

המוציא ממעסיקו עליו הראיה?

צבי פרנקל*

מבוא

בהוראת סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, בתי הדין לעבודה אינם קשורים בדיני הראיות, אלא בדיונים בעבירות על חיקוקים פליליים שיפורטו בחוק, שעליהם יחולו סדרי הדין והראיות החלים בהליכים פליליים. בצידה של הוראה זו, קובע סעיף 33 לחוק שבכל עניין של סדר דין, שאין עליו הוראה אחרת בחוק בית הדין לעבודה או בתקנות לפיו, ינהג בית הדין בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק.

מערכת בתי הדין לעבודה הוקמה, בין היתר, כדי לאפשר לעובדים שאינם מיוצגים להגיש את תביעותיהם לבית הדין גם אם אינם שולטים ברזי סדרי הדין ובסדרי הבאת הראיות. גישה דומה ננקטה גם בהליכים מסוימים במערכת המשפט הרגילה, כגון בבתי משפט לתביעות קטנות, וכן בחלק מההליכים המתנהלים בבתי המשפט לענייני משפחה, בבתי דין מנהליים ובמשפט המנהלי.¹

הגינה של הוראת סעיף 32 נעוץ באופיים המיוחד של יחסי העבודה, שבהם קיים בדרך כלל, חוסר איזון בין העובד לבין המעסיק וכן בהיותו של משפט העבודה מושגת על נורמות משפטיות בעלות אופי כלכלי-חברתי המוצאות את ביטוין בחוקי העבודה, בהסכמים קיבוציים, בצווי הרחבה ובחוזים אישיים. כדי להביא לאכיפה מרבית של נורמות אלה העדיף המחוקק לשחרר את בתי הדין ממסגרות נוקשות בדיני הראיות ולאפשר להם ולצדדים המתדיינים גמישות בדיני הראיות.² כדי למנוע ספקות או פרשנות רחבה מדי, הבהיר בית המשפט העליון שאין לראות בהוראת סעיף 32 ביטול גורף של דיני הראיות, אלא רק אמצעי ה"מאפשר לבית הדין לעבודה להסיר מעליו מגבלות מתחום דיני הראיות, שלדעתו אינן רצויות ושהסרתן אינה פוגעת בעשיית משפט צדק".³ ואכן בתי הדין לעבודה מקפידים על יישום הכללים של דיני הראיות כשם שמקפידים הם ביישום כללי הדיון, לאור "החובה המוטלת על הדיין... לחתור להשלטת הצדק המהותי לפי כללי הצדק הדיוני".⁴ ההקלה באה לסייע לעובד להביא בפני בית הדין את כל העובדות כאשר נטל השכנוע מוטל עליו, אך אינה מבטלת את חובת השכנוע.

אזכור הרשימה: צבי פרנקל "המוציא ממעסיקו עליו הראיה?" אתר משפט ועסקים (7.3.2022) www.idclawreview.org/2022/03/07/frenkel2022

* סגן נשיא בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע; Ph.D. במדעי הניהול; מורה מן החוץ במחלקה לניהול ומדיניות ציבורית בפקולטה לניהול באוניברסיטת בן-גוריון בנגב. האמור משקף את עמדתי האישית בלבד. אני מודה לאבי, פרופ' דוד א' פרנקל, על הערותיו המועילות. תודה לחברי מערכת משפט ועסקים ובמיוחד לסגן העורך הראשי עו"ד שחר פרידמן ולעורך אילון גינסבורג על הערותיהם החשובות ועל עבודת עריכה קפדנית ומצוינת.

- 1 על דיני הראיות בבית המשפט לתביעות קטנות ראו טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 319–345 (מתן גולדבלט עורך 2017). ראו גם ס' 8 (א) **לחוק בית המשפט לענייני משפחה**, התשנ"ה-1995; ס' 21 **לחוק בתי דין מינהליים**, התשנ"ב-1992.
- 2 דב"ע (ארצי) נז/3-268 **ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ – תרמור** (נבו 1997.21.8).
- 3 בג"ץ 1199/92 **לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז(5) 734, 742 (1993).
- 4 יצחק לובוצקי **סדר הדין במשפט העבודה** פרק 12, 7 (מהדורה חמישית 2016).

קיימת איבהירות באשר למשמעות המונח "נטל ההוכחה". לעיתים הוא משמש לשני מובנים: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות.⁵ בית המשפט העליון הבחין בין שני סוגי הנטל בעניין זרקא,⁶ בעניין אריה⁷ ובעקבותיהם בעניין נוימן.⁸ נטל השכנוע מוטל על מי שחייב לשכנע את ערכאת הדין שהעובדות שהוכיח מבססות את זכותו, ונטל הבאת הראיות מונח על מי שעליו מוטלת החובה להניח את העובדות הנדרשות בפני הערכאה הדינית.⁹ עם זאת, ובמיוחד בהליכים בפני בית הדין לעבודה, לא תמיד מוטל נטל השכנוע להוכחת התביעה על העובד – התובע. כפי שנראה, בחוקים רבים במשפט העבודה, נטל השכנוע מוטל דווקא על המעסיק – הנתבע, בין היתר, מהסיבה שלו יתרון על פני העובד, בכל הקשור לגישה לראיות ולמסמכים הנמצאים בשליטתו. במצב זה, לאחר שמילא העובד את התנאים שנקבעו בחוק או בפסיקה, יועבר נטל השכנוע אל המעסיק.

נטל ההוכחה בדיני העבודה

פעולת איסוף הראיות כרוכה במאמץ, ולעיתים כרוכה גם בעלויות כספיות לא מבוטלות.¹⁰ ייתכן שזו אחת הסיבות לחקיקתו של סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה ולפסיקה שבאה בעקבותיו, שהתייחסה לאופי המיוחד של יחסי העבודה ולאופי הכלכלי-חברתי של משפט העבודה. השאלה כיצד יש להקצות את נטל השכנוע ואת נטל הבאת הראיות בין הצדדים והשאלה מי יישא בעלויותיהן הן שאלות קלסיות בתחום הכלכלה.¹¹

בשל פערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה וחולשת העובד מול המעסיק, עסקה הפסיקה במספר הצדקות תועלתניות ומוסריות כאחד שעניינן פיצוי על חולשתו של העובד.¹² בכלל אלה, הצדקות שעניינן טיבו המיוחד של חוזה העבודה כ"חוזה יחס", המקפל בתוכו ציפייה מוגברת להוגנות ואף לערבות הדדית, מעמדו של הערך החברתי העלול להיפגע בשל פגיעה בזכויות קוגנטיות הנוגעות לזכותו של העובד לקיום בכבוד אנושי וכן עוצמת הפגיעה הצפויה בערך זה והסיכוי הגבוה להתממשותה.¹³ במקרים רבים, רוב המידע נמצא בידי המעסיק. כך, למשל, דוחות נוכחות, יומני עבודה, תיקו האישי של העובד, צילומים ממקום העבודה. במקרים כאלה "מצויים התובעים בעמדה נחותה בכל הנוגע לנגישות לנתונים ולמסמכים".¹⁴

תפקיד בתי הדין לעבודה אינו מצומצם לפתרון סכסוכים בין צדדים לדין. אחד מתפקידיו החשובים הוא יצירת דינים חדשים בד בבד עם מתן פרשנות יצירתית לדין הקיים, ולעיתים תוך התערבות בתחומים חברתיים-כלכליים. בית הדין לעבודה ממשיך

5 אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון, פרק 13 (1985).

6 ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, 522–523 (1950).

7 ע"א 641/66 אריה נ' קליבנסקי, פ"ד כא (2) 358 (1967).

8 ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד (2) 229 (1970).

9 אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים 2009).

10 טליה פישר ואלכס שטיין "פרק כא: דיני ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1103 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012). במאמרם המחברים מסבירים שראיות הן מוצר כלכלי.

11 שם, בעמ' 1104.

12 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 11-12-43694 חברת אפי אבטחה בע"מ – מרדכי, פס' 56 (נבו 2017.28.8).

13 על יחסי כוחות לא מאוזנים שבין עובד לבין המעסיק ראו רות כן-ישראל דיני עבודה כרך ב 385 (מהדורה חדשה, מורחבת ומעודכנת, טובה צורף עורכת 2002): "...וגם משום הצורך להגן על העובד, שכן ההנחה הבסיסית היא שהוא מצוי בעמדת מיקוח נחותה, והכרה בויתור על זכויותיו תיצור אפוא לחץ מתמיד של המעביד על העובד לוותר על זכויותיו." על חזקת חוסר השוויון בין העובדים למעסיקים ראו גם בג"ץ 4179/13 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' יב (אר"ש 7.7.2014).

14 ע"ב (אזורי ת"א) 5817/00 נגלר – אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פס' 8 (נבו 2002.27.5).

להוביל למימוש מהפכה רעיונית, שעיקרה הכרה בזכויות עובדים ובזכויות חברתיות, בכך נטל על עצמו תפקיד של יצירת חירויות חשובות לפרט.¹⁵

הגמשת דיני הראיות מתיישבת גם עם התכלית של דיני העבודה להפחתת העלויות. למשל, בכל הנוגע בכלל הפוסל עדות מפי השמועה. היצמדות לכלל מחייבת את בעלי הדין להגיש כל מסמך באמצעות עורכו, וכל עדות מפי אומרה, וכשהתובענה נסובה על סכומים נמוכים, עלויות ההליך יהפכו אותו לבלתי כדאי. החשש הוא שהעלויות הכרוכות בהשגת הראיות ירתיעו את העובד מלהגיש תביעה נגד המעסיק – וכך המעסיק לא יהסס לפגוע בזכויות של עובדים רבים. למשפט העבודה ולדיני הראיות במסגרתו, תפקיד גם בהכוונת ההתנהגות.

המגמה בפסיקה היא מעבר מנורמות נוקשות של כללי קבילות, לנורמות גמישות בדבר הערכת המשקל של דיני הראיות.¹⁶ לדעתם של מבקרי הגישה של נוקשות בכללי הקבילות, יש לאמץ נורמות הכרעה המתבססות על ניסיון החיים, תבונה מעשית ומקורות מידע מגוונים, כפי שהציעו שטיין ופישר ב"גישת ההוכחה החופשית" (free proof).¹⁷ לא בכל ענפי המשפט מקובלת גישה זו. כך, לדוגמה, נוקט החוק הישראלי גישה שונה בתביעות אזרחים נגד אוצר המדינה. בתביעות כאלה הטיל החוק את שני סוגי הנטל – נטל הבאת הראיות ונטל השכנוע – על האזרח התובע,¹⁸ גם כאשר כל חומר הראיות או רובו מצוי בידי המדינה. גישה זו איננה נוהגת במערכת דיני העבודה אף במקרים שבהם הנתבעת היא המדינה. מבחינת דיני העבודה אין להרשות או לאפשר הפליה בין מעסיקים באותה מערכת של דיני העבודה.

המחוקק בחר לעביר את נטל השכנוע אל המעסיק במספר נושאים שהם בליבת משפט העבודה. עם זאת, גם במקרים אלה, העברת נטל השכנוע מותנית בכך שיקדם לה שלב, ויהיה זה קצר ככל שיהיה, במסגרתו על התובע לשאת בנטל השכנוע או בנטל הבאת הראיות, לפי העניין, למילוי התנאים הנקובים בסעיפי החוק. ראיות אלה מהוות את שלב הפתיחה, שבעקבותיו ייתכן שנטל ההוכחה יועבר אל הנתבע. דוגמה לכך מצויה בהסדר שנקבע בסעיף 2 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או כמינהל התקין), התשנ"ד-1997 (להלן: חוק הגנה על עובדים) האוסר על מעסיק לפגוע בענייני עבודתו של עובד בשל כך שהגיש תלונה נגד מעסיקו או שסייע לעובד בקשר להגשת תלונה כאמור. בשל החשיבות שראה המחוקק בהגנה על המתלונן, בחר המחוקק להקל על העובד בהוכחת תביעתו כי נפגע בשל תלונתו או בשל סיועו לתלונתו של אחר. הוראת סעיף 3א לחוק קובעת כי לאחר שהעובד עמד בחובת ההוכחה (ולא רק בנטל הבאת הראיות) למילוי התנאים הנקובים בו, יעבור נטל השכנוע אל המעסיק להראות כי לא פעל בניגוד לאמור בסעיף 2 לחוק.

בית הדין הארצי לעבודה ציין כי "לרוב מונחים אלה משמשים בערבוביה ונוסף עליהם גם המונח 'חובת ההוכחה',¹⁹ וכי "עיון בחקיקה המודרנית מעלה כי המחוקק מנסה לעשות שימוש עקבי במונח 'חובת ההוכחה', כתחליף למונח 'חובת הראייה'

15 זאב סגל וליילך ליטור **אקטביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** 47–48 (2008).

16 חבקין ונמרודי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35.

17 ראו, למשל, Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J.L. & JURIS. 279 (1996); טליה פישר **"דיני הראיות בראי התאוריה" עיוני משפט** לט 107, 110 (2016).

18 דן ביין **"נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני המסים (ההוררים בעקבות פסקהדין של ביתהמשפט העליון בעניין ע"א 1436/90 ארד נ' מנהל מע"מ)" משפט וממשל** ג 277 (1995).

19 ע"ע (ארצי) 11-15546-05-11 **בוסקילה – נתיבי מעיין אביב בע"מ**, פס' 48 לפסק הדין של השופט איטח (נבו 24.2.2015), שציטט את פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 6160/99 **דרוקמן נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נה(3) 117, 124 (2001): "בפסיקה משמשים בערבוביה שלושה ביטויים שונים ומתחלפים לעניין זה: 'נטל השכנוע', 'נטל ההוכחה', 'חובת ההוכחה'. שימוש בלתי אחיד זה במונחים גרם לא אחת לערפול. ראוי כי ייעשה שימוש אחיד ועקבי במונח אחד כדי לבטא את 'נטל השכנוע' אל מול 'נטל הבאת הראיות'."

שהופיע בעבר. הדבר נעשה הן בחקיקת העבודה המודרנית²⁰ והן בחקיקה הכללית²¹. בית הדין לעבודה קבע כי לדידו, "ככלל את המונח 'חובת ההוכחה'... יש לפרש כמתייחס אל נטל השכנוע, קרי אל חובתו של המעסיק לשכנע את בית הדין"²². הוראה כמו זו שבסעיף 3א לחוק הגנה על עובדים מביאה בהכרח את בית הדין לפעול בשני שלבים. בשלב הראשון על העובד לשכנע את בית הדין כי מילא אחר התנאים הנקובים בסעיף, ורק אז, יגיע השלב השני שבמסגרתו יועבר נטל השכנוע אל הנתבע. יתכן שבית הדין אף יקבע, על פי עובדות המקרה, הוראות לגבי העברת הנטל כגון דרישה להמציא ראיות נוספות או להבהיר עובדות מסוימות. בסופו של דיון, יהיה על הנתבע לשכנע את בית הדין שהריס את נטל השכנוע שהוטל עליו, שאם לא כן – תתקבל תביעתו של התובע. במקרה כזה אפשר גם לומר שהתובע עמד בנטל ההוכחה כאשר הראה שהנתבע לא עמד בנטל השכנוע שהועבר אליו לדחות את תביעת התובע.

לעיתים על התובע לעמוד רק בנטל הבאת הראיות ולא בנטל השכנוע כדי להעביר את נטל השכנוע אל המעסיק. העברת נטל השכנוע אל המעסיק, אין משמעותה בהכרח שינוי סדר הבאת הראיות.²³ כדי לעמוד בנטל הבאת הראיות על החייב בהבאתן להגיש לבית הדין כראיות את המסמכים הרלוונטיים, תוך שהוא מביא מתוך הראיות את החלקים שעליו להוכיח. הגיש צד מסמכים שאינם רלוונטיים לעניין לא ייחשב כמי שקיים את חובתו להביא ראיות. עליו להגיש לבית הדין ראיות שיש בהן כדי לבסס את עמדתו ולהשמיט את הבסיס לטענות, לרבות טענות אפשריות של יריבו.²⁴

וכדי שלא נטעה – יש להבחין בין שלב גילוי המסמכים, שהוא שלב מקדמי, לבין נטל הבאת הראיות.²⁵ במסגרת הליך גילוי מסמכים על כל צד להציג את המסמכים שבידו.²⁶ בעל דין שגילה ראיות במסגרת שלב גילוי המסמכים לא ייחשב כמי שעמד בנטל הבאת הראיות. לעיתים מבקש צד לדיון שלא לגלות מסמך זה או אחר בשלב של הליך גילוי המסמכים, כמו, למשל, כפי שנקבע בהלכת סוויסה.²⁷ עם זאת, הלכת סוויסה לא שינתה את סדר הבאת הראיות.²⁸ השופט עמית הבהיר שמדובר בשני שלבים שונים – סדר הבאת הראיות לחוד והליכי הגילוי והעיון לחוד.²⁹

בחינת התנאים המוקדמים להעברת נטל השכנוע מהתובע אל הנתבע לא תיעשה עם תום פרשת התביעה, אלא בסיומו של ההליך. בשיטת המשפט הישראלית, ההליך המשפטי לא "נעצר". ההכרעה בדיון בבית הדין לעבודה תיפול רק בסיום הגשת הראיות שיגישו המתדיינים משני עברי המתרס, לרבות לאחר העברת נטל ההוכחה ממתדיין אחד למשנהו. משמעות הדבר היא, שהראיות כולן נבחנות כמקשה אחת בתום ההליך בהתאם לדין ולכללים שהתווה בית הדין הארצי לעבודה.

20 השופט איטח, מתאר בעניין בוסקילה, שם, את החקיקה לפי סדר כרונולוגי עולה.
 21 ס' 6(ז) לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012.
 22 עניין בוסקילה, לעיל ה"ש 19.
 23 בר"ע (ארצי) 70486-11-18 קדמי – המוסד לביטוח לאומי (נבו) 2.12.2018.
 24 עניין בוסקילה, לעיל ה"ש 19, שם.
 25 בר"ע (ארצי) 32115-09-20 רוזן – המוסד לביטוח לאומי (נבו) 5.4.2021.
 26 תק' 57 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018; תק' 46(א) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991.
 27 רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ"ה(1) 515 (1999).
 28 רע"א 5266/10 פלוני נ' מרכז רפואי פלוני, פס" 6 (אר"ש) 15.8.2010; בר"ע (ארצי) 38146-06-21 רוזן – המוסד לביטוח לאומי, פס" 17 (נבו) 25.10.2021.
 29 יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפילי 57 (2021).

העברת נטל השכנוע בחקיקה

בשנים עשר חוקים מעביר המחוקק את נטל השכנוע למעסיק, לאחר שהעובד עמד בנטל הראשוני שקבע המחוקק או שנקבע בפסיקה. חוקים אלה הם בליבת משפט העבודה, בהיותם נוגעים לשכר עבודה, לשוויון הזדמנויות בעבודה, לאיסור הפליה, להגנה על מעמדו של התובע ולסיום יחסי עבודה. בחלק מהחוקים חובת ההוכחה הראשונית החלה על התובע ברורה מלשון החוק, ובחוקים אחרים יש שהפסיקה הטילה הבאת ראיות כתנאי להעברת נטל השכנוע אל הנתבע.

מספר חוקים תוקנו לאחר חקיקתם כך שנטל השכנוע הועבר אל הנתבע, לאחר שהתובע עמד בנטל הראשוני: שלושה חוקים העוסקים באופן ישיר בשכר – חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958,³⁰ חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002 (להלן: חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה) וחוק שכר מינימום, התשמ"ד-1987; וכך גם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 שתוקן בשנת 2010,³¹ וחוק הגנה על עובדים, שתוקן בשנת 2001,³² מה שמלמד שהמחוקק הגיע למסקנה שיש להעביר את הנטל, בשל הקושי האובייקטיבי של העובד להוכיח רכיבים בתביעתו, זאת לאור פסקי הדין שניתנו בעניינים אלה.

אציג את החוקים לפי סדר הא"ב:

חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ד-1997

החוק נועד להגן על עובד שהתלונן נגד מעסיקו באחד מענייני העבודה שהם תנאי עבודה, קידום, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיטורים או פיצויי פיטורים, וכן הטבות ותשלומים הניתנים בקשר לפרישה מעבודה. כאמור, כפי שנקבע בסעיף 3א לחוק, אם העובד תובע את המעסיק או את מי שממונה מטעמו בגין פגיעה בזכויותיו באחד מענייני העבודה, עקב תלונתו של העובד או סיועו לעובד אחר להגיש תלונה, עובר נטל השכנוע אל המעסיק, שלא פעל בניגוד להוראות חוק זה.

לשם העברת הנטל אל הנתבע – המעסיק או הממונה מטעמו, על העובד להוכיח את שני אלה: (1) שהמעסיק או הממונה מטעמו פיטר או פגע בו; (2) שלא הייתה בהתנהגותו של העובד או במעשיו סיבה לפגוע בו.³³ שכנע המעסיק את בית הדין שהפיטורים או הפגיעה בתנאי העבודה אינם קשורים לתלונה שהתובע הגיש באחד מענייני העבודה כהגדרתם בחוק, די בכך כדי לדחות את התביעה.³⁴

לצורך החלת ההגנות המוענקות בחוק, על העובד לעמוד בשלושת התנאים המצטברים הנקובים בסעיף 4 לחוק: **התנאי הראשון** נוגע לסוג התלונה, כאשר נדרש כי התלונה התייחסה להפרת חיקוק במקום העבודה, או להפרת חיקוק בקשר לעבודת העובד או בקשר לעסקו או לפעילותו של המעסיק, ובגוף ציבורי (כהגדרתו בתוספת לחוק, לרבות רשויות מקומיות) – גם אם התלונה הוגשה בקשר לפגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין; **התנאי השני** מחייב כי התלונה "הוגשה בידי העובד בתום לב או שהעובד סייע בהגשת התלונה בתום לב"; **והתנאי השלישי** מחייב כי התלונה הוגשה לרשות המוסמכת לקבלה או המוסמכת לבדוק או לחקור בעניין מושא התלונה. ההגנה המוקנית בחוק היא כנגד פיטורים או פגיעה "בענייני עבודה" (כהגדרתם בסעיף

30 [חוק הגנת השכר \(תיקון מס' 24\)](#), התשס"ח-2008, ס"ח 612.

31 [חוק שוויון הזדמנויות בעבודה \(תיקון מס' 15\)](#), התשע"ז-2010, ס"ח 566.

32 [חוק הגנה על עובדים \(חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין\) \(תיקון\)](#), התשס"ב-2002, ס"ח 125.

33 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 48067-10-11 חוות – רכבת ישראל בע"מ (נבו 4.6.2013); ע"ע (ארצי) 259/06 רותם – מדינת ישראל – משרד האוצר (נבו 20.9.2007).

34 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 24170-11-19 קדמי – המוסד לביטוח לאומי (נבו 24.6.2020).

1 לחוק) בשל הגשת התלונה או סיוע להגשתה (כלשונו של סעיף 2), וממילא יש לבדוק אם אכן נגרמה פגיעה כלשהי בעובד (כהגדרתה בחוק), ואם קיים קשר סיבתי בין הפגיעה לבין הגשת התלונה.³⁵

חוק הגנה על עובדים בשעת חירום, התשס"ו-2006

סעיף 2 (א) לחוק אוסר על מעסיק לפטר "עובד בשל היעדרותו מהעבודה או איביצוע העבודה, מחמת הוראה שניתנה בשעת התקפה... או הוראה שניתנה בעת מצב מיוחד בעורף... אשר בשלה נמנע מן העובד להתייצב לעבודתו או לבצעה". כמו כן, סעיף 2 (ב) לחוק אוסר על מעסיק לפטר "עובד בשל היעדרותו מהעבודה לצורך השגחה על ילדו, הנמצא עמו, עקב סגירת מוסד החינוך שבו לומד או שוהה הילד מחמת הוראה כאמור בסעיף קטן (א), או עקב הוראה של השר האחראי שניתנה בשעת התקפה או בעת מצב מיוחד בעורף".

סעיף 5 לחוק מסמיך את בית הדין לעבודה לפסוק פיצויים לעובד שפוטר, אף אם לא נגרם נזק של ממוון, וכן "ליתן צו מניעה או צו עשה, אם ראה שהענקת פיצויים בלבד לא תהא צודקת".

סעיף 4 לחוק מעביר אל המעסיק את נטל השכנוע כי פעל שלא בניגוד לחוק, אך גם כאן לאחר שהתובע הוכיח כי נעדר מהעבודה או לא ביצעה בנסיבות המפורטות בחוק וכן כי הפיטורים היו בעת היעדרותו מהעבודה או איביצועה או בתוך חודשיים לאחר מכן.

חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958

חוק זה בא להבטיח שעובד יקבל את שכר עבודתו, לרבות התשלומים הנלווים לו, כגון תשלומים עבור עבודה בשעות נוספות, עקב עבודתו ובמשך עבודתו.

סעיף 26 לחוק³⁶ מאפשר להעביר את נטל השכנוע אל המעסיק שאכן שילם לעובד את שכרו במלואו, אך לשם כך על העובד להציג בפני בית הדין גרסה בנוגע לשעות העבודה הנוספות ושעות העבודה במנוחה שבועית שבהן לטענתו עבד ולא שולם לו בעדן שכר או גמול המגיע לו, וכן להציג תחשיב, ולו על דרך של אומדנה, של הסכום שהוא תובע בעד עבודתו בשעות נוספות ובמנוחה שבועית על יסוד גרסתו.³⁷ לשם העברת נטל השכנוע ניתן להסתפק בתצהיר של העובד או בעדותו, וכן ניתן להסתמך על ראיות חיצוניות המחזקות את גרסתו, כגון אישורי כניסה לחניון, לחצרים שבהם עבד, או איכון טלפון.³⁸ על העובד להוכיח "דבר מה נוסף" לחיזוק טענותיו בדבר שעות עבודה ואין די בהעדרו של פנקס שעות עבודה על מנת להעביר את נטל הראיה למעסיק.³⁹

אם שוכנע בית הדין, בתום שמיעת העדויות ואיסוף הראיות, שהעובד לא הועסק בשעות נוספות, או אז אין מקום לחייב את המעסיק בתשלום גמול שעות נוספות גם אם לא הציג המעסיק דוחות נוכחות. טעם הדבר הוא שגמול שעות נוספות הוא במהותו

35 ע"ע (ארצי) 54435-12-19 בני עדני – עיריית תל-אביב-יפו, פס" 42 (נבו 4.8.2021).

36 ראו ס' 4 לחוק הגנת השכר (תיקון מס' 24). המחוקק החריג את החובות הרישומיות על יחיד לגבי עובדו שהוא מעסיק שלא במסגרת עסקו או משלה ידו (ס' 24(ד) לחוק הגנת השכר).

37 ע"ע (ארצי) 24946-09-14 זינאת – איי אס אס אשמורת בע"מ, פס" 8 (נבו 4.8.2016).

38 לעניין איכון טלפונים בדיני עבודה ראו ע"ע (ארצי) 40711-04-17 פישור תעשיות פרמצבטייות בערבון מוגבל – שטטר (נבו 4.3.2018); כן ראו רע"א 2404/21 פלוגית נ' פלוני (אר"ש 22.7.2021).

39 עניין בוסקילה, לעיל ה"ש 19; עניין זינאת, לעיל ה"ש 37.

תוספת לשכר, שתשלומה מותנה בהתקיים תנאי, שהוא העסקה בשעות נוספות, כשמהות זו נגזרת מהוראת סעיף 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.⁴⁰

נטל ההוכחה בהקשר של שעות נוספות השתנה לאורך השנים בעקבות תיקון חקיקה בשנת 2009 – תיקון 24 לחוק הגנת השכר.⁴¹ בתיקון זה הועלו החובות הרישומיות למעמד של חקיקה ראשית, הוספו חובות רישומיות, וכן נקבעה השלכת התוצאה והפרת החובות הרישומיות, הן בהיבט הפלילי והן בהיבט האזרחי. לאחר שהעובד עמד בנטל הבאת ראיות (ולא בנטל השכנוע) שעבד שעות נוספות, מועבר נטל השכנוע על המעסיק, שעליו לשכנע שהעובד לא עמד לרשות העבודה עד 60 שעות חודשיות. לא שכנע המעסיק את בית הדין בעניין זה, או אז תידחה טענתו ותתקבל טענת העובד כי אכן עבד באותן שעות שנויות במחלוקת.⁴²

בנסיבות שבהן המעסיק עשה כל שניתן לצורך ניהול פנקס שעות עבודה והעובד סירב לקיים את חלקו, לא ייחנה העובד מהעברת נטל השכנוע.⁴³ לעומת זאת, העדר קיומם של פנקסים כנדרש בחוק הגנת השכר ובחוק שעות עבודה ומנוחה מקים חזקה כי העובד עבד בהיקף של משרה מלאה לצורך זכותו לשכר מינימום על פי החוק. כאשר שאלת השעות הנוספות נוגעת לעובד שעבד בתקופת עבודה אחת המורכבת מתקופות המובחנות זו מזו באופן מהותי, מבחינת דפוסי העבודה באופן שעשוי להשליך על העבודה בשעות נוספות, יש לבחון את השאלה באיזו מידה עמד העובד בדרישה להציג גרסה עובדתית כלשהי באופן נפרד לגבי כל אחת מהתקופות. ייתכן שהעברת הנטל אל המעסיק תהיה רק לגבי תקופות מסוימות.⁴⁴ כאשר דוחות הנוכחות שערך המעסיק בזמן אמת אינם "פנקס שעות עבודה" על פי הוראות סעיף 25 לחוק, נטל ההוכחה אמנם יועבר למעסיק, אך אם בית הדין ימצא שהדוחות מהימנים, ייתכן שיהיה די בכך כדי לקבוע ממצא עובדתי על אודות היקף ההעסקה בשעות נוספות, ובכך אף לסתור את החזקה הקבועה בסעיף 26ב(א) לחוק.⁴⁵

על פי סעיף 26ב(ב), כאשר המחלוקת נוגעת לעבודה בשעות נוספות על פני חודש תמים תקום החזקה (הניתנת לסתירה על ידי המעסיק) כי העובד עבד באותו חודש 60 שעות נוספות. ההנחה היא שהשעות הנוספות מכוח חזקה זו נפרסו באופן שווה על פני החודש, וכאשר אין מידע לגבי מספר ימי העבודה בחודש, או מספר שעות העבודה בכל שבוע, יש לערוך את התחשיב על פי ההנחה כי העובד הועסק חמישה ימים בשבוע וכי חלוקת השעות הנוספות בין ימי העבודה היא באותו היקף. כאשר הוכח כי העובד הועסק ימים בודדים בחודש, ההנחה היא שהוא עבד 12 שעות ביום ולא יותר מהגמול המרבי בעד שבוע או חודש.⁴⁶ על פי הפסיקה, קיים ספק אם סעיף 26ב(א) לחוק מעביר את נטל השכנוע אל המעסיק גם בנסיבות שבהן סוגיית הנוכחות עצמה אינה שנויה כלל במחלוקת, והדיון עסק בשאלה מה נדרש מהעובד בשעות שבהן נכח ולא בעצם נוכחותו.⁴⁷ בית הדין רשאי להקיש מהוראות סעיף 26ב לחוק ולפסוק גמול בשיעור של 60 שעות חודשיות גם בנסיבות של עמימות עובדתית, כאשר

40 ע"ע (ארצי) 47715-09-14 ריעני – אליאסי שיווק בע"מ, פס' 10 (נבו) 29.3.2017.

41 ס' 4 לחוק הגנת השכר (תיקון מס' 24).

42 ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ – טל, פד"ע לה 703 (2000).

43 ע"ע (ארצי) 14238-10-14 נדר – המוביל זיק יולזרי רמלה בע"מ (נבו) 27.12.2017.

44 ע"ע (ארצי) 18354-12-16 א.א. חברה לבידוד ולציפויים בע"מ – דואק (נבו) 18.4.2018.

45 ע"ע (ארצי) HAMED EZZEIN 56816-05-16 – חדר טאס עבודות עפר ופיתוח בע"מ (נבו) 5.7.2017.

46 ע"ע (ארצי) 63110-06-19 דהן – סיטו (נבו) 18.2.2020.

47 ע"ע (ארצי) 38154-03-20 גור שי כהן בע"מ – דוויק (נבו) 31.8.2020.

אין אפשרות להבחין בין שעות השינה לבין שעות הפעילות שבמסגרת שעות כוננות שבהן נדרש העובד להישאר במקום העבודה ולעמוד לרשות העבודה.⁴⁸

בית הדין הארצי דן בשאלה כיצד ייושם הסעיף במקרים שבהם אין דוחות נוכחות וכיצד על הצדדים להתמודד עם שאלת הנטל.⁴⁹ בית הדין הבחין בין ארבעה מצבים: (1) הוכח לבית הדין שהעובד עבד עבודה נוספת – יורה על תשלום לעובד על יסוד ההיקף שהוכח; (2) הוכח לבית הדין שהעובד אמנם עבד שעות נוספות אך לא ניתן להוכיח את מספרן – תוחל החזקה שעבד, אך בהגבלה של 15 שעות בשבוע או 60 שעות בחודש; (3) בית הדין לא שוכנע מגרסתו של העובד שאכן עבד שעות נוספות, ומצד שני המעסיק לא שכנע את בית הדין שהעובד אמנם לא עבד שעות נוספות. במקרה כזה יחייב בית הדין את המעסיק בתשלום בגין עבודה בשעות נוספות, אך לא בהכרח במלוא השעות שהחוק מאפשר ללא פירוט, אלא רק בהתאם לפוטנציאל ההשתכרות של העובד כפי שהוכיח המעסיק;⁵⁰ (4) קבע בית הדין שהעובד לא עבד שעות נוספות – לא יהיה זכאי לתשלום בגין שעות כאלה גם כאשר המעסיק לא ערך רישום.⁵¹

בתביעה לפי סעיף 26ב(ג) לחוק, על המעסיק מוטלת חובת ההוכחה שהשכר ששולם אינו שכר כולל כאמור בסעיף 5 לחוק (שאושר שכר כולל). על התובע להציג ראיה שלא קיבל תלוש שכר או שתלוש השכר לא כולל את הרכיבים לפי הוראות סעיף 24 לחוק.

חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002

החוק בא להבטיח שעובד יקבל מהמעסיק הודעה בכתב בה יפרט המעסיק את תנאי העסקתו. בהעדר הודעה כזאת, ואם התעוררה מחלוקת על תנאי העבודה, מטיל סעיף 5 לחוק זה את נטל השכנוע על המעסיק להוכיח את תנאי העבודה בכלל או את תנאי העבודה שבמחלוקת. העברת נטל ההוכחה מותנית בכך שהעובד העיד בבית הדין על טענתו, או לפחות הגיש תצהיר לבית הדין, שהמעסיק לא מסר לו את תנאי העבודה או למצער את התנאים בעניין השנוי במחלוקת.

ההנחה היא שלא תמיד יש לעובד יכולת מיקוח או הבנה בתחילת העבודה לגבי תנאי העבודה. על כן, אם העובד העיד שהמעסיק לא מסר לו את תנאי העבודה או את התנאים בעניין השנוי במחלוקת בכתב – יעבור נטל השכנוע אל המעסיק. לצד העברת הנטל, קבע המחוקק פיצוי סטטוטורי על אימסירת הודעה.⁵² כדי להעביר את נטל השכנוע אל המעסיק, די בהבאת ראיות מצד העובד לכך שלא קיבל הודעה בכתב על תנאי עבודתו, המדובר בנטל הבאת ראיות ברף הנמוך ביותר.

חוק הזכות לעבודה בישיבה ובתנאים הולמים, התשס"ד-2007

החוק מטיל חובה על המעסיק להעמיד לרשות עובדיו כיסאות, או ספסלים תקינים וראויים לישיבה בעבודה. סעיף 2 לחוק פוטר את המעסיק מחובה זו אם הוכיח שביצועה הרגיל של העבודה אינו מאפשר ישיבה.

48 ש.ם.

49 ראו עניין ריעני, לעיל ה"ש 40.

50 ע"ע (ארצי) 27280-06-16 לנקרי – אינופרו – פתרונות טכנולוגיים חדשניים בע"מ (נבו 31.10.2017).

51 על ההבחנה בין המצב השלישי לרביעי ראו ע"ע (ארצי) 51298-02-21 גולדמן – שחם (נבו 31.10.2021).

52 ס' 5 לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה; כן ראו צבי פרנקל "פיצויים ללא הוכחת נזק, פיצויים ללא הוכחת נזק של ממון ופיצויים לדוגמה בחוקי העבודה בישראל" ספר סטיב אדלר – אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) סטפן אדלר נשיא בית הדין הארצי לעבודה בשנים 1997–2010 497, 536–542 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

על העובד להציג ראיות שהמעסיק לא העמיד לרשותו מושב לעבודה כדי שנטל השכנוע יעבור אל המעסיק. הפסיקה קבעה שטענת המעסיק שלפיה לא ניתן לבצע את העבודה בישיבה תפורש בצמצום.⁵³ גם כאן מדובר בנטל הבאת ראיות ברף המינימלי מצד העובד לפני העברת נטל השכנוע אל המעסיק.

חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949

אחת ממטרותיו של חוק זה היא למנוע פיטורים של עובדים בשל העדרות לרגל שירות חלקי או שירות במילואים, שלא בהיתר של ועדת תעסוקה שמינה שר הביטחון לפי הפרק החמישי של חוק זה. סעיפים 41–44 לחוק קובעים את זכויותיהם של עובד בשירות חלקי⁵⁴ ושל עובד המשרת במילואים. עם זאת, סעיף 41 לחוק מחייב את העובד במתן הודעה למעסיק על קבלת צו קריאה למילואים, תוך זמן סביר מיום קבלת הצו, ואם העובד לא היה מועסק במפעל במועד שקיבל את צו הקריאה – תוך זמן סביר לאחר תחילת עבודתו במפעל. מכוח סעיף 23 לחוק, ניתן לערער על החלטת ועדת התעסוקה בפני בית הדין לעבודה.

מתכלית החוק נובע שעל המעסיק להוכיח כי הפיטורים היו בשל סיבה שאינה קשורה במילואים או בשירות החלקי או נבעו מהם. "הנחתו של המחוקק היתה כי קשה לספק ראיות ברורות על כך שהפיטורים נבעו דוקא משירות המילואים, ולכן נדרשת העברת הנטל, על מנת להפוך את ההגנה לאפקטיבית... על אף האמור, איננו סבורים כי החוק קובע את העברת נטל השכנוע גם בנוגע לקביעה אם העובד פוטר או התפטר; נהפוך הוא – אנו סבורים כי העובד הוא שנושא בנטל לעבור את המשוכה הראשונה ולהוכיח כי פוטר, עלימנת שהנטל יועבר לכתפי המעסיק להוכיח כי הפיטורים היו בשל טעם חוקי שאינו קשור לשירות המילואים."⁵⁵

כאשר שכנע העובד כי פוטר, עובר, כאמור, נטל ההוכחה אל המעסיק. אם המעסיק אינו משכנע את ועדת התעסוקה שהפיטורים לא היו בשל טעם שאיננו שירותו של העובד במילואים – הפיטורים בטלים.⁵⁶

חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998

מטרותיו של החוק לאסור הטרדה מינית ולקדם את השוויון בין המינים. סעיף 6 לחוק מעביר את נטל השכנוע אל המעסיק שלא פגע פגיעה בעובד על רקע הטרדה מינית במסגרת יחסי העבודה כאמור בסעיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אך זאת רק אם הוכיח העובד או דורש העבודה את הטרדה כל עוד לא חלפו שלוש שנים מיום שנוצרה העילה, והעובד או העובדת התלוננו או תבעו בשל הטרדה, שהם נטלו חלק פעיל בסיוע למתלונן או למתלוננת בפרשת הטרדה מינית, ובד בבד לסיוע הורעו תנאי עבודתם. במקרה כזה יועבר נטל השכנוע אל המעסיק להוכיח שלא היה מדובר בהתנכלות.⁵⁷

במקרים שבהם המוטרד או המוטרדת הביעו במילים מפורשות את העדר הסכמתם למעשיו של המטריד או המטרידה ואין בהתנהגותם, או ביתר הנסיבות, כדי לסתור את אייהסכמה שהובעה כאמור, או אז יעבור הנטל לשכמם של המטריד או המטרידה; ולהראות כי אף שהמוטרד או המוטרדת נתנו ביטוי מילולי מפורש להעדר הסכמה למעשי המטרידים, הם שינו את עמדתם הראשונה ונתנו ביטוי מפורש וברור (לאו דווקא מילולי) להסכמה להמשך מעשיהם של המטרידים. כישלון המטרידים

53 ע"ב (ארצי) 33680-08-10 דיזינגוף קלאב בע"מ – זואילי (נבו) 16.11.2011.

54 שירות חלקי הוא שירות ששר הביטחון הכריז עליו בהכרזה שפורסמה ברשומות שהוא שירות חלקי. ס' 1(ב) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה).

55 ע"ב (אזורי ת"א) 4040/04 שמענוב – חברת קול יבוא וסחר עצים 1994 בע"מ, פס' 6–7 (נבו) 22.9.2004.

56 ע"ע (ארצי) 268/07 רובינשטיין – מובילי סלע בע"מ (נבו) 11.9.2008.

57 ע"ע (ארצי) 17796-07-13 פלונית – משרד אלמוני, פס' 26–29 (נבו) 22.6.2016.

להוכיח הסכמה כאמור משמעותה שהמטרידים היו מודעים להעדר ההסכמה או למצער בחרו להתעלם מכך.⁵⁸ את החזקה הקיימת בדבר ניצול יחסי מרות והטרדה מינית בקשר מיני מזדמן אך מוסכם, בין עובדים, קבע בית הדין הארצי לעבודה כבר בשנת 2008 מפי השופטת (כתוארה אז) ורדה וירטליבנה.⁵⁹

חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963

הזכות לפיצויי פיטורים היא לעובד שעבד שנה אחת ברציפות או, אם העובד הוא עובד עונתי – שעבד שתי עונות בשתי שנים רצופות, אצל מעסיק אחד או במקום עבודה אחד, ופוטר.⁶⁰

סעיף 3 לחוק בא להבטיח שעובד לא יפוטר באופן שרירותי בטרם תוכר זכותו לפיצויי פיטורים. כדי להעביר את נטל השכנוע אל המעסיק להוכיח שאינו חייב בתשלום פיצויי פיטורים – מוטל על העובד נטל הראיה להראות שפוטרו סמוך לפני סוף שנת עבודתו הראשונה. סעיף 3 לחוק חל רק על פיטורי עובד לפני סוף שנת העבודה הראשונה ולא על עובד עונתי שפוטרו לפני סוף העונה השנייה או בשנה השנייה להעסקתו שאז נטל השכנוע להוכיח את זכאותו לפיצויי פיטורים יחול עליו למן תחילת ההליך ועד לסימומו.

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נועד למנוע ממעסיק להפלות בין עובדיו, או בין דורשי עבודה, מחמת סיבות המפורטות בו, בקבלה לעבודה, תנאיה וקידום בה, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיטורים או פיצויי פיטורים וכן הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה מחמת הכישורים והתנאים שנקבעו בסעיף 2 לחוק. סעיף 9 לחוק מבהיר את נטל ההוכחה בתובענה של עובד או של דורש עבודה.

כדי שנטל השכנוע יועבר אל המעסיק בכל הוראה מהוראות סעיף בחוק, למעט לעניין פיטורים מעבודה, מטיל החוק על העובד או דורש העבודה להוכיח כי נתקיימו בהם הכישורים או התנאים שנקבעו בסעיף 2 לחוק זה ושלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטורים. רק לאחר שהוכיח העובד שלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטורים, מעביר החוק את נטל ההוכחה על המעסיק להצדיק את הפיטורים.

על פי הפסיקה, די אם העובד יצביע על קיומה של ראשית ראייה לקיומה של הפליה כדי שנטל ההוכחה יונח על כתפי המעסיק, שיהיה עליו להביא ראיות שיוכיחו אחרת.⁶¹ העובד גם יצא ידי חובתו כדי להעביר את נטל השכנוע אם יצביע על מדיניות מפורשת של המעסיק המבוססת על אחד הקריטריונים המנויים בסעיף 2 לחוק, או אם יוכיח כי התוצאה של התנהגות המעסיק מפלה, או אף אם יציג ראיות המלמדות על יחס שונה של המעסיק כלפי אותו עובד לעומת יחסו לעובדים אחרים שאינם משתייכים לאותה קבוצה. לעניין טענת העובד לפיטורים אסורים מהעבודה, די אם יראה כי לא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה המצדיקה את פיטוריו, כדי שנטל השכנוע יעבור אל המעסיק.⁶²

58 עש"ם 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נו(2) 312, 328-329 (2003).

59 ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית – אלמוני (נבו 26.3.2008).

60 ס' 1(א) לחוק פיצויי פיטורים.

61 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997); ע"ע (ארצי) 627/06 מורי – מ.ד. פ. ילו בע"מ (נבו 16.3.2008); ע"ע (ארצי) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ – בוסי (נבו 4.8.2013).

62 ע"ע (ארצי) 13-10-11260 מרכו הפורמיקה אברוכן בע"מ – פרבר גאלי (נבו 14.11.2016). ראו בנושא זה את מאמרה של שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (1999), שבו היא מציינת כי יש להחמיר בשלב ההוכחה לכאורה של התובע, וכי על תובע הרוצה ליהנות מהעברת נטל השכנוע, להוכיח את העובדות שהוא טוען להן. ראו גם רון חרמון, חגי פורת, יובל

על מעסיק שדרש פרטים האסורים בהפליה, כמו שאלה בדבר גיל המועמד לעבודה, נטל ההוכחה להראות ששאלתו הייתה לגיטימית ורלוונטית, ושהיא לא נועדה לשם הפליית העובד או הפלייתו של המועמד לעבודה.⁶³ עם זאת, כאשר העובד היה שותף לניסיון להעבירו לתפקיד אחר בארגון, אין הוא יכול להסתמך על עקרון העברת הנטל, ואין הוא יכול לטעון שעל המעסיק להוכיח שלא הפלה אותו מחמת גילו.⁶⁴ לעניין טענת הפליה, על התובע להציג ראיות כי התקיימו בו התנאים והכישורים לקבלת הקידום בעבודה או התנאים המבוקשים, ולגבי דורש העבודה – לעצם קבלת העבודה. כלומר טענת ההפליה מטילה חובה על התובע להציג ראיות ראייה לפני שהנטל עובר אל המעסיק.⁶⁵

פרופ' שרון רבין-מרגליות עמדה על החסם הראייתי בתביעות הפליה בעבודה. היא מצביעה על ריבוי מקרים שבהם יש לתובע קושי של ממש להציג ראיות ישירות החיוניות בהליך השיפוט. היא מציינת כי המעסיקים מצניעים את מניעיהם וכי לפעמים בהחלט משתרבים יחדיו שיקולים עניינים ושיקולים מפלים וקיים קושי להוכיח כי הטעמים המפלים היו הדומיננטיים. רבין-מרגליות מציעה שורה של כללים נורמטיביים להקלה על נטל ההוכחה בתביעות הפליה. עם זאת גם אם רף הראיות הראשוני אינו גבוה, ללא ראיות חזקות דיין, קורבן ההפליה עשוי להסס לפנות לערכאות. כאשר הראיות מתבססות על תחושות או על ראיות נסיבתיות, קל יותר לנתבע להפריכן וסיכויי הצלחת התביעה נמוכים יותר. ככל שהראיות חזקות יותר עשוי קורבן ההפליה לחוש ביטחון רב יותר בהחלטה לצאת למאבק משפטי.⁶⁶ כאשר בית הדין קובע שהתובע לא הביא ולו ראיות ראייה כי הופלה, הנטל לא עובר אל המעסיק ובמקרה כזה דין התביעה להידחות.⁶⁷

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998

סעיף 13 לחוק מחיל על חוק זה את סעיף 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. על התובע להוכיח שיש לו מוגבלות כפי שפורטה בחוק, וכן שמוגבלותו הייתה אחד השיקולים שלא לקבלו לעבודה או לקדמו בה, וזאת בהנחה שמוגבלותו, מבחינה אובייקטיבית, אינה מונעת לקבלו לעבודה או לקדמו בה. הוכיח התובע שהשיקול של מוגבלותו היה אחד השיקולים שהובילו להחלטה שלא לקבלו לעבודה או לא לקדמו בה, וכי מבחינה אובייקטיבית-תוצאתית נמצא העובד בעל המוגבלות, במקום העבודה, בנחיתות לעומת מועמדים, או עובדים אחרים, בעלי כישורים דומים לשלו, מועבר נטל ההוכחה אל המעסיק להראות שלא הייתה הפליה, דהיינו שההחלטה הייתה עניינית מצרכים אמיתיים שאינם נוגעים למוגבלות, ושהוא עשה מאמצים אקטיביים כדי להתחשב במוגבלות ולבצע את ההתאמה הנדרשת.⁶⁸ עם זאת, כדי שהמעסיק יביא בחשבון את המוגבלות של

פלדמן ותמר קריכליכץ **אפליה תעסוקתית בישראל** 18 (מחקר מדיניות 121, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018), שם המחברים ניתחו את הקושי בהוכחת ההפליה על ידי התובע והציגו את המנגנונים בתביעות מסוג זה. כך לפי הפסיקה האמריקנית, על התובע להוכיח ארבעה תנאים מצטברים: "...שהוא נמנה עם חברי קבוצה המוגנת לפי חוק ושיש קבוצתי זה הוא הבסיס לטענות האפליה; שיש לו הכישורים הנדרשים ושהציג את מועמדותו לעבודה; שמועמדתו נדחתה; שהמעסיק המשיך לחפש מועמדים אחרים לאחר הדחייה. מרגע שהתובע הוכיח את הרכיבים הללו, נטל ההוכחה מועבר למעסיק ועליו לספק סיבה חוקית לאייקבלה לעבודה".

63 ראו ס' 1 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 15).

64 ע"ע (ארצי) 67949-09-16 **וגמן** – י.ו. גליל הנדסה בע"מ (נבו 17.1.2018).

65 יצחק לובוצקי **חזוה עבודה וזכויות במשפט העבודה** פרק 20, 50–51 (מהדורה חמישית 2021).

66 גיל ג'מור **"הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי"** **מעשי משפט** ט 207, 211 (2018), המפנה למאמרה של רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 62.

67 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 316-10-19 **Zeit Tafari** – **אופוס שירותי כח אדם בע"מ**, פס" 21 (נבו 3.12.2020), שם בית הדין הארצי אימץ את קביעת בית הדין האזורי שקבע כי "התובעת לא הוכיחה ולא הביאה ולו ראיות ראייה כי פוטרה עקב הריונה". על כן מסקנתו של בית הדין האזורי הייתה כי אין מקום לתחולת חוק שוויון ההזדמנויות על נסיבות סיום העסקתה של המועמדת.

68 בג"ץ 6069/10 **מחמלי נ' שרות בתי הסוהר**, פס" 34 (אר"ש 8.5.2014).

העובד, מוטלת על העובד החובה להוכיח כי יידע מראש ובאופן מפורט את מעסיקו בכך שהוא "אדם עם מוגבלות", וכן סיפק את העובדות הנדרשות באופן סביר.⁶⁹

חוק שכר מינימום, התשמ"ד-1987

החוק בא להבטיח שכל עובד יקבל שכר מינימום כפי שהוגדר בחוק. בנושא זה פער הכוחות בין העובד למעסיק גדול במיוחד. מסיבה זו מצא המחוקק לנכון להקל על העובד עד כמה שניתן מצד אחד ובד בבד להגביר את חובת המעסיק. כדי להקל על התובע, קבע המחוקק בסעיף 7 לחוק חזקות לזכותו, בכל אחת מהן ייחשב המעסיק כמי שלא שילם שכר מינימום, ובכך העביר בכולן את נטל ההוכחה אל המעסיק, לפי סוג החיוב. החוק אינו מבחין בנושא זה בין תובענה שתוצאתה תשלום כספי לתובע לבין אישום פלילי של המעסיק שעלול להביא להרשעתו.

על התובע להוכיח אחד מאלה: (1) המעסיק נדרש להציג רישום נוכחות המתייחס לעובד, אם הוא מחוייב ברישום הנוכחות לפי חוק שעות עבודה ומנוחה ולא הציגו; (2) המעסיק לא נתן לעובד תלוש שכר כאמור בסעיף 24 לחוק הגנת השכר אם הוא מחוייב במסירת תלוש שכר ובניהול פנקס שכר; (3) המעסיק לא ציין בתלוש השכר שנתן לעובד או בפנקס השכר שניהל, את ערך השכר המשולם לעובד בעד שעת עבודה כאשר המעסיק מחוייב במתן תלוש שכר, או בניהול פנקס שכר, וכן על העובד חל חוק שעות עבודה ומנוחה, למעט כאשר העובד מקבל שכר כולל לפי הסכם קיבוצי שאושר.

חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996

החוק בא לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע בשכר או בכל גמול אחר בקשר לעבודה. סעיף 6(ב) מבהיר כי כאשר מצא בית הדין לעבודה בתובענה לפי חוק זה כי העבודות שבמחלוקת, אותן עושים עובדים ועובדות, הן אותן עבודות, שוות בעיקרן או שוות ערך, אלא שהמעסיק טוען שיש נסיבות המצדיקות הפרש בשכר או בגמול אחר, מועבר נטל השכנוע עליו. סעיף 6(ג) שהוסף לחוק בשנת 2020, מחייב מעסיקים למסור לכל עובד מידע בדבר הקבוצה שהוא משתייך אליה בפילוח העובדים, סוגי העובדים, המשרות או הדירוגים בקבוצה ופערי השכר באותה קבוצה באחוזים. תיקון זה בחוק מאפשר לכל עובד או עובדת המגישים תביעה כזו לקבל את הנתונים.

בית הדין הארצי לעבודה פסק, שיש לעשות בחינה תלת שלבית בתובענה לפי חוק זה:⁷⁰ בשלב הראשון עליו לבדוק האם המעסיק הפר את החובה להעניק לעובדת ולעובד המועסקים אצלו, שכר שווה בעד אותה עבודה (שווה בעיקרה או שוות ערך), כנדרש בסעיף 2 לחוק. הקושי הראייתי שהיה עד שנת 2020 הוסר כאשר הוסף לחוק סעיף 6(ג). עד לתיקון זה היה צורך בהבאת ראשית ראיה כדי להצדיק מינוי מומחה או גילוי מסמכים נרחב. בשלב השני עובר נטל השכנוע אל המעסיק לתת הצדקה סבירה ומידתית לפערי השכר באחד או יותר מהשיקולים המנויים בסעיף 6(א) לחוק. בשלב השלישי חוזר הנטל לתובע, אם ירצה להוכיח שהשיקול האמתי של המעסיק או אחד מהשיקולים שלו היה נעוץ בהפליה מחמת מין.

לעומת הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לפיו הנטל הוא על התובע שעליו להצביע על שיקול אסור שהמעסיק שקל, קבע בית המשפט העליון⁷¹ שאם העובדת תוכיח שיש פער בשכר, תהיה היא זכאית גם לפיצוי לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ואז יעבור הנטל אל המעסיק שעליו יהיה להוכיח שהפרשי השכר אינם על רקע מגדרי. ככל שפערי השכר בין העובד

69 ע"ע (ארצי) 34784-10-16 תרכובות ברום בע"מ – בורוכוב, פס" 57 (נבו 15.10.2018).

70 ע"ע (ארצי) 1842-05-14 עיריית ירושלים – קידר (נבו 28.12.2016).

71 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה(3) 593 (2012).

לעובדת יהיו גדולים יותר, כך יגדל הנטל על המעסיק להוכיח שהמגדר לא היה בין שיקוליו.

העברת נטל ההוכחה מכוח פסיקה

נוסף על ההוראות שבחקיקה, קבעו בתי הדין חזקות שבהן הנטל לסתירתן מוטל על הצד הטוען נגדן. חלקן של חזקות אלה מוחל כחזקות שבעובדה וחלקן מוחל כחזקות שבפרשנות. קיימות חזקות גם באותם מקרים שהם בידיעה השיפוטית של בית הדין לעבודה, ובאותם מקרים הנטל עובר אל מי שטוען נגד הידיעה השיפוטית. בפרק זה נציג את המקרים העיקריים שבהם נפסקו הלכות וחזקות בעניין העברת הנטל בנוגע לסוגיות הליכה במשפט העבודה: יחסי עובד-מעסיק, סיום יחסי עבודה, שכר עבודה ופרשנות חוזה עבודה. אף על פי שאין בכוחן של החזקות להעביר את נטל השכנוע, די בהן כדי להעביר את חובת הבאת הראיות ולחייב את הצד המעוניין להפריך את החזקה להציג ראיות הסותרות אותה.⁷² על המתדיין שנגדו פועלת החזקה, נטל ההוכחה להציג ראיות המפריכות את החזקה, אחרת בית הדין יפסוק נגדו. כל החזקות שנקבעו כך ניתנות לסתירה ואינן חלוטות.

יחסי עובד-מעסיק

מסירת תלושי שכר יוצרת חזקה שנוצרו יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים. על הטוען שלא נוצרו יחסים כאלה – עליו נטל הראיה. כאשר הוכרו בדיעבד יחסי עובד-מעסיק, יש לבדוק, לצורך בחינת השאלה אם נגרם לעובד נזק ממזוני, מה ההפרש בין השכר החלופי והזכויות הסוציאליות שהעובד היה אמור לקבל מלכתחילה, לבין התמורה ששולמה לו בפועל כ"עצמאי". הנטל להוכיח את השכר החלופי מוטל על המעסיק. לא הוכיח המעסיק את השכר החלופי, תחושבנה הזכויות הסוציאליות על פי התמורה הקבלנית שקיבל המועסק כ"עצמאי". יתכן שעובד יהיה גם זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק בגין דרך ההתקשרות של המעסיק אתו, או אז יהיה על המעסיק לשכנע את בית הדין מפני מה אין לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.⁷³ כאשר בית הדין קובע שמעסיק היה מעסיק במשותף של עובד, שמלכתחילה הוגדר כעובד של חברת כוח אדם או של חברת שירותים, יחולו באופן רטרואקטיבי על המעסיק כל החובות החלות על מעסיק, ובכלל זה היה עליו לדאוג להוצאת הודעה לעובד ולדאוג לתלושי שכר, שאם לא עשה כן, עליו יוטל הנטל להוכחת השכר הראוי ולהצגת שעות העבודה של העובד.⁷⁴

העברת הנטל בסיום יחסי עבודה

חזקה על עובדת, שחזרה לעבודתה לאחר חופשת לידה אך התפטרה תוך מספר שבועות מאז חזרתה לעבודה, וכל זאת תוך מספר חודשים מיום שילדה, שסיבת ההתפטרות נוגעת לרצונה לטפל בילדה.⁷⁵ על מעסיק הטוען שהסיבה להתפטרות שונה, יועבר נטל ההוכחה. סמיכות זמנים בין ההפליה הנטענת לבין תלונות שהוגשו נגד העובדת שהודיעה על הריונה, מטילה על המעסיק את החובה לשכנע שאין קשר בין ההיריון לבין פעילות המעסיק נגד העובדת.⁷⁶

72 דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ"ב(2) 813, 835 (1998); ע"א 462/20 אטיאס נ' בובליל (אר"ש 12.9.2021). מדובר בחזקות הניתנות לסתירה ולא בחזקות חלוטות. לדין על החזקות במשפט ועל הפרכתן ראו גיא שני חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 37-63 (2011).

73 ע"ע (ארצי) 15868-04-18 כוחה – עיריית רעננה (נבו 7.4.2021).

74 ע"ע (ארצי) 37538-10-19 שופרסל בע"מ – Gebremichel Sagay Tame (נבו 22.6.2021).

75 דב"ע (ארצי) 3-63/98 בובליל – א.א.צ. שירותים משפטיים בע"מ, פד"ע לב 91 (1998).

76 ע"ע (ארצי) 36773-06-16 וינברגר – איי די וו מודולר בע"מ (נבו 5.10.2018).

בדעת יחיד נאמר שאם פיטוריו של עובד נעשים סמוך לתחילת תקופת המילואים, יש מקום ליצור חזקה לפיה הפיטורים נעשו בשל שרות המילואים,⁷⁷ מה שיחייב את המעסיק להוכיח כי אין הפיטורים קשורים לשירות המילואים. פסיקה זו אינה תואמת פסיקה מאוחרת לפיה אין חזקה דומה בקשר לסמיכות זמנים בין גילוי דבר הריונה של עובדת לפיטוריה.⁷⁸

עובד שפוטר שלא כדין או שנפל פגם בהליך פיטוריו, רשאי לתבוע פיצוי כספי ממעסיקו שפיטרו. עובד שפוטר ללא הליך שימוע רשאי לתבוע מהמעסיק פיצוי בגין אי-מילוי הוראות המחייבות שימוע. על המעסיק נטל השכנוע שנתן הודעה מוקדמת לפיטורים, וכן כי קיים שימוע וכי השימוע היה דווקני. על מעסיק שלא הרים נטל זה חובה לשכנע שהפיטורים היו מוצדקים, שאם לא כן, יהיה העובד זכאי לפיצוי שייקבע על פי הערכת בית הדין.⁷⁹

העברת הנטל בעניין שכר

עובדים יומיים, שאינם עובדים בחגים ואינם מקבלים תמורה עבורם, זכאים לדמי חגים ובלבד שלא נעדרו מהעבודה סמוך ליום החג. בית הדין הארצי לעבודה קבע שקיימת חזקה על עובד שהתייצב לעבודה באופן סדיר בכל אותם ימים שבהם היה עליו לעשות כן, אלא אם הייתה לו סיבה מוצדקת להיעדרותו. נטל ההוכחה הוא על המעסיק הטוען כי העובד נעדר מעבודתו סמוך ליום החג.⁸⁰ עם זאת, על העובד התובע רכיב זה, מוטל הנטל הראשוני לפרט את ימי החג שבגינם הוא תובע, כדי להוכיח כי מדובר ביום חג שעשויה לקום לו זכאות בגינו, מכיוון שאין אפשרות לתבוע תביעה גורפת שהיא מכפלה של הוותק במספר ימי החג השנתיים.⁸¹ הודה מעסיק בזכאותו של עובד לשכר או לתשלומים אחרים שהוא זכאי להם בגין עבודתו או בקשר לסיומה, מוטל עליו נטל ההוכחה שהם שולמו, שאם לא יצליח להרים נטל זה, הוא יחוייב בתשלומם.⁸²

סעיף 26 לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 ותקנות חופשה שנתית (פנקס חופשה), התשי"ד-1957 מחייבים מעסיק לנהל פנקס חופש לכל עובד שבו ירשום את פרטי ימי חופשה שלהם זכאי העובד, כמה מהם ניצל וכמה נשארו לזכותו. כאשר עובד תובע ממעסיקו דמי חופשה, תמורת חופשה או פדיון חופשה, מוטל על המעסיק הנטל להוכיח את יתרת החופשה המגיעה לעובד.⁸³ עם זאת, גם אם המעסיק לא ניהל פנקס חופשה, יהיה הוא רשאי גם בדרך אחרת להוכיח שהחופשה ניתנה בפועל.⁸⁴ לא הוכיח מעסיק פרטים אלה, יהיה העובד זכאי למלוא ימי החופש על פי החוק או לחוזה העסקתו.⁸⁵ כך גם כאשר עובד תובע דמי הבראה שהוכיח כי הועסק לפחות שנה אצל המעסיק, יועבר נטל ההוכחה למעסיק להוכיח כי שילם את דמי הבראה.⁸⁶

77 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 56, פס' 14 לפסק הדין של השופט צור.

78 עניין פרבר גאלי, לעיל ה"ש 62.

79 עמי פרנקל ולירון בק "פיטורים מסיבה מנומקת" מחקרי משפט לג 1 (צפוי להתפרסם). המחברים מנתחים את הנטל החל על הצדדים בכל הנוגע בהליך הפיטורים.

80 ע"ע (ארצי) 778/06 מטיאשצ'וק – שלג לבן (1980) בע"מ (נבו 28.5.2007). ראו גם ע"ע (ארצי) 41726-11-17 אלגאפי – ש.י. גלעד – בניה תשתית ועבודות עפר בע"מ, פס' 14 (נבו 16.1.2019), שם בית הדין בדק בעצמו בלוח השנה ופסק דמי חג לפי מה שמצא שם.

81 ע"ע (ארצי) 47268-07-13 איליאסייב – כפיר בטחון ומיגון אלקטרוני בע"מ (נבו 19.2.2017).

82 ע"ע (ארצי) 42463-09-11 גולן – נגריית שירן בע"מ (נבו 18.3.2013).

83 סע"ש (אזורי ת"א) 35309-08-17 דניאל – משה בר קידוחי ניסיון בע"מ (נבו 4.9.2019). עם זאת כאשר העובד היה ממונה על פנקס החופשה אצל המעסיק, נטל ההוכחה לא ירבוץ כולו על המעסיק. ע"ע (ארצי) 13694-07-16 מעגלי תירות בע"מ – ליברמן (נבו 4.8.2019).

84 לובוצקי, לעיל ה"ש 65, בפרק 14 בעמ' 18-19; ע"ע (ארצי) 10083-03-16 אקסנוב – העמותה לקידום הספורט בנצרת עילית (נבו 5.6.2017).

85 דב"ע (ארצי) לא/22 ציק ליפוט – קסטנר, פד"ע ג 215, 219 (1972).

86 דב"ע (ארצי) נו/283-3 עוף טנא תעשיות (1991) בע"מ – כבהא, פד"ע כט(2) 317 (1996).

פרשנות חוזה עבודה

חזקה היא כי צדדים לחוזה, וחווה עבודה בכלל זה, פועלים על פי ההסכמים והנהגים החייבים, וכל הטוען אחרת – עליו נטל הראיה.⁸⁷ מקום בו ניתן תלוש שכר, חזקה שהוא משקף את המציאות, לפחות לגבי הסכום הכולל המופיע בו. התובע הטוען אחרת – עליו נטל ההוכחה.⁸⁸ כאשר חווה נעשה לתקופה קצובה, והיחסים החוזיים בין הצדדים נמשכו גם לאחר מכן, חזקה שהצדדים הסכימו להמשיך את הקשר החוזי בקשר ביניהם באותם תנאי השכר.⁸⁹ נטל ההוכחה על מעסיק הטוען שהעובד הסכים להרעה בתנאי העסקתו.⁹⁰ כשנטענת טענה שהעובד הסכים להפחתת שכרו, על המעסיק להוכיח זאת, ולא בנקל יסכים בית הדין להכיר בהסכמה שניתן להסיקה מהתנהגות כהסכמה מחייבת.⁹¹

מסקנות וסיום

בבתי הדין לעבודה ניכרת המגמה לפשט ולהגמיש את דיני הראיות, כדי לצמצם את הפערים הקיימים בין הצדדים ולהגיע לחקר האמת. נקודת המוצא היא שבמקרים רבים, שבהם העובד טוען כי הופלה, מוחזק התובע כגורם מוחלש שיש לחזקו בהעמדת כלים משפטיים כדי להקל עליו בהצגת טענותיו ותביעותיו. מניחות הפסיקה והחקיקה ניתן לראות שהעברת הנטל על כתפי הנתבע היא בנושאי הליבה שבמשפט העבודה, גם באותם מקרים שבהם על התובע להציג ולעשות את המוטל עליו כתנאי להעברת נטל הראיה אל המעסיק.

כדי למנוע מצע לתביעות סרק כתוצאה מהגמשת הכללים, יש לעיתים להחמיר את הדרישות שתוטלנה על התובע, כפי שהציעה פרופ' רביך-מרגליות,⁹² ולחייב את התובע להציג ראיות טובות, כבר בשלב בו נטל הוכחה או נטל הראיה עליו, כדי להעביר את נטל השכנוע אל המעסיק.

לאור התפתחות הטכנולוגיה, פחתה עלותן של השגת הראיות, כדוגמת האפשרות להעביר מסמכים באמצעים דיגיטליים ללא צורך בצילום, או האפשרות לקבל מיקום של אנשים, של כלי רכב או איכון של טלפון נייד. מכאן, שיש לבחון מחדש את הצורך במספר חזקות שנקבעו בפסיקה, לרבות חזקות שנקבעו לפני שנים רבות. ניתן לזהות מגמה זו בפסיקה.⁹³

סגן נשיאת בית הדין הארצי לעבודה, השופט אילן איטח, כאשר ניתח בעניין **בוסקילה** את שאלת העברת נטל הראיה תוך בחינת ההיסטוריה החקיקתית בהקשר של תיקון 24 לחוק הגנת השכר, קבע:

“על מנת שתדחה התביעה לפי תיקון 24 לגמול עבור עבודה בשעות נוספות, נדרש כי המעסיק ישכנע את בית

הדין כי יש לדחות את התביעה. מתי ואיך יקרא [צ"ל יקרה] הדבר, אין לקבוע מראש נוסחאות וכל מקרה יוכרע

עובדתית לפי חכמתו של בית הדין היושב בדין.”⁹⁴

87 דב"ע (ארצי) נה/244-3 נהרי (פלומבו) – האופרה הישראלית החדשה, פד"ע כט 181, 185 (1995).

88 דב"ע (ארצי) מז/146-3 חוגגירת – גל, פד"ע כ 19 (1988).

89 דב"ע (ארצי) תשן/3-32 קונפורטי – התאגדות לתרבות גופנית “הפועל” – מחוז תל-אביב, פד"ע כא 494 (1990).

90 ע"ע (ארצי) 242/03 גינזבורג – סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ (נבו 7.11.2004).

91 לובוצקי, לעיל ה"ש 65, בפרק 12 בעמ' 8; ע"ע (ארצי) 21920-02-13 דיאמנט צעצועים בע"מ – פרינצב (נבו 1.6.2015).

92 ראו לעיל ה"ש 62.

93 ראו, לדוגמה, עניין פרבר גאלי, לעיל ה"ש 62.

94 עניין **בוסקילה**, לעיל ה"ש 19, פס' 49 לפסק הדין של השופט איטח.

מכאן שאין לכבול את שיקול דעתו של בית הדין בכללים, וכי על בית הדין לפרש את החוק לפי לשונו, תכליתו וסבירותו בהתאם למה שהוכח בפניו.

שמירה על יציבות וודאות הם שיקולים מרכזיים לעניין ההחלטה על מי להטיל את נטל השכנוע ואת נטל הראייה. כאשר מעמדו של העובד חלש ממעמדו של המעסיק, תהיה לכך השפעה על חובת הראיות או על כמותן. בית הדין הארצי לעבודה קבע שעל העובד או על דורש העבודה לבסס תחילה בראיה לכאורה התנהגות פסולה של המעסיק כדי להעביר את נטל הראיה וההוכחה על המעסיק.⁹⁵ את גישתם של בתי הדין לעבודה הערים לקושי הראייתי בתביעות הקשורות להפליה, אישר בג"ץ במקרים שהגיעו לפתחו.⁹⁶ למידת ההסתברות שעובדה קיימת או למידת שכיחותה אמורה להוות השפעה על הטלת נטל הראיה ויש להטילה על מי שטוען למצב שונה. כך גם תוטל על הצד שיש לו גישה טובה יותר להשגת ראיות, מטעמי נוחות והגינות, החובה לשאת בנטל זה.⁹⁷ לא יהיה הוגן להטיל על אדם נטל להוכיח יסוד שלילי, הקשה להוכחה, ולא תמיד ברור מה עליו להוכיח כדי לבסס את קיומו.⁹⁸

כדי להגיע לתוצאה משפטית צודקת, יש צורך לעיתים להעביר את נטל השכנוע, לצד זה או אחר, בהתאם לסוג העניין ולמערכת יחסי העבודה בין הצדדים לדיון. כללי העברת נטלי הראיות וההוכחות ייעשו בהתאם להוראות החוק והנחיות הפסיקה. סדר הדין הפלילי מאפשר להפסיק את הדיון לפי בקשת נאשם, או אפילו לסיימו לאחר שהתביעה סיימה להגיש את ראיותיה, אם יטען שאין די בראיות שהגישה כדי לחייבו להשיב על האשמה ולהרשיעו ולכן יש לזכותו, אף מבלי שיהיה עליו להציג ראיה כלשהי לזכותו. אפשרות כזאת אינה קיימת בסדרי הדין האזרחיים לרבות בבתי הדין לעבודה. ההכרעה בבית הדין לעבודה תיפול רק בסיום מערכת הגשת הראיות שיגישו המתדיינים משני עברי המתרס, לרבות העברת נטל ההוכחה ממתדיין אחד למשנהו.

95 עניין פלוטקין, לעיל ה"ש 61, בעמ' 495. ד"ר נטע נדיב הגיעה למסקנה שהכתיבה האקדמית בתחום ההעדפה המתקנת טרם זיהתה את כל הגורמים לכשל מדיניות זו: "הנה כי כן, מעבר למטרה החשובה, ההעדפה המתקנת, כפי שהיא נעשית כיום בשירות המדינה, מעמיקה את הפערים בין קבוצות המטרה לאוכלוסייה הכללית, ואף יוצרת קבוצות מודרות חדשות. ועדת ביקורת של משרד מבקר המדינה הצביעה אף היא על כך שחרף ההסדרים המשפטיים הרבים למניעת הדרה חברתית, אין בהם כדי להבטיח כי בפועל יושג שוויון. המציאות מלאה חסמים – חלקם אף נסתרים – העומדים בדרכו של המבקש ליישם את הוראות המחוקק." נטע נדיב **מכרזי עובדים בשירות המדינה** 18–19 (2019). לדעתי העברת הנטל אל המעסיק בתביעות של מועמדים לעבודה המבקשים לתקוף את החלטת ועדת המכרזים, בקשר לטענות הפלייה, מקדמת את מדיניות המחוקק בעניין ומצמצמת את הכשלים ביישום המדיניות.

96 בע"ע (ארצי) 1185/04 **אוניברסיטת בראילן – קיסר** (נבו 24.3.2005) התחשבה השופטת ארד בטענה להפליה מחמת גיל ולאורה החליטה לחייב את הנהלת אוניברסיטת בראילן לחשוף פרוטוקולים של ועדה אקדמית הנוגעת למינויים באוניברסיטה. בית הדין התייחס לקושי של עובד, במקרה זה מרצה מבוגר, להוכיח את טענתו להפליה מחמת גיל. בג"ץ אישר את פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה. ראו בג"ץ 7793/05 **אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים**, פ"ד סד(3) 1 (2011).

97 ע"א 206/89 **רן נ' בית חולים אלישע בע"מ**, פ"ד מז(3) 817, 805 (1993).

98 שם, בעמ' 819.