

תוכן עניינים

3	מבוא
4	איסור האפליה המגדרית בעבודה
8	הסיבות לפערי השכר
10	מהות האפליה
12	הוכחת האפליה
17	משפט משווה
20	דיון ומסקנות
22	סיכום
24	רשימה ביבליוגרפית

מבוא

נושא האפליה המגדרית בשוק העבודה הוא נושא שמעסיק רבות את המשפט הישראלי. זהו נושא שקיבל ביטוי רב בחקיקה, ובאמצעות חוקים שונים, ונדון רבות בפסיקה ובספרות האקדמית. למרות שאיסור האפליה בכלל, ואיסור האפליה בעבודה בפרט, לא מתייחסים רק לאפליה מגדרית, וקיימים לגבי צורות רבות של אפליה, הרי שנדמה שהאפליה המגדרית היא האפליה הנדונה ביותר בפסיקה וצורת האפליה שלגביה נחקק מספר החוקים הגדול ביותר.

שני החוקים המרכזיים המטפלים באפליה המגדרית בעבודה, הם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹ וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד². חוק שכר שווה עוסק בהיבט ספציפי של האפליה המגדרית בעבודה – פערי השכר, ואילו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה עוסק בכלל ההיבטים של האפליה בעבודה, לא רק האפליה המגדרית, ובכל שלב משלבי העבודה. על פניו, ניתן היה לתהות מדוע בכלל יש צורך בחוק שכר שווה הספציפי, מאחר וממילא בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כלול גם ההיבט הספציפי של האפליה הנוגע לפערי השכר. התשובה לכך היא, כי ישנו הבדל משמעותי בין חוק שכר שווה לבין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הנובע מהתכלית השונה שבבסיס כל אחד מהחוקים הללו, והמשפיע בין היתר גם על נטל ההוכחה המוטל על העובדת הטוענת לאפליה מגדרית בעבודה.

התכלית של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה היא למנוע אפליה אסורה במקום העבודה. החוק נועד למנוע התנהגויות פסולות ומפלות של המעסיק, ומתמקד בפעולותיו ובהחלטותיו של המעסיק. משכך, מה שנדרש להוכיח בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוא כי החלטתו של המעסיק התבססה על אחד הקריטריונים הפסולים שקבועים בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. הפסיקה אמנם ריכזה את דרישת ההוכחה, וקבעה כי בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אין צורך להוכיח כוונה מפלה, אולם עדיין יש צורך להוכיח כי החלטתו של המעסיק התבססה על קריטריונים פסולים. סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אמנם מקל בנטל ההוכחה הרובץ על העובד, מתוך הבנה כי לעיתים ישנו קושי להוכיח מהם השיקולים שעמדו מאחורי החלטתו של המעסיק, וקובע כי די בהוכחת תנאים מסוימים על מנת שתקום חזקה כי החלטתו של המעסיק התבססה על הקריטריונים הפסולים שבחוק וכי נטל הוכחה יעבור אל המעסיק, אולם אין בכל אלה כדי לשנות את הרעיון המרכזי לפיו בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה נדרש להוכיח קשר סיבתי בין ההתנהגות המפלה לבין התוצאה המפלה, ונדרש להוכיח כי החלטתו של המעסיק התבססה על קריטריונים פסולים. בתביעה לפי חוק שכר שווה לעומת זאת, אין כל צורך להוכיח מה היו השיקולים של המעסיק בעת שקבע את השכר לעובדת ואת השכר לעובד. בתביעה לפי חוק שכר שווה די כי העובדת תוכיח את קיומם של פערי שכר ברמה התוצאתית והעובדתית, וכי מדובר באותה עבודה, בעבודה שווה בעיקרה או שוות ערך, אף אם לא הוכיחה כי פערי השכר נובעים מאפליה פסולה, ונטל ההוכחה יעבור למעסיק ועליו יהיה לספק הסברים לגיטימיים לפערי השכר. התכלית של חוק שכר שווה, בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, איננה למנוע אפליה פסולה, אלא למנוע את התוצאה של פערי שכר, אף אם אלו אינם נובעים מאפליה פסולה, ומתוך הבנה כי ישנם מקרים רבים בהם פערי השכר אינם נובעים מאפליה אלא מנימוקים כלכליים ומתנאי השוק, וכל זאת המחוקק ביקש למגר את פערי השכר המגדריים גם במקרים אלו.

¹ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות").
² חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996. (להלן: "חוק שכר שווה").

בעבודה אעמוד על ההבחנה בין נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לבין נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שכר שווה, תוך שאציג את ההסברים והסיבות הייחודיות לפערי השכר המגדריים, לפיהם לא ניתן להסתפק במנגנון שבחוק שוויון הזדמנויות בעבודה על מנת להתמודד עם פערי השכר. אבקש לטעון, כי מאחר וחוק שכר שווה נועד להתמודד עם התוצאה של פערי השכר ולא בהכרח עם אפליה, הרי שיש להחיל את עקרונותיו גם במקרים בהם פערי השכר נובעים מנימוקים שיכולים להיות לגיטימיים ושמקימים שונות רלוונטיות, כאשר השונות הרלוונטיות הזו אף היא מקור בעוול, למשל בשל כך שהמעסיק בוחר לתת קידום בעבודה לגברים אך לא לנשים. במקרים שכאלו לא תוכל עובדת לבסס תביעה לפי חוק שכר שווה לאור שונות רלוונטיות שבין התפקידים ולאור סעיף 6 לחוק שכר שווה, אולם לדעתי הרציונאל שבחוק שכר שווה ותכליתו צריכים להיות יפים גם למקרים כאלו, וכפי שיובהר להלן.

בחלק הראשון של העבודה אציג בקצרה את המסגרת הנורמטיבית לאיסור האפליה המגדרית בעבודה, זו שבחוק שוויון הזדמנויות בעבודה וזו שבחוק שכר שווה לעובדת ולעובד. בחלק השני אבחן את ההסברים השונים שנמנו בספרות לקיומם של פערי שכר מגדריים, על מנת להבהיר מדוע ישנה הצדקה להבחנה בין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לבין חוק שכר שווה לעניין נטל ההוכחה. בחלק השלישי אעמוד על מהות איסור האפליה באופן כללי, האם האפליה נבחנת במישור הכוונה או במישור התוצאה, ועל החובה לנטרל את השונות גם כאשר ישנה שונות רלוונטית. בחלק הרביעי, אעמוד בהרחבה על ההבדלים שבין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לבין חוק שכר שווה לעניין נטל ההוכחה, הנובע מהתכלית השונה שבבסיס כל אחד מהחוקים. בחלק החמישי, העוסק במשפט משווה, אציג בקצרה את הוראות הדין האמריקאי הדומות מאוד לדין הישראלי, הן מבחינת מבנה החקיקה והן מבחינת מטרות החקיקה. בחלק השישי, אביע את דעתי האישית לפיה יש להחיל את הרציונאל ואת התכלית שבחוק שכר שווה גם במקרים בהם ניתן להסביר את פערי השכר בשל שונות רלוונטיות וכאשר מקורה של אותה שונות רלוונטית אף הוא בעוול.

פרק 1

איסור האפליה המגדרית בעבודה

האיסור על הפליה במקום העבודה נובע מעיקרון השוויון, אשר זכה למעמד של עיקרון יסודי חוקתי במשפט הישראלי. לגבי עיקרון השוויון נאמר כי הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"³, וכי הוא "ימן הראשונים במלכות, משכמו ומעלה גבוה מכל שאר העקרונות"⁴. בקשר לעיקרון השוויון ביחסי העבודה נאמר בפסיקה כי "השוויון במקום העבודה והיחס השווה לכל עובד הם חלק בלתי נפרד מיחסי העבודה התקינים בעידן המודרני"⁵.

למרות שעיקרון השוויון לא קבוע במפורש בחקיקת היסוד, הגישה המקובלת היא כי מדובר בזכות הנובעת ישירות מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשכך מדובר בזכות יסוד חוקתית⁶. זכויות היסוד, הן אלו המעוגנות במפורש בחוקי היסוד והן אלו הנובעות מהם, הן זכויות העומדות לפרט כלפי המדינה והשלטון⁷. ככלל זכויות היסוד אינן באות לידי ביטוי במערכת יחסים

³בג"צ 98/69 אהרון ברגמן נ' שר האוצר, (פורסם בנבו, 03.07.69). 693. 698.

⁴בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, (פורסם בנבו, 11.08.98). 630. 651.

⁵ע"ע (ארצי) 1407/01 אורי פידלמן נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי, (פורסם בנבו, 17.10.04). בפסקה 6 לפסק דינו של כב' הנשיא אדלר.

⁶אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה**, (2014). בעמ' 695.

⁷להרחבה, ולדעה לפיה יש להרחיב את תחולתן של זכויות היסוד במשפט הפרטי, ראה: עלי בוקשפן ואסא כשר, "**החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל**", עיוני משפט מ (2017). 45.