

**בתי הדין לעבודה**

בש"א 003863/09		בית הדין האזורי לעבודה ת"א - יפו	
בש"א 003905/09			
בש"א 004161/09			
בתיק עיקרי: עב 4516/09			
תאריך: 08/09/2009		כב' השופטת אהובה עציין נ.צ. - עו"ד שמעון לפיד (ע) נ.צ. - מר זאב פוטרמן (מע)	בפני:

**בעניין:**

עבדולכרים קאדי ואח'  
ע"י ב"כ עו"ד תאופיק טיבי  
ספיבק  
סאוסן זאהר  
נ ג ד

**המבקשים**

1. רכבת ישראל

2. חב' השמירה בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד 1. רובין + אייל לוי

2. שלום בר

נ ג ד

**המשיבים**

נציבת שיויון הזדמנויות בעבודה  
ע"י ב"כ עו"ד ציונה קניג-יאיר

**משיבה פורמלית****החלטה**

1. לפנינו בקשה לסעד זמני במסגרתו עותרים המבקשים לבטל את החלטת המשיבה 2 להעבירם מתפקידם כתצפיתנים ו/או סיירים ו/או מפקחי מפגשים (להלן: "התצפיתנים"/"המפקחים") בשירות המשיבה 1.

**2. רקע עובדתי וההליכים:**

א. המשיבה 1 (להלן: "רכבת ישראל") היא חברה ממשלתית המפעילה את שירותי הרכבות במדינת ישראל. בשנת 2006 אירעה תאונת רכבת קטלנית בבית יהושע אשר קיפחה חייהם של 5 מנוסעי הרכבת והביאה לפציעתם של 76 איש. בעקבות כך, הוקמה ועדת חקירה בראשותו של אלוף (במיל') יוסי פלד (להלן: "ועדת פלד") אשר חקרה את נסיבות האירוע וגיבשה מסקנות מתאימות. המלצות הועדה עסקו בהקמת הפרדה מפלסית בין כבישי ישראל למסלול הרכבת, הצבת אמצעים טכנולוגיים לאיתור מפגעים ותקלות וכן בהצבת מפקחים בנקודות מפגש כביש-רכבת זאת, עד להטמעת החלופות אותן ציינו לעיל באופן מלא (סעיף 5.7. לדו"ח הועדה).

ב. בעקבות מסקנות הועדה, החלה רכבת ישראל בגיוס מהיר של תצפיתנים ומפקחים למפגשי הרכבת השונים (להלן: "הפרויקט") זאת, באמצעות חברה למתן שירותים, חברת השמירה (להלן: "המשיבה 2"/"השמירה"). ההתקשרות האמורה התבצעה מיידית מבלי שנערך מכרז מתאים תוך קביעת תנאי סף בסיסיים וכלליים.

ג. ביום 02/06/08 פרסמה רכבת ישראל שני מכרזים מתאימים להפעלת מערך התצפיתנים האחד במרחב צפון ומרכז והשני באזור הדרום (להלן: "המכרז"). חברת השמירה שהתמודדה במכרזים אלו, הפסידה בשני המכרזים כשחברת מודיעין אזרחי

זכתה במכרז הנוגע לאיזור צפון-מרכז וחברת רשף זכתה במכרז הנוגע לאיזור הדרום.

ד. חברת השמירה הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב במסגרתה עתרה לביטול זכייתה של חברת מודיעין אזרחי שכן, לטענתה הגישה תצהיר כוזב במסגרת הליך המכרז. טענתה זו התקבלה ובסופו של דבר, הצעתה של מודיעין אזרחי נפסלה וחברת השמירה זכתה במכרז בהתייחס לאיזור צפון-מרכז. בין הזוכות במכרז לבין רכבת ישראל נחתם מתאים במסגרתו נקבע כי העבודה המשותפת תחל מיום 01/04/09.

ה. במסגרת המכרז, כללה רכבת ישראל מספר דרישות לעניין תפקיד תצפיתנים וסיירים וביניהן דרישת שירות צבאי (רובאי 02).

ו. בעקבות דרישות המכרז במסגרתן נכללה דרישת שירות צבאי, מסרה חברת השמירה לעובדים שאינם עונים על דרישה זו כי עבודתם במסגרת הפרוייקט תופסק, לחלקם נמסרו הודעות בדבר ניוודם מתפקידם כאשר חלקם קבלו הודעה בדבר הפסקת עבודתם.

ז. בעקבות הודעות אלו הגישו המבקשים ביום 06/04/09 בקשה לסעד זמני לפיו יורה בית הדין על ביטול פיטוריהם (בש"א 3863/09) בו ביום ניתנה החלטת ראש המותב (א.ע.) לפיה עד להחלטה אחרת יוותר מצבם המשפטי של המבקשים ללא שינוי. בקשה דומה נוספת הוגשה ביום 13/04/09 ביחס למבקשים נוספים (בש"א 3905/09), נדונה בפני כב' השופטת גילצר-כץ ובהמשך אוחדה במסגרת הדיון בפנינו לבקשות אלו הצטרפו מבקשים נוספים שהועסקו על ידי חברת השמירה בפרוייקט ועניינם דומה לזה שנדון בבקשות שצינו לעיל. בשלב מאוחר יותר, הוגשה בקשה דומה נוספת במסגרת בש"א 4161/09.

ח. ביום 19/04/09 נערך בפנינו דיון במסגרתו העיד המבקש עבדולכרים קאדי בנוסף העידו יהודה שקד, מנהל אגף פיקוח בטיחות ברכבת ישראל (להלן: "יהודה שקד"/"שקד") וכן רוני לוי, סמנכ"ל חברת השמירה (להלן: "לוי"). במהלך הדיון הופיעה עו"ד סאוסן זהר נציגת ארגון עדאלה וביקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט" וביום 04/05/09 התקבלה בקשתה. בהמשך, קיבלה על עצמה עו"ד זהר יצוגם של שני מבקשים נוספים לבקשה (בש"א 4161/06 עב 4962/09), בשיתוף עם עמותת "סאוט אל עמל" ומשכך משכה בקשתה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט. במסגרת הבקשה, הגישו המבקשים תצהירים אולם לא התייצבו לדיון שנערך ביום 14/06/09 שכן לטענת באת כחם, לא ניתנה החלטה מתאימה בדבר צירופם לתיק עובר לדיון שנקבע.

ט. לאחר הדיון מיום 19/04/09, נועדו נציגי רכבת ישראל עם נציגי משרד המשפטים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה ונציבת שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: "הנציבה") ביחס לקריטריון שנקבע במכרז, לעניין שירות צבאי. בהמשך, ביום 07/05/09, הודיעה רכבת ישראל כי חזרה בה מדרישת השירות הצבאי במסגרת המכרז והציבה קריטריונים חדשים (להלן: "הקריטריונים החדשים"):

1. חלופה ראשונה - קיומם של שלושה תנאים מצטברים:

א. רציפות תעסוקתית (לרבות שירות צבאי) של 18 חודשי עבודה במקום אחד (להלן: "הקריטריון הראשון" / "רציפות תעסוקתית").

ב. נסיון בעבודה (לרבות במסגרת שירות צבאי) במשמרות (יום ולילה) של לפחות 4 שעות בכל משמרת, תוך התנהלות עצמאית (להלן: "הקריטריון השני" / "עבודה במשמרות").

ג. עבודה בחברה, מוסד או ארגון (לרבות במסגרת שירות צבאי) בעל מבנה ארגוני היררכי בתפקיד המחייב התנהלות על פי מערכת נהלים פנימית מוגדרת (להלן: "הקריטריון השלישי" / "עבודה בארגון היררכי").

2. חלופה שניה: נסיון של 12 חודשי עבודה כסייר/תצפיתן במפגש כביש-מסילת רכבת".

י. רכבת ישראל טענה כי תנאים אלו ענייניים, אינם מעלים חשד לאפליה ועתרה לביטול הצו הזמני

שניתן בעניין המבקשים.

בו ביום, התקבלה בבית הדין עמדתה של נציבת שוויון הזדמנויות בעבודה לפיה הקריטריונים החדשים שקבעה רכבת ישראל הינם לגיטימיים ואינם מעלים חשש לאפליה כלשהיא (להלן: "חוות הדעת הראשונה").

בהמשך ולאחר שנפגשה עם נציגי המבקשים, הגישה הנציבה חוות דעת מתוקנת מטעמה במסגרתה הודיעה כי סבורה שאף התנאים החדשים שהציבה הרכבת מעלים חשש לאפליה (להלן: "חוות הדעת השניה").

יא. לאחר שנתקבלה הודעת הרכבת בדבר השינוי בקריטריונים, נערך בפנינו דיון, במסגרתו טענה הרכבת כי מרבית המבקשים נכנסים בגדרם והדיון בעניינם מתייחר כאשר אך 6 מתוך 43 המבקשים אינם עונים לקריטריונים החדשים, בדיון זה העיד יהודה שקד בלבד.

יב. בפתח הדברים נבהיר כי מדובר בבקשה לסעד זמני, והיות ולא נפרשה בפני בית הדין מסכת ראיות מלאה ומקיפה על כלל העובדות והטיעונים הרלוונטים, ממילא כל שיאמר להלן אינו בא לחרוץ דין בשאלות היסוד שיעמדו לדיון ולהכרעה בתובענה העיקרית וכל קביעותינו בהחלטה זו אינן אלא לכאורה בלבד וככל שהדבר דרוש בהליך דהכא {ראה דב"ע נב/ 42-9 חפץ - אגד בע"מ, (לא פורסם, ניתן ביום 20/11/91)}.

להלן נפרש טענות הצדדים, נציין כי המבקשים יוצגו בהליך על ידי שני באי כח כאמור, עו"ד טיבי בשיתוף עם עו"ד ספיבק מהקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת תל אביב וכן עו"ד סאוסן זהר מארגון עדאלה, מצאנו להתייחס לטענותיהם כמקשה אחת שכן מרביתן היו זהות במהותן.

### 3. טענות המבקשים:

א. רכבת ישראל בחרה להדיר את אזרחי ישראל הערביים משורותיה ומשכך, קבעה תנאי במכרז לפיו רק בוגרי צבא יוכלו לאייש משרת מפקחי מפגשים. לאחר קביעת התנאי האמור, פיטרה משורותיה עשרות עובדים ערביים באופן מפלה ובוטה ובניגוד לסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ט-1998 (להלן: "החוק"/"חוק שוויון הזדמנויות"), חוק יסוד כבוד האדם וחירותו התשנ"ב-1992 ואמנות בינלאומיות.

ב. דרישת שירות צבאי אינה רלוונטית לתפקיד תצפיתן והדבר מהווה אפליה כלפי בני המגזר הערבי שכידוע אינם משרתים בצבא, על פי חוק.

ג. העובדה כי רכבת ישראל עושה שימוש בקבלן שירותים ואינה מעסיקה את המבקשים באופן ישיר אין פירושה כי בית הדין נעדר סמכות לדון בבקשה שכן, הגם ומעסיקתם היא חברת השמירה הרי שהחלטה בדבר הפסקת עבודתם נבעה מהחלטת הרכבת שהשתמשה בשירותיהם והעסיקה אותם בפועל. יש לפרש את חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק בית הדין לעבודה") וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה באופן תכליתי כך שלא תסוכל מטרתם תוך פגיעה בזכויות המבקשים ותוך נקיטת אפליה פסולה.

ד. התובעים הראו כי לא נפל פגם בתפקודם באופן שהצדיק את פיטוריהם משכך, נטל ההוכחה בעניינינו מוטל על רכבת ישראל להראות כי הפיטורים נעשו מטעמים ענייניים וכי הקריטריונים שקבעה אינם נגועים באפליה.

ה. ההלכה לפיה בית הדין אינו מתערב בהחלטות מעביד שעניינן פיטורי עובדים אינה חלה בעניינינו שכן בפני בית הדין ניצבת טענה כבדת משקל לאפליה מצידה של רכבת ישראל.

ו. הקריטריונים החדשים כקודמיהם, אף הם נגועים באפליה פסולה ומהווים "אותה גברת בשינוי אדרת" כאשר הכנסת דרישת השירות הצבאי לתוך סוגריים אינה מכשירה אותם.

- ז. שירות צבאי הינו שירות חובה ואין לראות בו כנסיון תעסוקתי שכן איננו עבודה.
- ח. רובם המוחלט של אזרחי ישראל היהודים משרתים בפועל בצבא שירות מלא שכן, מדובר בשירות חובה כאשר נדירים המקרים בהם חיילים בחובה משתחררים במהלך שירותם. יוצא איפוא כי כל אדם ששירת בצבא עונה לקריטריונים שקבעה רכבת ישראל, ללא קשר לאופי התפקיד שביצע או לאופן ביצועו.
- לעומת זאת, במצב התעסוקתי השורר במשק, רבים מהעובדים מתקשים לצבור ותק של ממש במקום עבודתם. כידוע, מרבית המעסיקים בוחרים להעסיק עובדים לפרק זמן קצר בכדי להתחמק מחבויותיהם ומהענקת זכויות סוציאליות לעובד כנדרש בחוק. הדבר מקבל משנה תוקף אף לאור הוראות **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם**, התשנ"ו-1996, כאשר מעסיק עושה כל שביכולתו להימנע מהעסקה בת למעלה מתשעה חודשים בכדי למנוע קביעות מעובדי קבלן המועסקים בעסקו.
- ט. מחקרים מראים כי המגזר הערבי מופלה לרעה בשוק העבודה הישראלי ודרישת ותק כה ממושכת, כאמור בקריטריון הראשון שקבעה הרכבת, מדיר בפועל קבוצה שלמה של עובדים מהמגזר הערבי. המחוקק יצא חוצץ כנגד אפליה על רקע לאום כבעניינינו בסדרת חוקים כאשר דרישות הרכבת הגם ונושאות אופי נייטרלי בפועל מדירות בפועל את המגזר הערבי משורותיה.
- י. הקריטריון השני אותו קבעה הרכבת בדבר נסיון בעבודה במשמרות וכן, הקריטריון השלישי בדבר עבודה בארגון היררכי הינם עמומים כאשר רק חלק מאלו שלא שירתו בצבא עומדים בו בעוד שכל אדם אשר שירת בצבא בכל תפקיד שהוא, עומד בקריטריון זה ללא קושי.
- י"א. הנציבה אף היא תומכת בטענות המבקשים לפיהם הקריטריונים החדשים שקבעה הרכבת מהווים אפליה ומדירים את המגזר הערבי משורותיה ויש ליתן לעמדתה זו משקל נכבד.
- י"ב. המבקשים הגישו תצהירים במסגרת הבקשות, עובר לדיון הראשון שנערך בעניינם, לאחר השינוי בקריטריונים נמנעו מלהגיש תצהירים שכן, הרקע העובדתי הרלוונטי מבחינתם נותר כשהיה, מה גם שחברת השמירה נמנעה מלהגיש תצהיר מטעמה כאשר רק במהלך דיון ההוכחות השני שנקבע, נקבה רכבת ישראל בשמות העובדים שאינם עונים לקריטריונים החדשים, מידע שלא היה בידי המבקשים קודם לכם ומשכך לא היה בידיהם להגיש תצהירים מתאימים.
4. **עמדת נציבת שוויון הזדמנויות בעבודה :**
- הנציבה צירפה לתיק בית הדין שתי חוות דעת מטעמה כאמור, תחילה הודיעה כי סבורה שהקריטריונים החדשים אינם מעלים חשש לאפליה. לאחר שנועדה עם נציגי המבקשים הודיעה כי קיים חשש לפיו הקריטריונים החדשים נגועים באפליה, להלן נפרש עמדתה בקצרה:
- א. הצבת דרישה של שירות צבאי ביחס לתפקיד מפקחי מפגשים איננה ממין העניין שכן איננה רלוונטית לדרישות התפקיד ומהווה אפליה עקיפה. הגם ורכבת ישראל חזרה בה מדרישתה זו הרי שיש לבחון הקריטריונים החדשים בשים לב לדרישתה זו.
- ב. נטל ההוכחה בעניינינו מוטל על רכבת ישראל לאור הוראות סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות.
- ג. יש להבחין בין "תנאי סף" המהווים מסננת ראשונית במסגרת קבלה לעבודה לבין "תנאי קבלה" המהווים שלב נוסף בהליך הקבלה.
- ד. יש לבחון את רלוונטיות הקריטריונים לתפקיד המפקחים.
- ה. בחינת האפליה היא תוצאתית ולפיכך יש לבחון האם במבחן התוצאה קריטריונים אלו מפלים

## אוכלוסיות שאינן משרתות בצבא.

1. רכבת ישראל קבעה תנאי סף שונים ובנוסף קבעה כי אדם ששירת שירות צבאי בהכרח עומד בתנאי הסף, מכאן נוצר יתרון מובנה לבוגר צבא על פני אזרח שלא שירת בצבא.

2. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור מצב שוק העבודה במסגרתו מועסקים עובדים במתכונת העסקה משולשת, בארעיות יחסית על מנת להימנע מתשלום מלוא זכויותיהם הסוציאליות כחוק. לאור האמור, התנאים שקבעה רכבת ישראל מעלים חשש לאפליה במסגרתה ינתן יתרון לבוגרי צבא על פני יתר האזרחים שאינם משרתים בצבא.

5. טענות המשיבה 1:

א. בית הדין נעדר סמכות עניינית לדון בבקשה זו שכן, בין רכבת ישראל למבקשים לא התקיימו יחסי עובד מעביד, הדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו מדובר בבקשה לסעד זמני.

ב. המבקשים טוענים כי הקריטריונים שקבעה הרכבת מביאים לאפליה עקיפה בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות אולם חוק זה אינו חל בעניינינו היות ורכבת ישראל התקשרה עם חברת השמירה, חברה למתן שירותים ואינה נכנסת בגדרו של החוק שכן החוק מתייחס לעתירות במסגרתן מתקיימים יחסי עובד מעביד וכן העסקה באמצעות קבלן כח אדם בלבד.

ג. בעקבות האסון בבית יהושע ובעקבות מסקנות ועדת פלד שהוקמה לחקירת נסיבות האירוע, החלה הרכבת להפעיל את פרויקט התצפיתנים באמצעות חברת השמירה, גיוסם של התצפיתנים נעשה בחופזה ומבלי שיערך סינון של ממש בקבלתם לתפקיד.

ד. תפקידם של המפקחים הוא להתריע מפני מפגעים במפגשי כביש-רכבת, בטרם תגיע רכבת למפגש, במהירות ובבהירות תוך הפעלת מכשירי קשר בתנאי לחץ. בנוסף עוסקים התצפיתנים בתיעוד נהגים עבריינים במפגשים, קריאה במגאפון לאנשים לעצור כאשר הם חוצים מסילה ועריכת בדיקת קשר תקופתית עם מוקדן מפקחי מפגשים בפיקוד ובמוקד המנהלתי.

ה. חרף ימי הכשרה וימי עיון שעברו התצפיתנים, התגלו כשלים של ממש בתפקודם, העדר יכולת בהפעלת מכשירי קשר, מסירת הודעות שאינן ברורות כתוצאה ממצבי לחץ בהם היו נתונים, בנוסף, נמצאו מפקחים ישנים במהלך משמרת.

ו. כאמור, הרכבת השקיעה משאבים מרובים בהכשרת התצפיתנים ובימי עיון, עם זאת, רבים מהתצפיתנים עזבו עבודתם זמן קצר לאחר שהחלו בה ובטרם צברו מיומנות מתאימה לתפקיד. בשנת 2007 מתוך 750 מפקחי מפגשים פרשו למעלה מ-350 עובדים דבר המדבר בעד עצמו.

ז. בעקבות הכשלים שנפלו בתפקוד המפקחים כמו גם רמת התחלופה הגבוהה בתפקיד, החליטה הרכבת לצאת במכרז אשר במסגרתו יקבעו תנאים סף מתאימים, במסגרתו הציבה קריטריון של שירות צבאי שכן, לדידה אופי השירות הצבאי תורם לרמת המוכנות של המפקחים לבצע הפעילות כנדרש ובמסגרתו נרכשים ידע ודפוסי פעילות מתאימים לתפקיד. לרכבת לא היתה כל כוונה להפלות מי מאזרחי ישראל בדרישת השירות הצבאי שהציבה והדבר נקבע מטעמים ענייניים בלבד.

ח. לאחר דין ודברים שערכה הרכבת עם הגורמים השונים, חזרה בה מדרישת השירות הצבאי והציבה תחתיו קריטריונים שאין בהם מאפיינים צבאיים וניתן לעמוד בהם בנקל במסגרת עבודה אזרחית.

ט. הקריטריון הראשון שקבעה הרכבת בדבר רצף תעסוקתי באה על רקע תחלופה גדולה של מפקחי מפגשים כאמור. פרק הזמן של 18 חודשים אותו קבעה הרכבת מהווה פרק זמן סביר

שמרבית העובדים יכולים לעמוד בו בנקל. הטענה לפיה מרבית העובדים במשק מפורטים בטרם ישלימו 18 חודשי עבודה לא גובתה בראיות מתאימות ואף אם קיימת תופעה פסולה כנטען, לא ניתן לפסול על סמך זאת, קריטריון ענייני הרלוונטי לתפקיד שקבעה הרכבת. אין בסיס לטענה לפיה קריטריון זה מעלה חשד לאפליה ויש בכך התערבות מוגזמת בפררוגטיבה הניהולית של המעביד.

י. הקריטריון השני שקבעה הרכבת בדבר עבודה במשמרות מתבקש לאור אופי התפקיד שכולל עבודה במשמרות בנות 8 שעות לאורך כל שעות היממה, 7 ימים בשבוע (בשעות פעילות הרכבת). קריטריון זה נוסח באופן רחב כך שניתן להכנס בגדרו בקלות רבה.

יא. הקריטריון השלישי שקבעה הרכבת במסגרתו נדרש נסיון תעסוקתי במסגרת ארגון היררכי אף הוא מתחייב מאופי תפקידם של המפקחים הנדרשים לעבוד באופן שיטתי וסדור על פי נהלים עם חשיבות של סדר ביצוע ודיווחים מתאימים. לצורך הדוגמה, עבודה במוסך מסודר או במפעל יצור עונה על קריטריון זה.

יב. רכבת ישראל מצאה לנכון לקבוע כי שירות צבאי אף הוא עונה לקריטריונים שכן, ככל שהקריטריונים מתקיימים באדם ששירת בצבא, אין להתעלם מהנסיון שצבר במסגרתו. מה גם שהתעלמות מנסיון שצבר אדם במסגרת שירות הצבאי תביא לאפליה כנגד יוצאי צבא אשר נמנעה מהם האפשרות לצבור רצף תעסוקתי אזרחי, במהלך שירותם הצבאי.

יג. החלופה השניה שקבעה הרכבת לפיה נסיון של 12 חודשים בעבודה כמפקח מפגשים תהא מספקת לצורך התפקיד, באה להקל על המבקשים שכבר הועסקו בפועל במשיבה תוך הענקת יתרון על פני עובדים חדשים בתפקיד. 12 חודשי עבודה כמפקחי מפגשים מהווה זמן מספק על מנת לצבור נסיון וכישורים הנדרשים לביצוע התפקיד.

יד. הרכבת היא גוף ציבורי אשר החלטותיה נבחנות בהתאם לכללי המשפט המנהלי והלכה היא כי בית משפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות ולא יחליף שקול דעתה בדעתו, מה גם שהתנאים שקבעה כאמור ענייניים ונדרשים לשם ביצוע התפקיד כנדרש ולשם שמירה על בטיחות הנוסעים ברכבת ישראל.

## 6. טענות המשיבה 2:

א. בקשת המבקשים הוגשה תוך שיהוי ניכר, שכן, תנאי המכרז להפעלת מפקחי מפגשים פורסמו כבר בחודש יוני 2008. אף ההחלטה בדבר הפסקת עבודתם של המפקחים היתה בידיעתם זמן רב לפני הגשת הבקשות לסעד זמני בתיק.

ב. המשיבה 2 היא חברה למתן שירותים שזכתה במכרז להפעלת מפקחי מפגשים, המשיבה 2 לא קבעה את תנאי המכרז ועליה לפעול במסגרתם.

ג. המשיבה 2 העסיקה ומעסיקה אף היום רבים מבני המגזר הערבי, לעניינינו, בעקבות דרישת השירות הצבאי שהציבה הרכבת הופסקה אף פעילותם של 30 עובדים יהודים שפעלו במסגרת הפרוייקט ואין כל בסיס לטענת האפליה הנדונה.

ד. המשיבה 2 שפעלה בהתאם להוראות המכרז כאמור, לא פיטרה את מרבית המבקשים אלא העבירה לידיהם הודעה בדבר נידום מהתפקיד תוך שזימנה אותם למשרדיה לשם איוש מחדש. הזימון האמור מהווה מענה לדרישת השימוע הקבועה בדן והמבקשים עצמם, בחרו שלא להגיע למשרדי המשיבה 2 ואין להם להלין אלא על עצמם. המשיבה 2 אף הציעה לחלק ממפקחי המפגשים שנאותו להגיע למשרדיה, עבודות בתנאים משופרים לעומת אלו שבפרוייקט.

ה. הקריטריונים החדשים שקבעה רכבת ישראל ענייניים ואינם נגועים באפליה.

ו. יש להבחין בין נסיון בעבודה במסגרת יחסי עובד מעביד לבין נסיון תעסוקתי מקצועי בפן המהותי. אכן, חיילי צה"ל אינם עובדים שכן, משרתים בשירות חובה עם זאת, יש להתייחס

מהותית לנסיון התעסוקתי שצוברים בפן הרחב שלא במסגרת יחסי עובד מעביד. חיילים ממשיכים בשירות קבע בתמורה מלאה בסטטוס של עובדים כאשר בפועל אין הבדל מהותי בין שירות החובה לשירות הקבע שמבצעים וחוקים והוראות שונות אף מכירים בשירות הצבאי כותק תעסוקתי.

ז. הטענה לפיה רצף תעסוקתי של 18 חודשים מהווה דרישה בלתי סבירה בהתחשב במצב המשק כיום אינה מבוססת ולא הוכחה מה גם שמן הנתונים האישיים של המבקשים עצמם ניתן למצוא כי רבים מהם בעלי ותק תעסוקתי העולה על 18 חודשים.

ח. טענות המבקשים לפיהן דרישת המשמרות ודרישת עבודה במקום היררכי הינן עמומות מהוות טענות בעלמא בלבד וקריטריונים אלו מתאימים לדרישות התפקיד.

ט. החלופה השניה שהציבה הרכבת לפיה נדרש ותק של 12 חודשים כתצפיתן הינה סבירה, טענות המבקשים לפיה תקופת נסיון הינה בת 3-6 חודשים בלבד נטענה בעלמא מבלי שהונח בסיס מתאים לתמיכה בה. תקופת נסיון היא דרישה מקובלת בהסכמים קיבוציים שונים ואף בהסכם הקיבוצי החדש בענף השמירה, תקופת נסיון הינה בת 24 חודשים.

י. המשיבה 2 הסתמכה על הוראות המכרז, בצעה גיוס של כ- 50 עובדים חדשים שעברו הכשרה מתאימה ורכשה ציוד בסכומים גבוהים ביותר. במידה ותקבל הבקשה עשויים צדדים שלישיים לפנות לבית המשפט בעניינו של המכרז, המשיבה 2 שעלולה שלא לזכות במכרז בשנית, תאלץ לשאת בהוצאות הכבדות שהוציאה בהסתמכה על הזכיה כאמור, מה גם שהמבקשים ינויידו או יפוטרו.

י"א. במידה וינתן סעד זמני הרי שהמשיבה 2 תאלץ לפטר אף את העובדים שקלטתה לשורותיה.

י"ב. מאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבה 2 שכאמור, הציעה למבקשים מקומות עבודה חלופיים מכאן שלא יגרם למבקשים כל נזק בדחיית הבקשה בעוד שלמשיבה עלולים להגרם נזקים כבדים ביותר.

### דיון והכרעה :

7. בשנת 2008, בהתאם לרישומי הרכבת, תועדו כ- 2,600 נהגים החוצים מפגש כביש-רכבת באור אדום, כ- 2,000 נהגים נתקעו עם רכבם מתחת לזרועות המחסום ו- 400 רכבים נתקעו על גבי המסילה בזמן שהמחסום כבר הופעל. נתונים אלו מצביעים על הסכנה הטמונה במפגשי כביש-רכבת ועל הנחיצות במנגנוני בטיחות מתאימים. נכון להיום, במרבית נקודות המפגש מוצבים מפקחים, למעט במפגשים בהם מותקנים אמצעי בטיחות טכנולוגיים. אין חולק כי מדובר בתפקיד הטומן בחובו אחריות רבה, הבקשה שלפנינו עניינה תנאי הסף הנדרשים ממפקחי מפגשים ובמסגרתה נבחן האם התנאים שקבעה רכבת ישראל בעניין נגועים באפליה או שמא ענייניים ורלוונטים לדרישות התפקיד.

8. בפתח הדברים נציין כי בשלב זה, מצאנו כי לכאורה הרכבת לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה במקרים כגון זה שלפנינו להראות כי הקריטריונים המצטברים שקבעה מתחייבים מתפקיד התצפיתנים ומשכך, מצאנו לקבל הבקשה וליתן צו כמבוקש.

9. רכבת ישראל קבעה תנאי סף לתפקיד מפקחי מפגשים במסגרתם הציבה דרישת שירות צבאי (רובאי 02), בהמשך, הסירה דרישה זו וקבעה קריטריונים אחרים. הדיון שנערך להלן מתייחס לקריטריונים החדשים שנקבעו הגם ואנו סבורים כי לא ניתן להתעלם מעובדה זו בבואנו לבחון הקריטריונים החדשים.

10. המבקשים טוענים כי התנאים שקבעה הרכבת הינם מפלים ועומדים בניגוד להוראות סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ואמנות בינלאומיות.

סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע:

"2. (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

איסור

(1א) (1) לא יפלה מעסיק בפועל בין עובדים של קבלן כוח אדם המועסקים אצלו, וכן לא יפלה בין מועמדים לעבודה אצלו שהופנו אליו על ידי קבלן כוח אדם בכל הקשור לקבלה לעבודה, להפסקת עבודה ולתנאים במקום העבודה, והכל מחמת הטעמים המפורטים בסעיף קטן (א);

(2) מעסיק בפועל לא יציע לקבלן כוח אדם, לא יבקש ולא ידרוש ממנו להפלות כאמור בסעיף קטן (א) בין קבלן כוח אדם המועסקים אצל המעסיק בפועל או בין המועמדים לעבודה;

(3) הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על האיסור החל על פי הוראות סעיף קטן (א) על קבלן כוח אדם כמעביד.

(ב) לענין סעיפים קטנים (א) ו-(1א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין.

(ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה."

11. סמכות עניינית:

א. סעיף 24 לחוק בית הדין לעבודה קובע:

"(א) לבית דין אזורי תהא סמכות ייחודית לדון –

(1) בתובענות בין עובד או חליפו למעביד או חליפו שעילתן ביחסי עובד ומעביד, לרבות השאלה בדבר עצם קיום יחסי עובד ומעביד ולמעט תובענה שעילתה בפקודת הניזקין [נוסח חדש];

(1א) בתובענה שעילתה במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ליצירת יחסי עובד ומעביד, בתובענה שעילתה בחוזה כאמור לפני שנוצרו יחסי עובד ומעביד או לאחר שנסתיימו יחסים כאמור, או בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו;...."

ב. רכבת ישראל טענה כי בית הדין משולל סמכות לדון בבקשה שלפניו שכן, בינה ובין המבקשים לא התקיימו יחסי עובד ומעביד ואף השירותים שקיבלה מחברת השמירה היו כחברה למתן שירותים ולא כקבלן כח אדם כמפורט בסעיף 2(א) לחוק השוויון.

המבקשים טענו כי רכבת ישראל העסיקה בפועל את המבקשים שעבדו באתריה, קבלו הכשרה מתאימה על ידה והיא זו אשר קבעה את תנאי המכרז שהביאו לפיטוריהם. יש לבחון את הבקשה וכן את הוראות החוק באופן תכליתי ומשכך, ברי כי לבית הדין סמכות לדון בבקשה.

ג. אנו מקבלים את טענות המבקשים בנדון, טענת הרכבת מרוקנת מתוכן את הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה שמטרתן מניעת אפליה הן ביחס לעובדים המועסקים על ידי מעסיק המשתמש בשירותיהם באופן ישיר והן ביחס לעובדים המועסקים באמצעות אחר-קבלן כוח אדם, אכן, לא קיימת הוראה מתאימה בדבר חברה למתן שירותים עם זאת, נראה כי תכליתו של חוק זה להגן על כלל העובדים מפני אפליה, מבלי להתחשב במתכונת העסקתם אשר כלל



אינה נתונה לשליטתם.

אין חולק כי המבקשים הינם עובדי חברת השמירה עם זאת ניודם ופיטוריהם של חלקם נעשו בהתאם להוראות רכבת ישראל לאור התנאים הראשוניים שנקבעו במכרז, משכך, טענות המבקשים בנדון מופנות הן כלפי חברת השמירה מעסיקתם והן כלפי רכבת ישראל, כאשר דחיית הבקשה ככל שמתייחסת לרכבת ישראל תרוקן ההליך מתוכן.

## 12. הזכות לשוויון והימנעות מאפליה:

א. הזכות לשוויון היא אחת מאבני היסוד של שיטתנו המשפטית ויפים הדברים שקבע בית הדין הארצי בע"ע 222/06 כרם – מדינת ישראל, (לא פורסם, ניתן ביום 26/07/07):

"עקרון השוויון הוא מערכיה הבסיסיים של כל חברה דמוקרטית. עקרון השוויון הוא אבן פינה במשטרנו החוקי. עקרון השוויון נגזר מזכויות היסוד של אדם באשר הוא ומן השאיפה הטבעית של בני אנוש לחיות זה בצד זה בהרמוניה, באחוה ובשלום. כתרים רבים נקשרו למושג השוויון – "נשמת אפו של המשטר החוקתי", "עקרונות מן הראשונים במלכות", "מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית", ועוד כהנה וכהנה כיד הפיוט השורה עלינו. עיקרו של דבר הוא –

השוויון הוא אחד מערכי-היסוד של כל מדינה. כך גם בישראל. אפשר לומר כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות-היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי – היסוד של מדינה מתוקנת" {ראה גם בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב (3) 630 (1998)}.

## ב. אפליה עקיפה:

סעיף 2 אותו הזכרנו לעיל קובע שורה של נתונים שאסור להפלות בגינם בנוסף קובע סעיף 2 (ב) כי: "רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". קביעת אמות מידה שאינן רלוונטיות לתפקיד, יכולות להוות אפליה עקיפה. {ראה דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד) 5) 330; ע"ע 238/99 איתנה ניב – קופת חולים כללית, פד"ע לה 49; בג"צ 6845/00 ניב נ' בית הדין לארצי לעבודה, פ"ד נו (6) 663}.

בדב"ע נא/ 3-8 מדינת ישראל – גסטטנר, פד"ע כד 65, 72 נקבע:

"ההפליה האסורה היא הן הפליה גלויה והן הפליה עקיפה. לגבי הגלויה אין מקום להרחיב את הדיבור, בעוד ההפליה העקיפה פירושה הכללת אמות מידה שאינן רלבנטיות למהות התפקיד, ואף כי על פניהן הן עשויות להיראות אובייקטיביות, הן באות למעשה לחסום את דרכם של בני אחד המינים למילוי תפקיד".

בדב"ע נו/ 3-129 פלוטקין- אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 48 (להלן: "עניין פלוטקין") קבע בית הדין הארצי:

"המחוקק הישראלי, אם כן, מתייחס לשוויון פורמלי ומהותי כאחד ... הפליה, שהיא היפוכה של הזכות לשוויון, יכול שתהא עקיפה ויכול שתהא ישירה. הפליה עקיפה תיתן ספציפיקציות שאינן מתאימות לחלק גדול של הקבוצה המופלה. כך למשל, אם אחת הספציפיקציות היא גובה או משקל גדולים, הרי יתכן שרוב הנשים לא תתאמנה לספציפיקציה זו. אם הספציפיקציה היא אנשים גבוהים בלבד, יתכן שרב יוצאי המזרח - סין ויפן, לא יתאימו לדרישה. אם הספציפיקציה היא אנשים בעלי אף סולד, הרי רוב היהודים ויתר העמים השמיים לא יוכלו אף להציג את מועמדותם. אם דרישה זו אינה רלוונטית לסוג העבודה תהא זו הפליה עקיפה".

ג. כבר נקבע בפסיקה כי הצבת דרישה של שירות צבאי במסגרת קבלה לעבודה שהינה אזרחית במהותה, מבלי שהדבר יהא רלוונטי לדרישות התפקיד, מהווה אפליה עקיפה שכן, מרבית אזרחיה הערבים של המדינה אינם משרתים שירות צבאי, על פי חוק כמו גם אזרחים הפטורים משירות צבאי מטעמי דת {ראה פ' 1038/03 מדינת ישראל נ' תפקיד פלוס בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 12/6/03)}. עוד בעניין זה ראה בג"צ 6698/95 קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 וכן ה"פ 217/05 נאעמנה נ' אוניברסיטת חיפה (טרם פורסם, ניתן ביום 17/8/06).

### 13. נטל ההוכחה :

א. כאמור הזכות לשוויון מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בחוק שוויון הזדמנויות כמו גם בחוקים ספציפיים שונים. המחוקק נתן דעתו לקושי הראייתי העומד לפתחו של הטוען כי ננקטה כנגדו אפליה פסולה ומשכך בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות נקבע בסעיף 9 לחוק: "א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2-1 לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים - אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים; (2) לענין פיטורים מהעבודה - אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו. (ב) בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 7(א), תהא חובת ההוכחה על המעביד כי לא פגע כאמור באותו סעיף, אם הוכיח העובד או דורש העבודה כי התקיים האמור בפסקה מפסקאות (1) עד (3) שבסעיף 7(א)".

נטל ההו

בעניין פלוטקין נקבע:

"...לא רק שאין צורך להוכיח כוונה, אין צורך שתתקיים כוונה רעה, אלא גם, במידה וההתנהגות היתה פסולה, הרי לאחר שהמתלונן או המתלוננת מבססים עילה לכאורה עובר הנטל אל המעביד לסתור את הטענות. גישה זו משלימה את הגישה, שאין צורך להוכיח כוונה על מנת להטיל אחריות על מאן דהו. על כן הנטל הראשוני מונח על כתפי העובד אך משהעובד הביא ראשית ראייה, די בכך כדי להעביר את הנטל על כתפי המעביד".

ב. המבקשים וכן הנציבה טענו כי משלא נטען כי נפל פגם בהתנהלותם של המבקשים באופן שיצדיק הפסקת עבודתם, הרי שנטל ההוכחה עובר לכתפיה של רכבת ישראל להראות כי הפסקת העבודה לא נבעה מאפליה. רכבת ישראל טענה כי כלל אינה נכנסת בגדרו של סעיף 9 לחוק שכן, הראתה כי התקיים בעניינה סעיף 2(ג) לחוק היות ולטענתה, התנאים שקבעה מתחייבים מאופי התפקיד.

ג. איננו מקבלים טענת הרכבת בנדון, אנו סבורים כטענת המבקשים כי סעיף 9 קובע את הכלל לפיו נטל ההוכחה מוטל על כתפי הנתבע-המעביד כל אימת שהראה העובד כי לא נפל פגם בהתנהלותו באופן שיצדיק את פיטוריו, כפי שהתקיים בעניינינו. כל טענות הרכבת לפיהן התנאים שקבעה היו ענייניים ומתחייבים מהגדרת התפקיד, הרי שנכנסים בגדר נטל ההוכחה המוטל עליה על פי דין.

### 14. שינוי הקריטריונים על ידי הרכבת :

המבקשים וכן הנציבה טענו כי יש לבחון הקריטריונים החדשים בשים לב לקריטריונים הקודמים שקבעה הרכבת מהם עולה בבירור קיומה של אפליה כנגד אזרחי המדינה שלא שירתו בצבא. הרכבת טענה כי הקריטריון המקורי שקבעה במסגרתו הציבה את דרישת השירות הצבאי לא היה

מפלה ונקבע מטעמים ענייניים ומכל מקום, הקריטריונים החדשים אינם מעלים כל חשד לאפליה. אנו סבורים כי אכן דרישת השירות הצבאי לא היתה ממין העניין בשים לב לדרישות התפקיד, הגם והתרשמנו כי דרישה זו לא נקבעה מתוך מטרה להפלות מי מאזרחי ישראל הערבים. בבואנו לבחון הקריטריונים החדשים, לקחנו בחשבון את העובדה כי הרכבת הציבה בעבר קריטריונים שלא היו ממין העניין.

#### 15. תצהירים :

במסגרת הבקשות דנו, הוגש תצהיר מטעם המבקש עבדולכרים קאדי (במסגרת בש"א 3863/09) אשר נחקר במסגרת הדיון הראשון שהתקיים לפנינו בנוסף, הוגש תצהיר מטעמו של המבקש עבד חסדיה (בש"א 3905/09), וכן שני תצהירים נוספים על ידי עבדאללה תאיה ועבדאללה נאשף (בש"א 4161/09). תצהירים אלו התייחסו לקריטריונים הראשונים שקבעה הרכבת. רכבת ישראל טענה כי בהעדר תצהירים מטעם המבקשים ביחס לתנאים החדשים העומדים במוקד הדיון שלפנינו, יש לקבל את גרסתה שכן, לא נסתרה. איננו מקבלים טענה זו וסבורים כי יש לבחון טענות הצדדים לגופן. המשיבות לא העלו כל טענה ביחס לתפקודם של מי מהמבקשים ואף לא מסרו פרטיהם של המבקשים שאינם עונים לקריטריונים, עד למועד הדיון שנקבע ליום 14/06/09 ומשכך, איננו סבורים כי הדבר צריך לעמוד למבקשים לרועץ.

#### התנאים שקבעה רכבת ישראל- ממין העניין?

16. הרכבת קבעה קריטריוני סף לתפקיד מפקחי מפגשים, שקד העיד כי לא קיים מודל דומה לתפקיד הנדון בעולם ומשכך, עיצבה הרכבת את התפקיד תוך קביעת תנאי סף רלוונטים על מנת להביא לבטיחות מירבית של הרכבת ונוסעיה (ראה עדותו של שקד בעמוד 29 שורות 11-23 לפרוטוקול הדיון). מקובלת עלינו טענתו לפיה לא קיים בעולם מודל דומה לתפקיד המפקחים וכי יש לקבוע תנאי כשירות מתאימים, עם זאת אנו סבורים כי יש לבחון את תנאי הכשירות, תנאי הסף, לגופם. ראשית, האם רלוונטים לתפקיד ושנית האם טומנים בחובם אפליה עקיפה כלפי אזרחי ישראל שאינם משרתים בצבא.

בטרם נערוך דיון מתאים, נבחן את אופן קבלת ההחלטה בדבר הקריטריונים הנדונים ברכבת ישראל, בשים לב לכך כי הרכבת היא גוף מינהלי.

#### 17. רכבת ישראל- גוף מינהלי :

הרכבת טענה כי בהיותה חברה ממשלתית, גוף מינהלי, דו מהותי, החלטותיה נתונות לבחינה מצומצמת במסגרתה לא יתערב בית הדין בשיקול הדעת במסגרת הפררוגטיבה הניהולית המסורה בידיה.

אנו סבורים כי כגוף דו מהותי מוטלת על הרכבת חובת תום לב מוגברת בכל הנוגע לקביעת קריטריוני סף במסגרת קבלה לעבודה המשליכים בפועל על העובדים בפרוייקטים המופעלים במסגרתה, כדוגמת המבקשים. העובדה כי מדובר בגוף מינהלי, אין פירושה מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית ובנסיבות העניין, בשים לב לטענה כבדת משקל לפיה נהגה באופן מפלה כלפי אזרחי המדינה שאינם משרתים בצבא, מצאנו לנכון לבחון הקריטריונים לגופם זאת, בשים לב לחובת תום לב מוגברת וחובת התייעצות המוטלת על הרכבת כגוף מינהלי.

#### 18. הבסיס לקביעת הקריטריונים :

א. רכבת ישראל טענה כי התחלופה בקרב התצפיתנים היתה גבוהה כאשר נתגלו כשלים רבים בתפקודם דבר שהביא לתאונות ומפגעים בנקודות שונות על גבי מסילת הרכבת. עוד טענה הרכבת כי בעולם כולו לא קיים מודל דומה למערך התצפיתנים ברכבת (ראה עמוד 29 שורות 6-23 לפרוטוקול הדיון), לטענתה, נועצה עם מומחה עולמי וזה האחרון אושש טענה זו.

ב. הננו מודעים לחשיבות תפקידם של התצפיתנים והאחריות הגדולה הטמונה בחובו. עם זאת, רכבת ישראל לא הצביעה על מנגנון במסגרתו נדונה סוגיית קביעת תנאי הכשירות- תנאי הסף לתצפיתנים. לא הוצגו בפנינו אסמכתאות מתאימות ביחס להתייעצות כלשהיא ולו תהא בתוך

הרכבת במסגרתה התקבלה ההחלטה בדבר תנאי הסף.

שקד העיד בנדון:

"היה תהליך ראשוני של בנייה לאור ועדת פלד, זה היה תהליך מהיר מאוד, נחפז, של גיוס כ"א, קביעת קריטריוני סף מאוד כלליים על מנת שבפרק זמן נתון הרכבת תוכל לאייש כ- 100 מפגשים. לא היה נסיון קודם שממנו יכולנו ללמוד. אני יכול לומר שבמהלך 08 כן ביצעה הרכבת בדיקה על ידי יועץ בנלאומי, לגבי התפקיד של מפקח מפגשים והיתה סריקה רחבה מאוד בארופה ובארה"ב להבין אם יש כזה תפקיד שאפשר ללמוד ממנו – ולא קיים. אנו עיצבנו את התפקיד ושדרגנו ככל שנדרשנו על מנת להביאו לרמת כשירות הנדרשת לטעמנו. למדנו מלא מעט ארועים שהיו, כמו זה שהוצג בפסה"ד האחרון בשנת 06, חצי שנה אחרי תחילת הפרוייקט וארועים נוספים שהיו במהלך 07 וכשקיבלנו את ההחלטה שצריך לצאת למכרז מסודר, כי לא ניתן היה להמשיך בתהליך כפי שהיה עם ההסכם המתמשך, החלטנו שזו נקודת הזמן שבה, לאור הנסיון שצברנו, אנו רוצים ליצור תפקיד שיתן מענה לכל האתגרים הבטיחותיים במפגש, למדנו זאת על בשרנו מניתוח הארועים והבנת התהליכים ומגיבוש מרכיבי התפקיד של מפקח מפגש" (ראה עמוד 29 שורות 9-23 לפרוטוקול הדיון).

ג. "ההתייעצות היא מרכיב חשוב בשיקול הדעת שאדם סביר מפעיל לפני שהוא מקבל החלטה החורגת מן השגרה. וכך גם אצל הרשות המינהלית. יש שהרשות מקיימת התייעצות במסגרת המינהל עצמו. התייעצות כזאת עשויה להיות אנכית או אופקית...יש שהרשות מקיימת התייעצות מחוץ למסגרת המינהל הציבורי. התייעצות כזאת נערכת לפעמים עם מומחים בנושא הנדון, שאין להם עניין אישי בהחלטה הצפויה. אך לפעמים היא נערכת עם גופים או אנשים שההחלטה הצפויה עשויה לפגוע בהם או לגעת בהם בדרך אחרת, אם מעט ואם הרבה... ההתייעצות, במתכונת זאת או אחרת, משרתת תכלית טובה. היא עשויה להוסיף מידע או דעה שיש להם שייכות לעניין הנדון, לא פעם מצד אנשים המודעים לעובדות או מומחים בנושא יותר מן הרשות המינהלית. בכך היא יכולה לבסס ולשפר את איכות ההחלטה המינהלית. זוהי תכלית משותפת להתייעצות ולשימוע. ההתייעצות עשויה גם לשרת את העקרון הדמוקרטי, המנסה לגשר ככל שניתן בין המינהל הציבורי לבין העם" (ההדגשה שלי – א.ע.) {ראה י' זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב', פרק 33 עמ' 834-833, הוצאת נבו, ירושלים (תשנ"ו)}.

ד. זכותה ואף מחובתה של הרכבת לקבוע קריטריונים מתאימים לכל תפקיד שהוא במסגרתה, עם זאת, מצאנו פגם היורד לשורשו של עניין באי הבאת ראיות מתאימות, בכל הנוגע להתייעצות הפנים ארגונית ברכבת בנדון כמו גם בדבר ניתוח התאונות הנטען ברכבת ומשכך, אין בידינו להכשיר הקריטריונים. קביעת קריטריונים מעין זו שלפנינו, צריכה היתה להיעשות באופן שקוף תוך הנמקה מתאימה ולאחר ביצוע התייעצות ולו פנים ארגונית כאמור.

19. הקריטריון הראשון-דרישת נסיון תעסוקתי של 18 חודשים:

א. רכבת ישראל קבעה תנאי סף במסגרתו העמידה דרישה לרצף תעסוקתי בן 18 חודשים. המבקשים והנציבה טענו כי מדובר בפרק זמן ממושך ובשים לב למצב התעסוקתי במשק, עובדים רבים לא יעמדו בדרישה זו, זאת, כאשר בוגרי צבא המשרתים שירות חובה עונים לדרישה זו ללא קושי של ממש ומשכך, עולה חשד ממשי כי התנאי האמור יטרפד גיוסם של עובדים ערבים לשורותיו של הפרוייקט. עוד טענו כי התנאים החדשים צריכים להבחן בשים לב לקריטריון הקודם שקבעה הרכבת, בדבר חובת שירות צבאי לתפקיד מפקחים. המבקשים הוסיפו כי הדבר מקבל משנה תוקף היות ושוק העבודה הישראלי אינו מסביר פנים לעובד הערבי וכי מחקרים מצביעים על הדרה עיקבית מן השוק.

ב. לעומתם טענה הרכבת כי דרישה זו לגיטימית ומתבקשת בנסיבות העניין. משרת מפקחי מפגשים היא משרה בה תחלופת העובדים היא רבה, רכבת ישראל משקיעה משאבים רבים בהכשרת עובדים כאשר רבים מהם עוזבים לאחר זמן קצר בתפקיד מבלי ששיגו מיומנות מקצועית כנדרש. על רקע זאת, העמידה הרכבת דרישה סבירה וטענות הנציבה והמשיבים לפיהן פרק זמן זה אינו סביר לא הוכחו, מה גם שאף אם אכן ישנה בעייתיות במשק, הרי שהדבר מתבקש מאופי התפקיד ואל לו לבית הדין להתערב בפררוגטיבת הניהול של הרכבת.

ג. באשר לתחלופה הרבה של מפקחי המפגשים העיד שקד :  
 "במהלך 2007 מתוך גיוס של כ- 700 עובדים לפרוייקט, נשרו, אני משתדל להיות זהיר בנתונים, למעלה מ- 400 איש מכל מיני סיבות ואין לי כרגע הידיעה אם הם עזבו מסיבות כאלה ואחרות" (ראה עמוד 26 שורות 1-3 לפרוטוקול הדיון).

הרכבת כאמור, טענה כי לאור נתונים אלו הציבה דרישה שעניינה בחינת יציבותו התעסוקתית של מפקח מפגש פוטנציאלי, שקד העיד בעניין זה :

"ש. אחד הקריטריונים נקבע 18 חודשים רצופים במקום עבודה אחד, לרבות שירות צבאי. לפי מיטב ידיעתי שירות צבאי אינו מקום עבודה. זה לא מעביד, לכן איך אפשר להכניס נושא של שירות צבאי כשירות תעסוקתי?

ת. אנו עמדנו על דעתנו שתהיה רציפות תעסוקתית לאורך תקופה של 18 חודשים, על מנת שעובד שמגיע ומציע את מועמדותו, נראה שיש לו יציבות, התמדה ויכולת התמודדות עם התפקיד. שירות צבאי הוא לא תעסוקתי במלוא מובן המילה, אבל יש לו רציפות של פעילות שלא ניתן להתעלם ממנה... כפי שצינתי יש מרכיבי עיסוק שתואמים ונדרשים במסגרת הפרוייקט שלנו" (ההדגשה שלי - א.ע.) (ראה עמוד 21 שורות 9-17 לפרוטוקול הדיון).

ד. אנו סבורים כי הדרישה לנסיון תעסוקתי בן 18 חודשים אכן באה על רקע בעיית התחלופה בקרב מפקחי המפגשים. התנאי של יציבות תעסוקתית בתפקיד הנדון חשובה שכן יש צורך בתקופת מה על מנת לצבור מיומנות מספקת לתפקיד. עם זאת, אנו סבורים כי לא די בקיומה של רלוונטיות בין דרישת הסף לבין אופי התפקיד שכן חוק שוויון הזדמנויות קובע כי יש צורך להראות כי התנאי שקבע המעביד מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד (ראה סעיף 2(ג) לחוק). בנסיבות העניין הרכבת לא הרימה הנטל המוטל עליה ולא הוכיחה כי התנאי האמור של רציפות תעסוקתית בת 18 חודשים, מתחייב מאופי התפקיד כתנאי אשר בלעדיו אין.

ה. מקובלת עלינו הטענה לפיה לאור המצב התעסוקתי במשק, נכון להיום, ולאור התנהלות העסקה בלתי ראויה של מעבידים, עובדים רבים מתקשים להשיג רצף תעסוקתי של 18 חודשים במקום עבודה אחד ומשכך, העובדה כי כל אדם ששירת בצבא עונה על דרישה זו באופן כמעט אוטומטי ובקלות רבה, הרי שעולה חשש לאפליה כלפי אזרחי ישראל שלא שירתו בצבא.

## 20. קריטריון שני-עבודה במשמרות

א. המבקשים טענו כי מדובר בתנאי עמום מה גם שעלול ליצור יתרון בלתי הוגן לבוגרי צבא שבהכרח עונים על קריטריון זה, על פני מועמדים שלא שירתו בצבא. הרכבת טענה כי מדובר בתנאי המתבקש מאופי התפקיד במסגרת עובדים הפקחים במשמרות בנות 8 שעות במהלך כל שעות היממה וימות השבוע בהן מתקיימת פעילות הרכבת וכי תנאי זה אינו יוצר יתרון לבוגרי צבא (ראה עדותו של שקד שורות 19-25 וכן בעמוד 31 שורות 1-2 לפרוטוקול הדיון).

ב. אנו סבורים כי תנאי זה אכן מתבקש מאופי תפקידם של המפקחים שמבצעים בפועל משמרות ארוכות מאלו שנקבעו במסגרתו כאשר הרכבת קבעה תנאי כללי, עמום למדי, שאף נופל מדרישת התפקיד אותו נדרשים המפקחים לבצע בפועל. עם זאת, לא הוכח כי תנאי זה מתחייב מאופי התפקיד ואנו סבורים שלא די ברלוונטיות לדרישות התפקיד כאמור. מה גם שלכאורה, כל מועמד בוגר צבא, שביצע עבודה במשמרות משך תקופה קצרה ביותר, אף כשחלף פרק זמן

ממושך ממועד ביצוע עבודת המשמרות ועד להגשת מועמדותו לתפקיד, עונה לקריטריון זה כאשר מועמד שלא שירת בצבא ואינו בעל נסיון בעבודה במשמרות, עלול למצוא עצמו בנחיתות לעומת בוגר צבא.

21. קריטריון שלישי- נסיון תעסוקתי בארגון היררכי  
 א. המבקשים טענו כי מדובר בתנאי עמום, מה גם שעלול ליצור יתרון בלתי הוגן לבוגרי צבא שבהכרח עונים על קריטריון זה, על פני מועמדים שלא שירתו בצבא.  
 רכבת ישראל טענה כי מדובר בתנאי הנובע מאופי תפקידים של מפקחי המפגשים אשר נדרשים לעבוד באופן שיטתי וסדור על פי נהלים עם חשיבות של סדר ביצוע ודיווחים מתאימים. וכי מדובר בדרישה רחבה שניתן לעמוד בה בקלות רבה מקום בו לצורך הדוגמה, אדם עבד בעבר במוסך מוסדר או במפעל ייצור.

ב. אנו סבורים כי לא הוכח שתנאי זה מתחייב מאופי התפקיד.  
 מדובר בתנאי רחב כאשר הפרשנות שתנתן לו בפועל, במסגרת קליטת מועמדים חדשים לתפקיד, היא אשר תיצוק בו תוכן מתאים, יכול כי העובדה שמדובר בתנאי רחב הניתן לפרשנות מתאימה תביא לכך שבפועל ניתן יהיה להכנס בגדרו בקלות יחסית. עם זאת, העובדה כי מועמדים יוצאי צבא עונים על תנאי זה באופן כמעט אוטומטי, מעלה חשש לאפליה כאמור.

22. החלופה השניה- נסיון של עבודה בת 12 חודשים כתצפיתן:  
 הרכבת הציבה תנאי חלופי לפיו עבודה בת 12 חודשים כתצפיתן יהא די בה על מנת להביא להמשך העסקתו של עובד במסגרת הפרויקט, אף בהעדר התקיימות החלופה הראשונה; שלושת הקריטריונים שצינו לעיל. המבקשים טענו כי מדובר בפרק זמן ממושך וכי לרוב תקופת הנסיון הנדרשת מעובד, נופלת מפרק הזמן הנדון.  
 הרכבת טענה כי תנאי זה נועד ליתן עדיפות למבקשים שכבר הועסקו במסגרת הפרויקט פרק זמן מספק לצורך צבירת נסיון מתאים.  
 המשיבה 2 טענה כי מדובר בדרישה סבירה, לאור הסכמים קיבוציים שונים הקובעים תקופת נסיון דומה, מה גם שאף לאור ההסכם הקיבוצי החדש בענף השמירה, נדרשת תקופת נסיון של 24 חודשים. לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים בנדון אנו סבורים כי אין מקום להתערב בקביעת הרכבת בעניין, 12 חודשי נסיון הינו פרק זמן סביר לצבירת נסיון מקצועי בתפקיד תצפיתן ובנסיבות העניין מצאנו שלא להתערב בשיקול דעתה של רכבת ישראל ומצוי במסגרת הפררוגטיבה הניהולית הנתונה בידיה ואף מקובלות עלינו טענות המשיבה 2 בנדון.

האם תנתן עדיפות למועמדים יוצאי צבא על פני מועמדים שלא שירתו בצבא?  
 23. שקד העיד כי מועמדותו של אדם בוגר צבא ומועמדותו של אדם שאינו בוגר צבא אשר עונה לקריטריונים תבחנה במידה שווה:

"... אם אחד שמגיע להציג את מועמדתו האחד עשה שירות צבאי והשני לא. המועמדות של שניהם תיבחנה באותם משקפיים ובאותם קריטריונים ולא תינתן עדיפות של אחד ששירת בצבא לעומת זה שלא שירת בצבא. אם אותו בחור ששירת בצבא שירותו לא מתאים לקריטריונים המבוקשים כיוון ששירותו לא נשא אופי פעילות כמו שהגדרנו אותה, השירות שלו מלווה בבעיות משמעת ואחרות יוחלט שהוא לא מתאים. אבל זה שלא עשה שירות צבאי אם הניסיון התעסוקתי שלו עונה לקריטריונים הוא יתקבל לפרוייקט.  
 ש. כשאתה בוחן ברמה המעשית בעצם כל יהודי למעט חריגים הם משרתי צבא, חוץ מאלה שקיבלו פטורים ?

ת. גם דרוזים משרתים בחובה.

ש. כמעט 100% מאלה המסיימים שירות צבאי הם עוברים על תנאי הסף שקבעת?

ת. לא בהכרח" (ההדגשה שלי - א.ע.) (ראה עמוד 22 שורות 1-14 לפרוטוקול הדיון).

24. א. שקד העיד כי הליכי המיון והקבלה של המפקחים מתחיל במשרדי חברת השמירה שם נבחנים קריטריוני הסף בהמשך עובר מועמד לעבודה הליך הכשרה שבסופו שני מבחנים, עיוני ומעשה תוך

ביצוע שלוש משמרות חפיפה בפועל ורק לאחר מכן, מוכשר עובד לשמש כמפקח מפגשים (ראה עדותו בעמוד 26 שורות 7-15 לפרוטוקול הדיון).

"ש. ממה שאמרת הסינון הראשוני נעשה על ידי חברת השמירה ולפי בחינה זו של תנאי הסף כל מי שעשה שירות צבאי עבר את תנאי הסף?  
ת. לא בהכרח. מי שהשירות הצבאי שלו לא היה תקין והוא לא עונה במהותו למרכיבי העיסוק שקבענו... תנאי הסף שהיו לקראת המכרז, על כך דיברתי קודם. עכשיו יש תנאי סף חדשים" (ראה עמוד 27 שורות 1-5 לפרוטוקול הדיון).

ב. התרשמנו כי בהינתן מועמד שעונה על דרישת השירות הצבאי לעומת מועמד העונה על שלושת הקריטריונים לא תינתן כל עדיפות למועמד יוצא צבא ומקובלת עלינו עדותו של שקד בנדון:  
"אנחנו לא בודקים בקריטריונים החדשים שהצגנו את השירות הצבאי, אנו הצבנו קריטריונים שבאים לדאוג ליציבות, התמדה ופעילות נוספת במגזר האזרחי ולכן ההבחנה ברורה וחד משמעית ביחס לקריטריונים הראשונים שהציבה רכבת ישראל, בקריטריונים הנוכחיים אנו בודקים מרכיבים נוספים שהם לא בהכרח של שירות צבאי, שמדברים על התמדה, מחויבות, יציבות תעסוקתית, נסיון בעבודה" (ראה עמוד 28 שורות 11-16 לפרוטוקול הדיון).

ג. עם זאת, אנו סבורים כי הבעייתיות טמונה בקריטריונים עצמם, במסגרתם יקשה יותר על מועמד שלא שירת בצבא לענות על שלושת הקריטריונים לעומת מועמד ששירת בצבא העונה עקרונית לקריטריונים, זאת עוד טרם הגיענו לבחינת שני מועמדים לתפקיד, העונים לקריטריונים, האחד בוגר צבא והשני אינו בוגר צבא, זה לעומת זה.

שקד העיד כי שירות צבאי עונה עקרונית לשלושת הקריטריונים אותם קבעה הרכבת, הגם והדבר תלוי באופי השירות שבצע המועמד הפוטנציאלי:

"ש. תנאי הסף למעט מישהו שהשתחרר מסיבות אלו ואחרות, כל אדם שיש לו שירות צבאי עובר את תנאי הסף?  
ת. לא נכון. לא בהכרח השירות הצבאי שלו מתאים.  
ש. כל מי שעשה שירות צבאי יש לו 18 חודשים?  
ת. כן.  
ש. כל מי שעשה טירונות מינימלית בהכרח עשה משמרות על פי הקריטריון השני?  
ת. כן.  
ש. התנאי השלישי, ברור הוא שכל מי ששירת בצה"ל מתקיים לגביו?  
ת. כן" (ראה עמוד 27 שורות 11-19 וכן שורות 23-24 לפרוטוקול הדיון).

הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב למצב התעסוקתי במשק כמו גם לדרישה המצטברת של התנאים הנדונים.

25. שירות צבאי איננו עבודה במובנה הצר שכן אין פירושו עיסוק המצמיח תמורה מתאימה תוך קיומם של יחסי עובד מעביד אולם אין להתעלם מכך שמדובר בתקופה בה חייל מבצע תפקידים שונים שחלקם מהווים נסיון תעסוקתי במובנו הרחב. קביעת קריטריון במסגרתו לא ילקח השירות הצבאי בחשבון משמעה אפליית אזרחי המדינה ששירתו בצבא אשר לא היה באפשרותם לעבוד ולצבור רצף תעסוקתי אזרחי במהלך שירותם הצבאי (בעניין זה מקובלת עלינו עדותו של שקד בעמוד 21 שורות 18-22 לפרוטוקול הדיון). היות ולא הוכח כי הקריטריונים החדשים מתחייבים מאופי התפקיד ובשים לב לעובדה כי מדובר בקריטריונים מצטברים שמועמד בוגר צבא עונה להם באופן עקרוני, מצאנו כי ישנו חשש לאפליית מועמדים שלא שירתו בצבא כאמור.

26. שימוע:

א. המבקשים טענו כי לא נערך להם שימוע כדין עובר לקבלת ההחלטה בדבר הפסקת עבודתם במסגרת הפרויקט. רכבת ישראל טענה כי היא אינה מעסיקתם ואינה מחויבת בעריכת שימוע

## בנסיבות שלפנינו.

חברת השמירה טענה כי מסרה למרבית המבקשים הודעה בדבר ניוד מתפקיד (ראה מ' 2 לתצהיר לוש) זאת, בהתאם לחוזה ההעסקה עליו חתמו (ראה סעיף 3 לחוזה; מ' 3- מ' 10 לתצהיר לוש) לפיו, רשאית חברת השמירה לניידם מכל תפקיד אליו יופנו בהתאם לשיקול דעתה. בנוסף טענה כי מרבית המבקשים שקיבלו הודעות ניוד כאמור, התבקשו להתייצב במשרדה לשם איוש מחדש (ראה סעיף 25 לתצהיר לוש) ובמסגרת זו ענתה על דרישת השימוע הקבועה בדין כאשר המבקשים הם שבחרו שלא להתייצב במשרדי חברת השמירה.

ב. רכבת ישראל אינה מעסיקתם הישירה של המבקשים ומכאן, לכאורה אינה חייבת בעריכת שימוע מתאים למבקשים, עם זאת, לאור העובדה כי בהתאם להחלטתה בדבר הקריטריונים הרלוונטים לתפקיד, הועברו המבקשים מתפקידם יכול והיה עליה לאפשר למבקשים להשמיע טענותיהם בפניה.

עם זאת, בשים לב לכך שמרבית המבקשים זומנו למשרדי חברת השמירה ובחרו שלא להתייצב ולא לנצל הזדמנות זו במסגרתה היה בידיהם לטעון באשר לניודם הצפוי, לא מצאנו כי נפל פגם בהתנהלות המשיבות באי מתן זכות שימוע.

אף אם היינו מקבלים הטענה לפיה רכבת ישראל לא ערכה למבקשים שימוע כנדרש הרי שטענות המבקשים בנדון, מקומן להתברר במסגרת הליך עיקרי ואינן מעלות או מורידות לצורך ההכרעה שלפנינו.

27. התנאים למתן סעד זמני:

א. בית המשפט לא יושיט סעד זמני אלא אם מתן הסעד דרוש להבטחת הליך תקין או לביצועו היעיל של פסק הדין. בהקשר זה ולעניין התנאים הנדרשים לשם מתן סעד זמני קובעת תקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי כדלקמן:

"(א) הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה, רשאי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש, אם שוכנע על בסיס ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה ובקיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות בפרק זה, הנוגעים לסעד הזמני המבוקש.

(ב) בהחלטתו בדבר מתן הסעד הזמני, סוג הסעד, היקפו ותנאיו, לרבות לעניין הערובה שעל המבקש להמציא, יביא בית המשפט בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:

(1) הנזק שיגרם למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני לעומת הנזק שיגרם למשיב אם יינתן הסעד הזמני, וכן נזק שעלול להיגרם למחזיק או לאדם אחר;

(2) האם הבקשה הוגשה בתום לב ומתן הסעד צודק וראוי בנסיבות העניין, ואינו פוגע במידה העולה על הנדרש".

יש צורך בהתקיימות תנאים אלו אף בבוא בית הדין ליתן סעד זמני כאמור. (ראה גם: גולדברג האוזמן, דיני עבודה, חלק שני, עמ' 26 א-23).

ב. אנו סבורים יש להיעתר למתן הצו שכן מצאנו כי לכאורה, הקריטריונים הנדונים, מעלים חשש לאפליה וכי לא הוכח כי הקריטריונים מתחייבים מאופי התפקיד.

ג. שיהוי:

חברת השמירה טענה כי הבקשה הוגשה תוך שיהוי ניכר, שכן, חלף פרק זמן ממושך ממועד פרסום המכרז כמו גם המועד בו נודע למבקשים בדבר ההחלטה להעבירם מתפקידם. לטענת חברת השמירה, המבקשים אף יצאו בפרסומים מתאימים לעיתונות ומהם עולה כי כבר בחודש ינואר ידעו על ההחלטה בעניינם כאשר הודעה פורמלית נמסרה לידיהם בין הימים 8-10 לחודש מרץ 2009 (ראה סעיפים 16 ו-23 לתגובת המשיבה 2).

המצהיר מטעם המשיבים הכחיש האמור וטען כי הדברים שפורסמו בעיתונות לא נמסרו מפיו ומשכך אינו יכול לאשרם. בהתאם, טען קבל לידי הודעה בדבר הפסקת עבודתו בפרוייקט בסוף חודש מרץ 2009 (ראה סעיף 2 לתצהיר עבדולכרים קאדי וכן עדותו בעמוד 4 שורות 1-2 לפרוטוקול הדיון). נציין כי ביום 19/04/09 בקש עו"ד טיבי בא כח המבקשים (במסגרת בשי"א 3905 ובמסגרת בשי"א



3863/09) למחוק הטענה שנוכרה במסגרת בש"א 3905/09 לפיה מכתבי הפיטורים נמסרו למבקשים בשבוע השלישי של חודש מרץ 2009.

יכול והמבקשים שמעו "מפי השמועה" כי יועברו מתפקידם כמפקחי מפגשים כבר בחודש ינואר 2009 עם זאת מצאנו כי הודעה פורמלית נמסרה להם במהלך חודש מרץ ומשכך, לא מצאנו כי נפל שיהוי בהגשת הבקשה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מועלית טענה לאפליה, המהווה פגיעה חוקתית משמעותית ועל בית הדין לבררה כנדרש. נציין כי הדברים נכונים בנוגע לכלל המבקשים שהתווספו במהלך הדיון, בהתאם לבקשת באי כח המבקשים.

#### ד. מאזן הנוחות :

באשר לטענת הרכבת לפיה הקריטריונים שנקבעו מטרתם אחת, שמירה על בטיחות הרכבת ונוסעיה תוך גיוסם והמשך העסקתם של המפקחים המתאימים לתפקיד כך שהתועלת באימוץ קריטריונים אלו עולה על הנזק שעלול להגרם לששת המבקשים שאינם עונים לקריטריונים אלו, ועובדים אך תקופה קצרה בפרויקט, נציין כי לא נטען כי מי מהמבקשים מהווה סיכון כלשהו או שתפקודו לוקה בחסר.

ה. בנוסף, טענה הרכבת כי איננה מעסיקתם של המבקשים והיעתרות למתן הצו תביא לכפית העסקתם. אכן הרכבת אינה מעסיקתם של המבקשים עם זאת, החלטתה בדבר שינוי הקריטריונים היא שהביאה להפסקת עבודתם של המבקשים בפרויקט ובהיטען טענה כבדת משקל לאפליה, הרי שיש מקום למתן הצו כאמור.

ו. אכן, זכותה של הרכבת ואף מחובתה, לקבוע קריטריונים מתאימים לתפקיד התצפיתנים, לשם שמירה על בטיחות נוסעיה, עם זאת, משלא הוכיחה כי הקריטריונים הנדונים מתחייבים מאופי התפקיד ומשלא הציגה בפנינו ראיות מתאימות באשר לאופן קבלת החלטה בדבר קביעת הקריטריונים הנדונים, אין בידינו להכשירם ופתוחה בפניה הדרך לבצע בחינה מושכלת מחודשת תוך התייעצות ושקיפות, לשם קביעת קריטריונים מתאימים, לבל יפגע בטחון נוסעי הרכבת.

ז. חברת השמירה העלתה טענות שונות בדבר הנזק שעלול להגרם לה כתוצאה ממתן הצו שכן, נאלצה לשכור שירותיהם של 50 עובדים נוסף על המבקשים וכן השקיעה סכומים נכבדים בצידוד מתאים כך שהיעתרות למתן הצו תהווה פתחון פה למתחרותיה באופן שנושא המכרז יפתח מחדש והכספים שהוציאה כאמור, ירדו לטמיון. בנוסף טענה כי מרבית המבקשים לא פוטרו כי אם קבלו הודעה בדבר נידום מתפקיד כך שהנזק שיגרם להם כתוצאה מאי מתן הצו אינו משמעותי.

אנו סבורים כי ככל שחברת השמירה תמשיך בהפעלת הפרויקט הרי שהוצאותיה אינן יורדות לטמיון מה גם שלא הוכח כי בעקבות מתן הצו יפתח דיון מחודש במכרז. אכן יתכן וחברת השמירה תשא בעלויות כספיות לאור העסקת 50 העובדים החדשים שגייסה לפרוייקט, אולם בהטען טענה בדבר קיומה של אפליה כדוגמת זו שלפנינו הרי שהתועלת במתן הצו עולה על הנזק שעלול להיגרם עם נתינתו.

#### ח. צו מניעה-צו עשה :

רכבת ישראל טענה כי הבקשה שלפנינו היא בקשה לצו עשה ולא בקשה לצו מניעה שכן, המבקשים פנו לבית הדין לאחר שנמסרו לידיהם הודעות בדבר הפסקת העבודה בפרוייקט ולאחר שפיטוריהם נכנסו לתוקף, לאור הקריטריונים שנקבעו במסגרת המכרז חודשים רבים קודם לכן ולאחר שגויס מספר נכבד של עובדים במסגרת הפרוייקט. לא מצאנו לקבוע מסמרות בעניין שכן, מכל מקום קביעותינו במסגרת החלטה זו ניתנות לכאורה בלבד מה גם שבסופו של יום צו מניעה וצו עשה דומים במהותם ובנסיבות העניין בהיטען טענה חוקתית בדבר אפליה ובשים לב לנטל ההוכחה הנדרש בנדון, הרי שאנו סבורים כי יש להיעתר לבקשה .

28. מר זאב פוטרמן נציג מעבידים :

אני מצטרף לחוות דעתה של כב' השופטת עציון.

29.

**עו"ד שמעון לפיד נציג עובדים :**

א. אני מצטרף לאמור בחוות דעתה המקיפה והמלומדת של ראש המותב, כב' השופטת אהובה עציון, תוך שאוסיף מספר הערות משלי, התומכות במסקנותיה. במסגרת חוות דעתי אתמקד בשתי שאלות מרכזיות.

ב. האם התקיימו התנאים הנדרשים בדין למתן סעד זמני (קיומה של עילת תביעה לכאורה, מאזן הנוחות ומידת הנזק שיכול להיגרם לכל אחד מהצדדים, הגשת הבקשה בתום לב) ?

ג. האם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה חל אף על מעסיק בפועל של עובדי קבלן שירותים, וכפועל יוצא מכך - האם יש סמכות לביה"ד לעבודה ליתן סעד זמני נגד הרכבת (בהיותה מעסיק בפועל של עובדי קבלן שירותים) ?

**ד. תנאים למתן סעד זמני**

שוכנעתי, בהסתמך על התשתית שנפרסה בפני, לרבות התצהירים, העדויות והמסמכים, שהוצגו על ידי הצדדים, כי המבקשים עמדו בתנאים למתן סעד זמני : ברמה הלכאורית, נראה כי למבקשים עילת תביעה רצינית, המתבססת על זכות שלכאורה קנויה להם - הזכות שלא להיות מופלים במקום העבודה בגין אי שירות בצבא, דבר המהווה אפליה מחמת דת או לאום), וכפועל יוצא מכך לא להיות מפורטים בגינה של אפליה זו. נראה לכאורה, שלא הוכח קשר סיבתי בין דרישות התפקיד לקריטריונים החדשים שקבעה הרכבת (להלן: "חבילת תנאי הסף"), ולפיכך יש בחבילת תנאים זו כפי שנוסחה ובדרישה להיותם מצטברים זה לזה משום אפליית המבקשים, בהיותם כללים שלא ממין העניין.

אשר למאזן הנוחות, נראה כי מידת הנזק שתיגרם למבקשים אם לא יינתן הצו, עולה על הנזק שייגרם למשיבים אם יינתן הצו.

כמו כן, שוכנעתי, כי המבקשים עמדו בתנאי של הגעה לבית הדין ביושר ובניקיון כפיים.

אבקש להרחיב בסוגיה, בנוגע להתקיימות שני התנאים של ראיות לכאורה ומאזן הנוחות :

**ה. קיומה לכאורה של עילת תביעה בגין אפליה אסורה**

סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר על אפליה בין עובדים, בין היתר, מחמת דת או לאום, בכל הנוגע לקבלה לעבודה, תנאי עבודה, פיטורים וכיו"ב. סעיף 2(ב) לחוק קובע, כי רואים כאפליה גם קביעת כללים שלא ממין העניין. סעיף 2(ג) לחוק קובע, שאין זו אפליה, כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה.

נטל ההוכחה לעניין פיטורים מהעבודה, המוטל על המבקשים לצורך הוכחת עילת תביעה לכאורה נקבע בסעיף 9 לחוק (המצוטט בחוות דעתה של ראש המותב). במקרה דנן המבקשים אינם בסטטוס של מועמדים לקבלה לעבודה אלא בסטטוס של עובדים, שנדון עניין פיטוריהם ממקום העבודה, קרי נכנסים הם בגדרו של סעיף 9(א)2 לחוק. לפיכך, על מנת שנטל ההוכחה יעבור לכתפי המעביד, כי פעל בניגוד להוראות סעיף 2 (איסור אפליה), עליהם להוכיח - ברמה הלכאורית בשלב זה - כי לא היתה בהתנהגותם או במעשיהם סיבה

## לפיטוריהם.

סבורני, כי המבקשים עמדו בנטל להוכיח, שלא היתה בהתנהגותם או במעשיהם סיבה לפיטוריהם. תימוכין לכך, ניתן למצוא בחקירתו הנגדית של מר יהודה שקד, מנהל אגף פיקוח ובטיחות ברכבת, מיום 19/04/09, אשר העיד, כי לא הגיעו לידיו מקרים של התנהלות לא תקינה של עובדים, אחרת לא היו ממשיכים לעבוד. על פי עדותו, כאשר עובד כושל בתפקידו, נעשה לו תחקיר, שבעקבותיו הוא עלול לסיים את תפקידו. הוא ציין, כי מקרים של רשלנות העובדים, שהגיעו לשולחנו, היו מחולקים על פני כל המגזרים.

למעלה מן הצורך יצויין, כי אף אם נניח, שהמבקשים נכנסים לגדרו של סעיף 9(א)(1) {במקום סעיף 9(א)(2)}, ולפיכך נטל ההוכחה מוטל על כתפיהם להוכיח שהמעביד פעל בניגוד לסעיף 2 לחוק, הרי שלאור מסכת הנימוקים שתפורט לקמן, נראה שהורם נטל הוכחה זה, ולו לכאורה, ולא נסתר על ידי המשיבים.

1. הסוגיה שעלינו לברר היא, האם הוכח ברמה לכאורית, שחבילת תנאי הסף, שהציגה הרכבת למשרה של תצפיתנים, מהווה כסות לדרישתה הקודמת של שירות צבאי, ולפיכך לפנינו כללים שלא ממין העניין, שהינם אפליה עקיפה לפי סעיף 2(ב) לחוק, או שמא הם מתחייבים מאופייה או ממהותה של משרת התצפיתן, שאז לא מדובר באפליה אסורה אלא באבחנה מותרת לפי סעיף 2(ג) לחוק. על פי התשתית הראייתית שנפרסה בפני, נראה, כי הוכח לכאורה, שהמבקשים הופלו על דרך קביעת תנאים שלא ממין העניין לצורך תפקידם, שיש בהם כדי להפלות אוכלוסיות שלא שירתו בצבא, המהווה אפליה מחמת דת או לאום, ואשר אינם מתחייבים מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה.

2. טרם הצגת הנימוקים אדגיש, כי הללו תחומים למסגרת הנסיבתית המיוחדת של מקרה זה, לרבות ובפרט:

\* **שינוי תנאי כשירות לתפקיד קיים** - במקרה דנן לא מדובר בקביעה מראש של תנאי כשירות לתפקיד, שטרם החלו לאיישו, אלא מדובר בשינוי תנאי כשירות לתפקיד קיים, המאוייש כבר על ידי עובדים, שלא נדרשו לעמוד בתנאי סף אלו מלכתחילה בעת קבלתם לעבודה.

\* **בחירת עמדתה הנוכחית של הרכבת שלא במנותק מעמדתה המקורית** - תנאי הכשירות המוצעים על ידי הרכבת מהווים הצעה חלופית של הרכבת לדרישתה הראשונית בדבר תנאי סף של שירות צבאי רובאי 02, ממנו חזרה תוך החלפתו בחבילת תנאי הסף הנוכחית. סבורני, כי לא ניתן לבחון את דרישות הסף הנוכחיות של הרכבת והתכלית הניצבת בבסיסן במנותק מעמדתה המקורית של דרישת סף של שירות צבאי, בפרט לאור העובדה, כי על פי הנתונים שמסרה הרכבת כ-25% מהתצפיתנים הם ממוצא ערבי, אשר כפי הנראה לא שירתו בצבא.

ח. ממסכת הנימוקים שתואר בהמשך עולה, כי לא הוכח שחבילת תנאי הסף מתחייבת מאופי התפקיד. מנגד הוכח, ולו לכאורה, שחבילה זו מהווה כללים שלא ממין העניין. לפיכך, בהעדר צורך מחייב לתפקיד (שיטת האלימינציה), נראה שכל מטרתה של דרישה זו אינה אלא לשמש למעשה כסות לדרישת השירות הצבאי, שהועלתה לראשונה על ידי הרכבת (שהספיקה לחזור ממנה), ומפלה במבחן התוצאה את אלו שלא שירתו בצבא, כמפורט לקמן:

לא הוכח קשר סיבתי על בסיס חוו"ד מקצועית בין חבילת תנאי הסף לדרישות המשרה

מר יהודה שקד, העיד בחקירתו הנגדית מיום 19/04/09, כי לא קיים בכל העולם מערך תצפיתנים, ולכן הם נאלצו להיכנס לעובי הקורה בפרוייקט חדש לחלוטין.

הרכבת לא הציגה, ולו ראשית ראייה, אשר תצביע על קשר סיבתי בין חבילת תנאי הסף שהוצעו לבין ביצוע התפקיד לצורך עמידה בתנאי סעיף 2(ג) לחוק, דהיינו שחבילת תנאי הסף מתחייבת

מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה. כמו כן, לא הוצגה כל חו"ד מקצועית, אשר תבסס קשר סיבתי זה.

בהקשר זה יצויין, כי מר יהודה שקד ציין בעדותו בדיון מיום 16/06/09, כי על הקריטריונים הוחלט בהסתמך על חוות דעת מקצועיות. אולם טענה זו נטענה בעלמא ללא פירוט ומבלי שהוצגו בפנינו אותן חו"ד מקצועיות עליהן דובר.

זאת ועוד, כבר נפסק, כי במקרה בו רשות מינהלית מבקשת ליטול מאדם רישיון או היתר שכבר נופק לו, נדרש, כי תמצאנה לאחר חקירה ודרישה 'ראיות משכנעות', וכי יש לבחון, אם עמד בפני הממונה מסד נתונים איתן וראיות מינהליות משכנעות טרם יחליט ליטול את הרישיון {ראו לדוגמא: עתמ (י-ם) 590/06 יואב כהן נ. מ"י משרד התמית}.

על דרך עשיית אנלוגיה מהפסיקה הנ"ל, סבורני, כי במקרה דנן, על מנת לשנות תנאי סף של כשירות לתפקיד שכבר קיים ומאויש, על המעסיק להציג ראיות משכנעות, כי אכן השינוי מוצדק, ואינו עולה כדי אפליה אסורה. דומני, כי ראיות אלה לא הוצגו בפנינו.

העדר הדרישה של חבילת תנאי הסף בדו"ח ועדת פלד, שהמליצה על העסקת תצפיתנים ברכבת חוות הדעת המקצועית היחידה שהוזכרה על ידי הרכבת היא דו"ח ועדת פלד. אולם גם חו"ד זו אינה מאזכרת את חבילת תנאי הסף שדורשת הרכבת. ועדת פלד קבעה, כי עד השלב בו תפעיל הרכבת אמצעים טכנולוגיים והפרדות מפלסיות יאוישו המפגשים על ידי תצפיתנים. כל שהוועדה מציינת הוא, שיש לתדרך ולצייד את התצפיתנים באופן התואם את משימתם, הא ותו לא.

העדר דרישת חבילת תנאי הסף בתפקידים דומים אחרים ברכבת  
בהעדר מערך מקביל לעבודה זו (על פי עדות נציג הרכבת), נעשה ניסיון לערוך השוואה בין תנאי הכשירות המוצעים של תפקיד זה לתנאי הכשירות של נהגי הרכבת, תפקיד אשר אינו נופל מבחינת האחריות והבטיחות מתפקיד התצפיתן, ואשר גם הוא כרוך בעבודה במשמרות יום ולילה במסגרת מבנה ארגוני היררכי בתפקיד המחייב התנהלות על פי מערכת נהלים מוגדרת. נציג הרכבת, בהתייחסו לשאלת ביה"ד בדבר תנאי הכשירות לתפקיד נהג רכבת, ציין, שאינו עוסק בתחום של הכשרת נהגים. הרכבת מצידה לא טרחה (בדיון ביום 19/04/09) להציג בפני ביה"ד את דרישות הכשירות של הנהגים או לחלופין לאבחן תפקיד זה מתפקיד התצפיתן (על אף שהיה סיפק בידה להיערך ולהציג הנתונים לקראת הדיון שהתקיים ביום 16/06/09).

על פי הפסיקה, צד שנמנע להביא ראיות שברשותו ועדים שבשליטתו פועל הדבר כנגדו {ראו לדוגמא: עמה (חי) 539/03 אגבריה מערוף עבד אל קאדר נ. פקיד שומה חזרה}. אם כן, משתיקתה של הרכבת ניתן להסיק, כי דרישות כגון דא המוצעות לגבי תפקיד התצפיתן אינן קיימות לגבי נהגי הרכבת, על אף שמדובר בתפקיד שאינו נופל מבחינת האחריות והבטיחות מתפקיד התצפיתן.

הרכבת לא השכילה לנצל את התחקירים שבוצעו לגבי מקרי הרשלנות שהתגלו ללימוד תנאי הסף הנדרשים לתפקיד התצפיתן

כיוון שעל פי הרכבת, לא קיים מערך מקביל בעולם ממנו ניתן יהיה ללמוד לגבי דרישות התפקיד, מן המצופה היה שהרכבת תשכיל לנצל את התחקירים, שבוצעו לגבי מקרי הרשלנות שהתגלו, לצורך הפקת לקחים, מהם תנאי הכשירות לשמש בתפקיד תצפיתן. אולם, כעולה מעדותו של מר שקד מיום 16/06/09 לא נבדק, באותם מקרי הרשלנות שהתגלו, האם עמדו התצפיתנים בתנאי הסף החדשים.

אשר על כן, נראה, לכאורה, כי לא הוכח שחבילת תנאי הסף מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד, ולפיכך מהווה, למעשה, קביעה של תנאים שלא ממין העניין, דבר העולה כדי אפליה אסורה.

יושם אל לב, שסעיף 2(ג) לחוק נוקט בלשון "מתחייבת" ("אין רואים אפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה") ולא בכדי. על מנת לקבוע כי מדובר באבחנה מותרת חלף אפליה אסורה, גם אם ייטען שתנאי הסף - כולם או חלקם - רלבנטיים לאופי התפקיד או מהותו, אין בכך די, שכן עליהם להיות מתחייבים מאופיו של התפקיד או ממהותו.

ט. בנוסף ומבלי לגרוע מן האמור לעיל אתייחס באופן פרטני לכל אחד מהקריטריונים החדשים שהוצגו על ידי הרכבת:

(1) **רציפות תעסוקתית (לרבות שירות צבאי) של 18 חודשי עבודה באותו מקום עבודה**  
 הדרישה אינה לניסיון תעסוקתי אלא לרציפות תעסוקתית. דרישה זו של רציפות תעסוקתית תוך הגבלתה לאותו מקום עבודה הינה בעייתית, בפרט, בהילקח בחשבון תחום העיסוק של המבקשים (הנמנה על מגזרי התעסוקה המוחלשים כדוגמת שמירה, אבטחה וכיו"ב), בו התחלופה רבה.

בדרישה זו של רצף תעסוקתי יש למעשה משום אפלייתם של אלו שלא שירתו בצבא לעומת אלו ששירתו, שכן לא הרי רציפות בשירות צבאי כהרי רציפות תעסוקתית – הן מבחינת עילות הפסקת השירות לעומת עילות הפיטורין ממקום עבודה, והן מעצם מהותו של השירות הצבאי שהינו שירות חובה (הכוונה לשירות סדיר) לעומת יחסי עבודה, המבוססים על הסכמת הצדדים.

חמור מכך ולמרבה האבסורד, אדם ששוחרר משירות צבאי בשל נסיבות מחמירות (עבירות סמים לדוגמה) לאחר שהשלים 18 חודשי שירות בלבד, עומד בתנאי הסף, לעומת אדם שלא השלים 18 חודשי עבודה בשל פיטורים עקב קיצוצים.

זאת ועוד, פועל יוצא מיישומו של דו"ח ועדת פלד, הוא העסקת תצפיתנים שלא לטווח ארוך אלא עד להקמת ההפרדות המפלסיות והטעמת האמצעים הטכנולוגיים. לעומת זאת, תנאי הסף דורש רצף תעסוקתי קודם של 18 חודשים באותו מקום עבודה, על אף שההעסקה עצמה (במסגרת הרכבת) אינה מתוכננת במהותה להיות כזו. מחד, מלינה הרכבת על תחלופה גבוהה של עובדים במערך זה, ומאידך, נראה, כי מדובר בתקופת העסקה, שבמהותה אינה מתוכננת לטווח ארוך אלא עד להטעמת הפתרונות כמפורט לעיל. ניסיון זה של הרכבת לאחוז את החבל בשני קצותיו – אינו ראוי. על כך אמרו חז"ל: "כל הפוסל במומו פוסל".

(2) **ניסיון בעבודה (לרבות שירות צבאי) במשמרות יום ולילה של 4 שעות תוך התנהלות עצמאית**

מדובר בדרישה עמומה ולא ברורה, שאינה לוקחת בחשבון פרמטרים, כדוגמת אורכה של תקופת הניסיון במשמרות וחלוף הזמן שעבר מעת רכישת הניסיון.

גם בדרישה זו יש משום אפלייתם של אלו ששירתו בצבא על פני אלה שלא שירתו. כך למשל, האם מועמד שהתנסה בשמירה במשמרות במשך שבוע בלבד, במסגרת טירונות כלל צה"לית שביצע, עונה מהותית לדרישה זו?! האם מועמד שלו ניסיון בשמירה במשמרות במסגרת שירותו הצבאי אותו ביצע לפני 20 שנה עונה מהותית לדרישה זו?! מסופקני אם לכך כיוונו אלה, שהציבו דרישה זו, והאם היו ערים לבעיות העולות מניסוח תנאי סף לא ברור כגון דא.

יתירה מכך, העלאת דרישה מעין זו עלולה להוות מדרון חלקלק, שיגרור דרישה דומה גם במקצועות נוספים, המצריכים עבודה במשמרות והנושאים בחובם אחריות לא פחותה, באיצטלה שהיא מתחייבת מאופיו של התפקיד, לדוגמה: האם מעתה יידרש מרופא מתחיל בבית חולים, שמשרתו כוללת גם תורנויות לילה, להוכיח ניסיון קודם במשמרות?!  
 !?

אך אין צורך להרחיק לכת כל כך, שכן הרכבת לא הוכיחה דרישה דומה בתפקידים לא פחות אחראיים וקשורים לבטיחות, המבוצעים במסגרתה, כדוגמת נהגי קטר, כפי שפורט לעיל.

(3) **עבודה בחברה, מוסד או ארגון (לרבות במסגרת שירות צבאי) בעל מבנה ארגוני היררכי בתפקיד המחייב התנהלות על פי מערכת נהלים מוגדרת**

זוהי דרישה כללית ומובנית כמעט לגבי כל תפקיד של שכיר במשק, המצריך יחסי כפיפות ומרות, ולא ברור מאי רבותא באים להשמיענו דווקא בהוספת דרישה זו לגבי תפקיד זה של תצפיתן.

בנוסף, לא הוכח שהועלתה דרישה זו גם ביחס לסוגי עובדים אחרים ברכבת.

**מאזן הנוחות ומידת הנזק שעלול להיגרם לכל אחד מן הצדדים**

נזקם של המבקשים, אם לא יינתן הצו אינו יכול להירפא לחלוטין על ידי מתן פיצוי כספי. גם אם ניתן לפצותם כספית, הרי שאיבדו את מקום עבודתם הנוכחי, נפגעה זכותם לביטחון תעסוקתי כמו גם כבודם (האחרון אף מהווה ערך המוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו). בנוסף, יש חשש שיושלכו אל מעגל האבטלה, ובעידן של מיתון עמוק במשק, יש לייחס לכך משמעות ניכרת. טוענת הרכבת בסיכומיה, כי אפשר שתימצא למבקשים עבודה חלופית מתאימה על ידי חברת השמירה. חברת השמירה ציינה בתגובתה לבקשה למתן צו מניעה זמני לגבי מספר מבקשים, כי מאמציה למצוא להם אתרים חלופיים עלו בתוהו, ולפיכך נאלצה להודיע להם על הפסקת עבודתם. בנוסף לכך, ציינה חברת השמירה בסיכומיה, כי תיאלץ, בין היתר, לפטר עובדים בשל צמצום היקפי הפעילות בעקבות הפסד המכרז של איזור דרום. כל זה מוביל למסקנה, שכפי הנראה, האפשרות שתימצא למבקשים עבודה חלופית על ידי חברת השמירה אינה ריאלית כל כך.

יובהר, כי לרכבת לא היתה כל טענה בדבר תיפקודם והדרך שבה הם ממלאים את תפקידם או כי מי מהם מהווה סיכון, כך שהשאררתם בתפקיד אינה גורמת למשיבים כל נזק מבחינת התיפקוד בעבודה, ואינה מהווה סיכון לציבור ו/או פגיעה בבטיחות הנסיעה ברכבת.

זאת ועוד, אם לא יינתן הצו הזמני והמשרות בינתיים יאוישו ע"י עובדים אחרים, גם אם יזכו המבקשים בתביעה העיקרית, הרי שהליך זה יהיה מרוקן מתוכו, כי לא תהיה משמעות לזכייתם. חברת השמירה מציינת בסיכומיה במפורש, כי היא כבר קלטה עובדים המועסקים אצלה במקביל למבקשים ובכך נתקיים, לטענתה, מעשה עשוי.

בעניין זה אעיר, כי גם אם אוישו המשרות על ידי עובדים חדשים, הרי שמבחינת נזקי המשיבים אין מתן הצו מעלה או מוריד, כיוון שבין כך ובין כך עליהם לפצות את קבוצת העובדים שלא תאייש לבסוף את התפקיד, ודווקא הפיצוי לקבוצת העובדים שהתקבלה לאחרונה חלף המבקשים, יהיה קטן אם בכלל, בשל התקופה הקצרה בה הספיקו לכהן בתפקיד.

לעומת זאת, נזקם של המשיבים, אם יינתן הצו, קטן בהשוואה לנזקי המבקשים, שכן הרכבת הצהירה שמסכימה לקלוט את רובם הניכר של התצפיתנים, העונה לתנאי הסף החלופיים שקבעה. גם אם יינתן הצו, יוכלו המשיבים לפעול באופן סדיר ומתן הצו, כפי הנראה, לא ישפיע כהוא זה על פעילותם, רק בשל כך שקומץ תצפיתנים, שלא נטען כי היו נגדו תלונות, פרט לכך שאינו עומד בחבילת תנאי הסף, יוחזר לעבודה. מנגד, לאותו קומץ תצפיתנים, שייאלץ לסיים עבודתו, אם לא יינתן הצו, מדובר בעולם ומלואו, שכן איבוד מקום עבודה אינו עניין של מה בכך, במיוחד בתקופה זו.

יודגש, כי לא מדובר בהחזרה לעבודה של עובדים שפוטרם בפיטורי צמצום, שאז חזרתם מהווה נטל תקציבי כבד על קופת המעסיק. עסקינן כאן במשרות שלמעסיק בפועל, וכתוצאה מכך למעסיק, יש צורך ממשי ואמיתי בהן, וכל המחלוקת נסבה סביב דרישת תנאי הסף של העובדים שיאישו אותן.

אשר לטענת חברת השמירה על שינוי לרעה של מצבה בעקבות רכישת ציוד עבודה, ביגוד, כלי רכב וכיו"ב לתצפיתנים, אתמה ולא אבין טענתה, שכן ממילא הציוד אמור להיות בשימושה של קבוצת עובדים זו או אחרת, המועסקת על ידה, ולפיכך הוצאות הציוד נדרשות ממילא, בין אם יינתן הצו נגדה ובין אם לאו, כך שטענתה בעניין זה אינה מעלה ואינה מורידה.

חברת השמירה טוענת, כי אם תתקבל הבקשה קיימת אפשרות תיאורטית לביטול ההתקשרות, דבר שממילא יביא לפיטורי כל המבקשים. חברת השמירה עצמה מודה, כי מדובר בעניין תיאורטי כאשר הסיכוי לעתירות מעין אלה שואף, לטענתה, לאפס. לפיכך, בהתאם לכך יינתן לטיעון זה המשקל הראוי בעת מאזן הנוחות.

בנוסף, לא ניתן להתעלם מאינטרס הציבור למניעת אפליה במקום עבודה, ובכלל זה הנזק שייגרם לציבור העובדים כתוצאה מאפליה, ולו ברמה הלכאורית, החורג מגבולותיו של תיק זה. הדברים מקבלים משנה תוקף עת עסקינן ברשות מינהלית כדוגמת הרכבת, שמניעת אפליה וקידום ערכי השוויון אמורים להיות נר לרגליה.

#### י"א. אי נקיטת פתרון מידתי לתנאי הסף

גם אם מטרת הקביעה של חבילת תנאי הסף היא לשם יצירת שוויון בין אוכלוסיית המשרתים בצבא, שנמנע ממנה לעבוד במשך השירות הצבאי, לבין אלו שאינם משרתים, די היה בהוספת הדרישה של תנאי סף של ניסיון קודם בעבודה תוך נקיטת פרק זמן סביר ומידתי (לרבות שירות צבאי), ותו לא, ללא צורך בחבילת התנאים ובדרישה להיותם מצטברים זה לזה. מן המקובץ לעיל, מתחזקת ההנחה, כי מדובר בקביעת תנאים שלא ממין העניין, ולפיכך אפליה עקיפה מכוח סעיף 2(ב) לחוק. נראה, כי כל מטרתם של תנאי הסף הנוכחיים לשמש כסות אזרחית לדרישה הראשונית של תנאי סף של שירות צבאי, המהווה אפליה אסורה בנסיבות העניין, וכפי שפורט לעיל.

**אף אם נתעלם מתוכנם הבעייתי של הקריטריונים החדשים, יתכן שבכל קריטריון בנפרד ניתן היה לעמוד בנקל בעבודה אזרחית, אך הבעייתיות היא גם בשל הצטברותם של הקריטריונים זה לזה בנסיבות העניין, והיותם תחליף לדרישה הראשונית של שירות צבאי רובאי 02. הוסף על כך את העובדה שמדובר בתפקיד שחלק ניכר הימנו אויש על ידי עובדים ערבים, כאשר לתפקידים אחרים ברכבת לא הוכח שנדרשו תנאים אלה. צירוף נסיבות אלה מוביל למסקנה, כי מדובר בתנאים, שיש בהם כדי להפלות אוכלוסיות שאינן משרתות בצבא, כשמנגד לא הוכח, כי תנאים אלה מתחייבים מאופיו או ממהותו של התפקיד.**

זאת ועוד, במהלך הדיונים חזרה ונשמעה לא אחת הטענה בדבר הסכנה הבטיחותית, הנשקפת לציבור כתוצאה מהישארותם של תצפיתנים, שאינם עונים על תנאי הסף החדשים. על פי התשתית שנפרסה בפני, ובפרט לאחר שמיעת עדותו של מר שקד, סבורני, כי טענה זו נטענה בעלמא מבלי שהונח בסיס מתאים לתמיכה בה, וכפי שפורט במסכת הנימוקים לעיל.

לעניין זה יודגש, כי מר שקד, בעדותו מיום 16/06/09, ציין את ארבעת מרכיבי הפעולה של תצפיתן:

- (1) התרעה על סכנה בטיחותית הקיימת במפגש, לרבות עשיית שימוש במכשירי קשר.
- (2) תיעוד ככל הניתן של פעילות עבריינית של נהגים בהקשר למפגשים.

- (3) דיווח על פעולות של הולכי רגל במפגשים.  
 (4) מתן דיווח ותמונת מצב בעניין כל התשתית של הרכבת שנמצאת במפגש (פגיעה ברדאר וכיו"ב).

הוא ציין, כי מועמדים לעבודה כתצפיתנים נדרשים למפגש הדרכה עיוני ומעשי (יומיים הכשרה בבי"ס למקצועות הרכבת) ולשלוש משמרות חפיפה בטרם ייכנסו לתפקידם.

לאור האמור לעיל, נראה, לכאורה, כי קיימת הלימה סבירה מידתית בין תנאי קבלה אלה (הכשרה מעשית ועיונית) לדרישות התפקיד, כאשר מנגד, חבילת תנאי הסף במתכונת שנדרשה בנוסף על ידי הרכבת מהווה אפליה מכוח סעיף 2(ב) לחוק בהיותה לכאורה קביעת תנאים שלא ממין העניין.

זאת ועוד, החלופה לשלושת תנאי הסף המצטברים שנדרשו על ידי הרכבת – ניסיון של 12 חודשי עבודה כסייר / תצפיתן במפגשי כביש-מסילת רכבת – אינה מרפאה את הפגם שנפל בקביעתם כתנאי סף ובהיותם מצטברים זה לזה, בכל הנוגע לאפלייתם של התצפיתנים שאינם עונים על החלופה.

#### י"ב. סעד של אכיפת יחסי עבודה

לא נעלמו מעיני העקרונות שהותוו בפסיקה ביחס לאכיפת יחסי עבודה, סעד שכידוע יינתן במשורה. עם זאת במקרה דנן, הוכחו לכאורה הנסיבות המצדיקות הענקת סעד זה, וזאת בשים לב שרכבת ישראל הינה גוף דו מהותי, אשר בחצריה נפגעה דה-פקטו זכות השוויון של המבקשים. כידוע, המבחן שנקבע בפסיקה הוא מבחן התוצאה ולא מבחן הכוונה, ולפיכך אין צורך להיכנס לשאלה, האם הדבר נעשה על ידי הרכבת ביודעין או שלא ביודעין (ראו: בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ. שר העבודה והרווחה).  
 אף האינטרס הציבורי מצדיק את אכיפת יחסי העבודה. יש לשקול את האינטרס הציבורי שבקיום זכות השוויון במקום עבודה.

#### י"ג. התערבות ביה"ד בהחלטות רשות מינהלית

לא נעלמה מעיני ההלכה, לפיה בית הדין אינו אמור להמיר את שיקול דעת הגורמים המקצועיים ברשות (הרכבת - בענייננו). אולם, על פי הפסיקה עילות ההתערבות של בית הדין מוגבלות, בין היתר, לעניין חוסר סמכות, שיקולים זרים, אפליה, משוא פנים, אי שמירה על כללי צדק טבעי, חוסר סבירות והתנהגות שאינה בתום לב. ראו לדוגמא: ע"ע 300146/98, יצחק פרינקשטיין נ' מועצה אזורית גליל תחתון, שם התערב בית הדין הארצי בהחלטת רשות מינהלית להעברת עובד מתפקידו.

כשעסקינן ברשות מינהלית, סמכות בית הדין מתפרסת אף מעבר לגדריו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, והיא תקום כל אימת שנפל פגם בהחלטתה של הרשות מכוח עילות ההתערבות המינהליות, וביניהן אפליה.

בית הדין אינו מהסס להתערב במקרי הצורך בהחלטות של רשויות מינהליות משמתבקשת בחינה של החלטת פיטורים שניתנה על ידי הרשות עת נפל פגם בשיקול הדעת. לצד פסיקתו של בית הדין הארצי ניתן למצוא תימוכין למגמה זו בשתי החלטות, שיצאו לאחרונה מבתי הדין האיזוריים:

האחת, החלטתה של כב' השופטת אפרת לקסר מביה"ד האזורי בת"א מיום 04/08/09 בבש"א (ת"א) 5798/09 יפה חדי נ. מדינת ישראל - משרד החינוך, לעניין התערבות בהחלטת רשות מינהלית ומתן צו מניעה זמני נגדה.

השניה, החלטתו של כב' השופט אילן סופר מביה"ד האזורי לעבודה בבאר שבע בבש"א (ב"ש) 1663/09 הסתדרות המעו"ף נ. החברה העירונית לתרבות באשדוד בע"מ. בית הדין הורה על



ביטול החלטת דירקטוריון של חברה עירונית של עיריית אשדוד בדבר סבב מינויים בקרב מנהלי מתנ"סים ופיטורים כפועל יוצא מכך. בית הדין קבע, ששיקול דעת של רשות אינו חופש מוחלט או ביטוי לגחמה. הוא מצטט מספרו של פרופ' יצחק זמיר: "רשות מנהלית, שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסויימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר שהיא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות יש בה חומרה קיצונית היא עילה לפסול כל החלטה מנהלית" (יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, עמ' 733).

השופט הוסיף, בהסתמך על ספרו של פרופ' זמיר, כי התשתית העובדתית המשמשת בסיס להחלטה המינהלית, נוצרת על ידי איסוף נתונים, בחינת אמינותם, ותוך מתן משקל לראיות מהותיות. אין גם פסול בהתייעצות עם גורמים אחרים, בתוך הרשות, מחוצה לה, ובמיוחד עם בעלי מקצוע הנוגעים לעניין. ההתייעצות משפרת את ההחלטה המנהלית בכך שהיא מוסיפה לאיכותה ויש בה פן דמוקרטי של שיתוף הציבור (זמיר, שם עמ' 833).

נראה, כי יפים דברים אלה אף בסוגייתנו. במקרה שלפנינו, לא הוכח שנעשה דבר מכל אלה, מה שכפי הנראה גרם לרכבת להגיע להחלטה לא מנומקת ומוסברת דיה, שפרטיה עמומים ושאינה מבוססת. כפי שכבר נסקר בהרחבה לעיל, לא הובאה כל חו"ד מקצועית בדבר היותה של חבילת תנאי הסף מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד, לא הוכח שנעשה שימוש בתחקירים של מקרי הרשלנות לצורך עמידה על תנאי הסף הנדרשים לתפקיד, לא הוכח שנאספו נתונים על דרישות הסף בתפקידים דומים אחרים, ועוד כהנה, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

סיכומו של דבר, לפנינו אפליה, שהוכחה ברמה לכאורית. אשר על כן, היא מהווה עילה להתערבות אף בשיקול דעתה של רשות מינהלית, וכעולה בקנה אחד עם אינטרס הציבור במניעת אפליה בחסות רשות מינהלית.

#### **תחולתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה על מעסיק בפועל של עובדי קבלן שירותים**

ד"ר

#### **תקנת הציבור**

תכלית החקיקה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה רמוזה בשמו ובדברי ההסבר להצ"ח משנת 1987 – יצירת שוויון הזדמנויות בעבודה, וכפועל יוצא מכך מניעת אפליה בעבודה. כל ניסיון להחריג את המעסיק בפועל (כל אימת שהוא מעסיק עובדי חברת שירותים) מתחולת החוק מנוגד לתקנת הציבור, ובפועל (גם אם המעסיק בפועל לא התכוון לכך) יוצר מסלול עוקף להתחמק מחובות המשתמש כמעסיק בפועל, שהינו האחראי הישיר במקום העבודה, תוך גלגול האחריות לגורם עקיף, שאינו בעל השליטה במקום העבודה, על אף שהוא מעסיקו של העובד.

בחקיקת העבודה והביטחון הסוציאלי מקובלת פרשנות תכליתית של המונחים "עובד" ו"מעביד" על פי ההקשר החקיקתי כבר נפסק, כי למונחים אלה עשויה להיות פרשנות שונה בהקשרים שונים ובהתאם לנסיבות (ראו: דג"צ 4601/95 סרוסי נ. ביה"ד הארצי לעבודה). מן הראוי שניישם הלכה זו גם במקרה דנן, כאשר לצורך הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הרלבנטיות לענייננו ייחשבו התצפיתנים לעובדי הרכבת, ולפיכך החוק יחול על הרכבת, לרבות ובפרט, איסור אפליה. פירוש אחר אינו תואם את התכלית, שהחוק בא לקדם.

#### **מעסיק במשותף**

לאותה תוצאה ניתן להגיע מכוח מבחני העזר שנקבעו לצורך קביעת זהות המעסיק בפרשת כפר רות {נב/3-142 (ארצי)} עת עסקינן בהעסקה משולשת. לפנינו מערכת יחסים משולשת: מעסיק (חברת השמירה), מעסיק בפועל (הרכבת) והעובד (התצפיתן). מטרת מבחני העזר לחשוף את זהות המעסיק על מנת לממש את תכלית החקיקה. בין מבחני העזר שנקבעו: בידי מי הסמכות לפטר את העובד, מי קיבל את העובד לעבודה ומי הסדיר את תנאי קבלתו אליה, מי משבץ את העובד לעבודה וכיו"ב. על פי מבחנים אלה ניתן לומר בשלב זה, כי הרכבת גם היתה מעסיקתם של התצפיתנים לפחות לצורך חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שכן היא הסדירה את תנאי עבודתם וכן את תנאי קבלתם לעבודה, היא החליטה על פיטוריהם וכיו"ב (או שלמצער היו אלה פועל יוצא מהחלטותיה כמו בעניין תנאי הסף). מבחנים אלה מקבעים את זיהויה כמעסיק במשותף לצורך חוק

שוויון הזדמנויות בעבודה ולמניעת אפלייתם של אלה המועסקים בחצריה.

### שיקולי מדיניות משפטית

בשולי הדברים, יצויין, כי אי החלת החוק על מעסיק בפועל (המעסיק עובדי קבלן שירותים) אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות שיפוטית ראויה ושיקולי יעילות, שכן הדבר עלול להביא לפיצול הליכים בין בתי הדין לעבודה ובתי המשפט, למנוע חיסכון בזמן שיפוטי יקר ולגרום לפסיקות סותרות שלא לצורך בנוגע לאותה מסכת עובדתית.

### שאלת קיומו של הסדר שלילי

בשנת 2001 תוקן החוק והוחל אף על מעסיק בפועל של עובדי קבלן כוח אדם, זאת בעקבות חקיקתו של חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו – 1996, אשר שיפר את תנאי העסקתם של עובדים של קבלני כוח אדם ומתוך מטרה להרחיב את גבולות השוויון בתעסוקה (על פי דברי ההסבר להצ"ח).

אמנם אין התייחסות מפורשת בחוק למעסיק בפועל של עובדי קבלן שירותים. אך הלכה היא, כי משתיקת המחוקק כשלעצמה לא ניתן להסיק כוונה ליצירת הסדר שלילי, ושתיקתו תוכל להתפרש כהסדר שלילי, רק אם הגשמת התכלית החקיקתית מחייבת פירוש זה {ראו: עע (ארצי) 437/08 אילן מורנו נ. ד"ר יגאל בן שלום - מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי}.

במקרה דנן, הרציונל הניצב בבסיסו של החוק – הגשמת ערך השוויון – מחייב, כי הוא יחול על מעסיק בפועל באשר הוא בהיותו אחראי על מקום העבודה – בין אם הוא מעסיק עובדי קבלן כוח אדם ובין אם הוא מעסיק עובדי קבלן שירותים. הדברים מקבלים משנה תוקף עת המעסיק בפועל הוא הגורם האחראי דה-פקטו על קבלת העובדים לעבודה, תנאי עבודתם ופיטוריהם, כמו במקרה דנן (או לפחות שותף מרכזי בכל הנוגע להחלטות הנ"ל).

כבר נקבע בפסיקה, כי המילים אינן חזות הכל ולא רק על פיהן יקום או יפול דבר. בית המשפט יתן לחיקוק פרשנות המתיישבת עם התכלית המקורית, עם עקרונות היסוד ועם אופיה הדמוקרטי של המדינה, המתאפיין, בין היתר, בעקרון השוויון {ראו לדוגמא: החלטת כב' השופטת יהודית שבח בתיק הפ (ת"א) 1122/05 חברת הפארק להקמת פארק טכנולוגי ומשרדי נ. מינהל מקרקעי ישראל}. נראה, כי יפים דברים אלה גם בענייננו.

סבורני, כי התיקון בחוק לגבי מעסיק בפועל של קבלן כוח אדם, התווסף בשל כך שצורת ההעסקה זו היתה רווחת יותר באותה תקופה (יחסית למתכונת העסקה באמצעות חברות שירותים שעובדיהן מועסקים בחצרי המעסיק). אולם מאז חלו תמורות בשוק העבודה, ומעסיקים רבים עברו למתכונת העסקת עובדים של חברות שירותים בחצריהם, ככל הנראה בשל דרישות פחות מחמירות מבחינת החוק, בדגש על פיקוח פחות הדוק.

עם זאת, על אף שבתי המשפט אמונים על מלאכת פרשנות דבר חקיקה, מן הראוי להבהיר את החוק, באופן שיעלה בקנה אחד עם תכליתו, כך שלא ייוותר מקום לספק שהוא יחול על כל מעסיק בפועל – בין מעסיק של עובדי קבלן כוח אדם ובין מעסיק של עובדי קבלן שירותים. מלאכה זו מוטלת, כמובן, לפתחו של המחוקק.

### סמכותו העניינית של בית הדין לצורך מתן סעד זמני

ט"ו.

למעלה מן הצורך יודגש, כי גם אם נותר ולו בדל של ספק בדבר חלות החוק על הרכבת כמעסיק בפועל של עובדי קבלן שירותים, הרי שאין בכך כדי להשליך על שאלת סמכותו העניינית של ביה"ד לעבודה לצורך מתן סעד זמני בכל הנוגע לרכבת, שכן על פי הפסיקה לביה"ד סמכות ליתן סעד זמני גם ללא סמכות עניינית.

להלן תמצית הפסיקה כפי שהופיעה בהרחבה בסקירתה של כב' השופטת ד"ר אריאלה גילצר בתיק עב (ת"א) 3235/08 תרצא ברוידא נ. דוד ויסמן:

- (1) לצורך מתן סעד זמני, על בית הדין לדון בבקשה גם ללא סמכות עניינית. די בכך ששופט שוכנע, לכאורה, כי יש לו סמכות לדון בתביעה והרשות תהא בידו לתת גם סעד ביניים, ופעמים יתן בימ"ש סעד כזה כשעצם סמכותו לדון בגוף העניין שנויה במחלוקת וטרם נתבררה.
- (2) סמכותו של בית הדין לעבודה נקבעת על פי מהות הסכסוך ולא על פי הסעד המבוקש. לאחרונה הורחבה סמכותו של בית הדין לעבודה גם בין צדדים שאינם בגדר יחסי עובד ומעביד, ליחסים משולשים, קרי – עובד, מעביד ומשתמש, כבענייננו.
- (3) בימ"ש רשאי להכריע בשאלה, שאינה בסמכותו העניינית, ובלבד שההכרעה דרושה לעניין שהובא בפניו. לפיכך, יש לומר כי יש לביה"ד סמכות עניינית ליתן סעד זמני בסוגיה דנן לגבי הרכבת (תוך בחינת התקיימות התנאים לצורך נתינתו).

### ט"ז. סיכום

לפנינו הליך בו מבוקש סעד זמני של ביטול פיטורי המבקשים. במקרה הנדון, שוכנעתי, ולו לכאורה, כי למבקשים קמה זכות לקבלת הסעד המבוקש על ידיהם. אשר על כן, ההחלטה על פיטוריהם פסולה, ולפיכך היא בטלה, עד לקבלת קביעה אחרת בהליך העיקרי.

ויובהר: החלטה זו של בית הדין מבקרת את שיקול הדעת של הרשות המינהלית, הרכבת במקרה דנן, תוך ציון הפגמים והליקויים שנפלו בקביעת חבילת תנאי הסף שהוצעה על ידי הרכבת. כפועל יוצא מכך, מתערב בית הדין בשיקול דעת הרשות המינהלית, ונותן סעד זמני של ביטול פיטורי המבקשים. עם זאת, בל תטעה הרכבת לסבור, כי משנפסלה חבילת תנאי הסף הנוכחית, הותרה הרצועה, וכי ניתן הכשר על ידי בית הדין לכך, שאין כל צורך בתנאי סף. לפיכך, יודגש, כי בית הדין אינו נוטל על עצמו בשלב זה את תפקיד הרשות המינהלית לצורך קביעה או אי קביעה של תנאי סף חדשים, אלא רק מבקר את החלטתה של הרכבת, שקבעה את תנאי הסף הנוכחיים. מלאכה זו של קביעה מחדש או אי קביעה של דרישות סף לתפקיד התצפיתן מוטלת לפתחה של הרכבת, ולא נותר אלא לקוות, כי תשכיל לגבש קביעה, שתעלה בקנה אחד עם הדין ולא תהווה אפליה.

### 30. סוף דבר:

- א. הבקשה מתקבלת. בשים לב לכך שעניינה של הבקשה נעוץ בטענת אפליה ופגיעה נטענת בזכות חוקתית, לא מצאנו לחייב המבקשים בהפקדת ערובה.
- ב. בנסיבות העניין, איננו עושים צו להוצאות.

**ניתנה ביום 06 בספטמבר, 2009 (י"ז באלול תשס"ט) בהעדר הצדדים.**

אהובה עציון, שופטת  
אב"ד

נ.צ. – זאב פוטרמן  
נחתם ביום 08/09/2009

נ.צ. – שמעון לפיד  
נחתם ביום 07/09/2009

קלדנית: גלית דוד