

## תוכן עניינים

3.....	<b>מבוא</b>
3.....	<b>המצב הנורמטיבי</b>
4.....	בחקיקה
5.....	בפסיקה
6.....	<b>האם יש בכוחו של המשפט להתגבר על ההפליה</b>
9.....	<b>סיכום</b>
11.....	<b>רשימה ביבליוגרפית</b>

## **מבוא**

המשפט הישראלי מכיר בחשיבות של השוויון המגדרי בשוק העבודה. ההפליה כלפי נשים בשוק העבודה הוכרה כאחת מצורות ההפליה החמורות ביותר, וסלידתו של המחוקק מהפליה בשוק העבודה באה לידי ביטוי בשורה ארוכה של חוקים אשר נועדו לקדם את השוויון ולאסור על הפליה מגדרית בשוק העבודה, כמו גם חוקים שנועדו לעגן את עיקרון העדפה המתקת בשוק העבודה. על חוקים אלו, נוספו הלכות רבות וחשובות שנקבעו על ידי בית המשפט, המרחיבות את היקף ההגנה על נשים מופלות בשוק העבודה.

עם זאת, ולמרות הצעדים הרבים שנעשו במישור המשפטי הפורמאלי בקשר לשוויון המגדרי, ישנם מלומדים רבים הסבורים כי אין בכוחו של המשפט לבדו כדי לקדם את השוויון המגדרי, וכדי למגר לחלוטין תופעות של הפליה אסורה. גישות אלה מצביעות על המוגבלות, המהותית והמעשית, של המשפט בקשר לשוויון המגדרי בשוק העבודה, וחלק מן המלומדים מציעים הצעות אחרות, הנוספות על איסורי ההפליה הקבועים כיום בחוק, אשר לדעתם יכולות לקדם בצורה יעילה יותר את השוויון התוצאתי.

במסגרת העבודה אעמוד בקצרה על חשיבותו של השוויון המגדרי בשוק העבודה, כפי שבא לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה, ועל הביקורת המכירה במוגבלותו של המשפט בהתמודדות עם הפליה מגדרית אסורה בשוק העבודה.

## **המצב הנורמטיבי**

האיסור על הפליה הוא מערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל<sup>1</sup>. האיסור על הפליה נובע מעיקרון השוויון, אשר זכה למעמד של עיקרון-על בשיטת המשפט הישראלית, והנגזר ישירות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באחת הפרשות נאמר על ידי בית המשפט העליון בקשר לעיקרון השוויון כי הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"<sup>2</sup>. בפרשה אחרת נאמר על ידי בית המשפט העליון כי עיקרון השוויון הוא "עיקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר העקרונות"<sup>3</sup>. האיסור על הפליה מוכר בקשר לקבוצות-מופלות רבות ובנסיבות רבות ומגוונות.

אולם הגישה הרווחת היא כי לא כל ההפלות שוות בחומרתן. לעמדתו של בית המשפט העליון "עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה"<sup>4</sup>. בית המשפט קבע, כי כל הפליה היא פסולה, אך גם מבין ההפלות יש להבחין בין דרגות שונות של הפליה. במסגרת כך נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי ההפליה בין המינים וכלפי ציבור הנשים מצויה בדרגה החמורה ביותר של איסור ההפליה<sup>5</sup>.

בית המשפט קבע כי האיסור על הפליה כלפי נשים עוסק בהפליה גנרית<sup>6</sup>. הפליה גנרית, אשר הוגדרה על ידי בית המשפט כ"הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם"<sup>7</sup>, היא הפליה מחמת עניין שלאדם אין שליטה עליו. גם הפליה מחמת צבע עור או מחמת גזע הוגדרו כהפלות גנריות. החומרה הרבה המיוחדת להפליה גנרית היא מחמת שהאדם עושה ככל שביכולתו על מנת לרכוש השכלה, תעסוקה ומידות טובות, אך הוא נדחה על ידי אחרים רק בשל מאפיינים שונים שכלל אינם בשליטתו. בניגוד למצב הקיים בישראל, שבו

<sup>1</sup> בג"צ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, (פורסם בנבו, 09.10.02). 663. 683.

<sup>2</sup> בג"צ 98/69 אהרן ברגמן נ' שר האוצר, (פורסם בנבו, 03.07.69). 693. 698.

<sup>3</sup> בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, (פורסם בנבו, 11.08.98). 630. 650.

<sup>4</sup> פרשת ניב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 683.

<sup>5</sup> ראה: בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, (פורסם בנבו, 30.11.94). 749. 763.

<sup>6</sup> פרשת שדולת הנשים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 658.

<sup>7</sup> שם.

עיקרון השוויון ואיסור ההפליה יכולים לחול על כל התופעות של ההפליה בשל כל פרמטר שאיננו ענייני, במשפט המשווה האיסור על הפליה איננו תמיד כה גורף<sup>8</sup>. במסמכים בינלאומיים העוסקים באיסור על הפליה נמנו רשימה של עילות, העוסקות בקבוצות מופלות מוגדרות וידועות, אשר לגביהן חל איסור ההפליה<sup>9</sup>. בעקבות המסמכים הבינלאומיים צעדו חלק גדול מהמדינות, אשר קבעו בחוקה את האיסור על הפליה רק לגבי קבוצות מסוימות<sup>10</sup>. אולם בכל המסמכים הבינלאומיים, ובעקבות כך בכל החוקות של מדינות המשפט המקובל, גם אלו אשר צמצמו את איסור ההפליה רק לגבי רשימת עילות מוגדרת, נקבע האיסור על הפליה מחמת מין. המשותף לכל ההוראות הללו, הבינלאומיות והמדיניות, הוא כי ההפליה מחמת מין, וכלפי ציבור הנשים, היא מתופעות ההפליה הנפוצות ביותר והחמורות ביותר, והפליה זו קיימת בכל ההוראות הרלבנטיות במשפט המשווה.

### בתסיקה

האיסור על הפליה מחמת מין קבוע במספר רב של דברי חקיקה. סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה<sup>11</sup> קובע, כי אסור למעביד להפלות, בין היתר מחמת מין, בכל שלב משלבי העבודה, לרבות בשלב הקבלה לעבודה, בתנאי העבודה, בקידום בעבודה ובסיום יחסי העבודה. סעיף 2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד<sup>12</sup> קובע את הזכות לשכר שווה בין עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעסיק ובאותו מקום עבודה, כאשר מדובר בעבודה שהיא שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך.

הוראות חוק שוויון הזדמנויות וחוק שכר שווה יוצרות שוויון פורמאלי בין עובדת לבין עובד. אולם מלבד השוויון הפורמאלי, המשפט הישראלי מכיר גם בעיקרון העדפה המתקנת, אשר נועד לקדם את השוויון המהותי במבחן התוצאה<sup>13</sup>. על פי עיקרון העדפה המתקנת, לא תמיד די בשוויון פורמאלי ובמתן הזדמנות שווה לנשים, שכן לאור ההפליה ההיסטורית והמתמשכת ממנה סובל ציבור הנשים יש חשש

<sup>8</sup> להרחבה ראה: יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס). 165. 220-223.  
<sup>9</sup> כך למשל, בסעיף 2 להכרזה העולמית על זכויות האדם, משנת 1948, ישנה רשימה של עשר עילות שוויון, כגון: גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר. רשימת עילות זאת מצויה גם בסעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, ובסעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966. באמנה האירופית בדבר זכויות אדם, משנת 1950, נמנו אותן עשר עילות, ונוספה עילה נוספת – השתייכות למיעוט לאומי.  
<sup>10</sup> בחלק מהחוקות לא נמנו אפילו כל העילות שבמסמכים הבינלאומיים, ונמנו רק ארבע עילות – גזע, מוצא, דת ומין. כך הוא למשל בסעיף 77 לחוקה הצרפתית, ובסעיף 14 לחוקה הספרדית. בארה"ב מצויות העילות הללו ב – Civil Rights Act, 1964, ראה אצל זמיר וסובל, לעיל ה"ש 8, ושם בה"ש 237.  
<sup>11</sup> חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה").  
<sup>12</sup> חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996. (להלן: "חוק שכר שווה").  
<sup>13</sup> בפסיקה ובספרות ישנן שתי גישות בקשר ליחס בין עיקרון העדפה המתקנת לבין עיקרון השוויון. על פי הגישה האחת, עיקרון העדפה המתקנת הוא למעשה הגשמה של עיקרון השוויון, מאחר ועיקרון השוויון החוקתי אינו שוויון פורמאלי אלא שוויון תוצאתי. על פי הגישה השנייה, עיקרון השוויון החוקתי עוסק בשוויון פורמאלי, ועיקרון השוויון הפורמאלי נפגע על ידי עיקרון העדפה המתקנת, ומשכך יש לבחון את עיקרון העדפה המתקנת על פי תנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. להרחבה ראה: סוזי נבות ומורן קנדלשטיין-היינה, "העדפה מתקנת כ"הפליה חוקתית", בתוך: ספר אליהו מצא (2015). 145.