכלכליים לתחושות הניכור והקיפוח בקרב האוכלוסייה הערבית ומשפיעים על יחסם של הערבים כלפי המדינה ומוסדותיה. במונחים חיוביים, שוק תעסוקה שוויוני יותר יכול לתרום להגברת האמון בין האוכלוסיות ולשיכוך המתח הלאומי במדינה.

אין מחלוקת שיש פערים כלכליים ניכרים בין יהודים לערבים שמקורם בהבדלים בשיעורי ההשתתפות בשוק העבודה, ברמות האבטלה, בענפי התעסוקה ובשיעורי השכר. את הפערים בשוק התעסוקה ניתן לתלות במגוון רחב של גורמים, רובם ככולם פועלים כבר בשלב הקדם-שוקי – פערים בחינוך, בתחבורה, בתשתיות ובפיתוח הכלכלי, אך גם לתופעות רחבות יותר בשוק העבודה הישראלי, כגון העסקת מהגרי עבודה, יש השפעה. האפליה בשוק התעסוקה היא אחד הגורמים לפערים כלכליים אלה. אף שאי-אפשר לקבוע את חלקה המדויק בגרימת הפערים, על עצם קיומה אין חולק: היא פועלת במישרין או בעקיפין, בגלוי או בהיחבא, ומפעם לפעם מרימה את ראשה בקריאות פומביות שלא להעסיק ערבים.

גם אם תופעת האפליה אינה הגורם המכריע לפערים בין יהודים לערבים בשוק התעסוקה, חשוב מאוד לטפל בה בנחישות: היא פוגעת פגיעה קשה בכבוד העצמי ובזהות של האזרח המופלה, ויש לה השפעה הרסנית על הסולידריות החברתית. יתרה מזו, אפליה בשוק התעסוקה יכולה לסכל מאמצים לצמצום הפערים בשלבים הקדם-שוקיים. השקעות בחינוך, בתשתיות ובתחבורה ציבורית שבעקבותיה מועמדים ערבים מוכשרים רבים יותר יפנו להשתלב בענפים חדשים בשוק התעסוקה עלולות לרדת לטמיון במלואן או בחלקן בגלל האפליה. אפליה כזאת פוגעת במיוחד בהשקעה בתחום החינוך, משום שהיא פוגעת כמוטיבציה של האזרחים הערבים להשקיע את המשאבים הנדרשים מצדם כדי להתקדם.

מחקר מדיניות זה מציע מודל חדש לטיפול בתופעת האפליה בתעסוקה, ובייחוד האפליה על רקע לאום. על סמך ניתוח כישלונה של המערכת המשפטית במתן מענה יעיל לבעיה מסורטט מתווה הנשען על שני אדנים – האדן המוסדי, הכולל המלצות הנוגעות לנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, ואדן המדיניות, הכולל המלצה לחייב מעסיקים לנקוט צעדים יזומים לקידום שוויון ולא להסתפק בחיובם להימנע מאפליה בלבד.

המחקר מחולק לשבעה פרקים. הפרק הראשון מתאר את תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום בישראל. הפרק השני מפרט ומתאר את המענה המשפטי הקיים ואת בעיית היעדר האכיפה בתחום זה. הפרק השלישי מנתח את הגורמים להיעדר האכיפה. הפרק הרביעי מציע תשתית תאורטית חדשה לרגולציה של שוויון הזדמנויות בשוק העבודה הישראלי כמענה לאותם גורמים. הפרק החמישי מפתח את ההמלצות במישור המוסדי ועוסק בניתוח נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה בישראל לעומת גופים דומים במשפט המשווה. הפרק השישי מפתח את ההמלצות במישור המדיניות ומציע לאמץ מדיניות שתחייב מעסיקים לקדם שוויון, גישה שיש לה תקדימים במשפט המשווה. הפרק השביעי כולל בעיקרו המלצות הנוגעות להסדרת הדרישה לסיווג ביטחוני בשוק התעסוקה.

פרק ראשון

תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום בישראל

פרק זה מביא קווים לדמותה של תופעת האפליה על בסיס לאום בשוק התעסוקה הישראלי. לאחר הבהרת מונחים קצרה מפורטים בו ביטוייה של התופעה, מתוך הבחנה בין המניעים לה – טעם מפלה של המעסיק, ניסיון של המעסיק לקלוע לטעם מפלה של עובדים או לקוחות, אפליה סטטיסטית ואפליה עקיפה.

1. הבהרת מונחים: אפליה ישירה ואפליה עקיפה

מקובל להבחין בין שני סוגי אפליה: אפליה ישירה, המתבטאת ביחס שונה לשווים (disparate treatment), ואפליה עקיפה, המתבטאת בהשפעה שונה על שווים (disparate impact).¹

אפליה ישירה היא יחס שונה לפרט מחמת השתייכותו לאחת הקבוצות המוגנות – קבוצות פגיעות במיוחד, אשר יש חשש שיודרו מן החיים החברתיים והכלכליים בשל יחס שלילי מתמשך כלפיהן. איסור האפליה הישירה מתמקד בשיקולי המעסיק בהחלטתו, ובהסתמכות על טעמים פסולים בהליך קבלת ההחלטות. אפליה זו נבחנת מנקודת הראות של הפרט, והאיסור מבוסס על ההנחה שזכותו להישפט על פי כישוריו האישיים ולא על פי השתייכותו הקבוצתית. כאשר תפקיד כלשהו מוגבל לחברי קבוצה מסוימת (כגון הקביעה שנשים אינן יכולות להיות טייסות, שריילות אוויר חייבות להיות צעירות, או שאין מזמנים

* אני מודה לד"ר תהילה שורץ-אלטשולר, לד"ר נביל חטאב ולד"ר נמרוד רוזלר שקראו גרסאות מוקדמות של מחקר זה; לציונה קנינג'יאיר ולג'נט שלום מנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה על סיוען במהלך המחקר ועל הערותיהן לטייטה; לאוולין קולינס ולבוב ניבן על סיועם בחקר המשפט המשווה ובפיתוח תזת המחקר. תודה מיוחדת לפרופ' מרדכי קרמניצר על הנחייתו.

1 להרחבת הדין בשני המודלים ראו רבין-מרגליות, 2000: 535-539, 561-565.

לריאיון עבודה מועמדים ששם מעיד על מוצא מסוים), מדובר באפליה ישירה. מקובל לראות גם במקרה שההשתייכות הקבוצתית הייתה בו שיקול אחד מני כמה בהכרעה, אפליה ישירה, על פי מודל המכונה "שיקולים מעורבים" (mixed motives).² התחשבות בהשתייכות הקבוצתית יכולה להיות לגיטימית רק כאשר היא מתחייבת מאופי התפקיד או ממהותו (כגון התחשבות בדת במינוי לתפקיד של מחנך בבית ספר דתי או התחשבות במין לצורך תפקיד בהצגה).³

אפליה עקיפה מתבטאת באמות המידה לבחירה ולהערכה, כפי שהן משמשות בשלבי הגיוס לעבודה, הקידום, הפיטורים, קביעת המשכורת וההטבות. אמנם אמות המידה ניטרליות כשלעצמן, ובכל זאת הן משפיעות על חברי קבוצה מוגנת ולא על אחרים – כגון חברי הקבוצה המוגנת יתקשו רובם ככולם לעמוד בדרישה מסוימת. בארצות הברית אומץ כלל לאיתור אמת מידה מפלה מסוג זה: כלל 80%. אם שיעור העמידה בדרישות בקרב הקבוצה המוגנת נופל מ-80% משיעור העמידה של הקבוצה המצליחה ביותר, מדובר באמת מידה שהשפעתה אינה אחידה, והיא מעוררת חשש שיש בה אפליה אסורה.⁴ המעסיק יכול להצדיק את השימוש באמת המידה, על אף השפעתה המפלה, אם יש צורך עסקי של ממש המחייב שימוש דווקא בקריטריון זה ואין אמת מידה חלופית שתשיג אותה התוצאה בלי ההשפעה המפלה.⁵

האפליה העקיפה אינה מתייחסת כלל למניעי המעסיק ולכשרות שיקוליו, אלא לתוצאות בלבד. אם המעסיק משתמש בקריטריון הניטרלי דווקא בגלל ההשפעה השונה והמפלה שלו, כדי להשיג את האפקט המפלה מתוך שטוש כוונותיו, מדובר באפליה ישירה.⁶ הסתמכותו של מעסיק על אמת

2 גישה זו אומצה על ידי המחוקק האמריקני בסעיף 107 ל-Civil Rights Act, 1991, ואומצה גם בישראל בעניין פלוטקין. על פי גישה זו, כדי להקים אחריות לא נדרש שיתקיים קשר סיבתי של גורם-שבלעדיו-אין בין הטעם הפסול לבין ההחלטה של המעסיק, אלא די בכך שהשיקול הפסול "הכתיים" את שיקול הדעת.

3 סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. הגנה זו מכונה במשפט האמריקני "דרישת הכשרה מקצועית בתום לב" (Bona Fide Occupational Qualification - BFOQ).

4 רבין-מרגליות, 2000: 564.

5 הגנה זו מכונה במשפט האמריקני "הגנת צורך עסקי" (Business Necessity Test).

6 רבין-מרגליות, 2000: 562.

מידה שיש לה השפעה מפלה יכולה לנבוע ממגוון מניעים כגון תוצאות טובות שהיא משיגה בפועל, קלות ההחלה שלה, חסכוניותה או הסתמכות על מסורת של שיטת מיון בלא התעמקות יתרה. אך אם הקריטריונים הללו מביאים באופן שיטתי להדרה רבה יותר של חברי קבוצה מוגנת בהשוואה לקבוצות אחרות, השימוש בהם אסור. אפליה זו נבחנת לא מנקודת ראותו של הפרט אלא מנקודת הראות של הקבוצה המוגנת כולה. הנזק נגרם לא רק למועמד הספציפי שלא התקבל משום שלא עמד בקריטריון, אלא לקבוצה הנתקלת בחסם שאינו מוצב בדרך של הקבוצות האחרות. דרישה לעמוד בנתוני גובה או משקל, שאינם מתאימים למאפייניהן של נשים, או שימוש במבחני התאמה שקבוצות מיעוטים בעלות רקע תרבותי אחר יתקשו להצליח בהם, הם דוגמאות לאפליה עקיפה. המקרה שהביא להכרה באפליה העקיפה וקבע שגם היא אסורה אירע בשנת 1972 בארצות הברית. באותו מקרה נמצא שדרישות מעסיק ממועמדים לתפקידים בתחנת כוח שתהיה בידיהם תעודת סיום תיכון ושיעמדו בבחינות אינטליגנציה (IQ) הביאו לקבלת מועמדים לבנים רבים הרבה יותר ממועמדים שחורים. הואיל ובית המשפט לא מצא קשר בין הדרישות הללו לבין היכולת למלא את התפקיד האמור, נפסק שמדובר באפליה עקיפה אסורה.⁷

2. קווים לדמותה של תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום בישראל

מחקרים רבים שנעשו במרוצת השנים הצביעו שוב ושוב על פערים, בכל הפרמטרים, בין התעסוקה בקרב האוכלוסייה הערבית לתעסוקה בקרב האוכלוסייה היהודית בישראל. הפערים ניכרים בשיעורי ההשתתפות בשוק התעסוקה (ושיעור ההשתתפות של נשים ערביות נמוך במיוחד), בשיעורי אבטלה גבוהים יותר בקרב העובדים הערבים ברמת ההכנסה הממוצעת ובסרגציה בענפי התעסוקה – ייצוג עודף של גברים ערבים בענפי הבניין,

7 עניין Griggs.

החקלאות והתעשייה ושל נשים ערביות בכריאות ובחינוך, ותתייצוג בתחומים הפיננסיים וההנדסיים ובמשרדים הממשלתיים.⁸ שלל גורמים הביאו להיווצרותם של פערים אלה בתעסוקה, ובהם פערים בחינוך, בתשתיות, בשירותי הרווחה ובפיתוח הכלכלי בריכוזי האוכלוסייה הערבית ומידת הנגישות התעבורתית באותם אזורים.⁹ אפליה בשוק התעסוקה היא רק אחד מן הגורמים הרבים לפערים בתעסוקה. אמנם אי-אפשר לקבוע את חלקה המדויק בגרימת הפערים, אך מחקרים שבוצעו במהלך השנים הצביעו על עצם קיומה.¹⁰ כך, לדוגמה, שיעור הערבים בעלי השכלה אקדמית העובדים בעבודות המתאימות לרמת השכלתם נמוך יותר משיעורם של היהודים בעלי אותם מאפיינים; ישנם פערים בשכר המשולם לעובדים ערבים ויהודים בעלי אותם כישורים העוסקים באותו המקצוע; וישנה הסתברות גבוהה יותר שעובדים ערבים ייפלטו משוק העבודה לעומת עובדים יהודים בעלי אותם מאפיינים.¹¹ כמו כן, סקרים שתיעדו עמדות של מעסיקים ומנהלי כוח אדם חשפו את קיומה המובהק של אפליה. על פי סקר שנערך על ידי לשכת הפרסום הממשלתית ב-2012, 22% מן המעסיקים שנסקרו הצהירו שהם מפלים מועמדים ערבים.¹² מסקר על תפיסת האפליה בישראל שערך משרד התמ"ת בשנת 2011 עולה שכ-72% מן המנהלים במגזר הפרטי סבורים שהמגזר הערבי מופלה לרעה בעבודה, ויותר ממחציתם דירגו אפליה על בסיס לאום כשנייה בעוצמתה רק לאפליה כלפי עובדים מבוגרים.¹³ על פי דוח אונו משנת 2009, תחושות האפליה של הערבים היו הגבוהות ביותר (בהשוואה לחרדים ולאתיופים) בכל הנוגע לאי-

- 8 כהן, 2006: 339; ח'מאיסי, 2009; ישיב וקסיר, 2010: 39-86; ג'בארין, 2010; מיעארי, נבואני וחטאב, 2011; Habib et. al., 2010
- 9 ג'בארין, 2010; ישיב, 2012; Habib et. al., 2010
- 10 גרא וכהן, 2001: 543-571; בן דוד ואח', 2004; Klimov, 1989; Lewin Epstein and Semyonov, 1993
- 11 אחרות, לביא וסולה, 2000; גרא וכהן, 2001; פפרמן, 2011; מיעארי, נבואני וחטאב, 2011; Asali, 2006. ראו גם דטל, גרימלנד וסולומון, דה מרקר, 2011.3.23.
- 12 סקר מקדים של לשכת הפרסום הממשלתית לקמפיין ממשלתי לעידוד העסקת אקדמאים ערבים, 2012.
- 13 מינהל מחקר וכלכלה, "שוויון הזדמנויות, אפליה בעבודה והעסקה רבגונית: עמדות ותפיסות מנהלים", 2011.

זימונם לראיונות, מגוון העיסוקים המצומצם שבו הם יכולים להיקלט, הצורך להתפשר בבחירת מקום העבודה, חוסר הרצון של קולגות לעבוד לצדם וסיכוי נמוך להגיע לתפקיד ניהולי או יוקרתי.¹⁴

אף שאפליית האוכלוסייה הערבית בשוק התעסוקה מתבטאת בכל שלבי ההעסקה והיבטיה, התופעה ניכרת בצורה החריפה ביותר בשלב הקבלה לעבודה. דוח אנוני הראה שרתיעתם החזקה ביותר של מעסיקים ב"מקצועות איכות" (שוק ההון והבנקאות, עריכת דין וראיית חשבון, שירות המדינה, תחום התקשורת והפרסום) היא מפני העסקת עובדים ערבים, לעומת עובדים אתיופים וחרדים אשר הרתיעה מפני קידומם הייתה חזקה יותר מהרתיעה מעצם העסקתם.¹⁵ כמו כן, על פי סקר של משרד התמ"ת משנת 2010, כ-30% ממחפשי העבודה הערבים דיווחו שנתקלו בסירובים שהם פירשו כאפליה על רקע השתייכותם המגורית.¹⁶ דרך מקובלת להוכחת קיומה של אפליה בשלב ההעסקה היא שימוש בזוגות זהים מבחינת כישוריהם ומאפייניהם האישיים למעט הבדל בתכונה שאת השפעתה מבקשים לבחון, והשוואה בין מספר הזימונים לראיונות על בסיס קורות החיים למספר הצעות העבודה בפועל (matched-team testing).¹⁷ מחקרים מסוג זה בוצעו בישראל לשם חשיפת קיומה של אפליה בשלב ההעסקה מחמת גיל, מין ומוצא בקרב האוכלוסייה היהודית,¹⁸ אך לא בוצע מחקר שיטתי מסוג זה בהקשר של אפליה על בסיס לאום. עם זאת, הומחש קיומה של האפליה על בסיס לאום באמצעות שיטה זו בכמה מקרים נקודתיים: בתחקיר שנערך בשנת 2006 על ידי כתב גלי צה"ל בשיתוף מרכז מוסאוא, ניסה סטודנט ערבי להתקבל למשרה בשלושה סניפי רשת ארקפה ונדחה, ואילו הכתב שהגיע אחריו התקבל למשרה בשלושת הסניפים.¹⁹ במקרה אחר נענו שני סטודנטים ערבים למשפטים למודעה של רשות הדואר שחיפשה "עובדים בלתי מקצועיים למיון דואר" וזומנו טלפונית

- 14 דוח אנוני, 2009: 15-17. ממצאים דומים הופיעו בדוח אנוני 2010, בשינויים קלים. ראו דוח אנוני, 2010: 25-27.
- 15 דוח אנוני, 2009: 24.
- 16 הנדלס, 2010.
- 17 Bendik, 1998; Lee and Liu, 1999
- 18 בן הדור ואח', 2005.
- 19 חורי, הארץ, 7.6.2006. המקרה נדון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת. ראו פרוטוקול מ"ז בסיון התשס"ו (13.2.2006).

לריאיון. ובהגיעם לריאיון נאמר להם שהמשרה כבר אינה רלוונטית. בשיחת טלפון שקיימו ימים מספר לאחר מכן, בלי להזדהות, נמסר להם שהמשרה עדיין פנויה.²⁰

א. כמה סוגים של אפליה תעסוקתית על בסיס לאום בישראל

אפליה ישירה בשוק התעסוקה יכולה לנבוע ממגוון סיבות ומניעים. מקובל להבחין בין כמה סוגים של אפליה ישירה, לפי מניעה – אפליה הנובעת מן הטעם המפלה של המעסיק עצמו, אפליה כניסיון של המעסיק לקלוע לטעם המפלה של המועסקים האחרים או קהל הלקוחות, או התבססות של המעסיק על ההשתייכות הקבוצתית כסמן לקיומה של תכונה אחרת, קשה יותר לאיתור או למדידה (אפליה סטטיסטית).²¹ סוג נוסף הוא האפליה העקיפה הנובעת מהתבססות על אמת מידה ניטרלית. אפליית האוכלוסייה הערבית בשוק התעסוקה בישראל מתבטאת בכל הסוגים הללו.

1. אפליה ישירה הנובעת מטעם מפלה של המעסיק

סטראוטיפים ודעות קדומות של המעסיק יכולים להשפיע במודע או שלא במודע על הליכי קבלת ההחלטות בהעסקה. סטראוטיפים שליליים ותחושות ניכור והסתייגות כלפי האוכלוסייה הערבית שכיחים מאוד בקרב האוכלוסייה היהודית בישראל.²² לדוגמה, על פי סקר המרכז למאבק בגזענות משנת 2007, 55% מן הנשאלים היהודים סברו שיש להפריד בין יהודים לערבים במקומות בילוי, ו-30% הצהירו שהם חשים שנאה כלפי הערבים.²³ על פי מדד הדמוקרטיה לשנת 2010, 46% מן הנסקרים היהודים דיווחו שהם אינם מוכנים להתגורר בשכונות לערבים.²⁴ זאת ועוד, במחקר שנערך בשנת 2012 על שוק מכירת הרכבים באינטרנט נמצאה קורלציה גבוהה בין החזקה בעמדה (בקרב מוכרים יהודים) שערבים נוטים לרמות יותר מיהודים, לבין אפליית קונים

20 סואן, 2005.

21 ההבחנה בין סוגי האפליה לא תמיד פשוטה, ולעתים הקטגוריות חופפות זו את זו. לאפיון הסוגים ולהבחנות האפשריות ביניהם ראו Alexander, 1992.

22 מעוז, 2006: 174.

23 האגודה לזכויות האזרח, "זכויות האדם בישראל: תמונת מצב", 2007.

24 אריאן ואח', 2010: 123. יצוין ש-50% מן הנשאלים הערבים ציינו שלא יהיו מוכנים להתגורר בשכונות ליהודים, כלומר התחושות הדדיות.

ערבים.²⁵ על פי סקר מעסיקים שנערך בשנת 2012 על ידי לשכת הפרסום הממשלתית, 22% מן המעסיקים ענו במפורש שלא יעסיקו ערבים.²⁶ בכמה מחקרים תועדו עמדות של מנהלי כוח אדם יהודים שלפיהן עובדים ערבים נחותים מעובדים יהודים בהיבטים של יושר ויכולת לקבל אחריות, ומעסיקים ייחסו למועמדים ערבים אינטליגנציה נמוכה יותר, קשוי שפה, פערי תרבות, ואף הביעו חשש שיחסי העבודה עם עובדים ערבים יהיו כרוכים בחוסר אמון הדדי.²⁷ יצוין שסטראוטיפים שליליים מיוחסים לערבים מוסלמים יותר מלערבים נוצרים.²⁸ לעתים הטעם המפלה של מעסיקים יהודים כלפי ערבים נובע מעמדה אידאולוגית. הקשר בין הזירה הפוליטית לבין שוק התעסוקה התקיים כבר בימי העלייה השנייה והמאבק למען עבודה עברית. בנג'מין וולקינסון סוקר בספרו את הרקע האידאולוגי לרעיון העבודה העברית, את מרכזיותה של אידאולוגיה זו בהקמת ההסתדרות ואת התבטאותה בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים של המאה הקודמת במקרים של פיטורי עובדים ערבים לצורך קליטת עולים מגל העלייה מברית המועצות.²⁹ ביטוי לפן האידאולוגי שבטעם המפלה של המעסיקים מומחש בדבריו של בכיר באחת החברות לראיית חשבון: "אם יושבים לפני מועמד לעבודה חייל או חיילת משוחררים, מועמד חרדי, אתיופי וערבי, ולכולם כישורים זהים – ברור שהערבי יהיה בעדיפות אחרונה. פעם קראו לזה ציונות, כיום באים אלינו בטענות".³⁰

2. אפליה ישירה הנובעת מניסיונו של המעסיק לקלוע לטעמים המפלה של עובדים אחרים או של קהל הלקוחות

חוקרים שנדרשו להסביר את קיומה של אפליה בשוק העבודה מנקודת ראות כלכלית מצאו שמעסיקים עשויים להפלות לא רק מתוך מוטיבציה אישית הנובעת מן הדעות הקדומות הפרטיות שלהם, אלא גם מתוך תמריץ עסקי לשרת

Zussman, 2011 25

לעיל ה"ש 12. 26

דוח אונו, 2009: 39; 57-58: Wolkinson, 1999 27

דוח אונו, 2009: 29. 28

Wolkinson, 1999: 72-85, 124-126 29

סולומון, דה מרקר, 26.8.2010. 30

את העדפותיהם של העובדים האחרים או הלקוחות של העסק.³¹ החשש שמא יעזבו לקוחות, יעזבו עובדים טובים אחרים או ישררו יחסים מתוחים במקום העבודה יכול להביא מעסיק לוותר על קבוצה של עובדים פוטנציאליים, גם אם מהיבט אובייקטיבי הם מוכשרים לביצוע העבודה.

עדויות לאפליית האוכלוסייה הערבית מחמת הרצון לקלוע לטעם המפלה של עובדים אחרים נמצאו במחקרו של וולקינסון. כן דווח על חשש להתנגדויות מצד עובדים יהודים לשילובם של עובדים ערבים במקום העבודה, שלעתים אף התממש באיומים בהתפטרות או בשביתה, או בתחלופה רבה יותר בקרב העובדים היהודים לאחר תחילת ההעסקה של עובדים ערבים.³² התחשבותם של מעסיקים בטעם המפלה של העובדים האחרים עולה גם מן הממצאים של דוח אונגו משנת 2009. לפי הדוח רוב המעסיקים סבורים שיהיה קשה לערבים להשתלב בחברתם של עובדים יהודים ותופסים את העובדים הערבים כקבוצת העובדים הקשה ביותר לשילוב במקום העבודה (בהשוואה לחרדים וליוצאי אתיופיה). המעסיקים העריכו שנוכחותו של עובד ערבי תהיה מלווה במתח על רקע פוליטי ולאומי במקום העבודה, בייחוד בעת אירועים אקטואליים, חגים לאומיים או פעילויות עם גוון ציוני במקום העבודה.³³ במחקר משנת 2011 שערך דן סואן בכל הנוגע לעמדותיהם של סטודנטים יהודים העובדים במקומות עבודה עם עמיתים ערבים נמצא שרוב העובדים היהודים מגלים פתיחות מעטה כלפי עמיתיהם הערבים (בשאלות שבחנו רצון לעבוד עם ערבים על בסיס שוויון, רצון לרקום יחסים חברתיים עם עמיתים ערבים ומרחק חברתי בין העובדים במקום העבודה),³⁴ וסביר להניח שעמדות מסוג זה משפיעות במישרין או בעקיפין על מעסיקים.

גם נושא הקליעה לטעם המפלה של הלקוחות עולה ממצאי דוח אונגו 2009: מעסיקים מתחומי הבנקאות ועריכת הדין ציינו שלקוחות עשויים להירתע מלקבל שירות מעובד ערבי. בתחום התקשורת נטען שלצופים קשה יותר לקבל ערבי על

Becker, 1971; Ehrenberg and Smith, 1997: 432-449; Donohue, 2005: 17-20 31

Wolkinson, 1999: 54-55, 132-133 32

דוח אונגו, 2009: 22, 29-30, 32, 33, 36. 33

סואן, 2010: 258-259. 34

המרקע, ובתחום הפרסום דגלו בגישה המגזרית, שלפיה עובדים ערבים צריכים לעבוד בתחום של פרסום למגזר הערבי בלבד.³⁵ כמה דוגמאות בולטות ללחצים מצד לקוחות על בתי עסק שלא להעסיק עובדים ערבים הן הדרישה מרמי לוי שלא להעסיק עובדים ערבים בעמדת אריזת השקיות, כדי למנוע קשירת קשרים בין האורזים הערבים לקופאיות היהודיות,³⁶ היוזמה של ארגון "הלב" להעניק תעודות כשרות לבתי עסק שאינם מעסיקים ערבים ולסמן את הדוכנים בשוק מחנה יהודה המעסיקים יהודים בלבד,³⁷ אתר האינטרנט "לוח עבודה עברית" המרכז מידע על בתי עסק שאינם מעסיקים ערבים,³⁸ והשימוש במושג "עבודה עברית" בדפי זהב לציון בתי עסק שכל עובדיהם יהודים (בייחוד בתחומים שנהוג לקשר עם עובדים ערבים כגון עבודות שיפוצים, הובלות ומכירת חומרי בניין).³⁹

3. אפליה ישירה סטטיסטית: שימוש בלאום כסמן מעריך לקיומו של מאפיין אחר (Proxy)

המונח "אפליה סטטיסטית" נוגע למקרים שבהם מעסיקים מסתמכים על הזהות הקבוצתית של מועמד לשם קביעת קיומו של מאפיין אחר שהם מעוניינים בו או מעוניינים להימנע ממנו (proxy). כאשר יש קשר הדוק יחסית בין חברי הקבוצה לבין התכונה, משתלם יותר למעסיק להניח שהתכונה מאפיינת את כל חברי הקבוצה ולא להשקיע משאבים בבירור תכונותיו של כל פרט ופרט בקבוצה.⁴⁰

35 דוח אונו, 2009: 33-37, 40; סולומון, דה מרקר, 17.12.2009.

36 לוינסון, הארץ, 26.7.2011.

37 לוי, וואלה, 26.1.2011; לוי, וואלה, 1.2.2011; אלטמן, וואלה, 26.7.2012.

38 אתר "עבודה עברית", בכתובת www.avodaivrit.org.il, החל לפעול בראשית שנות האלפיים, אך בעקבות תביעה שהוגשה נגדו על ידי התנועה ליהדות מתקדמת וארגון מוסאוא, נסגר האתר בדצמבר 2004. ראו רוזנר, ynet, 22.12.2004. כיום פעיל אתר בשם "לוח עבודה עברית", בכתובת www.avoda-ivrit.org (כל אתרי האינטרנט במחקר זה אוחרו לאחרונה בינואר 2013). באתר נכתב שמדובר במוקד המנהל על ידי תלמידי הרב יצחק גינזבורג משיבת "עוד יוסף חי" ביצהר, המפעיל מאגר ממוחשב של בתי עסק "על טהרת עבודה עברית".

39 קריסטל, ynet, 16.2.2011.

40 Aigner and Cain, 1977; Kelman, 2001

אפליה מסוג זה לא בהכרח נובעת מכוונת זדון מצד המעסיק, אלא משיקולי יעילות.

לא תמיד קל לקבוע שהשימוש ב-proxy הוא בגדר אפליה אסורה. אם יש קשר הדוק מאוד, כמעט זהות, בין חברי הקבוצה לבין התכונה והשימוש ב-proxy אכן יכול לחסוך למעסיק זמן וכסף ניכרים, יש הגורסים כי השימוש עשוי להיות מוצדק. עם זאת, לפי גישה אחרת, אף אם יש קשר הדוק יחסית בין הקבוצה לבין התכונה, הפגיעה בכבוד האדם הכרוכה בייחוס התכונה לכל חברי הקבוצה על סמך השתייכותם הקבוצתית בלבד היא כה חמורה עד שהשימוש בשיטה זו אסור תמיד. מכל מקום אין ספק שכאשר הקשר בין התכונה לבין הקבוצה אינו הדוק במיוחד, מדובר באפליה אסורה. במקרים אלה האפליה הסטטיסטית דומה יותר לאפליה הסטראוטיפית.

שימוש נפוץ ב-proxy בהקשר של השתייכות לקבוצת הלאום הערבי הוא הנחת היעדר סיווג ביטחוני הולם. אצל מעסיקים הדורשים סיווג ביטחוני מסוים, בדיקת רקע לסיווג הביטחוני היא הליך יקר וממושך, ובמגמה לשלוח לבדיקות הביטחוניות מועמדים שסיכויי הצלחתם גבוהים, מעסיקים נמנעים מלשלוח חברי קבוצות שסיכוייהן נמוכים יחסית.⁴¹ ההערכה שמקבוצת האוכלוסייה הערבית בישראל נשקף, באופן הסתברותי, סיכון ביטחוני גבוה יותר מזה הנשקף מכלל האוכלוסייה, היא העמדה שבבסיס שיטת ה-profilng הנוהגת בשדות התעופה, ואשר כנגדה תלויה ועומדת עתירה לכג"ץ.⁴² בין שהשימוש בזהות הלאומית

41 מנגד הם מסתמכים על הזהות הקבוצתית של בוגרי שירות צבאי כ-proxy לקיומו של סיווג ביטחוני.

42 עניין רשות שדות התעופה. כיוון שרשות שדות התעופה הצהירה שהיא מתעתדת לשנות את שיטת הבידוק הביטחוני במהלך שנת 2013, שינוי שיפחית את הרכיב הדיפרנציאלי בכידוק, ולנוכח השינויים הצפויים ובהיעדר תשתית עובדתית רלוונטית, החליט בית המשפט העליון שלא להכריע בעתירה, אלא להותירה תלויה ועומדת. עם זאת, העיר בית המשפט ש"החלטת פרופיל סיכון על אזרח ישראלי, באופן שיצדיק עריכת בדיקה ביטחונית מחמירה יותר גם בהעדר מידע קונקרטי לגבי אותו אזרח, מעוררת קושי רב. ספק בעינינו אם שימוש בפרופיל סיכון המושתת על מאפיינים גורפים וכוללניים, ואשר נסמך על השתייכות הנוסע לקבוצת אוכלוסייה מסוימת כמאפיין בלעדי – הוא לגיטימי".

כ-proxy בהקשר זה מותר או אסור, הוא בוודאי מהווה חסם בפני השתלבות מלאה של ערבים בשוק התעסוקה הישראלי. אף אם יש מקרים שבהם השימוש בזהות הלאומית כסמן מעריך הוא לגיטימי, יש חשש ממשי שהדבר מביא לשימוש רחב היקף בסמן זה גם במקרים שבהם הוא אינו לגיטימי.

סוגיית ההגבלות הביטחוניות המוטלות על איוש תפקידים במגזר הציבורי ובגופים מעין ציבוריים נתונה לסמכותו של שירות הביטחון הכללי, וההסדרה נעשית בדרך של הנחיית קציני ביטחון בגופים הללו.⁴³ רשימת המשרות המסווגות והקריטריונים לקביעת התאמה ביטחונית אינם גלויים, ויש גם מרחב של שיקול דעת הנתון לקציני הביטחון בגופים אלה. אף שאין קביעה רשמית שלפיה מועמד ערבי אינו יכול להתקבל למשרה המצריכה סיווג ביטחוני, המתחם האפור של שיקול הדעת וחוסר השקיפות בנושא מביאים בפועל להדרה כזאת. ועדת אור, שעסקה בביורור אירועי אוקטובר 2000, ציינה ברוח שלה כי מועמדים ערבים המבקשים להתקבל לעבודה בחברת החשמל, בזק ורשות שדות התעופה נדחים כטיעונים של שיקולי ביטחון.⁴⁴

מלבד הדרישות הרשמיות מצד השב"כ וקציני הביטחון בגופים הציבוריים, תיעד וולקינסון תופעה שלפיה מעסיקים פרטיים מחילים על עצמם דרישות ביטחוניות בלא כל הצדקה רשמית. הוא מצא, בין השאר, שמפעלים שכרתו חוזים עם התעשייה הביטחונית בעבר, המשיכו במדיניות הסיווג גם לאחר שכבר לא היו מחויבים בחוזים כאלה. כן הוא מצא בעלי מפעלים שהחליטו מיוזמתם שקרבתו של מפעלם אל מתקנים אסטרטגיים מחייבת הדרת ערבים ממקום העבודה.⁴⁵ על פי סקר משנת 2012 שבוצע על ידי משרד התמ"ת, 8% מן המעסיקים במגזר הפרטי ו-17% מן המעסיקים במגזר הציבורי דיווחו על מגבלות ביטחוניות בהעסקת ערבים.⁴⁶ בהיעדר מידע גלוי על היקף המגבלות הביטחוניות בתעסוקה,

43 סעיף 7(ב)(3) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002; תקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני), התשס"ג-2003; חוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998.

44 ועדת החקירה הממלכתית לביורור ההתנגשות בין כוחות הביטחון לבין ישראלים באוקטובר 2000, 2003, פסקה 52.

45 Wolkinson 1999: 41-42, 60, 132

46 הנדלס, 2012: 11.

אין דרך לברר את מידת הדיוק של הנתונים הללו, אך עצם הגישה של אותם מעסיקים אל המגבלה הביטחונית כמונעת העסקה של ערבים, במקום תפיסתה כמחייבת בדיקה פרטנית של מועמדים לעבודה לשם בירור התאמתם לה, מעידה על שימוש נפוץ בזהות הלאומית כ-proxy לעניין זה.

יצוין שבהקשר הביטחוני הגבול בין סוגי האפליה – אפליה על רקע סטראוטיפי, אידאולוגי או סטטיסטי – הוא לעתים מטושטש למדי. לשאלת קיומו או היעדרו של סיווג ביטחוני מתלווה סטראוטיפ שכיח באשר לעובדים ערבים, שהם עצמם מהווים איום ביטחוני.⁴⁷ מחקרם של אסף זוסמן, נעם זוסמן וסמי מיערי הראה שמספר ההיפרדויות הלא רצוניות של עובדים ערבים ממעסיקיהם עלה לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה ואירועי אוקטובר 2000.⁴⁸ המחקר לא תיעד את הסיבות לאותן היפרדויות, וניתן מחד גיסא לשער שהדבר נבע מחשש למתחים או להתפרעויות במקום העבודה (מניע סטראוטיפי או שמתבסס על לאום כסמן מעריך), אך מאידך גיסא ייתכן שהייתה בכך הבעת עמדה פוליטית עקרונית. בעקבות אירוע ביטחוני לעתים מושמעת קריאה להימנע מלהעסיק ערבים, וקשה לקבוע אם היא נובעת מחשש סטראוטיפי או מעמדה אידאולוגית. לדוגמה, בשנת 2008, לאחר הפיגוע בישיבת מרכז הרב קרא הרב קנייבסקי, פוסק הלכה ליטאי מוערך, שלא להעסיק עובדים ערבים במוסדות תורניים משום "ונשמרתם לנפשותיכם" (חשש סטראוטיפי), אך הורה לישיבה לפטר עובד ערבי שהועסק על ידיה, אף שהישיבה עצמה סברה שאין נשקפת מן העובד המסוים סכנה ביטחונית ממשית (עמדה אידאולוגית).⁴⁹ לאחר פיגוע זה הורה גם הרב דב ליאור שלא להעסיק ערבים, ונימוקו היה אידאולוגי מובהק: זהות בין ערביי ישראל לבין ערביי השטחים והצורך להילחם בטרור בין השאר בדרך של אי-העסקת ערבים ואי-השכרת בתים לערבים.⁵⁰

47 וולקינסון תיעד במחקרו מנהלי כוח אדם שייחסו לערבים אופי מסוכן או אלים, או שראו בעובדים ערבים איום ביטחוני על מקום העבודה. ראו Wolkinson, 1999: 40, 62-63.

48 זוסמן, זוסמן ומיערי, 2010.

49 סלע, ynet, 16.3.2008.

50 וואלה, 19.3.2008.

4. אפליה עקיפה (אפליה תוצאתית)

אפליה עקיפה נעשית כאמור במקרים שבהם פרקטיקה או אמת מידה ניטרליות משפיעות לרעה על חברי קבוצה מוגנת. ישנן כמה פרקטיקות המשפיעות לרעה על האוכלוסייה הערבית בישראל. שיטות מיון מסוימות, כגון מבחנים פסיכוטכניים, מוכרות בעולם כמפלות קבוצות מיעוט דתיות או לאומיות.⁵¹ בישראל השימוש במבחנים כאלה נפוץ, בייחוד לצורכי השמה למשרות מקצועיות וניהוליות, ומחקרים מראים שיהודים נוטים להצליח בהם יותר מערבים.⁵² על פי מחקר של ארגון קו משווה, שהשווה את תוצאותיהם של מבחני מיון שנערכו במכון אדם מילא ל-200 אקדמאים ערבים ול-200 אקדמאים יהודים שמאפייניהם דומים, היו הישגיהם של המועמדים הערבים במבחני כישורים (אנלוגיות מילוליות, לוגיקה, חשבון, אנגלית וקריאת נתונים) נמוכים במידה ניכרת מהישגי המועמדים היהודים, וכך גם דירוגם בראיונות האישיים.⁵³ הסיבות לפערים מגוונות – תרגום לקוי של הגרסאות העבריות לערבית, חסרונם של מראיינים ערבים בצוות המראיינים, תפיסות תרבותיות נבדלות וההשפעה הפסיכולוגית של מבטא אצל המועמד על המעריך (בעלי מבטא הוערכו בממוצע כבעלי אינטליגנציה נמוכה ב-20 נקודות). יתרה מזו, בישראל לא נפוץ השימוש במבחנים המדמים את העבודה עצמה (Work Sample Tests), שנוטים להיות הוגנים יותר ונתונים פחות להשפעות חיצוניות.⁵⁴

שימוש בקריטריון של מקום מגורי המועמד יכול גם הוא להביא לתוצאה מפלה. וולקינסון תיעד במחקרו מפעלים רבים שנתנו משקל למקום המגורים של המועמד והעדיפו עובדים המתגוררים ביישוב שהמפעל נמצא בו.⁵⁵ ההעדפה של עובדים מקומיים נבעה הן מרצון לצמצם את שיעור החזרי הוצאות הנסיעה הן משאיפה לצמצם את מספר האיחורים וההיעדרויות. לפיכך ערבים המבקשים

Myors et al., 2010: 657-658 51

בסיס, 2009: 34-35; 1999: 268-269; 1994: 268-269; 2009: 34-35 52

סולומון, דה מרקר, 2009.4.30 53

Wolkinson, 1999: 39 54

מחצית המפעלים נתנו משקל למקום המגורים בקבלה של עובדים לא מקצועיים, ו-33%-40% מן המפעלים נתנו משקל למקום המגורים בקבלה של עובדים מקצועיים ודרג מנהלים. 55

לעבוד במפעל הממוקם ביישוב יהודי יופלו לרעה לעומת מועמדים יהודים המתגוררים ביישוב.⁵⁶

התחשבות בשירות הצבאי של המועמד יכולה גם היא להביא לאפליית האוכלוסייה הערבית. אין הכוונה כאן למעסיק המשתמש בשירות הצבאי כמנגנון מכוון לסינון או להדרה של מועמדים ערבים, שכן אז מדובר באפליה ישירה. פעמים רבות השירות הצבאי מקנה הכשרה מקצועית שאינה נגישה לציבור הערבי. הענקת משקל מכריע להכשרה ולניסיון שניתן לרכוש רק בשירות הצבאי, או התחשבות בניסיון במסגרת השירות הצבאי כיתרון בקבלה למשרה, מפלות מועמדים בתוצאתן. בהקשר זה ניתן להזכיר, לדוגמה, את הקשר בין תעשיית ההיי-טק לבין יחידות טכנולוגיות מסוימות. מודעות דרושים רבות בתחום התכנות והמחשבים פונות ליוצאי יחידה מסוימת או מציינות שיוענק יתרון ליוצאי אותן יחידות.⁵⁷ בהסתמכותו של המעסיק על הניסיון שרכש המועמד בשירותו הצבאי גלומים יתרונות של ממש. עם זאת, עשויים להיות מועמדים מתאימים נוספים, חסרי ניסיון בשירות הצבאי דווקא, אשר דרכם נחסמת בעקבות דרישה או פרקטיקה מקובלת זו.

יתרה מזו, מעסיקים רבים רואים בשירות הצבאי סמן מעריך לקיומן של תכונות חיוביות מסוימות. וולקינסון תיעד במחקרו ש-35%–45% מן המעסיקים נתנו משקל לשירות הצבאי של מועמדים בבחירת מנהלים, טכנאים, פקידים ועובדים מקצועיים. סוג השירות הצבאי של המועמד אף נתפס כמדד לאיכותו של העובד.⁵⁸ מדוח אונו עולה שמעסיקים מייחסים לכוגרי שירות צבאי תכונות כגון מנהיגות או עמידה בלחצים, ולכן מעדיפים עובדים יוצאי צבא.⁵⁹ עוד נמצא

56 Wolkinson, 1994: 271, 273-274

57 ראו אתר דיאלוג להשמה בהיי-טק: "זה נכון שהחלק הארי של משרות בהייטק אכן דורש תואר אקדמי. אבל השוק מתייחס ליחידות מסוימות בצה"ל בצורה טיפה שונה. יחידות כגון לוט"ם, 81, מצו"ב, ממד"ס, ממר"ם, 8200 ואחרות נחשבות ליחידות שהשירות בהם מקנה ניסיון פרקטי בתחומים כגון פיתוח חומרה, פיתוח תכנה, אבטחת רשתות, תמיכה או QA": "www.dialog.co.il/ar-2010-blog-8200-ways-to-
hi-tech.asp. ראו גם גביוזן, דה מרקר, 26.11.2010.

58 Wolkinson, 1999: 271

59 שם: 37; דוח אונו, 2009: 28, 30.

שמשרדי עורכי דין רבים רואים בשירות הצבאי גורם המעיד על איכות המועמד ועל ניסיונו האישי בשלב בדיקת קורות החיים של מועמדים למשרת מתמחה.⁶⁰ פרקטיקה של מתן משקל לשירות הצבאי בשל הרצון ליהנות מן התכונות החיוביות המיוחסות לבוגרי שירות צבאי באופן סטטיסטי מפלה בתוצאתה קבוצות שאינן משרתות בצבא, ובראשן האוכלוסייה הערבית.

לכסוף, ישנם מעסיקים המבקשים לכטא את עמדתם האידאולוגית בנושא עידוד הגיוס לצה"ל בהעדפת מועמדים בוגרי שירות צבאי על פני מועמדים אשר לא שירתו.⁶¹ קידום אידאולוגיה זו בתחום התעסוקה אינו ייחודי למגזר הפרטי, וכמה יוזמות מצד חברי כנסת, ואפילו מצד הממשלה, התאפיינו גם הן בהערפה כזאת. לדוגמה, בשנת 2007 דנה הממשלה במתן הטבות למערך המילואים, בין השאר בדרך של עדיפות במכרזים ובקבלה לתפקידים בשירות המדינה;⁶² בשנת 2009 היה ניסיון לקדם במשרד החוץ מדיניות שלפיה לקורס הצוערים יתקבלו רק בוגרי שירות צבאי;⁶³ ובשנת 2011 הועלתה בוועדת חוק חוקה ומשפט הצעת חוק פרטית להעדפת בוגרי שירות צבאי בקבלה לשירות הציבורי (בהכנה לקריאה ראשונה).⁶⁴

אמנם חשוב להוקיר את המשרתים בצבא ולהיטיב עמם, אולם קידום אידאולוגיה זו באמצעות שוק העבודה פוגעת במישרין בעקרון השוויון החולש על שוק זה ומפלה לרעה קבוצות אוכלוסייה שאינן משרתות בצבא (כגון האוכלוסייה הערבית, בעלי מוגבלויות, נשים דתיות ונשים נשואות). הטבות הניתנות למסיימי שירות יכולות להיות מוצדקות ככל שהן מידתיות וקשורות בקשר רציונלי כלשהו לעובדת השירות, כגון מענקים שמטרתם לשמש מעין פיצוי על "השנים האבודות" והטבות המסייעות למשוחררים הטריים להשתלב בחיים האזרחיים. אך הענקת יתרון אוטומטי למסיימי שירות צבאי בקבלה לשוק

60 רז, דה מרקר, 4.1.2011.

61 Wolkinson, 1999: 61, 133

62 החלטת ממשלה 2609, 19.11.2007, והחלטת ממשלה 2896, 6.1.2008. ראו חוות דעת בעניין של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה שהוגשה לשר התמ"ת ב-13 ביולי

2009: http://tinyurl.com/moital-gov-il-Aflaya

63 וולף ועיני, וואלה! חדשות, 24.8.2009.

64 ה"ח 1832/18 שירות המדינה (מינויים) (תיקון – אפליה מתקנת), התש"ע-2009.

התעסוקה אינה הטבה מידתית. העדפה של פרט על סמך השתייכותו הקבוצתית מוצדקת רק ככלי המרפא עוולה היסטורית של אפליה ממושכת שהביאה למצב של תת-ייצוג. מסיימי שירות צבאי אינם סובלים מאפליה בשוק התעסוקה ואינם סובלים מתת-ייצוג, ועל כן אין כל הצדקה לסטייה מעקרון השוויון כדי להעדיף קבוצה זו. ולא זו אף זו, העדפת יוצאי צבא גם גוררת תוצאה עקיפה של אפליית קבוצות אחרות והופכת את מנגנון ההעדפה המתקנת על פיו – מכלי המקדם את המיעוט המופלה לכלי המתגמל את הרוב החזק.⁶⁵ עם זאת, העדפה אידאולוגית כזאת נעשית בפועל הן במגזר הפרטי הן במגזר הציבורי ונתפסת בציבור כמעשה פטריוטי, ואף היו ניסיונות, כפי שתואר לעיל, לעגן אותה בחוק.⁶⁶

65 לדיון נרחב יותר בסוגיית העדפה של משרתים בצבא בתחום התעסוקה ראו שטיינר, Rabin Margalioth, 2004: 862-864; 2011.

66 תשובה לטענה שהצעות החוק נועדו לתת מענה לתופעת ההשתמטות, ראו אצל שטיינר, 2011.

פרק שני

הדין הקיים ובעיית היעדר האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום

1. ההסדרה המשפטית הקיימת לטיפול באפליה בתעסוקה

במרוצת השנים השתנו דיני השוויון בעבודה בישראל.⁶⁷ אפשר לחלק את ההתפתחות המשפטית בתחום הספציפי של אפליה על בסיס לאום לשלוש תקופות: (1) עד הוספת עילת הלאום לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (עד 1995); (2) אחרי הוספת העילה לחוק (בין 1995 ל-2006); (3) אחרי הקמת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה (מ-2006 ואילך).

א. המצב המשפטי לפני חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שנחקק בשנת 1988, לא היה החוק הראשון שאסר אפליה בתחום התעסוקה. כבר בשנת 1959 נאסר על לשכות שירות התעסוקה להפלות על רקע מגדר, גיל, דת, גזע, לאום, אמונות והשתייכות פוליטית בשליחה של מועמד לעבודה.⁶⁸ זאת ועוד, במרוצת השנים עוגן איסור האפליה על רקע מגדר בכמה חוקים כגון חוק שכר שווה ולעובד ולעובדת משנת 1964 וחוק גיל פרישה שווה ולעובד ולעובדת משנת 1987.⁶⁹

67 מונדלק מחלק את ההתפתחות הכללית של דיני השוויון בעבודה לחמש תקופות, ואת התקופה שלפני חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוא מחלק לשלושה חלקים. ראו Mundlak, 2009: 214-221. כיוון שההתפתחויות בתקופה הראשונה נגעו בעיקר לאפליה מגדרית, לצורכי הדיון כאן אראה בשלושת החלקים תקופה אחת.

68 סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. מדובר בחוק מתקדם מאוד בהשוואה למצב ששרר אז בעולם. הוראה זו הקדימה את ה־Civil Rights Act האמריקני שנחקק רק בשנת 1964.

69 מאז הוחלף החוק בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004.

יתרה מזו, עקרון השוויון – ואיסור האפליה הנגזר ממנו – מעולם לא היה מוגבל להוראותיהם של החוקים הספציפיים שהוזכרו לעיל. בשיטת המשפט הישראלית נתפס עקרון השוויון כעקרון-על, ולכן החוקים אינם יוצרים את הזכות לשוויון אלא רק מכריזים עליה.⁷⁰ על ידי שימוש במושגי שסתום כגון תום לב, הגינות ותקנת הציבור, החילו בתי המשפט את חובת השוויון ואת איסור האפליה על מעסיקים גם בתחומים שאינם מוזכרים במפורש בחקיקה. עוד בשנת 1973 נפסלה משיקולי תקנת הציבור הוראה בהסכם קיבוצי שמנעה מנשים להתמנות לתפקיד בכיר בצוות האוויר של חברת אל על.⁷¹ בסוף שנות השבעים הורה בית הדין לעבודה על בטלותם של סולמות שכר נבדלים לנשים ולגברים בהסכם קיבוצי,⁷² ובשנת 1990 בוטלה הוראה בדבר גיל פרישה נבדל לנשים ולגברים.⁷³

ב. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה

בשנת 1981 נחקק חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, שאסר להפלות על רקע מגדר, נישואים והורות בשלב הקבלה לעבודה. האיסור בחוק זה עוגן כאיסור פלילי בלבד, ובפועל לא נעשה בו שימוש. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שנחקק בשנת 1988, החליף את החוק משנת 1981 ונועד להרחיב אותו בשני היבטים מרכזיים – הגדרת האפליה בעבודה כעוולה אזרחית ולא רק כסנקציה פלילית, והחלת איסור האפליה על כל שלבי ההעסקה ולא רק על שלב הקבלה לעבודה.⁷⁴ מאז חקיקת החוק בשנת 1988 נעשו בו 15 תיקונים, חלקם חשובים ביותר. תיאור המצב המשפטי להלן יתבסס בעיקר על החוק במתכונתו הנוכחית, בלי להבחין בין מה שנכלל בחוק במקור ובין מה שהוסף לאחר מכן, אלא במקומות שבהם יצוין הדבר במפורש.

- 70 עניין שדולת הנשים: 658; עניין דנילביץ': 778-779; עניין רקנט 2: 369.
 71 עניין חזין.
 72 עניין עלית.
 73 עניין נבו.
 74 להלן: החוק. ראו דברי הסבר להצעת חוק לתיקון חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"ז-1986, ה"ח 64, שבסופו של דבר הפכה להצעה לחקיקת חוק חדש המחליף את החוק הקודם, ה"ח התשמ"ז-1987, ה"ח 324.

תחולת החוק. החוק חל על כל מעסיק שיש לו יותר משישה עובדים.⁷⁵ החוק חל על המעסיק בין שהוא מעסיק את העובדים במישרין ובין שהוא מעסיק אותם באמצעות קבלן כוח אדם, והוא חל על מועמדים לעבודה בין שפנו היישר אל המעסיק ובין שהופנו על ידי חברת כוח אדם.⁷⁶

עילות האפליה. כשנחקק בשנת 1988 אסר החוק להפלות על רקע שלוש עילות בלבד: מין, נישואים והורות. עילת אפליה על בסיס נטייה מינית הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון, ובעקבות זאת הוספה לחוק בתיקון משנת 1992.⁷⁷ בשנת 1995 בוצע תיקון חשוב שהפך את החוק מחוק המטפל בנושא השוויון בין המינים בלבד לחוק המטפל באפליה על בסיס מגוון רחב של עילות.⁷⁸ לחוק הוספו עילות אפליה מחמת גיל, דת, לאום, ארץ מוצא, השקפה או מפלגה, ובשלב מאוחר יותר הוספו לחוק גם העילות של היריון, טיפולי פוריות ושירות מילואים. החוק אוסר גם להפלות בעבודה על רקע הטרדה מינית.⁷⁹ רשימת העילות המופיעה בחוק היא רשימה סגורה, אך ניתן להעלות טענת אפליה על יסוד עילה שאינה מופיעה ברשימה, מכוח עקרונות כלליים של תום לב ותקנת הציבור.

היבטי האיסור להפלות. החוק אוסר להפלות בכל היבטי התעסוקה: שלב הקבלה לעבודה (לרבות פרסום מודעה ברבר הצעת עבודה), קביעת תנאי העבודה, קידום, הכשרה והשתלמות מקצועית, מתן הטבות בקשר לפרישה, פיטורים ופיצויי פיטורים.⁸⁰

הגדרת האפליה. החוק אוסר אפליה ישירה – כלומר החלטה בעניינו של מועמד או עובד מתוך שקילת טעם אסור. על פי הפרשנות שניתנה לחוק, אין צורך להוכיח כוונה סובייקטיבית מצד המעסיק להפלות.⁸¹ זאת ועוד, החוק קובע

| | |
|----|---|
| 75 | סעיפים 17 ו-21(ג) לחוק. |
| 76 | סעיף 2(א1) לחוק. |
| 77 | עניין דנילביץ'; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב-1992, ס"ח 37. |
| 78 | איסור אפליה על רקע גיל פותח אף הוא לראשונה בפסיקה, בעניין רגנט 2. תיקון מספר 3, התשנ"ה-1995, ס"ח 334. |
| 79 | סעיף 7 לחוק. ההטרדה המינית עצמה במקום העבודה אסורה על פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. |
| 80 | סעיפים 2(א1)-(א2) ו-8 לחוק. |
| 81 | ראו עניין נבו: 759; עניין פלוטקין. |

שקביעת קריטריונים שלא מן העניין תיחשב גם היא לאפליה. הוראה זו פורשה בפסיקה כאימוץ הכלל האוסר אפליה עקיפה.⁸² כהגנה אפשרית למעסיק, החוק מסייג ומורה שקביעה בתום לב של קריטריון המתחייב מאופי התפקיד או המשרה או ממהותם לא ייחשבו לאפליה.⁸³ חריג זה מוכר בעולם המשפט כחריג BFOQ (Bona Fide Occupational Qualifications), ונהוג לפרשו בצמצום.⁸⁴

נטלי הוכחה. כדי להקל על התובע החוק קובע הסדר בדבר נטלי ההוכחה. לפי הסדר זה כאשר העובד או המועמד מוכיחים שהם משתייכים לקבוצה המוגנת על פי חוק ושהם ממלאים את דרישות התפקיד ובכל זאת נדחו, הנטל עובר למעביד להוכיח שלא הפר את הוראות החוק. כמו כן, כאשר העובד או המועמד מוכיחים שהמעסיק דרש, במישרין או בעקיפין, מידע בנושא שהאפליה בגינו אסורה, הנטל עובר למעביד להוכיח שלא הפר את הוראות החוק.⁸⁵

אכיפת האיסור. החוק קובע מנגנון אכיפה כפול, כמקובל בחלק ניכר מחוקי המגן.⁸⁶ מנגנון אזרחי ומנגנון פלילי. המנגנון האזרחי מאפשר לעובד או למועמד המופלה לתבוע פיצויים בגין נזק ממוני ושאינו ממוני בתביעה אזרחית, וכן לקבל צו מניעה או צו עשה.⁸⁷ התביעה האזרחית יכולה להיות מוגשת גם על ידי ארגון העובדים היציג במקום העבודה או ארגון העוסק בזכויות של מי שאסור להפלותו, בהסכמת העובד.⁸⁸ למן חקיקת חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006 ניתן להגיש תביעה אזרחית בגין הפרה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה גם כתובענה ייצוגית.⁸⁹ המנגנון הפלילי לאכיפת החוק מאפשר להגיש כתב אישום נגד מעסיק העובר על הוראות החוק ולהטיל עליו קנס כספי.⁹⁰ סמכות האכיפה הפלילית

- | | |
|----|--|
| 82 | ראו עניין גסטטנר: 72; עניין פלוטקין; רבין-מרגליות, 2000: 565-567. |
| 83 | סעיף 2(ג) לחוק. |
| 84 | ראו התייחסות לחריג זה בעניין רקנט 1: 317-318, ובעניין גסטטנר: 75. |
| 85 | סעיף 9(א)9(ב) לחוק. על מסגרת ההוכחה לכאורה (Prima facie Case) ראו רבין-מרגליות, 2000: 537-543. |
| 86 | כגון סעיפים 7 ו-14 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; סעיפים 13 ו-14 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. |
| 87 | סעיף 10(א)1(1) ו-2 לחוק. |
| 88 | סעיפים 12-13 לחוק, תיקון מס' 3 (1995). |
| 89 | סעיף 1(18) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. |
| 90 | סעיף 15(א) לחוק. |

פרק שני הדין הקיים ובעיית היעדר האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום

של החוק הוענקה לאגף לאכיפת חוקי עבודה במינהל הסדרה ואכיפה שבמשרד התמ"ת (האמון על אכיפה של 17 חוקי עבודה שנכלל בהם ערוץ פלילי).⁹¹

ג. להשלמת התמונה: חובת הייצוג ההולם בשירות הציבורי

המענה המשפטי לתופעת האפליה על רקע לאום כולל לא רק את איסור האפליה, החל כאמור על כל המעסיקים במשק, הן במגזר הפרטי הן במגזר הציבורי, אלא רובד נוסף של חקיקה החל רק על השירות הציבורי והחברות הממשלתיות. רובד זה מחייב העדפת מועמדים מקבוצות מוגנות מסוימות כדי להביא לייצוג הולם שלהן.⁹²

העדפה מתקנת סוטה מעקרון השוויון החולש על שוק התעסוקה, והיא מסתמכת על ההשתייכות הקבוצתית של הפרט כדי להיטיב עמו. ישנם שני סוגים של העדפה מתקנת, וכל סוג נסמך על הצדקה אחרת. סוג אחד הוא העדפה המיועדת לרפא עוולה היסטורית של אפליה מתמשכת (remedial justification). מנגנון העדפה זה הוא זמני במהותו, והוא מופעל עד ריפוי השפעותיה של האפליה ההיסטורית. הסוג השני הוא העדפה המיועדת להביא לידי ייצוג הולם של קבוצות האוכלוסייה המרכזיות (diversity justification). העדפה זו מבוססת על העמדה שמסודות המדינה צריכים להיות מעין מיקרוקוסמוס של החברה ולשקף את הקבוצות המרכיבות אותה כדי להעניק שירות מיטבי לכל קבוצות האוכלוסייה, להגביר את האמון בשירות הציבורי ולהבטיח את יכולתן של קבוצות מיעוט ואוכלוסיות מוחלשות ליהנות גם הן מן הטובין הציבוריים שהשירות הציבורי מקצה. העדפה מתקנת הנשענת על הצדקה זו היא במהותה מנגנון קבוע.

בתוספת לחוק שירות המדינה (מינויים), שנחקקה בשנת 2000, נקבע שבקרוב העובדים בשירות המדינה, בכל הדרגות והמקצועות, ינתן ביטוי הולם

91 ראו אתר האגף: www.tamas.gov.il/NR/exeres/1F31D658-C923-41CB-8444-D4DA9F141CD5.htm

92 מחקר זה אינו עוסק בשיטתיות בסוגיית ההעדפה המתקנת, והיא מוזכרת בדרך אגב. לדיון מקיף בסוגיית ההעדפה המתקנת ראו מודריק אבן-חן, 2000. כמו כן ראו דוח הביניים של ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא קליטת עובדים ערבים בשירות הציבורי, 2008.

לייצוגם של "בני האוכלוסייה הערבית"⁹³. כמו כן נקבע בתוספת משנת 2000 לחוק החברות הממשלתיות שבדירקטוריון של חברות ממשלתיות יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית.⁹⁴ בפסק דין שניתן בעתירה שהוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח בנוגע למינוי אזרחים ערביי ישראל למועצת מקרקעי ישראל, הרחיב בג"ץ את חובת הייצוג ההולם של האזרחים הערבים באופן שתחול גם על מועצות ציבוריות שאין בעניינן הוראה מפורשת בחוק, מכוח דוקטרינה כללית הנובעת מחובת השוויון הכללית ומהצטברות של הוראות חוק ספציפיות בנושא.⁹⁵ החובה החוקית מנוסחת כחובת ייצוג הולם, ולכן היא משתייכת אל הסוג השני של ההעדפה המתקנת המוזכרת לעיל. עם זאת, לנוכח ההדרה ההיסטורית של ערבים מן השירות הציבורי, המנגנון מיועד גם להידרש להשפעותיה של אותה אפליה ממושכת.

ד. הקמת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

בשנת 2006 שונה מערך האכיפה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כאשר תיקון לחוק הורה על הקמת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד התמ"ת.⁹⁶ הנציבות קמה בפועל בתחילת שנת 2008. בראשה עומדת נציבה ארצית (הנציבה הראשונה, והנוכחית, היא עו"ד ציונה קניג-יאיר), ותחתיה יש שלוש לשכות מחוזיות. לנציבות יש ועדה מייעצת שבה חברים נציגים של משרדים ממשלתיים, נציגי ארגונים העוסקים בקידום שוויון בעבודה, נציגי ארגוני עובדים, נציגי ארגוני מעסיקים ומומחים בתחום. תפקידה של הוועדה המייעצת לייעץ לנציבה הארצית בענייני מדיניות ולהמליץ לה על סדר עדיפויות בפעילות הנציבות.⁹⁷

- 93 סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959. חובה דומה מוטלת בכל הנוגע לנשים, אנשים עם מוגבלויות, דרוזים, צ'רקסים ואתיופים.
- 94 סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. תיקון שנחקק כבר בשנת 1993 קבע חובת ייצוג הולם לנשים. אשר לאתיופים, נקבעה להם גם חובת ייצוג הולם בקרב עובדי החברות הממשלתיות בכל המשרות והדירוגים, ולא רק בדירקטוריון, בסעיף 50א, בתיקון משנת 2011.
- 95 עניין האגודה לזכויות האזרח: 39.
- 96 תיקון מספר 10, התשס"ו-2006, ס"ח 190.
- 97 סמכותו של השר למנות את חברי הוועדה מצוינת בסעיף 18ז(א). חברי הוועדה קבועים בסעיף 18ז(ב) לחוק. בוועדה המייעצת יהיו חברים: נציגי הרשות לקידום

תכליתה של הנציבות, כפי שהוגדרה בחוק, היא לקדם את ההכרה בזכויות לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ואת מימושן.⁹⁸ לשם כך הוטלו על הנציבות כמה תפקידים. אחד מהם הוא הטיפול בתלונות על הפרת החוקים שבסמכותה.⁹⁹ כל אדם רשאי להגיש תלונה בכתב לנציב האזורי על הפרת הוראה מהוראות חקיקת השוויון בעבודה. הנציב האזורי רשאי לדחות את התלונה על הסף (למשל בשל היותה חסרת בסיס או בשל התיישנותה), להעבירה בהסכמת הצדדים לגישור, להורות למעביד בצו למסור נתונים באשר לקיום חובותיו על פי החוק כדי לברר את התלונה או להגיש תביעה אזרחית בבית הדין לעבודה בשם המתלונן או בשם הנציבות. הנציבות כתובעת יכולה, מלבד בקשת הסעדים האזרחיים הרגילים הנתונים לכל אזרח, גם לבקש מבית הדין לעבודה להורות בצו למעביד לנקוט פעולות כלליות הנוגעות לכלל עובדיו או לדורשי עבודה, ולא רק לתובע הספציפי, לשם קיום חובותיו על פי חוק. כמו כן, הנציבות רשאית להתערב בהליכים משפטיים, בהסכמת בית המשפט, ולהגיש את עמדתה.¹⁰⁰ תפקידים נוספים שהוטלו על הנציבות הם קידום המודעות הציבורית לזכויות על פי חקיקת השוויון בתעסוקה בדרך של חינוך, הדרכה והסברה, עידוד תכניות

מעמד האישה, נציב נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שישה עובדים של משרדי ממשלה בתחומי פעולתה של הנציבות על פי המלצות השרים, חמישה נציגים של ארגונים העוסקים בקידום הזכויות לפי חקיקת השוויון בעבודה, שני נציגי ארגוני עובדים, שני נציגי ארגוני מעסיקים וארבעה מומחים בתחומי פעולתה של הנציבות.

סעיף 18 לחוק. 98

סעיפים 18-א-18ט לחוק. 99

סעיף 18(5) לחוק. על פי התוספת לחוק, הנציבות אחראית לאכיפת חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 העוסק באיסור אפליה, והוראות הייצוג ההולם המופיעות בסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1951, סעיפים 50, 50 ו-60 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 וסעיף 173 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. הנציבות אחראית רק להיבטים האזרחיים של חוקים אלה. 100

ופעילויות, שיתוף פעולה עם גופים אחרים לרבות עובדים ומעסיקים וכן עריכת מחקרים ואיסוף מידע.¹⁰¹

לסיכום, ישנם שלושה מסלולי טיפול במקרים של הפרת זכויות על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה: המסלול הראשון, המסלול הפלילי, מאפשר למדינה (באמצעות מינהל הסדרה ואכיפה במשרד התמ"ת) להגיש כתב אישום נגד מעסיק שהפר את הוראות החוק ולהטיל עליו קנס. המסלול השני, המסלול האזרחי הפרטי, מאפשר לעובד או למועמד לעבודה, שסבור כי הופרה זכותו לשוויון, להגיש תביעה אזרחית לבית הדין לעבודה לקבלת סעד של צו מניעה, צו עשה או פיצויים. המסלול השלישי, המסלול האזרחי המוסדי, מאפשר לעובד או למועמד להגיש תלונה לנציב שוויון הזדמנויות בעבודה. תלונה לנציבות יכולה להביא לפשרה, להליך של גישור או לתביעה אזרחית בשם המתלונן או בשם הנציבות. המסלול האזרחי הפרטי והמסלול האזרחי המוסדי הם מסלולים חלופיים – העובד אינו מחויב להגיש תלונה לנציבות, אלא רשאי לבחור אם להגיש תביעה עצמאית או תלונה לנציבות, אך אין הוא יכול לפעול בשני הערוצים גם יחד.¹⁰² לעומת זאת המסלול הפלילי מקביל ואינו תלוי במסלול האזרחי.¹⁰³

2. היעדר האכיפה של איסור האפליה בתעסוקה על בסיס לאום

הקשר בין חקיקה למציאות הוא קשר סבוך מאוד, ואחד הביטויים למורכבותו הוא הקושי למרוד את ההשפעה של חקיקה על המציאות.¹⁰⁴ משום כך לא תיבחן כאן השאלה אם הוספת עילת הלאום לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 1995 השפיעה על המציאות והפחיתה את מספר מקרי אפליית ערבים בשוק התעסוקה. השאלה שאעסוק בה צנועה יותר: האם הוספת עילת הלאום לחוק בשנת 1995 השפיעה על פעילות האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום?

101 סעיפים 18(1)-(4) לחוק.

102 סעיף 18(א)(2) לחוק. לעומת זאת, בארצות הברית העובד מחויב להגיש תחילה תלונה לנציבות, ורק לאחר חלוף פרק זמן מינימלי הוא רשאי לבקש אישור להגיש תביעה אזרחית עצמאית.

103 ראו סיכום דיון מ'14 במאי 2008 במינהל הסדרה ואכיפה: www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/EF780750-584C-4855-BC73-631964C955B8/0/kriteryonim.pdf

104 מונדלק, 2009.

פרק שני הדין הקיים ובעיית היעדר האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום,

המטרה היא למדוד את מידת השימוש במנגנוני האכיפה שנקבעו בחוק למיגור התופעה. בהנחה שתופעת האפליה על בסיס לאום קיימת (כפי שהומחש לעיל), היה מקום להניח שיהיה שימוש במנגנוני האכיפה. אם מידת השימוש במנגנוני האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום היא נמוכה, יש מקום לחשוש שיש כאן כשל אכיפה.

א. מידת האכיפה הכללית של איסור האפליה בתעסוקה בכל העילות

כשל באכיפה של עילת אפליה ספציפית יכול לנבוע מבעיה כללית במנגנוני האכיפה או מבעיה ייחודית לאותה עילה. כרקע לבחינה ספציפית של מידת האכיפה של איסור האפליה על רקע לאום אפתח בדיון במידת השימוש הכללי במנגנוני האכיפה של איסור האפליה בתעסוקה בכל העילות.

רמת השימוש במנגנוני האכיפה האזרחי הפרטי שנקבע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה היא נמוכה אך נמצאת במגמת עלייה הדרגתית. כפי שתואר בקצרה לעיל, תביעות אחדות פיתחו את נושא האפליה בתעסוקה על בסיס עקרון השוויון עוד בטרם נחקק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. על פי ניתוח שביצע גיא מונדלק, העשור הראשון מאז נחקק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (1988-1998) אופיין בכמה פסקי דין תקדימיים של בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון שזכו לתהודה תקשורתית רבה, אך תקדימים אלה לא הביאו לשטף של תביעות שגרתיות בערכאות הנמוכות יותר. עם זאת, מאז שנת 2000 חלה עלייה בכמות התיקים המנוהלים בבתי הדין האזוריים לעבודה העוסקים באפליה בתעסוקה, ונראה שיישום החוק מואץ.¹⁰⁵ אך עדיין מדובר במגמת עלייה צנועה יחסית.

אשר למסלול הפלילי, בשנת 2011 דיווח האגף לאכיפת חוקי עבודה במינהל הסדרה ואכיפה של משרד התמ"ת על 358 תיקי חקירה חדשים שנפתחו באותה

105 ראו מונדלק, 2009: 236-237. מונדלק בחן את יישום החוק על ידי בדיקת מספרם של פסקי הדין המאזכרים את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בשנים 1990-1999 היה מספר התיקים 17, ואילו בשנים 2000-2007 הוא היה 101. מספר פסקי הדין בבית הדין לעבודה המאזכרים את המונח "אפליה" בשנים 1990-1999 הוא 85, ואילו בשנים 2000-2007 הוא 929. ראו פירוט שם על הבעייתיות שבניתוח מן הסוג הזה (בין השאר, אין הוא מעיד על מספר התיקים שנפתחו, שרובם ככולם הסתיימו בפשרה, אלא רק על מספר התיקים המסתיימים בפסק דין).

שנה ועסקו בעילות של אפליה בעבודה. באותה שנה הוגשו בסך הכול שני כתבי אישום והוטלו שני קנסות עקב הפרות של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בסך כולל של 15 אלף שקלים.¹⁰⁶

ואשר למסלול האכיפה האזרחי המוסדי, כזכור הנציבות הוקמה בפועל רק בינואר 2008. מאז הקמתה עלה מספר הפניות השנתיות לנציבות, מ-600 לכמעט 800 פניות בשנה.¹⁰⁷ נכון לשנת 2012 ניהלה הנציבות 26 תיקים משפטיים.¹⁰⁸ מאז חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 1988 נדרשה הכנסת פעמים מספר לרמת האכיפה הנמוכה של החוק, וכמה תיקונים שבוצעו בחוק נועדו במפורש להגביר את מידת האכיפה. לדוגמה, בתיקון משנת 1995 נקבע שתביעה אזרחית על בסיס החוק יכולה להיות מוגשת גם על ידי ארגון העובדים היציג במקום העבודה או ארגון העוסק בזכויות של קבוצות מוגנות.¹⁰⁹ חקיקת חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006 פתחה את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה של הפרת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. אפשרות זו הייתה יכולה להביא להטלת סנקציה חמורה ביותר על מעסיק מפלה ולהעצים את האפקט המרתיע של פסק הדין,¹¹⁰ אלא שעד היום טרם הוגשה תובענה ייצוגית בעילה כזאת. לסיכום, מידת השימוש במנגנוני האכיפה שנקבעו בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה נמוכה יחסית, אך נמצאת במגמה כללית של עלייה (בכל שנה מוגשות כמה מאות תלונות לנציבות, מוגשות כמה עשרות תביעות אזרחיות ומוגשים כמה כתבי אישום ספורים).

- 106 מינהל הסדרה ואכיפה, משרד התמ"ת, סיכום פעילות לשנת 2011.
- 107 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דוחות שנתיים 2009-2011.
- 108 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דוח שנתי 2011.
- 109 סעיפים 12-13 לחוק, תיקון מס' 3 (1995). שדולת הנשים מפעילה מערך אכיפה בתחום של אפליה בתעסוקה. ראו פירוט התיקים שמערך אכיפה זה מטפל בהם באתר השדולה: www.iwn.org.il/?CategoryID=196&ArticleID=109
- 110 קלמנט ורביץ-מרגליות: 2009. בארצות הברית התובענות הייצוגיות בעילות של אפליה בעבודה הן אחד הכלים החשובים ביותר במאבק באפליה בעבודה. לעתים הן מסתיימות בפשרות בסכומים של מאות מיליוני דולרים. אף שיש שינויים מסוימים וירידת מה במספר התובענות הייצוגיות, עדיין מדובר בכלי חשוב ביותר. ראו Johnson, 1988; Selmi, 2003.

ב. מידת השימוש במנגנוני האכיפה בעילת האפליה על בסיס לאום

גם על רקע הרמה הכללית הנמוכה יחסית של השימוש במנגנוני האכיפה למיגור תופעת האפליה בתעסוקה, רמת הפעילות בעילה הספציפית של אפליה על רקע לאום בולטת בנדירותה. ראשית, לעומת עילת האפליה על רקע מגדר, שפותחה בפסיקה עוד לפני חקיקה חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בהתבסס על שימוש במושגי ססתום,¹¹¹ עילת האפליה על רקע לאום לא פותחה בפסיקה לפני חקיקת החוק. שנית, לעומת עילת האפליה על רקע גיל ועילת האפליה על רקע נטייה מינית, שהוגשו בגינן תביעות עוד לפני הוספת העילות הללו במפורש לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה,¹¹² תביעות העוסקות באפליה על בסיס לאום לא הוגשו לפני ההוספה המפורשת של עילת הלאום לחוק בשנת 1995.

גם לאחר הוספת עילת הלאום לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 1995 אכיפת האיסור ממשיכה להיות נמוכה ביותר. במסלול הפלילי, מאז שנת 1995 הוגש כתב אישום אחד בלבד בעילה של אפליה על רקע לאום. אותו כתב אישום הוגש בשנת 2003 ועסק במודעות דרושים שבהן נדרש מן המועמדים תנאי מקדים של שירות צבאי או לאומי, אף שלא היה כל קשר בין השירות הצבאי או הלאומי לבין מהותם של התפקידים. על החברה הוטל קנס בסך 10,000 ש"ח.¹¹³ במסלול האזרחי הפרטי, מאז שנת 1995 ועד היום הוגשו רק קומץ תביעות אזרחיות.¹¹⁴ אף תיק הנוגע לאפליה בתעסוקה על רקע לאום לא נדון בבית הדין הארצי לעבודה או בבית המשפט העליון. רק תיק אחד הוכרע לטובת התובע. שני תיקים שבהם היו ראיות חזקות לקיומה של אפליה ישירה ומכוונת נסגרו בפשרה כספית נמוכה יחסית, בלא פסק דין.¹¹⁵

111 ראו לעיל, ה"ש 70-73.

112 עניין דנילביץ' (נטייה מינית) ועניין רקנט 1 (גיל).

113 עניין תפקיד פלוס.

114 לניתוח כל התביעות שהוגשו בעילה של לאום עד לשנת 2004 ראו Rabin Margalioth, 2004.

115 על הצגת משרה כבלתי רלוונטית למועמדים ערכים בלבד ניתן פיצוי בסך 25,000 ש"ח, ועל פיטורי מלצריות כאשר נתגלה שהן ערכיות ניתן פיצוי בסך 20,000 ש"ח. ראו עניין חנא.

שתיים מתוך התביעות האזרחיות הפרטיות, שהוגשו בעילה של אפליה על רקע לאום, נדחו אף שיש מקום להעלות ספקות באשר לצדקתם של שני פסקי הדין. התביעה הראשונה עסקה בחברת תחבורה שחיפשה סדרן עבודה. כאשר הופנה אליה משירות התעסוקה מועמד ערבי, דחה אותו המעסיק והדגיש בפני השירות שהוא מחפש מועמד יהודי בשל סוגיית הסיווג הביטחוני, כיוון שמדובר בסדרן שיישלח למתקנים בעלי רגישות ביטחונית.¹¹⁶ בית הדין מצא שהמעסיק הוכיח את קיומו של צורך עסקי שהעובד יהיה בוגר שירות צבאי ודחה את התביעה. שרון רבין-מרגליות מציינת שפסק הדין אינו כולל ניתוח מעמיק של סוגיית הדרישה לסיווג ביטחוני מצד מעסיקים אזרחיים, לרבות שאלת הוכחת הצורך בסיווג ביטחוני לתפקיד, והעובדה שהמאפיין של סיום שירות צבאי, כשלעצמו, ממלא את דרישת הסיווג, בייחוד בהתחשב באפקט התוצאתי המפלה כלפי מועמדים ערבים.¹¹⁷ התביעה השנייה שנדחתה עסקה בפקיד שומה ערבי שלא נשקלה מועמדותו לתפקיד בכיר יותר.¹¹⁸ במקרה זה, אף שהיו כמה עדויות לכך שהמפקח שקיבל את ההחלטה שלא לקדמו העלה את הטענה שעשויה להיות בעיה במינוי עובד ערבי לתפקיד כיוון שנדרש טיפול בתיקים ביטחוניים, קבע בית הדין שאין בכך כדי להוכיח שבפועל הופלה העובד מחמת מוצאו. רבין-מרגליות דנה גם בבעייתיות שבפסק דין זה ומדגישה שעל פי הדוקטרינה של מניעים מעורבים, שהתקבלה על ידי בית הדין הארצי לעבודה חודשיים לאחר פסק דין זה בהקשר של אפליה על בסיס מגדר, מעסיק שהתחשב בשיקול פסול ייחשב למעסיק מפלה אף אם השיקול המפלה לא היה השיקול היחיד בקבלת ההחלטה, והדבר יתבטא רק בקביעת שיעור הפיצוי.¹¹⁹

התביעה האזרחית הפרטית היחידה שבה התקבלה טענה של אפליה על רקע לאום הייתה תביעה נגד רכבת ישראל.¹²⁰ מדובר בבקשה להוצאת צו למניעת פיטוריהם של תצפיתנים ומפקחי מפגשים ערבים בשירות רכבת ישראל, שעקב פרסום מכרוז חדש לתפקיד שבו כבר שירתו בפועל, הדורש מהמועמדים בין

116 עניין חורי.

117 Rabin Margalioth, 2004: 865-867

118 עניין אבורזק.

119 Rabin Margalioth, 2004: 871-873

120 עניין עבדולכרים.

השאר שירות צבאי, עמדו לפני פיתורים. בעקבות הגשת הבקשה חזרה בה רכבת ישראל מדרישת השירות הצבאי והמירה דרישה זו בשלוש דרישות מצטברות: רציפות תעסוקתית של 18 חודשים במקום עבודה אחד (לרבות שירות צבאי), ניסיון בעבודה במשמרות יום ולילה, ועבודה בארגון בעל מבנה היררכי המחייב התנהלות על פי מערכת נהלים פנימית (לרבות ארגון צבאי). כמו כן קבעה הרכבת ששירות של שנה בתפקיד של תצפיתן ומפקח מפגשים יכול לשמש תחליף לשלושת הקריטריונים הללו. בית הדין קבע, בין השאר על סמך חוות דעת שהוגשה על ידי נציבות שוויון ההזדמנויות כידיד בית המשפט,¹²¹ שהרכבת לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח שהדרישות המצטברות שקבעה מתחייבות מאופיו של התפקיד. בית הדין הדגיש שלא די להראות רלוונטיות כללית של הדרישות לתפקיד, אלא נדרש להוכיח שאי-אפשר לבצע את התפקיד כראוי בלא עמידה בדרישות. בין השאר הסתמך פסק הדין על העמימות שאפינה את הקריטריונים והביאה לידי כך שכל בוגר שירות צבאי באשר הוא יוכל לעמוד בהם.¹²² בשל הקושי של מועמדים מן המגזר הערבי לעמוד בדרישות המצטברות, לעומת היכולת האוטומטית של כל בוגר שירות צבאי לעמוד בהן, קבע בית הדין שמדובר באפליה פסולה.

אף שמדובר בהלכה יחידה, משצורפה אל ההלכה שנקבעה בהליך הפלילי שהוזכר לעיל, שלפיה מודעת דרושים שדרישת שירות צבאי הכלולה בה אינה מתחייבת ממהות התפקיד היא מודעה אסורה, גובשה הלכה ברורה בכל הנוגע לאפליה עקיפה של מועמדים ערבים בעקבות השימוש בדרישות הקשורות לשירות צבאי. משתי ההלכות עולה שדרישה המגדילה את סיכוייו של בוגר שירות צבאי להתקבל לעבודה בהשוואה למי שאינו בוגר השירות הצבאי היא דרישה המפלה בעקיפין אוכלוסיות שאינן משרתות בצבא, וכי על המעביד מוטל נטל כבד להוכיח שהדרישות הללו חיוניות למילוי התפקיד. הואיל והשירות הצבאי יכול ללבוש צורות שונות זו מזו, נראה שהטענה ששירות צבאי, באשר

121 את חוות הדעת אפשר למצוא באתר הנציבות: www.moital.gov.il/NR/exeres/EB1E8F8F-557A-4287-A923-19D33CBDB8DC.htm

122 סעיפים 18-21 לפסק הדין.

הוא, חיוני לביצוע התפקיד מופרכת על פניה. אלא שלא הייתה הפנמה של מצב משפטי זה, ודרישות לשירות צבאי ולאומי עדיין שכיחות ביותר.¹²³ אשר למסלול האזרחי המוסדי, בפילוח הפניות לנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה מאז הקמתה עולה שנתח מזערי מכלל הפניות עוסק בעילת האפליה על רקע לאום. בשנת 2009 היה מדובר ב-4% מכלל הפניות (כ-20 פניות),¹²⁴ ובשנים 2010-2011 היה מדובר בכ-2% בלבד מכלל הפניות (13 פניות בשנת 2010 ו-18 פניות בשנת 2011).¹²⁵ מאז הקמתה, ומתוך 26 תיקים שנוהלו על ידי הנציבות בבתי הדין לעבודה, עסקה הנציבות בשני תיקים בלבד בגין אפליה על רקע לאום. בתיק נגד רכבת ישראל, שתואר לעיל, הגישה הנציבות חוות דעת כידידת בית המשפט. נוסף על כך הגישה הנציבות במרץ 2011 בקשה לסעד זמני למניעת פיטוריהם של 17 עובדים ערבים מרשת מחסני כמעט חנים עקב חשש לאפליה על רקע לאום. בית הדין קבע שהפיטורים בטלים משום שלא קוים שימוע, והורה לרשת לקיים שימועים לעובדים. בעקבות השימועים 4 מתוך 13 העובדים הוחזרו למקום העבודה.¹²⁶ בכמה הזדמנויות גם פנתה הנציבות למעסיקים בנוגע למודעות דרושים שפרסמו שנכללה בהם דרישה לשירות צבאי שלכאורה לא הייתה לה הצדקה. ברוב המקרים המודעה תוקנה.¹²⁷ לסיכום, מנגנוני האכיפה של איסור האפליה על רקע לאום כמעט אינם בשימוש. פעילות האכיפה כוללת הרשעה אחת, קומץ של תביעות אזרחיות פרטיות, מהן פסק דין אחד בלבד בבית הדין האזורי לעבודה שהוכרע לטובת

- 123 ראו לדוגמה דרישה להיות בוגרי שירות צבאי למשרת אבחון ומיון במכון אדם מיל"א: <http://tinyurl.com/mila-drushim>; דרישה להיות בוגרי שירות משמעותי בצבא למשרת גרפיקה בחברת סטרט-אפ: www.alljobs.co.il/Search/UploadSingle.aspx?JobID=1577284; עדיפות לשירות צבאי במשרת פקח לאכיפת חוקי עזר בעיריית טייבה בשנת 2009: www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-3684610,00.html
- 124 דוח הנציבות לשנת 2009.
- 125 דוח הנציבות לשנת 2010 ודוח 2011.
- 126 עניין רשת מחסני כמעט חנים. לבקשה לסעד זמני ראו אתר הנציבות: www.moital.gov.il/NR/exeres/EB1E8F8F-557A-4287-A923-19D33CBDB8DC.htm
- 127 עיריית הרצליה שדרשה שירות צבאי למשרת פקח עירוני. ראו הודעה לעיתונות: www.moital.gov.il/NR/exeres/E010EEFE-310B-4B20-A9A4-EF6D33AD4370_frameless.htm

התובע בעקבות הקביעה שהתקיימה אפליה על רקע לאום. מספר הפניות לנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה העוסקות בעילת האפליה על רקע לאום נמוך מאוד לעומת עילות האפליה האחרות. ניתן לסכם ולומר שכמעט לא היה שימוש במנגנוני האכיפה המשפטיים, מכל הסוגים, למיגור תופעת האפליה על רקע לאום.

ג. להשלמת התמונה: אי-עמידה ביעדי הייצוג ההולם בשירות הציבורי

אף שהתיקון לחוק שקבע חובה של ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בשירות הציבורי ובדירקטוריונים של החברות הציבוריות נחקק בשנת 2000, בשנים שחלפו מאז היה קצב הגידול בייצוג האוכלוסייה הערבית אטי ביותר. בסוף שנת 2007 עמד שיעור הייצוג של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה על 5.9%¹²⁸ ובסוף 2010 – על 6.9% (בקצב זה יידרשו כשלושים שנה כדי להגיע לייצוג ההולם את שיעורי האוכלוסייה הערבית באוכלוסייה הכללית). שיעורי הייצוג במשרדים הממשלתיים המרכזיים אף נמוכים יותר (פחות מ-3% מן העובדים במשרד האוצר הם ערבים, ופחות מ-5% במשרד התמ"ת). כמו כן, בשנת 2001 עמד מספר הדירקטורים הערבים בדירקטוריונים של חברות ציבוריות על כ-5% בלבד. מספרם עלה ל-10% בשנת 2008, ונכון לאוגוסט 2009 עומד על 8.8%¹²⁹ יוער שבחברות ממשלתיות הנמצאות באחריותם של משרד התקשורת ומשרד החקלאות אין מכהן שום דירקטור מקרב אוכלוסיית בני המיעוטים.

החלטות ממשלה רבות הוקדשו לנושא יעדי הייצוג ההולם. בראשית 2004 החליטה הממשלה שבתוך שלוש שנים יעלה שיעור העובדים הערבים

128 עואד וחיידר, 2008.

129 נתוני איש דירקטוריונים בחברות ממשלתיות, 2009; 40: Habib, et al., 2010. בשנת 2001 הוגשה עתירה על ידי עדאלה, בטענה שהמדינה אינה עושה את כל שנחוץ ליישום הוראות החוק בכל הנוגע לייצוג הולם בדירקטוריונים, וכי לא חל גידול בפועל בייצוג של האוכלוסייה הערבית בדירקטוריונים מאז חקיקת החוק. העתירה נדחתה בכפוף להצהרות המדינה בדבר המשך פעילותה להשגת ייצוגם ההולם של חברי האוכלוסייה הערבית, תוך שנקבע כי על המדינה לממש את חובתיה להשגת ייצוג הולם בקצב סביר, אך כי לעתים התוצאות תלויות בנסיבות שאינן בשליטת המדינה, וכי קצב השינוי אינו מדד בלעדי לבחינת מידת ההשתדלות ביישום הוראות החוק. ראו עניין עדאלה.

מ-5.5% ל-130.8% נוכח אי-העמידה ביעד החליטה הממשלה באוגוסט 2006 לדחות את המועד להשגת היעד בשנתיים.¹³¹ כיוון ששוב הוברר שהממשלה לא תעמוד ביעד, נקבע בנובמבר 2007 יעד של 10% עובדים ערבים בשירות הציבורי עד סוף שנת 2012.¹³² כדי לעמוד ביעד זה נקבע כי 30% מן המשרות המתפנות ייועדו לעובדים ערבים, וכך הוקם צוות בין-משרדי בראשות מנכ"ל משרד המשפטים לליווי המשרדים ולסיוע בהסרת חסמים, שנעזר גם בארגוני החברה האזרחית. בינואר 2009 אף הוחלט להוסיף מדי שנה 20 תקנים המיועדים לערבים, להקים מאגר בוחנים ערבים לוועדות הקבלה לשירות המדינה, להוסיף משרות לסטודנטים ערבים ולבנות תכנית חניכה לעובדים ערבים חדשים.¹³³ יש לציין שבקבות הקמת הצוות הבין-משרדי וההסתייעות בארגוני החברה האזרחית, בשנת 2008 היה שיעור הערבים שנקלטו בשירות המדינה 11.7%, השיעור הגבוה ביותר בעשר השנים האחרונות.

בפברואר 2008 הוקמה ועדת חקירה פרלמנטרית לבחינת נושא קליטת עובדים ערבים בשירות הציבורי, בראשותו של חבר הכנסת אחמד טיבי. הוועדה הגישה דוח ביניים בינואר 2009, ובו סוכם שלב איסוף הנתונים של הוועדה ונסקר מצב תעסוקת המיעוטים במשרדי הממשלה.¹³⁴ ועדת החקירה חידשה את פעילותה בכנסת ה-18.¹³⁵

| | |
|-----|--|
| 130 | החלטה ממשלה מספר 1402, 27.1.2004. |
| 131 | החלטת ממשלה מספר 414, 31.8.2006. |
| 132 | החלטת ממשלה מספר 2579, 11.11.2007. |
| 133 | החלטה ממשלה מספר 4436, 25.1.2009. |
| 134 | דוח ביניים בנושא קליטת עובדים ערבים, לעיל ה"ש 92. |
| 135 | לכל ההודעות לעיתונות של ועדת החקירה ראו: |
| | www.knesset.gov.il/spokesman/heb/template.asp?ComId=266 |

פרק שלישי

ניתוח הגורמים לכשל האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום

בחלק הקודם תוארה המציאות של היעדר אכיפה של איסור האפליה בתעסוקה על בסיס לאום. חרף האפליה כמעט שלא נעשה שימוש במשך קרוב לעשרים שנה במנגנונים המשפטיים שיועדו לאכיפת האיסור. מצב זה של כמעט חוסר שימוש במנגנון אכיפה שעוצב כדי לתת מענה לתופעה שהוגדרה אסורה יכול לנבוע מבעיה במנגנון האכיפה שנבחר, אך גם מכשל נורמטיבי בהגדרת התופעה האסורה שמנגנון האכיפה אמור לפעול למיגורה. במקרה של איסור האפליה בתעסוקה על רקע לאום, חוסר האפקטיביות של החקיקה נובע משילוב של שני הגורמים הללו: בעיה במנגנון האכיפה עצמו, ובעיקר הסתמכות המנגנון על יוזמה מצד הפרט הנפגע, המקשה במיוחד את האכיפה במקרים של אפליה על רקע לאום, ובעיה נורמטיבית בתפיסת מהותה של תופעת האפליה בתעסוקה בכלל, והאפליה על רקע לאום בפרט.

1. הגורם הראשון: הנעת מנגנון האכיפה על ידי הנפגע

א. מודלים להנעת אכיפה

בשנות השבעים טבע הסוציולוג דונלד בלק (Black) את המונח "הנעה משפטית" (legal mobilization) לתיאור התהליך שבו תיקים משפטיים מגיעים לטיפול של המערכת המשפטית.¹³⁶ ההנעה המשפטית הוגדרה על ידי פרנסס זמנס (Zemans) כך: "חוק מונע כאשר שאיפה או רצון מתורגמים לדרישה באמצעות עמידה על זכות או טענה משפטית".¹³⁷ בתחומים שבהם החוק שואף לחולל שינוי בנורמות

Black, 1973 136

Zemans, 1983: 700 137 (כל התרגומים במחקר הם שלי).

חברתיות, הליך ההנעה חשוב במיוחד – בלא הגשת תיקים לבתי המשפט מכוח החוק, המביאה לפרשנות מיטיבה של החוק וקביעת תקדימים מהותיים, הסיכוי של החוק לחולל שינוי הוא קלוש.¹³⁸ בלק אפיין שני מודלים שבהם יכול להתרחש תהליך ההנעה: במודל הראשון האזרח הוא שמניע את התהליך באמצעות הגשת תלונה או תביעה, והמערכת המשפטית מגיבה על יוזמתו של האזרח (reactive mobilization process). במודל השני המדינה היא שיוזמת את ההליך, בלא מעורבות או יוזמה מצדו של האזרח (proactive mobilization process).¹³⁹ במודל המגיב המדינה מאפשרת את השימוש בחוק, ואילו במודל היוזם המדינה כופה את החוק.¹⁴⁰ בלק ביקש להדגיש את ההשפעות שיש להעדפת מודל אחד על פני האחר על עיצוב אופייה של האכיפה ויעילותה, על נגישותה של מערכת המשפט לקבוצות שונות ועל האפשרות לחולל שינוי בנורמות החברתיות.¹⁴¹ ישנם תחומים שבהם האכיפה שייכת במובהק לאחד המודלים. לדוגמה, ברוב שיטות המשפט למדינה אין כל אחריות להניע תיקים בתחום "המשפט הפרטי" (כגון חוזים, נזיקין וקניין), ותהליך ההנעה בתחום זה מתנהל כולו על פי המודל המגיב – הפרטים יוזמים הגשת תביעות כשהם מעוניינים לעשות זאת. בתחום המשפט הפלילי המדינה היא אמנם התובעת, אך ראשיתם של רבים מהתיקים הפליליים בהפניית תשומת לבה של המדינה בדרך של תלונה של אזרח למשטרה. לכן גם במשפט הפלילי יש נדבך שבו המדינה מגיבה על הנעת הליך שיזם האזרח. עם זאת, ישנם תחומים במשפט הפלילי שבהם המשטרה פותחת בחקירות ביוזמתה, שלא על סמך תלונות של אזרחים, כגון תחום העלמות המס או תחום עברות הסמים.

ב. הנעת האכיפה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה

כאמור, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע שלושה מסלולים לאכיפת החוק – פלילי, אזרחי פרטי ואזרחי מוסדי. המסלול האזרחי הפרטי הוא מסלול מגיב

Burstein and Monaghan, 1986: 356; Burstein, 1991 138

Black, 1973: 128-130 139

שם: 138. המונחים שבשימושו הם "imposes the law" ו-"makes the law available". 140

שם: 127-128. 141

מובהק, שבו היוזמה להגשת תביעה נתונה בידי של האזרח הנפגע. המסלול הפלילי הוא מסלול מעורב – אזרח נפגע רשאי להגיש תלונה לאגף האכיפה, וזו מניעה חקירה, אך האגף גם מבצע חקירות מיוזמתו. אלא שבתחום האפליה בתעסוקה החקירות היוזמות מוגבלות לפרסומים של מודעות דרושים, שבהן הפרת החוק היא גלויה. אשר למסלול האזרחי המוסדי, אף שהנציבות מוסמכת לזיום חקירות, על פי רוב ההליכים המנוהלים על ידי הנציבות מבוססים על פניות המוגשות אליה. לכן ניתן לסכם ולומר שמודל ההנעה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוא בעיקרו מודל מגיב.

אחד השיקולים לאימוץ מודל מגיב להנעת האכיפה בתחום של אפליה בתעסוקה הוא שיקול של יעילות. על פי רוב המידע על האפליה נמצא אצל הפרטים החווים אותה, ולכן יעיל יותר שהם יניעו את ההליך על ידי הגשת תביעה או תלונה, שכן אם יוטל נטל החקירה על המדינה, יהיה הדבר כרוך בעלויות ובמשאבים ניכרים.¹⁴² שיקול נוסף הוא שחרור האכיפה של התחום מלחצים פוליטיים וסדרי עדיפויות בהקצאת המשאבים מצד המדינה ומתן כוח לחברה האזרחית להניע את התחום.¹⁴³

עם זאת, מודל מגיב להנעת האכיפה בתחום האפליה בתעסוקה כרוך גם בחסרונות של ממש. הפקדת עיקר האכיפה בידיים פרטיות משדרת שמדובר בנושא המטריד את הפרטים הנפגעים, אך לא בתופעה שראוי שתטריד את החברה כולה, או שהמדינה צריכה לתת עליה דין וחשבון.¹⁴⁴ יתרה מזו, אכיפה

142 שם: 132.

143 שם: 145-147; 1386-1387; Gilles, 2000: 1386-1387. אצל Coffee (1983: 22) נכתב: "אכיפה פרטית מסייעת לשמירה על יציבותן של הנורמות המשפטיות בכך שהיא מונעת שינויים פתאומיים במדיניות האכיפה שלא על דעת המחוקק" (Private enforcement helps ensure the stability of norms by preventing abrupt transitions in enforcement (policy that have not been sanctioned by the legislature) (Bagenstos 2006a: 35): "בשנים האחרונות ניכר מעל לכל ספק שמידת המרץ המושקע באכיפה מצד השלטון משתנה לפי מדד הרוח הפוליטי" (Recent years have made painfully apparent just how much vigor of government enforcement can vary with the political winds).

144 Waterstone (2008: 436): "כאשר ארצות הברית נוקטת עמדה נחרצת בהגנתה על זכויות האדם של אזרחיה, יש בכך העברת מסר סמלי וביטוי לרצון העם באופן שאי-אפשר, ואף לא ראוי, להפריט לחלוטין" (When the United States takes a strong stand to protect the civil rights of its citizens, it sends a symbolic message

המסתמכת על יוזמה מצד האזרחים יכולה להביא למצב של תת-אכיפה. כזכור, אכיפה באמצעות השוק החופשי מעניקה לאזרח את האפשרות להגן על זכויותיו, אך אינה מספקת את ההגנה עצמה. לעתים קרובות האזרח נמנע מלממש את האפשרות לפעול לנוכח הפרת זכויותיו, אף שלכאורה יש לו עניין לעשות זאת.¹⁴⁵ מחקר קלסי שערכו בתחום זה פלסטניר, אבל וסאראט (Felstiner, Abel, and Sarat), ציין שלושה שלבים הכרחיים להבשלה של מחלוקת משפטית: שלב הזיהוי (naming), שבו הנפגע רואה באירוע עניין פוגעני ולא דבר בלתי נמנע, שהוא "חלק מן החיים"; שלב ייחוס האשמה (blaming), שבו הנפגע מזהה גורם האחראי לפגיעה בזכויות ומוכן להתייצב מולו ולהטיל עליו אחריות; ושלב הדרישה (claiming), שבו הנפגע מתרגם את חוויית הפגיעה האישית לעילות ולסעדים משפטיים ומתגבר על חסמים פסיכולוגיים ומוחשיים בדרכו לניהול הליך משפטי.¹⁴⁶ בתחום האפליה בעבודה, כמו גם בתחומים רבים אחרים, נפגעים רבים אינם צולחים את כל שלושת השלבים ואינם מגיעים לשלב התביעה המשפטית, מצב שמגביר את תת-האכיפה של הנורמה.¹⁴⁷

ג. ההשפעות של מודל הנעת האכיפה על אכיפת האפליה על רקע לאום הסתמכות על יוזמת הנפגעים לצורך הנעת האכיפה היא אחד הגורמים לאכיפה הדלה של איסור האפליה בתעסוקה, אולם כפי שהודגם בפרק הקודם, כשל

and expresses the will of the people in a way that cannot and should not be (completely outsourced)".

145 אי-הדיווח בכל התחומים הוא שכיח כל כך עד שבלק טוען כי: "ההסנות של אזרחים להניע את החוק נפוצה כל כך עד שיש מקום לראות בחוסר המעש המשפטי את דפוס הפעולה המרכזי במציאות המשפטית האמפירית" ("The reluctance of citizens to mobilize the law is so widespread, indeed, that it may be appropriate to view Black, 1973: (legal inaction as the dominant pattern in empirical legal life)". 133. וראו Miller and Sarat, 1981.

146 המודל גובש במאמר Felstiner, Abel, and Sarat, 1981. על המודל בהקשר הספציפי של אפליה בעבודה ראו שמיה ושטראי, 1996; מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, 2008: 530-526.

147 רבין-מרגליות, 2000; מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, 2008; Weil and Pyles, 2006; Mundlak, 2009: 223-225; Davidov, 2010: 62-68

האכיפה חמור במיוחד בתחום האפליה על רקע לאום. כמה מאפיינים ייחודיים הפוכים את עילת הלאום לחשופה במיוחד לחסרונות שבמודל הנעה זה. גורמים אחדים משפיעים על יכולתן של קבוצות להניע את האינטרסים שלהם באמצעות המשפט, ובהם מידת הארגון של הקבוצה, רמת המודעות לזכויות, התודעה הפוליטית של הקבוצה והמשאבים העומדים לרשותה. כאשר אותו הסדר בחוק מספק הגנה לכמה קבוצות, והאכיפה נתונה בידיהם של האזרחים הנפגעים, מידת האכיפה אצל כל קבוצה תיגזר ממידת הכוח ומידת הפעילות שלה, ולכן מידת ההגנה שיספק החוק לא תהיה שווה.¹⁴⁸ השוני בין הקבוצות הזוכות להגנה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוא בולט ביותר, שכן חלק מהקבוצות נמצאות בעמדה טובה יותר מאחרות ביכולת לנצל את החוק לטובתן. מונדלק ממחיש את סוגיית פערי הכוחות בין הקבוצות המוגנות באמצעות הדוגמה של קבוצת משרתי המילואים. מדובר על פי רוב בגברים יהודים ממעמד סוציו-אקונומי ממוצע ומעלה, שיש להם יכולת גבוהה להניע את האינטרסים שלהם על פי החוק. למשרתים במילואים ניתנה הגנה חזקה ומיוחדת שלפיה פיטורי עובד בשירות מילואים בטלים אלא אם כן ניתן היתר מוועדת התעסוקה לפטרו.¹⁴⁹ מונדלק מנגיד את יכולת ההנעה של משרתי המילואים לזו של האוכלוסייה הערבית, שתי קבוצות קיצון, ובכך ממחיש את חוסר האחידות בהגנה שנותן החוק במודל אכיפה מגיב.¹⁵⁰

יתרה מזו, ההשתייכות הקבוצתית של הפרט משפיעה על התהליכים החינוניים להבשלת מחלוקת משפטית. הדרך שבה אנשים מגיבים על ההתנהגות כלפיהם תלויה מאוד באופן שבו הם תופסים את זכויותיהם ואת ההזדמנויות שלהם. הפרט מבין את המציאות ומגיב עליה על סמך האיראולוגיה והתרבות הסובבות אותו, והן שקובעות את ציפיותיו כאשר ליחס המגיע לו ואת האופן שבו ראוי להגיב כאשר היחס חורג מן הציפיות הללו. משום כך שלושת הדפוסים

148 אלבשן, 2004; Pasachoff, 2011; Burstein, 1991: 1209; Zemans, 1983: 694-695; 1416.

149 סעיף 41(א) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, שנוסף בתיקון משנת 1997. זהו הסדר דומה להסדר הנוגע לנשים בהיריון הקבוע בסעיפים 6-7 לחוק העסקת נשים, התש"ט-1949.

Mundlak, 2009: 223-225 150

של naming, claiming, blaming שתוארו לעיל משתנים מקבוצה לקבוצה.¹⁵¹ בהכללה ניתן לומר שהאוכלוסייה הערבית בישראל הפנימה את תופעת האפליה, ובמידת מה הזהות הקבוצתית של הערבים בישראל אף מושתתת על רעיון הקיפוח הקבוצתי.¹⁵² אצל רבים מקרב האוכלוסייה הערבית האפליה נתפסת כתופעה בלתי נמנעת, ואין ציפייה של ממש ליהנות מיחס שוויוני. כמו כן תחושות של חוסר אמון במשטרה ובמערכת בתי המשפט רווחות בה, בצד אמונה שמוסדות אלה מוטים לרעת האזרחים הערבים ושוקלים שיקולים שאינם מקצועיים בהחלטותיהם.¹⁵³ זאת ועוד, החסמים המקשים הגשת תביעות משפטיות חריפים במיוחד בקרב הציבור הערבי, כגון קשיי הנגישות לשירותים משפטיים וחסמי שפה.¹⁵⁴ עקב כל המאפיינים הללו נפגעי אפליה ערבים ייטו פחות לתרגם אירועים מפלים לכדי תביעות משפטיות. מסיבה זו כל חוקי המגן בתחום העבודה, לרבות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, נתונים במצב של תת-אכיפה חריף במיוחד בקרב האוכלוסייה הערבית.¹⁵⁵

מאפייני נוסף המסביר את כשל האכיפה החריף במיוחד בעילת האפליה בתעסוקה על רקע לאום הוא שאפליה זו צצה בעיקר בשלב של הקבלה לעבודה (לעומת השלבים של קביעת תנאי ההעסקה או פיטורים). שלב הקבלה לעבודה הוא השלב שבו כשל האכיפה הוא החמור ביותר, ומכמה סיבות. ראשית, בשלב זה הקושי לספק ראיות לקיומה של אפליה הוא הרב ביותר. מועמד שלא זומן לריאיון או שלא הוצעה לו עבודה, על פי רוב אינו יודע מי היו המועמדים האחרים ואם הוא משתווה אליהם, ואין בידיהם ראיה ישירה לקיומה של אפליה.¹⁵⁶ אמנם היפוך הנטל הקבוע בחוק מאפשר למועמד לתבוע במקרה שהצליח להוכיח שהוא בעל הכישורים הנדרשים לתפקיד והמעסיק הוא שיצטרך להוכיח שלא הפר את החוק. אלא שתביעה הנסמכת אך ורק על היפוך הנטל היא בגדר

- | | |
|---|-----|
| Felstiner, Abel, and Sarat, 1981: 637, 643-644; Zemans, 1983: 698-699 | 151 |
| ברזילי, 1999: 14-16; קוסקסי, 2010. | 152 |
| Zureik, Moughrabi, and Sacco, 1993 | 153 |
| אלבשן, 2004; ויינשנקר-ונר ובליקוף, 2010; Rattner, 1994 | 154 |
| ראו דיון במצב תת-האכיפה של כל חוקי העבודה בקרב האוכלוסייה הערבית בתוך | 155 |
| .Habib, King, and Ben Shalom, 2010 | |
| רבין-מרגליות, 2000; 222-223; Mundlak, 2009 | 156 |

ירייה באפלה, וקשה להעלות על הדעת הגשת תביעה על ידי מועמד שאין ברשותו כל ראייה לכך שהופלה. שנית, שיעור הפיצוי הפוטנציאלי בתביעות העוסקות בשלב הקבלה לעבודה הוא נמוך יחסית, משום שראש הנזק העיקרי הוא נזק לא ממוני, ובתי המשפט נוטים שלא לפסוק סכומים גבוהים במיוחד בראש נזק זה.¹⁵⁷ שלישית, ברמה הפסיכולוגית נפגע אפליה שהחזיק במשרה ופוטר ממנה יבקש להילחם על זכותו להחזיק בה יותר ממי שמעולם לא החזיק בה. אף משיקולים מעשיים במקרה של אפליה בשלב הקבלה לעבודה יעדיף הנפגע להשקיע מאמצים בחיפוש עבודה אחרת ולא להתעסק בניהול תביעה נגד המעסיק המפלה, שאף אם תצלח לא תסתיים בצו להעסקה אלא בפיצוי מוגבל. מפילוח הפניות לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה מאז הקמתה עולה שמספר הפניות הנוגעות לאפליה בשלב הקבלה לעבודה נמוך במידה ניכרת ממספר הפניות הנוגעות לשלב הפיטורים או לתנאי העבודה (18% מהפניות נוגעות לקבלה לעבודה, לעומת 55% בעניין תנאי עבודה ופיטורים).¹⁵⁸

כדי להמחיש את הקושי לתבוע בגין אפליה בשלב הקבלה לעבודה, ניתן להשוות אפליה כזאת לאפליה בכניסה למקום בילוי או בקבלת שירות.¹⁵⁹ בהליך הקבלה לעבודה המועמד מקבל בדרך כלל הודעה על ההחלטה שלא להעסיק אותו הנמסרת בעקיפין ובמועד מאוחר יותר. לא מקובל לנמק החלטות אלה, והמועמד שנדחה אינו מצופה לדרוש הסבר או נימוק. על פי רוב המועמד אינו פוגש את המועמדים האחרים ואינו יודע את זהותם ואת זהותו של מי שנבחר בסופו של דבר לאייש את המשרה. לעומת זאת, מניעת הכניסה למקום בילוי נעשית בפניו של האדם, ועל פי רוב יינתן לכך הסבר או יידרש הסבר מידי על ידי הנפגע. במעמד עצמו הנפגע יכול להיווכח מי הוכנס למקום הבילוי וברשותו פרטים ונתונים רבים יחסית על הסיטואציה. רמת הוודאות אצל הנפגע שאכן הופלה לרעה גבוהה יותר וכמוה תחושת ההשפלה שבדחייה החזיתית. אלה יכולות להביא לרצון רב יותר לתבוע, ואכן תביעות כאלה על רקע לאום נפוצות

157 ביטון, 2006.

158 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דוח שנתי, 2011.

159 אפליה כזאת אסורה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בילוי ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

קצת יותר.¹⁶⁰ את הקושי שבהגשת תביעות על רקע אפליה בשלב הקבלה לעבודה ממחיישים גם התיקים המעטים שנוהלו בעקבות אפליה על בסיס לאום, שעסקו רובם ככולם בשלבים אחרים בהעסקה. תביעת התצפיתנים נגד רכבת ישראל עסקה בפיטורים על רקע קביעת קריטריונים חדשים, ותביעת עובדי רשת כמעט חנים, שהוגשה על ידי הנציבות, הייתה למניעת פיטורים.¹⁶¹ שני תיקים של אפליה על בסיס לאום שבכל זאת עסקו בשלב הקבלה לעבודה היו מסוג שאין מתעוררת בו כל שאלה עובדתית על עצם ההבחנה על רקע לאום – התיק הפלילי שעסק בדרישה לשירות צבאי במודעת דרושים, והתיק שבו הוצגה לשירות התעסוקה דרישה עקרונית למועמד יהודי בלבד בשל סוגיית הסיווג הביטחוני.¹⁶²

אמנם גם עילות אפליה אחרות צצות בשלב הקבלה לעבודה ונתקלות באותם הקשיים, אלא שעילות אלה מתבטאות גם בשלבי העסקה אחרים. לדוגמה, אפליה על רקע מגדר מתבטאת גם, ואולי בעיקר, בפערים בשכר, בהבדלים בקידום ובפיטורים על רקע היריון או טיפולי פוריות. אפליה על רקע גיל מתבטאת הן בשלב הקבלה לעבודה הן בפיטורים, ובפועל הרוב המוחלט של התיקים המנוהלים בעילת האפליה על רקע גיל הם תיקי פיטורים ולא תיקים של אפליה בקבלה לעבודה.¹⁶³ כיוון שאפליה על רקע לאום מתבטאת בעיקר בשלב הקבלה לעבודה, כשל האכיפה בעילה זו חריף במיוחד.

ד. סיכום הכשל במודל הנעת האכיפה

מודל הנעת האכיפה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוא, בפועל, בעיקרו מודל מגיב. מרבית התיקונים שנעשו בחוק במרוצת השנים נועדו להתמודד עם תת-האכיפה הנובע ממודל הנעה זה, כגון היפוך נטל ההוכחה, קביעת חזקת אפליה במקרים מסוימים ואפשרות התביעה באמצעות ארגון יציג. אפשר לראות גם את הקמת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה כניסיון לתת מענה לבעיה זו. אך כפי שהוצג בפרק הקודם, התיקונים הללו לא הביאו לשינוי של ממש במידת

160 ראו עניין נעאמנה 2; עניין עבר אל ראזק; עניין תלאוי.

161 עניין עברולכרים; עניין רשת מחסני כמעט חנים.

162 עניין תפקיד פלוס ועניין חורי.

163 דורון וקליין, 2007: 456, שם ניכר שכל התיקים שנבדקו, ושעסקו באפליה על רקע

גיל, היו תיקים של פיטורים. כן ראו רבין-מרגליות, 2002: 168.

האכיפה של איסור האפליה על רקע לאום, שעדיין היא כמעט אפסית. פעילותה של הנציבות לאכיפת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בסיוע לפרטים נפגעי אפליה עדיין נסמכת על יוזמה מצד הפרט הנפגע – הגשת תלונה לנציבות. החסמים המונעים מנפגעי אפליה רבים להגיש תביעה (חוסר מודעות לזכויות, חוסר אמון במערכת המשפט, חסמי תרבות ושפה, כמפורט לעיל) פעמים רבות מונעים מנפגעי אפליה להגיש תלונה גם לנציבות. כיוון שמספר הפניות לנציבות בעילה של אפליה על רקע לאום נמוך לאין שיעור מן הפניות בעילות אחרות, האכיפה של איסור האפליה על בסיס הלאום באמצעות הליכים המנוהלים על ידי הנציבות נמוכה מאוד. כך, כשם שהיה אי־שוויון ביכולתן של קבוצות להניע את החקיקה ולמנוע את ההפרה של זכויותיהן לפני הקמת הנציבות, יש אי־שוויון ביכולתן של קבוצות להניע את הנציבות למנוע את ההפרה של זכויותיהן. לכן אף שהתוספת של מסלול אכיפה אזרחי מוסדי למסלולי האכיפה מספקת מענה כלשהו לחלק מן ההיבטים של כישלון מודל ההנעה המגיב של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אין בה מענה של ממש לכשל האכיפה החרף של איסור האפליה בתעסוקה על רקע לאום.

2. הגורם השני: ההגדרה הנורמטיבית של תופעת האפליה בתעסוקה

א. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כמשקף תפיסה של אפליה מדרג ראשון

עיון בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה חושף את האופן שבו תפס המחוקק את תופעת האפליה בתעסוקה שהחוק אמור להתמודד עמה. התפיסה שבבסיסו היא בעיקרה תפיסת האפליה הישירה – של מעסיק המפלה לרעה מועמד או עובד על סמך השתייכותו הקבוצתית ("לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת..."). על פי תפיסה זו, האפליה מתוחמת בגבולותיו של אירוע נקודתי שבו אדם מסוים קיבל החלטה מפלה הנוגעת למועמד או עובד מסוים. עיצובו של מנגנון האכיפה מיועד לתת מענה לתופעה כפי שהיא נתפסת בעיני המחוקק. לפיכך הליך משפטי נגד מעסיק שהפלה במקרה מסוים הוא מענה הולם לתפיסת תופעה האפליה כאפליה ישירה, אלא שתופעת האפליה בתעסוקה מורכבת ורחבה יותר.

ההתמודדות עם מורכבותה של תופעת האפליה החלה בשנות השבעים בארצות הברית בפיתוח תפיסת האפליה העקיפה. האפליה העקיפה כללה קשת רחבה יותר של התנהגויות שלא ענו על ההגדרה של האפליה הישירה, אך שהוברר שנקיטה ממושכת שלהן יכולה להשפיע לרעה על קבוצה אחת יותר משהיא יכולה להשפיע על קבוצות אחרות. אף שבנסיבות אלה אין מדובר במקרה מסוים או בנפגע מסוים, בתחום האכיפה עדיין מוצע ניהול של הליך משפטי. אלא שמדובר בהליך מסוג אחר, מורכב יותר: פעמים רבות ההליך מנהל כתובענה ייצוגית בשם הקבוצה המוגנת; הראיות המובאות הן בדרך כלל ראיות סטטיסטיות המעידות על קיומה של אפליה ברמת הקבוצה; מושג הנזק הוא אחר משום שהוא מתבטא ברמת הקבוצה ולא ברמת הפרט, ולעתים הסעד המבוקש כרוך בתיקון למען הקבוצה ולא בפיצוי לפרט. עם זאת, הן האפליה הישירה הן האפליה העקיפה – שניתן לכנותן יחד "אפליה מדור ראשון" – כוללות מעשה מוגדר הקשור במישרין לתוצאה המפלה. המענה המשפטי לתופעות האפליה מדור ראשון הוא קביעת נורמות ברורות האוסרות התנהגויות מוגדרות המביאות לתוצאה המפלה.¹⁶⁴

אף שהפסיקה הישראלית פירשה את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה באופן שיחול גם על אפליה עקיפה,¹⁶⁵ ההכרה בתופעה זו לא הופנמה לעומקה במערכת, ובפועל אין מתנהלים הליכים משפטיים מהותיים העוסקים באפליה עקיפה, ולא פותחו הכלים המשפטיים הנדרשים להתמודדות עם ניתוח משפטי של תופעות כאלה, כגון קביעת סוג הראיות הנדרשות להוכחת קיומה של אפליה עקיפה או נטלי ההוכחה בתביעה מסוג זה, לרבות חוסר הפיתוח של כלי התובענה הייצוגית בישראל, שהוא כלי מרכזי בהתמודדות עם האפליה העקיפה.¹⁶⁶ לפיכך המשפט הישראלי עוסק בעיקר באפליה ישירה, אף שמדובר בנתח קטן בלבד מכלל תופעות האפליה. אך מלבד הטמעה בלתי מספקת של איסור האפליה העקיפה, טרם נעשה במשפט הישראלי ניסיון של ממש להתמודד עם התפתחות נוספת בתפיסת האפליה, שעניינה האפליה המבנית.

Strum, 2001: 465-468 164

סעיף 2(ב) לחוק, כפי שפורש בעניין גסטטנר ובעניין פלוטקין. 165

קלמנט ורביץ-מרגליות, 2009. 166

ב. מהותה של האפליה המבנית

מאמצע שנות השמונים ואילך החל להתפתח העיסוק באפליה מבנית.¹⁶⁷ התפתחות זו נבעה מן ההכרה שאיסורי האפליה אינם מונעים את המשך קיומם של פערי שכר, תקרות זכויות ואי-שוויון במפת ההזדמנויות של קבוצות מסוימות. בהתבסס על מחקרים בעניין היקף השפעתן של הטיות חבויות (implicit bias) על הליכי קבלת החלטות, ועקב המציאות המורכבת של היחסים המאפיינים את מקומות העבודה,¹⁶⁸ התפתחה תפיסה מעודנת יותר של מושג האפליה המכניסה תחת כנפיה קשת רחבה יותר של התנהגויות. לתיאור השינוי בתפיסת האפליה מקובל להיעזר במונחים "אפליה מדור ראשון" ו"אפליה מדור שני". המונחים "דור ראשון" ו"דור שני" אינם מכוונים להתפתחות הכרונולוגית של התופעות עצמן, שלעיתים קרובות פושות בעת ובעונה אחת, אלא להתפתחות בתפיסת האפליה במדינות מערביות רבות: לנוכח המופעים הבוטים של אפליה מדור ראשון, והפגיעות הקשות שהסבו, כוונו הכלים המשפטיים תחילה בעיקר אל תופעות אלה. לאחר זמן מה, משפחתה שכיחותם של מקרי האפליה הישירה, החלה להתפתח מודעות לקיומה של אפליה מדור שני.¹⁶⁹

האפליה מדור ראשון כוללת התנהגויות מדירות קונקרטיות ומפורשות יחסית (הן ישירות הן עקיפות), ואילו האפליה מדור שני כוללת את מכלול הדפוסים, המבנים, התרבויות והמנהגים הנוהגים במקום העבודה שיש בהם כדי להדיר קבוצות שאינן הגמוניות או להקשות עליהן. על פי תפיסה זו, האפליה מתקיימת במארג שלם של התנהגויות, רובן לא פורמליות ואף לא מודעות, ובהן תבניות הערכה, דפוסי אינטראקציה, יחסים בין-אישיים, רישות חברתי (networking) ומנגנוני חונכות (mentoring). ניתן להכתיר את כל אלה בכותרת "תרבות ארגונית". יש בכוחה של תרבות ארגונית זו, על כל מופעה,

167 Strum, 2001: 468-474; Bagenstos, 2006b: 4-15

168 Lawrence, 1987 (המתרכז באינסטינקטים ובמוטיבציות התת-מודעות ברמה הפסיכואנליטית); Hamilton Krieger, 1995 (המדגישה שיצירת קטגוריות, וקבלת החלטות על סמך זאת, היא מהלך בסיסי, נורמטיבי והכרחי מבחינה קוגניטיבית); Blair and Banaji, 1996.

169 Strum, 2001: 468

ליצור מציאות המדירה בפועל קבוצות מהשתלכות יעילה במקום העבודה או דוחקת אותן לשוליים. אלא שבמקרים אלה קשה מאוד לעמוד על קשר ישיר בין התנהגות או החלטה מסוימות לבין התוצאה המפלה. קשה מאוד לייחס את ההדרה למעשים מודעים של גורמים מסוימים, והיא ניתנת לזיהוי רק כתופעה מצטברת. האפליה נטמעת במבנה הארגוני, והחלטות רבות של גורמים רבים נשזרים יחד ליצירת האפקט המפלה.¹⁷⁰

הבנת המורכבות של האפליה המבנית, או האפליה מדור שני, מבהירה את הקושי לקבוע נורמות משפטיות שיתמודדו עמה ביעילות. לעתים קרובות הגבול שבין התנהגות מותרת לאסורה מטושטש ומקשה קביעת הגדרות ברורות, והחשיבות הרבה של ההקשר מקשה את ניסוחם של כללים רחבי תחולה.¹⁷¹ לנוכח הקושי לנסח בבהירות מהי ההתנהגות האסורה, ניהול הליכים משפטיים נגד גורמים מפלים אינו יכול לשמש מסגרת מרכזית להתמודדות עם אפליה מדור שני. יתרה מזו, נקיטת הליכים משפטיים מעוררת אצל מעסיקים תמריצים מנוגדים לאלה הנדרשים לטיפול יעיל באפליה המבנית: האפשרות לנהל הליכים משפטיים מכניסה מעסיקים למגננה. מתוך עמדה זו הם נוטים להתרכז בהתכחשות לבעיה ובהצדקת המציאות ולא בניתוח עצמי ביקורתי המביא לזיהוי בעיות ולשינויים יסודיים. במובן זה ניהול הליכים משפטיים עשוי להשפיע לשלילה דווקא. שימוש בכלי של ניהול הליכים משפטיים, ובו בלבד, גורם למעסיקים להתרכז בשאלה איך לא להיתפס ולא בשאלה איך להשתנות.¹⁷² לעומת זאת, התמודדות יעילה עם האפליה המבנית מצריכה הנעה של מעסיקים לפעילות יזומה ואקטיבית לשינוי התרבות הארגונית ולהסרת חסמים מובנים המקשים על הקבוצות המופלות לרעה.

- 170 שם: 468-472. לתיאור הביטוי ומנגנוני הפעולה של מנהגי אפליה מדור שני על נשים, מזרחים וערבים באקדמיה הישראלית ראו אילוז, הארץ, 4.4.2012.
- 171 Strum, 2001: 472-474
- 172 Bisom-Rapp, 2001; Strum, 2001: 476-478; Simon, 2005: 165 על האפשרות שחקיקת איסור האפליה וההליכים המשפטיים המוגשים מכוחה אינם מעלים ואינם מורידים, ולא זו בלבד אלא שהם מזיקים כגון בפיתוח אמצעים עוקפי חוק שבסופו של דבר מביאים לפגיעה קשה יותר בקבוצות המוגנות, ראו מונדלק, 2009, 225; Donohue, 1998.

התמודדות עם אפליה מבנית, מדור שני, מצריכה ארגז כלים שונה מזה המשמש להתמודדות עם סוגי האפליה מדור ראשון. ההכרה בצורך לתת מענה אחר לאפליה המבנית מצוינת ברוח של הוועדה הקנדית בראשותה של השופטת רוזלי אבֵּלָה (Abella) שעסקה באמצע שנות השמונים בנושא השוויון בתעסוקה.¹⁷³ מסקנות ועדה זו שימשו בסיס למדיניות השוויון הקנדית, שאומצה בהמשך בכמה מקומות ברחבי העולם, ובכך יורחב הדיון בהמשך. הוועדה דנה בממצאים שלפיהם חוקי השוויון בעבודה שהונהגו בקנדה לא חוללו שינוי של ממש במעמדם של נשים, מוגבלים ומיעוטים בשוק התעסוקה. התובנה המרכזית של הוועדה הייתה שברמה המעשית אין משמעות להבחנה בין חסמים הנובעים מרצון מכוון לבין חסמים שהם תוצר תמים של דרכי פעולה ושיטות עבודה. הוועדה ניסחה את שתי הדרכים הטיפוסיות שהאפליה המבנית מתבטאת בהן: מערכות שעוצבו מלכתחילה למען הפרט ההגמוני (הגבר הלבן), והחלטות המתקבלות על סמך הטיותיו של אותו פרט הגמוני. לכן המלצתה המרכזית של הוועדה הייתה להסב את תשומת הלב מפעולות מכוונות של פרטים לתוצאות בלתי מכוונות של מערכות. לטענת הוועדה, טיפול פרטני, תיק אחר תיק, משול לכיבוי דלקות קטנות במצב שבו שרפת ענק מאיימת לשרוף את היער כולו. ההכרה בהיקף הבעיה של האפליה המבנית ובעומק שורשיה מחייבת פיתוח של אמצעים חדשניים: אפליה מבנית מצריכה התמודדות מבנית.¹⁷⁴

ג. האפליה המבנית כלפי ערבים בשוק התעסוקה

תופעות מפורשות של אפליה מדור ראשון על בסיס לאום עדיין שכיחות מאוד בישראל. לכן קל להתרכז בתופעות אלה ולראות בהן את חזות הכול. אך בחינת המציאות גם מתוך הפרספקטיבה של אפליה מבנית חושפת את מלוא עומקה ומורכבותה של ההדרה של האוכלוסייה הערבית מנגישות שוויונית להזדמנויות תעסוקה בישראל. דוגמה אחת לפרקטיקה רווחת בשוק התעסוקה הישראלי היא שיטת הגיוס "מפה לאוזן" (grapevine recruitment). בשיטת גיוס זו גלומים

Equality in Employment: A Royal Commission Report (Rosaline Silberman 173
Abella, Commissioner), Government of Canada, 1984

יתרונות רבים למעסיק ובהם היעדר עלויות פרסום והתאמה כללית גבוהה יותר של מאגר המועמדים לתפקיד. אלא שלפרקטיקה כזאת אפקט מפלה ברור: היא מנציחה את הרכב העובדים הקיים, כיוון שנחוצה קרבה חברתית לעובדים הנוכחיים כדי ללמוד על התפנותה של המשרה.¹⁷⁵ על פי מחקר של משרד התמ"ת ממרץ 2011, יותר מ-60% מהמעסיקים במגזר העסקי בישראל נשענים על גיוס על בסיס היכרות אישית,¹⁷⁶ ושיטת גיוס זו נרחבת ביותר בקרב חברות היי-טק ישראליות.¹⁷⁷ בהתחשב בסגרגציה החברתית החריפה שבין ערבים ליהודים בחברה הישראלית, ברור ששיטת גיוס הנסמכת על היכרות אישית תביא לידי כך שמועמדים ערבים לא יגיעו להתמודד על משרות במקום עבודה שמרבית עובדיו יהודים. אך לנוכח היתרונות העסקיים הגלומים בשיטה זו למעסיקים, לא פשוט לבסס את הטענה ששימוש בפרקטיקה זו מפר את חוקי השוויון.¹⁷⁸

זאת ועוד, במרוצת הזמן יש לדפוסים החבויים אפקט מצנן (chilling effect), והקבוצה המופלית מפתחת מנגנונים של ריסון והגבלה עצמיים. כאשר מקום עבודה צובר מוניטין של מקום מפלה, לדוגמה, לא יוגשו מועמדות על ידי הקבוצה שהופלתה גם לאחר שינוי במדיניות הגיוס. לאפליה המבנית בשוק העבודה בישראל היה אפקט מצנן חזק על האוכלוסייה הערבית. על פי תוצאותיו של סקר שערך מינהל המחקר והכלכלה במשרד התמ"ת, ושפורסם במרץ 2011, אף שרק 20% מן המהנדסים הערבים עובדים בתחומם, 43% מהם לא ניסו מעולם להתקבל לעבודה אצל יהודים, ורק 47% מכלל האקדמאים הערבים ניסו להתקבל לעבודה אצל יהודים.¹⁷⁹ הואיל וכך מקרים רבים של אפליה אינם באים לידי ביטוי כלל בשל הריסון העצמי שהאוכלוסייה הערבית נוקטת. עובדים ערבים פונים מראש למקומות תעסוקה שבהם, כך הם סבורים, ייתקלו במעט חסמים.

Grieco, 1987 175

"עמדות ותפיסות מנהלים", לעיל ה"ש 13. ראו גם Wolkinson, 1999, 32 176

סולומון, הארץ, 11.4.2008 177

178 הפסיקה בארצות הברית בנושא הגיוס מפה לאוזן אינה חד-משמעית: מבחינים שם בין הסתמכות פסיבית של המעסיק על פרטיקת גיוס מפה לאוזן של העובדים, לבין עידוד אקטיבי מצד המעסיק לפעול כך. לעתים אף התקבלה טענת המעסיק שיש לשיטת גיוס זו הצדקה עסקית. ראו Nelson, 2006; Shoben, 1986.

179 פפרמן, 2011; ארלוזורוב, דה מרקר, 27.3.2011.

להקשרים ביטחוניים יש אפקט מצנן חמור במיוחד. במקרים רבים מועמדים ערבים אינם מגישים כלל מועמדות לחברות הנושאות אופי מסוים, או אינם מגיבים על מודעות המנוסחות באופן מסוים (שנכתב בהן למשל: "נכונות לעבור תחקיר לקבלת סיווג ביטחוני" או "סיווג ביטחוני בתוקף יתרון") בהנחה שלא יעמדו בדרישות הביטחוניות.¹⁸⁰ יש גם מקומות עבודה עם מוניטין או הילה ביטחוניים אשר ערבים נמנעים מלפנות אליהם אף בלי שהמעסיקים עצמם מציינים דבר מה במפורש. על פי סקר שערך משרד התמ"ת, כ-20% מן האקדמאים הערבים ייחסו את חוסר יכולתם להשתלב בשוק התעסוקה היהודי לבעיות ביטחוניות.¹⁸¹ בין שתחושות אלה משקפות את המציאות נאמנה ובין שלא, האופן שבו החסם הביטחוני נתפס הוא בלי ספק גורם המעכב עובדים ערבים רבים. תפיסת האפליה מדור ראשון, הנסמכת על אירוע קונקרטי, אינה יכולה להכיל מציאות של מועמדויות שאינן מוגשות.

ניתן להדגים את ההשפעות המדירות שיש לדפוסים ולמבנים המוטמעים בתרבות הארגונית באמצעות הקושי להשיג את יעדי הייצוג ההולם בשירות הציבורי. כפי שתואר לעיל, החוק דורש להעדיף מועמד ערבי שכישוריו זהים לאלה של המועמדים האחרים. הוראה זו נועדה לתקן את תופעת האפליה: מכיוון שהאפליה נתפסת כמצב שבו מועמד מתאים נדחה בשל השתייכותו הקבוצתית, המענה ההולם הוא העדפה של אותו מועמד בשל השתייכותו הקבוצתית. אלא שהייצוג הנמוך של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה נובע לא רק מהיסטוריה של אפליה ישירה, אלא ממכלול של דפוסים מושרשים, כגון אופן הפרסום של מכרזים בשירות המדינה, דרכי ההערכה והניקוד של המועמדים והאפקט המצנן בקרב האוכלוסייה הערבית ככל הנוגע להגשת מועמדות לשירות המדינה. כל אלה הביאו לידי כך שמועמדים ערבים ממעטים לגשת למכרזים ממשלתיים, ומי שפונים מדורגים בשיטתיות בדירוג נמוך יותר מן המועמדים

180 דרישות מסוג זה נפוצות בתחומי ההנדסה והתכנות. כך לדוגמה, במודעה מפברואר 2011 לתפקיד של הובלת מחקר בתחום הבינה המלאכותית:

<http://cafe.themarket.com/topic/2046221>

181 מינהל מחקר וכלכלה, "20 עובדות על אקדמאים בני מיעוטים בישראל", 2011. ראו גם ארלוזורוב, דה מרקר, 27.3.2011.

היהודים.¹⁸² בהיעדר מועמדים ערבים בעלי דירוג גבוה, מנגנון ההעדפה המתקנת אינו רלוונטי ואינו נכנס לפעולה כלל. ההתקדמות הקלה שחלה בתקופה האחרונה בקצב קליטת ערבים במערכת שירות המדינה ממחישה שרק בעקבות התגייסות מצד נציבות שירות המדינה ומשרד המשפטים, בשיתוף פעולה עם ארגוני החברה האזרחית המתמחים בנושא השמה של אקדמאים ערבים, ניתנה תשומת לב לחסמים המבניים המושרשים במערכת שירות המדינה.

חוסר התקינות בהליכי המינוי בשירות המדינה, המתואר במאמרה של יופי תירוש, כולל את הרחבת החרגים לחובת קיום המכרז, עקיפת חובת המכרז על ידי שימוש יתר במשרות אמון ובמינויים זמניים, שימוש נרחב במכרזים פנימיים ובין-משרדיים, ניהול מכרזים עם מועמד יחיד והיעדר הליכי בחינה והערכה הולמים במכרזים המנוהלים. כל אלה מצטברים יחד למה שהיא מכנה "כרוניקה של מינוי ידוע מראש".¹⁸³ חוסר התקינות הזה בהליכי המיון פוגע בראש ובראשונה בקבוצות שאינן הגמוניות, כיוון שהוא מנציח את תמונת הייצוג הקיימת ומאפשר לממנים, המשתייכים לקבוצה ההגמונית, למנות את מי שדומה להם בלא בקרה. משום כך היא סבורה שאין כל תועלת בהחלה של נורמה של חובת ייצוג הולם בתוך תרבות המינויים הקיימת. רק לאחר שיתחולל שינוי בתרבות המינוי המאפיינת את שירות המדינה, יהיה אפשר לטפל בנושא היישום של מדיניות העדפה למען קבוצות הסובלות מתת-ייצוג. זוהי עוד המחשה לאופן שבו התרבות הארגונית מדירה בפועל ערבים גם בלי שיהיה אירוע מפלה מסוים שניתן לבוודו ולנהל נגדו הליך משפטי.

ד. סיכום הבעייתיות בתפיסה הנורמטיבית של תופעת האפליה בתעסוקה

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה מבטא תפיסה מצומצמת של תופעת האפליה ומתמקד בעיקר בתופעות של אפליה ישירה. ההסדר המשפטי הישראלי אינו כולל כל התייחסות להיבטיה המבניים של האפליה. עקב תפיסה מצומצמת זו מערך האכיפה שעוצב לאיסור האפליה מתמצה בניהול הליכים משפטיים,

182 דוח ביניים בנושא קליטת עובדים ערבים, לעיל ה"ש 29, עמ' 48-55.

183 תירוש, 2009: 702-709.

פרק שלישי ניתוח הגורמים לכשל האכיפה של איסור האפליה על בסיס לאום

שאינם הדרך המתאימה לחולל שינוי בדפוסים מושרשים בשוק התעסוקה, אף שדפוסים אלה אחראים להדרה של האוכלוסייה הערבית מהזדמנויות תעסוקה רבות. בניתוח הגורם הראשון לחוסר האכיפה הודגם כיצד חסמים למיניהם מונעים טיפול בחלק ניכר מאירועי האפליה מדור ראשון (ישירה ועקיפה). כעת נחשפת במלוא היקפה תופעת האפליה רחבה יותר וכוללת דפוסים מושרשים של אפליה מבנית. המסקנה היא שהמסגרת המשפטית מעניקה מענה חלקי בלבד, וגם הוא מופנה רק לקצה הקרחון של תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום.

פרק רביעי

מצע תאורטי חדש לרגולציה של שוויון ההזדמנויות בשוק התעסוקה בישראל

במרוצת השנים הוצעו הצעות מגוונות לטיפול בתופעת היעדר האכיפה של איסור האפליה על רקע לאום. סוג אחד של הצעות מכוון לחיזוק מערך האכיפה הקיים בדרך של החמרת העונשים והסנקציות שתכליתה להשיג הרתעה רבה יותר מצד אחד ודרבון רב יותר להגשת תביעות מצד אחר.¹⁸⁴ כיוון שני הוא הגברת מקרי העברות נטל ההוכחה כדי להקל את הוכחת התביעות המוגשות.¹⁸⁵ כיוון שלישי הוא הגברת הפעילות של ארגוני החברה האזרחית הערביים בתחום האכיפה של איסור אפליה בתעסוקה. ארגונים אלה יכולים להניע את החקיקה בדרך של הגשת תביעות אזרחיות לבתי הדין לעבודה בגין אפליה של פרטים על רקע לאום.¹⁸⁶ כל הכיוונים הללו נכונים כשלעצמם, ובהחלט ייתכן שיש בהם כדי לשפר את מידת האכיפה. עם זאת, הם נשארים בתוך גבולותיה של הגישה המשפטית הקיימת. לעומת זאת, בפרק זה אציע גישה תשתיתית יותר להתמודדות עם היעדר האכיפה של איסור האפליה על רקע לאום. גישה תבקש להידרש לגורמים לכשלים, כפי שהוצגו בפרק הקודם, היוורדים לשורשו של מנגנון האכיפה ואפילו להגדרה הנורמטיבית של האפליה. בכוונתי לפתח כיוון אחר שמציע שינוי המצע התאורטי לרגולציה של שוויון ההזדמנויות בשוק התעסוקה. חלק זה יפתח בתיאור מצע זה, המכונה "המשילות החדשה". לאחר מכן יוצגו

184 ברוח זו ראו לדוגמה ישיב, 2012: 22.

185 לדוגמה, ראו תיקון מס' 15 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התש"ע-2010, שלפיו דרישת מידע על ידי המעסיק בנושאים הקשורים לאפליה אסורה מעבירה את הנטל למעסיק להוכיח שלא הפר את הוראות החוק.

186 רבין-מרגליות טוענת כי ארגונים לא ממשלתיים (NGOs) ערביים מתמקדים בדרגים הגבוהים של מדיניות ושירות ציבורי וזונחים את המגזר הפרטי, וכי זו טעות טקטית מצדם. ראו Rabin Margalioth, 2004: 884.

ההשפעות הקונקרטיות שלו על הרגולציה של תחום השוויון בתעסוקה. לבסוף יודגש הפוטנציאל שבהקמת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה להטמעה של מודל רגולציה מסוג זה.

1. פרדיגמת המשילות החדשה

בעשור האחרון חלו התפתחויות בתאוריה של הרגולציה, ואלה הולידו משפחה של תאוריות המכונה "תאוריות משילות חדשה" (new governance theories).¹⁸⁷ התאוריות הללו נוגעות לתחומים שבהם יש קושי אינהרנטי להכווין התנהגות באמצעות כללים קשיחים הנכפים מלמעלה על ידי המערכת הרגולטורית, בין השאר מכיוון שמדובר ברגולציה של תופעות מורכבות, מרובות פרטים ותלויות הקשר.¹⁸⁸

העקרונות המנחים של שיטת המשילות החדשה הם שיתוף ושותפות, ביזור, גמישות והתפתחות מתמדת.¹⁸⁹ המטרה העיקרית היא להפוך את הגופים המפוקחים מגורמים פסיביים לשותפים אקטיביים הן בשלב גיבוש הכללים הן בשלב היישום והאכיפה. כאשר ההחלטות זורמות מלמעלה למטה, מתפתחים יחסים של יריבות וחוסר אמון בין המפקחים למפוקחים. במודל החדש הדגש הוא על שיתוף פעולה ותקשורת הדדית, מתוך נקיטת גישה של פתרון בעיות ולא כפיית כללים. יתרה מזו, במקום כללים אחידים המגובשים במרוכז ומוחלים על כולם כאחד, המשילות החדשה מאפשרת קשת רחבה של פתרונות ייחודיים המפותחים על ידי דרגים הקרובים לשטח. כך נוצר תחום ביניים בין רגולציה לאי-רגולציה, מרחב המכונה "אוטונומיה מוסדרת" (regulated autonomy). מדובר בשיטה ניסויית המעודדת התפתחות של פתרונות מקומיים מגוונים אגב שכפול המוצלחים שבהם והעתקתם למקומות נוספים. זאת ועוד, תהליך הרגולציה נתפס

187 לסקירה כוללת של התאוריות ראו Lobel, 2004. New Governance הפך למושג הכולל תת-תאוריות רבות המשתמשות במונחים נבדלים כגון: post-regulatory law, regulatory pluralism, responsive regulation, collaborative governance, negotiated governance, reflexive law

188 שם: 443-442.

189 שם: 371-404.

כתהליך מתפתח ומתמשך המבוסס על למידה מתמדת. מנגנונים עתיים מיועדים לבחינה ולהערכה, ומידע פתוח ונגיש מאפשר גם ביקורת ציבורית, שיתוף במידע בין גופים מבוקרים ולמידה אופקית. אמצעים אלה מאפשרים למערכת להגיב טוב יותר למציאות המשתנה ולצמצם את הפער בין התאוריה לפרקטיקה.¹⁹⁰

לפי גישת המשילות החדשה, מנגנוני אכיפה קפדניים הנכפים מלמעלה למטה מוחלפים במנגנונים וולונטריים המבוססים על אחריות אישית ורגולציה עצמית. הבחירה באכיפה גמישה יותר נובעת, בין השאר, מן ההכרה בפער העצום בין החוק עלי ספר ובין החוק במציאות ובקשיים הכרוכים באכיפה מלאה ויעילה בדרך המסורתית. במנגנון החדש מודגש דיווח אמין יותר משמודגשת ענישה בגלל אי-ציות, המעורדת דיווח לקוי.¹⁹¹ אין לטעות: המשילות החדשה אינה בגדר פתרון קסם המביא באורח פלא לציות מלא. גם לפי מודל המשילות החדשה, כמו ברגולציה המסורתית, נדרשת השקעה רצופה של משאבים ומאמצים כדי להשיג ציות. עם זאת, תומכי גישה זו סבורים שטמון בה פוטנציאל רב יותר להצלחה, על סמך ההנחה שגוף אשר היה שותף לגיבוש הכללים, ואשר עומדים לרשותו מנגנונים להביא לשינויים ולהתאמות באופן הציות הנדרש ממנו, ייטה לציית יותר מגוף המפוקח על פי כללים קשיחים שהונחתו עליו מלמעלה, שלא הותאמו לו במיוחד ושאינו לו כל דרך לשנותם. במקרים של חוסר שיתוף פעולה הגישה העקרונית של שיטת המשילות החדשה היא לנקוט את הסנקציות ה"קשות" במשורה, וכמוצא אחרון, מתוך העדפת עבודה משותפת על פני כפייה. השאיפה היא להשתמש בעיקר בסנקציות "רכות" יותר המבוססות על מוטיבין ואחריות ציבורית – יצירת לחץ חברתי ותדמיתי כדי להביא לשיתוף פעולה. במקרי הצורך, לפני הפעלת הסנקציה, יש לאיים בהפעלתה, איום שלעתיים די בו כדי להחזיר את הגוף לתהליך של משא ומתן ושיתוף פעולה.¹⁹²

הביקורת העיקרית המופנית כלפי פרדיגמת המשילות החדשה נוגעת לחשש מפני אברן הכוח המרתיע של הרגולציה הקשיחה. החשש הוא שבהיעדר הרתעה תתקבל העמדת פנים של רגולציה עצמית וייעשו מאמצים שטחיים מצד הגופים

190 שם: 382-385.

191 שם: 395-399.

192 שם: 451-453.

המבוקרים להיראות מצייתים.¹⁹³ בתגובה לביקורת זו הוצע לשלב את שני סוגי הרגולציה באופן שהמשילות החדשה תהיה מנגנון משלים הפועל בצד מנגנון האכיפה המסורתי. ישנם יתרונות רבים לרגולציה ברוח המשילות החדשה בצלה של הרגולציה המסורתית. האכיפה המסורתית יכולה להיות חלופה במקרה ששיתוף הפעולה והמאמצים העצמיים אינם עולים יפה ולשמש כלי מיקוח או איום בתהליך המשא ומתן השיתופי המתקיים עם הגופים המבוקרים. האיום ברגולציה הקשיחה יכול לעודד שיתוף פעולה.¹⁹⁴ במובן זה שיטת הרגולציה החדשה היא כלי נוסף בארסנל שבידיה של הרשות המנהלית. אימוץ פרדיגמת המשילות החדשה אינו כרוך בהכרח במהפכה המעלימה כל זכר לשיטות אכיפה מסורתיות, אלא הוא תוספת של מצב פעולה בצד כלי האכיפה המסורתיים. לפיכך בהחלט ניתן להפעיל מנגנונים היברידיים המביאים לידי ביטוי את נקודות החוזק של שתי גישות האכיפה. מודל היברידי כזה שומר על חוסר ההתפשרות לנוכח אי-ציות וסנקציות אפקטיביות בד בבד עם הפעלה של שחקנים חדשים, שיפור הכללים על סמך למידה ומציאת פתרונות גמישים ויעילים יותר היוצרים מערכת תמריצים חדשה לציות.

2. יישום עקרונות המשילות החדשה ברגולציה של תחום

שוויון ההזדמנויות בעבודה

המשילות החדשה מוצאת את ביטויה בכמה תחומים בעשור האחרון ובהם הגנת הסביבה ובטיחות בעבודה.¹⁹⁵ אחד התחומים הבולטים שעקרונות המשילות החדשה מיושמים בהם הוא תחום השוויון בעבודה. בתחום זה נפוצה בעולם גישת האכיפה ההיברידית. גישה זו משלבת בין אכיפה מסורתית של איסור האפליה באמצעות תביעות משפטיות וסנקציות כספיות, המופעלות במקרים שיש ראיות מבוססות לקיומה של אפליה ישירה, לבין שימוש בכלים מגוונים אחרים להתמודדות עם מקרים של אפליה מבנית.

Davidov, 2010: 69-70 193

Lobel, 2004: 451-453 194

שם: 431-423, 419-415 195

יישום עקרונות המשילות החדשה בתחום השוויון בתעסוקה, במקומות שבהם אומצה גישה כזאת, מתבטא בכמה עקרונות. העיקרון הראשון, ואולי המרכזי ביותר, הוא גיוסם של המעסיקים כשותפים חיוניים ואקטיביים להשגת היעד של שוויון הזדמנויות. לפי המודל החדש, המעסיקים אינם נתפסים מניה וביה כעבריינים שיש להעניש בגין הפרת החוק. המציאות המפלה נתפסת כתוצר של בעיות חברתיות עמוקות שלחברה כולה יש מחויבות לתקן בתהליך של למידה משותפת.¹⁹⁶ זאת ועוד, אין להסתפק עוד בהטלת חובה שלילית בלבד על מעסיקים שלא להפלות ביוזמתם, משום שגם פסיביות מצד מעסיקים מנציחה את היבטי האפליה המבניים. משום כך שימוש משולב בתמריצים ובלחצים יביא את המעסיקים לידי נקיטת גישה אקטיבית שתבטיח שוויון הזדמנויות: לאתר ביוזמתם את הכשלים שבהתנהלותם, לגבש תכניות פעולה המותאמות להם, ליישם את התכניות ולמדוד את יעילותן כעניין שבשגרה.

הפיכת המעסיקים לשותפים, על פי מודל האכיפה החדש, פירושה קודם כול עידודם לצאת בהצהרת מחויבות לעקרונות של שוויון הזדמנויות שמקורה בדרג הניהול הבכיר ביותר. המחויבות העקרונית יכולה להתבטא באימוץ קודים וולונטריים של התנהגות (כגון מדיניות מיטבית [good practice] או נוהלי התנהגות [codes of conduct]).¹⁹⁷ קודים אלה יכולים לחול על כל היבטי הפעילות של הארגון, לרבות אופן גיוס העובדים, המיון וההעסקה שלהם, קידום, התגמול והשכר וכן האווירה במקום העבודה ויישוב סכסוכים בנושאים אלה. ככל שיצטרפו חברות רבות יותר ליוזמות מן הסוג הזה, כך תיווצר אווירה מחייבת יותר וולונטרית פחות. כשהתנהגות כזאת הופכת לסטנדרט נפוץ, מונחת התשתית להפעלת לחץ על החברות שאינן פועלות על פי אמות מידה אלה ליישר קו כדי שלא ייפגע המוניטין שלהן (shaming).

הדרישה המרכזית מן המעסיקים היא לעסוק בביקורת עצמית. המעסיק אחראי לנתח את הרכב כוח האדם כולו, על פי תפקידים ומקצועות ועל פי

196 שם: 419-422; 205: Simon, 2005.

197 מדובר בנהלים המנוסחים על ידי גורם ממשלתי או ארגון אזרחי ומשקפים סטנדרט התנהלות ברמה גבוהה יותר מזו המחויבת על פי החוק היבש. בנהלים אלה יש כדי להגשים את רוח החוק.

השתייכות לקבוצות מוגנות, ולזהות מקומות שיש בהם תתייצוג. כמו כן, על המעסיק לוודא שתהליך גיוס העובדים שלו מבוסס על קריטריונים ברורים לכל תפקיד, ושהדרישות כולן נגזרות מאופי התפקיד, בלא תנאים מיותרים היוצרים אפקט של הדרה.

על פי מודל זה, המדינה מעניקה תמיכה למעסיקים כדי שאלה ינקטו צעדים אקטיביים להבטחת כוח אדם רבגוני יותר. המדינה יכולה להציע ייעוץ מקצועי והכשרה בתכנון הליך מיון המותאם לכל קבוצות האוכלוסייה ולהנחות את המעסיקים כיצד לפעול לגיוס מועמדים מן האוכלוסיות המוגנות. פעולות אלה יכולות לכלול, למשל, פרסום ממוקד לאוכלוסיות המוגנות, הכשרות או תקופות התמחות המיועדות לאוכלוסייה שאינה מיוצגת כראוי כדי להגדיל את סיכוייה להצליח בשלב גיוס העובדים. מן המעסיקים נדרש לעקוב בשיטתיות אחר יישום היעדים שהציבו ולפתח מנגנונים ליצירת קשר ישיר ושיח פתוח בין המועסקים להנהלה בכל הנוגע לתחושות אפליה ועוינות על רקע השתייכות קבוצתית. כמו כן עליהם ליצור מנגנונים פנימיים של פתרון בעיות ויישוב סכסוכים בנושאים אלה. בכל ההיבטים הללו על המעסיק לגבש תכניות ולקבוע יעדים המותאמים לבעיות הספציפיות בעסק שלו.¹⁹⁸

באמצעות המנגנונים שהוזכרו לעיל המעסיקים עצמם מקיימים את עיקר הניטור והיישום, והמדינה מסייעת ומייעצת לתהליך הרגולציה העצמית ועוקבת אחר עמידתו של המעסיק ביעדים שקבע. ניתן לחייב את המעסיקים לבצע את כל התהליכים הללו באמצעות חקיקה: לחייב מעסיקים גם לדרוש לרשות ממשלתית על הרכב כוח העבודה בעסק שלהם וגם לגבש תכניות ויעדים להתמודדות עם חסמים. ניתן גם לחייב מעסיקים בחוק לקבל ייעוץ מקצועי או הכשרה בנושא. גם אם חובות אלה קבועות בחוק, הן משקפות את גישת המשילות החדשה, הואיל והמעסיקים בוחנים ומנתחים בעצמם את בעיותיהם ומגבשים את התכניות המותאמות להם. הדרישה בחוק היא לגבש תכנית, והתוכן הספציפי שלה נתון לקביעת המעסיק. עם זאת, ניתן גם להמריץ מעסיקים לנקוט פעולות מן הסוג הזה באמצעים אחרים, "רכים" יותר. אפשר

198 Lobel, 2004: 420-423, 489-519 דוגמאות לתהליכים פנימיים ניתן למצוא אצל Strum, 2001: 492-519.

לדוגמה לתת הטבות למעסיקים המגבשים תכניות פעולה ועומדים ביעדים שנקבעו. בתי הדין לעבודה יכולים לעודד נקיטת צעדים כאלה על ידי מתן הגנה מסוימת למעסיקים בתביעות המוגשות נגדם בגין אפליה אם נקטו פעולות אקטיביות למיגורה.¹⁹⁹ ניתן גם לראות בנורמות של מדיניות מיטבית המאומצות על ידי חלק מן החברות בשוק בסיס לפרשנות דרישות החוק וכך להפוך אותן בפועל לנורמות משפטיות.²⁰⁰ במדינות שבהן התפתח שוק של ביטוח מפני תביעות אפליה ישנה דרישה מצד חברות הביטוח לנקוט גישה מונעת לנושא האפליה כתנאי לכיסוי ביטוחי.²⁰¹ יתר על כן, אווירה חברתית השוללת את הלגיטימיות של תתייצוג קבוצות בעבודה מעוררת ציפייה מן התאגידים לגלות אחריות חברתית ולתקן את המעוות. חברות שיש להן ניהול בינלאומי מושפעות ממגמות גלובליות בנושא ודורשות מן החברות המקומיות להציג כוח אדם מגוון; וחברות אלה משפיעות בהדרגה גם על חברות מקומיות. כך ניתן בהדרגה לפתח סנקציות בתחום המוניטין (shaming) על סמך סטנדרטים של עמיתים וציפיות של החברה. סנקציות אלה יכולות להיות יעילות לא פחות מסנקציות מסורתיות. ניתן גם להדגיש ולהמחיש את ההצדקות העסקיות שביסוד כוח עבודה מגוון (יצירתיות, מחויבות של עובדים, הרחבת מעגל המועמדים, נגישות לפלחי שוק נוספים).

עיקרון נוסף של גישת המשילות החדשה בתחום האפליה בעבודה הוא גיוסם של ארגוני החברה האזרחית למילוי תפקידים במשא ומתן עם המעסיקים ולנשיאה בנטל האכיפה המסורתית. כאמור, עקרון הביזור שביסוד שיטת המשילות החדשה מניח שהידע המקצועי אינו נחלת השלטון המרכזי בלבד. ארגונים אזרחיים רבים פועלים לקידומן של אוכלוסיות מוחלשות, ומטבע הדברים הם קרובים יותר לאוכלוסיות המופלות ונהנים מאמון. משום כך יש בידיהם לסייע בהבנת צורכיהן ובהצפת בעיות לא מוכרות, ואף לשמש צינור

199 Lobel, 2004: 421. היא מפנה לפסק הדין בעניין *Kolstad*, שבו קבע בית המשפט העליון האמריקני כי מעסיק יכול לזכות בהגנה מפני הטלת פיצויים עונשיים אם הוא נוקט אמצעים בתום לב (good faith) לצמצום האפליה במקום העבודה.

200 Strum, 2001: 557-559

201 שם: 535-537.

גישה לאותן אוכלוסיות. הארגונים הללו יכולים לייעץ למעסיקים כיצד לפנות לאוכלוסיות אלה ולסייע בהמשך בקליטה מוצלחת של עובדים מקרבן.²⁰² ישנם גם ארגונים העוסקים בהדרכה ובייעוץ בנושאים של גיוס כוח עבודה רבגוני וניהולו. בתמיכתה של המדינה ארגונים אלה יכולים לספק שירותי ייעוץ והדרכה למעסיקים. זאת ועוד, הם יכולים לשאת בנטל ההנעה של אכיפת החוק בדרך של ניהול הליכים משפטיים בשם נפגעים. לא כל פעולות האכיפה צריכות להתבצע על ידי הרשות המנהלית עצמה. היא יכולה – בדרך של תמיכה, ליווי או ייעוץ – לעודד ארגונים נוספים לנהל הליכים בנושאים אלה ולשמש בעצמה גורם המרכז את הידע על גופים אלה ומפנה את המתלוננים לארגונים למיניהם. הארגונים האזרחיים יכולים לבצע באופן מבוקר ומתואם חלק מן הפעילות שהייתה מסורה בעבר רק לגוף המרכזי האוכף, כביטוי לעקרונות הביזור והשיתוף המאפיינים את שיטת המשילות החדשה.

במודל אכיפה היברידי זה תפקידה של המדינה מגוון ורב ממדי. העקרונות המנחים את פעילותה של המדינה הם שניים: העיקרון הראשון הוא שהאכיפה אינה מתמצית בניהול הליכים משפטיים, אלא היא כוללת מגוון רחב של פעולות שכולן יחד מביאות לחיזוק עקרונות השוויון בעבודה. העיקרון השני הוא שהמדינה אינה יכולה ואינה צריכה לנהל לבדה את מאמץ האכיפה; עליה לייעץ לשותפים נוספים למאמץ, ללוותם, לתמוך בהם ולרכז את פעילותם. גם בניהול ההליכים המשפטיים ראוי שהמדינה לא תבצע את כל האכיפה בעצמה, אלא תנהל הליכים משפטיים אסטרטגיים בלבד. עליה לבחור תיקים שיש להם פוטנציאל להשפעות רחב (impact litigation), הן בהיקף ובתהודה הציבורית הן בהבהרה ובפיתוח של החוק. כאשר לשאר התלונות תיתן המדינה מידע ראשוני ותפנה את הפונים לגורמים אחרים (עורכי דין פרטיים, מגשרים, ארגונים אזרחיים), ותשתמש בתלונות כמקור מידע על בעיות ותופעות בתחום.²⁰³ לסיכום, אימוץ של תפיסה רגולטיבית ברוח המשילות החדשה בתחום השוויון בעבודה מחייב שינויים בשני מישורים עיקריים. המישור הראשון

202 Strum, 2001: 526-527; Lobel, 2004: 378-379

203 ראו בהקשר זה דיון בתפקיד הגישור של הנציבות ובמטרותיו של גישור זה לפי מודל האכיפה של המשילות החדשה אצל מילמן-סיון ורבינוביץ' עיני, 2008.

הוא המישור המוסדי: גישה זו מחייבת שינוי בתפיסת מהותו ותפקידו של הגוף הרגולטיבי בתחום השוויון בעבודה. תפקיד הגוף אינו מתמצה עוד ביסוד השיטור, באיתור מעסיקים המפרים את איסור האפליה ובניהול הליכים משפטיים נגדם (ברמה הפלילית, האזרחית או המנהלית), אלא הוא מגוון יותר ומתבסס גם על שיתוף פעולה עם מעסיקים. המישור השני הוא המישור התוכני, וביתר פירוט – התחום שבו מבצעים רגולציה. הרגולציה המסורתית מתמצה באכיפת איסור אפליה מוגדר, החל על כלל המעסיקים, להימנע מפעולות מפלות מסוימות. גישת המשילות החדשה מבקשת להטיע דפוסי התנהגות כלליים יותר המקבלים משמעות נבדלת אצל כל מעסיק ומעסיק, והמטרה היא להניע מעסיקים ליזום פעילות שתביא למצב של שוויון הזדמנויות.

3. הפוטנציאל לשינוי תפיסת האכיפה בישראל עם הקמתה של נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה

כפי שתואר בהרחבה בפרק הראשון, על האכיפה של איסור האפליה בשוק התעסוקה בישראל עברו כמה גלגולים: בתחילה הייתה האכיפה פלילית בלבד, ולאחר מכן נוספה אכיפה אזרחית פרטית בדרך של הגשת תביעה על ידי הנפגע (או ארגון התובע בשמו), ולבסוף הוקמה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. כבר בעת חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בסוף שנות השמונים, היה ניסיון להקים מכוח החוק נציבות שתהיה אמונה על אכיפתו, אך ניסיון זה לא צלח.²⁰⁴ לנוכח תת-האכיפה של הוראות החוק, ובהסתמך על הצלחת נציבויות הפועלות בתחום השוויון בתעסוקה ברחבי העולם, ובייחוד הנציבויות בארצות-הברית, בריטניה וצפון אירלנד, יזמה שדולת הנשים בכנסת בראשית שנות האלפיים הקמת נציבות כזאת בישראל.²⁰⁵ התיקון לחוק שהורה על הקמתה של הנציבות

204 ראו את דבריה של רחל בנוזמן, מנכ"לית האגודה לזכויות האזרח, לפני הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת מיום 16.5.2005:

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/maamad/2005-05-16.rtf

205 הנציבות הישראלית הוקמה בהשראת המודל של נציבות השוויון בצפון אירלנד, וראו את הדברים שנאמרו בוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת מיום 16.5.2005

נעשה בשנת 2006, והיא קמה בפועל בשנת 2008, עם מינויה של הנציבה הארצית, עו"ד קניג-יאיר.

את הקמת הנציבות אפשר לפרש בצמצום כשיפור של מערך האכיפה האזרחי באמצעות סיוע מוסדי לפרטים המתקשים לנהל הליך משפטי בכוחות עצמם. עדות לתפיסה זו אפשר למצוא באתר הנציבות עצמה, שם מצוין שהנציבות פועלת "למיגור האפליה והטמעת ערכי השוויון בשוק העבודה ומבקשת להתמודד עם קשיי האכיפה במישור האזרחי".²⁰⁶ אלא שמניתוח תפקידי הנציבות והסמכויות הנתונות לה בחוק, היעדים שהציבה הנציבות לעצמה וכיווני הפעילות שלה בשנים שמאז הקמתה, ניתן לפרש את הקמת הנציבות גם כמהפכה בתפיסת האכיפה של איסור האפליה בישראל, העולה בקנה אחד עם חלק ניכר מעקרונות המשילות החדשה שתוארו לעיל.

על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הוטלו על הנציבות ארבעה סוגי תפקידים: טיפול בתלונות של נפגעי אפליה (במגוון דרכים), תפקיד מחקרי (איסוף מידע ומחקר), תפקיד חינוכי (חינוך, הסברה ועידוד פעילויות ותכניות) ותפקיד של תיווך (שיתוף פעולה עם אנשים וגופים). המגוון הרחב של התפקידים מעיד על הפנמה של התפיסה שניהול הליכים משפטיים אינו מספיק, ונדרש מאמץ רחב יותר להתמודדות יעילה עם תופעת האפליה. יתרה מזו, הטלת התפקיד של שיתוף פעולה עם גופים אחרים, לרבות מעסיקים, מעידה שהמחוקק רואה במעסיקים לא רק יעד לאכיפה אלא שותפים לשינוי.

תכנית העבודה הראשונה של הנציבות, שפורסמה בשנת 2011, מבטאת עקרונות של שיתוף, ביזור ויצירת תמריצים מגוונים לצד שימוש אסטרטגי

(שם). כמו כן, בפרויקט Twinning שבמימון האיחוד האירופי נבחרה הנציבות בצפון אירלנד לשמש נציבות מנחה בשנתיים הראשונות לקיומה של הנציבות, והיא סייעה, בין השאר, לגיבוש התכנית האסטרטגית. ראו פרסום באתר הנציבות: www.moital.gov.il/NR/exeres/FEF36887-9ABC-4EB4-9423-2A3D673BE9DE.htm. לכן בלי ספק יש השפעה של ממש של הדגם מצפון אירלנד על הנעשה בנציבות בישראל.

206 אתר נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה: www.tamas.gov.il/CmsTamat/Rsrc/Shivyon/Shivyon.html

בתביעות משפטיות.²⁰⁷ בתכנית עבודה זו הגדירה הנציבות את נושא השוויון בתעסוקה במגזר הפרטי למען המגזר הערבי כאחת משלוש "יוזמות דגל". למימוש יוזמה זו הנציבות תפעל, לדבריה, בכמה אפיקים, אשר שוכללו בתכנית האסטרטגית.²⁰⁸ מתן מענה לפניותיהם של אזרחים ערבים החשים מופלים; ניהול הליכים משפטיים במקרים פרטניים בעלי השפעה; גיבוש והפצה של נהלים למתן הזדמנות שווה והעסקה שוויונית של ערבים וערביות בישראל; הענקת הכשרה והכוונה למעסיקים בעניין גיוס עובדים מן האוכלוסייה הערבית; נקיטת אסטרטגיה תקשורתית להעלאת מודעות בקרב האוכלוסייה הערבית לזכויותיה על פי חוק; עריכת מחקרים לזיהוי חסמי כניסה של המגזר וקיום שולחן עגול משותף למגזר הפרטי והציבורי כדי ליזום וליישם פתרונות לאותם חסמים; שיתוף פעולה עם ארגונים לא ממשלתיים בנושא; הנעת הממשלה להתוויית מדיניות בנושא.

בתחום האפליה על רקע לאום כללה פעילות הנציבות עד עתה השקת אתר האינטרנט של הנציבות בערבית;²⁰⁹ פרסום הנחיות למעסיקים להימנע מאפליה בתעסוקה וביחוד בנושא גיוס עובדים;²¹⁰ קיום כנס שנתי בנושא "שוויון כמנוע לצמיחה כלכלית", שבו אחד הנושאים המרכזיים היה שילוב האוכלוסייה הערבית בשוק התעסוקה ועיסוק בדרישה של שירות צבאי כתנאי להעסקה;²¹¹ הזמנת סקר מאגף המחקר של משרד התמ"ת בנושא תחשת האפליה של מחפשי עבודה ותפיסות אפליה של מעסיקים;²¹² קיום שולחנות עגולים עם

207 "כיצד רואה הנציבות את תפקידיה בחמש השנים הקרובות: נייר עמדה ושיקולים להכנת תוכנית אסטרטגית", ידיעון נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה 2 (מרץ 2011): <http://newsletter.moital.gov.il/NewsLetters/shivion/Newsletter2/Pages/item8.aspx>

208 ש.ם.

209 אתר האינטרנט בערבית הושק בינואר 2009. ראו

www.moital.gov.il/CmsTamam/Rsrc/ShivyonArabic/ShivyonArabic.html

210 הנחיות כלליות למעסיקים מספטמבר 2008: www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/410B9B03-611B-4466-9265-7E6F6B3A4D14/0/hanhyaot.pdf

211 ראו באתר הנציבות: www.moital.gov.il/NR/exeres/1CD02627-15BD-4699-966D-2D674D8EB989.htm. כן ראו קול (א), ynet, 29.3.2011; קול (ב), ynet, 29.3.2011.

212 הנדלס, 2010, 2012; "עמדות ותפיסות מנהלים", לעיל ה"ש 13.

מנהלים בכירים במשק, במעמד שר התמ"ת, בנושא קליטת עובדים מן המגזר החרדי והערבי;²¹³ הגשת חוות דעת בהליך המשפטי בנושא פיטורי העובדים הערבים מרכבת ישראל;²¹⁴ הגשת בקשה לסעד זמני למניעת פיטורים של עובדים ערבים על רקע חשד לאפליה על רקע לאום;²¹⁵ הגשת חוות דעת בנושא הצעת החוק למתן העדפה מתקנת לחיילים משוחררים;²¹⁶ פניות לגופים בנושאים של פרסומי מודעות דרושים שיש בהן דרישה לשירות צבאי.²¹⁷ ובקרוב הנציבות צפויה להשיק שירות ייעוץ למעסיקים לקידום שוויון הזדמנויות וקורס הכשרה למעסיקים בנושא גיוס עובדים שוויוני. פעילות מגוונת זו מעידה בכירור על היות הנציבות גוף רב ממדי השואף לספק מענה הוליסטי לתופעת האפליה מתוך שימוש הן בכלי האכיפה המסורתיים של ההליכים המשפטיים הן באמצעים מגוונים אחרים, בכללם שיתוף פעולה עם מעסיקים.

לנוכח האמור לעיל ניתן לומר שבהקמת הנציבות יש פוטנציאל תאורטי לספק מענה לשני ההיבטים של כשל האכיפה שתוארו לעיל: מעבר ממודל מגיב הנסמך על יוזמה מצד הפרטים הנפגעים למודל יוזם העוסק באופן אקטיבי בנושא שוויון ההזדמנויות התעסוקתיות; ומעבר מתפיסת אפליה מדור ראשון, שעמה יש להתמודד בעיקר באמצעות ניהול הליכים משפטיים, לתפיסת אפליה מדור שני, שעמה יש להתמודד באמצעים מגוונים. ההקמה של נציבות שוויון הזדמנויות בישראל היא הזדמנות לחולל מהפכה באופן ההתמודדות עם היעדר שוויון ההזדמנויות בשוק העבודה בישראל ולהביא לשינויים מהותיים בהתנהגותם של מעסיקים ובנורמות המקובלות, ובייחוד כלפי האוכלוסייה הערבית. שני הפרקים

213 הודעת התמ"ת לעיתונות: www.moital.gov.il/NR/exeres/885ED5C3-C6CA-4C71-9C0D-F607C19407A6.htm

214 חוות דעת הנציבות, עניין עבדולכרים: www.moital.gov.il/NR/exeres/EB1E8F8F-557A-4287-A923-19D33CBDB8DC.htm

215 עניין רשת מחסני כמעט חינם.

216 חוות דעת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, הצ"ח פרטית מס' 1832/18 שירות המדינה (מינויים) (תיקון – אפליה מתקנת), התש"ע-2009, מאי 2010:

www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/FAEFF429-581F-402F-8D23-4B42A2D2419C/0/hadafametakenet.pdf

217 ראו הודעה לעיתונות: www.moital.gov.il/NR/exeres/E010EEFE-310B-4B20-A9A4-EF6D33AD4370,frameless.htm

הבאים יוקדשו לניתוח יכולתה המעשית של הנציבות לממש את הפוטנציאל הטמון בה. הפרק החמישי יוקדש לשינויים שיש לחולל ברמה המוסדית, והפרק השישי יידרש לשינויים ברמת המדיניות.

פרק חמישי
המישור המוסדי של מודל האכיפה החדש:
נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

1. מבוא

על רקע הגישה החדשה לרגולציה של שוויון בשוק התעסוקה, המשלבת אכיפה מסורתית עם אכיפה ברוח המשילות החדשה, הוצגה בפרק הקודם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה שהוקמה בישראל כבעלת פוטנציאל לממש את תפיסת האכיפה החדשה. אלא שהנציבות הישראלית רחוקה מלממש בפועל את מלוא הפוטנציאל הטמון בה.

2. גופים מקדמי שוויון (Equality Bodies) במשפט המשווה:
ניתוח הנציבות הישראלית על פי הקריטריונים האירופיים

הסוגיות המרכזיות שיש לבחון כדי להיווכח אם הנציבות הישראלית יכולה להיות גורם אפקטיבי בתחום שוויון הזדמנויות בעבודה הן: מידת עצמאותה, המשאבים הכספיים והאנושיים העומדים לרשותה, סמכויותיה ותחומי אחריותה והיחס בין עילות האפליה הנתונות לטיפול. סוגיות אלה אינן ייחודיות להקשר הישראלי, והן מעסיקות כיום מדינות רבות ברחבי העולם, ובייחוד את מדינות האיחוד האירופי.

א. גופים מקדמי שוויון בתקינה הבינלאומית

בשנת 1993 נקבעו סטנדרטים בינלאומיים לגופים לאומיים המטפלים בנושאים של זכויות אדם (National Human Rights Institutions), כחלק מעקרונות המכונים "עקרונות פריז"²¹⁸. לגופי זכויות אדם כאלה ניתן על פי רוב מנדט רחב,

Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), 218
adopted by the General Assembly Resolution 48/134 of 20 December 1993

והם עוסקים בזכויות אדם נוספות ולא רק בזכות לשוויון, ובתחומי חיים אחרים מלבד שוק התעסוקה, אך העקרונות שנקבעו בעניינם מתאימים גם לגופים המטפלים באפליה בשוק העבודה. ועדת המומחים המפקחת על יישום האמנה בדבר ביעורה של האפליה הגזעית (שישראל הצטרפה אליה) המליצה למדינות שהן צד לאמנה להקים נציבות לאומית ליישום הזכויות המעוגנות באמנה, מתוך התחשבות בעקרונות פריז כעקרונות מנחים להקמתן של נציבויות אלה. כך המליצה גם הוועדה המפקחת על יישום האמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה כלפי נשים.²¹⁹

הסטנדרטים הבינלאומיים משנת 1993 קובעים את סוגי התפקידים שעל גופים מסוג זה למלא ואת הסמכויות שיש להעניק להם כדי שיוכלו לבצעם. הסטנדרטים כוללים גם עקרונות מנחים באשר למבנה הגוף ולתקציבו שתכליתם להבטיח את עצמאותו. עם התפקידים העיקריים נמנים הגשת חוות דעת על חקיקה מוצעת ועל מדיניות מנהלית, בירור תלונות בגין הפרות, הגשת דוחות בנושאים רלוונטיים, קידום תכניות חינוכיות, העלאת נושאים רלוונטיים בכלי התקשורת ושיתוף פעולה עם חקירות האו"ם.²²⁰ הסמכויות שיש להעניק לגוף כדי למלא את תפקידיו הן סמכויות לבירור תלונות, להגיש דוחות, לפנות בחופשיות לכלי התקשורת ולקיים שיתופי פעולה עם גופים אחרים.²²¹ העקרונות שנקבעו להבטחת עצמאותו של הגוף כוללים, בין השאר, עיגון בחוק של סמכויות הגוף; מינוי חברי ההנהלה בהליך המבטיח ייצוג פלורליסטי לארגוני החברה האזרחית הפועלים בתחום זכויות האדם; מינוי לתקופה קבועה כדי להבטיח את עצמאות פעילותם של חברי ההנהלה; מעמד של ממליצים או יועצים בלבד לנציגי הממשלה, בלא סמכות הצבעה; הבטחת תקצוב הולם, לרבות מתקן נפרד וצוות עצמאי, כדי למנוע שליטה או מעורבות ממשלתית בעבודתו של הגוף.²²²

| | |
|--|-----|
| CERD General Recommendation XVII, Establishment of National Institutions to Facilitate Implementation of the Convention (Forty-second session, 1993); CEDAW General Recommendation no. 28 on the core obligations of States Parties under article 2 of the convention (December, 2010) | 219 |
| Competence and Responsibilities Section, Articles 3(a)-(g) | 220 |
| Methods of Operation Section, Articles (a)-(g) | 221 |
| Composition and Guarantees of Independence and Pluralism Section, Articles 1-3 | 222 |

ב. גופים מקדמי שוויון בתקינה של האיחוד האירופי

כחלק ממאמצי האיחוד האירופי להילחם בתופעות האפליה על רקע גזע ומוצא אתני, קבעה מועצת האיחוד האירופי בשנת 2000 את הדירקטיבה לשוויון גזעי (Racial Equality Directive).²²³ ההנחיה מחייבת את כל מדינות האיחוד לעגן בחקיקה איסור אפליה על רקע עילות אלה בתחום התעסוקה ואספקת השירותים ולהבטיח הליכים הולמים לטיפול בהפרות של חובה זו.²²⁴ סעיף 13 להנחיה קובע חובה, המוטלת על כל המדינות החברות, לייחד גוף או גופים לקידום השוויון על רקע גזע ומוצא אתני. הגוף יכול להיות חלק מרשות לאומית העוסקת בתחום הרחב יותר של זכויות אדם.²²⁵ על המדינות להבטיח שהגוף יוסמך לבצע שלושה תפקידים: סיוע עצמאי לנפגעי אפליה בקידום תלונותיהם, עריכת סקרים עצמאיים בנושאי אפליה ופרסום דוחות עצמאיים והמלצות בנושאים הנוגעים לאפליה.²²⁶ בהמשך להנחיה זו הוצאה בשנת 2006 הנחיה העוסקת באפליה על רקע מגדר, הכוללת הוראה זהה המחייבת את המדינות החברות להקים גופים האמונים על טיפול באפליה על רקע מגדר.²²⁷ טרם נוסחה הנחיה המחייבת הקמת גופים לטיפול באפליה על רקע עילות אחרות כגון דת, מוגבלות, גיל ונטייה מינית, אך יש יוזמה ליצירת הנחיה כזאת.²²⁸

לעומת עקרונות פריז הבינלאומיים שצוינו לעיל, ההנחיות האירופיות הן כלליות מאוד ואין בהן הוראות מפורטות בעניין המבנה של הגוף לקידום השוויון. יתרה מזו, אף שיש בהן דרישה מפורשת שהגוף יבצע את תפקידיו באופן עצמאי (דרישה זו חוזרת במפורש שלוש פעמים בסעיף – מתן סיוע

European Council Directive 2000/43/EC 223

Article 7 :שם 224

Article 13, Section 1 :שם 225

Article 13, Section 2 :שם 226

European Council Gender Equality Directive on Goods and Services, 227
2004/113/EC (recast 2006/54/EC), Article 12

Commission Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle 228
of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief,
Disability, Age or Sexual Orientation, COM/2008/0426, 2008

עצמאי, עריכת סקרים ומחקרים עצמאיים והמלצות עצמאיות²²⁹), אין דרישה שהגוף עצמו יהיו גוף עצמאי ואין פירוט בעניין המנגנונים להבטחת עצמאות פעילותו – כגון עצמאות מבנית או עצמאות בהיבטי תקציב.

בשנת 2007 הוקמה רשת המאחדת את הגופים המקדמים שוויון ב-30 מדינות באיחוד האירופי, והיא משמשת מסגרת תומכת לפיתוח הגופים ולהחלפת ידע ביניהם: The European Network of Equality Bodies (Equinet).²³⁰ בפועל, הנציבויות שהוקמו במדינות האיחוד האירופי נבדלות מאוד זו מזו: מהן נציבויות שוויון ותיקות, שהוקמו לפני פרסום ההנחיות (כגון בצפון אירלנד, שבה הוקם גוף לקידום השוויון מכוח חוק עוד בשנת 1976), ומהן נציבויות חדשות שהוקמו בעקבות ההנחיות (בשנות האלפיים, כגון בצ'כיה, הונגריה, לטביה, רומניה וסלובקיה); לעתים מדובר בנציבות יחידה שיש לה מנדט רחב מאוד (כגון בגרמניה, דנמרק, הונגריה), ולעתים בנציבויות נפרדות לטיפול באפליה על רקע מגדר ובאפליה על רקע גזע (כגון בבלגיה, דנמרק, פינלנד, ספרד, פורטוגל). עם זאת המגמה בשנים האחרונות היא לאחד נציבויות נפרדות ולהקים נציבות אחת.²³¹ סיווג מקובל של הנציבויות באירופה מבחין בין גופים מסוג טריבונל (predominantly tribunal type), שעיקר תפקידם לברר בעצמם תלונות על אפליה ולקבוע ממצאים (מתוך פרסום המלצות או הנחיות מחייבות באשר לאותו מקרה), לבין גופים מקדמים (predominantly promotional type), שעיקר תפקידם הוא לתת ייעוץ וסיוע לנפגעי אפליה בהליכים משפטיים.

מאז פרסום ההנחיות האירופיות נעשו כמה ניסיונות, בתמיכת האיחוד, לעמוד על מידת היישום שלהן ולהעריך את רמת האפקטיביות של הגופים שהוקמו, בבחינה השוואתית של הגופים ברחבי אירופה על פי פרמטרים אחדים. הניתוח להלן נסמך על שלושה מחקרים: מחקר מ-2006 ומחקר מ-2010 שהשוו

229 European Council Directive (לעיל ה"ש 223), Article 13, Section 2

230 האתר הרשמי של הארגון: www.equineteurope.org

231 מהלך של איחוד נעשה בצפון אירלנד בשנת 1999, כאשר אוחדו Commission for Racial Equality ו-Fair Employment Commission, Equality Commission for Northern Ireland – אחד גם בשוודיה ארבע נציבויות מוזגו לנציבות אחת, וכך גם באוסטריה.

את מידת האפקטיביות של הגופים באיחוד לפי מגוון רחב של אמות מידה,²³² ומחקר מ-2008 שעסק בנושא עצמאותם של גופים מקדמי שוויון.²³³ מחקרים אלה נדרשו להגדיר תחילה את אמות המידה להשוואה בין גופים מקדמי שוויון, ולאחר מכן הם ניתחו על פיהן את הגופים באיחוד האירופי. להלן אסקור את אמות המידה העיקריות שנקבעו ואת עיקרי הממצאים באשר לגופים באיחוד האירופי, וכן אנתח את הנציבות הישראלית על פי כל אמת מידה.

ג. עצמאות הגוף

כפי שצוין לעיל, הן בתקינה הבינלאומית הן בהנחיות האירופיות הודגש נושא עצמאותם של גופים מקדמי שוויון, אך לא ניתן בהן פירוט מניח את הדעת בעניין מהותה. המחקרים שבחנו את מידת עצמאותם כפועל של הגופים נדרשו אם כן להגדיר את מהותה של העצמאות ולפרוט אותה לפרמטרים מדידים. העצמאות הוגדרה משלושה היבטים:²³⁴ ההיבט הראשון הוא היכולת לפעול בצורה אוטונומית, בלי להיזקק לאישור מגורם אחר ובלא חשש לאבדן תקציבים או סמכויות; ההיבט השני הוא מראית ניטרלית ואובייקטיבית, בלא זיקה לגוף אחר או לסדר יום מסוים; ההיבט השלישי הוא סמכותיות ומשקל בתחום. שלושת ההיבטים הללו ניכרים בכמה מישורים – המבנה, התקציב, קביעת המדיניות והאחריות (למי הגוף נדרש לתת דין וחשבון).²³⁵ את מידת העצמאות בהיבטים ובמישורים הללו ניתן לברוק מנקודת ראות פנימית – אופן תפקודו של הגוף, או מנקודת ראות חיצונית – סוגי הלחצים על הגוף וההתערבויות מצד גורמים אחרים.²³⁶ לבסוף, חשובה ההבחנה בין עצמאות דה-יורה, כפי שהיא קבועה בחוק או בהנחיות, לבין עצמאות דה-פקטו, כפי שהדברים מתנהלים בפועל.²³⁷ את ההיבטים והמישורים הללו של עצמאות ניתן לפרוט לשורה ארוכה של פרמטרים, ובהם: קיומו של עיגון חוקי לגוף ולסמכויותיו; קיומה של אישיות

Holtmaat, 2006; Ammer et al., 2010 232

Yesilkagit and Snijders, 2008 233

Holtmaat, 2006: 32 234

.Verhoest et al., 2004 מבוסס על המחקר של Yesilkagit and Snijders, 2008: 14 235

Yesilkagit and Snijders, 2008: 15 236

שם: 13. 237

משפטית עצמאית לגוף; מידת העצמאות התקציבית, המתבטאת באופן קביעת התקציב, במידת החופש הפנימי בניהול התקציב ובמינוי כוח אדם, בקיומם של משאבים המספיקים לביצוע תפקידים ולמינוי עובדים מיומנים ובשאלה למי הגוף חייב דין וחשבון באשר לאופן שבו הוציא את הכסף; קיומו של מתקן נפרד לגוף, שאינו במשרד ממשלתי או בארגון אזרחי; תצורת הניהול של הגוף ודרכי המינוי של הממונים; קיומו של הרכב מגוון ומאוזן במועצה המנהלת ומעמדם של נציגי משרדי ממשלה במועצה זו; יכולת לקבל החלטות אוטונומיות מצד ההנהלה וחובות היועצות עם גורמים אחרים או קבלת אישור שלהם.²³⁸ על פי פרמטרים אלה הוערכה מידת עצמאותם של הגופים באיחוד האירופי.

1. עצמאות מבנית של גופים אירופיים מקדמי שוויון

במדינות האיחוד, רובן ככולן, הגוף מקדם השוויון מוקם על פי חוק וגם סמכויותיו מוגדרות בחוק.²³⁹ יותר משני שלישים מן הגופים באיחוד האירופי הם בעלי אישיות משפטית עצמאית.²⁴⁰ כמו כן, ברוב המדינות הגופים ממוקמים במתקן נפרד ממשרדים ממשלתיים, דבר התורם למראית של גוף אוכייקטיבי ועצמאי.²⁴¹ יש מהם הכפופים למשרד ממשלתי כגון הנציבויות של גרמניה, אוסטריה, ופינלנד,²⁴² אך לרוב מובטח לגופים אלה מעמד של סוכנות עצמאית במשרד שהם כפופים אליו רשמית. התפיסה העקרונית היא שאישיות משפטית נפרדת היא עצמאית יותר מגוף שהוא חלק ממשרד ממשלתי, שכן כאשר הגוף מקדם השוויון משתייך למשרד ממשלתי, כל עובדי הגוף הם בגדר עובדי מדינה הכפופים לשר, והגוף נתון להשפעות ולהתערבויות רבות יותר מצד השר

Holtmaat, 2006, 33-41 238

שם: 34. 239

Ammer et al., 2010: 72 240
28 גופים בעלי אישיות משפטית נפרדת לעומת 12 גופים הכפופים למשרד ממשלתי.

Holtmaat, 2006: 34 241

ראו (בהתאמה) פרופיל של הנציבות באתר Equinet: [www.equineteurope.org/](http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_FADA_DE.pdf) 242

ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet: [www.equineteurope.org/IMG/pdf/](http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_AT.pdf)

ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet: [www.equineteurope.org/IMG/pdf/](http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_OE_FIN.pdf)

והממשלה.²⁴³ הממצאים על הגופים מקדמי השוויון אכן העלו שהגופים בעלי האישיות המשפטית הנפרדת נהנים על פי רוב ממידה רבה יותר של עצמאות בניהול התקציב וכוח האדם לעומת הגופים המשתייכים לישות ממשלתית (וראו פירוט בהמשך על סוגיית העצמאות התקציבית).²⁴⁴

באיחוד האירופי יש שני מודלים נפוצים לניהול גופים מקדמי שוויון: ניהול על ידי מנהל או נציב יחיד וניהול על ידי חבר מנהלים. כמחצית הגופים באיחוד האירופי מנוהלים על ידי חבר מנהלים, ומחציתם – על ידי מנהל או נציב יחיד;²⁴⁵ רוב גופי הקידום, לעומת גופי הטריבוונל, מנוהלים על ידי חבר מנהלים.²⁴⁶ התפיסה העקרונית היא שגוף המנוהל על ידי חבר מנהלים הוא עצמאי יותר, מכיוון שקל יותר להפעיל לחצים פוליטיים על נציב יחיד.²⁴⁷

אשר לדרכי המינוי של הנציב או של חבר המנהלים, ברוב הגופים המינוי נעשה על ידי הממשלה. במקרים אחדים המינוי נעשה על ידי הפרלמנט. בחלק מן המדינות הממשלה מחויבת להתייעץ עם ארגוני זכויות לפני המינוי או רשאת רק לאשר או לדחות מינויים המוצעים על ידי הארגונים הללו.²⁴⁸ ברכים מהגופים מקדמי השוויון מכהנים נציגי ממשלה בחבר המנהלים, אך ברובם לנציגים אלה אין זכות הצבעה, אלא הם בגדר משקיפים ומייעצים בלבד.²⁴⁹ חלק מן הגופים נעזרים בוועדה מייעצת שבה חברים מומחים בתחום האפליה. בחלק ניכר מן המדינות גוף השוויון ממנה בעצמו את חברי הוועדה המייעצת.²⁵⁰ מחצית הגופים מוסרים דין וחשבון שנתי על פעילותם לממשלה, והאחרים מוסרים דין וחשבון לפרלמנט.²⁵¹

- 243 ראו Yesilkagit and Snijders, 2008: 21-27; המפנים, בין השאר, ל-Christensen, 2001.
- 244 Yesilkagit and Snijders, 2008: 26-29; Ammer et al., 2010: 114-117
- 245 ב-17 גופים ניהול נעשה על ידי ועדה, וב-23 גופים – על ידי מנהל יחיד. ראו Ammer et al., 2010: 71
- 246 שם: 72.
- 247 Yesilkagit and Snijders, 2008: 26-27
- 248 Ammer et al., 2010: 72-76
- 249 שם: 74-75; Holtmaat, 2006: 37-38. המדינות שיש בהן זכות הצבעה לנציגי הממשלה בוועד המנהל הן יוון, מלטה, פורטוגל, סלובקיה וספרד.
- 250 ראו סעיף 73 ל-Northern Ireland Act, 1998; נספח 1 ל-Equality Act, 2006 הבריטי ואתר הנציבות הצרפתית: www.halde.fr/-Advisory-Committee-.html?page=rubrique_en
- 251 Ammer et al., 2010: 76

2. העצמאות המבנית של הנציבות הישראלית

הנציבות הישראלית הוקמה בחוק וסמכויותיה מעוגנות בחוק, אך היא הוקמה כיחידה בתוך משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (תמ"ת), ולא כרשות עצמאית או כתאגיד סטטוטורי. כפי שצוין לעיל, הרוב המכריע של הגופים האירופיים מקדמי השוויון הם רשויות או סוכנויות עצמאיות שאינן כפופות לממשלה. מלבד כפיפותה של הנציבות למשרד התמ"ת, הנציבות הישראלית אינה יחידה עצמאית ושלמה אלא תלויה במשרד בהיבטים רבים מספור, ובהם יורחב הדיון בהמשך. הנציבות הישראלית אף אינה יושבת פיזית במתקן נפרד אלא בתוך משרד התמ"ת. הנציבות מגישה את הרוח השנתי שלה לשר התמ"ת, והוא מוסמך להעבירו לדיון בוועדות הכנסת הרלוונטיות (יוער שבמשך שלוש שנים ברציפות לא נדון הרוח השנתי בכנסת, חרף בקשות חוזרות ונשנות מצד הנציבות).²⁵² הנציבות הישראלית מנוהלת על ידי נציבה הממונה על ידי הממשלה, על פי המלצת שר התמ"ת ובהתייעצות עם שר המשפטים, בלא חובת התייעצות עם נציגי ציבור.²⁵³ לנציבות ועדה מייצעת אשר כל חבריה ממונים על ידי שר התמ"ת על פי הרכב הקבוע בחוק.²⁵⁴ בפועל, אף שאין בחוק חובה לעשות כן, השר מתחשב בהמלצות הנציבה במינוי חברי הוועדה המייצעת. על פי חוק, כשליש מחברי הוועדה המייצעת הם נציגי משרדים ממשלתיים. במתכונתה הנוכחית אי-אפשר לראות בנציבות הישראלית גוף עצמאי, המתנהל בכוחות עצמו בנפרד מן הממשלה.²⁵⁵ במובן זה הנציבות אינה מקיימת

252 על פי סעיף 18 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, השר מעביר את הרוח, בליווי הערותיו, לוועדה לקידום מעמד האישה ולוועדת העבודה, הרווחה והבריאות.

253 סעיף 18(א) לחוק.

254 סעיף 18(א)-(ב) לחוק.

255 לשם השוואה ניתן לבחון את ההסדרים שהוצעו בהצעת חוק מתחרה להצעה להקמת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 2006. בהצעת חוק נציבות זכויות אדם, התשס"ו-2006 (פ/1561/17), של חברי הכנסת אורון, ביילין, גלאון ועוד, נציבות זכויות האדם תנוהל על ידי חבר מנהלים של שישה חברים ויו"ר, ומינוי החברים ייעשה על ידי ועדה בראשות שר המשפטים שתכלול את שר החינוך, שני חברי כנסת וארבעה נציגי ציבור הממונים על ידי יו"ר הכנסת מתוך מועמדים המוצעים לו על ידי ארגונים

את הדרישה הקבועה במשפט הבינלאומי ובתקינה האירופית. חוסר העצמאות המבנית של הנציבות הישראלית אף פוגמת במישרין בעצמאותה הניהולית והתקציבית, שבה יורחב הדיון בהמשך. לצורך ענייננו, נושא האפליה על בסיס לאום נתון להשפעות פוליטיות רבות, אולי יותר משאר עילות האפליה. לכן דווקא לצורך הבטחת פעילותה האפקטיבית של הנציבות בתחום זה חשובה עצמאותה של הנציבות. יתרה מזו, ההשתייכות המבנית של הנציבות למשרד התמ"ת ומיקומה הפיזי בתוך המשרד הממשלתי פוגמים גם בחזותה הניטרלית. ביחוד בטיפול בתחום האפליה על רקע לאום, השתייכותה של הנציבות למשרד ממשלתי פוגעת ביעילותה, ויש מקום להניח שהנכונות מצד האוכלוסייה הערבית לפנות בתלונות לנציבות, הנתפסת כמשרד ממשלתי, פחותה מהנכונות לפנות לגוף חיצוני.

בסוף 2009 החלה להתגבש תכנית להרחבת המבנה הארגוני של הנציבות ולהפכה לרשות עצמאית. שר התמ"ת קיבל עקרונית את המלצות הנציבות בעניין והטיל על ועדה מקצועית, שכללה את מנכ"ל משרד התמ"ת, סמנכ"ל בכיר למנהל ומשאבי אנוש והיועץ המשפטי למשרד, לקדם את העיסוק בנושא,²⁵⁶ אך הטיפול בנושא הופסק. בשנת 2012 החלה הנציבות לקדם יוזמה שלפיה תזכה הנציבות למעמד של תאגיד סטטוטורי.

3. עצמאות תקציבית של הגופים האירופיים מקדמי השוויון

כמחצית הגופים מקדמי השוויון באיחוד האירופי נהנים מתקציב קבוע המעוגן בחוק או במסמך משפטי אחר, שולטים באופן שבו הוא מחולק ורשאים לזקוף הוצאות לקטגוריות של כוח אדם או להוצאות אחרות לפי שיקול דעתם. כמו כן, רוב הגופים רשאים להחליט עצמאית על האופן שבו הם מייעדים את המשאבים ואת כוח האדם לעילות האפליה השונות ולתפקידים המגוונים, ורק במיעוט הגופים חלוקה זו מוכתבת מלמעלה.²⁵⁷ כמחצית הגופים נהנים

לא ממשלתיים הפועלים בתחום ההגנה על זכויות האדם. ועדה זו תמליץ לממשלה על ה"יר" ועל חברי הנציבות. ההצעה קובעת במפורש שהנציבות היא עצמאית ובלתי תלויה ברשויות השלטון, והרוח השנתי של הנציבות יוגש הישר לכנסת.

256 על פי דוח הנציבות לשנת 2009.

257 Holtmaat, 2006: 36; Ammer et al., 2010: 111, 113

מעצמאות מלאה במסגרת התקציב השנתית, ומקצתם אף רשאים להעביר עודפי תקציב משנה לשנה.²⁵⁸

יותר ממחצית הגופים נהנים מעצמאות בקביעת משכורות הצוות ותנאי הקידום של העובדים, ושני שלישים מן הגופים דיווחו על עצמאות במינויים של עובדים (אף שפעמים רבות הדבר כפוף לנהלים של מינוי עובדי מדינה).²⁵⁹ עם הגופים הנהנים מעצמאות מלאה בהיבטי כוח אדם נמנים הגופים החזקים באירופה לקידום השוויון בבלגיה, בריטניה, צפון אירלנד, שוודיה וצרפת.²⁶⁰ מכיוון שעל פי רוב עיקר התקציב של גופים מקדמי שוויון מופנה לתשלום משכורות, מידת העצמאות התקציבית של הגוף משפיעה מאוד על יכולתו לקבל החלטות עצמאיות בעניין כוח האדם.

מידת העצמאות התקציבית תלויה במידה ניכרת בקיומם של משאבים מספיקים לביצוע מלוא התפקידים המוטלים על הגוף. ניתן לומר שכל הגופים מקדמי השוויון באיחוד האירופי סובלים ממצוקה תקציבית כלשהי, ורובם ככולם מדווחים על מחסור בתקציב למילוי התפקידים המוטלים עליהם.²⁶¹ קשה מאוד להשוות בין תקציבי הגופים או בין כוח האדם העומד לרשותם משום שהגדרות התפקיד, היקף הפעילות וגודל האוכלוסייה משתנים ממקום למקום. בדנמרק, לדוגמה, יש תקן ל-3.5 עובדים העוסקים בנושא האפליה על רקע אתני לעומת 18 תקנים באיטליה, אך האוכלוסייה באיטליה גדולה פי כמה מזו של דנמרק.²⁶² חרף הקושי להשוות נתונים בין הגופים, אי-אפשר להתעלם מהממצא שהגופים מקדמי השוויון האיכותיים והאפקטיביים ביותר באיחוד נהנים גם מתקציבים נרחבים ומצוותים גדולים מאוד. לדוגמה, התקציב השנתי של נציבות השוויון וזכויות האדם בבריטניה הוא בסך כ-60 מיליון אירו ועובדים בה כ-400 עובדים

- 258 Ammer et al., 2010: 107-108. עם הגופים נעדרי העצמאות התקציבית ככל ההיבטים נמנות הנציבויות של אוסטרליה, בולגריה, צ'כיה, יוון, ליכטנשטיין ולוקסמבורג.
- 259 Ammer et al., 2010: 109
- 260 שם: 109-110. עם הגופים חסרי העצמאות ככל הנוגע לכוח אדם היו הנציבויות של פינלנד, ליכטנשטיין וספרד.
- 261 Ammer et al., 2010: 78
- 262 Holtmaat, 2006: 23

התחומים שבסמכות הנציבות הם רחבים יחסית,²⁶³ נציבות השוויון ואיסור האפליה הצרפתית נהנית מתקציב של כ-11 מיליון אירו ועומדים לרשותה כ-80 עובדים,²⁶⁴ וגוף השוויון הבלגי, העוסק בכל עילות האפליה חוץ ממגדר, נהנה מתקציב של כ-5.5 מיליון אירו, ויש בו 85 עובדים קבועים ועוד כ-20 עובדים בפרויקטים מיוחדים.²⁶⁵

4. עצמאות תקציבית של נציבות השוויון הישראלית

לעומת המצב ברוב הנציבויות באיחוד האירופי, התקציב השנתי של הנציבות הישראלית אינו מעוגן בחוק או במסמך אחר. על פי חוק, תקציבה של הנציבות אמור להיות קבוע בסעיף תקציב נפרד מזה של משרד התמ"ת כולו, ועובדי הנציבות אמורים להיות מועסקים בחוזים מיוחדים,²⁶⁶ אך מצב זה אינו מתקיים בפועל. מידת השליטה של הנציבות בתקציב בתוך המסגרת השנתית נמוכה מזו של רוב הנציבויות האירופיות: הנציבות אינה רשאית להעביר תקציב מסעיפי הוצאות כלליות לסעיפי משכורות ואינה עצמאית בקבלת החלטות בענייני כוח אדם, כגון קביעת מספר התקנים, תנאייהם של העובדים או אפשרויות קידום. אף מספר השעות הנוספות לתשלום אינו נתון לשיקול דעתה של הנציבות אלא משולם מתוך המאגר הכולל של שעות נוספות של משרד התמ"ת, המחולק על פי שיקול דעתו של מנהל משאבי אנוש של המשרד.

יתרה מזו, המשאבים העומדים לרשותה של הנציבות אינם מאפשרים לה לבצע את כל התפקידים המוטלים עליה. התקציב השנתי שלה עומד על כ-8 מיליון ש"ח, ועובדים בה רק תשעה אנשי צוות: נציבה ארצית, שלוש נציבות אזוריות (עורכות דין), שלוש עורכות דין, מנהלת תחום מחקר ומנהלת אדמיניסטרטיבית (ועוד שניים-שלושה מתמחים משפטיים בממוצע). התקציב, ובעיקר מצבת כוח האדם,

263 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_EHRC_UK.pdf

264 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_DR_FR.pdf

265 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_CEOOR_BE.pdf

266 סעיפים 118 ו-118א לחוק.

קטנים מאוד. ניתן להשוות את התקציב של הנציבות הישראלית לזה של כמה גופים אירופיים מקדמי שוויון במדינות שאוכלוסייתן דומה בגודלה לאוכלוסייתה של ישראל: נציבות השוויון השוודית אחראית לאוכלוסייה של כ-10 מיליון בני אדם, ויש לה תקציב שנתי של כ-11 מיליון אירו (כ-54 מיליון ש"ח) ו-90 עובדים;²⁶⁷ הנציבות האוסטרית ליחס שווה (Onibud for Equal Treatment) אחראית לאוכלוסייה של כ-8 מיליון בני אדם, עובדים בה 26 אנשי צוות והיא נהנית מתקציב של כ-2 מיליון אירו (כ-10 מיליון ש"ח);²⁶⁸ נציבות השוויון של צפון אירלנד, שיש לה תקציב של כ-7 מיליון אירו (כ-35 מיליון ש"ח), ועובדים בה כ-120 עובדים, מופקדת על אוכלוסייה של פחות מ-2 מיליון תושבים.²⁶⁹ המצוקה הגדולה ביותר של הנציבות הישראלית היא בתקני כוח אדם. הנציבות מוגבלת למספר התקנים המוקצים לה על ידי משרד התמ"ת מתוך מצבת התקנים הנקבעת על ידי נציבות שירות המדינה. מגבלת התקנים נובעת במישרין מהיעדר העצמאות המבנית של הנציבות, והיא מגבילה מאוד את היקף פעילותה של הנציבות וגורעת מן האפקטיביות שלה.

5. עצמאות הניהול של גופים אירופיים מקדמי שוויון

רוב הגופים האירופיים דיווחו שהם נהנים מעצמאות רבה בהיבטי הניהול וקביעת המדיניות. רובם ככולם עורכים סקרים ומחקרים ומפרסמים דוחות על דעת עצמם בלבד. רק במקרים אחדים דווח על סמכות החלטה סופית או מעורבות של שר בדוחות המתפרסמים.²⁷⁰ הגופים מקבלים החלטות עצמאיות בעניין סיוע למתלוננים. רק מיעוטם מוסמכים להגיש תביעות בשמו של הגוף עצמו, להבדיל ממתן סיוע בייצוג הפרט הנפגע בשם עצמו. גופים המוסמכים לתבוע בשם עצמם פועלים באירלנד, צפון אירלנד, בריטניה, בולגריה, הונגריה

267 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_EO_SW.pdf

268 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_AT.pdf

269 ראו פרופיל של הנציבות באתר Equinet :www.equineteurope.org/IMG/pdf/PROFILE_ECNI_UK.pdf

270 Yesilkagit and Snijders, 2008: 25-26; Ammer et al., 2010: 112

וסלובקיה. בכמה מדינות נוספות הגוף מקדם השוויון מוסמך להצטרף להליך שיזום הפרט, כידיד בית המשפט, ולייצג את האינטרס הציבורי (אך לא ליזום את ההליך). זהו המצב בפינלנד, צרפת, לטביה, ליטא, נורווגיה, רומניה וסלובניה.²⁷¹ הגופים בעלי הסמכות לתבוע בשם הגוף ולהצטרף כידיד בית משפט רשאים להשתמש בה על פי שיקול דעתם, בלי להיזקק לאישור של גורם חיצוני. את עצמאות הניהול של גוף ניתן לבחון גם מנקודת ראות חיצונית – הלחצים המופעלים עליו והתערבותם של גורמים חיצוניים בהתנהלותו. גופים מקדמי שוויון באיחוד האירופי, שיש להם אישיות משפטית נפרדת, נטו לדווח על לחצים מצד משרד האוצר, הפרלמנט, מפלגות פוליטיות וכלי התקשורת, ואילו גופים הכפופים למשרד ממשלתי נטו לדווח על לחצים מצד המשרד שהם כפופים לו ומצד הממשלה.²⁷² כלומר גוף מקדם שוויון הכפוף למשרד ממשלתי מוגן במוכנים רבים מפני לחצים "חיצוניים", אך חשוף יותר ללחצים מצד השרד והמשרד.

6. עצמאות הניהול בנציבות הישראלית

הנציבות הישראלית נהנית מעצמאות בניהול במוכן זה שהיא קובעת בעצמה, בתיאום עם הוועדה המייעצת, את תכנית עבודתה וסדר עדיפויותיה. היא אינה נדרשת לקבל אישור מגורם חיצוני כדי לקדם יוזמות כלפי מעסיקים, לפרסם חוות דעת או לקבל החלטות טיפול בתלונות של פרטים. עם זאת, בשלושה היבטים עצמאותה מוגבלת.

ההיבט הראשון נגזר מעצם היעדרה של עצמאות מבנית לנציבות. אמנם לשר התמ"ת אין סמכות על פי חוק להתערב בתהליכי קבלת ההחלטות הפנימיים של הנציבות, אך השר שולט בכמה מהיבטי פעילותה, ויש לו השפעה על התקציב, כוח האדם והשירותים הנלווים הניתנים לה. אם הנציבות תפעל שלא על פי עמדתו של שר התמ"ת, הדבר עשוי להביא להצרת צעדיה.²⁷³ מציאות זו מציבה את הנציבות במצב פוטנציאלי של ניגוד עניינים. דוגמה אחת לניגוד עניינים

Ammer et al., 2010: 97-98 271

Yesilkagit and Snijders, 2008: 34 272

עד היום שרי התמ"ת שהנציבות הישראלית פעלה בסמכותם, השר בנימין בן אליעזר 273
הושר שלום שמחון, לא הצרו את צעדיה אף במקרים של חילוקי דעות. עם זאת ניתן

אפשרי היא פנייתם של עובדי משרד התמ"ת לנציבות בשאלות באשר לשוויון בתנאי העסקתם או אפשרות לאפליה בעת השתתפותם במכרזים. הנציבות אינה חופשית לברר טענות אלה כאשר היא עצמה כפופה לאותו המשרד. דוגמה נוספת היא יכולתה של הנציבות לחוות את דעתה בחופשיות על הצעת חוק בהיבט של שוויון הזדמנויות, משהביע שר התמ"ת את עמדתו שלו.

ההיבט השני נובע מכך שהנציבות אינה יחידה עצמאית שלמה, אלא נסמכת על יחידות של משרד התמ"ת לצורך קבלת שירותים. כך המצב בתחום הרכש והמכרזים, הרכב, התמיכה הטכנית והמחשוב, עריכת סקרים ושירותי דוברות. תחומים אלה אינם נתונים לשליטתה הישירה של הנציבה ומקשים את ההתנהלות העצמאית של הנציבות. מידת זמינותם של משאבים ושירותים אלה תלויה בסדר עדיפויות פנימי של משרד התמ"ת, והנציבות נדרשת "להתחרות" עם יחידות רבות נוספות במשרד (שיש בו יותר מ-1,000 עובדים) על קבלת שירותים ומשאבים אלה. לשר נתונה הפרורגטיבה לככר את צרכיה של יחידה אחרת על פני צרכיה של הנציבות, והנציבות עלולה לצאת נפסדת מכך. יתרה מזו, החלטותיו של השר להעדיף מתן שירותים ליחידות אחרות יכולה גם להיעשות ממניעים לא לגיטימיים, כאפיק להפעלת לחץ על הנציבות, בהמשך להיבט הראשון.

ההיבט השלישי נוגע לשימוש בסמכויותיה של הנציבות הישראלית כלפי המגזר הציבורי ומשרדי הממשלה. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע שדינה של המדינה לעניין החוק כדינו של כל מעסיק אחר, ואין בו כל הבחנה, בכל הנוגע לאופן השימוש בסמכויותיה של הנציבות, בין מעסיקים פרטיים לבין מעסיקים ציבוריים.²⁷⁴ אלא שבפועל עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שהואיל והנציבות היא גוף פנים-ממשלתי ואין לה אישיות משפטית נפרדת, היא אינה יכולה לתבוע או להיתבע בשמה שלה אלא רק כאורגן של המדינה. משום כך היא כפופה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ומיוצגת על ידיו, והיא אינה יכולה להגיש תביעה נגד יחידות ממשלתיות, חברות ממשלתיות, רשויות

להעלות על הדעת מצב עניינים פוליטי אחר שבו היחסים עשויים להיות מתוחים יותר והרמוניים פחות.

מקומיות וגופים ציבוריים נוספים, בין בשמה ובין בשמו של מתלונן פרטי. היא גם אינה יכולה להצטרף כידיד בית משפט בהליך המתנהל נגד המדינה בלא אישור היועץ המשפטי לממשלה (בין שמדובר בהליך אזרחי ובין שמדובר בעתירה לבג"ץ), וכן היא אינה רשאית להביע עמדה המנוגדת לעמדתו.²⁷⁵ מצב זה הגיע לכדי אבסורד בכמה הזדמנויות שבהן פנה בית הדין לעבודה ביוזמתו לנציבות בבקשה לקבל את חוות דעתה, בין השאר באשר לפרשנות הראויה לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה בתיק שבו הנתבע מיוצג על ידי הפרקליטות. בשל כפיפותה ליועץ המשפטי לממשלה נדרשה הנציבות לתאם את עמדתה עם משרד המשפטים, וצורך זה הביא למצב של ניגוד עניינים ובפועל אף מנע את מתן חוות הדעת.²⁷⁶ התוצאה היא שמבית הדין לעבודה נמנעת חוות דעת של הסמכות המקצועית בנושא שוויון הזדמנויות בעבודה, בשל היעדר העצמאות של הנציבות.

במקרים שבהם מתקבלת בנציבות הישראלית תלונה על אפליה מצד מעסיק ממשלתי, הטיפול בה נעשה שלא בדרך הרגילה שבה מטופלת תלונה נגד מעסיק פרטי, אלא בדרך של בירור בין-משרדי, על פי נוהל פנימי שגובש.²⁷⁷ על פי הנוהל, על הנציבות לפנות ליועץ המשפטי של היחידה הרלוונטית בניסיון ליישב את העניין עמו. בפנייה מסוג זה הנציבות אינה נהנית בהגדרה ממעמד מיוחד. אם העניין אינו מיושב, הוא מועבר לטיפולו של נציג ממחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים שממונה לשם כך. אם אף הוא אינו מצליח ליישב

275 עמדת היועץ המשפטי לממשלה כלפי נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה זהה לעמדתו כלפי נציב שוויון הזכויות לאנשים עם מוגבלויות, שהוא יחידה במשרד המשפטים. גם לנציבות זו הוענקה על פי חוק סמכות לתבוע בשמה גורמים שאינם עומדים בדרישות החוק (סעיף 12(3) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998), וסמכות זו אינה מוגבלת בחוק למגזר הפרטי בלבד, אולם עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה שמדובר באורגן של המדינה הכפוף ליועץ המשפטי לממשלה. עמדה זו גובשה בסיכום דיון שהתקיים אצל שרית דנה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ב-22 באוקטובר 2006, ל' בתשרי התשס"ז, סימוכין: 2168-0067-2006. עותק מסיכום הדיון נמצא אצל המחברת.

276 רשימת התיקים שמורה אצל הנציבות.

277 הנוהל גובש והופץ על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה, גב' אורית קורן, ב-2 במרץ 2009. העתק של הנוהל נמצא אצל המחברת.

את המחלוקת, העניין מובא להכרעה לפני המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה.²⁷⁸ אופן היישום של הנוהל הפנימי שתואר לעיל מעורר בעיות חמורות. בפועל העבודה על פי נוהל זה גורמת לעיכוב בטיפול בתלונות על אפליה בשירות הציבורי. פעמים רבות התלונות המוגשות הן דחופות ועוסקות בהחלטות פיטורים או בהכרעה במכרז לאיוש משרה. הצורך למצות מגעים עם היועץ המשפטי של המשרד הרלוונטי, ולאחר מכן לפנות לשני גורמים במשרד המשפטים עד קבלת הכרעה בנושא, מסרבל את ההליך ואינו מאפשר הגעה לפתרון הולם בתוך פרק זמן סביר. הגורמים במשרד המשפטים שטיפולם דרוש לשם קבלת הוראה מחייבת נגד המשרד הממשלתי הרלוונטי מופקדים על מגוון רחב של עניינים ועמוסים מאוד, והטיפול בתלונות ספציפיות על אפליה לא בהכרח עומד בראש סדר העדיפויות שלהם, ולכן טיפולם בהן יכול להתעכב זמן רב. כאשר הנציבות פונה למשרד ממשלתי לבידור תלונת אפליה, היא אינה נתפסת בתור הזרוע הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה לעניין זה, ולכן פעמים רבות מדי נדרש להגיע לפורום מכריע במשרד המשפטים במקום שהדברים יפתרו כבר בשלב הפנייה מטעם הנציבות.

אדם החש נפגע מאפליה מצד משרד ממשלתי נדרש לבחור בין הגשת תביעה עצמאית, בלא החסות והסיוע של הנציבות, לבין קבלת סיוע מן הנציבות בטיפול בתלונה הכרוך בהליך בירור ארוך יחסית. אם משרד המשפטים לא יאמץ בסופו של דבר את עמדת הנציבות, ייאלץ הנפגע לפנות לבית משפט בלא חסות הנציבות, כיוון שהיא מנועה מלפעול שלא על פי עמדת משרד המשפטים. במובן זה נפגע אפליה מצד המדינה נמצא במצב נחות משל נפגע אפליה מצד מעסיק פרטי, מכיוון שהוא אינו זכאי ליהנות מאותה מידת תמיכה וסיוע מצד הנציבות. המצב בפועל הוא שהטיפול בתלונות על המגזר הפרטי, המנוהל בעצמאות על ידי הנציבות הישראלית, אפקטיבי הרבה יותר מן הטיפול בתלונות המופנות כלפי המדינה.

278 לרשויות מקומיות יש נוהל נפרד, אשר גם לפיו יש לנסות ליישב את המחלוקת אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. אך אם נציבות השוויון סבורה שהניסיון ליישוב הסכסוך לא צלח, היא יכולה על פי שיקול דעתה להמשיך ולנקוט הליכים משפטיים נגד הרשות.

לסיכום, בפועל יש לנציבות הישראלית עצמאות ניהול מוגבלת עקב כפיפותה הארגונית לשר התמ"ת, תלותה ביחידות המשרד לקבלת שירותים וכפיפותה המקצועית ליועץ המשפטי לממשלה.

ד. תחומי הסמכות של גופים מקדמי שוויון

1. מספר העילות המטופלות והיחס ביניהן בגופים האירופיים

כפי שצוין לעיל, ההנחיות האירופיות מחייבות את המדינות החברות להקים גוף או גופים לטיפול בשתי עילות אפליה בלבד – גזע ומין, ורק בתחומי התעסוקה ומתן השירותים. בחלק ממדינות האיחוד גופים נפרדים מטפלים בכל אחת מן העילות, ובאחרות הוקם גוף אחד המטפל בשתי העילות גם יחד ואף בעילות נוספות.²⁷⁹ ניכרת מגמה לאחד גופים נפרדים המטפלים בעילה יחידה לכדי גוף אחד בעל מנדט רחב. לנוכח מגמה זו נשאלת השאלה אם איחוד זה הוא תהליך חיובי או שלילי.

ברמה התאורטית הגיוני לאחד גופים נפרדים אלה: מהלך כזה יכול להביא להעצמה של כל עילות האפליה ולפעילות אינטגרטיבית, לחסוך משאבים ולמנוע כפילויות ולהקל על מעסיקים ועל ארגוני החברה האזרחית שלא יידרשו לעבוד עם כמה גופים נבדלים.²⁸⁰ אלא שבפועל לעתים האיחוד מעורר קשיים. אם איחוד כזה אינו מלווה בתקציב מספק, הדבר פוגם ביכולתו של הגוף למלא את תפקידיו כראוי (במהלכי האיחוד בליכטנשטיין, באסטוניה ובמלטה היה התקציב של הגוף המאוחד דומה לתקציב של אחד הגופים לפני האיחוד, בלי להתחשב בכך שגדלו תחומי האחריות של הגוף החדש). ברוב המדינות שבהן נשקל או בוצע איחוד התעורר חשש לפגיעה בטיפול בנושא השוויון המגדרי, שהוא על פי רוב תחום ותיק יותר לטובת סוגיות אחרות (שיקול זה הוא שמונע, עד היום, את הקמתו של גוף מאוחד בכלגיה). בחלק מן המדינות שבהן בוצע איחוד מדווחים הגופים שלנוכח אילוצים תקציביים עליהם לקבוע סדר עדיפויות למשימותיהם. סולם כזה עלול להביא ליצירת היררכיה בין סוגי אפליה, תופעה שאינה רצויה.

279 ב-25 מתוך 29 המדינות ניתן טיפול בעילות נוספות מלבד מגדר וגזע. ראו Ammer et al., 2010: 66. בכלגיה ובפינלנד, לדוגמה, יש גופים נפרדים למגדר ולעילות אחרות.

280 שם: 47-48, 67-69.

לעומת זאת במדינות אחרות, כגון ליטא, צפון אירלנד ושוודיה, מהלך האיחוד היה מוצלח, לווה בתקציבים ראויים והביא להעצמת הטיפול בנושא השוויון.²⁸¹ איחוד הטיפול בעילות האפליה והפקדתו בידי גוף אחד עלול לעורר גם קשיים ביחסים עם ארגוני החברה האזרחית. גופים אירופיים מקדמי שוויון דיווחו על לחצים מצד ארגוני זכויות אדם, לעתים אף חזקים מלחצי גורמים פוליטיים.²⁸² בניתוח כשל האכיפה שהובא לעיל צוין שלכל קבוצה יש יכולת נבדלת להניע את אכיפת החקיקה בנושא השוויון. בדומה, קבוצות שונות זו מזו ביכולתן להניע את הנציבות לפעול למען האינטרסים שלהן. כאשר נציבות אחת ויחידה מטפלת במגוון עילות אפליה, מתפתחת תחרות בין הארגונים על הקשב והמשאבים שלה. רמת הלחץ מצד ארגונים משתנה מארגון לארגון, ועל הנציבות לוודא שהיא קובעת את סדר העדיפויות על סמך קריטריונים אובייקטיביים ולא לפי מידת הלחץ מבחוץ.

2. מספר העילות המטופלות והיחס ביניהן בנציבות הישראלית

הנציבות הישראלית הוקמה כנציבות מאוחדת, והיא עוסקת בכל 15 עילות האפליה המנויות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. מדובר במספר גבוה יחסית של עילות לטיפולו של גוף אחד, בייחוד בהתחשב במשאבים וכוח האדם המצומצמים מאוד. במציאות כזאת ברור שאי-אפשר לתת מענה שווה לכל העילות, ונדרש לקבוע סדר עדיפויות בכל תחומי הפעילות של הנציבות.

אין ספק שתחום השוויון המגדרי הוא המפותח ביותר בישראל: הוא עוגן בחקיקה זמן רב לפני שאר העילות, זכה לפיתוח נרחב בפסיקה ונהנה ממודעות ציבורית רחבה. היבטים של נושא המגדר זוכים לעילות עצמאיות: מין, מעמד אישי, היריון, טיפולי פוריות, הפריה חוץ-גופית והורות. נודעים יתרונות לכך שעילת האום, המפותחת פחות מבחינה משפטית והשנויה יותר במחלוקת, מטופלת על ידי הגוף המטפל גם בשוויון המגדרי. בהתחשב באקלים החברתי והפוליטי העיסוק בתחום השוויון המגדרי מעניק לגוף מעמד ותמיכה רבים יותר מהעיסוק בתחום השוויון על רקע לאום. הואיל וכך, הקונצנזוס בנושא השוויון המגדרי יכול בהחלט להשפיע בחיוב על עילות האפליה האחרות.

281 שם: 46-48.

282 Yesilkagit and Snijders, 2008: 36-37

עם זאת, יש חשש שעילות האפליה המפותחות פחות ייבלעו בטיפול בעילה המפותחת והחזקה יותר. יתרה מזו, מכיוון שהנציבות נתונה ללחצים מצד הקבוצות המעוניינות ליהנות מן ההגנה והקידום שלה, וכוחן היחסי של הקבוצות אינו שקול, יש חשש שקבוצות חזקות ילחצו יותר על הנציבות ויציבו לה דרישות רבות יותר. פעילות כזאת יכולה להשפיע על חלוקת הקשב והמשאבים של הנציבות, שלא בהכרח על פי המקום הראוי לעילות השונות. כפי שהודגש לעיל, על הנציבות לספק מענה לכשל האכיפה שנוצר עקב השימוש במודל המגיב להנעת החוק, וייתכן שקבוצות שמסוגלות להניע את החוק לטובתן זקוקות פחות לסיוע מצד הנציבות.

בתכנית העבודה הראשונה של הנציבות לשנת 2011-2012 נקבעו שלוש יוזמות דגל לטיפול: פערי שכר בין נשים לגברים, גיוס שוויוני במגזר הציבורי ושילוב ערבים במגזר הפרטי. בתכנית האסטרטגית לשנת 2012-2013 נוספו שלושה נושאים קטנים יותר לטיפול בצד שלוש יוזמות הדגל – אפליה על רקע גיל, אפליה על רקע דת ושילוב חרדים ואפליה כלפי הקהילה ההומו-לסבית. ככלל, תכנית העבודה מעידה על עדיפות גבוהה יחסית לנושא האפליה על רקע לאום. עם זאת, יש חשש שלנוכח כוח האדם המצומצם העומד לרשות הנציבות, ריבוי הנושאים לטיפול אינו מאפשר את הקדשת המאמצים המחויבים לנושא זה. בניסוח הפורמלי של השיקולים לבחירת התיקים לניהול הליכים משפטיים על ידי הנציבות ניתנת עדיפות לנושא הלאום, אך מכיוון שהתיקים נבחרים על ידי הנציבות מתוך מאגר התלונות המגיעות אליה, ופניות בנושא לאום כמעט אינן מגיעות, עדיפות זו ממעטת לבוא לידי ביטוי. בפועל רוב ההליכים המשפטיים המנוהלים על ידי הנציבות עוסקים בהיבטים של השוויון המגדרי, ולאחר מכן בעילת הגיל. 22 התיקים המרכזיים שבהם הייתה הנציבות מעורבת עד לשנת 2011 כוללים שני תיקים של אי-קבלה לעבודה בשל היריון; שני תיקים של פיטורים בשל היריון; תיק של פיטורים בשל טיפולי פוריות; תיק העוסק בפערי שכר בין המינים; שבעה תיקים של אי-קבלה לעבודה על רקע גיל; שלושה תיקים של פיטורים על רקע גיל; תיק של אי-קבלה לעבודה על רקע מוצא מזרחי; תיק של אי-קבלה לעבודה על רקע מוצא אתיופי ורק שני תיקים של אפליה על רקע לאום (פיטורי העובדים הערבים מסניף כמעט חנם, ופיטורי המשקיפים מרכבת

ישראל).²⁸³ כלומר בתצורת העבודה הנוכחית של הנציבות יש חשש ממשי שנושא השוויון המגדרי יזכה בחלק ניכר ממשאבי הנציבות. מגבלה נוספת נוגעת לכך שהנציבות הישראלית עוסקת בקידום השוויון בתחום התעסוקה בלבד, ולא בתחום השירותים, שלא כנדרש בהנחיות האירופיות. שוק התעסוקה קשור בקשר הדוק לתחומי חיים רבים אחרים, וחלק ניכר מאי-השוויון בשוק התעסוקה הוא תוצר של אפליה בתחומים כגון חינוך, תכנון ופיתוח של מרכזי תעסוקה, זמינות של מעונות יום מסובסדים ותחבורה ציבורית. משום כך הגיוני לרכז את הטיפול באפליה בתעסוקה ובאפליה בשירותים תחת קורת הגג של נציבות אחת ולאפשר טיפול תשתיתי יותר בתופעה וקידום פתרונות הוליסטיים.²⁸⁴ לדוגמה, התעוררה שאלת חוקיות השימוש בקריטריון השירות הצבאי לקביעת זכאות למעונות לסטודנטים, משום שלקריטריון זה אפקט תוצאתי מפלה כלפי סטודנטים ערבים.²⁸⁵ אף שמדובר בתחום שירותי ההשכלה הגבוהה, ולא בתחום התעסוקה, השאלה דומה מאוד מבחינה תאורטית לשאלת חוקיות השימוש בקריטריון השירות הצבאי בדרישות תעסוקה. אפקט מפלה בהקצאת מקומות במעונות צפוי גם להשפיע על שוויון ההזדמנויות התעסוקתיות. משום כך ריכוז הטיפול בשאלות מסוג זה בידי הנציבות הוא טבעי מאוד. עם זאת, הרחבת יתר של תחומי האחריות של הנציבות בלא הבטחת תשתית ארגונית המסוגלת לתמוך בכך עלולה להביא דווקא להחלשת הנציבות ולא לחיזוקה.

3. האיזון בין התפקידים ומידת האפקטיביות של הגופים האירופיים מקדמי השוויון

במחקר מ-2010 נקבעו תחומים לבחינת האפקטיביות של גופים מקדמי שוויון: אפקטיביות בתועלת לפרטים החווים אפליה (בטיפול בתלונות ובהשגת סעדים);

283 לחלק מכתבי בית הדין שהוגשו על ידי הנציבות ראו www.moital.gov.il/NR/exeres/65DED64F-CAC4-4DA4-B7C0-AAF190AFF258.htm

לחלק מחוות הדעת המשפטיות שהוגשו על ידי הנציבות ראו www.moital.gov.il/NR/exeres/06843908-3058-4A2D-9C34-CBBC368996EC.htm

284 זוהי ההצעה שמופיעה אצל Hug, 2010, 36.

285 עניין נעאמנה 1.

אפקטיביות בהשפעה על מעסיקים (שינוי המדיניות ודפוסי ההעסקה כך שבפני עצמם ימנעו אפליה ויהיו רבגוניים יותר); אפקטיביות בהשפעה על מדיניות וחקיקה (הצעות חדשות לחקיקה ולמדיניות ותגובה על הצעות קיימות); אפקטיביות בהשפעה על ארגונים אזרחיים אחרים (שיסייעו להעלות את רמות הדיווח והתלונה וימלאו תפקידים משלימים); ואפקטיביות בהשפעה על דעות הציבור הרחב (פיתוח תרבות של מודעות לזכויות, העצמה של אוכלוסיות מוחלשות, העלאת סוגיות לסדר היום, יצירת חברה שבה שוויון הוא ערך מורגש ומיושם).²⁸⁶ עורכי המחקר עמדו על החשיבות של תמהיל אסטרטגי (strategic mix) בין התוצרים של הגוף מקדם השוויון: אכיפת החוק וניהול הליכים משפטיים בצד פעילות הסברה וחינוך, עריכת סקרים ומחקר ופיתוח המלצות באשר למדיניות ראויה (good practice) כתמיכה במעסיקים השואפים לגבש וליישם תכניות שוויון אקטיביות. לטענתם, רק גוף המייצר תוצרים מכל הסוגים הללו בכמות מספקת המשפיעה על כל השחקנים בתחום יממש את מלוא הפוטנציאל של גוף מקדם שוויון וייחשב לגוף אפקטיבי במלוא מובן המילה.

אחד הכלים שיכולים לסייע לגוף לחתור לתערובת אסטרטגית של תוצרים מתחומים מגוונים הוא הכנה של תכנית אסטרטגית רב-שנתית ויישומה. על פי המחקר, מחצית הגופים האירופיים פועלים על פי תכנית אסטרטגית כזאת.²⁸⁷ כמו כן חשוב שגופים מקדמי שוויון יפתחו מנגנונים למעקב אחר מידת האפקטיביות שלהם ויעסקו בהערכה עצמית מתמדת. מעקב כזה חשוב הן לצרכים פנימיים – לאפשר חלוקה חכמה יותר של המשאבים ולשפר את השירותים הניתנים, הן לצרכים חיצוניים – להוכיח אפקטיביות שיכולה לסייע בגיוס תמיכה פוליטית בגוף ולהצדיק את הגדלת תקציבו.

אף שההנחיות האירופיות מגדירות שלושה תפקידים מרכזיים לגופים מקדמי שוויון – סיוע לנפגעי אפליה, עריכת סקרים ופרסום דוחות – רוב הגופים האירופיים דיווחו בפועל שעיקר מאמציהם ומשאביהם מופנים לטיפול בתלונות על אפליה.²⁸⁸ כדי שיוכלו למקסם את האפקטיביות של פעילותם ולהביא לניצול

Ammer et al., 2010: 126-127 286

שם: 139 287

שם: 79 288

מרכי של המשאבים המוגבלים העומדים לרשותם, עורכי המחקר מדגישים את החשיבות שבקביעת קריטריונים ברורים לבחירת התיקים שהגוף יתערב בהם, כגון תיקים שעשויים לפתח את פרשנות החקיקה או תיקים שעשויים להשפיע על מספר רב של נפגעים פוטנציאליים או לקבל תהודה רבה. כמו כן, על בחירת התיקים לשקף איזון בין עילות האפליה. קביעת קריטריונים כאלה תאפשר לגוף לנהל הליכים משפטיים בגישה אסטרטגית יותר, הואיל וגופים מקדמי שוויון רבים מדווחים על עומס גדול ופיגורים מצטברים בטיפול בתיקים ובתלונות.²⁸⁹ גופים מקדמי שוויון יכולים גם לנקוט צעדים להגדלת היקף ההשפעה של תקדימים חיוביים, כגון חתירה להטלת סנקציות כבדות המרתיעות מעסיקים וניצול הפסיקה להשרשת נהלים ראויים. לדוגמה אפשר להזכיר את הפסיקה בנושא אפליה על רקע דת בצפון אירלנד. בפסק דין שניתן זמן קצר מאוד לאחר כניסתה לתוקף של חקיקה חדשה בנושא, חייב הטריבוונל (Fair Employment Tribunal) את המעסיק המפלה לשלם פיצוי גבוה מאוד בגין עוגמת נפש ובתוספת פיצויים עונשיים, אף שלא נגרם למתלוננת נזק כספי של ממש עקב האפליה.²⁹⁰ העובדה שבאחד מפסקי הדין הראשונים שניתנו על פי החוק החדש נפסק פיצוי עצום לעומת מה שהיה מקובל בעבר בדיני האפליה העבירה מסר נחרץ למעסיקים שיש כוונה להילחם בחומרה בתופעת האפליה על רקע דת, ולפסק דין זה הייתה השפעה מכרעת על דפוסי העבודה של מעסיקים בצפון אירלנד. כמו כן, הפנה הטריבוונל בשיטתיות בפסקי דינו להוראות ה־ Code of Practice שפרסמה נציבות השוויון, כפרשנות וכהרחבה לחקיקה, והפך את אי-מילוי הוראות אלה למכשול בפני התגוננות של מעסיק בתביעת אפליה ובפני ביסוס טענה של פעולה בתום לב. כך הפכו ההוראות בהדרגה לבעלות מעמד משפטי.²⁹¹

אף שרוב הגופים האירופיים מגדירים את עיקר תפקידם כסיוע לנפגעי אפליה, עורכי המחקר מדגישים את הקשר בין ביצוע סקרים, איסוף נתונים, עריכת מחקרים ונקיטת פעולות להעלאת המודעות לבין היכולת לתת טיפול אפקטיבי למתלוננים: מיפוי וניתוח של תופעת האפליה במדינה ושל מאפייניה

289 שם: 86.

290 עניין *Duffy*.

291 Fitzpatrick, 2004. את ה־ Code of Practice ניתן למצוא בתוך:

www.equalityni.org/archive/pdf/FECOPFINALwebversion@09.07.pdf

מאפשר לתת לה מענה טוב יותר; העלאת המודעות של נפגעים פוטנציאליים מגדילה את מספר המתלוננים; והעלאת המודעות של מעסיקים מסייעת במניעה.²⁹² כ-15 גופים אירופיים מקדמי שוויון עוסקים בפעולות להעלאת המודעות לנושא השוויון בדרך של קמפיינים למאבק בדעות קדומות ולקידום ערך השוויון כערך יסודי, וכן בפעילויות חינוכיות כגון כנסים, ימי עיון, הרצאות ופיתוח כלים ללמידה מרחוק. עורכי המחקר מדגישים את החשיבות של גיבוש אסטרטגיה תקשורתית כוללת כדי לנצל היטב את המשאבים שהגופים מקדמי השוויון משקיעים באפיקים אלה.²⁹³

רבים מהגופים ציינו שתפקיד איסוף המידע והמחקר מוזנח אצלם יחסית, בהיעדר כוח אדם כשיר לעסוק בכך.²⁹⁴ פונקציית המחקר בגוף מקדם השוויון יכולה לכלול סוגי מחקר מגוונים: סקרי עמדות יכולים להעמיק את ההבנה של תופעת האפליה בחברה; ניתוח השפעותיה של תופעת האפליה יכול לשכנע בדבר חשיבות המאבק בה; מחקרים נקודתיים יכולים להעמיק את הידע על תופעה שהוגדרה כיעד לטיפול על ידי הנציבות, כדי להצדיק את עצם הבחירה בנושא וכדי לסייע בתכנון אסטרטגיית הטיפול; סקרים העוסקים בפעילות הנציבות עצמה יכולים לשמש להנגשת שירותיה; סקרים אחרים יכולים לבחון בדיוק את מידת האפקטיביות של חקיקה, מדיניות או תכנית שאומצו.²⁹⁵

תפקיד נוסף שגופים מקדמי שוויון יכולים למלא, שעשוי להגביר מאוד את ההשפעה על דפוסי עבודתם של מעסיקים, הוא הדרכה וייעוץ למעסיקים בהטמעת נהלים ראויים ובעיצוב תכנית שוויון לארגון. עם הגופים מקדמי השוויון הממלאים בהתמדה תפקיד כזה ניתן למנות את הגופים של פורטוגל, שוודיה, בריטניה, צפון אירלנד ובלגיה.²⁹⁶ עורכי המחקר מציינים שמילוי מיטבי

Ammer et al., 2010: 79 292

שם: 102-101. 293

Holtmaat, 2006: 40 294

Ammer et al., 2010: 99-100 295

שם: 131. לרשימת ההדרכות הניתנות על ידי הגוף הבלגי ראו 296

www.diversiteit.be/?action=onderdeel&onderdeel=98&titel=Our+offer
למידע הרב העומד לרשות מעסיקים ואופציות של ייעוץ אישי ראו באתר הנציבות
הבריטית: www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/here-for-business

של תפקיד זה מחייב מיתוג נכון של הגוף מקדם השוויון, כגוף המכוון לסייע למעסיקים ולתמוך בהם. גוף מקדם שוויון הנתפס בעיני המעסיקים כגוף עוין, המייצג את האינטרסים של המתלוננים בלבד, יתקשה למצוא מעסיקים שיסכימו לשתף פעולה אתו.²⁹⁷

4. היחס בין התפקידים ומידת האפקטיביות של הנציבות הישראלית

הנציבות הישראלית הוסמכה בחוק לעסוק בפעולות מגוונות יחסית: טיפול בתלונות; התערבות בהליכים משפטיים; מחקר ואיסוף מידע; חינוך, הדרכה והסברה; שיתופי פעולה עם גופים ומעסיקים ועידוד תכניות ופעילויות.²⁹⁸ בארבע שנות קיומה של הנציבות היא עסקה במידת מה בכל אחד מן התחומים: ליווי כל שלבי הטיפול בתלונות, ניהול הליכים משפטיים בכתיב הדין לעבודה, הצטרפות כידיד בית המשפט לכמה הליכים, פרסום חוות דעת הנוגעות להצעות חוק ולמדיניות, הפעלת דוברות ויחסי ציבור לצורך העלאת המודעות לקיומה ולפעילותה, עריכת כנס שנתי והשתתפות בימי עיון, הזמנת סקרים, ניהול מגעים עם מעסיקים להטמעת תכניות שוויון וייזום שיתופי פעולה עם ארגונים אזרחיים. בהתחשב במשאבים המוגבלים ובכוח האדם המצומצם העומדים לרשותה, הפעילות המגוונת של הנציבות מעוררת הערכה ואפילו פליאה. עם זאת, אין ספק שבשל מחסור בכוח אדם, הנציבות אינה מצליחה להגיע לתמהיל אסטרטגי במובן הכמותי – היא מתקשה לייצר מסה קריטית של תוצרים בכל התחומים שעליהם היא אמונה כך שתהפוך לגורם כבד משקל בכל אחד מתחומים אלה. לפיכך פוטנציאל האפקטיביות של הנציבות רחוק מלהיות ממוצה.

אשר לאפקטיביות ברמת הפרטים החווים אפליה, מצבת עורכי הדין בנציבות מוגבלת. משום כך היא הגדירה עקרונות מנחים לבחירת התיקים לייצוג על ידיה, כדי להבטיח שמשאביה המוגבלים יופנו לתיקים המתאימים ביותר. בין השאר הנציבות מתחשבת בסיכויי ההצלחה של התיק, בהתאמתו לסדר העדיפויות שנקבע בתכנית העבודה שלה, בחשיבות האסטרטגית של התיק לפיתוח הגנות חדשות או לטיפול באפליה מבנית, ולתרומתו של התיק להרחבת היקף הזכויות המוגנות מכוח חקיקת

297 לדוגמה, בקושי זה נתקל גוף השוויון האוסטרי. ראו Ammer et al., 2010: 132.

298 סעיף 18 לחוק.

השוויון.²⁹⁹ אמנם לא בהכרח נחוץ שעובדי הנציבות עצמה יבצעו את כל העבודה המשפטית. כך, בשנת 2011 פרסמה הנציבות מרכז לקניית שירותים משפטיים משישה משרדי עורכי דין פרטיים, שניים לכל מחוז.³⁰⁰ משרדים אלה אמורים לתת מענה וייעוץ ראשוני לפונים, לגבש המלצות בדבר המשך הטיפול בפנייה ואף לנהל תביעות אשר יועברו אליהם מן הנציבות. פרקטיקה כזאת מקובלת מאוד גם בנציבויות אירופיות.³⁰¹ כמו כן אפשר להיעזר בארגונים אזרחיים ובקליניקות משפטיות בבתי ספר למשפטים לצורכי ניהול הליכים משפטיים. עם זאת, לא פשוט לנהל את היקף העבודה המשפטית שראוי שהנציבות עצמה תנהל עם מצבת כוח האדם העכשווית – לרבות ניתוב התיקים אל הגורמים החיצוניים אגב מעקב ופיקוח, טיפול בתיקים אסטרטגיים, הגשת חוות דעת כידיד בית המשפט ועריכת חקירות ובירורים יזומים כדי לטפל בסוגיות חשובות. סביר להניח שבחלוף הזמן, ככל שתתבסס הנציבות ותעלה המודעות לקיומה, יופנה אליה מספר הולך וגובר של פניות. גידול במספר הפניות בלא גידול בכוח האדם יקשה עליה לתת מענה הולם לפניות ולהתפנות לניהול אסטרטגי של תיקים.

אשר לאפקטיביות ברמת ההשפעה על מעסיקים, הנציבות הישראלית מוסמכת על פי חוק לשתף פעולה עם מעסיקים ולסייע ולייעץ להם בגיבוש והטמעה של תכניות שוויון. בשנת 2011 דיווחו 80% מן המעסיקים שהעסקים שלהם אינם מקבלים ייעוץ כלשהו בנושאים הקשורים לשוויון הזדמנויות בעבודה, ורק ל-7% מן העסקים הייתה מדיניות כתובה בעניין גיוס עובדים והעסקתם המתחשבת בשיקולי שוויון הזדמנויות בעבודה.³⁰² כיום אין תקן ייעודי בנציבות לנושא של קשרי מעסיקים, ותחום ההסברה והדרכה, שאויש בתקן לזמן קצר בשנת 2011, אינו מאויש עוד. לפיכך מרבית המגעים ושיתופי הפעולה נעשים על ידי הנציבה הארצית עצמה. הנציבות קשרה קשרים עם כ-10 חברות לגיבושן של התחייבויות

299 ראו נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, "אמות מידה לבחירת תיקים", באתר הנציבות: www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/4C1C2654-DCB0-40CE-85B6-A0DA68BE8B7A/0/CriteriaToChooseCases.pdf

300 ראו פרסום המכרו באתר לשכת עורכי הדין: www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=113147&catId=1138

301 דוגמה בולטת בהקשר זה היא הנציבות הבריטית. ראו Ammer et al., 2010: 129.

302 "עמדות ותפיסות מנהלים", לעיל ה"ש 13.

תאגידיות לשוויון, והיקף פעילות זה הוא ככל הנראה המרב שהיא יכולה לנהל בעצמה. כמו כן פיתחה הנציבות קורס עם הפקולטה לניהול באוניברסיטת תל אביב (להב), המיועד למנהלים בכירים מארגונים המעסיקים לפחות 50 עובדים, בנושא מנהיגות לשוויון וגיוון תעסוקתי. הקורס כולל, בין השאר, נושאי גיוס ומיון של אוכלוסיות מוחלשות, ניהול תהליכים פנימיים התומכים בגיוון וניהול השינוי. הקורס ניתן לראשונה בשנת 2012.³⁰³ חשוב להרחיב את תחום הפעילות הזו כדי לחזק את השפעת הנציבות באפיק ההכשרה והייעוץ.

אשר לאפקטיביות בהשפעה על דעת הקהל, כאמור תחום ההסברה וההדרכה אויש בתקן יחיד רק בסוף שנת 2010. אין לנציבות כל תקן עצמאי לתחום יחסי הציבור והדוברות, והתחום מטופל בפועל על ידי מחלקת הדוברות הכללית של משרד התמ"ת. חלק ניכר מן האפקטיביות של הנציבות תלוי במודעות הציבור לחוק, לחובות ולזכויות שהוא מסדיר ולנציבות ולסמכויותיה. אלא שעל פי סקר שביצע משרד התמ"ת במרץ 2012, 74% מן הנשאלים דיווחו שהם אינם מכירים את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כמלואו או בחלקו, ו-80% מן הנשאלים לא שמעו על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.³⁰⁴ מיותר לציין שבהיעדר תקן לתחום ההסברה קשה להתמודד עם נתונים אלה.

פן חשוב נוסף להשפעה על מעסיקים, על דעת הקהל ועל התוויית מדיניות הוא המחקר. לנציבות תקן יחיד המוקצה לתחום המחקר, וזה אינו מאפשר פעילות של ממש בתחום של איסוף נתונים, ביצוע סקרים, עריכת מחקרים ופרסומם. לצרכים אלו הנציבות נעזרת במינהל מחקר וכלכלה במשרד התמ"ת. גם בתחום זה ניתן לבצע מיקור חוץ לאוניברסיטאות וגופי מחקר, אך כדי למצב את הנציבות כגורם בר סמכא בכל הנוגע לשוויון הזדמנויות בשוק התעסוקה, מופיעה של תופעת האפליה, השפעותיה של האפליה על השוק, עמדות מעסיקים ועמדות מועסקים, נדרש צוות גרעיני בנציבות עצמה שהוכשר לעסוק בכך. כמו כן חשוב שהנציבות עצמה תלווה את היבטי פעילותה בתחום המחקר ותבחן את האפקטיביות של אותם צעדים (השפעות של פרסומים ויחסי ציבור, סטטיסטיקות בעניין טיפול בתלונות ועוד), וכדי לבצע מעקבים שוטפים מן הסוג הזה נחוצה פונקציית מחקר פנימית.

24.4.2012, Ynet 303

הנדלס, 2012. 304

לסיכום, בחינת מידת האפקטיביות של הנציבות בחמשת התחומים שגובשו במחקר האירופי – מתלוננים, מעסיקים, מדיניות, ארגונים אזרחיים ועמדות ציבוריות – מעלה שבמשאבים ובכוח האדם הנוכחיים של הנציבות, עיקר הפעילות שלה מופנית כלפי מתלוננים, וגם בתחום זה חסרים משאבים שיאפשרו לנציבות ליזום תיקים אסטרטגיים בעילות שבהן אין מוגשות תלונות רבות, כגון מקרי האפליה על בסיס לאום. הנציבות תתקשה להגיע להשפעה אפקטיבית על מעסיקים – מוקד השפעה מרכזי ביותר לפי תפיסת הרגולציה החדשה, בלא כוח אדם ייעודי לתחום זה.

3. ההמלצות באשר לנציבות הישראלית

מניתוח הנציבות הישראלית על פי אמות המידה האירופיות עולה שאין לנציבות הישראלית עצמאות מבנית, והיעדרה משפיע על מידת העצמאות הניהולית והתקציבית שלה. כמו כן אין לנציבות די משאבים, ובייחוד כוח אדם, ולפיכך היא מתקשה להפיק תמהיל אסטרטגי של תוצרים משפיעים בתחומים שאינם ניהול הליכים משפטיים. בהתחשב בקשיים אלה הישגיה של הנציבות בארבע השנים האחרונות מרשימים ביותר. עם זאת, כדי לממש את מלוא הפוטנציאל הטמון בה כשחקן מרכזי בתחום שוויון הזדמנויות התעסוקתיות, וכדי לספק מענה של ממש לכשל האכיפה בתחום איסור האפליה כלפי האוכלוסייה הערבית, נדרש לחזק את הנציבות ולשנות את המבנה שלה ואת אופן פעילותה. יצוין שהצורך לחזק את הנציבות הוזכר גם בהמלצות הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (OECD) כאשר לטיפול בסוגיית האפליה בשוק העבודה בישראל.³⁰⁵ להלן ריכוז ההמלצות העיקריות באשר לנציבות הישראלית:

305 OECD, 2010: 164: "ממשלת ישראל יכולה ללכת בעקבותיהן של רבות ממדינות OECD בכך ש[...]. תעניק לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שזה תנה הוקמה, אמצעים משפטיים וכלכליים להיאבק באפליה, לתמוך בתובעים בבתי משפט, להעלות את המודעות לסוגיות הנוגעות לאפליה, לספק למעסיקים מידע על מדיניות מיטבית לניהול כוח אדם ולפקח על דפוסי ההעסקה של מיעוטים בשירות הציבורי" (The Israeli Government could follow the example of many OECD countries by [...] giving the newly created 'Equal Employment Opportunity Commission'

א. הבטחת עצמאות מבנית

כדי לאפשר לנציבות הישראלית לשמור על חזות ניטרלית ולהתנהל באפקטיביות מרבית, בלא כל חשש להשפעות חיצוניות, יש להפוך את הנציבות מיחידה פנימית במשרד התמ"ת לרשות עצמאית שלמה ואוטונומית היושבת כמתקן נפרד. כן יש להבטיח לנציבות תקציב הולם ולהרחיב במידה ניכרת את מצבת כוח האדם שלה באופן שיהלום את מגוון תפקידיה.

ב. הבטחת עצמאות ניהולית: מעמד הנציבות אל מול המשרדים הממשלתיים

שאלת הקשר הראוי בין היועץ המשפטי לממשלה לבין נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה היא מורכבת. ישנם יתרונות להענקת מעמד עצמאי לנציבות המשוחרר מכל כפיפות מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה: אחדות באכיפה כלפי המגזר הפרטי והציבורי בסוגיות של שוויון בתעסוקה, יעילות רבה יותר בטיפול בתלונות על אפליה מצד רשויות ממשלה, מניעת ניגודי אינטרסים אפשריים ועוד. עם זאת, יש גם חסרונות להפרדה, ובראשם פגיעה מסוימת במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה שעשויה להביא להוצאת תחומים נוספים מאחריותו ולהשלכות רוחב החורגות מתחום עיסוקו של מחקר זה. אין כיום בישראל רשות ציבורית כלשהי שיש לה סמכויות תביעה שאינן נתונות כלל לפיקוח מצד היועץ המשפטי לממשלה. סקירת המשפט המשווה מעלה כי שני המודלים מקובלים בנציבויות העולם.³⁰⁶ גם בלי להכריע בשאלה העקרונית, יש לתת מענה לקשיים המעשיים שהמבנה הקיים מעורר:

the financial and legal means to fight discrimination, financially support plaintiff's taking cases to court, raise awareness on discrimination issues, provide information on best practice in personnel management to employers, (and monitor the employment patterns of minorities in the civil service"

306 לדוגמה, נציבות השוויון בצפון אירלנד נהנית מעצמאות מוחלטת ומנהלת תביעות נגד גורמים ממשלתיים. לעומת זאת, נציבות השוויון האמריקנית כפופה במוכנים רבים למשרד המשפטים האמריקני ולעמדתו של התובע הכללי (Solicitor General). ראו Devins, 1994: 296-301.

טיפול יעיל ומכריע. יש לשפר את אופן הטיפול בטענות בגין אפליה שנקטה המדינה, כך שהטיפול בהן יהיה זריז יותר וייתן מעמד חזק יותר לעמדתה המקצועית של הנציבות. חשוב שתלונות על אפליה בשירות הציבורי יופלו ברצינות וביעילות: המדינה היא אחד המעסיקים הגדולים במשק, העבודה בשירות המדינה היא בגדר משאב ציבורי והאפליה בחלוקת משאב זה חמורה. כמו כן על המדינה לתת דוגמה למעסיקים הפרטיים כיצד מטפלים בטענות אפליה. מידת האמון שהנציבות זוכה לה מצד הציבור תלויה בכך שהיא תשתמש באותן אמות המידה כלפי כל מעסיק באשר הוא, הן במגזר הפרטי הן במגזר הציבורי. לשם כך על היועץ המשפטי לממשלה להבהיר למשרדים הממשלתיים שהנציבות פועלת כזרוע הארוכה בטיפול בתלונות על אפליה במשרדים ממשלתיים. בטיפול בתלונות המופנות כלפי גורמים אלה צריך להיות לנציבות מעמד של גורם מקצועי, המומחה לעניין ומייצג את האינטרס הציבורי, ולא של צד בעל עניין בסכסוך המייצג את המתלונן. יש להסמיך את הנציבות לברר את פרטי המקרה ולגבש עמדה בכל הנוגע לצעדים הנדרשים מצד אותו גורם ממשלתי. על המלצתה של הנציבות להיות בעלת משקל מכריע כלפי המשרד הממשלתי, באופן שרק במקרים נדירים יובא העניין להכרעת היועץ המשפטי לממשלה, ובדרך כלל יאמץ היועץ את עמדת הנציבות.

הגשת חוות דעת לערכאות. נדרש להסדיר את סמכותה של הנציבות להציג חוות דעת עצמאיות בערכאות שיפוטיות, גם אם עמדתה מנוגדת לעמדת משרד המשפטים. כמובן, מומלץ להימנע ככל האפשר ממקרים כאלה על ידי מתן משקל מכריע לעמדת הנציבות בנושאים של שוויון בתעסוקה, בתור הגוף המומחה בנושא. אך במקרים שיש חילוקי דעות שאינם ניתנים לגישור, יש לאפשר לבית המשפט להיחשף לעמדתה של נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה. כפייה על הנציבות לתאם את עמדתה עם משרד המשפטים, בשעה שהפרקליטות היא שמייצגת את הנתבע, מציבה את משרד המשפטים במצב של ניגוד עניינים ושקולה בפועל למניעת הנציבות מלהשמיע את עמדתה הכנה. בית המשפט מוכשר להתמודד עם עמדות מנוגדות ולהכריע ביניהן.³⁰⁷

307 המתח בין הרצון להשיג קול אחד של עמדת המדינה שיישמע מפי היועץ המשפטי לממשלה, לבין הרצון שסוכנויות ישמיעו את קולן בתחום מומחיותן כאשר יש חילוקי

ג. איזון בין עילות האפליה: הגברת העיסוק בנושא האפליה על רקע לאום בהליכים המשפטיים המנוהלים על ידי הנציבות

העלאת המודעות לזכויות בקרב האוכלוסייה הערבית. הטיפול בתלונות של נפגעי אפליה וניהול הליכים משפטיים נמצא במוקד העשייה של הנציבות. מתכונת העבודה הנוכחית של הנציבות מסתמכת על פניותיהם של נפגעים לנציבות. שיעור הפניות בגין אפליה על רקע לאום הוא מזערי, ועיקר הפניות נוגעות לאפליה על רקע מגדר וגיל. הסתמכות זו על הפניות לנציבות מעלה את החשש שעילת האפליה על רקע לאום לא תזכה בפועל בטיפול של ממש על ידי הנציבות בניהול ההליכים המשפטיים, אף שהוצבה בראש סדר העדיפויות שלה. משום כך נדרש להשקיע מאמצים ניכרים בהעלאת המודעות לזכויות על פי חוק, ולעצם קיומה של הנציבות, בקרב המגזר הערבי, כדי להעלות את מספר הפניות בעילה זו.

הגשה יזומה של תביעות אסטרטגיות בגין אפליה עקיפה על רקע לאום. יתרה מזו, על הנציבות לאמץ גישה יוזמת ולהגיש תביעות משפטיות בגין אפליה על רקע לאום גם בלא פניות מצד מתלוננים. תחום חשוב שהנציבות יכולה לפעול בו הוא פיתוח העילה של אפליה עקיפה. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע ששימוש בקריטריונים שלא מן העניין הוא בגדר אפליה, וסעיף זה פורש כאיסור אפליה עקיפה על פי מודל ההשפעה השונה.³⁰⁸ עם זאת, כמעט לא נעשה שימוש בסעיף זה, והדוקטרינה כמעט לא זכתה לפיתוח פסיקתי בישראל. אפליה עקיפה שכיחה מאוד בהשפעתה על האוכלוסייה הערבית, והנציבות יכולה לאתר מקרים שבהם ניכרת השפעה עקיפה זו. למשל במבחני התאמה ומיון, במבחני שפה, בקביעת קריטריונים באשר למקום מגורים או לשנות הלימוד או הענקת עדיפות לניסיון צבאי. לאחרונה הגישה הנציבות תביעה נגד חברת JCS אולפני הבירה בטענה לאפליה כלפי אימהות בקבלה לעבודה, בשכר, בתנאי העבודה ובפיתורים.³⁰⁹

דעות בין הסוכנות לבין היועץ המשפטי התעורר גם בארצות הברית, ולעתים (לפי הגישות הפוליטיות הרווחות באותה תקופה) הובאה לידעת בית המשפט עמדת נציבות שוויון הזדמנויות השונה מעמדת התובע הכללי. ראו Devins, 1993: 1994.

308 ראו עניין פלוטקין.

309 ראו הודעה לעיתונות: www.tamas.gov.il/NR/exeres/91CD4AB3-947D-4CAE-8572-B7E27059A0AD.htm

לתביעה קדם הליך של בירור שבו נדרשה החברה להציג נתונים על העובדים שהתקבלו ועובדים שסיימו את העסקתם בתוך 8 שנים, וכן את נתוני השכר אצל המעסיק שנותחו על ידי רואה חשבון. התביעה נשענת, בין השאר, על אותם נתונים. הסעד המבוקש על ידי הנציבות בתביעה זו הוא לחייב את החברה הנתבעת לערוך מיפוי בקרב עובדיה על פי פילוח של מין, מצב משפחתי, גילאי הילדים ומהלך הקידום. על בסיס המיפוי תכין החברה הנתבעת תכנית להטמעת שוויון לפי הצרכים שיעלו מהמיפוי, לרבות צמצום פערי שכר, גיוס כוח אדם וקידום, יצירת הגדרות תפקיד אחידות ונהלים ברורים ושוויוניים להליכי פיתורים, ובחינה של דרכים ליצירת סביבת עבודה תומכת לאימהות והסרת חסמים בפני אותן נשים. תביעה כזאת היא דוגמה ליתרון היחסי שיש לנציבות בהגשת תביעות רחבות היקף הכוללות דרישה לסעד מבני, לעומת תביעות פיצוי נקודתיות של יחידים. חשוב לאמץ שיטת פעולה זו גם בתחום האפליה על רקע לאום.

הרחבת המחקר. זאת ועוד, ניתן להשתמש במחקרים מסוג matched-team testing.³¹⁰ מחקרים אחרים כאלה בוצעו בישראל בכל הנוגע לגיל, מין ומוצא בקרב האוכלוסייה היהודית,³¹¹ אך לא נעשה מחקר שיטתי באשר לאוכלוסייה הערבית. נציבויות רבות בעולם משתמשות בכלי מחקר זה למיפוי ומדידה של האפליה הישירה בתחומי המשק.³¹² בארצות הברית אף אושר שימוש במבחנים כאלה כבסיס לתביעות בגין אפליה בתעסוקה.³¹³

ד. איזון בין התפקידים: הגברת העיסוק השיטתי בתחומי פעילות נוספים הגדלת תקנים. אף שהחוק הטיל על הנציבות קשת רחבה של תפקידים, בפועל תקני כוח האדם שהוקצבו לה אינם מאפשרים פעילות שיטתית אלא בכל הנוגע לתלונות וניהול הליכים משפטיים. רוב עובדי הנציבות כיום עוסקים בתחום הטיפול בתלונות ובניהול הליכים. תחומי פעילותה האחרים של הנציבות – קשרי מעסיקים, הדרכה, הסברה ומחקר – מאוישים בתקן יחיד או חלקי בלבד,

310 Bendik, 1998; Lee and Liu, 1999. ראו לעיל בעמ' 17.

311 בן הדור ואח', 2005.

312 Ammer et al., 2010, 100: 159, 164

313 EEOC, 1996

והפעילות רחוקה מלהיות שיטתית. לפי הרגולציה החדשה, פעילות התומכת במעסיקים ועבודה בקרב הציבור הרחב אינן אפקטיביות פחות, וככל הנראה אף אפקטיביות יותר, מאכיפה באמצעות הליכים משפטיים בלבד. כדי שהנציבות תוכל למצב את עצמה כגוף שאינו רגולטיבי קלסי, אלא כגוף אסטרטגי הניגש אל האפליה בתעסוקה מתוך ראייה רחבה של מלוא מורכבות התופעה, נדרש לתגבר את כוח האדם של הנציבות, בעיקר מדיסציפלינות שאינן משפטיות, לרבות ניהול משאבי אנוש, ייעוץ ארגוני, יחסי ציבור, ניתוח שווקים וסטטיסטיקה. בלא פיתוח דיסציפלינות אלה הנציבות השפעתה תהיה מוגבלת וחד-ממדית, בשעה שתופעת האפליה היא תופעה מורכבת המחייבת מענה רב-תחומי.

סיוע למעסיקים. כדי להגיע לרמת השפעה אפקטיבית על מעסיקים, נדרש לנהל עמם קשרים רציפים רבים. בשל מצוקת כוח האדם הנציבות מתעתדת לפרסם מכרז להכשרת מעסיקים, באופן ששירות זה יינתן על ידי חברה חיצונית. אולם כדי שהנציבות תוכל להיחלץ מהדימוי של גוף רגולטיבי במונח המשפטי המסורתי, המתדיין עם המעסיקים, ולהפוך לגוף השואף לעבוד עם המעסיקים בשיתוף פעולה כדי שיוכלו לסגל לעצמם הרגלי העסקה המעניקים שוויון הזדמנויות, על המשאבים שהיא משקיעה בתחום קשרי המעסיקים להיות לפחות שקולים למשאבים המושקעים באפיקים המשפטיים של סיוע לנפגעים. יתרה מזו, רצוי לשקול תכנון מבנה ארגוני שיבחין הבחנה ברורה בין הפן המסייע למעסיקים ותומך בהם בנקיטת צעדים כדי להפוך לשוויוניים יותר, לבין הפן המשפטי שבו הנציבות ניצבת נגד המעסיקים כגוף אוכף. הפרדה ברורה כזאת יכולה לסייע לנציבות לזכות באמון מצד המעסיקים, שיאפשר שיתוף פעולה פורה יותר, וגם להבטיח ששני הפנים זוכים לאיזון ראוי.

מחקר המבסס את יתרונות הרבגוניות. נושא שחשוב להפנות לו משאבי מחקר הוא ביסוס התועלת העסקית ברבגוניות בשוק הישראלי. העסקה של עובדים מכל קבוצות האוכלוסייה בחברה היא לא רק ראוייה מבחינה מוסרית וחברתית, אלא גם נכונה מבחינה עסקית-כלכלית: שיתוף כלל המגזרים הוא המפתח לצמיחה כלכלית של המשק הישראלי; הוא מגדיל את מאגר המועמדים הפוטנציאליים שמהם המעסיק יכול לבחור; פותח את הארגון למגוון של דעות ודרכי חשיבה; מסייע לארגון לחדור לשווקים חדשים ולתת שירות טוב יותר לכל האוכלוסיות; ומעמיד לרשות הארגון עובדים נאמנים ומחויבים

יותר. את השיקולים הללו נהוג לכנות "השיקולים העסקיים לגיוון בתעסוקה" (The business case for diversity). מחקרים שנעשו בשווקים בעולם, לרבות השוק האמריקני והניו זילנדי, מוכיחים את הטענה שרבות טובה לעסקים ותורמת ל"שורה התחתונה", ורציונל זה הוא שעומד בבסיס תרבות הגיוס הרבגוני הרווחת במדינות אלה.³¹⁴ לטענות אלה יש תוקף כללי, אך הן לא הוכחו מחקרית בכל הנוגע לשוק הישראלי. כדי להניע מעסקים לפעול לגיוס רבגוני, נדרש לבסס את הכדאיות הכלכלית בשוויון וגיוון בתעסוקה על ידי הוכחת ה"Business Case הישראלי".³¹⁵ יש חברות המדגישות בשנים האחרונות את הגיוס הרבגוני, ואפשר להשתמש בהן כמקרי מבחן להוכחת הטענה.³¹⁶

ה. הרחבת תחומי האחריות של הנציבות לתחום השירותים

כאמור, התקינה הבינלאומית וההנחיות האירופיות מגדירות גופים מקדמי שוויון כגופים המטפלים הן בתחום התעסוקה הן בתחומי השירותים. לנוכח הקשרים ההדוקים בין אפליה בשוק התעסוקה לבין אפליה במתן שירותים, הגיוני להרחיב את תחום פעילותה של הנציבות באופן שיכלול תחומים נוספים. עם זאת, ראוי שהרחבה זו תיעשה בהדרגה. בשלב ראשון יתווסף הטיפול בתחומים הקשורים בקשר הדוק לתחום התעסוקה, ורק לאחר הבטחת עצמאותה של הנציבות והרחבת מצבת כוח האדם והתקציב העומדים לרשותה, יתווספו תחומים נוספים. הרחבה קיצונית מדי של תחומי האחריות של הנציבות בלי להבטיח שתלווה בתגבור נאות של משאבים, עשויה להחליש את הנציבות במקום לחזק אותה.

McPherson, 2008; Herring, 2009 314

גוף הפועל בתחום זה בישראל הוא הפורום הישראלי לגיוון בתעסוקה שהוקם בתחילת שנת 2010. אלא שפעילות הפורום עודנה בחיתוליה, טרם גויסו שותפים עסקיים של ממש והוא עדיין אינו מציע כלים מעשיים, נתונים או מחקרים. לעומתו, ארגון דומה בניו זילנד, בשם Equal Employment Opportunities Trust, מאגד מאות חברות עסקיות, מחזיק נתונים מפורטים על כ-100 מקרי מבחן של חברות: המצביעות על התועלת שברבגוניות לעסקיהם, בצד מחקרים מדויקים, כלים מוכנים ליישום ושירותי ייעוץ והדרכה. ראו: www.eeotrust.org.nz

ראו ויסברג, דה מרקר, 7.7.2011. 316

פרק שישי

מדיניות מודל האכיפה החדש: הטלת חובות אקטיביות על מעסיקים

כפי שתואר בפירוט לעיל, יש להרחיב את הרגולציה בתחום השוויון בעבודה בישראל כדי לספק מענה יעיל יותר לתופעת האפליה במובנה הרחב והמבני: אין להסתפק בדרישה ממעסיקים להימנע מלהפלות, אלא יש לגייס אותם לפעולה אקטיבית. דרבון מעסיקים לנתח את דפוסי פעילותם, לזהות חסמים ולתכנן תכניות להסרת החסמים וליצירת מקום עבודה שוויוני יותר עשוי להביא לשינוי חשוב הרבה יותר בשוק התעסוקה.

בכמה מדינות בעולם כבר הוחלה מדיניות המחייבת מעסיקים לנקוט עמדה אקטיבית בעניין שוויון ההזדמנויות בעבודה. הצורך לעבור מאכיפת איסורי אפליה לפיקוח על המצב אצל מעסיקים ספציפיים ולגיבוש תכניות אקטיביות ומתאמות להם מופיע גם בדוח OECD על שוק התעסוקה בישראל.³¹⁷ על בסיס ניתוח המאפיינים של מדיניות אקטיבית מסוג זה, ומידת הצלחתה בצפון אירלנד, בקנדה ובדרום אפריקה, תוצע להלן תכנית לאימוץ מדיניות כזאת גם בישראל.

317 OECD, 2010: "ממשלת ישראל יכולה לאותת בדבר מחויבותה לשוויון הזדמנויות בשוק התעסוקה באמצעות הענקת סמכויות לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לפקח במישורין על תוצאותיה של מדיניות ההעסקה במקומות עבודה. לדוגמה, ניתן לחייב חברות מעל גודל מסוים לדווח על הרכב כוח האדם שלהן, ועל סמך הדיווחים הנציבות תוכל להציע כיווני פעולה לקידום רבגוניות כדי שהרכב כוח האדם ישקף בצורה טובה יותר את הרכבה של האוכלוסייה המקומית" ("The Israeli Government could further signal its commitment to equal labor market opportunities by granting the EEOC the power to assess directly workplace employment outcomes. For example, firms of a certain size could be asked to report their staff composition, which the EEOC might then use to make suggestions on how to promote diversity in employment to better match the (composition of the local population").

1. מדיניות המטילה על מעסיקים חובות אקטיביות: ניתוח דוגמאות מן המשפט המשווה

א. מדיניות התעסוקה ההוגנת בצפון אירלנד

1. רקע

בשנת 1922 הוקמה מדינת אירלנד החופשית, וצפון אירלנד הוכרזה חלק מן הממלכה המאוחדת של בריטניה, הכרזה שהביאה למתחים פוליטיים בין ה"יוניוניסטים" (בעיקר פרוטסטנטים) לבין ה"לאומנים" (בעיקר קתולים) בשאלת ההשתייכות לממלכה המאוחדת לעומת האיחוד עם הרפובליקה האירית. במרוצת השנים הביא המתח בין האוכלוסיות הדתיות לאפליה פוליטית, כלכלית וחברתית כלפי המיעוט הקתולי, ועל רקע דרישה לזכויות אזרח שוות פרצו בשנות השישים מהומות אלימות בין הפרוטסטנטים לקתולים. עם תחילת מסע הטרור של ארגון IRA וטרור נגדי של ארגונים פרוטסטנטיים בראשית שנות השבעים, פיזרה הממשלה הבריטית את הפרלמנט הצפון אירי והחלה תקופה של שלטון בריטי ישיר. הסכמי "יום שישי הטוב" שנחתמו בשנת 1998 שמו קץ לסכסוך בין שתי האוכלוסיות. ההסכם כלל הפסקת אש, תהליך פירוק של ארגוני הטרור מנשקם והקמת אוטונומיה בצפון אירלנד, ובה פרלמנט וממשלה מחוזית. במרוצת השנים התפתחה בצפון אירלנד סגרגציה בשוק העבודה. הקהילות הדתיות בצפון אירלנד נבדלו זו מזו במוסדות החינוך, בתחומי התעסוקה וברמות האבטלה. מלבד עצם ההפרדה ניכרו דפוסים של אפליה כלפי קתולים בתעסוקה הן במגזר הפרטי הן במגזר הציבורי, כמו גם בחינוך ובדיור.³¹⁸ כבר משנת 1973 הושקעו מאמצים להיאבק בתופעת האפליה על רקע דת והשקפה פוליטית בצפון אירלנד והוקמה ועדה שבחנה את הצורך בהתערבות ממשלתית בשוק התעסוקה בהקשר זה. על סמך ממצאי הוועדה נחקק בשנת 1976 חוק ההעסקה ההוגנת (Fair Employment Act), שאסר אפליה ישירה בתעסוקה על בסיס השתייכות דתית ועמדה פוליטית והעניק זכות תביעה לקבלת סעדים אזרחיים במקרים של אפליה כזאת. מכוח החוק הוקמה גם סוכנות להעסקה הוגנת (Fair Employment)

318 Osborne and Shuttleworth, 2004, וההפניות שם למחקרים של ווייט (Whyte) בריט (Barrit) וקרטר (Carter).

Agency) והוענקו לה סמכויות חקירה של דפוסי פעילות של מעסיקים. אף שלא ניתנה לסוכנות סמכות להורות למעסיקים לנקוט צעדים מתקנים, סמכויות החקירה שניתנו לה היו רחבות יחסית, ובמהלך שנות השמונים חקרה הסוכנות מספר רב של מעסיקים, ובייחוד אוניברסיטאות ונתחים מן המגזר הציבורי. חקירות אלה חשפו תמונה עגומה ביותר של תת-ייצוג של קתולים בכלל המגזרים. העדויות הברורות על תת-הייצוג, בייחוד במגזר הציבורי, בצד חוסר האפקטיביות שבחקיקה האוסרת אפליה, הביאו לדרישה לרפורמה בחוק.³¹⁹

היו גם לחצים מבחוץ. הלחץ הכבד ביותר היה מצד אירים אמריקנים על חברות אמריקניות הפועלות בצפון אירלנד, בדרישה לאמץ קוד התנהלות תאגידית המוכר בכינוי "עקרונות מקברייד" (MacBride principles). הקוד כלל עקרונות כגון הגברת הייצוג מקרב קבוצות דתיות שאינן מיוצגות, פרסום רחב של מקומות עבודה פנויים ומאמצים מיוחדים למשיכת חברי הקבוצה הסובלת מתת-ייצוג, וביטול מנהגים של שריון וסינון המפלים בפועל מיעוטים במקום העבודה. הלחץ הביא גם לאימוץ חקיקה בכמה מדינות בארצות הברית, שלפיה נאסר על חברות צפון איריות לייבא מוצרים למדינה ועל המדינות להשקיע בחברות הללו כל עוד הן אינן עומדות בעקרונות.³²⁰

2. הרפורמה בחקיקה: מעקב אחר הרכב כוח האדם ופעולות יזומות לתיקון תת-ייצוג

בשנת 1987 הוגש דוח של הוועדה המייעצת הקבועה לזכויות אדם (Standing Advisory Commission on Human Rights; SACHR) שעל בסיסו נחקק בשנת 1989 חוק ההעסקה ההוגנת (Fair Employment Act [Northern Ireland]).³²¹ מלבד תוספת של איסור מפורש להפלות אפליה עקיפה, כללה הרפורמה בחקיקה שני שינויים מרכזיים: חיוב המעסיקים במעקב אחר הרכב כוח העבודה שלהם על פי פרמטרים של מין והשתייכות דתית ודיווח על כך, וכן חיוב מעסיקים אשר כוח העבודה שלהם סובל מתת-ייצוג של אחת הקבוצות הדתיות לנקוט פעולות

319 שם: 3-4.

320 שם: 4-5; McCrudden et al., 2009; 241-242; Agocs and Osborne, 2009.

321 SACHR, Religious and Political Discrimination and Equality of Opportunity in Northern Ireland: Report on Fair Employment, 1987.

יזומות כדי להגיע לייצוג שוויוני יותר.³²² החובה להגיע לייצוג שוויוני הולם של שתי האוכלוסיות חלה הן על מעסיקים שרוב כוח העבודה שלהם קתולי הן על מעסיקים שרוב כוח העבודה שלהם פרוטסטנטי (אף שתת-הייצוג הרווח יותר היה תת-ייצוג של קתולים). החוק גם החליף את סוכנות התעסוקה ההוגנת בנציבות חדשה (Fair Employment Commission).

חובת המעקב שימשה בסיס למדיניות החדשה, מתוך תפיסה שיש להסתמך על נתונים כדי לתכנן מדיניות וכדי לעקוב לאורך זמן אחר יעילותה. חובה זו הפכה את הדיון בקיומו או בהיעדרו של שוויון הזדמנויות מתאורטי למבוסס נתונים. החוק חייב מעסיקים של יותר מעשרה עובדים להירשם אצל הנציבות ולתעד את התפלגות כוח העבודה על רקע השתייכות דתית ומין, על סמך שאלונים אישיים (מדובר בכ-4,000 מעסיקים, המהווים כ-80% מכוח העבודה בצפון אירלנד). מעסיקים של יותר מ-250 עובדים נדרשו גם לתעד את השתייכותם הדתית של המועמדים לעבודה והעוזבים את מקום העבודה. כל מעסיק נדרש למלא ולהגיש על בסיס שנתי טופס דיווח המתעד את החלוקה על פי דת ומין בכל קטגוריית משרה,³²³ ואי-הגשת דוח נחשבת על פי החוק לעברה פלילית. דוחות שנתיים אלה סיפקו לנציבות תמונה מדויקת של התפלגות שוק התעסוקה בצפון אירלנד, ואפשרו לה לעקוב אחר שינויים על ציר הזמן ולנתח את הממצאים הללו בפילוחים מגוונים. עד היום הנציבות מפרסמת מדי שנה את הממצאים כפי שהם עולים מן הדוחות השנתיים, ופרסום זה מעורר עניין פוליטי וציבורי רב.³²⁴

הנדבך המרכזי של המדיניות, המבוסס על חובת המעקב והדיווח, הוא הדרישה ממעסיקים לנקוט פעולות יזומות כאשר הדוחות שלהם חושפים תת-ייצוג. אחת לשלוש שנים כל מעסיק נדרש להגיש דוח המנתח את ממצאי הדוחות השנתיים ומצביע על קיומם של תת-ייצוגים במקום העבודה בכל קטגוריית משרה. כדי

Osborne and Shuttleworth, 2004: 5-6 322

קטגוריות כגון משרות ניהול, משרות מקצועיות, משרות טכניות, משרות מזכירות ומפעילי ציוד. 323

ראו למשל Monitoring Report No. 20: A Profile of the Monitored Northern Ireland Workforce (2009) בתוך: 324

www.equalityni.org/archive/pdf/MonitoringReportNo20_FINAL_171110.pdf

לקבוע אם קיים תת-ייצוג, נערכת השוואה בין שיעורי הייצוג במקום העבודה לשיעורי האזרחים מאותה קבוצה המתאימים לתפקיד (labor availability), על פי סטטיסטיקות המשלבות בחינת ההכשרה המתאימה והמיקום הגאוגרפי. עצם קיומו של תת-ייצוג לא בהכרח מעיד שהמעסיק מבצע אפליה אסורה, אך הדבר מצריך בירור ונקיטת צעדים. ברוח התלת-שנתי נדרש כל מעסיק לאתר חסמים המונעים את השתלבותה של הקהילה הסובלת מתת-ייצוג ולהציע צעדים לתיקון, לרבות קביעת יעדים ולוחות זמנים להשגתם. מעסיקים דורבנו לשתף פעולה עם הנציבות בעת הכנת הדוח ולגבש את הפתרונות ההולמים יחד. הפעולות האקטיביות יכולות לכלול פנייה ממוקדת לקבוצה הסובלת מתת-ייצוג כדי לעודד הגשת מועמדות לתעסוקה (כגון ציון מפורש בפרסום שישנו ביקוש מיוחד למועמדים מאוכלוסייה מסוימת, פרסום ממוקד לאוכלוסייה זו ופנייה לבתי ספר ייעודיים של אותה אוכלוסייה) או מתן הכשרות ייעודיות לקבוצה זו (outreach training), פתיחת משרות ניהול למועמדים מבחוץ, זניחת מדיניות גיוס מפה לאוזן והחלפת הליכי הערכה סובייקטיביים בהליכים אובייקטיביים ומובנים יותר. הנציבות מוסמכת לחקור את היישום של תכניות הפעולה ולעקוב אחריהן. כאשר מתגלה חוסר יישום מספק, הנציבות יכולה להורות למעסיק לנקוט צעדים מסוימים והוראתה מחייבת אותו לפעול כאמור.³²⁵

חשוב להדגיש שהמדיניות הצפון אירית סולדת במכוון מן השימוש במכסות (quotas). בצפון אירלנד אין שימוש במשרות משוריינות או ביעדים מספריים קשיחים ואין ויתור על גישת המצוינות (merit) בגיוס עובדים, אלא רק דרישה לנקוט יוזמה מצד מעסיקים להסרת חסמים.³²⁶ תכניות הפעולה שעל המעסיקים לגבש צריכות להגדיר את הפעולות שיינקטו כדי להביא לגיוס רב יותר של עובדים מן האוכלוסייה הסובלת מתת-ייצוג, את לוחות הזמנים לביצוע פעולות אלה, ומנגנונים עתיים לבחינת האפקטיביות של צעדים אלה, אך הן אינן קובעות יעדים של מספר המגויסים השנתי ממגזר מסוים או שיעורי יעד להעסקה מאוכלוסייה מסוימת.

Fair Employment in Northern Ireland: Code of Practice 325

326 חריג יחיד לכך הוא מדיניות הגיוס שיושמה במשטרה משנת 1999 ואילך, בעקבות המלצותיה של ועדה שדנה בנושא שלפיה תגייס המשטרה שווה בשווה קתולים ופרוטסטנטים, כדי שהכוח המשטרתי יהיה מקובל על כלל הציבור. ראו Osborne and Shuttleworth, 2004: 3-4.

בשנת 1998 נחקק צו ההעסקה והטיפול ההוגנים (Fair Employment and Treatment Order) שהרחיב את איסור האפליה גם לתחום אספקת מוצרים ומתן שירותים ואת חובת המעקב והדיווח גם באשר לעובדים במשרות חלקיות. באותה שנה גם אוחדו כל גופי אי-השוויון באירלנד לכדי נציבות מאוחדת העוסקת בכל עילות האפליה (Equality Commission of Northern Ireland [ECNI]).³²⁷

3. יישום המדיניות

האפקטיביות של המדיניות בצפון אירלנד מאז ראשית שנות התשעים נובעת, בין השאר, מן השילוב בין פסיקה נחושה ואגרסיבית בהליכים משפטיים נגד תופעות של אפליה על רקע דת, לבין מדיניות של מעקב אחר הרכב כוח העבודה וליווי המעסיקים בבניית תכניות לפעולה אקטיבית לתיקון תת-הייצוג. אכיפה משולבת זו, של הרתעה של מעסיקים מצד אחד ושל ליווי תשתיתי ומקצועי שלהם מצד אחר, היא ככל הנראה המפתח להצלחה של צפון אירלנד לחולל שינוי של ממש בשוק התעסוקה. כמו כן, המדיניות לא התמצתה בהטלת חובה חוקית על המעסיקים בלבד: הנציבות הייתה פעילה מאוד בכל הקשור למעסיקים, ופעילותה כללה את קבלת הדוחות וניתוחם, התקשרות בהסכמים לנקיטת צעדים אקטיביים, מעקב אחר יישום התכניות ותמיכה בדרך של הדרכה, הכשרה וייעוץ.³²⁸ הליווי הצמוד שניתן למעסיקים היה גם הוא חיוני להצלחת המדיניות. כפי שתואר לעיל, משנת 1989 ואילך חויבו המעסיקים להגיש דוחות שנתיים על הרכב כוח העבודה שלהם לפי הפרמטר של השתייכות דתית. באותם מקרים שבהם חשף הדוח תת-הייצוג של קבוצה דתית, חלה על המעסיק חובה חוקית לנקוט אמצעים חיוביים לתיקון התת-הייצוג. חובה זו חלה עליו גם בלא צורך בפנייה יזומה מצד נציבות השוויון, אך הנציבות הוסמכה גם לפנות למעסיקים אשר בדוחות שלהם התגלתה תמונה בעייתית. הנציבות עודדה מעסיקים לתכנן תכניות שוויון (Employment Equality Plans) – תכניות

327 הנציבויות שאוחדו הן הנציבות לשוויון גזעי (CRE), הנציבות לתעסוקה הוגנת (FEC) – דת ועמדה פוליטית), נציבות לשוויון הזדמנויות (EOC – שוויון בין המינים) והמועצה לאנשים עם מוגבלויות.

328 מכלול הצעדים כונה "Fair Employment Support Scheme".

פעולה מעשיות ליישום כל ההיבטים של מדיניות השוויון בחברה (חובות מעקב, ניתוח דפוסי עבודה לזיהוי חסמים, תכניות העדפה מתקנת והעלאת מודעות בחברה).³²⁹ לעתים אף התקשרה הנציבות עם מעסיקים במעין חוזה חתום, שבו הם התחייבו לנקוט צעדים לקידום השוויון בחברה.³³⁰ התחייבויות אלה מכונות "Article 13 Agreements", ויש להן תוקף משפטי. אם המעסיק אינו עומד בהתחייבות בכתב שעליה חתם, הנציבות יכולה להוציא הנחיה המורה לו לנקוט צעדים מסוימים – ההנחיה גוברת על הוראות ההסכם – ולחלופין לפנות לבית המשפט לאכיפת ההסכם.³³¹ הנציבות רשאית להתקשר עם מעסיקים גם בהסכמים וולונטריים, שאינם אכיפים מבחינה משפטית.

בשנים 1990-2000 הנציבות בצפון אירלנד השקיעה מאמצים כדי להתקשר בהסכמים רבים ככל האפשר עם מעסיקים, הן מן המגזר הפרטי הן מן המגזר הציבורי. בשנים אלה נערכו 322 הסכמים, משני הסוגים – הסכמים אכיפים משפטיים (לפי סעיף 13) והסכמים וולונטריים.³³² תחילה סימנה הנציבות כמה עשרות מעסיקים גדולים מן המגזר הפרטי שלהם אלפי עובדים, והמייצגים קשת של סוגי תעשייה ופריסה גאוגרפית רחבה, שנמצאו בהם ממצאים מובהקים לקיומה של סגרגציה (על סמך חקירות שנוהלו על פי החוק הישן ועל סמך הדוחות השנתיים הראשוניים שהוגשו). הנציבות התקשרה עם כמעט כל החברות הללו בהסכמים מחייבים. כמו כן סימנה הנציבות עשרות תאגידים ציבוריים גדולים והתקשרה עמם בחוזים. לאחר מכן עברה הנציבות להתרכז במעסיקים קטנים יותר מן המגזר הפרטי. עם מעסיקים אלה נקשרו על פי רוב הסכמים וולונטריים. בהסכמים פורטו הצעדים שעל המעסיק לנקוט, לוחות זמנים ויעדים, וכן נקבעו הוראות המסדירות את המעקב אחר ההתקדמות ואת שיתוף פעולה בין הנציבות לבין המעסיק באותו מעקב. בבחינה של ההסכמים שנחתמו במרוצת השנים ניכרת עלייה מתמדת במספר ההסכמים עד לשיא של כ-60 לשנה

329 רוגמה לתכנית שוויון בהעסקה אפשר למצוא באתר הנציבות: <http://tinyurl.com/equalityni-org-whatiseep>

330 סעיף 13(b) לחוק.

331 סעיף 15.

332 McCrudden, Ford, and Heath, 2004b

בשנים 1997-1999. לאחר שבשנים הראשונות המאמץ הראשוני הושקע בעצם ההתקשרות בהסכמים, הפך עיקר המאמץ של הנציבות למעקב אחר יישומם.³³³ בשנת 2003 נערך מחקר אמפירי מעמיק שבחן את האפקטיביות של הסכמים אלה ואת מידת השפעתם על שוק התעסוקה בצפון אירלנד. מסקנותיו היו שבחברות שנקשרו בהסכמים עם הנציבות חל לאורך השנים שינוי רב בהרכב כוח העבודה.³³⁴ ממצא מעניין הראה שההסכמים הוולונטריים שנחתמו היו לא פחות, ולעתים אף יותר, אפקטיביים מההסכמים המחייבים, וכן שכמעט לא היה צריך לנקוט סנקציה של פנייה לאכיפת ההסכם בבית המשפט. ההתקשרות של הנציבות לעבוד עבודה משותפת עם המעסיקים עד השגת היעדים הניבה פירות.³³⁵

הנציבות גם סיפקה למעסיקים, וממשיכה לספק, הדרכה בתכנון תכניות שוויון וייעוץ לעמידה בדרישות החוק. היא מציעה למעסיקים גם הדרכות שוטפות בנושאים של מודעות כללית לשוויון, גיוס עובדים הוגן, מניעת הטרדה, תכנון תכניות שוויון, יישום מדיניות העדפה מתקנת וכן התמודדות עם עילות שוויון ספציפיות.³³⁶ ההדרכות נעשות בימי עיון הנערכים לכל אורך השנה. הנציבות גם תומכת ברשתות של מעסיקים, המסווגים על פי חתך גאוגרפי או נושאי, המתכננים יחד תכניות שוויון מתוך שיתוף מידע וניסיון (יותר מ-200 מעסיקים השתתפו ברשתות מעסיקים כאלה).³³⁷ כ-100 חברות גיבשו תכניות שוויון בליווי הנציבות, והן מיישמות אותן במקומות העבודה שלהן.³³⁸

333 שם: 376-377.

334 שם: 124-150; 7-14, McCrudden et al., 2009.

335 McCrudden et al., 2009: 12

336 ראו אתר הנציבות: <http://tinyurl.com/equalityni-org-home>. את התכניות המלאות למעסיקים ניתן למצוא בתוך: www.equalityni.org/archive/pdf/3%20%20Employer_Training_Programme2011_122_final.pdf

337 לפירוט רשתות המעסיקים הפעילות ראו: <http://tinyurl.com/equalityni-org-B-A>

338 ראו דוגמאות לתכניות של מעסיקים באתר הנציבות:

<http://tinyurl.com/equalityni-org-casestudy1>

4. אפקטיביות המדיניות בצפון אירלנד

במרצת 20 השנים האחרונות, שבהן מדיניות התעסוקה ההוגנת פועלת בצפון אירלנד, חל שינוי של ממש בהרכב שוק העבודה: עלתה העסקת קתולים בכל שלושת המגזרים המרכזיים במשק – השירות הציבורי, התעשייה והשירותים, ופחתה מידת הסגרגציה בשוק.³³⁹ כיום הייצוג של קתולים ברוב ענפי השירות הציבורי משקף את מספרם באוכלוסייה (קרוב ל-40%), וחל שיפור בייצוג קתולים במשרות ניהול בכירות.³⁴⁰ בעבר ברוב רובן של החברות הפרטיות הייתה חלוקת כוח האדם על פי השתייכות דתית ביחס של כ-10:90, ואילו כיום ברוב החברות החלוקה קרובה יותר ל-40:60.³⁴¹ זאת ועוד, אם בסוף שנות השמונים המנבא הטוב ביותר של הכנסה ותעסוקה של אדם בצפון אירלנד היה השתייכותו הדתית, כיום אין שוני במוביליות בין אנשים לפי השתייכותם הדתית אם השכלתם זהה.³⁴² קשה במקצת להוכיח שהשינויים שחלו בהרכב שוק התעסוקה נגרמו מן המדיניות שיושמה ולא עקב גורמים אחרים. אולם מחקר אמפירי שנעשה בשנת 2004 הצליח לקשור בין השינויים בשוק העבודה לבין השפעתן של החקיקה ופעילות הנציבות, על ידי איתור השינויים הגדולים ביותר בהרכב כוח האדם בקרב מעסיקים שחתמו על הסכמים עם הנציבות. שינויים אלה ניכרו בתוך פרק זמן קצר יחסית לאחר חתימת ההסכמים.³⁴³

5. שילוב השוויון

לצד מדיניות התעסוקה ההוגנת שתוארה לעיל, המיושמת בצפון אירלנד מראשית שנות התשעים, מראשית שנות האלפיים מופעלת בתחום המדיניות הציבורית תכנית המכונה "שילוב השוויון" (mainstreaming equality). נושא השילוב חורג מתחום האפליה בתעסוקה, שבו עוסק מחקר זה, ולכן מדיניות השילוב בצפון אירלנד תוצג כאן בקצרה בלבד.

Agocs and Osborne, 2009: 250-251 339

Russel, 2004 340

McCrudden, Ford and Heath, 2004b: 375-379 341

Miller, 2004 342

McCrudden, Ford and Heath, 2004b: 397-415 343

גישת השילוב התפתחה בעולם מאמצע שנות התשעים ואילך. הנחת המוצא שלה היא שרבים מן המוסדות מנציחים אי-שוויון בשל הנחות מוקדמות, מנגנוני פעולה וכללי עבודה מקובלים ומושרשים. על פי גישת השילוב יש למסד את בחינת ההשפעות הבלתי שוויוניות עוד בשלבי גיבוש המדיניות, במקום לעסוק רק בריפוי אי-שוויון לאחר שאירע. על פי גישה זו, השוויון אינו רק מטרה סופית אלא ערך שיש לשלב בכל תהליך קבלת ההחלטות. השילוב יכול להיות מיושם על פי מודלים אחדים, אך המרכזיים שבהם הם מודל המומחים – שילוב מומחים לענייני שוויון בתוך הבירוקרטיה המנהלית; ומודל ההשתתפות – שיתוף ארגוני החברה האזרחית כמייעצים לרשות השלטונית.³⁴⁴

בתחילה רעיון השילוב היה נפוץ בעיקר בהקשרים מגדריים, ומאמצים לשילוב מגדרי יושמו במדינות ובמוסדות בינלאומיים. אלא שבצפון אירלנד אומץ רעיון זה באופן תקדימי ורחב היקף. בשנת 1996 פורסמו הנחיות המחייבות את הרשויות הציבוריות, בעת גיבושה של מדיניות חדשה, להתחשב בהשפעות האפשריות של המדיניות על השוויון בתחומי דת, מין, מעמד משפחתי, גזע, לאום ומוגבלות.³⁴⁵ בשנת 1998 עוגן עיקרון זה בחקיקה. על פי דרישות החוק, על כל רשות מנהלית לגבש תכנית שוויון ולפרט בה את האופן שבו תבטיח את עמידתה בדרישת החוק לשילוב. לצורך גיבוש התכנית, על הרשות להיוועץ בנציגי הקבוצות העשויות להיות מושפעות מן המדיניות, ובסופו של דבר להגיש את התכנית לאישורה של הנציבות. הנציבות מוסמכת לעקוב אחר גיבוש התכניות על ידי הרשויות, לפקח על יישומן ולבחון את מידת האפקטיביות שלהן, לפרסם הנחיות לרשויות בעניין אופן מילוי חובותיהן על פי החוק ולייעץ להן בהקשרים אלה.³⁴⁶

יישום מדיניות השילוב בצפון אירלנד אינו נטול אתגרים. בהתחשב בהיקף החובות המוטלות על רשויות השלטון ובמורכבותן, ובהתחשב בתפקידים שנדרש מן הנציבות למלא במסגרת זו, תהליך ההטמעה הוא הדרגתי וממושך. חרף המורכבות הרבה הביאו קיומה המוצהר של מדיניות השילוב והמאמצים

Nott, 2000 344

Northern Ireland Policy Appraisal and Fair Treatment Guidelines, 1996 345

סעיף 75 ונספח 9 ל- (Northern Ireland Act (1998)). 346

שהושקעו כדי להביא ליישומה להתפתחותה של תרבות חדשה ברשויות המנהליות ולשיתופי פעולה עם קבוצות מגוונות בחברה. להתפתחויות אלה יש פוטנציאל מהפכני ליצור מציאות חדשה במדיניות הציבורית בצפון אירלנד.³⁴⁷

ב. קנדה ודרום אפריקה: מדיניות דומה ותוצאות נבדלות

כדי לעמוד על הגורמים שתרמו להצלחת מדיניות התעסוקה ההוגנת שאומצה בצפון אירלנד, ראוי להשוותה למדיניות השוויון בתעסוקה שאומצה בקנדה ובדרום אפריקה. בשתי המדינות הללו אומצה מדיניות דומה לזו שתוארה לעיל, אלא שבמדינות אלה לא התחולל שינוי בהיקף נרחב. על סמך ההשוואה בין צפון אירלנד לבין קנדה ודרום אפריקה יהיה אפשר לחדד את הגורמים החיוניים להצלחתה של מדיניות מסוג זה.

1. קנדה

מדיניות ההעסקה הצודקת (Employment Equity) יושמה לראשונה בקנדה – מדיניות של פיקוח על הרכב כוח העבודה, דיווח שנתי וגיבוש תכנית פעולה אקטיבית בלא שימוש במכסות. היא הייתה מקור ההשראה לכמה מקומות בעולם שאימצו מדיניות זו, לרבות צפון אירלנד. בשנות השבעים נחקקו בקנדה חוקים האוסרים אפליה בעבודה והוקמו ועדות לזכויות אדם לטיפול בתלונות על אפליה. בעקבות לחץ מצד ארגוני נשים וארגוני מיעוטים בשל היעדר שינוי של ממש בהרכב כוח העבודה ולנוכח תכניות ההערפה המתקנת שהונהגו בארצות הברית מאז שנות השישים, מונתה בראשית שנות השמונים ועדת חקירה ממלכתית בנושא קידום השוויון בעבודה.³⁴⁸ בעקבות המלצותיה של הוועדה נחקק בשנת 1986 חוק פדרלי להעסקה צודקת (Canadian Federal Employment Equity Act).

החוק דן בארבע קבוצות: נשים, בעלי מוגבלות, מיעוטים גזעיים ואבוריג'ינים. החוק מטיל חובה על מעסיקים שבתחום תחולתו לעקוב אחר הייצוג של ארבע הקבוצות הללו בכוח העבודה, לדווח על הרכב כוח העבודה בדוחות שנתיים, ובמקומות שבהם מאותר תתייצוג לאחת הקבוצות (על פי נתונים על היצע

Donaghy, 2004: 56-59; Dickson and Harvey, 2006 347

Equality in Employment Commission, לעיל הע"ש 173. ראו גם סבן וסטריינר, 2006: 257-258. 348

העובדים), לנתח את דפוסי ההעסקה לשם זיהוי חסמים, לגבש תכנית פעולה אקטיבית לתיקונם ולבחון את יעילותה אחת לשלוש שנים. החוק חל על השירות הציבורי וכן על חברות המעסיקות יותר מ-100 עובדים והנתונות לפיקוח פדרלי (בעיקר בנקים וחברות תחבורה, תעופה ותקשורת).³⁴⁹ בד בבד פועלת משנת 1986 ואילך תכנית הקבלנים (Contractors Program), שלפיה כל חברה המתקשרת בחוזה פדרלי שערכו מעל סכום מסוים מחויבת גם היא להנהיג תכנית אקטיבית לשיפור תת-הייצוג של ארבע הקבוצות.³⁵⁰

החוק דורש שהאפקטיביות של המדיניות תיבחן אחת ל-5 שנים. ועדת הבדיקה הראשונה מצאה את המדיניות לא אפקטיבית ותלתה זאת בעיקר בהיעדר סנקציות כלפי מעסיקים שאינם מיישמים את תכניות הפעולה שגיבשו. הוועדה המליצה על כמה שינויים, וחלקם אומצו בתיקון לחוק בשנת 1995.³⁵¹ בין השאר ניתנו סמכויות בקרה ופיקוח על פעילות המעסיקים למועצת זכויות האדם הקנדית (Canadian Human Rights Commission), לרבות הסמכות להוציא הנחיות למעבידים והסמכות לפנות לטריבונל כדי שיוציא צו פעולה מחייב ויטיל קנס על מעסיק שבעקיבות אינו משתף פעולה. התיקון לחוק כלל גם פירוט רב יותר של הצעדים הקונקרטיים שעל המעסיק לנקוט כדי לתקן מצבים של תת-הייצוג. ועדה פרלמנטרית שבחנה את האפקטיביות של החוק בשנת 2002 המליצה על הקצאת מימון רב יותר לאכיפת החוק, אך המלצותיה לא יושמו, ומאז (אף שחלפו יותר מ-10 שנים) לא התקיימה הערכה נוספת של החוק.³⁵²

349 בשירות הציבורי פעלה תכנית העדפה מתקנת כבר משנת 1981, אך היא לא נוהלה מכוח חוק ולא נכללה בחוק מ-1986 בתיקון שנעשה לחוק בשנת 1995 הוחל ההסדר בחוק גם על השירות הציבורי.

350 לפרטי התכנית ראו: www.hrsdc.gc.ca/eng/labour/equality/fcp/index.shtml. מדובר בחקיקה פדרלית בלבד, בלא חקיקה מקבילה ברמת הפרובינציות. חוק מקביל חוקק באונטריו בשנת 1994, אך לאחר מהפך בשלטון בשנת 1995 הוא בוטל. ראו Mentzer, 2000: 48-49.

351 שם: 41-42; סבן וסטריינר, 2006: 259.

352 שם: 260.

מאז הוחלה המדיניות בקנדה הנתונים מצביעים על עלייה ברמת הייצוג של ארבע הקבוצות בקרב המעסיקים אשר החוק חל עליהם בהשוואה לשוק כולו. עם זאת, שנוי במחלוקת האופן שבו יש לפרש נתונים אלה. יש הרואים בעלייה ברמת הייצוג, בעיקר של נשים ומיעוטים גזעיים, כמו גם בשינוי שחל בדעת הקהל בדבר הצורך במתן שוויון הזדמנויות, סימן להצלחתה של המדיניות.³⁵³ מחקרים אחרים גורסים שהנתונים המצביעים על עלייה ברמות הייצוג של ארבע הקבוצות מטעים. אשר לנשים, חרף העלייה הכללית במגזרי תעסוקה מסוימים לא חל שום שיפור באחרים. הקבוצה שבה ניכרה העלייה הגדולה ביותר בייצוג היא קבוצת המיעוטים הגזעיים, אלא שהגדרתה של קבוצה זו היא בעייתית, משום שהיא מאגדת בתוכה קבוצות רבות ושונות מאוד – קבוצות מצליחות מאוד וקבוצות עניות, קבוצות שדבקו בהן סטיגמות רבות לעומת קבוצות שנטמעו בחברה ביתר קלות. משום כך העלייה בייצוג של קבוצות מסוימות, בדרך כלל החזקות יותר, מחפה על חוסר השיפור בייצוג של קבוצות אחרות, חלשות יותר. מכל מקום, אין מחלוקת על כך שעדיין יש תת-ייצוג למיעוטים גזעיים במשרות ניהול ובענפי תעסוקה מסוימים, וכי לא חל שינוי של ממש ברמת הייצוג של אנשים עם מוגבלויות ושל אבוריגינים, שעדיין סובלים מתת-ייצוג קיצוני ביותר.³⁵⁴ על פי הדוח השנתי לשנת 1999 שהכינה המועצה האמונה על אכיפת החוק, רק 4 מתוך 136 המעסיקים שנבדקו נמצאו עומדים בצורה משביעת רצון בדרישות החוק, ועל פי קביעת המועצה, "ההתקדמות אל עבר כוח עבודה שוויוני נעשית בקצב של חילוון".³⁵⁵ במרוצת השנים חל שיפור מסוים, אך עדיין ההישגים אטיים מאוד: על פי דוח המועצה לשנת 2009, רק 37% מן החברות המפוקחות במגזר הפרטי ו-53% מן היחידות במגזר הציבורי עמדו ביעדים שקבעו לעצמן בתכנית 6 שנים קודם לכן.³⁵⁶

353 שם: 262-263.

354 Mentzer, 2002: 44-45; Thomas and Jain, 2004: 42-44; Agoos and Osborne, 2009: 248-250

355 הציטוט לקוח מתוך Thomas and Jain, 2004: 44

356 Canadian Human Rights Commission Performance Report, 2009: 16

מחקרים שעסקו במדיניות הקנדית הצביעו על סיבות אחדות לחוסר ההצלחה היחסית של המדיניות. סיבה אחת שהוזכרה היא היקף התחולה של המדיניות: כפי שתואר לעיל, המדיניות חלה רק על המגזר הציבורי והפרדלי, המהווים 13% בלבד מכוח העבודה בשוק הקנדי (לשם השוואה, המדיניות בצפון אירלנד הוחלה על יותר מ-70% מכוח העבודה).³⁵⁷ סיבה שנייה היא הגדרת הקבוצות המוגנות: מדיניות המעקב והדיווח בצפון אירלנד חלה רק בכל הנוגע להשתייכות דתית, ואילו בקנדה המדיניות חלה על ארבע קבוצות מוגנות, שמאפייניהן נבדלים, והסובלות מחסמים נבדלים. ההתרכזות בקבוצה אחת הפכה את המדיניות בצפון אירלנד לפשוטה יותר ליישום למעסיקים, בהשוואה למדיניות הרחבה והמורכבת שנדרשה ממעסיקים בקנדה.³⁵⁸ סיבה שלישית היא אינטנסיביות האכיפה: בצפון אירלנד הונהגו כמה מנגנונים להבטחת העמידה של המעסיקים בדרישות החוק, לרבות ליווי צמוד של הנציבות ושימוש בסנקציות במקרה הצורך, ואילו בקנדה האחריות ליישום המדיניות הוטלה כולה על המעסיקים, בלא ליווי, תמיכה או סנקציות של ממש.³⁵⁹ סיבה רביעית היא מידת ההטמעה של התכניות הללו בתוך הארגונים: בצפון אירלנד הנציבות פעלה להשגת מחויבות של הדרג הבכיר בחברה לחולל שינוי בתרבות הארגונית, ואילו התכנית הקנדית התרכזת בהשגת יעדים מספריים בלבד בלא הנחת תשתית של מחויבות בקרב המעסיקים.³⁶⁰ סיבה חמישית היא רמת המחויבות הפוליטית למדיניות: בצפון אירלנד ההתמודדות עם הטרואמה של האלימות חייבה התמודדות אפקטיבית עם השורשים החברתיים והכלכליים של הקונפליקט הפוליטי, ונושא השוויון בין הקבוצות הדתיות היה אחד הנושאים המרכזיים על סדר היום בעשורים האחרונים. רמת המחויבות של השלטון התבטאה, בין השאר, ברמת התקצוב וברמת העניין הציבורי ובגיבוי הפוליטי לנושא. לעומת זאת בקנדה, לכל הפחות מאמצע שנות התשעים, זכה נושא השוויון בעבודה לעדיפות שלטונית נמוכה, שהתבטאה במשאבים לא מספקים ובאיי-ביצוע הערכת המדיניות אחת ל-5 שנים כנדרש בחוק.³⁶¹

Agocs and Osborne, 2009: 243 357

.Mentzer, 2002, 41 ;255: שם 358

Agocs and Osborne, 2009: 253-254 359

Thomas and Jain, 2004: 49 360

Agocs and Osborne, 2009: 254 361

יש לציין שבשנים האחרונות שינתה מועצת זכויות האדם הקנדית את צורת הפעולה שלה כלפי המעסיקים המפוקחים על פי החוק. המועצה השיקה תכנית למניעת אפליה, והיא מסייעת למעסיקים להטמיע תרבות של זכויות אדם בארגון ולחולל שינוי עמיד וארוך טווח על פי העקרונות שנקבעו בה. התכנית כוללת חמישה שלבים: התחייבות של הדרג הבכיר והכרזה על כוונות; מינוי אחראים פנימיים בארגון והדרכה לדרגים הגבוהים; הפצת התכנים בארגון והדרכה בכל הדרגים; הטמעה של דפוסי עבודה נכונים בפעילות היומיומית של החברה ותמיכה על ידי רשת חיצונית של שותפים; ומעקב, הסקת מסקנות ועריכת שינויים במקרה הצורך. מטרת התכנית היא לספק למעסיקים ליווי צמוד יותר וכלים ליישום עקרונות של שוויון הזדמנויות.³⁶² יתרה מזו, משנת 2005 החלה המועצה להחתים מעסיקים על חוזים המבטאים את מחויבותם לעקרונות של שוויון.³⁶³ עוד מוקדם להעריך את מידת האפקטיביות של הצעדים הללו, אך נראה שהם משקפים הפנמה מסוימת של הגורמים לחוסר ההצלחה של המדיניות בגלגולה הקודם.

2. דרום אפריקה

בתום שלטון האפרטהייד בדרום אפריקה ננקטו צעדים כדי להתמודד עם תוצאות האפליה הממושכת ולהבטיח שוויון וצדק חברתי. אחד החוקים המרכזיים שנחקקו בכל הנוגע לשוק העבודה היה החוק לתעסוקה צודקת משנת 1998, שאימץ את המודל הקנדי.³⁶⁴ החוק עוסק בשלוש קבוצות: נשים, שחורים (קטגוריה הכוללת אפריקנים, אינדיאנים ובני גזע מעורב (Mixed Race)) ואנשים עם מוגבלויות. החוק חל על רשויות מקומיות ואורגנים של המדינה, חברות המעסיקות יותר מ-50 עובדים או בעלי הכנסה שנתית מעל רמה מסוימת, ומדיניות דומה חלה על חברות המתמודדות במכרזים ממשלתיים. בדומה למודל הקנדי, החוק מחייב

362 ראו אתר המועצה: www.chrc-ccdp.ca/hrmm_mmdp/default-eng.aspx

363 לרשימת החברות ותנאי ההסכמות ראו:

www.chrc-ccdp.ca/preventing_discrimination/moulist_listepe-eng.aspx

364 Employment Equality Act, No. 55 of 1998. ניתן למצוא בתוך: www.labour.gov.za/downloads/legislation/acts/employment-equity/Act%20-%20Employment%20Equity.pdf

מעסיקים אלה לדווח מדי שנה על הרכב כוח העבודה בשלוש הקטגוריות, לנתח את הסיבות במקרים של תת-ייצוג ולתכנן תכנית אקטיבית להגברת הייצוג של הקבוצות שייצוגן חסר. החוק קובע במפורש שבמקרה של תת-ייצוג יש לתת העדפה מתקנת לחברי הקבוצות המוגנות, לרבות קביעת יעדים מספריים, אך בלא שימוש במכסות.³⁶⁵ יישום החוק נתון באחריותו של משרד העבודה, המפקח על המעסיקים ואוכף את הציות להוראות החוק, לרבות פרסום הנחיות מחייבות ופנייה לבית משפט במקרי הצורך. כן הוקמה במשרד נציבות שוויון העורכת מחקרים, מחברת דוחות ומייעצת לשר.

בפועל המדיניות חוללה שינוי מוגבל מאוד ברמת הייצוג של הקבוצות המוגנות, ורמת הציות לחוק נמוכה: רק כ-60% מן החברות המחויבות להגיש דוחות אכן מגישות אותם, והדיווחים לוקים בחסר ואינם כוללים ניתוח של הגורמים לתת-הייצוג.³⁶⁶ מחקרים שנדרשו לשאלת חוסר ההצלחה של המדיניות בדרום אפריקה, הצביעו על חוסר האפקטיביות של הסנקציות ועל היעדר מחויבות מצד הדרגים הבכירים בחברות לחולל שינוי של ממש בתרבות הארגונית, בדומה לניתוח של המדיניות הקנדית.³⁶⁷ סיבה נוספת שהועלתה קשורה לכך שהפער בחינוך ובהכשרה בין שחורים ללבנים בדרום אפריקה היה כה גדול, עקב שנים רבות של אפליה קיצונית, שכאשר המעסיקים חויבו בחוק לפעול לשיפור רמת הייצוג של עובדים שחורים, לנוכח ההיצע המוגבל של שחורים בעלי השכלה וכישורים מתאימים, התלקחה תחרות בין החברות על העסקת השחורים המעטים המתאימים (והחרף גם ה"דירוג הפנימי" בין הקבוצות הנכללות בקטגוריה הכללית של "שחורים"). המדיניות לא הביאה להרחבת המעגל של המועסקים על ידי הכשרה או שינוי בהגדרות התפקיד.³⁶⁸ המעסיקים חיפשו את הדרך הקלה ביותר לעמוד בדרישות החוק – להציע משכורת גבוהה יותר לשחורים בעלי

365 סעיף 15(3) לחוק.

366 הפניות למחקרים שהעריכו את האפקטיביות של המדיניות ניתן למצוא אצל Booyesen,

2007, 48. אשר לרמת הציות, ראו Burger and Thomas and Jain, 2004: 44-45;

Jafta, 2006.

367 Thomas and Jain, 2004: 48-50; Booyesen, 2007: 50-51, 64-67

368 Thomas and Jain, 2004: 46-48

כישורים העובדים בחברות אחרות – ולכן המדיניות לא הביאה לכניסה של עובדים שחורים חדשים לשוק העבודה.

ג. לקחי המשפט המשווה: מאפייניה של מדיניות אקטיבית מוצלחת

צפון אירלנד יכולה לשמש מודל חשוב לישראל בתחום השגת שוויון בתעסוקה לאוכלוסייה הערבית לנוכח הדמיון המיוחד בין המדינות. כפי שתואר לעיל, שוק העבודה בצפון אירלנד אופייני בסגרגציה על פי השתייכות דתית שנבעה מסכסוך פוליטי ממושך ועוינות גדולה בין שתי הקבוצות. המדיניות שיושמה בצפון אירלנד הצליחה לחולל שינוי של ממש בשוק התעסוקה בתוך פרק זמן קצר יחסית: המדיניות יושמה בראשית שנות התשעים, ומחקרים מראשית שנות האלפיים העידו על שינויים רבים ביותר במבנה השוק וצמצום ניכר של הפערים בין הקבוצות.³⁶⁹ מן הניסיון בצפון אירלנד ניתן לדלות כמה תובנות חשובות בכל הנוגע לתנאים הנדרשים למדיניות יעילה המביאה לשוויון הזדמנויות בעבודה.

מדיניות אקטיבית. תובנה ראשונה היא עצם הצורך לעבור ממדיניות פסיבית לאקטיבית. במשך כמעט 20 שנה (מתחילת שנות השבעים ועד סוף שנות השמונים) המודל בצפון אירלנד היה דומה למודל העכשווי בישראל – חקיקה האוסרת אפליה ומעניקה זכות תביעה אזרחית, ונציבות המוסמכת לסייע לפרטים בתביעותיהם, אך בלא סמכות להורות למעסיקים לנקוט צעדים אקטיביים. מדיניות זו התבררה כלא יעילה (ברומה למסקנתה של ועדת Abella בשנות השמונים בקנדה מבדיקת המדיניות שם). רק לאחר אימוץ המדיניות של מעקב אחר ההרכב של רוב כוח העבודה במשק והטלת חובה על מעסיקים לנקוט צעדים אקטיביים במקרים של תתייצוג, הושג שינוי של ממש. השינוי במדיניות חל בזכות הפנמת התובנה שמעסיק שאינו מפלה עדיין יכול להיות מעסיק שאינו מעניק שוויון הזדמנויות, וכי נדרש ממעסיקים לנקוט צעדים אקטיביים כדי להביא לשינוי בהרכב כוח העבודה שלהם. הניסיון של צפון אירלנד מוכיח שנקיטת צעדים אקטיביים – פניות ממוקדות לאוכלוסיות מגוונות לצורך גיוס עובדים, העברת מסרים שאוכלוסיות מסוימות רצויות

במקום העבודה, בדיקה עצמית כדי להבטיח שמנגנוני גיוס העובדים הם שוויוניים ומתן הכשרות ייעודיות – יכולים להיות אפקטיביים ביותר ולחולל שינויים של ממש בשוק התעסוקה.

מחויבות ממשלתית ארוכת טווח. אימוץ המדיניות האקטיבית הוא תנאי הכרחי אך לא מספיק. כפי שהודגם לעיל, מדיניות דומה אומצה גם בקנדה ובדרום אפריקה, אך שם לא התחוללו שינויים מהותיים כל כך. לכן תוכנה שנייה וחשובה ביותר שאפשר לחלץ מן הניסיון בצפון אירלנד נוגעת למידת המחויבות הממשלתית הנדרשת. נושא השוויון בתעסוקה קיבל בצפון אירלנד עדיפות גבוהה בסדר היום הפוליטי, ולנציבות השוויון האמונה על יישום המדיניות הוקצו משאבים רבים לצורך הטמעה של המדיניות, מעקב אחריה ואכיפה שלה – לרבות בדיקת הדוחות השנתיים, ליווי מעסיקים בהכנת תכניות, מעקב אחר יישום התכניות ואכיפה במקרי הצורך. משאבים אלה היו חיוניים להצלחת המדיניות ואפשרו לנציבות להכשיר מעסיקים, לתמוך בשלב הכנת תכניות השוויון ולעקוב אחר ההטמעה שלהן. את המחויבות הממשלתית בצפון אירלנד ניתן להנגיד למצב בקנדה, שם לא הוקצו המשאבים הנדרשים למועצה האחראית, ולכן היא יכלה להידרש ליישום הסופי בלבד, בלא מעורבות בתהליכי העבודה אצל המעסיקים. במובן זה המודל של צפון אירלנד ביטא טוב יותר את עקרונות המשילות החדשה – הרשות לא רק מנטרת את הציות של החברה בשורה התחתונה, אלא רוקמת קשרי שותפות עם המעסיקים לאורך התהליך כולו. כפי שתיארת לעיל, בשנים האחרונות חל שינוי באופן יישום המדיניות בקנדה בהיבט זה. לסיכום, מדיניות בסדר גודל כזה אינה יכולה להצליח ללא הערפה מתאימה והקצאת משאבים לאורך זמן.

ריכוז מאמצים בעילת אפליה עיקרית אחת. תוכנה שלישית נוגעת לשוני שבין עילות האפליה וליתרונות שבמדיניות המייחדת מאמצים לטיפול בעילת אפליה אחת בלבד. החוק בצפון אירלנד אוסר אפליה על בסיס עילות רבות, ונציבות השוויון שם עוסקת במניעת אפליה על בסיס כולן, אלא שאומצה גם מדיניות ייחודית – מדיניות המעקב, הדיווח והכנת תכנית הפעולה – לטיפול בנושא הספציפי והבוער של אי-שוויון על הרקע של השתייכות דתית. הבחירה בעילת אפליה זו לא נבעה מכך שהיא חמורה יותר מבחינה מוסרית או נפוצה יותר מעילות האפליה האחרות. הקדשת המאמץ המיוחד לאפליה על רקע דת בצפון

אירלנד נבעה מן הקשר ההדוק שבין אפליה זו לבין חוסר היציבות הפוליטית במדינה. בצפון אירלנד הייתה הכרה בכך שהמאמץ להשגת שוויון בתעסוקה יוכל לשמש תשתית חברתית להשגת הסדר פוליטי.³⁷⁰ כלומר על אף ההנחה הבסיסית ש"כל עילות אי-השוויון שוות זו לזו" במידת חומרתן ובפגם המוסרי שבהן ככל שהן נוגעות לפרט הנפגע, ישנן תופעות אפליה הגורמות נזק רב יותר ליציבות החברה והמשטר, ובמקרים מסוימים מוצדק לתת מענה מסוג מיוחד לעילת אפליה מסוימת.

התרכוזות של המדיניות בעילה אחת בלבד הפכה אותה לפשוטה יותר ליישום על ידי המעסיקים, וכן הקלה את המעקב מצד הנציבות. כזכור, בקנדה ובדרום אפריקה המדיניות האקטיבית מכוונת כלפי כמה קבוצות מיעוטים, וכן כלפי נשים ואנשים עם מוגבלויות. קבוצות אלה שונות זו מזו במאפייניהן ובחסמים המקשים עליהן, ויש חוקרים שייחסו לכך את הכשל שביישום המדיניות במדינות אלה. המדיניות בצפון אירלנד הייתה פשוטה וממוקדת יותר, ואולי לכן הגיעה לרמת יישום גבוהה יותר. אין ספק שגודל אוכלוסיית צפון אירלנד, פחות משני מיליוני תושבים, תרם גם הוא לכך שמדיניות המעקב הייתה משימה קלה יותר לניהול.

הכשרה. תובנה רביעית נוגעת לצורך להכשיר עובדים מקרב הקבוצות הסובלות מתת-ייצוג כדי לאפשר להם להשתלב בחברות הנדרשות להימנע מתת-ייצוג. בהיעדר הכשרה של עובדים חדשים מדיניות זו יכולה רק להגביר את הביקוש למוכשרים המעטים ואינה מגדילה את מספר העובדים המועסקים, כפי שקרה בדרום אפריקה. לעומת זאת, בצפון אירלנד נדרשו המעסיקים בהסכמים שנחתמו אתם להעניק הכשרות ייעודיות לאוכלוסייה שאינה מיוצגת כראוי, והכשרות אלה תמכו בשילוב נרחב יותר של עובדים מקבוצה זו.

שילוב השוויון. תובנה חמישית ואחרונה נוגעת למדיניות שילוב השוויון בצפון אירלנד. מדיניות השילוב מורה לשלב את המאמצים להשגת שוויון בשוק העבודה בחתירה רחבה יותר לשוויון. לא ייתכן שוויון בשוק העבודה בלי שוויון בתחומים אחרים כגון חינוך, דיור ובריאות. אף שניתן להשקיע מאמץ מבודד בשוק התעסוקה, כדי שמאמץ זה יישא פרי, עליו להשתלב בסופו של דבר בתכנית הוליסטית.

2. אימוץ מדיניות המטילה חובות אקטיביות על מעסיקים לקידום שוויון על בסיס לאום בישראל

בפרקים הקודמים בוססה הטענה שלנוכח מורכבותה של תופעת האפליה על רקע לאום, מענה משפטי המותאם להיבטי אפליה מדור ראשון בלבד אינו מספיק (כל שכן במצב הקיים שבו גם היבט זה כמעט שאינו נאכף בשל הקשיים שפורטו לעיל). בהתחשב בהצלחה של מדיניות התעסוקה ההוגנת בצפון אירלנד, חיוב מעסיקים בישראל לנקוט צעדים אקטיביים לקידום שוויון על בסיס לאום הוא הדרך האפקטיבית ביותר לחולל שינוי יסודי בהזדמנויות התעסוקתיות הפתוחות לאוכלוסייה הערבית.

השאלה המרכזית היא כיצד ליישם מדיניות זו בישראל. מניסיון של מדינות אחרות ניתן ללמוד שמידת ההצלחה של מדיניות כזאת תלויה מאוד באופן היישום. כפי שצוין לעיל, יישום יעיל מותנה בתמיכה פוליטית חזקה וממושכת, הגדרה מצומצמת יחסית של העילות שהמדיניות מכוונת אליהן, מינוי גוף למעקב אחר היישום והאכיפה מתוך הקצאת כוח אדם ותקציב נאותים לניהול משימה זו, ותמיכה בהכשרה של עובדים חדשים מן הקבוצות המוגנות.

מומלץ לנקוט גישה דו-שלבית להטמעת מדיניות שוויון אקטיבית בישראל: שלב ראשון וולונטרי ושלב שני מחייב. את השלב הראשון ניתן ליישם כבר כעת, אם כי הוא כרוך בהגדלת כוח האדם העומד לרשותה של נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם. שלב זה כולל עידוד מעסיקים לנקוט מרצונם אמצעים אקטיביים להשגת יתר שוויון בגיוס עובדיהם ובניהול כוח העבודה. כחלק משלב זה יש לפעול ליישום אפקטיבי של הוראות הייצוג ההולם בשירות הציבורי ולהפיק לקחים מהליך יישום זה לטובת יישום השלב השני. השלב השני כרוך בהטלת חובה חוקית על מעסיקים מסוימים לנקוט פעולות אקטיביות לקידום השוויון. זהו שלב מורכב יותר, המחייב חקיקה מתאימה והקצאה של משאבי אכיפה ניכרים, ויש לעבור לביצוע שלב זה רק לאחר שהובטחה עצמאותה של הנציבות והוגדרו תקציביה וכוח האדם שברשותה.

לפני פירוט השלבים יש להעיר שבשנים האחרונות הוצעו כמה הצעות חוק להרחבת חובות הייצוג ההולם של המגזר הערבי בחברות ממשלתיות (שייוספו על החובה הקיימת כיום בכל הנוגע לדירקטוריונים של חברות אלה בלבד), וכן

בקרב חברות המקבלות מענקי השקעה והקלות במסים.³⁷¹ אין נזק של ממש בהטלת חובות מסוג זה, אולם לנוכח כישלונה של חובת הייצוג ההולם הקיימת לחולל שינוי של ממש בהרכב שירות המדינה, החלת חובת הייצוג ההולם על גופים נוספים, כמות שהיא, אינה צפויה להסב תועלת רבה.³⁷² עקרונית עיגונה בחוק של מטרה סופית של ייצוג הולם בלא כל עיגון של התהליך הנדרש להשגת יעד זה ובלא גוף שיופקד על יישום התהליך, אינה מועילה ממש.

(i) שלב ראשון: עידוד פעילות וולונטרית במגזר הפרטי ותמיכה בה ויישום חובת הייצוג ההולם בשירות הציבורי

המטרה בשלב זה היא להרחיב את היקף הפעילות הוולונטרית מצד מעסיקים ולהשתמש בפעילות זו לצורכי לימוד והפקת לקחים לטובת יישום מוצלח יותר של השלב השני. בשלב הראשון מוצע לעשות שלושה דברים: לנצל את נכונותם של מעסיקים ולהעניק להם כלים לנקיטת צעדים אקטיביים; ליצור מעטפת תומכת לפעולות שכבר נעשות על ידי מעסיקים באופן וולונטרי; ולפעול ליישום יעיל ומהיר של החובות המוטלות בחוק על השירות הציבורי.

עידוד מעסיקים לפעילות אקטיבית וולונטרית. ניתן להניע מעסיקים לפעילות כזאת על ידי ביסוס התועלת העסקית שברבגוניות ופרסומה, אותם שיקולים כלכליים לגיוון בתעסוקה שהוזכרו לעיל. אפשר גם להסתייע בתמריצים כלכליים. שיטה זו כבר ננקטה בשנים האחרונות כדי לעודד מעסיקים להעסיק עובדים ערבים. במרכז שפרסם משרד התמ"ת בשנת 2008 להקמת מרכז מחקר

371 הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון): ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בקרב עובדי החברות הממשלתיות), התש"ע-2009, פ/1658/18; הצעת חוק לעידוד השקעות הון (תיקון): הבטחת ייצוג הולם למגזר הלא-יהודי), התשס"ט-2009. הצעות דומות הונחו על שולחנה של הכנסת ה-16 וה-17.

372 ראו את טענתה של יופי תירוש שהוזכרה לעיל בה"ש 183, שהרחבה של חובת הייצוג ההולם והחלתה על מגזרים נוספים בחקיקה, כלי לפתור את בעיות יישום החובה במגזר הציבורי, היא כיוון פעולה עקר. כפי שהוער במבוא, מחקר זה אינו עוסק במישרין בסוגיית ההעדפה המתקנת והדרך הראויה להפעלתה. להרחבה בנושא ראו מודריק אבן-חן, 2000. כמו כן ראו דוח ביניים בנושא קליטת עובדים ערבים, לעיל ה"ש 92.

ופיתוח בצפון בהשקעה של 100 מיליון ש"ח מצד המדינה, הוכנס תנאי ובו חובה להעסיק אקדמאים ערבים בשיעור של 20.373%. נשיא המדינה יזם גם הוא פעילויות בתחום, כגון מיזם שהשיק בשנת 2011 בשיתוף 20 מנכ"לים של חברות היי-טק לשילוב עובדים ערבים.³⁷⁴ בשנת 2012 יזמה הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי, הדרוזי והצ'רקסי סדרת צעדים להמרצת מעסיקים להעסקת מיעוטים.³⁷⁵ בין השאר הוצעו מסלולי סיוע לקליטת עובדים (סכסוד במשך 30 חודשים של 25% מעלויות השכר של מעסיקים המעסיקים לפחות 5 עובדים ערבים).³⁷⁶ בעקבות פרסום ההצעה התקבלו מאות פניות ממעסיקים בבקשה להשתלב בתכנית התמריצים הכלכליים.³⁷⁷ השימוש בתמריצים כלכליים להגדלת הביקוש לעובדים ערבים הוא אכן כלי יעיל. בצד זאת חשוב ללוות את מתן התמריצים בהענקת כלים למעסיקים לקליטה מיטבית של העובדים הערבים החדשים כדי להגדיל את סיכויי ההצלחה של יוזמות כאלה בטווח הארוך. התמריץ הכלכלי הוא בדרך כלל מוגבל בזמן, ויש לנצל תקופה זו כדי לסייע למעסיקים לחולל שינויים בתרבות הארגונית ובשיטות ההערכה של עובדים כדי להבטיח העסקה ממושכת של העובדים שנקלטו גם לאחר שייפסקו התמריצים וקליטה של עובדים ערבים נוספים בעתיד, גם בלא צורך בתמריצים הכלכליים. העלאת המודעות לסוג הצעדים האקטיביים שניתן לנקוט יכולה להניע מעסיקים בעלי נכונות עקרונית לפעול לעשייה של ממש. כללי המדיניות הראויה (good practice) שפורסמו על ידי הנציבות מציינים כמה צעדים אקטיביים שהמעסיק יכול ליישם כדי להיות מעסיק שוויוני יותר, כגון בחינה מחודשת של תיאורי התפקיד והדרישות לו ואיתור דרישות מיותרות המקשות על מועמדים מסוימים; שימוש בהצהרת כוונות בפרסום להזמנת מועמדים מכל חלקי האוכלוסייה; פרסום באמצעי תקשורת מגוונים ככל האפשר

373 מנור, גלובס, 13.11.2008.

374 ראו גלובס, 7.2.2011: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000621286

375 ראו פרסום באתר לשכת הפרסום הממשלתית מ-11 ביוני 2012: "משרד ראש הממשלה: קמפיין לעידוד העסקת בני מיעוטים".

376 "מסלולי סיוע לקליטת עובדים נוספים בעסקים בישראל" (הוראת מנכ"ל 4.17), משרד התמ"ת, 2011.

377 בסוק, דה מרקר, 19.6.2012.

כדי להבטיח הגעה לאוכלוסיות מגוונות, ואף פרסום ממוקד בכלי תקשורת ייחודיים לאוכלוסיות הסובלות מתת-ייצוג; עריכת שינויים והתאמות בהליכי המיון והקבלה למניעת הטיה תרבותית; תכנון תהליך המיון והבחירה של המועמד באופן המצמצם השפעות סובייקטיביות.³⁷⁸ יצוין כי דרישת ניסיון קודם מנציחה הדרה שיטתית של ערבים מתחומים שבהם הופלו ושנמנעה מהם ההתנסות בהם.³⁷⁹ לצורך כך ניתן להציע מסלולי הכשרה ייעודיים בתוך מקום העבודה למועמדים מן האוכלוסייה הערבית, שבסופם תינתן לאותם מועמדים האפשרות להתמודד על תפקידים.

הרחבת התפוצה של הכללים הללו, בצד הענקת שירותי ייעוץ והכשרה לחברות המעוניינות לאמצם, יכולות להניע מעסיקים לפעילות וולונטרית בתחום. עוד ניתן לשקול הענקת חסינות מפני חקירה או תביעה מצד הנציבות למעסיקים אשר יפתחו לפניה את נתוני ההעסקה שלהם ויתחייבו ליישם תכניות שוויון שייגבשו בתיאום עמה. כפי שתואר לעיל, הנציבות קשרה קשרים עם כ-10 חברות לגיבוש משותף של תכניות שוויון פרטניות לעסק ולהטמעתן. חיזוק תחום ההכשרה והייעוץ למעסיקים בנציבות יוכל לאפשר פעילות שיטתית ורחבה יותר בהיבט זה.

יצירת מעטפת תומכת לפעילות הוולונטרית הקיימת. כבר עתה ישנם מעסיקים הנוקטים יוזמות להענקת שוויון הזדמנויות בכלל, ולאוכלוסייה הערבית בפרט. מומלץ לכוון פורום של מעסיקים הפועלים או מעוניינים לפעול לטובת שילוב עובדים ערבים וקידומם במגמה לטוות רשת תומכת למעסיקים אלה. הפורום יאפשר להם לחלוק את הידע שצברו בנושא, לפעול יחד לפתרון בעיות וקשיים ולקבל ייעוץ והדרכה במרוכז. פורום כזה יחזק את המאמצים של כל חברה בנפרד ויהפוך את הפעולות הנעשות לכדי מגמה מגובשת ועקיבה יותר. פורום כזה יכול גם לקשר בין מעסיקים לבין ארגונים אזרחיים הפועלים בתחום. רשתות כאלה של מעסיקים הוקמו במקומות אחרים בעולם, ובמיוחד בולטת הדוגמה של צפון אירלנד.³⁸⁰ רצוי לייסד פורומים אחרים, על בסיס גאוגרפי או על בסיס גודל

378 "הכל על גיוס עובדים", נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה: www.moital.gov.il/CmsTam/Rsrc/PDFPublish/gius_ovdim_netzivut/index.html

379 Wolkinson, 1999: 275-276

380 ראו לעיל בה"ש 337.

החברה. תהודה תקשורתית לפעילות מסוג זה יכולה להביאה להקמת תנועה מסודרת שתשנה את דעת הקהל.

יישום אפקטיבי של חובות הייצוג ההולם בשירות הציבורי. כאמור, משנת 2000 הוראת חוק מחייבת את המדינה לחתור לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות הציבורי. אלא שהמדינה אינה עומדת ביעדים שקבעה לעצמה, ושיעורי הייצוג בפועל נמוכים מאוד. ייתכנו סיבות מגוונות לאי-העמידה ביעדי הייצוג ההולם, אך אחת הסיבות המרכזיות היא שהמדינה פירשה חובה זו בצמצום, כהעדפת מועמד ערבי על פני מועמד יהודי השקול לו בכישורים כאשר מצב כזה עומד על הפרק. לפרשנות כזאת של חובת הייצוג ההולם יש אפקטיביות מוגבלת מאוד. שינוי ניכר בשיעורי הייצוג בשירות המדינה לא יושג בלא גיוס אפקטיבי של ערבים והסרת חסמים המונעים מהם להגיש מועמדות ולקבל דירוגים גבוהים בהליכי המיון.

בתחום הזה פועלת מאז שנת 2008 ועדת חקירה פרלמנטרית בראשותו של חבר הכנסת טיבי, שהוזכרה לעיל. ועדה זו מגבשת המלצות להפיכת חובת הייצוג ההולם לחובה אקטיבית שתוטל על המדינה, ומשום כך לא יורחב הדיון כאן בצעדים הספציפיים שעל המדינה לנקוט לשם יישום אפקטיבי של חובת הייצוג ההולם. בהקשר זה תודגש רק החשיבות העליונה שבמתן דוגמה אישית. על המדינה להראות לציבור שהיא נוקטת גישה אקטיבית להתמודדות עם החסמים בשירות הציבורי ושיעורי הייצוג של האוכלוסייה הערבית בקרב עובדי המדינה אכן עולים בעקבות זאת עלייה חדה. לא יהיה אפשר לפנות לשלב השני ולהטיל חובות כאלה על מעסיקים מן המגזר הפרטי בלי שחל שיפור ניכר במצב בשירות הציבורי. לשיפור הייצוג בשירות הציבורי צפויות להיות גם השפעות עקיפות על השוק הפרטי, וההטמעה של חובות אקטיביות במשרדי הממשלה יכולה גם לשמש מקור חשוב ללימוד ולהפקת לקחים לקראת יישום המדיניות אצל המעסיקים הפרטיים. מכיוון שחובות שוויון ההזדמנויות בעבודה צפויה להיות הגוף האמון על יישום המדיניות בשלב השני בכל הנוגע למעסיקים מן המגזר הפרטי, נכון לאפשר לה לצבור ניסיון בגיבוש ויישום של תכניות שוויון כבר בשלב הראשון, כלפי שירות המדינה.

דוגמה מוצלחת בהקשר זה היא התכנית להטמעת השוויון במשרד התמ"ת שגיבשה הנציבות, בתמיכת הנהלת המשרד, במטרה להיות חוד החנית בנושא

שוויון הזדמנויות בעבודה ולגלם בהתנהגותה את הערכים שהיא מבקשת להנחיל בהקשר זה. עם המטרות של התכנית נמנות הגדלת מספר העובדים הלא יהודים במשרדנו ומינוי נשים ערביות לעמדות ניהול ביניים והמשך קידומן לעמדות בכירות.³⁸¹ חשוב לשקול את הרחבת הניסיון ולאמצו במשרדים ממשלתיים נוספים. עוד יוער שעל פי התכנית האסטרטגית של הנציבות לשנת 2012-2013 הנציבות תציע, בתיאום עם נציבות שירות המדינה, הכשרות למנכ"לים ולמנהלי משאבי אנוש במגזר הציבורי בנושא העסקה שוויונית, תקיים הרצאות בסמינרים של שירות המדינה ותערוך מחקרים על הפרופיל של המגוישים מועמדות למכרזים במדינה ומתקבלים, מידת ההוגנות של בחינות הקבלה והחסמים הספציפיים בשירות המדינה המוצבים לפני קבוצות למיניהן.³⁸² הוצאת תכנית זו אל הפועל חיונית ביותר.

לסיכום השלב הראשון, יש להעצים ככל האפשר את הפעילות הוולונטרית בתחום השוויון בתעסוקה על בסיס לאום. יש לפעול להשגת הישגים מהותיים בתחום זה בשירות המדינה בטרם תוטל חובה זו על מעסיקים פרטיים. זאת ועוד, יש לראות בשלב זה מעין פיילוט שיקדים הטלת חובה חוקית על מעגל רחב יותר של מעסיקים. לכן יש לנצל שלב זה לצורכי לימוד והפקת לקחים על ידי זיהוי הצעדים האקטיביים הזוכים להיענות רבה יותר מצד מעסיקים, הצעדים הקלים יותר ליישום והצעדים האפקטיביים ביותר בתוצאותיהם. יש ללמוד על סוג הליווי שמעסיקים זקוקים לו ואת הדרכים הנכונות לסייע להם. ככל שהלימוד והפקת הלקחים מן הפעילות הוולונטרית יהיו יסודיים יותר, כך צפויה הצלחה רבה יותר ביישום השלב השני של הטלת חובה חוקית.

(ii) שלב שני: הטלת חובה חוקית אקטיבית על חלק מהמעסיקים

כפי שתואר לעיל בסקירת המשפט המשווה, הטלת חובה על מעסיקים לאסוף נתונים על הרכב כוח העבודה שלהם, לערוך ניתוח של דפוסי עבודה ולזהות חסמים אפשריים במקרים של ת-ייצוג, ולתכנן תכנית פעולה לסילוקם היא מדיניות אפקטיבית להשגת שוויון הזדמנויות רב יותר בשוק העבודה, ככל

381 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דוח שנתי 2010: 14.

382 "התכנית האסטרטגית של הנציבות לשנת 2012-2013".

שהיא מיושמת כראוי. לא מעט מדינות מטילות על מעסיקים חובות כאלה. מלבד צפון אירלנד, קנדה ודרום אפריקה, שגישותיהן פורטו בהרחבה בפרק שעסק במשפט המשווה, חובות כאלה מוטלות גם על מתקשרים במכרזים פדרליים בארצות הברית,³⁸³ על מעסיקים יותר מ-50 עובדים בנורווגיה,³⁸⁴ וכן בשוודיה,³⁸⁵ פינלנד ואיסלנד.³⁸⁶ היקף התחולה של החובות, עילות האפליה שהמדיניות מכוונת לטפל בהן ומנגנוני הבקרה משתנים ממדינה למדינה, וכך גם רמת האפקטיביות. זו תלויה, בין השאר, ברמת הליווי הניתן למעסיקים במהלך הגיבוש והיישום של תכנית הפעולה וברמת הרצינות של המעקב אחר היישום והאכיפה במקרים של חוסר שיתוף פעולה ואי-עמידה ביעדים. השאלה העיקרית היא כיצד תוטל חובה אקטיבית זו בישראל, ולצורך כך נדרש להכריע בשלוש סוגיות מרכזיות: מי המעסיקים שתוטל עליהם החובה, אילו עילות אפליה יטופלו לפי המדיניות החדשה ומה תהיה תצורת המעקב והאכיפה.

הסוגיה הראשונה: המעסיקים שתוטל עליהם החובה. ניתן להחיל את המדיניות בהדרגה, באופן שבשלב הראשון תוטל החובה על מעסיקים הקשורים למגזר הציבורי, כגון החברות הממשלתיות, משתתפים במכרזים ממשלתיים או מקבלי מענקים ממשלתיים. בשלב השני ניתן לשקול את הרחבת הדרישה והחלתה על מעסיקים מן המגזר הפרטי המעסיקים מספר מסוים של עובדים. ייתכן שעצם ההחלה של המדיניות על מעסיקים הקשורים לשירות הציבורי תשפיע בעקיפין גם על מעסיקים פרטיים במשק בלי שיהיה צריך להחיל חובה זו על מעסיקים

383 הצו הנשיאותי, Executive order 11246, משנת 1965 קובע כי כל מעסיק הפועל לפי מכרז פדרלי נדרש לעקוב אחר הרכב כוח העבודה שלו ולדווח עליו, וכן עליו לנקוט פעולות גיוס יזומות במקרים של תת-ייצוג של מיעוטים או נשים.

384 ראו האתר Equality and Anti-discrimination Ombud, הנורווגי, שם מתוארות חובות הדיווח השנתי לנציב והחובה לגבש תכנית אקטיבית הכוללת יעדים: www.ido.no/en

385 פרק 3 ל-Discrimination Act (1998) השוודי, שכותרתו Active Measures, מחייב מעסיקים לגבש תכנית מפורטת להשגת שוויון במקום העבודה בתחומי המין, המוצא, הדת והאמונה על ידי התאמתו לצורכי הקבוצות והבטחת פרסום של משרות פנויות בקרב כל חלקי האוכלוסייה. סעיף 11 מחייב מעסיקים לגבש אחת לשלוש שנים תכנית להשגת שכר שווה.

386 Ammer et al., 2010: 16 מגדרית. ראו

פרטיים. לאחר שנים מספר שבהן תחול החובה על המעגל הראשון של מעסיקים, יהיה אפשר לבחון את התועלת השולית הצפויה מהרחבת התחולה למעגל שני של מעסיקים לעומת העלויות הכרוכות בכך.

הסוגיה השנייה: עילות האפליה שיטופלו. המדיניות של הטלת חובות אקטיביות מיועדת להצטרף לאיסור הבסיסי להפלות עובדים בעבודה. איסור האפליה הבסיסי נוגע ל-15 עילות, ואילו החובה האקטיבית צריכה להיות ייחודית לעילות קשות במיוחד לאכיפה במתווה הקיים, שנחוצה להן גישה אקטיבית ונמרצת יותר, בלי ליצור היררכיה של חומרה בין העילות. על סמך לקחי המשפט המשווה שפורטו לעיל, יש להימנע מלהטיל חובת מעקב ופעילות אקטיבית בקשר למספר רב מדי של קבוצות. ככל שמספר הקבוצות גדל, המעסיקים מתקשים ליישמן, שכן כל אוכלוסייה דורשת טיפול אחר. ריבוי העילות גם מסבך את הליווי של תכניות השוויון מצד הנציבות, את המעקב אחריהן ואת אכיפתן ומייקר את עלות יישום המדיניות. בצפון אירלנד הוטלה החובה האקטיבית בקשר לעילת ההשתייכות הדתית בלבד, מתוך הכרה בדחיפות שבטיפול בנושא הסגרגציה הקיצונית של שוק העבודה בין קתולים לפרוטסטנטים. כפי שפורט בהרחבה לעיל, אחד ההסברים להצלחת המדיניות בצפון אירלנד, לעומת קנדה ודרום אפריקה, הוא הפשטות היחסית ביישום החובה. לנוכח הסגרגציה בשוק התעסוקה בישראל בין יהודים לערבים, ובהתחשב במשמעויות החברתיות, הכלכליות והפוליטיות שבסגרגציה זו, בתוספת כשל האכיפה החמור של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בכל הנוגע לאפליה כלפי האוכלוסייה הערבית, נראה שיש הצדקה להתרכז במיוחד בעילה זו. כל תוספת של עילות עלולה להסיט את המשאבים מן הטיפול בעילת הלאום ומאיימת להכשיל את המדיניות כולה. משום כך ראוי לייחד את התכנית האקטיבית לעילת הלאום בלבד, לפחות בשלב הראשון.

עם זאת, עשוי להיות יתרון להוספת עילת המגדר למדיניות האקטיבית. ראשית, בשל הכוח הפוליטי של שדולת הנשים, סיכויי האימוץ של מדיניות אקטיבית כשהיא נוגעת גם להיבט המגדרי גדולים לאין ערוך מתכנית העוסקת בנושא הלאום בלבד. שנית, העיסוק במגדר צפוי לסייע גם לטיפול בסוגיית הלאום, כיוון שתת-הייצוג החרیف ביותר ניכר בקרב הנשים הערביות. פילוח הרכב כוח העבודה הן על פי לאום הן על פי מגדר יאפשר להפנות את תשומת הלב לנושא קליטת עובדות ערביות, ולא רק עובדים ערבים כמכלול.

הסוגיה השלישית: המעקב והאכיפה. לקחי המשפט המשווה מלמדים, כאמור, שמירת האפקטיביות של מדיניות אקטיבית תלויה מאוד ברמת הליווי של החובה, המעקב אחריה ואכיפתה. לנוכח ניסיון זה ברורה החשיבות של תגבור נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה במשאבים ובכוח אדם כאחד כדי להתמודד עם משימה זו לאורך זמן. כמו כן יש להעניק לנציבות סמכויות להטיל סנקציות לשם הבטחת המאמץ מצד מעסיקים לעמוד ביעדים. הסנקציות יכולות לכלול שלילת הזכאות להשתתף במכרזים ממשלתיים, שלילת מענקים ממשלתיים, קנסות ופנייה לערכאות לקבלת צווי עשה.

לסיכום חלק זה, הטלת חובה אקטיבית לעקוב אחר הרכב כוח העבודה ולאמץ תכניות שוויון אינה דבר של מה בכך, אך בלעדיה לא יתחוללו בקרוב שינויים של ממש בדפוסי העבודה המפלים בשוק העבודה הישראלי. יש לצפות לכך שמעסיקים יתנגדו למדיניות, ואם המדיניות תכוון להתמודדות עם אפליה בעילת הלאום בלבד, צפויה להתעורר התנגדות גם מצד ארגונים המייצגים אינטרסים של קבוצות אחרות. התמודדות עם התנגדות המעסיקים והארגונים האחרים טעונה תמיכה ממשלתית רחבה וממושכת בפרויקט, שתבטיח גם את המשאבים הנחוצים לנציבות לצורכי ליווי, מעקב ואכיפה החיוניים להצלחת המהלך. תמיכה ממשלתית יכולה להיות מושגת בעקבות לחצים מצד OECD, כמו גם לחצים מצד ארגונים יהודיים בחו"ל, בדומה לאפקט שהושג בצפון אירלנד.³⁸⁷ זאת ועוד, שימוש בנתונים שייאספו בשלב הראשון של הפעילות מרצון, ויבססו את האפקטיביות שבנקיטת צעדים יזומים להגדלת הייצוג של האוכלוסייה הערבית במגזר הציבורי ובקרב מעסיקים פרטיים, יכול לסייע רבות ביצירת תמימות דעים סביב המהלך.

387 לדוגמה ניתן להזכיר בהקשר זה את Inter-Agency Task Force on Israel, קואליציה של ארגונים יהודיים בארצות הברית הפועלים לקידום שוויון האוכלוסייה הערבית בישראל. לאתר הארגון ראו www.iataskforce.org

פרק שביעי

צעדים נוספים ברמת המדיניות להשגת שוויון הזדמנויות בתעסוקה על בסיס לאום

1. הסדרת דרישת הסיווג הביטחוני בשוק התעסוקה

א. המצב הקיים

על פי חוק, השב"כ מוסמך לקבוע הוראות בדבר סיווג ביטחוני לתפקידים ומשרות בגופי הביטחון, בשירות הציבורי ובגופים אחרים, וכן לקבוע את התאמתו הביטחונית של אדם למשרה שסווגה בסיווג ביטחוני.³⁸⁸ הדרישה לסיווג ביטחוני בתפקיד נקבעת, בין השאר, על סמך רגישות המידע שהמשמש בתפקיד נחשף אליו ואפשרות הניצול לרעה של התפקיד לשם גרימת נזק לביטחון המדינה.³⁸⁹ בתוספות לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים מפורטות רשימות של גופים החייבים למנות ממונה ביטחון שיהיה אחראי לשמירה על הביטחון בגוף זה לכל היבטיו, לרבות ענייני העסקה.³⁹⁰ עם הגופים שבתוספת נמנים, בין השאר, התעשייה הביטחונית, רשות הנמלים, שדות התעופה, חברות תעופה, חברות ספנות, חברת מקורות, חברת החשמל, בזק, דואר ישראל וחברות נפט ואנרגיה. זאת ועוד, כאשר חברה אזרחית כורתת חוזה עם המדינה, כגון מפעלים המספקים סחורות למשרד הביטחון או חברות היי־טק הנותנות שירותים למדינה, החוזה עשוי לכלול דרישות של סיווג ביטחוני.

הרשות הממלכתית לאבטחת מידע בשב"כ אמונה על הנחיית קציני הביטחון בגופים לסוגיהם בעניין הגדרת המשרות המחייבות סיווג, ועל פי אותן הנחיות

388 סעיף 7(ב)(3) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

389 תקנה 2 לתקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני), התשס"ג-2003.

390 תוספת ראשונה, שנייה, שלישית ורביעית לחוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998.

קציני הביטחון קובעים את רשימת המשרות המסווגות בגוף שבאחריותם.³⁹¹ גוף המבקש לקלוט עובד למשרה שהוגדרה מסווגת, מבצע בעצמו תחקיר ביטחוני מקדים למועמד ולאחר מכן מפנה את המועמדים הרלוונטיים ליחידה הממלכתית לקביעת התאמה ביטחונית בשב"כ, והיא מבצעת את בדיקות ההתאמה עצמן. ניתן להעלות על הדעת כמה בעיות במצב התחקיתי הקיים העשויות לחסום שלא כראוי השתלבות של מועמדים ערבים. הבעיה הראשונה טמונה בקביעת רשימת המשרות המסווגות. הכללים החולשים על התחום אינם מפורסמים בפומבי, מספר המשרות הדורשות סיווג ביטחוני אינו ידוע, ולא ברור מה טיב הביקורת על רשימות המשרות המסווגות שקציני הביטחון מכינים, שמטרתה לוודא שלא מדובר במשרות רבות מן הנדרש. לדוגמה, ייתכן שדרישת הסיווג הביטחוני מוחלת על כלל המועסקים בגוף מסוים או על מחלקה שלמה, אף שניתן לצמצם אותה למספר משרות קטן יותר. ייתכן שתפקיד מסוים אופיין כמחייב סיווג ביטחוני אף שהיקף הפעילות המסווגת שמבצעים בעלי תפקיד זה הוא קטן יחסית, ולכן אפשר לרכז את כל הפעילות המסווגת בידי אדם אחד ולהימנע מלדרוש סיווג ביטחוני מכל שאר העובדים המבצעים אותו. לקציני הביטחון עשוי להיות עניין להרחיב את רשימת המשרות המסווגות ולהשתמש בכלי של ההתאמה הביטחונית ככלי מיון גם בתחומים שאינם ביטחוניים גרדא, כדי להשיג מועמדים איכותיים ואמינים יותר. יוער שרוב העלות של ביצוע בדיקת ההתאמה הביטחונית על ידי היחידה ההתאמה ביטחונית אינה מוטלת על הגוף עצמו. סביר להניח שעובדה זו מחזקת את הנטייה להרחיב את דרישות הסיווג. גם מעסיקים אשר דרישת סיווג מסוימת מוחלת עליהם מכוח חוזה עם המדינה עשויים לנטות להרחיב אותה במחשבה שהדבר ימשוך מועמדים איכותיים יותר וכדי ליצור הילה קוסמת של סודיות. הבעיה השנייה טמונה בשיקול הדעת הנתון לקציני הביטחון בשלב התחקיר המקדים שלפני בדיקת ההתאמה הביטחונית. הם עשויים להימנע מלהעביר מועמד לשלב של בדיקת ההתאמה הביטחונית על סמך ההנחה שסיכוייו של מועמד ערבי, למשל, לעבור את בדיקת ההתאמה הביטחונית קטנים יותר מסיכוייו

391 סעיף 4(א) לתקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני), התשס"ג-2003.

של מועמד יהודי או מועמד שסיים שירות צבאי (שימוש בזהות הלאומית או בשירות הצבאי כ-proxy). סביר להניח שתופעה זו רווחת גם בקרב מעסיקים אזרחיים אשר חלה עליהם הגבלה מכוח חוזה עם המדינה. ועדת אור, שעסקה בכירור אירועי אוקטובר 2000, מצאה שמועמדים ערבים המבקשים להתקבל לעבודה בחברת החשמל, בזק ורשות שדות התעופה נדחים בטיעונים של שיקולי ביטחון, שלא על סמך בדיקת התאמה פרטנית.³⁹²

הבעיה השלישית טמונה בשלב בדיקת ההתאמה הביטחונית. אמות המידה שעל פיהן היחידה להתאמה ביטחונית קובעת את רמת הסיווג אינן גלויות,³⁹³ ולא ידוע מה גישת גורמי הסיווג הביטחוני לאוכלוסייה הערבית. יש מקום לחשוש כי במקרים רבים הזהות הערבית משמשת proxy להיעדר סיווג ביטחוני. בפסק הדין בעניין חורי נ' אמנון מסילות נדון עניינה של חברת הסעות שפסלה מועמד ערבי לתפקיד של סדרן על סמך הטענה שבחוזים שבינה לבין חברת רפא"ל, משרד הביטחון וחברת החשמל נכללת דרישה שנושאי המשרה שיעברו עמם יהיו יוצאי צבא.³⁹⁴ שימוש ב-proxy של שירות צבאי, מתוך הנחה שלכל מי ששירת בצבא יש סיווג ביטחוני ולכל מי שלא שירת אין סיווג כזה, ובייחוד כשמדובר בתפקיד של מספק שירותי הסעות, נראה פסול. אין הצדקה לשימוש בקריטריון זה כתחליף לעמידה בדרישות התאמה ביטחונית פרטנית. דרישת השירות הצבאי כתחליף לבדיקת התאמה ביטחונית מנציחה את הסטראוטיפי שכל העובדים הערבים מהווים סיכון ביטחוני, "מחבלים בפוטנציה", הפוגע פגיעה קשה בסולידריות החברתית.

אשר להיקף המגבלה הביטחונית בפועל, על פי סקר שבוצע על ידי לשכת הפרסום הממשלתית, 17% מן המעסיקים במגזר הציבורי דיווחו על מגבלות

392 פסקה 52, לעיל ה"ש 44.

393 בארצות הברית, למשל, נקבע בצו הנשיאותי, Executive Order 12968, ובהנחיות שצורפו לו, כי השיקולים בקביעת סיווג ביטחוני הם נאמנות למדינה, השפעות זרות, התנהלות אישית, מצב כלכלי, צריכת אלכוהול וסמים, מצב פסיכולוגי, התנהלות פלילית ועוד. בהנחיות אף מפורטים המשמעות ואופן הניתוח של כל אחד מן הקריטריונים הללו. ראו The White House, Adjudicative Guidelines for Determining Eligibility for Access to Classified Information (December 29, 2005).

394 עניין חורי.

ביטחוניות בהעסקת ערבים.³⁹⁵ בשל היעדר השקיפות בתחום אין דרך לדעת עד כמה מספר זה אכן משקף את המציאות ותואם את ההנחיות הרשמיות של קציני הביטחון. יתרה מזו, הדיווח משקף את עמדת המעסיקים בשירות הציבורי שיש בעייתיות בהעסקת ערבים בשל שיקולים ביטחוניים, עמדה שמצביעה על הסתמכות על הזהות הלאומית כ-proxy במקום בחינה פרטנית של הצלחת המועמד בבדיקת התאמה ביטחונית. בעיני המעסיקים בשירות הציבורי דרישת סיווג ביטחוני שקולה לדרישה להיות יהודי. עמדה זו תועדה גם בדוח אוננו משנת 2010, שלפיו סוגיית הביטחון הועלתה על ידי מעסיקים מתחום ההייטק כהסבר לאי-העסקת ערבים.³⁹⁶

הנזק העיקרי במצב הקיים הוא באפקט המצנן שלו. מעטה הסודיות סביב נושא הסיווג הביטחוני וחוסר השקיפות בכל הנוגע להיקף המשרות המסווגות ולקריטריונים לקביעתן מעוררים חשש ורתיעה בקרב האוכלוסייה הערבית. בסקר משנת 2011 תלו כ-20% מן האקדמאים הערבים את חוסר יכולתם להשתלב בשוק התעסוקה היהודי כבעיות ביטחוניות.³⁹⁷ חששות אלה גורמים לערבים שלא לנסות להתמודד על משרות שעשוי להיות באישון שיקול ביטחוני, מתוך מחשבה שממילא לא יוכלו להתקבל למשרה כזאת. די בשימוש בסימאות כגון "נדרשת נכונות לעבור סיווג ביטחוני" או "סיווג ביטחוני יתרון", הנפוצות בקרב חברות בתחום ההייטק, כדי להרתיע מועמד ערבי ולמנוע ממנו להגיש מועמדות. גם כאשר המועמד מנסה להתקבל ונתקל בטענה ביטחונית, סביר להניח שלא יקרא תיגר על ההצדקה שבדרישת סיווג, וכך נותרת תופעה זו בלתי מבוקרת.

מעבר למשרות שיש בעניינן דרישה ממשית מצד קצין ביטחון המונחה מקצועית על ידי השב"כ לבחון התאמה ביטחונית לביצוע תפקיד, ישנה תופעה נפוצה של מעסיקים המחילים על עצמם דרישות ביטחוניות בלא כל הצדקה רשמית. לעתים הדבר נעשה ממניעים כנים, ולעתים ככסות למניעים מפלים. וולקניסון תיעד זאת במחקרו, כאשר מצא מפעלים שהיו חתומים על חוזים

395 הנדלס, 2012.

396 דוח אוננו, 2010: 38.

397 הסקר הוצג במרץ 2011 בוועידת ראש הממשלה לשתופות ושילוב ערביי ישראל, ואת עיקריו ניתן למצוא אצל ארלוזורוב, דה מרקר, 27.3.2011.

עם התעשייה הביטחונית בעבר והמשיכו לדרוש סיווג ביטחוני גם לאחר מכן, או בעלי מפעלים שהחליטו על דעת עצמם שקרבתו של המפעל אל מתקנים אסטרטגיים מחייבת הדרת ערבים ממקום העבודה.³⁹⁸ זאת ועוד, מפעלים לייצור רכיבים אלקטרוניים, אשר רק כ-20% מנפח הייצור שלהם נשאו אופי ביטחוני, נמנעו מלהעסיק ערבים בכל תפקיד או משרה במפעל כולו, וחברת טקסטיל שייצרה נעליים לצבא נהגה גם היא על פי מדיניות המדירה ערבים מן המפעל כולו, מתוך הסתמכות על הטענה הביטחונית.³⁹⁹ על פי סקר שבוצע על ידי לשכת הפרסום הממשלתית, 8% מן המעסיקים במגזר הפרטי דיווחו על מגבלות ביטחוניות בהעסקת ערבים.⁴⁰⁰ בשל היעדר השקיפות אין דרך לאמת אם שיעור זה אכן משקף דרישות רשמיות. יתרה מזו, גם בקרב המעסיקים מן המגזר הפרטי מקובלת ההכללה של ערבים כקבוצה אין סיווג ביטחוני.

איסור האפליה שבחוק אינו מסוגל להתמודד עם חסמי כניסת ערבים לשוק התעסוקה הנוצרים עקב שימוש לרעה בדרישת הסיווג הביטחוני. קרוב לוודאי שמועמד ערבי הנתקל במגבלה ביטחונית לא יקרא עליה תיגר. יתרה מזו, תביעה פרטנית היא אולי אינה המסגרת המתאימה לבחינה של חסם מבני, ודי להזכיר את פסק הדין בעניין חורי, שבו קיבל בית הדין את טענת המעסיק בדבר הצורך במועמד יהודי על סמך הסעיף המופיע במכרז של חברת החשמל ולא בחן בתביעה את עצם תוקפו של הסעיף במכרז. יתר על כן, עיקר הנזק טמון כנראה באפקט המצנן, המביא לידי כך שמועמדים ערבים אינם מגישים כלל מועמדות למשרות שלדעתם יש בהן יסוד ביטחוני, וכך נמנע מלכתחילה מצב שהיה יכולים להביא להגשת תביעה משפטית.

ב. המלצה: שיתוף פעולה בין הנציבות לבין השב"כ

לנוכח כל המתואר לעיל, חשוב להסדיר את נושא הסיווג הביטחוני בשוק התעסוקה, לצמצם את החסם למינימום הנדרש ולהגביר את מידת השקיפות של מנגנון הפעולה כדי להפחית את ההשפעות מרחיקות הלכת של האפקט המצנן

Wolkinson, 1999: 41-42, 60, 132 398

שם: 277. 399

הנדלס, 2012. 400

ולאפשר איתור של המשתמשים בטענות ביטחוניות בלא צורך ממשי ואכיפת החוק בעניינם.

נראה שהדרך היעילה ביותר להשגת מטרות אלה היא שיתוף פעולה בין השב"כ לבין הנציבות. בשיתוף פעולה כזה תיחשף הנציבות לפרטי הנהלים הנהוגים, לרבות הכללים החולשים על קביעת סיווג ביטחוני למטרות, היקף המטרות המסווגות ואמות המידה לקביעת התאמה ביטחונית. הנציבות והשב"כ יפעלו יחד לאיתור חסמים מיותרים ופרצות שיכולות להיות מנוצלות לרעה בעקבות רצון של קציני הביטחון בגופים להרחיב את דרישות הסיווג או אי-הנשיאה בעלויות הבדיקות הביטחוניות. הנציבות והשב"כ יפעלו יחד לניסוח אמנה משותפת שתסדיר את הנושא ותבטיח שמירה על ביטחון המדינה מצד אחד, ומניעת הדרה מיותרת מצד אחר. גופים אלה יפעלו יחד לפרסום נתונים על היקף המטרות המסווגות ועל אמות המידה לקביעת ההתאמה. ייתכן שעצם הסרת מעטה החשאיות וחשיפת המצב לאשורו יביאו לשינוי תודעתי אצל האוכלוסייה הערבית, למיתון האפקט המצנן ולהסרת חסמים מדומים.

חשוב גם שייקבעו כללים להסדרת נושא ההגבלות הביטחוניות המוטלות על מעסיקים פרטיים ביחסיהם עם המדינה. כך יוגדרו הגבלות ההעסקה בקרב חברות הכורתות חוזים עם המדינה ואופן השימוש המותר במונחים הקשורים לסיווג ביטחוני במודעות דרושים. הנציבות והשב"כ יאכפו יחד את הדין על מעסיקים המשתמשים לרעה בדרישות ביטחוניות כאשר אין דרישה רשמית כזאת. השב"כ אף יכול לפנות ביוזמתו לארגוני חברה אזרחית ערבים ולאסוף אתם מידע על מקומות שבהם יש שימוש לרעה בחסם זה.

אם שיתוף פעולה כזה לא יצלח, יש לשקול נקיטת עמדה תקיפה יותר בנושא. אפשרות אחת יכולה להיות הקמת ועדה ציבורית שהשב"כ יחויב לחשוף לפניה את הנהלים הקיימים. ועדה זו תגבש המלצות בנושא.

2. שילוב השוויון על בסיס לאום בהתוויית מדיניות ממשלתית

מדיניות נוספת שיש בכוחה להביא לשיפור ניכר בשוויון ההזדמנויות לאוכלוסייה הערבית בתחום התעסוקה היא חובת שילוב השוויון על רקע לאום בעת התוויית מדיניות ממשלתית. כפי שצוין לעיל בדיון במשפט המשווה, בצפון אירלנד מוטלת על משרדים ממשלתיים חובת שילוב שוויון נרחבת ביותר, שבמסגרתה

כל המשרדים נדרשים לגבש תכניות שוויון לכל תחומי הפעילות של המשרד, בשיתוף ארגוני החברה האזרחית, ולקבל אישור לתכנית מנציבות השוויון. חובות שילוב שוויון מצומצמות יותר מוטלות גם בתחום המגדר בבריטניה, אוסטרליה, ניו זילנד, קנדה וגרמניה, במגוון רמות.⁴⁰¹ זאת ועוד, במדינות OECD ניכרת מגמה גוברת של אימוץ השימוש בכלי לניתוח השפעת הרגולציה (Regulatory Impact Analysis) – תכנית מובנית להערכה מוקדמת של השפעות המדיניות, בין השאר בתחום השוויון.⁴⁰²

נושא שילוב השוויון בעת התוויית מדיניות של משרדים ממשלתיים הוא רחב היקף עד מאוד, וראוי להקדיש לו מחקר מדיניות נפרד. לענייננו יוער בקצרה שהחלטות של משרדים ממשלתיים בתחומים מגוונים משפיעות במישרין, ובעיקר בעקיפין, על מפת ההזדמנויות התעסוקתיות של האוכלוסייה הערבית. ניתן להזכיר, למשל, את החלטתו של שר התחבורה בעניין נסיעת הרכבת מעכו לכרמיאל, שלא כללה עצירה ביישובים הערביים שבדרך, בלי לתת את הדעת במפורש על השלכות ההחלטה על מידת השתלבותם של האזרחים הערבים בתעסוקה באזור.⁴⁰³ במקום לנקוט טיפול מאוחר בהשפעות המדיניות על שוק העבודה, חשוב לגבש תהליך שיבחן מראש את ההשפעות הפוטנציאליות, מתוך מודעות לנושא השוויון על רקע לאום. החלטות ברמת המדיניות, המשפיעות על שלבי קדם-התעסוקה, יכולות להסב נזק ששום מדיניות בשוק התעסוקה עצמו כבר לא תוכל לתקן.

ניתן לשקול אימוץ הדרגתי של מדיניות שילוב שוויון על בסיס לאום, שיתחיל בשלב ניסיוני ראשוני ומצומצם במשרד ממשלתי אחד, או אפילו בתחום אחד בתוך משרד ממשלתי. אותו משרד יסקור את ההשפעה של המדיניות המתוכננת על שוויון בכלל, ועל שוויון על רקע לאום בפרט, ייוועץ בארגונים הרלוונטיים וישם את מסקנות הסקירה במדיניות המתגבשת, בשיתוף נציבות השוויון. ייתכן שהנציבות תוכל להוביל מהלך כזה במשרד התמ"ת, בדומה

401 לחקיקה הבריטית ראו The Sex Discrimination Act, 1975 (Public Authorities) Order 2006 (Statutory Duties). באשר למדיניות אחרות ראו 247-276 Nott, 2000.

402 פרטים בנושא מופיעים באתר OECD:

www.oecd.org/document/39/0,3746,en_2649_34141_35258801_1_1_1_1,00.html

403 אזולאי, הארץ, 14.12.2009.

פרק שביעי צעדים נוספים ברמת המדיניות

לתכנית להטמעת השוויון שיזמה, וקיבלה את תמיכת הנהלת המשרד, בעניין גיוס וקידום של עובדים ערבים במשרד זה. כך ימשיך משרד התמ"ת להיות חוד החנית בכל הקשור לטיפוח שוויון ההזדמנויות.

סיכום

תופעת האפליה בתעסוקה על בסיס לאום בישראל היא תופעה מורכבת המתבטאת במגוון דרכים – ישירות, עקיפות ומבניות – ויש לה השפעה הרסנית ברמה הכלכלית, החברתית והמוסרית. ההסדר המשפטי הקיים, המבוסס על תפיסה צרה של תופעת האפליה והנסמך אך ורק על אכיפה באמצעות ניהול הליכים משפטיים המחייבים יוזמה מצד הנפגע, כמעט שאינו מופעל לצורך מיגור האפליה על בסיס לאום ורחוק מלהביא לשינוי של ממש במפת ההזדמנויות התעסוקתיות של האוכלוסייה הערבית בישראל.

במחקר מדיניות זה הצגתי הצעה חדשה לרגולציה של תחום השוויון בעבודה בישראל. הצעה זו מותאמת למלוא מורכבותה של תופעת האפליה וכרוכה במעבר מעמדה פסיבית של חובה להימנע מאפליה, לעמדה אקטיבית של פעילות יוזמה להסרת חסמים ולהבטחת שוויון הזדמנויות. במרכז ההצעה החדשה עומדת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה. הקמת הנציבות היא הזדמנות לרפא חלק מתחלואי השיטה הקיימת, אך בלא הבניה נכונה של מוסד זה וצורת פעולתו, הוא עלול להנציח את הכשלים הקיימים. על הנציבות ליזום פעילות אכיפה ולא להסתפק בתגובה על תלונות מצד נפגעים, בין היתר כדי לאזן ולמתן את הברדלי הכוחות בין הקבוצות שהיא משרתת. עליה לגלות הבנה עמוקה למורכבותה של תופעת האפליה ולסייע למעסיקים לערוך שינויים פנימיים מהותיים בהתנהלותם. על הנציבות לשמש לא רק גוף רגולטיבי מסורתי המתגבר את האכיפה באמצעות תביעות אזרחיות נגד מעסיקים מפלים בלבד, אלא גוף רב-תחומי הנוקט מגוון אמצעים ושיטות לקידום אקטיבי של שוויון תעסוקתי. הצעה זו מחייבת הנעה של מעסיקים לעסוק במעקב ובניתוח של כוח העבודה, לזהות חסמים ולגבש תכניות עבודה להסרתם.

לשם הטמעה של הרגולציה החדשה ועריכת השינויים הנדרשים במישור המוסדי ובמישור המדיניות יש צורך במשאבים ובתמיכה ממשלתית רחבה וארוכת טווח. כמה יוזמות שכבר ננקטו יכולות לשמש תשתית להטמעת המדיניות החדשה, כגון ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא הייצוג ההולם לאוכלוסייה

הערבית בשירות הציבורי, המאמצים בנציבות שירות המדינה בהקשר זה והיוזמות של הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי שבמשרד ראש הממשלה, בשיתוף משרד התמ"ת ומרכז ההשקעות. המאמצים הללו והשפעה של לחצים בינלאומיים יכולים להפוך את הטמעתה של המדיניות החדשה למציאות, אף באקלים הפוליטי הנוכחי.

מקורות

פסקי דין

- עניין אבורזק: תב"ע (אזורי ת"א) נר/2198-3 אבורזק – נציבות מס הכנסה (לא פורסם, 20.7.97).
- עניין גסטטנר: דב"ע נא/8-3 מדינת ישראל – גסטטנר, פד"ע כד 65 (1992).
- עניין הנילביץ': בג"ץ 721/94 אל על נ' הנילביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994).
- עניין האגודה לזכויות האזרח: בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 39 (2001).
- עניין חורי: עב' (אזורי חי') 3017/00 חורי – אמנון מסילות בע"מ, תק"עב 2002(3) 2753 (2002).
- עניין חזין: דב"ע לג' 25-3 ועד אנשי צוות דיילי אויר – חזין, פד"ע ד(1) 365 (1973).
- עניין חנא: עב' (אזורי ת"א) 304837/97 חנא – אוריבל בע"מ (לא פורסם, 27.3.01).
- עניין נבו: בג"ץ 104/87 נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).
- עניין נעאמנה 1: ה"פ (מחוזי חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה (17.8.2006).
- עניין נעאמנה 2: ת"א (שלום י"ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996).
- עניין עבד אל ראזק: ת"א (שלום י"ם) 7832/97 עבד אל ראזק נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (24.6.1999).
- עניין עבדולכרים: בש"א (אזורי ת"א) 3863/09 (תיק עיקרי עב' 4516/09) עבדולכרים – רכבת ישראל (לא פורסם, 6.9.2009).
- עניין עדאלה: בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31 (2003).
- עניין עלית: דב"ע 3-71/לז "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ – לדרמן, פד"ע ט(1) 255 (1978).
- עניין פלוטקין: דב"ע נר/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 48 (1997).
- עניין רקנט 1: בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 317-318 (1997).
- עניין רקנט 2: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית דין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).

עניין רשות שדות התעופה: בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (לא פורסם, 22.5.2012).

עניין רשת מחסני כמעט חינם: ס"ע (אזורי י"ם) 58041-03-11 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה – רשת מחסני כמעט חינם (לא פורסם).

עניין שדולת הנשים: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).

עניין תלאוי: ת"א (שלום חי) 18147/98 תלאוי נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (18.12.2003).

עניין תפקיד פלוס: ת"פ (אזורי ת"א) 1038/99 מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה נ' תפקיד פלוס בע"מ (לא פורסם, 12.6.2003).

עניין *Duffy: Duffy v. Eastern Health & Social Services Board* [1992] IRLR 251

עניין *Griggs: Griggs v. Duke Power Company*, 401 US 424 (1971)

עניין *Kolstad v. American Dental Association*, 527 US 526: *Kolstad* (1999)

מאמרים וספרים

אחדות, לאה, ויקטור לביא, וויקטור סולה, "האבטלה בישראל בפרספקטיבה של העשור האחרון: מגמות, מאפיינים ודפוסי שינוי", רבעון לכלכלה 47 (3) (2000) 303.

אלבשן, יובל, "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט", עלי משפט 3 (2004) 497.

אריאן, אשר, תמר הרמן, יובל לבל, מיכאל פיליפוב, הילה צבן, ואנה קנפלמן, מרד הדמוקרטיה הישראלית 2010: ערכים דמוקרטיים בישראל הלכה למעשה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010).

ביטון, יפעת, "כאבים באזור הכבוד: פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות", משפט וממשל 9 (2006) 137.

בן דוד, דן, אבנר אחיטוב, נח לויין-אפשטיין, וחיה שטייר, תוכנית מתאר לשיפור מצב התעסוקה בישראל (אוניברסיטת תל אביב, 2004).

בן הדור, בתיה, עליזה אבן-חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייהר, דפנה שרון, ינון כהן, וגיא מונדלק, "ברדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות", עבודה חברה ומשפט 11 (2005) 381.

בסיס, ליאת, מיון רב תרבותי – צו השעה: מבחני מיון והערכה לאקדמאים ערבים, תוצאות המחקרים וההתאמות הנדרשות (קו משווה, 2009).

ברזילי, גד, "קהילה, משפט וזהויות אצל הערבים הפלסטינים בישראל", מחברות עראלה 1 (1999) 14.

ג'בארין, יוסף, תעסוקת ערבים בישראל: האתגר של הכלכלה הישראלית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, פורום קיסריה להתוויית מדיניות כלכלית לאומית, יוני 2010).

גרא, רמסיס, ורפאלה כהן, "עוני בקרב ערבים בישראל ומקורות לאי-שוויון בין ערבים ליהודים", הרבעון לכלכלה 48 (4) (2001) 543-571.

דורון, ישראל, ועינת קליין, "הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה", עבודה חברה ומשפט 12 (2007) 435.

הנדלס, שוקי, "תחושת אפליה של מחפשי עבודה ועובדים ומה חושב הציבור על כך" (מינהל מחקר וכלכלה, משרד התמ"ת, 2010).

—, "סקר מעסיקים: שוויון הזדמנויות בסקטור הפרטי והציבורי" (מינהל מחקר וכלכלה, משרד התמ"ת, 2012).

ווינגנר-רונר, רות, ומיכל בליקוף, "לשכות הסיוע המשפטי: מיפוי חסמים והמלצות מדיניות", בתוך: רון גרליץ (עורך) מחסמים לסיכויים: מיפוי חסמים והמלצות מדיניות בדרך לשוויון בין ערבים ליהודים בישראל (סיכוי, 2010) 29-46.

זוסמן, אסף, נעם זוסמן, וסמי מיערי, "סכסוכים אתניים והיפרדות ממעסיקים", סקר בנק ישראל 83 (2010) 35-57.

ח'מאסי, ראסם (עורך), ספר החברה הערבית בישראל, כרך 3: אוכלוסייה, חברה כלכלה (מכון ון ליר, 2009).

ישיב, ערן, הערבים בשוק העבודה בישראל (מחלוקת בכלכלה, סדרה שנייה, התכנית לכלכלה וחברה, מכון ון ליר, 2012).

ישיב, ערן, וניצה קסיר, "דפוסי ההשתתפות של ערבים בשוק העבודה", סקר בנק ישראל 84 (דצמבר, 2010).

כהן, ינון, "פערי שכר לאומיים, מגדריים ואתניים", בתוך: אורי רם וניצה ברקוביץ' (עורכים) אי-שוויון (הוצאת הספרים של אוניברסיטת בן-גוריון, 2006) 339.

מודריק אבן-חן, הילה, העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה, מחקר מדיניות 29 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000).

- מונדלק, גיא, "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?", בתוך: דפנה הקר ונטע זיו (עורכות), **האם המשפט חשוב? (אוניברסיטת תל אביב, 2009) 223.**
- מילמן-סיון, פאינה, וארנה רבינוביץ'-עיני, "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק והשוויון בעבודה", **משפט וממשל 11 (2008) 517.**
- מיעארי, סאמי, עולא נבואני, ונביל חטאב, **מגמות בפערי שכר בין ערבים ליהודים, 1997-2009 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011).**
- מעוז, יפעת, "חסמים פסיכולוגיים-תפיסתיים בפני שוויון יהודי-ערבי בישראל", בתוך: שלמה חסון ומיכאל קרייני (עורכים), **הערבים בישראל: חסמים בפני שוויון (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 2006) 170.**
- סבן, אילן, וסקוט סטריינר, "על שני סוגים של 'ייצוג הולם': מסגרת תיאורטית, הדוגמא הקנדית והשוואה ראשונית לישראל", **עבודה חברה ומשפט 11 (2006) 247.**
- סואן, דן, ממדינת רווחה לדרווגניזם חברתי: השסע הריבוני בישראל (צ'ריקובר, 2005).
- , "מתח בין עובדים יהודיים לבין עמיתיהם הערבים, כבדהו וחשדהו: עמדות סטודנטים יהודים כלפי ערבים ישראלים, עמיתיהם לעבודה", **החינוך וסביבו: שנתון סמינר הקיבוצים 32 (2010) 249.**
- עואד, יאסר, ועלי חידר, **ייצוג האוכלוסיה הערבית בשירות הציבורי 2006-2007 (סיכוי, 2008).**
- פפרמן, בני, "השתלבות ערביי ישראל בשוק העבודה ובכלכלה בישראל" (מינהל מחקר וכלכלה, משרד התמ"ת 2011): www.moital.gov.il/NR/exeres/B1B089EC-B696-418A-B188-305415D4D89D.htm
- קוסקסי, מוסטפא, "הנרטיב של הנכבה והפוליטיקה של הטראומה", ג'דל 7 (מדה אלכרמל, 2010).
- קלמנט, אלון, ושרון רבין-מרגליות, "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?", **עיוני משפט 31 (2) (2009) 369.**
- שמיר, רונן, ומיכל שטראי, "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה 6 (1996) 287.**
- רבין-מרגליות, שרון, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?", **הפרקליט 44 (2000) 529.**
- רבין-מרגליות, שרון, "הבחנה אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה", **משפטים לב (1) (2002) 131.**

שטיינר, טליה, "למי נועדה אפליה מתקנת?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 22.6.2011.
 תירוש, יופי, "ייצוג הולם במשפט הישראלי: סיכום ביניים ריאליסטי", בתוך: אהרן ברק,
 יצחק זמיר ויגאל מרזל (עורכים), *ספר מישאל חשין* (ההוצאה לאור של לשכת עורכי
 הדין וכתב העת משפטים, 2009) 699.

Agocs Carol, and Bob Osborne, *Comparing Equity Policies in Canada and Northern Ireland: Policy Learning in Different Directions?*, 15 CANADIAN PUBLIC POLICY 237 (2009).

Aigner, Dennis J., and Glen G. Cain, *Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets*, 30 INDUSTRY AND LABOR RELATIONS REVIEW 175 (1977).

Alexander, Larry, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies*, 141 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 149 (1992).

Ammer, Margit, Niall Crowley, Barbara Liegl, Elisabeth Holzleithner, Katrin Wladasch, and Kutsal Yesilkagit, *Study on Equality Bodies Set Up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC*, Human European Consultancy, Utrecht (2010).

Asali, Muhammad, *Why Do Arabs Earn Less than Jews in Israel*, Falk Institute Economic Research Discussion Paper No. 06.03 (2006).

Bagenstos, Samuel, *The Perversity of Limited Civil Rights Remedies*, 54 UCLA LAW REVIEW 1 (2006a).

—, *The Structural Turn and the Limits of Anti-Discrimination Law*, 94 CALIFORNIA LAW REVIEW 1 (2006b).

Becker, Gary, *THE ECONOMICS OF DISCRIMINATION* (2d ed., University of Chicago Press, 1971).

Bendik, Marc, *Adding Testing to the Nation's Portfolio of Information on Employment Discrimination*, in A NATIONAL REPORT CARD ON DISCRIMINATION IN AMERICA: THE ROLE OF TESTING 47 (Michael Fix and Margery Austin Turner eds., 1998).

Bisom-Rapp, Susan, *An Ounce of Prevention is a Poor Substitute for a Pound of Cure: Confronting the Developing Jurisprudence of Education and Prevention in Employment Discrimination Law*, 22 BERKELEY JOURNAL OF EMPLOYMENT AND LABOUR LAW (2001).

- Black, Donald, *The Mobilization of Law*, 2 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 125, 126 (1973).
- Blair, Irene V., and Mahzarin R. Banaji, *Automatic and Controlled Processes in Stereotype Priming*, 70 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 1142 (1996).
- Booyesen, Lize, *Barriers to Employment Equity Implementation and Retention of Blacks in Management in South Africa*, 31 SOUTH AFRICAN JOURNAL OF LABOUR RELATIONS 47 (2007).
- Burger, Rulof, and Rachel Jafta, *Returns to Race: Labour Market Discrimination in Post-Apartheid South Africa*, University of Stellenbosch Economic Working Papers, No. WP04/2006 1–41 (2006).
- Burstein, Paul, *Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: The Struggle for Equal Employment Opportunity*, 96 THE AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY 1201 (1991).
- Burstein, Paul, and Kathleen Monaghan, *Equal Employment Opportunity and the Mobilization of Law*, 20 LAW AND SOCIETY REVIEW 355 (1986).
- Christensen, Jorgen G., *Bureaucratic Autonomy as a Political Asset*, in POLITICIANS, BUREAUCRATS AND ADMINISTRATIVE REFORM, 119 (Peters and Pierre eds., 2001).
- Coffee, John, *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as a Bounty Hunter Isn't Working*, 42 MARYLAND LAW REVIEW 215 (1983).
- Davidov, Guy, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, 26 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 61 (2010).
- Devins, Neal, *Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*, 15 CARDOZO LAW REVIEW 273 (1993).
- , *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CALIFORNIA LAW REVIEW 255 (1994).
- Dickson, Brice, and Colin Harvey, *Assessing the Role of the Equality Commission in the Effectiveness of Section 75 of the Northern Ireland Act 1988* (2006).
- Donaghy, Tahnya, *Mainstreaming: Northern Ireland's Participative-Democratic Approach*, 32 POLICY & POLITICS 49 (2004).

- Donohue, John, *The Legal Response to Discrimination: Does Law Matter?*, in *HOW DOES LAW MATTER?* 45 (Bryant Garth and Austin Sarat eds., 1998).
- , *The Law and Economics of Antidiscrimination Law*, Working Paper 11631, 2005 (www.nber.org/papers/w11631).
- Ehrenberg, Ronald G., and Robert S. Smith, *MODERN LABOR ECONOMICS: THEORY AND PUBLIC POLICY* (6th ed., Prentice Hall, 1997).
- EEOC, *Enforcement Guidance: Whether “Testers” Can File Charges and Litigate Claims of Employment Discrimination* (1996) (www.eeoc.gov/policy/docs/testers.html).
- Felstiner, William L. F., Richard L. Abel, and Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 *LAW AND SOCIETY REVIEW* 631 (1981).
- Fitzpatrick, Barry, *Review of Fair Employment Case Law*, in *FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON* 160–163 (Bob Osborne and Ian Shuttleworth eds., 2004).
- Gilles, Myriam, *Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights*, 100 *COLUMBIA LAW REVIEW* 1384 (2000).
- Grieco, Margret, *Family Networks and the Closure of Employment*, in *THE MANUFACTURE OF DISADVANTAGE* 33–45 (Gloria Lee and Ray Loveridge eds., Philadelphia, 1987).
- Habib, Jack, Judith King, Assaf Ben Shoham, and Abraham Wolde-Tsadick, *Labour Market and Socio-Economic Outcomes of the Arab-Israeli Population* 20–34 (OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 102, 2010).
- Hamilton Krieger, Linda, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 *STANFORD LAW REVIEW* 1161 (1995).
- Herring, Cedric, *Does Diversity Pay? Race, Gender, and the Business Case for Diversity*, 74 *AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW* 208–224 (2009).
- Holtmaat, Rikki, *CATALYSTS FOR CHANGE? EQUALITY BODIES ACCORDING TO DIRECTIVE 2000/43/EC — EXISTENCE, INDEPENDENCE AND EFFECTIVENESS* (European Commission, Utrecht, 2006).

- Hug, Adam, *FULL AND EQUAL CITIZENS? HOW TO DELIVER EQUALITY FOR ISRAEL'S ARAB COMMUNITY* (London, The Foreign Policy Center, 2010).
- Hughes, Joanne, "Attitudes towards Equality in Northern Ireland," in *FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON 166* (Bob Osborne and Ian Shuttleworth eds., 2004).
- Johnson, Judith, *Rebuilding the Barriers: The Trend in Employment Discrimination Class Actions*, 19 *COLUMBIA HUMAN RIGHTS LAW REVIEW* 1 (1988).
- Kelman, Mark, *Market Discrimination and Groups*, 53 *STANFORD LAW REVIEW* 833 (2001).
- Klimov, Ruth, *ARABS AND JEWS IN THE ISRAELI LABOR MARKET* (Jerusalem, 1989).
- Lawrence, Charles, *The Id, the Ego and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 *STANFORD LAW REVIEW* 317 (1987).
- Lee, Julie, and Caitlin Liu, *Measuring Discrimination in the Workplace: Strategies for Lawyers and Policymakers*, 6 *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW SCHOOL ROUNDTABLE* 195 (1999).
- Lewin Epstein, Noah, and Moshe Semyonov, *THE ARAB MINORITY IN ISRAEL'S ECONOMY* (1993).
- Lobel, Orly, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 *MINNESOTA LAW REVIEW* 342 (2004).
- McCrudden, Christopher, Robert Ford, and Anthony Heath, *Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment*, 24 *OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 363 (2004a).
- , *The Impact of Affirmative Action Agreements*, in *FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON 124* (Bob Osborne and Ian Shuttleworth eds., 2004b).
- McCrudden, Christopher, Raya Muttarak, Heather Hamill, and Anthony Heath, *Affirmative Action Without Quotas in Northern Ireland*, 4 *EQUAL RIGHTS REVIEW* 9–11 (2009).
- McPherson, Mervyl, *DIVERSITY AND EQUALITY: EVIDENCE OF POSITIVE BUSINESS OUTCOMES AND HOW TO ACHIEVE THEM* (Equal Employment Opportunities Trust, New Zealand 2008).

- Mentzer, M. S., *The Canadian Experience with Employment Equity Legislation*, 15 (1) INTERNATIONAL JOURNAL OF VALUE BASED MANAGEMENT 35 (2002).
- Miller, Robert, *Social Mobility in Northern Ireland: Patterns by Gender and Religion*, in FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON 49–64 (Bob Osborne and Ian Shuttleworth eds., 2004).
- Miller, Richard E., and Austin Sarat, *Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 15 LAW AND SOCIETY REVIEW 525 (1981).
- Mundlak, Guy, *The Law of Equal Opportunities in Employment: Between Equality and Polarization*, 30 COMPARATIVE LABOR LAW AND POLICY JOURNAL 213 (2009).
- Myors, B., et al., “Perspectives from 22 Countries on the Legal Environment for Selection,” in HANDBOOK OF EMPLOYEE SELECTION 651–675 (James L. Fair and Nancy T. Tippins eds., 2010).
- Nelson, Tobin, *Word of Mouth Recruiting*, 68 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 449 (2006).
- Nott, Sue, *Accentuating the Positive: Alternative Strategies for Promoting Gender Equality*, in MAKING WOMEN COUNT: INTEGRATING GENDER INTO LAW AND POLICY MAKING (Fiona Beveridge, Sue Nott and Kylie Stephan eds., 2000).
- OECD REVIEWS OF LABOUR MARKET AND SOCIAL POLICIES: ISRAEL (2010).
- Osborne, Bob, and Ian Shuttleworth, *Fair Employment in Northern Ireland*, in FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON 1–3 (2004).
- Pasachoff, Eloise, *Special Education, Poverty and the Limits of Private Enforcement*, 86 (4) NOTRE DAME LAW REVIEW 1413 (2011).
- Rabin Margalioth, Sharon, *Labor Market Discrimination Against Arab Israeli Citizens: Can Something Be Done?*, 36 N.Y.U. JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY 845 (2004).
- Rattner, Arye, *The Margins of Justice: Attitudes towards the Law and the Legal System among Jews and Arabs in Israel*, 6 INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC OPINION RESEARCH 362 (1994).
- Russel, Raymond, *Employment Profiles of Protestants and Catholics: A Decade of Monitoring*, in FAIR EMPLOYMENT IN NORTHERN IRELAND: A GENERATION ON 24–48 (Bob Osborne and Ian Shuttleworth eds., 2004).

- Selmi, Michael, *The Price of Discrimination: The Nature of Class Action Employment Litigation and its Effects*, 81 TEXAS LAW REVIEW 1249 (2003).
- Shoben, Elaine, *Employee Recruitment by Design or Default: Uncertainty under Title VII*, 47 OHIO STATE LAW JOURNAL 891 (1986).
- Simon, William, *Solving Problems v. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism*, 46 WILLIAM AND MARY LAW REVIEW 127 (2005).
- Strum, Susan, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COLUMBIA LAW REVIEW 458 (2001).
- Thomas, Adele, and Harish C. Jain, *Employment Equity in Canada and South Africa: Progress and Propositions*, 15 INTERNATIONAL JOURNAL OF HUMAN RESOURCE MANAGEMENT 36 (2004).
- Verhoest, Koen, Guy B. Peters, Geert Bouckaert, and Bram Verschuere, *The Study of Organizational Autonomy: A Conceptual Review*, 27 PUBLIC ADMINISTRATION AND DEVELOPMENT 101 (2004).
- Waterstone, Michael, *A New Vision of Public Enforcement* 92 MINNESOTA LAW REVIEW 434 (2008).
- Weil, David, and Amanda Pyles, *Why Complain? Complaints, Compliance and the Problem of Enforcement in the US Workplace*, 27 COMPARATIVE LABOR LAW AND POLICY JOURNAL 59 (2006).
- Wolkinson, Benjamin, "Recruitment and Selection of Workers in Israel: The Question of Disparate Impact," 17(2) ETHNIC AND RACIAL STUDIES 261 (1994).
- , ARAB EMPLOYMENT IN ISRAEL: THE QUEST FOR EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY (1999).
- Yesilkagit, Kutsal, and Berend Snijders, BETWEEN IMPARTIALITY AND RESPONSIVENESS: EQUALITY BODIES AND PRACTICES OF INDEPENDENCE (2008).
- Zemans, Frances, *Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System*, 77 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 690 (1983).
- Zureik, Elia, Fouad Moughrabi, and Vincent F. Sacco, *Perceptions of Legal Inequality in Deeply Divided Societies: The Case of Israel*, 25 INTERNATIONAL JOURNAL OF MIDDLE EAST STUDIES 423 (1993).

Zussman, Assaf, *On the Sources of Discrimination against Minorities in the Marketplace: Evidence from Israel* (2011), Paper presented at the Israel Democracy Institute.

כתבות מהעיתונות

- Ynet, "תכנית לימודים: מנהיגות לשוויון וגיוון תעסוקתי", 24.4.2012.
- אזולאי, יובל, "משרד התחבורה ביטל תכנית לרכבת שתעבור ביישובים ערביים בצפון", **הארץ**, 14.12.2009.
- אילון, אה, "אפליה: מדרך למשתמש", **הארץ**, 4.4.2012.
- אלטמן, יאיר, "מפת פעילי הימין: כך תקנו רק מיהודים בשוק מחנה יהודה", **וואלה**, 26.7.2012.
- ארלוזורוב, מירב, "התמ"ת: הערבים משכילים מתמיד, והם מצפים לתעסוקה הולמת", **דה מרקר**, 27.3.2011.
- בסוק, מוטי, "בעקבות הקמפיין הממשלתי: 300 פניות להעסקת בני מיעוטים בשבוע", **דה מרקר**, 19.6.2012.
- גביוון, יורם, "למה כולם חוששים לגעת בכוגרי יחידת 8200?", **דה מרקר**, 26.11.2010.
- גלובס, "בנק משרות לעובדים ערבים יוקם ב-20 חברות הייטק מובילות", 7.2.2011.
- דטל, ליאור, גיא גרימלנד, ועידו סולומון, "פישר: אין ספק שפערי השכר בין ערבים ליהודים נובעים מאפליה", **דה מרקר**, 23.3.2011.
- ויסברג, הילה, "לגייס מחוץ לקופסה: גיוס מיעוטים עושה לארגון רק טוב", **דה מרקר**, 7.7.2011.
- וואלה, "פסק הלכה חדש: אסור להעסיק ערבים", 19.3.2008.
- גולף, פנחס, ואופק עיני, "ליברמן לא רוצה ערבים במשרד החוץ?", **וואלה! חדשות**, 24.8.2009.
- חורי, ג'קי, "תלונה לתמ"ת: ארקפה מפלה ערבים בקבלה לעבודה", **הארץ**, 7.6.2006.
- לוי, מוטי, "יוזמה בימין: 'תעודת כשרות' למי שלא מעסיק ערבים", **וואלה**, 26.1.2011.
- , "ביקוש ער לתעודת 'עסק נקי מערבים'", **וואלה**, 1.2.2011.
- ליונסון, חיים, "רבנים: להפריד את אורזי הקניות הערבים מהקופאות היהודיות", **הארץ**, 26.7.2011.

- מנור, הדס, "מכרז בין חברות בין לאומיות להקמת מרכז מו"פ בצפון", גלובס, 13.11.2008.
- סולומון, עידו, "הערבים עדיין בחוץ: שיטות הגיוס בהייטק לא מאפשרות גיוון אנושי", הארץ, 11.4.2008.
- , "אפליה על רקע מין", דה מרקר, 30.4.2009.
- , "מי מפחד לשמוע מבטא ערבי במקום העבודה", דה מרקר, 17.12.2009.
- , "הפירמות הגדולות לראיית חשבון לא רוצות סטאז'רים ערבים", דה מרקר, 26.8.2010.
- סלע נטע, "הרב קנייבסקי: לפטר עובדים ערבים בישיבות", ynet, 16.3.2008.
- קול, גיל, "המיעוטים יהפכו אותנו מסוּסיתא למרצדס", ynet, 29.3.2011.
- , "העדפת מילואימניקים על חשבון ערבים וחרדים?", ynet, 29.3.2011.
- קריסטל, מירב, "ארגונים לדפי זהב: אל תפרסמו עסקים גזעניים", ynet, 16.2.2011.
- רוזנר, טל, "ביהמ"ש הורה להוריד את אתר 'עבודה עברית'", ynet, 22.12.2004.
- רוז, הילה, "מה מחפשים משרדי עורכי הדין הגדולים בקורות החיים שלכם", דה מרקר, 4.1.2011.

لِنَقْضِ عَلَى اللّاهِ مَساواة

مواجهة التمييز ضدّ العرب في سوق العمل الإسرائيلي

تاليا شتاينر

إشراف: مردخاي كريمنتسر

ملخص

يحظر قانون تكافؤ الفرص في العمل على المشغّلين من القطاع الخاصّ التمييز ضدّ مرشحين للعمل وضدّ العمّال بذرائع مختلفة، بما فيها ذريعة القومية. لكن منذ سنّ هذا القانون قبل عقدين ونيف، لم يتمّ تطبيقه في سياق التمييز ضدّ السكّان العرب، إلّا في عدد قليل من الحالات علماً بأنّ عدم التطبيق يجعل واقع التمييز الممارس ضدّ المواطنين العرب مستمرّاً دون أيّ معارضة أو تحدّ.

إنّ التمييز على خلفيّة القومية هو أحد أسباب الفجوات الكبيرة الموجودة اليوم في إسرائيل بين اليهود والعرب في نسبة البطالة، مجالات التشغيل ومستوى الدخل. هذه الفجوات تضرّ بالاقتصاد الإسرائيلي، بل ما هو أهمّ من ذلك، أنّها تمسّ بالتضامن الاجتماعيّ وتعزز الإحساس بالاعتراّب والحرمان لدى السكّان العرب. تعرض الدراسة التالية نموذجاً جديداً لمواجهة التمييز على خلفيّة قومية، بهدف توفير قدر أكبر من تكافؤ فرص في مجال العمل للعرب في إسرائيل.

نستطيع أن ننسب عدم تطبيق القانون القائم إلى عاملين أساسيين:

1. يعتمد جهاز تطبيق القانون على تقديم شكوى أو دعوى من طرف المتضرّر: تؤدّي عوائق مختلفة إلى امتناع الكثير من المتضرّرين من التمييز عن تقديم شكواى ودعوات. على الرغم أنّ هذه العوائق تؤثر على المتضرّرين من التمييز على جميع أنواعه، إلّا أنّها تنعكس بقوة عند السكّان العرب خاصّة. وبما أنّ تطبيق القانون منوط باتّخاذ خطوات من جانب المتضرّرين، فإنّ مدى معالجة التمييز

منوط بالخطوات المتخذة من قبل المجموعات التي تعاني من التمييز. النتيجة هي أنّ القانون أكثر نجاعة في علاج التمييز على خلفية الجندر والجيل، ويكاد لا يعالج التمييز على خلفية القومية.

2. **يتطرق القانون إلى جانب محدود جداً من ظاهرة التمييز في التشغيل:** إن جهاز التطبيق الذي يتضمنه القانون، أي الدعوى القضائية، تمت ملاءمته لمواجهة التمييز الذي ينعكس في قرارات محددة وواضحة، يتم اتخاذها بناءً على اعتبارات فيها تمييز. إلا أنّ إقصاء العرب عن الفرص التشغيلية ينبع أيضاً، وربما بالأساس، من تصرفات متعددة، معظمها غير رسمية، بل لا تتم عن وعي، مثل: ثقافة المؤسسة، التشبيك الاجتماعي وأنماط التقييم. لذلك فإنّ الجهاز الذي يقترحه القانون ملائم لعلاج عدد ضئيل من حالات التمييز ويمتنع عن التطرق إلى جوهر هذه الظاهرة.

معنى هذين العاملين هو أن مواجهة المناسبة للتمييز على خلفية قومية، يجب أن تتم في إطار نموذج مبادر لا كرد فعل، على أن يعالج الظاهرة بأكملها، وأبعادها البنوية. الاستنتاج الرئيسي من هذه الدراسة هو أنّه لا يجب الاكتفاء بالإشراف الخارجي على سلوك المشغلين من خلال التهديد بدعوة قضائية، بل يجب تجنيدهم كشركاء حيويين لإحداث تغيير جوهري في أنماط التشغيل في سوق العمل الإسرائيلي. يجب أن يطالب المشغلين باتخاذ خطوات داخل منظماتهم لإزالة العوائق الموجودة عندهم "داخل البيت"، ويجب القيام بذلك بإرشاد المراقب الحكومي وتحت إشرافه. وبالإضافة إلى التطبيق التقليدي من خلال الإجراءات القانونية، نوصي بتطوير منظومة أوسع من الأدوات لتشجيع التعاون من جانب المشغلين.

تشير الدراسة إلى لاعب مؤسسي يمتلك قوة كبيرة على استيعاب هذا التوجه، بكل ما يتعلق بالتمييز في العمل والتمييز على خلفية قومية على حدّ سواء. نعني هنا مفوضية تكافؤ الفرص في العمل التي شكلتها وزارة الصناعة والتجارة والاستخدام في عام 2008، وذلك لتعزيز التطبيق المدني لقوانين المساواة في العمل على المشغلين. المفوضية قادرة على العمل المتعدد المجالات واتخاذ تشكيلة من الأساليب والوسائل، للنهوض الفعّال بالمساواة في التشغيل، بالإضافة إلى معالجة الشكاوى وملاحقة الدعوات القضائية. منذ أن شكّلت، تسعى المفوضية أيضاً إلى تجنيد المشغلين ومنظمات المجتمع المدني للتعاون فيما بينها.

إنّ إنشاء مفوضية تكافؤ الفرص في العمل هي فرصة ذهبية لعلاج بعض آفات النظام الحالي. لكن دون هيكلة سليمة لجوهر المفوضية وأسلوب عملها، فإنّها قد تعزز الإخفاقات الحالية. على سبيل المثال، تتراوح نسبة الشكاوى المقدمة للمفوضية بسبب

التمييز على خلفية قومية بين 2% و 4% من مجمل الشكاوى، بينما نسبة الشكاوى التي تم تقديمها بسبب التمييز على خلفية الجندر (الجنس، الحمل، الوالية) تتراوح بين 42% و 48%. بالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه منذ إنشائها شاركت المفوضية في أكثر من 30 دعوى قضائية، تناولت 3 فقط من بينها ذريعة القومية.

فحص مفوضية تكافؤ الفرص الإسرائيلية بناءً على معايير الاتحاد الأوروبي لتقييم الهيئات الداعمة للمساواة، كشفت إفاقات في قدرتها على العمل وفق النموذج التنظيمي الجديد. وعلى خلفية هذا الفحص المقارن، فإن الاستنتاجات والتوصيات الرئيسية بالنسبة لمفوضية تكافؤ الفرص هي كالتالي:

1. **الاستقلالية:** ما يميز مفوضية تكافؤ الفرص في العمل حالياً، هو عدم الاستقلالية بسبب تبعيتها الرسمية لوزير الصناعة والتجارة والاستخدام، وتبعيتها المهنية للمستشار القضائي للحكومة. يُضعف عدم استقلالية المفوضية مدى ثقة مشتكين محتملين بها، يمس بقدرتها لإبداء رأيها الموضوعي أمام المحكمة والكنيست ويمس أيضاً بقدرتها على العمل ضد التمييز في الهيئات الحكومية. ومن هنا نوصي بتحويلها إلى سلطة مستقلة، وتنظيم حقها في التعبير عن موقفها المهني، حتى إذا اختلف عن موقف المستشار القضائي للحكومة، وتعزيز مكانتها في فرض المساواة في مواجهة الخدمة العامة.
2. **القوى البشرية:** يعمل في مفوضية تكافؤ الفرص في الوقت الراهن تسعة موظفين، معظمهم محامون يتناولون علاج الشكاوى وإدارة إجراءات الملاحقة القضائية. وهناك حاجة إلى إضافة ملاكات، وذلك لتمكين المفوضية من توسيع نشاطاتها لتشمل مجالات غير قضائية، وهناك أهمية خاصة لإضافة موظفين مختصين في تطوير علاقات المشغلين بالإضافة إلى الإرشاد، التوعية والبحث.
3. **مجال الصلاحيات:** على ضوء الصلة الوثيقة بين التمييز في سوق العمل والتمييز في تقديم الخدمات، نوصي بتوسيع تدريجي لصلاحيات مفوضية تكافؤ الفرص في العمل، لتشمل مجالات أخرى بالإضافة إلى مجال التشغيل.
4. **إتباع نهج يعتمد على المبادرة بالنسبة للتمييز على خلفية قومية:** لقد حددت المفوضية في برنامج عملها التمييز على خلفية قومية على أنه إحدى المبادرات الثلاث الأولى في سلم أولوياتها، لكنها تختار الملفات التي تعنتي بها من بين الشكاوى المقدمة لها. لقلّة الشكاوى المقدمة لها من قبل السكان العرب، الاعتماد على الشكاوى يعزز تدني حالات تطبيق القانون ضدّ هذه الظاهرة. إن على

المفوضيّة أن تأخذ زمام المبادرة لزيادة وعي السكّان العرب، بهدف زيادة عدد الشكاوى المقدّمة، كما أنّ عليها استخدام صلاحيّاتها في إجراء التحقيقات، للكشف على حالات التمييز، حتى لو لم تقدّم شكوى مسبقاً.

يجب أن ترافق التغييرات المؤسسية في مفوضيّة تكافؤ الفرص في العمل، سياسة تهدف إلى تحويل موقف المشغلين من موقف الملتزمين بواجب الامتناع عن التمييز، إلى موقف المبادرين إلى إزالة العوائق، وضمان تكافؤ الفرص. فمنذ عقد ونيف يُفرض على الدولة واجب المبادرة في توفير التمثيل اللائق للسكّان العرب في الخدمة العامة. لكن هذا الواجب لم ينفذ بشكل كاف، إذ منذ سنوات والدولة لا تحقق الأهداف الرقمية التي حدّدت لها، وعليه:

✓ في المرحلة الأولى يجب العمل بشكل مكثف لتوفير التمثيل اللائق في الخدمة العامة. إنّ هذا شرط ضروريّ ومسبق لفرض واجبات جديدة على مشغلي القطاع الخاصّ. وفي الوقت نفسه يجب زيادة الاستعداد الموجود فعلاً لدى المشغلين في القطاع الخاص من خلال زيادة التوعية بنوع الخطوات التي يمكن اتّخاذها، لزيادة نسبة الموظّفين العرب من مجمل الموظّفين، إضافة إلى تقديم خدمات استشاريّة وتأهيلية للمشغلين المعنّيين بذلك.

✓ في المرحلة الثانية يجب فرض واجب أخذ زمام المبادرة بمكافحة المساواة على الدائرة الثانية من المشغلين في القطاع الخاصّ - المرتبطين بالقطاع العام، بما في ذلك الشركات الحكوميّة والمشاركين بمعطاءات حكوميّة والحاصلين على هبات حكوميّة. وسيكون هذا الواجب أقل صرامة من الواجب المفروض على الدولة، لأنّه لن يُلزم المشغلين ببلوغ هدف محدّد من حيث العدد أو انتهاج التمييز التصحيحي، أما سوف يُلزمهم بمراقبة تشكيلة القوى العاملة عندهم على خلفية قوميّة، والعتور على حالات من نقص التمثيل، تشخيص العوامل المؤدّية إليهم وإبلاغ المفوضيّة بكل ذلك. وبناءً على التشخيص، يُلزم المشغلون بوضع برنامج - بمساعدة مفوضيّة تكافؤ الفرص - من أجل مواجهة العوائق التي اكتشفت. وسوف يشمل برنامج المساواة خطوات من بينها المبادرة إلى الإعلان عن وظائف شاغرة في أوساط السكّان العرب، إقامة دورات تأهيلية مخصّصة للمرشّحين العرب وإجراء التغييرات المطلوبة في إجراءات تصنيف وتقييم المرشّحين. وترافق المفوضيّة عملية وضع البرنامج وتطبيقه، كما أنّ من صلاحيتها أن تقرر هذه الواجبات على المشغلين إذا اقتضت الحاجة. لكي تكون مرافقة المشغلين ومدى التطبيق فعّالين، يجب إضافة قوى عاملة للمفوضيّة تختص بالقيام بذلك.

وهناك نقطة هامة أخرى هي العائق الهيكلي الذي تفرضه متطلبات التصنيف الأمني والخدمة العسكرية. إن هذا العائق واسع الانتشار، ويؤدي إلى إقصاء مرشحين عرب عن الوظائف وأماكن العمل. علما بأن إسرائيل لا تتبع الشفافية بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذه المتطلبات، يقتضي هذا الوضع فحص ما إذا كانت هذه المتطلبات تقتصر على الحالات الضرورية، وما إذا كانت هناك جهات مختلفة تتذرع بالمتطلبات الأمنية دون وجه حق.

✓ نوصي بإنشاء تعاون بين مفوضية تكافؤ الفرص في العمل وبين جهاز الأمن العام (الشاباك)، لتعمل هاتان الهيئتان معاً على تخفيض المتطلبات إلى أدنى حد، وإزالة الضبابية القائمة في الموضوع والعمل المشترك ضدّ المشغلين اللذين يتذرعون بالمتطلبات الأمنية دون وجه حق.

إنّ تعزيز مفوضية تكافؤ الفرص في العمل، بالتزامن مع فرض واجب السعي لإزالة العوائق على المشغلين، من شأنهما إحداث تغيير فعليّ بوضع فرص العمل بالنسبة للسكان العرب في إسرائيل. كما أنّ دعم سياسة من هذا النوع يعبر عن التزام الدولة بقيمة المساواة وعن جهودها لتقليص الفجوات بين السكان اليهود والعرب. وعدا التحسن الكبير المتوقع في حياة المواطنين العرب، يتوقع أن يعود ذلك بالفائدة الاقتصادية والاجتماعية على جميع سكان إسرائيل.

Combating Discrimination against Arabs in the Israeli Workforce

Talya Steiner

Supervised by Mordechai Kremnitzer

Policy Paper 97

Jerusalem, May 2013



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor (Hebrew): Daphna Schweppe
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-122-6

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

E-mail: orders@idi.org.il

Website: <http://en.idi.org.il>

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Copyright © 2013 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All IDI publications may be downloaded for free in full or in part at our website.

Abstract

The 1988 Equality of Opportunity in Employment Law (hereinafter: “the Law”) prohibits private and public employers from discriminating against job candidates and employees on the basis of various characteristics, including nationality. Yet, since its enactment more than two decades ago, the Law has rarely been applied in cases of discrimination against the Arab population, enabling this practice to persist unchallenged.

Discrimination on the basis of nationality is one of the contributing factors to the broad disparities between Jews and Arabs in Israel in unemployment rates, fields of employment, and income levels. These disparities adversely affect the national economy, but more importantly, they erode social solidarity and reinforce feelings of alienation and deprivation among the Arab population. This policy paper proposes a new model for combating nationality-based discrimination, seeking to create more equal employment opportunities for Arabs in Israel.

There are two reasons for the inadequate enforcement of the existing Law:

1. **The enforcement system requires victims to file complaints or lawsuits:** Certain technical and psychological obstacles deter many victims of discrimination from initiating enforcement procedures. These obstacles affect victims of all sorts of discrimination, but are manifested most acutely among the Arab population. As enforcement is contingent on victim-initiated action, discrimination

* Translated by Zvi Ofer.

is addressed only to the extent to which the Law is invoked by its victims. Under such circumstances, the Law is more effective in handling gender and age-based discrimination and is nearly irrelevant in dealing with bias based on nationality.

2. **The Law addresses a highly limited aspect of employment-related discrimination:** The Law's present enforcement system that involves legal proceedings is capable of coping only with situations in which specific decisions are made that are clearly based on discriminatory premises. However, exclusion of Arabs from employment opportunities is due also—and perhaps primarily—to a broad spectrum of behavioral patterns, most of them informal and even unintentional, such as organizational culture, social networking, and evaluation procedures. These cannot be tackled through litigation. Therefore, the current system addresses only the tip of the discrimination iceberg.

Considering the above factors, **nationality-based discrimination must be addressed through a proactive (rather than reactive) model that takes into account the more subtle, structural aspects involved. This study's primary conclusion is that carrying out only external supervision over employer behavior while threatening violators with lawsuits is ineffective. Instead, employers should be recruited as vital partners in the effort to achieve comprehensive change in hiring patterns.** Employers should lead an intra-organizational process to eliminate obstacles to equality at their workplaces, under the supervision of the regulatory authorities. The study recommends that traditional enforcement via litigation should be accompanied by the development of a broader set of tools to encourage employer cooperation.

The study points to **an institutional actor that has great potential for assimilating this new regulatory approach** with regard to

discrimination in employment in general and discrimination on the basis of nationality in particular, namely, the **Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)**, established as part of the Ministry of Industry, Trade, and Labor in 2008. The EEOC was established to reinforce the civil enforcement system, but it has the capacity to operate in a broader manner, adopting a range of means and methods for active promotion of equality in employment, besides responding to complaints and filing lawsuits. Since its inception, the EEOC, in addition to handling complaints of discrimination and conducting litigation, has been encouraging employers and civil social organizations to cooperate with one another.

The establishment of the Equal Employment Opportunity Commission provides an excellent opportunity to correct some of the flaws of the present system. However, if its purpose and nature are not properly structured, it may ultimately perpetuate the existing flaws. To demonstrate this point, of all the complaints filed with the EEOC annually, 42–48% are complaints related to gender-based discrimination (sex, pregnancy and parenting), as opposed to nationality-based complaints which constitute only 2–4%. Since its inception the EEOC has been involved in more than thirty law suits, only three of which dealt with nationality-based discrimination.

By assessing the Israeli Commission's structure and powers against EU standards for evaluation of equality-promoting bodies, certain deficiencies in its ability to act according to the new regulatory model become evident. Taking this comparative assessment into account, the study's chief conclusions and recommendations regarding the EEOC are as follows:

1. **Independence:** At present, the EEOC lacks autonomy because of its institutional subordination to the Minister of Industry, Trade, and Labor and its professional subordination to the Attorney-

General. This situation lessens potential complainants' trust in the system, adversely affects the Commission's ability to express its professional opinion freely before the courts and the Knesset, and weakens its power to take action against discrimination in government agencies. Consequently, the study recommends that the EEOC be rendered an independent authority, guaranteeing its right to express its professional opinion—even when it differs from that of the Attorney-General—and reinforcing its power to enforce equality in public service.

2. **Personnel:** The EEOC staff now consists of nine persons, most of them attorneys who handle complaints and conduct litigation. More positions are required for expansion of crucial Commission activity beyond the legal sphere. Particularly required are staff members responsible for developing ties with employers, as well as consultants, public relations professionals, and researchers.
3. **Authority:** Considering the close correlation between discrimination in the job market and in provision of services, the EEOC's authority should be extended gradually beyond the sphere of employment alone.
4. **Proactive Approach to Nationality-Based Discrimination:** In its strategic plan, the EEOC defined nationality-based discrimination as one of its three flagship initiatives. At present, however, it deals primarily with complaints received in its capacity as a litigating body. As so few of these complaints are submitted by Arabs, this situation perpetuates under-enforcement. Consequently, the EEOC should take proactive steps to increase awareness among the Arab population regarding options for filing complaints and should apply its investigative authority to identify cases of nationality-based discrimination even if no prior complaint has been filed.

Institutional changes in the EEOC should be accompanied by the implementation of a policy aimed at shifting employers from a

passive state of merely refraining from discrimination to proactive efforts aimed at removing the relevant obstacles and ensuring equal opportunities. For over a decade, the State has been legally required to achieve appropriate representation of the Arab population in the civil service by way of affirmative action, but the stipulated statistical goals have systematically not been achieved. Consequently:

- ✓ **Intensive efforts must be made to meet the appropriate representation goals in civil service.** This is a necessary condition and prerequisite for imposing new obligations on private employers. At the same time, the EEOC should encourage private employers to voluntarily take steps to increase representation of Arabs among their employees by increasing awareness about the type of measures that can be taken, accompanied by provision of consultation and training services.
- ✓ **Subsequently, an active obligation to promote equality should be imposed on private employers connected with the public sector, including government corporations, bidders for government tenders, and government grant recipients.** This obligation will be more lenient than the one applied to the State, as it will not define statistical targets or mandate affirmative action. Employers will be obligated to monitor the composition of their workforce in terms of nationality, identify under-representation, assess its causes, and report their findings to the EEOC. Based on their analysis, the employers will be obligated to draft an equality plan—with the EEOC’s assistance—to cope with the obstacles uncovered. Equality plans will include measures such as targeted publicizing of available jobs among the Arab population, providing unique training courses for Arab candidates, and instituting the requisite changes in candidate selection and evaluation procedures.

Implementation of the equality plans will be monitored by the EEOC, who will enforce the obligations when necessary. To ensure high quality of employer mentoring and enforcement, personnel should be added to the Commission for these specific purposes.

Another important point to be considered is the structural barrier resulting from security clearances and military service requirements. This is a very common barrier that excludes Arab candidates from jobs and workplaces. As transparency is often denied when security concerns are raised, it is difficult to determine whether the requirements are being invoked in a proportional manner and whether they are always justified.

- ✓ **We recommend establishing cooperation between the EEOC and the Israel Security Agency** to increase transparency around this issue, ensure that security concerns are invoked only when absolutely necessary, and enable joint action against employers who apply security restrictions without legal foundation.

Strengthening the EEOC and obligating employers to become active in eliminating obstacles to equality can bring about substantive change in the map of employment opportunities for the Arab population of Israel. Promotion of such a policy will express the State's commitment to equality and its efforts to narrow disparities between its Jewish and Arab populations. Besides markedly improving the lives of Arab citizens, the proposed changes will also prove economically and socially beneficial for the entire population of Israel.