

# בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

## אריאן רנן-ברזילי

תקציר ♦ מבוא ♦ א. שכר שווה ושוויון הזדמנויות: פסקי הדין בעניין אורית גורן ♦ ב. בין שוק לשוויון: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית בפרספקטיבות פמיניסטיות – היסטורית והשוואתית ♦ ג. משטר העבודה ה"אינדאלי-טוטלי" והאפליה הגלומה בו ♦ ד. בחינה מחודשת של בג"ץ גורן: בין שוויון הזדמנויות למחויבות משפחתית ♦ אחרית דבר.

### תקציר

מאמר זה דן בגבולות השוק ביחס לשוויון מגדרי בעבודה. המאמר מראה כיצד העמדות השונות שבאו לידי ביטוי בפסקי הדין בעניין גורן שעסקו באפליה בשכר, משקפות מחלוקות עמוקות בין גישות פמיניסטיות שונות בקשר ליחס שבין השוק לשוויון, ומבהיר באמצעותן כיצד הבנה בג"ץ גורן את היחס שבין המשפט לשוק. המאמר טוען כי בג"ץ גורן עשוי להקל גם על קבלת תביעות שמטרתן קידום השילוב שבין עבודה למשפחה, וזאת לא רק בהקשר של הכנסת גברים ל"ספירה הביתית" כפי שנעשה בעניין לוי ובהט, אלא אף מעבר לכך – בהקשר של התאמת שוק העבודה לבעלי מחויבויות משפחתיות ולכרסום בנורמת העבודה ה"טוטאלית".

### מבוא

במאמר זה נבחן האופן שבו עיצב בית המשפט העליון את גבולות השוק ביחס לשוויון מגדרי בעבודה, בבג"ץ גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (להלן: עניין גורן).<sup>1</sup> פסק הדין נחשב תקדימי, ומציג חידוש הלכתי בנושא השוויון בשכר. כבר בגלגולו

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.  
אני מודה לצילי דגן, רות זפרן, פאינה מילמן-סיוון, ארנה רבינוביץ-עיני, אמנון רייכמן, נויה רימלט, הילה שמיר ויופי תירוש, על הערות מאירות עיניים לטיטות המאמר בשלבים שונים. אני מודה למשתתפי סדנת עבודה ורווחה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ולמשתתפי השולחן העגול בנושא "אחריות משפחתית, עבודה ומגדר" בבית ספר רדזינר למשפטים, שבהם הוצגה גרסה מוקדמת של המאמר. תודה גם לקוראים האנונימיים, לליאור משאלי-שלומאי וחבר/ות מערכת מחקרי משפט על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לנווה דייגי, ריבי דהאן, מיטל סדובניק וקלה ספיר על עזרתם המצוינת במחקר. מחקר זה מומן על ידי משרד המדע הטכנולוגיה והחלל.  
1 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 17.5.2012).

בערכאות קודמות זכה להתייחסות נרחבת,<sup>2</sup> אך במאמר זה אנתח לראשונה את פסק הדין של בית המשפט העליון, אסביר את חשיבותו לצורך הוכחת אפליה, אראה כיצד פסק הדין מבנה את היחס שבין המשפט לשוק ואף אציע כיצד ניתן יהיה לעשות בו שימוש גם בהקשר רחב יותר של תביעות אפליה בגין נורמת העבודה ה"אידאלית-טוטלית".

בג"ץ גורן עסק באפליה מגדרית בשכר ובפרשנותם של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק שכר שווה) וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות). פסק הדין שרטט מסגרת משפטית עדכנית להתמודדות בין השוויון בעבודה לבין חופש ההתקשרות השוקי. בג"ץ גורן קבע כי גבולות החופש השוקי יצומצמו במקרים שבהם יש פערים מגדריים משמעותיים בשכר. לקביעה זו השפעות חשובות על אופן הוכחתן של תביעות אפליה בעתיד, על מידת החופש השוקי הנתון למעסיקים בהקשר של שוויון בעבודה ועל היחס בין המשפט לשוק. המאמר מאיר עיקרון משפטי שיושם בפסק דינה של השופטת ביניש. לפי עיקרון זה, לא די בהסבר ניטרלי מבחינה מגדרית, המתמקד בכוחות השוק, כאשר קיימת תוצאה מובהקת וחרیפה של אי-שוויון מגדרי בפועל; במקרים כאלה תיווצר מעין חזקה הניתנת לסתירה של אפליה על בסיס מין, שמשמעותה העברת הנטל להפרכה אל המעביד באמצעות שיקולים שאינם שוקיים גרידא. במאמר אבחן את הפוטנציאל הגלום בקביעה זו ואף אקשור בין קביעה זו, העוסקת בשכר, לבין הסדר אחר, ניטרלי לכאורה, בשוק העבודה – נורמה של שעות עבודה ארוכות. טענת המאמר היא שלקביעה זו פוטנציאל חשוב במיגור הסדרים שונים בשוק העבודה, בפרט כאלה המבוססים על "מודל העובד האידאלי", אשר להם השפעה מפלה מובהקת על בעלי מחויבויות משפחתיות בכלל ועל נשים בפרט.

לשאלת היחס בין השוק למשפט השפעות חשובות במיוחד באשר לשוויון בהקשר של "משטר הביות" וה"עבודה הטוטלית". משטר הביות תופס את הספרה הפרטית-משפחתית כאחריות המרכזית של נשים, ומתאפיין בארגון שוק העבודה סביב מודל העובד האידאלי, הנטול כל מחויבות משפחתית וזמין תמיד לצורכי המעביד.<sup>3</sup> על פי משטר זה, למרות כניסתן המתרחבת של נשים לספרה הציבורית, הספרה הפרטית עדיין נחשבת תחום אחריות מרכזי שלהן. מנגד, שוק העבודה בשכר מסמן כעובדים אידאליים מוערכים ונחשקים את אותם עובדים המסורים באופן טוטלי לעבודה ונטולים מגבלות משפחתיות.<sup>4</sup> פרקטיקות של שעות עבודה מרובות, נסיעות תכופות, זמינות מתמדת לעבודה והיעדרות מן הבית, כל אלה הן חלק ממשטר העבודה האידאלי-טוטלי

2 שרון רבין-מרגליות "ההסבר (התירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" הפרקליט נ 501 (2010).

3 דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 279 (2005).

4 אריאן רנן-ברזילי "הורים א/עובדים – רב ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל" עיוני משפט לה 307 (2012).

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

ומתאימות במיוחד לעובדים המשוחררים ממחויבויות משפחתיות. פרקטיקות אלה נראות לכאורה כפועל יוצא של ה"שוק" וכוחותיו, אך למעשה המדובר בבחירה חברתית ומשפטית במשטר של עבודה טוטלית – בסוג של הסדרה. הסדרה זו פירושה שלא זו בלבד שמותרת עבודה טוטלית, אלא משטר העבודה הטוטלית הופך להיות רווח מאוד, עד שהוא נתפס כטבעי, ואף הכרחי, על ידי השחקנים השונים בשוק.<sup>5</sup> משטר העבודה הטוטלי מעורר קושי אצל כל מי שיש לו מחויבות לטפל בבני משפחה, במיוחד אצל הורים. עם זאת, אף על פי שמשטר העבודה הטוטלי נראה ניטרלי מבחינה מגדרית, שכן הוא חל גם על נשים וגברים כאחד, בפועל הוא מפלה לרוב נשים בשוק העבודה. הסיבה לכך היא שכיום (עדיין) החלק הארי של עבודת המשפחה (טיפול) מבוצע על ידי נשים, ולכן הן נתפסות כעובדות לא אידאליות בשוק עבודה טוטלי.<sup>6</sup> נורמת העבודה האידאלית-טוטלית נתפסת כ"טבעית", כפועל יוצא של צורכי השוק, שהרי בעיני מעסיקים רבים עובדים נחשבים מסורים יותר, נחשקים יותר וראויים יותר כשהם פנויים וזמינים לחלוטין לדרישות המעסיק ללא כל מגבלה. אתגר גדול ניצב אפוא בפני דיני השוויון בעבודה, והוא נעוץ בפער שבין נורמת העבודה האידאלית-טוטלית לבין האפליה המגדרית שנורמה זו מקבעת. לאחרונה ניסה בית הדין הארצי לעבודה לאתגר את תפיסת הביות ולעודד גברים לטיפול משפחתי על מנת להגביר את השוויון המגדרי בעבודה.<sup>7</sup> עם זאת, נורמת העבודה הטוטלית, הנתפסת לרוב כפועל יוצא של השוק, עדיין נותרה על כנה חרף הבעייתיות הגלומה בה.

באמצעות פרספקטיבה השוואתית ביחס לשתי גישות פמיניסטיות שונות בנוגע לחקיקת השוויון בעבודה בארצות הברית, אחרד את העמדות המובלעות בפסקי הדין בעניין גורן בנוגע ליחס בין השוק לשוויון, ואאיר את המהלכים שנקטו בפסקי הדין ואת הפוטנציאל שלהם להחמוד גם עם אפליה על רקע פרקטיקות של עבודה טוטלית. אטען

5 לדעתי, הגם שמשטר העבודה הטוטלי נראה "טבעי", מדובר למעשה בהסדרה, בבחירה של המדינה, החברה והמשפט לאפשר ולהנציח משטר עבודה זה. מכוח העובדה שהמדינה היא הריבון גם כאשר אינה עושה רגולציה ישירה, הרי שגם היעדר הסדרה הוא סוג של הסדרה.

6 Joan C. Williams & Nancy Segal, *Beyond the Maternal Wall: Relief for Family Caregivers Who Are Discriminated Against on the Job*, 26 HARV. WOMEN'S L.J. 77, 80 (2003); JOAN C. WILLIAMS, *RESHAPING THE WORK-FAMILY DEBATE: WHY MEN AND CLASS MATTER* (2010); CYNTHIA THOMAS CALVERT, JOAN C. WILLIAMS & GARY PHELAN, *FAMILY RESPONSIBILITIES DISCRIMINATION* 7 (2014). לעניין היות הטיפול המשפחתי מוטל על פי רוב על נשים, ראו בג"ץ 9462/09 פלוגית נ' צה"ל, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 27.5.2010).

7 מאמצים אלו ניכרים בשורה של פסקי דין אשר ידונו בהרחבה בפרק ג למאמר. ראו ע"ע 1039/00 מדינת ישראל נ' יהב, פד"ע לח 26 (2002) (להלן: פרשת יהב); ראו גם ע"ע 1155/02 מדינת ישראל נ' מוסקלנקו, פד"ע לח 337 (2003) (להלן: פרשת מוסקלנקו); ע"ע (ב"ש) 300301/97 סעדון נ' מדינת ישראל, פד"ע לח כט (2001); ע"ע (ארצי) 547/08 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' לוי (פורסם בנבו, 27.2.2013) (להלן: פרשת לוי); ע"ע (ארצי) 361/08 מדינת ישראל נ' דן בהט (פורסם בנבו, 18.4.2010) (להלן: פרשת בהט).

כי כשם שבג"ץ גורן קבע כי פערי השכר שמקורם בכוחות שוק ונובעים מחופש ההתקשרות השוקי מאפשרים במקרים חריפים את התערבותו של המשפט, כך גם ניתן יהיה לטעון כי פערים מגדריים שמקורם במשטר העובד האידיאלי פותחים צוהר להתערבותו של המשפט בנורמות של עבודה טוטלית.

בג"ץ גורן הרחיב במעט את המסגרת המשפטית לתביעת אפליה. בעקבותיו מתחזקת הטענה שכשם שמעסיקים יצטרכו לוודא באופן פוזיטיבי כי השכר המשולם לעובדיהם אינו נגוע בפערים מגדריים משמעותיים לבל ייתפסו כמפלים, מעסיקים ידרשו אף לבדוק כי פרקטיקות ההעסקה שלהם (כגון שעות ארוכות וזמינות מתמדת) אינן נגועות בפערים מגדריים כאלה, לבל יתפסו כמפלים. בכך ניתן יהיה לכרסם במשטר העבודה הטוטלי המפלה נשים בפרט ומי שיש לו מחויבויות משפחתיות בכלל. המאמר מחדד את האופן והמידה שבהם ראה בית המשפט העליון בישראל את תפקידו בעיצוב גבולותיו של שוק העבודה, בהסדרת אורחותיו ובמיגור האפליה המגדרית בו; בתוך כך מומשגת במאמר עמדתו ביחס לשימוש במשפט ככלי למיגור אפליה בשוק העבודה, ומוצגת העמדה הנורמטיבית הברורה שהציב ביחס לכוחו של המשפט אל מול השוק.

## א. בין שכר שווה לשוויון הזדמנויות: פסקי הדין בעניין אורית גורן

עקרון השוויון הוגדר זה מכבר כנשמת אפו של משטרנו המשפטי,<sup>8</sup> ובמסגרת זו הכיר בית הדין לעבודה ב"מציאות המתאפיינת באפליית נשים בשוק העבודה, תוך הדגשת החומרה הרבה שיש לראות בכך – לא רק בהיבט של אובדן הזדמנויות תעסוקתיות אלא גם בכל הנוגע לפגיעה בכבוד האדם של האישה עובדת [...]".<sup>9</sup> למרות המגמה הכללית בפסיקת בית הדין לעבודה להימנע מהתערבות בחופש של הצדדים ליחסי עבודה לקבוע את שכר העבודה של העובדים (בכפוף לחוק שכר מינימום), חריג לכך הוא מניעת אפליה בתשלום שכר.<sup>10</sup> ואולם, קשיי ההוכחה של טענות האפליה המגדרית בשוק העבודה הן מכשול עצום העומד כנגד יישומם של העקרונות בדבר שוויון בעבודה, ולאמתו של דבר מאפשרות לשוק להתנהל לעתים קרובות בחוסר שוויון.<sup>11</sup>

8 בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002).

9 ע"ע (ארצי) 285/09 בן עמר נ' פלדמן (פורסם בנבו, 28.12.2010). ראו גם דב"ע (ארצי) לג/3-25 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' חזין, פד"ע ד 365 (1973); דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין נ' אחים איזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997); ע"ע (ארצי) 627/06 מורי נ' מ.ד. פ ילו בע"מ (פורסם בנבו, 26.3.2008); ס"ק (אזורי ת"א) 10-12-38971-12-10 הררה נ' בן עמרם (פורסם בנבו, 9.12.2012) וכן בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).

10 דב"ע (ארצי) נו/71-3 עירון נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פד"ע ל (1997).

11 לעניין קשיי ההוכחה, ראו למשל, ע"ב (אזורי ת"א) 8860/06 טורג'מן נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 12.2.2009); ע"ע (ארצי) 186/09 טורג'מן נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו,

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות הם חלק מחקיקת השוויון המגדרי בעבודה. חוק שכר שווה לעובדת ועובד נחקק לראשונה בשנת 1964. מטרתו הייתה "לתקן עוול בשכרה של הפועלת, המופלית לרעה לגבי שכרו של הפועל אך ורק בגלל השתייכותה המינית" ולקבוע תשלום שכר שווה לעובדת ולעובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה.<sup>12</sup> בשנת 1973 הורחב החוק ונקבע כי יש להשוות שכר לא רק בעד אותה עבודה אלא גם בעד עבודה שווה בעיקרה.<sup>13</sup> בסוף שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים נעשו ניסיונות להרחיב שוב את החוק ולהגדיר "שכר" באופן שיכלול גם תנאים נלווים, אך הללו לא צלחו.<sup>14</sup> לאחר מינויה של ח"כ אורה נמיר לתפקידה כשרת העבודה והרווחה הוגשה הצעת חוק ממשלתית שהובילה לגיבושו של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד המוכר כיום, אשר החליף את ההסדר שפעל קודם לכן והרחיב את בסיס הזכויות להשוואת שכר (לרבות גמולים והטבות) גם בנוגע לעובד ועובדת המבצעים עבודה שוות-ערך.<sup>15</sup> כיום מחייב חוק שכר שווה את המעביד לשלם לעובדת שכר שווה לזה המשולם לעובד בעבור עבודה שווה, עבודה שווה בעיקרה ועבודה בעלת ערך שווה (בהתחשב, למשל, בכישורים, מיומנות, אחריות ובמאמץ), בתנאי שהם מועסקים בידי אותו מעביד ובאותו מקום עבודה.<sup>16</sup> החוק נועד להילחם בפערי השכר ולכן קבע חזקה משפטית שתשלום שכר שונה לגבר ולאשה המבצעים אותה עבודה הנו פסול,<sup>17</sup> וזאת אלא אם כן הוא מתחייב מאופי העבודה או מהותה, והנטל להוכיח זאת מונח על כתפי המעסיק.<sup>18</sup>

14.3.2010) ואושר בבג"ץ 4360/10 טורג'מן נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010); ע"ע (ארצי) 222/06 כרם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2007); ע"ע (ארצי) 1156/04 הום סנטר (עשה זאת בעצמך) נ' גורן (פורסם בנבו, 20.11.2007) (להלן: ע"ע גורן או פסה"ד הארצי); אף ת"ע (אזורי ב"ש) 1576/99 נידם נ' ראלי חשמל ואלקטרוניקה, פד"ע לט א (2003).

12 הצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964, ה"ח 169. החוק קודם מראשית שנות השישים על ידי ח"כ בבה אידלסון, רות הקטין, טובה סנהדראי ואמה תלמי. קדמה להן ח"כ אסתר וילנסקה, שניסתה למנן שנות החמישים לחוקק חוק שכר שווה. ראו בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה 743-745 (1998).

13 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230; הצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ה"ח 373. יוזמת ההרחבה הייתה ח"כ שושנה ארבלי-אלמוזלינו, וכן ראו בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 746-747; נויה רימלט הפמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה, המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית 330 (2008).

14 בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 748-749.

15 הצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד. ראו בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 750.

16 ס' 1-3 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד. וכן לביקורת ראו נויה רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד 299, 322 (2008); ראו רימלט, לעיל הערה 13, שם; בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 721-728.

17 רבין-מרגליות, לעיל הערה 2, בעמ' 503-504.

18 ס' 6 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד קובע כי "א) אין בהוראות סעיף 2 כדי למנוע הפרש בשכר או בגמול אחר המתחייב מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה ובכלל זה תפוקת העבודה, איכות העבודה, הוותק בעבודה, ההכשרה או ההשכלה, או מיקומו הגיאוגרפי של מקום העבודה, והכל

לאחרונה שוב תוקן החוק, בהובלתה של חברת הכנסת עליזה לביא, יו"ר הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת. בתיקון נקבע כי גוף שמוטלת עליו חובת דיווח שכרם של עובדים יכול אף התייחסות למין, וזאת במטרה לעודד שקיפות בנוגע לשכר נשים וגברים, מתוך מודעות לפערי השכר המגדריים.<sup>19</sup> עוד לאחרונה, ובעקבות בג"ץ גורן, שוב תוקן החוק ונקבע כי ניתן לתבוע בגינו פיצוי ללא הוכחת נזק.<sup>20</sup>

ראשיתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בהמלצות הוועדה לקידום מעמד האישה, בראשות ח"כ אורה נמיר, משנת 1978. בהמלצות הוועדה אשר הוגשו לראש הממשלה, הומלץ לאסור על אפליה מטעמי מין ומצב משפחתי בתחום העבודה והביטחון הסוציאלי ולעגן זאת בחקיקה מתאימה.<sup>21</sup> בשנת 1981, בעקבות לחץ ציבורי, הצליחה ח"כ שרה דורון להביא לחקיקת חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"א-1981.<sup>22</sup> חוק זה עניינו קבלה לעבודה, והוא היה בעיקרו הצהרתי.<sup>23</sup> ח"כ אורה נמיר, בתפקידה כראש ועדת העבודה והרווחה בכנסת, המשיכה בפעילותה למען שוויון בתעסוקה, וביחד עם ח"כ שרה דורון, שולמית אלוני ורן כהן הובילה לחקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בשנת 1988, המוכר כיום, והאוסר, בין היתר, על אפליה בעבודה מחמת מין.<sup>24</sup> הצורך בחוק, כך הוסבר, נובע מעצם "מבנה החברה וממעמדה הנחות של האשה בחברה ובעבודה" והוא נועד "לעגן בחקיקה את עקרון שוויון ההזדמנויות בעבודה ולאסור על אפליה מחמת מינו של העובד, או בשל היותו נשוי או הורה".<sup>25</sup> בנוסחו המקורי כלל החוק איסור אפליה על רקע מין, נישואין והורות, ולאחר מכן הורחב למאפייני זהות נוספים.<sup>26</sup>

היקפו של חוק שוויון הזדמנויות רחב מזה של חוק שכר שווה. הוא נועד להתמודד לא רק עם אפליה על רקע מין, אלא עם אפליה על בסיס מאפייני זהות שונים, וכן למנוע

כשאינן בכך משום אפליה מטעמי מין. (ב) מצא בית הדין לעבודה, כתובענה לפי חוק זה, כי העבודות שבמחלוקת הינן אותן עבודות, עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך, וטען המעביד שקיימות נסיבות כאמור בסעיף קטן (א) המצדיקות הפרש בשכר או בגמול אחר, עליו נטל ההוכחה".

19 חוק שכר שווה לעובדת ועובד (תיקון מס' 3), התשע"ד-2014, ס"ח 339 (מיום 10.3.2014).

20 חוק שכר שווה לעובדת ועובד (תיקון מס' 5), התשע"ד-2014, ס"ח 551 (מיום 16.6.2014).

21 בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 345.

22 חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"א-1982, ס"ח 285. ראו בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 341-356. שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529, 531-529 (1999).

23 בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 341-356.

24 הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ד"כ 110 (התשמ"ח) 1984.

25 הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה התשמ"ז-1987, ה"ח 324. יוער כי בדיוני הכנסת, לאור הקושי בהוכחת אפליה על פי החוק, הוחלט על מנגנון של העברת נטל ההוכחה למעביד, שיצטרך להוכיח בכל תביעה שתוגש נגדו בשל אפליה שהוא פעל שלא בניגוד לחוק וללא אפליה.

26 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ס"ח התשמ"ח 38. לתיקוני החוק ראו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 1) התשנ"ב-1992, ס"ח 37; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, ס"ח 95; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995, ס"ח 334. ראו גם בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 346.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

אפליה בהקשרים שונים הנוגעים ליחסי עבודה, כגון קבלה לעבודה, תנאי עבודה וקידום, ואין מדובר בו רק במניעת אפליה בשכר, כמו בחוק שכר שווה.<sup>27</sup> עד לאחרונה נבדלו שני החיקוקים זה מזה גם בסעד המוענק על פיהם. כך, בעת מתן פסקי הדין בעניין גורן העניק חוק שכר שווה זכות לפיצוי על הפרשי שכר עבור 24 חודשים שקדמו להגשת התביעה, לעומת חוק שוויון הזדמנויות המתיר לבית הדין לעבודה לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין.<sup>28</sup> ניתן לתבוע הן על פי חוק שכר שווה והן על פי חוק שוויון הזדמנויות, בהתאם לעניין.

בג"ץ גורן, אחד מפסקי הדין האחרונים שכתבה הנשיאה (בדימוס) ביניש, הוכתר בתקשורת כ"פורץ דרך" בשינוי מפת השכר בישראל.<sup>29</sup> אורית גורן הגישה מועמדות לעבודה כיועצת במחלקת כלי עבודה בסניף של חברת הום סנטר. לפני קבלתה לעבודה מילאה שאלון אישי, קיימה ריאיון עם מנהל הסניף ונשאלה מה השכר שהיא מצפה לקבל. גורן ביקשה 3,500 ש"ח לחודש. היא התקבלה לעבודה בשכר של 17 ש"ח לשעה, כ- 3,264 ש"ח בחודש, והחלה לעבוד. לאחר כמה חודשים גילתה גורן כי עובד נוסף במחלקה שלה, סטפן מור, מקבל שכר גבוה ממנה עבור ביצוע אותה עבודה ממש. בריאיון העבודה שלו ביקש מור שכר של 6,000 ש"ח בחודש, וכשהתקבל הועמד שכרו על 5,000 ש"ח לחודש, כלומר 26 ש"ח לשעה. משגילתה גורן את פערי השכר, פנתה למנהל הסניף בבקשה להעלות את שכרה ולהשוותו לזה של מור. פנייתה לא נענתה, וגורן התפטרה מעבודתה. לאחר התפטרותה הגישה גורן תביעה לתשלום הפרשי שכר מכוח חוק שכר שווה וכן לפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות.<sup>30</sup>

בית הדין האזורי לעבודה קבע כי לא הוכח שקיים שוני בין העבודה שביצעה גורן לעבודה שביצע מור, או כי כישוריו של מור היו טובים מאלה של גורן. משמצא כי

27 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 ס"ח 230; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ס"ח 38, כמו כן ראו רבין-מרגליות, לעיל הערה 22, וכן רבין-מרגליות, לעיל הערה 2.

28 ס' 8(א) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, וס' 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, בהתאמה.

29 ראו למשל: תומר זרחין "בלי טובות, בלי אפליה" הארץ (20.5.2012); תומר זרחין "בג"ץ: מעסיקים יידרשו לנמק מדוע אשה משתכרת פחות מגבר באותו תפקיד" הארץ (18.5.2012); דריה כנף "משכורתו של גבר לא אמורה להיות גבוהה יותר" YNET (1.6.2012) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4236715,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4236715,00.html). עם זאת, יש לשים לב כי בנסיבות המקרה של פסק דין זה דובר בביצוע אותה עבודה ממש אצל אותו מעסיק, דבר שאיננו נפוץ. לביקורת זו על חוק שכר שווה לעובדת ולעובד ומגבלותיו, ראו רימלט, לעיל הערה 13, בעמ' 175-178; וכן, רויטל טרנר "הקץ לאפליה מגדרית בשכר: רפורמה מוצעת לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד" (הרצאה במפגש פורום דיני עבודה ורווחה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, 3.6.2013); רות בן-ישראל "שכר שווה: אשליה או מציאות? הירהורים לאור חוק שכר שווה לעובדת ולעובד התשנ"ו-1996" נשים – הכוח העולה (ענת מאור עורכת, 1997). לביקורת על פסק הדין ראו חגי ורד "עובדות, החיים" עורך הדין 16, 122, 125-122 (2012).

30 עניין גורן, לעיל הערה 1.

עבודתה של גורן הייתה שווה או לכל הפחות "שוות ערך" לעבודתו של מור, הגיע בית הדין למסקנה שגורן הוכיחה את קיומה של אפליה בשכר בינה לבין מור. הוא קיבל את תביעתה על פי חוק שכר שווה וקבע כי היא זכאית לפיצוי על ההפרש בשכר בינה לבין מור. עוד נקבע כי בכך ששכרה של גורן נקבע בהתאם למשא ומתן עמה, שבגדרו ביקשה שכר נמוך יותר משביקש מור, אין כדי להצדיק את פערי השכר ביניהם. בית הדין אף קבע שמכיוון שהום סנטר הפרה את הוראות חוק שכר שווה, הרי יש לקבל גם את תביעתה של גורן לפי חוק שוויון הזדמנויות.<sup>31</sup>

הום סנטר הגישה ערעור לבית הדין הארצי לעבודה וטענה כי לא היה מקום לקבל את התביעה לפי חוק שכר שווה או לפי חוק שוויון הזדמנויות. גורן מצדה הגישה ערעור שכנגד, שהתמקד בשיעור הפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות. בבית הדין הארצי נדחה ערעורה של הום סנטר על חיובה בפיצוי מכוח חוק שכר שווה וכן נדחה הערעור שכנגד. עם זאת, התקבל ברוב דעות ערעורה של הום סנטר בנוגע לעצם חיובה בפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות.<sup>32</sup> בשאלת האפליה על פי חוק שכר שווה קיבלה דעת הרוב בבית הדין הארצי, מפיה של השופטת וירט-ליבנה, את עמדת בית הדין האזורי. נקבע כי די היה בנתוני השכר שהמציאה גורן בנוגע לשכרו של מור ובעובדה שהשניים ביצעו את אותה עבודה כדי לעמוד בנטל המוטל עליה לפי חוק שכר שווה. כן נקבע כי בכל הנוגע לחריגים האפשריים לזכות לשכר שווה, ובהם החריגים הקבועים בסעיף 6 לחוק שכר שווה, הנטל להוכיחם על המעביד. עם זאת קבעה השופטת וירט-ליבנה, בדעת יחיד, כי ניתן להכיר בחריגים נוספים לזכות לשכר שווה אשר כלל אינם מנויים בסעיף 6 לחוק. לדבריה, הזכות לשוויון לפי חוק שכר שווה איננה מוחלטת, ויש לאזנה עם חופש ההתקשרות החוזית וזכותו של המעסיק להעסיק עובדים בחוזים אישיים על בסיס משא ומתן, וזאת מתוך העיקרון של כיבוד חופש ההתקשרות בשוק. להשקפתה, גישה השוללת ממעסיק את חופש ההתקשרות הזו עלולה דווקא להזיק לנשים, שכן היא עשויה לגרום למעסיק להעדיף את קבלתם של גברים בלבד למקומות עבודה. אמנם במקרה של גורן, קבעה, הפער של 35% בשכר אינו יכול להצדיק את התגברות חופש ההתקשרות השוקי על זכות העובדת לשוויון בשכר, אך בחינה של עמדתה העקרונית הזו של השופטת מגלה לכאורה עמדה בעייתית: האמירה שעמידה על עקרון השוויון בשכר עלולה להזיק לנשים, שכן יעסיקו אותן פחות, מגלה בתוכה אשורר של ההנחה המובלעת שלפיה נשים נתפסות כעובדות שאינן אידאליות ולכן ראויות (בהתאם לחופש ההתקשרות) לשכר מופחת. על פי עמדה זו, כדי שנשים תעבודנה עלינו להשלים, בין היתר, עם פערי שכר משמעותיים,

31 אך מאחר שהשכר נקבע בהתחשב בדרישתה ולא לפי דרישת הום סנטר, אין לפסוק פיצוי מרבי על פי חוק שוויון הזדמנויות, אלא יש לקבוע את גובה הפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות על הסכום שנפסק בתביעתה לפי חוק שכר שווה. עב' (אזורי ת"א) 300880/98 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2004).

32 ע"ע גורן, לעיל הערה 11, בדעת הרוב השופטת ו' וירט-ליבנה, השופט ש' צור ונציג המעבידים ד' בלומברג כנגד דעתם החולקת של הנשיא (בדימוס) ס' אדלר ונציג העובדים י' שילון.



בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

עם הערכת-חסר של יכולותיהן ועם האופן שבו השוק מבנה שכר. מנגד ניתן לטעון כי עמדתה של השופטת וירט-ליבנה היא עמדה לגיטימית, כי כוונתה הייתה שמאחר שיש פערי שכר בין עובדים, המותרים לרוב בשל חופש ההתקשרות וכוח המיקוח בשוק, הרי שאם נגביל דווקא את חופש ההתקשרות ביחס לנשים ניצור "חיסרון" מסוים הכרוך בהעסקתן. השאלה המרכזית העולה מדבריה היא: מה עמדת הבסיס שממנה יוצא המשפט ביחס להסדרה השוקית? כלומר, האם עמדת הבסיס היא להתיר לשוק להתנהל כדרכו ולראות בהסדרה חריגה המותרת רק במקרים המצדיקים זאת, כפי שעולה מעמדתה של השופטת וירט-ליבנה, או שמא עמדת הבסיס היא הגנה על השוויון בעבודה, וממנה נגזרת הסדרתם של גבולות השוק? שאר שופטי המותב לא קיבלו את עמדתה זו של וירט-ליבנה. הנשיא אדלר ציין כי מעסיק אינו רשאי לנצל את חולשתה או חוסר ידיעתה של עובדת בדבר רמת השכר המקובלת במקום העבודה, אף אם זו מבקשת לעצמה שכר נמוך יותר מזה שדורש עובד. עמדה זו, מבכרת את יכולתו של המשפט להתערב בפרורוגטיבה של המעסיק, שכן כוח המיקוח השונה בין המינים אינו יכול לשמש מקור לקביעת שכר שונה.<sup>33</sup>

עם זאת, עיקר המחלוקת בפסק הדין של בית הדין הארצי נסבה על שאלת היחס בין עילת התביעה לפי חוק שכר שווה לבין עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות ועל חובת ההוכחה המוטלת על מי שרוצה להוכיח אפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות. עמדתה של השופטת וירט-ליבנה, לעניין זה בדעת רוב, הייתה שהוכחת תביעה מכוח חוק שכר שווה אינה מזכה את העובדת בהכרח ובאופן אוטומטי בפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות, זאת לאור הסעד השונה שמקנה כל חוק, המלמד על המטרות השונות של כל אחד מהם. השופטת הסבירה כי חוק שוויון הזדמנויות הוא חוק חינוכי, עונשי והרתעתי, על סמך האפשרות המוענקת בו לסעד לפיצוי ללא הוכחת נזק, המהווה "עונש". לדבריה, בשל העובדה שאפליה על פי חוק שוויון הזדמנויות גוררת סנקציה "עונשית", נדרש רף ראייתי גבוה יותר, המצריך הוכחה שהשוני בשכר קשור סיבתית למין, ולא די בהוכחת התשתית העובדתית לפי חוק שכר שווה. זו, כך נקבע, המשמעות של הדיבר "מחמת מין" בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. על בסיס זה הוחלט כי נוכח היעדר הוכחה של מדיניות מפלה ברשת הום סנטר, ובהיעדר נתונים ביחס לשכרם של עובדי המחלקה בסניף של גורן וברשת כולה, לא ניתן לקבוע כי מדובר במעסיק הראוי ל"ענישה" על פי חוק שוויון הזדמנויות.<sup>34</sup> בניגוד לכך, סבר הנשיא אדלר (בדעת מיעוט) כי הנטל להוכחת התביעה על פי חוק שוויון הזדמנויות הוא נטל קל יותר, וכי זכות מכוח חוק שכר שווה מצמיחה באופן אוטומטי ובהכרח זכות מכוח חוק שוויון הזדמנויות. לגישתו, בתביעות לפי שני החוקים נדרשת העובדת, בשלב ראשון, להצביע על פערי השכר וחוסר השוויון בינה לבין עובד

33 שם, פס' 13-15 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

34 עם זאת, כיום לרוב קשה להוכיח מדיניות מוצהרת של אפליה והקושי לדעת את נתוני השכר של שאר עובדי המעסיק אינו נדיר.

אחר, ובשלב השני עובר הנטל למעסיק להוכיח כי פעל כדין. אם מעסיק מוכיח את קיומן של נסיבות המצדיקות פערים בשכר לפי סעיף 6 לחוק שכר שווה (המתחייבים, למשל, מאופי התפקיד או ההכשרה הדרושה), הרי ממילא הוכיח כי פערי השכר אינם מחמת מינה של העובדת. לעומת זאת, אם לא עלה בידי המעסיק להוכיח נסיבות המצדיקות פערי שכר על פי סעיף 6 לחוק שכר שווה, הרי המסקנה המתבקשת היא שמדובר בפערי שכר הנעוצים במינה של העובדת, כנדרש בחוק שוויון הזדמנויות. הנשיא ציין כי באף לא אחד מן החוקים יש צורך להביא ראיה בדבר כוונה של המעסיק להפלות.<sup>35</sup> לדידו, העובדה שהמעסיק אינו נוקט מדיניות מפלה ברשת כולה אינה יכולה לשמש כטענת הגנה, משום שתשלום שכר נמוך יותר לעובדת באחד מסניפי הרשת (אף אם בניגוד למדיניות הרשת) ייחשב להפרת שני החוקים, אם כי ניתן יהיה להתחשב במדיניות בקביעת גובה הפיצוי לעובדת.<sup>36</sup>

שלוש שנים לאחר מתן פסק הדין של בית הדין הארצי עתרה גורן, יחד עם שדולת הנשים, לבג"ץ.<sup>37</sup> גורן טענה כנגד הרף הראייתי שנקבע לעניין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה והאופן שבו פירשה עמדת הרוב את היחס בין החוקים. היא טענה כי שכרה היה נמוך ב-35% משכרו של מור, וכי די בנתון זה כדי לעמוד בנטלי ההוכחה הן לפי חוק שכר שווה והן לפי חוק שוויון הזדמנויות, שכן הנתון משקף את הבעיה המושרשת של אפליית נשים בשכר במשק הישראלי. עוד טענה כי לא היה מקום לשלול את הסעד של פיצוי ללא הוכחת נזק לפי חוק שוויון הזדמנויות אך ורק משום שלא עלה בידה להוכיח תופעה רחבה של אפליה אצל המעסיק. לטענתה, המשמעות הזו שייחסו שופטי הרוב לדרישה הקבועה בחוק שוויון הזדמנויות בדבר אפליה "מחמת מין" שקולה לדרישה שעל העובדת להוכיח כוונה של המעביד להפלות. נטל זה, לדבריה, אינו ראלי. הוא מכתיב דרישה ראייתית קיצונית, שמשמעותה הצורך להוכיח רכיב נסיבתי של אפליה נרחבת במקום העבודה כתנאי לסעד על פי חוק שוויון הזדמנויות. לעומת זאת, לגישתה, כאשר בית המשפט מאתר תוצאה מפלה שלא ניתן להסבירה בשיקולים ענייניים, אין צורך להידרש לשאלה אם מקור התוצאה במדיניות מפלה ומכוונת של המעסיק אם לאו. לטענתה, בקבלת עמדתו של בית הדין הארצי יהיה כדי לחתור תחת התכלית ההרתעתית של החוק, שכן פרשנות זו יוצרת אפקט מצנן של הקטנת כדאיות הגשתן של תביעות וכן תמריץ למעסיק להתנהל בשוויון נפש כלפי הפרה של חובת השוויון בתעסוקה.<sup>38</sup> הום סנטר התגוננה בטענה מקדמית שלפיה יש לדחות את העתירה על הסף בשל השיהוי הרב שבהגשתה. לגופו של עניין טענה כי הפחתת נטל הראייה בתביעה לפי חוק שוויון

35 כך גם עולה מתב"ע (ארצי) נא/8-3 מדינת ישראל נ' חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65 (1992), וכן עניין פלוטקין, לעיל הערה 9, בעמ' 9. על ההבחנה בין הדיבר "מחמת מין" להוכחת כוונה, ראו גם רבין-מרגליות, לעיל הערה 2, בעמ' 2.

36 ע"ע גורן, לעיל הערה 11, בעמ' 61.

37 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

38 שם, פס' 7.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

הזדמנויות מנוגדת לכוונת המחוקק, וכי יש להבחין בין הוכחת מניע או כוונה לבין הוכחת קשר סיבתי, הנחוץ להוכחת קיומה של אפליה על פי החוק. לטענת הום סנטר, פערי השכר נבעו מציפיות שכר שונות שהציגו גורן ומור במשא ומתן השוקי שניהלו עמה. הקריטריון של דרישת השכר אינו נמנה עם הקריטריונים האסורים לפי חוק שוויון הזדמנויות, ועל כן השימוש בו מותר על פי חוק זה. כדי לעמוד בנטל ההוכחה לפי חוק שוויון הזדמנויות, טענה הום סנטר, היה על גורן להוכיח את המדיניות שנוקט מעסיק כלפי קבוצת הנשים, וגורן לא הוכיחה שלהום סנטר מדיניות של אפליית נשים.<sup>39</sup>

נציבות שוויון הזדמנויות במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שהצטרפה להליך כידידת בית המשפט, טענה כי פערי שכר גבוהים בין נשים לגברים מאפיינים הן את השוק הפרטי והן את המגזר הציבורי, וכי יש לפרש את חוק שכר שווה ואת חוק שוויון הזדמנויות בהתייחס למציאות הקיימת של פערי שכר כעניין מובנה ושכיח. לדידה, לדעת הרוב בבית הדין הארצי יש השפעות כבדות משקל על יישומו של חוק שוויון הזדמנויות, והיא מאיינת את היכולת להוכיח אפליה. על כן יש לאמץ דרך ביניים: כאשר עובדת מוכיחה את קיומו של פער בשכר בינה לבין עובד אחר חרף ביצועה של עבודה שוות ערך, תומכים שיקולי מדיניות משפטית ראויה בהעברת הנטל למעסיק להוכיח שאין מדובר באפליה על רקע מין. אם לא יעמוד המעסיק בנטל, יש לקבוע כי האפליה הנה מחמת מין העובדת.<sup>40</sup>

בית המשפט העליון, מפי הנשיאה ביניש, התקרב בפסק דינו לאימוץ עמדת הנציבות. תחילה דחה את טענת השיהוי "נוכח חשיבותה המשפטית והציבורית הרבה" של השאלה המשפטית שהתעוררה, אשר לה השפעות כבדות משקל על "היקף זכויותיהם וחובותיהם של עובדים ומעבידים במשק".<sup>41</sup> לגופו של עניין ביקש בית המשפט להכריע בשאלה, האם די בהוכחת קיומם של התנאים המקימים עילת תביעה לפי חוק שכר שווה כדי להקים עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות? לצורך כך בחן בית המשפט את התכליות העומדות בבסיסם. נקבע כי הן חוק שכר שווה והן חוק שוויון הזדמנויות "נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעביד להפלות בין עובדים על בסיס שיקולים שאינם ענייניים או לגיטימיים".<sup>42</sup> כדי להגשים מטרות אלה ולמנוע אפליה פסולה מגבילים שני דברי החקיקה את חופש ההתקשרות של המעסיק ומצמצמים את שיקול הדעת הנתון לו בניהול עסקו. עם זאת, נקבע כי קיימים הבדלים בין דברי החקיקה. חוק שכר שווה נועד להתמודד עם אחד מביטוייה הקונקרטיים של אפליית נשים בשוק העבודה, אפליה מגדרית בשכר. החוק קובע חזקה חלוטה שלפיה כשמדובר באותה עבודה, פערי שכר מצביעים על קיומה של אפליה מחמת

39 שם, פס' 8.

40 שם, פס' 9.

41 שם, פס' 10.

42 שם, פס' 13.

מין.<sup>43</sup> לעומתו, חוק שוויון הזדמנויות נועד להתמודד לא רק עם אפליה על רקע מין, אלא גם עם אפליה על בסיס מעמד אישי, הורות, היריון, למשל, וכן נועד לטפל בהקשרים רחבים יותר מאשר פערי שכר בלבד, כגון קבלה לעבודה וקידום בעבודה.<sup>44</sup> שני החוקים אף מגדירים באופן שונה את האפליה האסורה בגדרם: על פי חוק שכר שווה די בהוכחת פער השכר בין גבר ואישה המבצעים אותה עבודה באותו מקום עבודה כדי להקים עילה לפיו; היה ונמצאו הפרשים כאלה, עובר הנטל למעסיק להוכיח כי קיימת הצדקה עניינית להפרשי השכר לפי סעיף 6(א) לחוק, או בהתאם לאופי העבודה או מהותה, ואם לא עלה בידי המעסיק לעמוד בנטל זה, המסקנה היא כי התגבשה עילה על פי חוק שכר שווה מעצם השוני בשכר.

למעלה מן הצורך, אך באופן חשוב לענייננו, הבהירה הנשיאה כי אין לקבל את עמדת היחיד של השופטת וירט-ליבנה בנוגע לחוק שכר שווה, שלפיה חופש ההתקשרות של המעסיק הנו שיקול שעשוי להצדיק במקרים מסוימים פערי שכר כאלה, שלא במסגרת שיקולי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה. הכרה בעיקרון של חופש ההתקשרות השוקי של המעסיק כהגנה מפני חוק שכר שווה עלולה לשמש "כסות לאפליה מגדרית ולהביא להנצחתה",<sup>45</sup> ואף מתעלמת מפערים שקיימים בשוק בין גברים לנשים בדרישות השכר ובאופן ניהולו של המשא ומתן.<sup>46</sup> יתר על כן, הנשיאה מצאה לנכון לקבוע כי כדי להתמודד עם הקשיים הניצבים בפני נשים בשוק העבודה הסיג המחוקק את חופש ההתקשרות של המעסיק מפני ערך השוויון ואיסור האפליה. לדידה, קבלת עמדה שלפיה חופש ההתקשרות עשוי להצדיק פערי שכר מנוגדת "בניגוד מהותי" לתכלית החוק, שהיא צמצום השפעתם של כוחות השוק על קביעת שכרן של נשים, נוכח האפליה הפסולה בהם. באשר לחשש שמדיניות זו עלולה דווקא להוביל מעסיק להעדיף את קבלתם של עובדים גברים בלבד לעבודה, הרי שהעדפה זו, קובעת הנשיאה, הנה עבירה על חוק שוויון הזדמנויות, החושפת את המעסיק לאחריות פלילית ונזיקית. הדרך למנוע את החשש, לדבריה, הוא באכיפה מוגברת של חוקים האוסרים על אפליית נשים בעבודה ולא ב"ריקון חוקים אלה מתוך התחשבות כביכול בתנאי השוק".<sup>47</sup> כפי שאראה בהמשך הדברים, במחלוקת זו בין השופטת וירט-ליבנה לבין הנשיאה ביניש מהדהדת מחלוקת עתיקת יומין בין גישות פמיניסטיות שונות בקשר ליחס שבין המשפט לשוק. לעניין הגדרת האפליה בחוק שוויון הזדמנויות ציינה הנשיאה שבשונה מחוק שכר שווה, המבחן לגיבוש עילת התביעה על פיו הנו מבחן של קשר סיבתי. החלטה אסורה לפי חוק שוויון הזדמנויות היא החלטה "מחמת" אחד ממרכיבי הזהות המנויים בסעיף 2(א) לחוק,

43 שם, פס' 14.

44 שם, פס' 15.

45 שם.

46 שם; וכן ראו רבין-מרגליות, לעיל הערה 2, בעמ' 512–520.

47 שם.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

שעל המעסיק נאסר להתחשב בהם. כדי להוכיח את עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות על העובד להוכיח כי אחד השיקולים ששקל המעסיק הוא שיקול אסור. עם זאת, הודגש כי חוק שוויון הזדמנויות אינו דורש הוכחת כוונה של המעביד להפלות את העובד כתנאי לגיבוש העילה, אלא שדי בכך שהמעביד התחשב באחד השיקולים המנויים בסעיף 2(א) לחוק לשם קבלת ההחלטה; עצם ההתחשבות במין העובד או בכל אחד ממאפייני הזהות בסעיף 2(א) אסור.<sup>48</sup> ואולם, לאור הקשיים הכרוכים בהוכחת השיקולים שעליהם התבססה החלטתו של מעסיק, קובע סעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות כי אם יוכיח העובד כי נתקיימו בו התנאים או הכישורים שקבע המעסיק, אזי יועבר הנטל למעסיק לסתור את טענת האפליה ולהוכיח כי החלטתו לא התבססה על שיקול אסור.<sup>49</sup> הנטל על העובד צריך להיות קל יחסית; די בכך שהעובד יוכיח כי התקיימו בו התנאים והכישורים שנקבעו על ידי המעסיק כדי להעביר את הנטל למעסיק להוכיח שההחלטה לא התבססה על שיקול אסור.<sup>50</sup> יתרה מזו, הנשיאה קבעה כי מקובלת עליה טענת הנציבות שלפיה העברת הנטל אפשרית גם בנסיבות נוספות (פרט לאלו המנויות בסעיף 9 לחוק), וכי נוכח הקשיים הטמונים בהוכחת השיקולים שעומדים ביסוד החלטה כלשהי בעניין העובד, יש להעביר את נטל ההוכחה למעביד כאשר העובד מציג ראיות לכאורה לכך שהמעסיק נהג כלפיו באפליה. נקבע כי על רקע פערי הכוחות והמידע המאפיינים את היחסים בין המעסיק לעובד אין לקבוע רף גבוה במיוחד לראיות אלה.<sup>51</sup> אם יעמוד עובד ברף הראייתי הזה, אזי יעבור הנטל למעסיק להוכיח כי ההבחנה שהנהיג מתחייבת ממהותו של התפקיד לפי סעיף 2(ג), או שהיא מבוססת על טעם לגיטימי שאינו נעוץ באחד השיקולים האסורים לפי סעיף 2(א) ועל כן אינו "מחמת" השיקול האסור.<sup>52</sup> הנשיאה קבעה כי יש לקבל את עתירתה של גורן לפי חוק שוויון הזדמנויות, וכן נקבע כי גורן הצליחה להוכיח עילת תביעה לפי חוק שכר שווה. בנסיבות אלה עובר הנטל להום סנטר להוכיח כי לא התקיים קשר סיבתי בין מינה של גורן לבין הפער בשכר. במילים אחרות, על המעסיק להוכיח כי הפער בשיעור של כ-35% בשכר מקורו בשיקולים שאינם אסורים על פי חוק שוויון הזדמנויות. במקרה זה העלה המעסיק כטעם לגיטימי את

48 אלא אם כן זהו שיקול המתחייב ממהות התפקיד, וראו ס' 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כלומר, בתביעה לפי חוק שכר שווה די להצביע על פערים בשכר בין אישה לגבר המבצעים את אותה עבודה, שלא הוכח כי יש להם הצדקה עניינית כדי לגבש עילת תביעה, ואילו קיום עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות מותנה בהוכחה ששיקול אסור המתייחס לעובד נשקל על ידי המעביד. מאחר שחוק שוויון הזדמנויות אינו קובע חזקה חלוטה שלפיה פער בשכר בין עובד לעובדת שלא הוכחה הצדקה עניינית לקיומו נובע ממינה של העובדת, על העובד הטוען לאפליה מוטל נטל כבד יותר, כך שאמנם אין דרישה להוכחת כוונה מפורשת לאפליה, אך יש להוכיח קשר סיבתי בין השיקול האסור לפי ס' 2(א) לבין ההחלטה בעניין העובד.

49 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

50 שם, פס' 21; וכן בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 480.

51 עניין גורן, שם, פס' 22.

52 שם.

העובדה שהשכר נקבע במשא ומתן השוקי שניהלו גורן ומור. הנשיאה אמנם קבעה שמעסיק המוכיח ששכר נקבע באמצעות משא ומתן, כאשר ננקטת בידו מדיניות זהה ביחס לגברים ונשים, עשוי לעמוד בנטל זה; ואולם, ככל שפער השכר בין העובד לעובדת גדול יותר, כך יוטל על המעסיק נטל כבד יותר להראות שמין העובדת לא שימש כשיקול בקביעת שכרה וכי שכרה הנמוך נקבע אך כתוצאה של המשא ומתן. עוד ציינה הנשיאה כי פערים בכוח המיקוח יכולים להסביר פער סביר בשכר, אבל ככל שהפער גדול יותר כן יקשה על המעסיק להוכיח כי הוא נעוץ כל כולו בהבדלים בכוח המיקוח וכי אינו נעוץ כלל באחד השיקולים האסורים. עוד נקבע שכאשר יש פער גדול ביותר, כבמקרה דנן, המעסיק אינו עומד בנטל המוטל עליו להוכיח שמינה של גורן לא שימש שיקול בקביעת שכרה, שעה שהוא נשען אך ורק על כך שמור וגורן ביקשו שכר שונה במשא ומתן השוקי. כאשר מתגלה בין עובדת לעובד פער כה גדול בשכר, והמעסיק אינו מוכיח שיקול ענייני לפער זה, אין בכך כדי להסיר את החשש שמינה של העובדת שימש שיקול בקביעת שכרה.<sup>53</sup> לשון אחר, במקרה של פער גדול בשכר אמורה להידלק נורה אדומה, ובלא שיוכיח המעסיק שיקול ענייני לפער זה, הוא ייחשב כמפלה, לפי חוק שוויון הזדמנויות. הנשיאה מחדדת בדבריה את העמדה בפסיקה הגורסת כי סעיף 2(ג) יתמלא אם השיקול הענייני הוא שיקול הנעוץ בתפקיד ואינהרנטי לו,<sup>54</sup> ומבהירה כי שיקול שהוא חיצוני לתפקיד, כגון התנהלות שוקית, לא יוכל לשמש טענת הגנה במקרים של פערים בין-מגדריים משמעותיים (עם זאת, היא משאירה ב"צריך עיון" את השאלה אם עצם הפרקטיקה של קביעת שכר בהתאם לדרישת שכר היא פרקטיקה שמפלה נשים מחמת מינן).<sup>55</sup>

בדבריה מגשרת הנשיאה בין עמדת הרוב בפסק הדין של בית הדין הארצי לבין עמדת המיעוט והולכת בדרך הביניים: חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות אינם זהים, והאחד אינו מקים עילה אוטומטית לאחר, אך הם חלק מקורפוס משפטי שלם שנועד למגר אפליה. הוכחת האחד מעמידה אפוא ראייה לכאורה לביסוס האחר. אם כן, פסק הדין בעניין גורן מציב הלכה חשובה בנוגע לשכר שווה בין נשים וגברים ולהוכחת האפליה המגדרית בשוק העבודה. עם זאת, אף על פי שחלפו כמה שנים ממתן פסק הדין בבג"ץ גורן, נראה כי הוא טרם חלחל בצורה ממשית לפסיקה. תופעה זו של פסק דין תקדימי בדיני השוויון בעבודה אשר איננו מצמיח בעקבותיו שינוי של ממש בפסיקה מוכרת, וכבר נאמר כי לעתים נדמה שמרגע שניתנה הלכה תקדימית בנושא הקשור בשוויון בעבודה הוא "נזנח" מעט בפסיקה, כאילו בעצם הפסיקה התקדימית נפתרה הבעיה "הלכה

53 שם, פס' 23–25.

54 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); ע"ב (אזורי נצ') 2421/06 ברד נ' הועד המקומי אלוני אבא (פורסם בנבו, 14.7.2008).

55 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית למעשה".<sup>56</sup> בעקבות בג"ץ גורן, פסיקה מעטה בלבד החלה לאמץ את הריכוך בעניין נטל הוכחתה של אפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות.<sup>57</sup> כדי להוסיף ולחדד את האופן שבו שרטט פסק הדין את גבולות החופש השוקי אפנה את המבט לשתי גישות פמיניסטיות שונות בנוגע ליחס המשפט לשוק ולשוויון מגדרי בעבודה. אראה כי לגישות אלה הדים בתוך הגישות השונות העומדות בבסיס פסקי הדין של השופטת וירט-ליבנה והנשיאה ביניש בעניין גורן, והן מלמדות על האופן שבו פסקי הדין מבנים את היחס שבין המשפט לשוק.

### **ב. בין שוק לשוויון: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית בפרספקטיבה פמיניסטית-היסטורית והשוואתית**

56 גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה "עושים את העבודה"? האם המשפט חשוב? 223, 224-223 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

57 ע"ע (ארצי) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ נ' בוסי (פורסם בנבו, 4.8.2013); ראו גם ס"ע (אזורי ת"א) 47003-12-11 אלהנני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.6.2013); אך ראו ס"ע (אזורי י-ם) 22000-08-10 קידר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 12.3.2014); לשינוי חקיקתי בעקבות גורן ראו בהמשך פרק ד', בעמ' 24.

אפליה מגדרית בשכר אינה מנת חלקה של ישראל בלבד,<sup>58</sup> והיא קיימת שנים רבות. גישות פמיניסטיות שונות מציגות עמדות שונות כלפי היחס בין המשפט לשוק לצורך קידום השוויון המגדרי בעבודה. שתי גישות בולטות באו לידי ביטוי בהקשר זה בנסיבות חקיקתם של חוק שכר שווה האמריקני, ה-EPA – Equal Pay Act משנת 1963, והחוק העוסק בשוויון הזדמנויות בעבודה – סימן 7 (Title VII) לחוק זכויות האזרח האמריקני משנת 1964.<sup>59</sup> שתי גישות אלה הן גישת הפמיניזם הליברלי מחד והפמיניזם החברתי וה-Labor Feminism מאידך. המחלוקות שנתגלו בין הפמיניסטיות הליברליות של מפלגת הנשים (National Women's Party) (להלן – NWP) לבין הפמיניסטיות החברתיות ממעמד הפועלים וה-Labor Feminists (להלן – Labor Feminists) מלמדות על התייחסות שונה לגבולות השוק, וכן למידה ולאופן שבהם ניתן וראוי לעודד זכויות נשים

58 בארצות הברית הגיעה פרשה הדומה לעניין גורן לפתחו של בית המשפט הפדרלי העליון במקרה של Lilly M. Ledbetter v. The Goodyear Tire and Rubber Company, 550 U.S. 618 (2007) (להלן: לדבטר). לילי לדבטר עבדה במשך כ-20 שנה בחברת הגלגלים והגומי של גודייר, כמנהלת אזורית. תחילה הייתה משכורתה דומה לזו של עמיתה הגברים שביצעו עבודה דומה, אך עם הזמן נשחקה משכורתה והפכה לנמוכה והגיעה עד כ-40% ממשכורתם של הגברים. לדבטר טענה לאפליה על בסיס סימן 7 (Title VII) לחוק זכויות האזרח האמריקני משנת 1964, Title VII of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1) (1964) (להלן: חוק האפליה) וכן להפרת חוק שכר שווה, ה-EPA – Equal Pay Act משנת 1963 § 206(d) (1963) (29 U.S.C. § 206(d) (1963) (להלן: חוק EPA). שני חיקוקים אלה דומים במהותם לחוק שוויון זכויות הזדמנויות בעבודה ולחוק שכר שווה לעובדת ועובד, בהתאמה. תביעתה של לדבטר לעניין חוק השכר השווה, ה-EPA, נמחקה בבית המשפט דלמטה, ולבית המשפט העליון היא הגישה תביעה על אפליה מגדרית על בסיס סימן 7 לחוק האפליה בלבד. בבית המשפט העליון טענה חברת גודייר כי לא ניתן לקבל את התביעה לאפליה משום משך הזמן הרב שעבר ממועד ההחלטה המפלה כביכול לשלם לה שכר נמוך יותר ועד למועד הגשת התביעה. חברת גודייר טענה שסימן 7 לחוק האפליה קובע כי תביעה לאפליה יש להגיש עד יום מההתנהלות המפלה, ואילו תביעתה של לדבטר הוגשה באיחור, שכן קביעת השכר נקבעה יותר מ-180 יום לפני הגשת התביעה. מנגד טענה לדבטר כי את מניין 180 הימים לפי סימן 7 לחוק האפליה יש למנות מיום ההחלטה בדבר קביעת השכר וכן עם כל תשלום של משכורת מפלה. המחלוקת נסבה על פרשנות הוראת סימן 7, הקובע את מגבלת הזמן להגשת תביעה ובאופן ספציפי עסקה בשאלה הפרשנית אימתי מתחילה ספירה זו. לדבטר ביקשה ללמוד, בין היתר, גם מן המנגנון הקבוע ב-EPA, שעל פיו עילת תביעה קמה בכל פעם שמשולם שכר שונה. דעת הרוב בפסק הדין, מפי השופט אליטו (Alito), אימצה את עמדת גודייר, ותביעתה של לדבטר נדחתה. בין היתר נקבע בפסק הדין כי ה-EPA וסימן 7 לחוק האפליה הם דברי חקיקה שונים, וכי לא ניתן ללמוד על האחד מן האחר בהקשר זה. דעת המיעוט, לעומת זאת, נתנה משקל למציאות של עולם עבודה המפלה על בסיס מגדרי והייתה מוכנה לתחום ביתר תקיפות את גבולות הפררוגטיבה של המעסיק בשוק. לדידה של דעת המיעוט, מפי השופט גינסבורג (Ginsburg), עמדתה של לדבטר בדבר מניין תקופת ההתיישנות מתיישבת טוב יותר עם המציאות בעולם העבודה, עם הקושי לגלות פערי שכר מגדריים ועם מטרתו של סימן 7 לחוק האפליה. למרות זאת, רוב השופטים צידדו בפרשנות המצומצמת לסימן 7 לחוק האפליה. פסק הדין עורר ביקורת ציבורית רחבה ויצר מוביליזציה שגרמה לשינוי חקיקתי עם בחירתו של הנשיא אובמה, וזאת ביחס לתקופת התביעה המותרת.

59 Title VII of the Civil Rights Act 42 U.S.C. § ; Equal Pay Act of, 29 U.S.C. § 206(d) (1963) 2000e-2(a)(1) (1964).



בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

במסגרתו.<sup>60</sup> ה־Labor Feminists ביקשו להשיג רגולציה המשקפת את דפוסי החיים של מי שמטפלים במשפחות ולעצב מקומות עבודה שאינם נסכים רק על עובד אידאלי; ה־NWP, לעומתם, תמך בהתערבות מינימליסטית יותר בשוק העבודה ובכך ששוק העבודה הגברי ייפתח לנשים.<sup>61</sup> גם ה־Labor Feminists וגם ה־NWP הסכימו שנשים מופלות בשוק העבודה, אך נחלקו ביניהם באשר לאמצעי המאבק באפליה. עיקר המחלוקת נסב על סוג ההתערבות המשפטית והמדינתית הדרושה בשוק ועל מידתה. ה־NWP ביקשו שוויון זכויות משפטי ביחס לגברים בשוק העבודה, בתנאי השוק כפי שהם. גישה כזו שואפת להסיר מחסומים משפטיים העומדים לרועץ לנשים ולפתוח בפניהן הזדמנויות תעסוקה, אך ככלל תקבל את נורמת העבודה הטוטלית כנורמה שוקית לגיטימית. לעומת זאת, גישת ה־Labor Feminists מנסה לכרסם כנורמת העבודה הטוטלית ולעודד שוק עבודה שמתאים לצורכיהן של נשים ושל בעלי מחויבויות משפחתיות. שתי הגישות נבדלות גם בנקודת המוצא שלהן בנוגע ליחס בין השוק ובין המשפט ולכוחו של המשפט ביחס לשוק. גישות עקרוניות אלו מהדהדות במחלוקת העקרונית בין השופטת וירט־ליבנה לנשיאה ביניש בעניין גורן. הכרתן תסייע באיתור משמעותם של מהלכי פסקי הדין והבנתם.

עם בוא המהפכה התעשייתית, נשים ממעמד הפועלים הצטרפו במספרים גבוהים מאוד לכוח העבודה השכיר.<sup>62</sup> פמיניסטיות חברתיות ממעמד הפועלים עודדו חקיקה להגנת נשים (protective labor legislation) בהצביעו על כוחן הבלתי־שוויוני של נשים בשוק העבודה.<sup>63</sup> לטענתן, חקיקה בתחום דיני העבודה תפצה את הנשים בגין כוחן המוחלש בשוק ביחס לגברים.<sup>64</sup> פמיניסטיות אלה נאבקו לחקיקתם של חוקי שכר מינימום, חוקי שעות עבודה מרביות ושכר שווה לנשים עובדות החל בעשור השני של המאה העשרים.<sup>65</sup>

ROBERT O. SELF, ALL IN THE FAMILY: THE REALIGNMENT OF AMERICAN DEMOCRACY SINCE THE 1960S 22 (2012) 60

Arianne Renan Barzilay, *Back to the Future: Introducing Constructive Feminism for the Twenty First Century: A New Paradigm for the Family and Medical Leave Act*, 6 HARV. L. & POLICY REV. 407, 426 (2012) 61

LYNN Y. WEINER, FROM WORKING GIRL TO WORKING MOTHER: THE FEMALE LABOR FORCE IN THE UNITED STATES 1820–1980 13–30 (1985); Arianne Renan Barzilay, *Women at Work: Towards an Inclusive Narrative of the Rise of the Regulatory State*, 31 HARV. J. L. & GEN. 169, 175 (2008) 62

שם, בעמ' 182. 63  
ANNELISE ORLECK, COMMON SENSE AND A LITTLE FIRE: WOMEN AND WORKING-CLASS POLITICS IN THE UNITED STATES 1900-1965 125 (1995); NANCY WOLOCH, MULLER V. OREGON: A BRIEF HISTORY WITH DOCUMENTS 10 (1996) 64

Eileen Boris, *Ledbetter's Continuum – Race, Gender, and Pay Discrimination*, in FEMINIST LEGAL HISTORY 240, 242–243 (Tracy A. Thomas & Tracey Jean Boisseau eds., 2011); Mary Anderson, *Wages for Women Workers*, 81 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY 65

לעומתן, הפמיניסטיות הליברליות, לרוב פרופסיונליות ומן האליטות, הקימו את NWP והחזיקו בתפיסת שוויון ליברלית, שהוכחה כיעילה במאבק למען זכות ההצבעה לנשים. הן קראו לחקיקת תיקון לחוקה האמריקנית, Equal Rights Amendment (ERA), אשר יורה כי לא יהיה הבדל משפטי בין גברים לנשים.<sup>66</sup> הפמיניסטיות הליברליות, תומכות ה-ERA, התמקדו בהסרת מכשולים פוליטיים ומשפטיים בדרך לשוויון.<sup>67</sup> מטרת התיקון המוצע הייתה יצירת שוויון משפטי בין גברים לנשים ומחיקה מספר החוקים של כל הוראת חוק המגבילה את חירותן של נשים או חוסמת בפניהן אפשרויות לתעסוקה. רובן סברו כי גם חוקי העבודה המגנים על נשים, כגון אלו המורים על תשלום שכר מינימום לנשים או שעות עבודה מרביות, מגבילות למעשה את האפשרויות של נשים בשוק העבודה.<sup>68</sup> הפמיניסטיות הליברליות סברו כי חוקי ההגנה הללו, אשר בשלב הראשון נחקקו עבור נשים בלבד מתוך רצון להגן על סוגי העובדים המוחלשים והבלתי-מאוגדים ביותר, אינם אלא חטוטרות על גבן של נשים בשוק העבודה, משום שהם מרתיעים מעסיקים מהעסקת נשים בכלל. בדומה לעמדתה של השופט וירט-ליבנה בבג"ץ גורן, הן חששו כי הצבת מגבלות על מעסיקים וקביעת תנאים רבים מדי לשוויון בשוק העבודה יובילו להדרתן של נשים ממנו. לדידן, פרט לתיקון החוקתי המוצע בדבר שוויון זכויות והסרת מחסומים משפטיים, אין כל צורך בהתערבות בשוק כדי להתמודד עם אפליית נשים בעבודה. לעומתן, פמיניסטיות ממעמד הפועלים וה-Labor Feminists טענו כי הגישה של ה-NWP לשוויון תאורטית מדי ואיננה משקפת את צורכיהן האמיתיים של נשים עובדות.<sup>69</sup> הן חששו שתביא לביטולם של חוקי הגנה על נשים עובדות, שהושגו בעמל רב ברמה המדינתית, כגון שכר מינימום והגבלת שעות עבודה מרביות, ותבעו סוג "קונסטרוקטיבי יותר של שוויון".<sup>70</sup> הן האמינו בכוחה הקונסטרוקטיבי של רגולציה ספציפית בשוק העבודה כשיטה להשגת שוויון בפועל.<sup>71</sup> הן סברו כי אפליה בשכר היא מופע אחד של אפליה מגדרית בעבודה, הקשור קשר הדוק עם התפיסה שלפיה נשים אינן מפרנסות עיקריות, ולכן הדגישו את תרומתן של נשים לכלכלת משפחתן ואת הצורך

- OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE: A RECONSTRUCTION LABOR POLICY 123, 123–129 (1919).
- Renan Barzilay, לעיל הערה 61, בעמ' 426–427. 66
- Jo Freeman, *How "Sex" Got Into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy*, 9 LAW & INEQUALITY 163, 165 (1990) 67
- Renan Barzilay, לעיל הערה 61, בעמ' 426–427. 68
- Renan ; NANCY F. COTT, *THE GROUNDING OF MODERN FEMINISM* 134–138 (1987) 69
- Barzilay, לעיל הערה 61, בעמ' 426–428. 70
- DOROTHY SUE COBBLE, *THE OTHER WOMAN'S MOVMENT: WORKPLACE JUSTICE AND SOCIAL RIGHTS IN MODERN AMERICA* 3 (2004) 70
- Dorothy Sue Cobble, *Labor Feminists and President Kennedy's Commission on Women*, in *No Permanent Waves, Recasting Histories of U.S. Feminism* 144–167 (Nancy A. Hewitt ed., 2010) 71

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

לאפשר להן לפרנס ולטפל במשפחתן גם יחד.<sup>72</sup> הפמיניסטיות הללו התנגדו ל-ERA בטענה שהתיקון ימחק חוקים כגון חוקי שעות עבודה מרביות ושכר מינימום לנשים, שנועדו כאמור להגן על נשים בשל מעמדן המוחלש בשוק, ולמעשה יותיר את השוק חופשי להפלות בתנאי העבודה ללא הגבלה.<sup>73</sup> הן האמינו כי במציאות יש הבדלים בין גברים לנשים בכוחם הפוליטי והכלכלי ובאופי האחריות המשפחתית שלהם, ולפיכך ביקשו לעודד חקיקה ה"תפורה" לצורכיהן של נשים, אשר בבוא העת תוחל על העובדים כולם, גברים ונשים.<sup>74</sup> ה-Labor Feminists האמינו כי נדרש מגוון רחב של רפורמות על מנת לתקן את מעמדן הנחות של נשים בחברה בכלל ובשוק העבודה בפרט, כגון הרחבת אפשרויות העבודה תוך הבטחת מנגנוני תמיכה סוציאליים שיאפשרו טיפול במשפחה. הן פעלו לביטול אפליה על בסיס מין ואף על בסיס גזע, סוגי אפליה שלדין החלישו נשים, אך הדגישו כי אין די בביטול האפליה הפורמלית, וכי בהיעדר רפורמות פוזיטיביות נוספות לא יוכלו נשים עובדות ליהנות משוויון הזדמנויות בתעסוקה בפועל. מטעמים אלו הן פעלו למתן מגוון רחב של זכויות פוזיטיביות מטעם המדינה ומטעם המעסיקים, כגון מעונות-יום במימון ממשלתי, חופשות לידה כתשלום ושינויים במדיניות במקום העבודה, אשר יקלו את השילוב בין השגת הכנסה לבין טיפול במשפחה.<sup>75</sup> ה-Labor Feminists הסכימו כי השוק אינו יכול לשמש כגורם המכריע והבלעדי בענייני שכר, והדבר עורר את תמיכתן ברגולציה. בדומה לעמדתה של הנשיאה בניש בג"ץ גורן, הן סברו כי למשפט יש כוח לכפות על השוק הסדרים שיובילו לעידוד השוויון המגדרי בעבודה.

ההבדלים האידאולוגיים מודגמים היטב בהקשר של חוק שכר שווה האמריקני וסימן 7 לחוק זכויות האזרח האמריקני, שנחקקו בשנות השישים. כאשר לשוויון בשכר, ה-Labor Feminists תמכו בהצעת חוק "שכר שווה עבור עבודה שוות ערך", כדי שגם בשוק עבודה סרגטיבי מגדרית יזכו נשים לשכר שווה על פי ערך העבודה המבוצעת. הרציונל של הצעה זו הוא השוואת שכר בין עיסוקים המתאפיינים בריכוזיות גבוהה של נשים לבין עיסוקים בעלי רוב גברי, עיסוקים שגם אם אינם זהים הם בעלי ערך זהה, מתוך הבנה כי בשוק קיים בידול תעסוקתי בין נשים וגברים, שהנו גורם עיקרי של פערי

72 Arianne Renan Barzilay, *Decent Work and Decent Families: Labor Regulation as Family Regulation*, 33 BERK. J. EMP. & LAB. LAW 119, 146 (2012); U.S. DEP'T OF LABOR, WOMEN'S BUREAU: BULLETIN NO. 63, THE SHARE OF WAGE EARNING WOMEN IN FAMILY SUPPORT IN 1935 84-85 (1936); U.S. DEP'T OF LABOR, WOMEN'S BUREAU: WOMEN IN THE ECONOMY OF THE UNITED STATES OF AMERICA (1937).

73 CYNTHIA HARRISON, ON ACCOUNT OF SEX: THE POLITICS OF WOMEN'S ISSUES 1945-1968 53-58 (1989).

74 Renan Barzilay, לעיל הערה 61, בעמ' 428-427.

75 COBBLE, לעיל הערה 71, בעמ' 13-7.

השכר.<sup>76</sup> הצעה זו תכליתה צמצום פערי השכר תוך התערבות רחבה בפררוגטיבות של המעסיקים בקביעת שכר, התערבות בשוק העבודה והתאמתו לצורכיהן של נשים. תומכות ה-NWP, לעומת זאת, התנגדו למהלך זה וגרסו כי השינוי יעמיד מכשול לנשים, בין היתר משום שמעסיקים עלולים לחשוש להעסיקן, וכן משום שהוא פותח פתח לבחינת טיב עבודתן ולאפלייתן, וראו בו התערבות מוגזמת בשוק. הן הציעו תיקון להצעת החוק, אשר צמצם את מידת התערבותו של המשפט בשוק, ולפיו שכר שווה יינתן בעבור "עבודה שווה" בלבד. הצעתן להחליף את הנוסח "עבורן" שווה שווה ערך" בנוסח "עבור עבודה שווה" התקבלה בשנת 1963.<sup>77</sup>

בה בעת דחפו ה-Labor Feminists לכינון ה- President's Commission on the Status of Women – PCSW, ועדה ציבורית שנועדה לעודד שוויון הזדמנויות לנשים ולהציע שירותים הדרושים לנשים כעובדות ובעלות משפחה. הן טענו כי השילוב בין עבודה למשפחה קשה משום שפרקטיקות עבודה עוצבו כרוכזות על ידי גברים ועבור גברים.<sup>78</sup> דוח הוועדה כלל גינוי של אפליה מינית, וכן הוצע בו מערך קונקרטי של המלצות קונסטרוקטיביות שנועדו להשיג שוויון מגדרי.<sup>79</sup> בדוח נטען כי הבעיות העומדות בפני נשים הן בעיות מבניות ולא אינדיווידואליות, וכי כדי להגיע לשוויון זכויות מלא, חלה על המדינה, מערכת המשפט, המעסיקים וארגוני העובדים חובה לתקן ולבצע שינויים בשוק העבודה. מחברי הדוח קראו להגבלה ניכרת של כוחות השוק: להכשיר ולטפח נשים בשירות הציבורי והפרטי, להעניק חופשות לידה בתשלום, לדאוג למנגנוני טיפול בילדים, להפחית את שעות העבודה לגברים ונשים גם יחד ולחוקק חוקים בדבר שכר שווה עבור עבודה שווה ערך.<sup>80</sup> ה-NWP ראתה צורך להגיב להמלצות הוועדה הנשיאותית ולכך שהן לא כללו את אימוץ ה-ERA ופתחה בקמפיין להכללתו של איסור אפליה מינית בסימן 7 להצעת חוק זכויות האזרח, שעסק בשוויון בתעסוקה והיה מונח באותה עת על שולחן הקונגרס.<sup>81</sup> ה-NWP סברה כי מן הראוי שסימן 7, שעניינו שוויון בתעסוקה בין שחורים ללבנים, יחיל שוויון משפטי גם בין נשים לגברים, ופנתה בעניין זה לקונגרס

76 מקצועות "נשיים" מזכים לעתים קרובות בשכר עבודה נמוך, בין היתר בשל העובדה שהם נתפסים כנחותים יותר, לעומת מקצועות "גבריים" שבהם התגמול גבוה יותר. ראו רימלט, לעיל הערה 16, בעמ' 302, 317–318.

77 COBBLE, לעיל הערה 71, בעמ' 165–166.

78 שם, בעמ' 145–160.

79 FRANCES BALGELY KAPLAN & MARGARET MEADE, AMERICAN WOMEN: THE REPORT OF THE PRESIDENT'S COMMISSION ON THE STATUS OF WOMEN AND OTHER PUBLICATION OF THE COMMISSION 23 (1965).

80 שם, בעמ' 19–23, 36–52, 64, 113, 121. וכן ראו COBBLE, לעיל הערה 71, בעמ' 159–160.

81 HARRISON, לעיל הערה 72, בעמ' 176; Michael Evan Gold, *A Tale of Two Amendments: The Reasons Congress Added Sex to Title VII and Their Implications for the Issue of Comparable Worth*, 19 DUQ. L. REV. 453, 457 (1980); וכן ראו COBBLE, לעיל הערה 71, בעמ' 175.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

בבקשת עזרה. בהתאם להצעת ה-NWP, המונח "מין" אכן נכלל בסימן 7 להצעת החוק התלויה ועומדת,<sup>82</sup> וגישתה לשוויון משפטי התקבלה במהלך הדיונים על הצעת החוק.<sup>83</sup> ה-Labor Feminist השתכנעו שאם המונח "מין" לא יכלול בהצעת החוק תימשך האפליה נגד נשים שחורות, וגם הן החליטו לתמוך בתיקון.<sup>84</sup> עם זאת, הן קיוו כי התיקון יהיה שלב אחד בדרך לאימוצן של רפורמות מעמיקות ומקיפות יותר בשוק העבודה, שכן לדעתן נדרשה התערבות נרחבת יותר בשוק להשגת שוויון מגדרי.

המחלוקת שנתגלעו בין הפמיניסטיות הליברליות לבין הפמיניסטיות החברתיות וה-Labor Feminists מלמדות על התייחסות שונה לגבולות השוק וכן למידה ולאופן שבהם ניתן וראוי לעודד זכויות נשים במסגרתו. מחד גיסא, ה-Labor Feminists ביקשו להשיג רגולציה המשקפת את דפוסי החיים של מי שמטפלים במשפחות ולעצב מקומות עבודה שאינם נסכים רק על עובד אידיאלי אלא דווקא על בעלי מחויבויות משפחתיות; מאידך גיסא, ה-NWP תמכה בהתערבות מזערית בשוק העבודה, מחשש שהתערבות יתר תוביל לחסימתן של נשים בשוק התעסוקה ותפעל כנגדן. בעוד ה-Labor Feminists סברו כי התערבות משפטית נרחבת בשוק תכרסם, בין היתר, כמה שמכונה היום מודל העובד האידיאלי ותעודד נשים בשוק העבודה, ה-NWP האמינה כאמור בהתערבות מזערית בשוק, וסברה כי הגבלות על השוק ביחס לתעסוקת נשים יפגעו בתעסוקתן. גישות אלו מסמלות עמדות שונות בנוגע לכוחו של המשפט ביחס לשוק, ולאורן ניטיב להבין את פסקי הדין בעניין גורן ואת האופן שבו בג"ץ עשה צעד לצמצום גבולות השוק. ואולם, קודם לכן אפנה להצגת משטר העבודה הטוטלי והאפליה הגלומה בו כדי להציע בהמשך המאמר כיצד ניתן יהיה להשתמש בבג"ץ גורן ככלי למיגור אפליה בשוק העבודה, ובפרט אפליה הנובעת מגורמת העבודה הטוטלית.

### ג. משטר העבודה האידיאלי-טוטלי והאפליה הגלומה בו

אחד הביטויים המובהקים לאפליית נשים בעבודה הנו הבדלי שכר ותשלום שכר נמוך משכרם של גברים.<sup>85</sup> בישראל, ככל הסקטורים גבוה השכר הממוצע ברוטו למשרה מלאה של גברים מהשכר הממוצע ברוטו למשרה מלאה של נשים באותו הסקטור,<sup>86</sup>

82 110 CONG. REC. 2577 (1964).

83 HARRISON, לעיל הערה 73, בעמ' 179.

84 COBBLE, לעיל הערה 71, בעמ' 177.

85 וזאת בצד פערים בקידום ובאיוש תפקידים בכירים, ראו רימלט, לעיל הערה 13, בעמ' 183; Noya ; Rimalt, *From Law to Politics: The Path to Gender Equality*, 18 ISRAEL STUDIES 5 (2013).

86 משרד האוצר דין וחשבון על הוצאות השכר של הגופים הציבוריים לשנת 2013 58-59 (2014) (להלן: דין וחשבון על הוצאות) <http://hsgs.mof.gov.il/Documents/2013-1.pdf>.

וביחס לכל שקל שמשכר גבר, אישה משתכרת פחות מ-70 אגורות.<sup>87</sup> פערים ניכרים מתגלים גם כשמודדים את שכר העבודה לשעה, ונראה כי הפער המגדרי בהכנסה גדל בהדרגה עם העלייה בגיל ובהשכלה.<sup>88</sup>

יש כמה סברות לסיבות להמשך אפלייתן לרעה של נשים בנושא השכר. אפליה בשכר קשורה קשר הדוק לתפיסת הדיכוטומית שבין הבית לשוק: אחד ההסברים לפערי השכר נעוץ בכך שלאור תפקידן העיקרי של נשים כאמונות על הספרה הביתית – גידול הילדים וטיפול החיים המשפחתיים – הן נתפסות כמפרנסות "משניות", ועל כן שכרן הנמוך משקף את היותן (כביכול) תת-מפרנסות.<sup>89</sup> ברי כי השכר הנמוך יותר אף מנציח את תפקידן הביתי של נשים, משום שבעקבותיו גם פחות "כדאי" להן כלכלית לצאת לעבוד בשכר. יתר על כן, בשל הדיכוטומיה שבין הבית לשוק, התכונות המאפיינות נשיות ואימהות לכאורה, כגון דאגה והזנה, עומדות בסתירה לתכונות הנדרשות, כביכול, בעולם העבודה התחרותי, ויש הטוענים כי פערי השכר מתבססים על סטריאוטיפים שליליים ביחס להיבטים מקצועיים המזוהים עם נשים ונשיות.<sup>90</sup> הסבר נוסף נעוץ בפערי הכוחות בין עובדות למעסיקים ובדרישותיהן המופחתות של נשים לשכר.<sup>91</sup> ואולם, דומה שבבסיס ההסברים מונחת התפיסה שעובד אידאלי הוא זה המקדיש לעבודה את כל זמנו ופנוי לחלוטין לדרישות המעסיק; נשים, ובעיקר אמהות, נתונות לאפליה בתעסוקה בין היתר בשל התפיסה שלפיה מכוח מחויבותן המשפחתית הן אינן עובדות אידאליות.

חוקרות מראות כי שוק העבודה מסמן כעובד אידאלי עובד שאין לו מחויבויות מחוץ לעבודה, אשר פנוי לעבוד שעות מרובות וזמין באופן טוטלי לדרישות המעביד.<sup>92</sup> עובד נחשב אידאלי אם הוא מגלה מחויבות גבוהה לארגון שבו הוא פועל ואם חייו מתמקדים בעבודה במשרה מלאה. רמת מחויבותו של העובד נמדדת במונחי זמן – ככל שהוא מוכן

87 צמרת קרצ'ר, חנה הרצוג ונעמי חזן מדר המגדר – אי שוויון מגדרי בישראל 2015 42 (2015). בשנת 2013, ההכנסה החודשית הממוצעת ברוטו מעבודה שכירה של גבר הייתה 10,683 ש"ח בעוד הכנסתה של אישה שכירה – 7,280 ש"ח, כלומר 68% מהכנסת גבר; ראו גם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לקט נתונים לרגל יום האישה הבין לאומי 2014 (2014) [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201411054](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201411054). ההכנסה החודשית הממוצעת של אישה שכירה בשנת 2012 הייתה 7,244 ש"ח ושל גבר שכיר 10,953 ש"ח. כלומר הפער בהכנסה הממוצעת בין המינים עמד על 33.9%.

88 משרד התמ"ת 20 עובדות על פערים העסוקתיים בין נשים וגברים: לרגל יום האישה הבינלאומי 2010 (2010) – [www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/20D0C081-4410-471D-A79F-E9A478.E742B1/0/X9846.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/20D0C081-4410-471D-A79F-E9A478.E742B1/0/X9846.pdf).

89 ALICE KESSLER-HARRIS, A WOMAN'S WAGE: HISTORICAL MEANINGS AND SOCIAL CONSEQUENCES 8–12 (1990).

90 רימלט, לעיל הערה 16, בעמ' 322.

91 רבין-מרגליות, לעיל הערה 2.

92 בישראל, ראו דפנה זרעאלי "המיגדור בעולם העבודה" מין מיגדר פוליטיקה 167 (גיורא רוזן עורך, 1999), וכן הקר ופרנקל, לעיל הערה 3. ראו בהרחבה אצל JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY FAMILY AND WORK CONFLICT AND WHAT TO DO ABOUT IT (2000).

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

להקדיש שעות מרובות יותר לעבודתו, כך הוא נחשב מסור ונאמן יותר למקום העבודה. תפיסה זו מיטיבה עם מי שמסוגל להשתחרר בקלות רבה יותר ממילוי מטלות היומיום הנוגעות לחיי המשפחה. בד בבד עם תפיסה זו, נורמת ההתייחסות אל הטיפול במשפחה ובבית גם היא טוטלית, והציפייה מההורה המטפל (לרוב האם) היא זמינות מוחלטת לצורכי המשפחה והבית.<sup>93</sup> על פי מודל זה, עובדים המבקשים ליטול חלק נכבד בחיי ילדיהם ובגידולם היומיומי אינם נחשבים עובדים אידאליים, שכן הם אינם פנויים לעבודה בכל שעה משעות היום.<sup>94</sup> נורמה זו פוגעת בכל מי שיש להם מחויבות משפחתית עמוקה, כגון הורים, אך היא פוגעת בנשים, ובאמהות בפרט, שעדיין נושאות ברוב הטיפול המשפחתי. בשל כך הן אינן נחשבות עובדות אידאליות ועל כן "טבעי" כביכול לשלם להן שכר נמוך יותר. תפיסה זו הנה פועל יוצא של הבניית מודל העובד האידאלי טוטלי.

המלומדת ג'ואן ויליאמס טוענת כי משטר עבודה אידאלי-טוטלי, הכולל שעות עבודה מרובות, הגם שהוא נראה ניטרלי (שכן הוא חל על נשים וגברים כאחד), מפלה נשים לרעה בשוק העבודה, אפליה המוצאת ביטוי בקבלה לעבודה, בקידום בה ובתנאי העבודה. הסיבה לאפליה היא שכיום החלק הארי של עבודת המשפחה נעשה על ידי נשים, ועל כן נורמות של מקומות עבודה השואפות למודל העובד האידאלי מפלות אותן.<sup>95</sup> חוקרים מסכימים כי האפשרות לשלב בין עבודה למשפחה היא תנאי לשוויון הזדמנויות מגדרי בשוק העבודה והכרחית למניעת אפליה מגדרית.<sup>96</sup> ויליאמס מציעה לקדם רגולציה דה-פקטו של הסדרי עבודה שאינם טוטליים על ידי ליטיגציה כנגד פרקטיקות עבודה הנסמכות על מודל העובד האידאלי, בהיותן נגועות באפליה על בסיס מין. ליטיגציה כזו תיצור, לשאיפתה, אפקט הרתעה בקרב מעסיקים, ועל ידי כך תגרום לחלחול נורמות עבודה המתיישבות עם מחויבות משפחתית.<sup>97</sup>

בישראל אנו עדים בשנים האחרונות להתחזקותו של שוק עבודה נאו-ליברלי המעודד את חירותם של שחקנים כלכליים לפעול למקסום רווחים.<sup>98</sup> מודל העבודה הרווח ברוב המשרות המתגמלות והנחשקות הוא זה של עבודה מרובת-שעות.<sup>99</sup> במקום אחר דנתי באופני השתקפותה של נורמת העבודה הטוטלית במשפט הישראלי, בחקיקה ובפסיקה,

93 רנן-ברזילי, לעיל הערה 4. ראו גם דפנה יורעאלי, שם; Williams, שם.

94 רנן-ברזילי, שם, בעמ' 314.

95 Williams & Segal, לעיל הערה 6, בעמ' 80.

96 מיכל פרנקל, דפנה הקר ויעל ברוידא "משפחות עובדות במשפט הישראלי: בין נאו-ליברליזם לזכויות אדם" עיונים בתקומת ישראל: מגדר בישראל 682-683 (מרגלית שילה ויצחק כ"ץ עורכים, 2011).

97 Williams & Segal, לעיל הערה 6, בעמ' 80.

98 פרנקל, הקר וברוידא, לעיל הערה 95, בעמ' 682-683.

99 הקר ופרנקל, לעיל הערה 3.

שנועדה לאפשר שילוב בין עבודה למשפחה; טענתי כי הסדרה זו מתמקדת בעיקר ברגעים "קריטיים", כגון הולדה או מחלה, במקום בטיפול שגרתי ומתמשך.<sup>100</sup> כן לאחרונה מתרבים הניסיונות המשפטיים לעודד שילוב בין משפחה לעבודה. כך למשל, בחוק לעידוד של שילוב וקידום נשים בעבודה ושל התאמת מקומות עבודה לנשים, התשס"ח-2008. חוק זה נועד להוביל לשילובן של נשים ולהתאמת מקומות עבודה לנשים והורות על ידי מתן מענק ואות הכרה למעסיקים שישלבו נשים במקום העבודה. ברוח של המועצה הציבורית שהוקמה מכוחו הודגש, כאחת הסיבות להבדלים בשיעור השתתפותם של גברים ונשים בשוק העבודה, הפער שבין הדרישות התובעניות של שוק העבודה לבין התובענות של גידול הילדים וחינוכם, שיחד גורמים לאי-מימוש המלא של פוטנציאל הנשים דווקא.<sup>101</sup> כפי שהצהירו מחברי הדוח, החוק מייצג את תחילת מעורבותה של המדינה בעידוד מעסיקים פרטיים לאימוץ מדיניות ידידותית לנשים ולמשפחות, ומטרתו להתאים את עולם העבודה לצורכיהם ואורח חייהם של הורים בכלל ונשים בפרט.<sup>102</sup> המועצה המליצה על אמות המידה הבאות לבחירתם של הארגון והמעסיקים שזכאים למענק או לאות הכרה: קיומה של מדיניות המעודדת שוויון מגדרי, שיעור פערי השכר בארגון, גיוס נשים וקידומן בדרגות השונות. לאור המלצות הוועדה תוקנו לאחרונה תקנות מכוח החוק.<sup>103</sup> בפרק ד לתקנות הותקנו תנאי סף, שהנם תנאי בלעדיו-אין לזכייה באות הכרה או במענק, ובתוכם התנאי של היעדר הרשעות בתחום דיני העבודה. ואולם, בולטת בהיעדרה תניה שלפיה עמידה מפוקחת בחוק שעות עבודה ומנוחה היא תנאי סף לזכייה במענק,<sup>104</sup> ולפיכך גם החוק הזה אינו מביא לכרוסום של ממש בהשתרשותו של משטר העבודה הטוטלי.

בתי הדין לעבודה הציגו גם הם ניסיון לשלב בין עבודה למשפחה על ידי תפיסה המכרסמת כפן אחד של משטר הביות – חלוקת התפקידים המסורתית במשפחה. בסדרה של פסקי דין ניכר ניסיון לעודד גברים לקחת חלק ממשי בספרה המשפחתית. בית הדין השווה בין זכויות הוריות של אמהות לאלה של אבות בפרשנות הסכמים קיבוציים אשר הקנו לאמהות זכות לעבוד שעות מעטות יותר עבור שכר של משרה מלאה. במילים אחרות, ניתנה לאבות זכות לעבוד במשרה מופחתת באותם תנאים שלהם זכו האמהות על

100 רנן-ברזילי, לעיל הערה 4.  
 101 משרד הכלכלה דין וחשבון המועצה הציבורית לשילוב וקידום נשים בעבודה - המלצות ליישום החוק 11 (2013).  
 102 שם, בעמ' 29.  
 103 תקנות לעידוד של שילוב וקידום של נשים בעבודה ושל התאמת מקומות עבודה לנשים, התשע"ד-2013, ק"ת 7305 (להלן: תקנות לעידוד שילוב וקידום נשים בעבודה).  
 104 שם, תקנה 7(3) לתקנות קובע תנאי סף של היעדר הרשעה בדיני עבודה, היעדר הטלת קנס בדיני עבודה והיעדר הטלת עיצומים כספיים על המעסיק וזאת בתקופה של שלוש השנים שקדמו להגשת הבקשה למענק או אות הכרה לעניין זה ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 35 של ועדת קידום מעמד האישה, הכנסת ה-19 (9.9.2013).



בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

פי ההסכם הקיבוצי, כדי לעודד בכך אבות "להיכנס" לספרה הביתית. כך למשל נבחן בעניין יהב סעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות ונקבע, על רקע תכליתו של הסעיף, לאפשר להורים לחלק ביניהם באופן שווה ככל שירצו את גידול הילד, כי פרשנותו הנכונה הנה לאפשר לעובד, שבמקום עבודתו קיים הסדר המאפשר לעובדת לנצל "זכות בקשר להורות", ליהנות מהסדר זה, וזאת בתנאי שאשתו עובדת אך אינה מנצלת זכות זו במקום עבודתה, שאם לא כן יש בכך משום אפליה.<sup>105</sup> כן נקבע כי הוראות בהסכם הקיבוצי המאפשרות לאמהות קיצור יום עבודתן בשל היותן לילדים צעירים יחולו גם על אבות המבקשים לקצר את יום עבודתם בשל הורותם, בתנאים מסוימים. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אף תוקן כדי לשקף את פסק הדין.<sup>106</sup> נוסף על כך, בפסקי הדין בעניין לוי ובעניין בהט קבעו הנשיאה ארד והשופטת וירט-ליבנה, בהתאמה, כי תשלום-יתר ששולם במסגרת הסכם קיבוצי לאמהות לילדים קטנים העובדות במשרה מלאה אינו ניתן גם לאבות, וזאת משום שמטרתו של התשלום הנוסף לעודד דווקא אמהות לעבוד בשוק, ואין צורך חברתי בתמרוץ אבות לעבוד במשרה מלאה.<sup>107</sup> עיון ברציונל של פסקי הדין מגלה ניסיון לעודד "שוויון מהותי", במילותיה של הפסיקה, ולפרוץ את הדיכוטומיה שבין עבודה למשפחה על ידי עידוד גברים לקחת חלק פעיל בעולם הביתי. זהו מהלך חשוב. ויודגש – אין בפסקי הדין התערבות ישירה בשוק במובן של שינוי נורמות שוקיות, אלא חשיבות המהלך היא בעידודם של גברים לקחת חלק בעולם הביתי כדי ששוותיהם תוכלנה להתקדם ולהגשים את עצמן בספרה השוקית. ואולם, בהיעדר שינוי כללי של נורמת העבודה האידאלית, גברים רבים בשוק העבודה יהססו להיות מסומנים כעובדים

105 פרשת יהב, לעיל הערה 7; פרשת מוסקולנקו, לעיל הערה 7; פרשת סעדון, לעיל הערה 7.  
106 בשנת 2011, שונה ס' 4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ועוגנה הלכת יהב, כך שס' 4 כולל תנאי של "בת זוגו היא עובדת או עובדת עצמאית" (בתיקון מס' 17 לחוק). לתיקון מס' 17 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ראו הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 17) (זכויות הורה), התשע"א-2011, ה"ח הכנסת 385.  
107 פרשת לוי, לעיל הערה 7 בעמ' 29: נקבע כי הזכות ל"תוספת אם" בעין (כלומר קיצור בפועל של שבוע העבודה ללא פגיעה בשיעור המשרה, תקן המשרה או השכר, למרות קיצור שעות העבודה), כאמור בס' 4(ב)(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, היא זכות הורית המוענקת הן לעובדות הוראה אמהות והן לעובדי הוראה אבות, בעוד הזכות ל"תוספת אם" כספית היא זכות-יתר המוענקת לעובדות הוראה בלבד כחלק מהעדפה מתקנת, המבוססת בדין (ס' 3(ב) לחוק שוויון הזדמנויות), שכן הרעיון הוא לתמוך בפעולת האב במישור הביתי כדי שיפנה בפועל את האם העובדת "ממטלותיה המשפחתיות המסורתיות"; בפרשת בהט, לעיל הערה 7, נקבע כי הזכות לתשלום בגין "שעות עודפות" לאמהות עובדות בשירות המדינה אינה בגדר "זכות בקשר להורות" כמשמעה בס' 4 לחוק שוויון הזדמנויות, אלא הנה בגדר זכות-יתר לאמהות עובדות המותרת על פי ס' 3(ב) לחוק, הקובע כי אין בזכות-יתר שהוענקה לעובדת מכוח חיקוק, הסכם קיבוצי או הסכם עבודה כדי להוות אפליה. עם זאת, יש לזכור כי גם פסיקות אלה, המתמרצות גברים לקחת חלק בספרה המשפחתית, חלות רק מקום שמצויים בו כבר הסדרי עבודה המאפשרים קיצור יום העבודה בשל הורות, ואינם חלים על כלל שוק העבודה. ראו גם לאחרונה תע"א (אזורי ת"א) 9410/09 קפלן נ' גינגו בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2013) (דיון בשאלת פיתורי גבר בקשר עם חופשת לידה).

לא-אידאליים, במיוחד לאור הציפייה החברתית מגברים בישראל להיות מפרנסים. יתר על כן, גם פסיקות אלו אינן חפות מקשיים. יש הטוענים כי הן רק משעתקות את הכפפתן של נשים לנורמת העבודה הטוטלית.<sup>108</sup> ניתן לומר כי בית הדין הארצי לעבודה עודד בעקיפין תפיסה של עבודה שאינה טוטלית-אידאלית בנוגע לאבות, בנסיבות שבהן היה קיים במקום עבודתם הסכם קיבוצי המקנה להורים זכויות לקיצור יום העבודה. עם זאת, בית הדין קיבל כמובן מאליו את משטר העבודה האידאלית כנורמה כללית בשוק העבודה, ואף עודד נשים לנורמה זו כדרך להשגת שוויון בעבודה.<sup>109</sup> ברי כי על מנת לקדם שוויון מגדרי בעבודה יש לפעול גם לשינוי חלוקת התפקידים בספרה הביתית וגם לשינוי הנורמה הטוטלית בספרת העבודה השוקית.<sup>110</sup>

אל הפסיקות האחרונות המנסות להתמודד עם פן אחד של בעיית השילוב בין משפחה לעבודה – עידוד גברים לקחת חלק פעיל בעבודת המשפחה ונורמליזציה של טיפול גברי – מצטרפת הפסיקה בבג"ץ גורן. בפסק דין זה עודכנו הגבולות שבין החופש השוקי לשוויון בעבודה על ידי הסדרה מחודשת של נטלי הוכחתה של טענת האפליה בעבודה וההצדקות האפשריות לה. בג"ץ גורן עשוי אפוא לשמש כלי בהתמודדות עם הפן האחר של בעיית השילוב בין עבודה למשפחה – משטר העבודה הטוטלית – על ידי כרוסום בכוחו של השוק לקבוע פרקטיקות העסקה שוקיות. אדגים להלן כיצד הבנה בבג"ץ גורן את היחס בין המשפט לשוק והרחיב במעט את המסגרת המשפטית להוכחת אפליה, וכיצד עשוי פסק דין זה לסייע לטענה אפשרית להתמודדות עם נורמת העבודה הטוטלית והאפליה הנובעת מכך.

#### ד. בחינה מחודשת של בג"ץ גורן : בין שוויון הזדמנויות למחויבות משפחתית

אתיחס תחילה לעמדת הנשיאה בבג"ץ גורן, המבקרת את דעת היחיד של השופטת וירט-ליבנה בנוגע לאפליה על בסיס כוחות השוק לפי חוק שכר שווה. מעמדתה של הנשיאה

108 יפעת מצנר-חרוטי "אבא הלך לעבודה, ישוב עם צאת הלבנה: כיצד המשפט הישראלי מעצב את (אי) יכולתם של אבות לשלב בין משפחה לעבודה" מעשי משפט 67 (2014).

109 הפסיקות אמנם מיטיבות עם אותן משפחות (שבהן חל על בן הזוג ההסכם הקיבוצי) אשר בהן המשפחה מאתגרת את חלוקת המגדר השכיחה, והגבר נוטל חלק גדול יותר בטיפול המשפחתי. עם זאת, נראה כי הדבר איננו מאפיין את מרבית המשפחות בישראל, וזאת, בין היתר, גם בשל פערי שכר בין נשים לגברים, אשר כפועל יוצא שלהם גם כדאי יותר למשפחה, בהיבט הכלכלי, שבת הזוג תהיה המטפלת העיקרית. ההנחה המובלעת בדבר קבלת נורמת עבודה טוטלית פוגעת במי שיש להם מחויבות משפחתית, כמו הורים בכלל, ובפרט פוגעת בנשים שעדיין נושאות, ברוב המשפחות, בעיקר הנטל הטיפולי.

110 ברי כי קיימת הזנה הדדית ודינמית בין שתי הספרות Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983) אך לצורך העניין חשוב לחדד את גבולות פסקי הדין (מכוח העניין שהגיע לפניהם).

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

ביחס לחוק שכר שווה עולה כי תפיסת השוויון שלה אינה מאפשרת למעסיקים להיתלות בכוחות השוק כדי להתגונן מפני תביעות בגין שכר שונה. כך, המעסיק לא יוכל לטעון, כטענת הגנה טובה לעניין חוק שכר שווה, כי בשל דרישות שונות במשא ומתן נקבע שכר שונה לעובדת ולעובד עבור עבודה שווה. לגישת הנשיאה, המשפט מצפה ממעסיק להתעלם מיכולתו השוקית לשלם לנשים שכר נמוך מזה המשולם לגברים במשא ומתן השוקי ולראות בפרקטיקה של תשלום נמוך יותר "ניצול" שאינו אלא אפליית נשים.<sup>111</sup> יש הכרה בכך שכללים שוקיים ניטרליים, שקובע המעסיק בהתאם לנוחיות שוקית, כגון קביעת שכר בהתאם למשא ומתן, גוררים תוצאה של העמקת האפליה בעבודה. לשיטתה של בניש, הדרך להתמודד עם אפליית השוק היא באכיפה מוגברת של חוקים האוסרים על אפליית נשים בעבודה ולא ב"ריקון חוקים אלה מתוכן מתוך התחשבות כביכול בתנאי השוק".<sup>112</sup> לדבריה, שיקולים "שוקיים" אינם יכולים כאמור לשמש כטענת הגנה במקרה כגון זה, וראוי שחופש ההתקשרות ייסוג מפני השוויון בעבודה.

בעמדותיהן של השופטת וירט-ליבנה והנשיאה בניש מהדהדות העמדות של ה-NWP וה-Labor Feminists, בהתאמה. עמדתה של וירט-ליבנה בהקשר זה מתקשרת היטב עם עמדת הפמיניזם הליברלי של ה-NWP וחששה שהתערבות בחופש של המעסיק תוביל לכך שהוא יעדיף שלא להעסיק נשים כלל – כך עלול להיווצר אפקט הפוך, שבו השוק "עניש" נשים באי-העסקתן והמשפט יפעל כחרב פיפיות לרעת נשים.<sup>113</sup> עמדתה

111 ראו גם רבין-מרגליות, לעיל הערה 2, בעמ' 511.

112 שם.

113 לחששות מפני הגנת-יתר ראו גם את דבריה של השופטת חיות בבג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה פ"ד ס(2) 299, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (2006) (להלן: עניין אשכנזי): "הרחבת האיטור אל מעבר לתקופה זו שקבע המחוקק עלולה להפר את האיזון בין זכויות העובדת (והעובד) לבין הפרווגטיבה של המעביד במקום העבודה (לעניין זה באופן כללי, השוו: ע"ע 1417/02 שירותי בריאות כללית נ' ד"ר פרידלנד, פד"ע לט 8, 29–30 (2004)). היא אף עלולה להשפיע לרעה על דפוסי העסקה של נשים בשוק העבודה (ראו בהקשר זה: בן-ישראל, לעיל הערה 12, בעמ' 616–618). עמדה על כך נציגת נעמ"ת, עו"ד מיכלברון, בדיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 25.9.2000 [...]. יש לציין כי שם דובר על הגנה מפני פיטורין בזמן שהעובדת עוברת טיפולי פוריות (מכוח חוק עבודת נשים). גם השופט רובינשטיין התייחס לחשש זה וגרס כי: "חברתי הביעה את החשש פן ייפגעו נשים דווקא בשל הגנת יתר; אינני יכול לבטל חשש זה לתוצאה הפוכה מן המבוקש כל עיקר, והתשובה לכך היא בחינת כל מקרה לגופו [...]" עניין אשכנזי, שם, פס' ה(3) לפסק דינו של השופט רובינשטיין. החשש מהיות השימוש במשפט חרב פיפיות העלולה לפעול לרעת נשים עולה בהקשרים נוספים, למשל בהקשר של אפליה מתקנת. שם הדיון מתמקד במתן לגיטימציה לנקיטת פעולות פוזיטיביות להשגת השוויון המגדרי לנוכח ההתנגדויות הרבות לכך, בין היתר בשל חשש לקבלת אנשים מתאימים פחות למקומות העבודה, פגיעה באוכלוסייה שאינה מועדפת ושליטת יתרונם של עובדים אחרים שאינם נמנים עם הקבוצה המופלית וספיגת הפיצוי שניתן לקבוצה המופלית, ובעיקר שימור נחיתותן של קבוצות מופלות, פגיעה בדימויים העצמי של הנמנים עם הקבוצה ואף יצירת עוינות כלפיהן. ענת מאור "מבוא: היעדים והאמצעים של מדיניות ההעדפה המתקנת" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 15, 22–23 (ענת מאור עורכת, 2004); רות בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק: הצגת הטענות המועלות

של ביניש, לעומת זאת, יוצאת מנקודת מוצא שונה בנוגע לשוק ושחקניו. לפי עמדה זו, תנאי השוק וגבולותיו כפופים למשפט מלכתחילה, ובסופו של יום של המשפט על העליונה, שכן על ידי אכיפה מוגברת ניתן "להכתיב" לשוק את אורחותיו. בדומה לעמדת ה־Labor Feminism, עמדתה של ביניש מייצגת אמונה רבה בכוחו של המשפט להצמיח שינוי בשוק. העמדה הנורמטיבית שבג"ץ גורן הציב ביחס לכוחו של המשפט אל מול השוק חשובה במיוחד גם נוכח טענות שלפיהן התערבות רחבת היקף של המשפט בשוק גורמת לשיבוש בפעולת השוק, לפיתוח אמצעים עוקפי חוק על ידי מעסיקים ולפגיעה דווקא בקבוצות העובדים המופלות ביותר.<sup>114</sup> דווקא בגלל הקושי לאמוד מבחינה אמפירית את מידת הצלחתו של הכלי המשפטי במיגור אפליה, מתחדדת חשיבותה של העמדה הנורמטיבית שאימץ בית המשפט בעניין גורן ואמונתו כי למשפט תפקיד חשוב במיגור האפליה בעבודה.<sup>115</sup>

ביחס לתביעה על פי חוק שוויון הזדמנויות עלה שמשכורתה של גורן נקבעה, בין היתר, בהתאם למשא ומתן שוקי שניהלה עם המעסיק. הנשיאה קבעה כדלקמן: (א) במקרה זה, הפער הגדול בין שכרה של גורן לבין שכרו של עמיתה הגבר הנו טעם מספיק להעברת נטל ההוכחה, על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, לכתפיו של המעסיק, הנדרש להוכיח כי הפער אינו נובע משיוכה המגדרי; (ב) בשל ממדיו העצומים של הפער (35%), טענת הגנה שלפיה ההפרש בשכר נובע מהמשא והמתן השוקי אינה יכולה לשמש כטענת הגנה עבור המעסיק. הורחבה אפוא במעט היכולת להוכיח טענות של אפליה בחוק שוויון הזדמנויות, ובד בבד עם הרחבה זו הורחבה החלה על מעסיקים שלא לנהוג באפליה. הנשיאה קבעה כי על מעסיקים לפעול באופן אקטיבי למניעת אפליה ממשית ובוטה, לבל ייתפסו ברשתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כאשר יש פער גדול בשכר, גם אם הוא נובע מציפיות שכר שונות ומשא ומתן שונה, חלה על המעסיק חובה לפעול בדרך המביאה לשוויון, ואל לו להשלים עם פערי שכר משמעותיים בין גברים לנשים, גם אם אלה מקורם בכוחות השוק. אמורה להידלק אצלו נורה אדומה לנוכח פערי שכר כאלה, ועליו לפעול למיגורם, גם אם הדבר מנוגד לנוחיותו השוקית. עולה כי כדי להימנע מתביעות בגין אפליה, טוב יעשו מעסיקים אם יבדקו את פערי השכר בין העובדים במשקפיים מגדריים. למעשה, בית המשפט מעדכן את גבול ההתערבות

בוויכוח הציבורי" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 33, 36 (ענת מאור עורכת, 2004); הילי מודריק-אבן חן העדפה מתקנת בישראל: הגדרות מדיניות והמלצות חקיקה 10, 14 (מחקר מדיניות 24, 2000); רות בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה ב 502–519 (1998). מנגד, נראה כי הסרת מחסומים בלבד, ללא רגולציה מהותית יותר, טרם הובילה לשוויון מגדרי בפועל לנשים, במיוחד לאלה שאינן ברבדים הגבוהים בחברה, ולכן עולה הצורך בהתערבות רבה יותר בשוק העבודה. ראו שם, בעמ' 503–498.

114 מונדלק, לעיל הערה 56, בעמ' 225; לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן "פרק ט: דיני עבודה" הגישה הכלכלית למשפט 153 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

115 ראו מונדלק, לעיל הערה 56, בעמ' 254.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

בשוק: מצד אחד, הוא מטיל אחריות פוזיטיבית על מעסיקים לפעול בדרכים המקדמות שוויון בין נשים לגברים, במקרים של פערים משמעותיים. מצד אחר, אחריות זו מוגבלת ותחומה לאותם מקרים. בית המשפט מותיר לחופש ההתקשרות השוקי מרחב תמרון רב כשמדובר בפערים שאינם בולטים. בית המשפט העליון קבע שכשיש פערים גדולים, גם אם הם נובעים מנורמה שוקית, עדיין עלול המעסיק להיחשב כמפלה, ומנגד גם נתן הכשר לשעתק את כוחות השוק המתירים פערי העסקה בין גברים לנשים כל עוד אינם רחבים ובוטים. ודוק, הנשיאה קבעה כי לנורמה המשפטית, שנחזתה לכאורה כניטרלית מבחינה מגדרית וכנורמה שוקית (קיום משא ומתן אינדיווידואלי וקביעת שכר בהתאם לאותו משא ומתן), הייתה בפועל השפעה שונה על גברים ונשים.<sup>116</sup> גם כאן, בדומה לעמדת ה־Labor Feminism, יש להבין את בג"ץ גורן כקורא לבתי המשפט להתמודד עם אפליה בשוק העבודה מתוך עמדת מוצא של עליונות המשפט ביחס לשוק, זאת בשל חשיבות השוויון המגדרי בעבודה.

המחויבות של בג"ץ גורן להתמודדות המשפט עם אפליה בשוק העבודה ניכרת גם משני הקשרים נוספים. הקשר אחד הוא דחייתה של טענת השיהוי והטעמים לדחייה. עתירתה של גורן לבג"ץ אירעה שלוש שנים לאחר מתן פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה וכ־15 שנה לאחר התפטרותה של גורן. עם זאת דחה בית המשפט העליון את טענת השיהוי "נוכח חשיבותה המשפטית והציבורית הרבה" של השאלה המשפטית שהתעוררה, אשר, כך נקבע, יש לה השפעות כבדות משקל על "היקף זכויותיהם וחובותיהם של עובדים ומעבידים במשק".<sup>117</sup> ציון כי "תחום יחסי העבודה הוא אחד מתחומי החיים העיקריים בהם נתקלים בני קבוצות מסוימות בחברה בהפליה בלתי מוצדקת הפוגעת במעמדם הכלכלי והחברתי על בסיס סטריאוטיפים בלתי מוצדקים או דעות קדומות. מניעת ההפליה הפסולה בשוק העבודה עשויה, אפוא, למנוע את הפגיעה הבלתי־מוצדקת בעובדים אך בשל מאפיין זה או אחר שלהם שאינו רלוונטי

116 בכך ייתכן כי מקרב בין המודלים של יחס שונה בס' 2 (א) לחוק שוויון הזדמנויות שעל פיו נטען גורן למודל של השפעה שונה בס' 2 (ב) לחוק, ראו רבין-מרגליות, לעיל הערה 2; רבין-מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה, לעיל הערה 21. תביעות על פי מודל ההשפעה השונה התקבלו כבר בעבר, אך בעיקר בהקשר של אפליית גיל ומוצא. למשל, ראו ע"ב (אזורי ת"א) 5646/03 בוסני נ' הנהלת רשות גני אגודת ישראל (פורסם בנבו, 26.6.2009); ע"ב (אזורי ת"א) 10043/05 סוירי נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.6.2007); בש"א (אזורי ת"א) 3863/09 קאדי נ' רכבת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2009); ת"פ (אזורי ת"א) 1038/99 משרד העבודה והרווחה נ' תפקיד פלוס בע"מ (פורסם בנבו, 12.6.2003).

117 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. דחייתה של טענת השיהוי בולטת גם לעומת פרשת לדבטר, לעיל הערה 58. אמנם ניתן לטעון כי לבג"ץ שיקול דעת רב יותר בהקשר זה, אך גם בית המשפט העליון האמריקני יכול לפרש את דרישת החוק ביחס למועד התביעה, כפי שמבהירה דעת המיעוט שם. דווקא בדחייתה של טענת השיהוי בג"ץ מבטא עמדה תקיפה כלפי תופעת האפליה.

לתפקידם".<sup>118</sup> אמנם אמירות דומות בדבר חשיבות השוויון בעבודה נאמרו זה מכבר בפסיקה, אך הן עודכנו בבג"ץ גורן, שם נקבע כי למרבה הצער, גם בעשור השני של המאה העשרים ואחת טרם חלף מן העולם הצורך במתן הגנה חקיקתית ושיפוטית לנשים מפני אפלייתן לרעה בתחומי חיים שונים.<sup>119</sup> דחייתה של טענת השיהוי, על אף הזמן הרב שחלף כאמור, מקורה במחויבות העמוקה של בית המשפט העליון לשוויון מגדרי בעבודה, והיא מעידה על מוכנות מוסדית נרחבת להתמודדות עם האפליה המגדרית בשוק העבודה. ההקשר האחר שממנו ניכרת מחויבות בג"ץ גורן להתמודדות המשפט עם אפליה בשוק העבודה הוא הבנת חוקי השוויון המגדרי בעבודה כקורפוס משפטי שלם, הפועל למאבק באפליה על רקע מין; הכוונה אינה לזהות מוחלטת וחפיפה אוטומטית בין החוקים השונים שנועדו להתמודד עם האפליה בתעסוקה, כי אם להבנה שכל חוק משלים את רעהו ופועל במשותף עמו למיגורה של אפליה מגדרית בתעסוקה.<sup>120</sup> בית המשפט נקט בבג"ץ גורן גישה הוליסטית יותר (גם אם לא לחלוטין) וראה בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד ובחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה שתי תבניות רגולטוריות הפועלות יחדיו לספק הגנה מפני אפליה מגדרית בשוק העבודה.<sup>121</sup> צוין כי חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות "נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעביד להפלות בין עובדים על בסיס שיקולים שאינם ענייניים או לגיטימיים".<sup>122</sup> נקבע שכדי להגשים מטרות אלה ולמנוע אפליה פסולה מגבילים שני דברי החקיקה את חופש ההתקשרות של המעסיק ומצמצמים את שיקול הדעת הנתון לו בניהול עסקו. במסגרת זו נאמר עוד כי "למרבה הצער התופעה החמורה של הפליית נשים בשכר העבודה שלהן רחוקה מלהיעלם מן העולם [...] והיא עדיין נפוצה במקומותינו באופן מעורר דאגה". בהקשר זה הובאו נתונים המעידים כי הכנסתה החודשית של אישה שכירה עומדת על 66% בלבד מהכנסתו של גבר שכיר, וכי ביחס לשכר לשעה הכנסתה של אישה שכירה מגיעה לכדי 84% בלבד משכרו של גבר שכיר.<sup>123</sup> גבולות השוק שורטטו בבג"ץ גורן אגב מתן משקל נכבד לאפליה הגלומה בו בפועל. זאת ועוד, בג"ץ גורן מקשר בין האפליה בשכר למופעים נוספים של אפליה מגדרית וקובע: "התופעה החמורה של אפליית נשים בשכר היא אך ביטוי אחד מני רבים לאפליה שעודנה נוהגת

118 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 13.

119 שם, פס' 14.

120 שוב בולטת העמדה המרחיבה של בג"ץ גורן לעומת פרשת לדבטר, לעיל הערה 57, בעמ' 640, שם התייחסה דעת הרוב אל ה-EPA וסימן 7 כגופי חקיקה מבודדים, על אף ההיסטוריה החקיקתית השלובה של שני דברי החקיקה.

121 אמנם כבר בעבר הכיר בית המשפט העליון בחשיבותם המשותפת של דברי החקיקה השונים, ראו למשל, דבריו של השופט חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 657 (1998), אך בבית הדין הארצי בעניין גורן עמד עניין זה במוקד הדיון והוכרע בבג"ץ גורן.

122 עניין גורן, לעיל הערה 1, פס' 13.

123 שם.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

כלפי נשים בשוק העבודה, ובכלל זה בסוגיות הנוגעות לקבלת נשים לעבודה, להטרדה מינית בעבודה, לייצוג ההולם של נשים בתפקידים בכירים שונים ולמעמדן של נשים בהריון ואימהות.<sup>124</sup> ראיית מופעי האפליה השונים כשלובים, יחד עם ההבנה שדברי חקיקה שונים נועדו לפעול יחדיו, משקפת עמדה שלפיה למשפט יש חלק חשוב בעידוד השוויון בעבודה, ובקביעת אורחותיו של שוק העבודה. גם בהקשר זה יש לשוב ולהיזכר במה שניסו ללמדנו ה־Labor Feminists, אשר הבינו גם הן כי מופעים שונים של האפליה מגדרית בשוק העבודה קשורים זה בזה ואשר ייחסו למשפט כוח רב בהתמודדות עמם.

נראה כי הקביעה בדבר האפשרות המורחבת להעברת הנטל ובדבר הגבלתו של הצידוק השוקי מצמצמת את גבולות החופש השוקי. הסגת הצידוק השוקי כטענת הגנה אמנם סויגה למקרים שבהם יש פערים משמעותיים בשכר, אך הפערים הללו כפי שהתגלו בבג"ץ גורן (35%) הם כזכור פערי שכר שכיחים במשק, ומכאן שנפקותו של הסייג בדבר היותם של הפערים "משמעותיים" מתקשה. יתרה מזו, פרשנותה של הנשיאה בדבר הרחבת האפשרות להעברת הנטל, היוצרת דה־פקטו הקלה בהוכחת אפליה על פי חוק שוויון הזדמנויות, קיבלה חיזוק מן המחוקק: לאחרונה תוקן חוק שכר שווה ובתי המשפט הוסמכו להעניק בגין הפרתו, נוסף על כל סעד אחר, גם פיצוי על נזק לא־ממוני בשיעור שייראה להם בנסיבות העניין.<sup>125</sup> כזכור, אחת הסיבות שבגינן סברו השופטת וירט־ליבנה והנשיאה ביניש כי חוק שוויון הזדמנויות מציב רף ראייתי גבוה מחוק שכר שווה היא העובדה שחוק שוויון הזדמנויות הוא חוק חינוכי, עונשי והרתעתי, לאור האפשרות הגלומה בסעד שבו לפיצוי ללא הוכחת נזק המהווה "עונש" (בין היתר, נקבע שבשל העובדה שאפליה על פי חוק שוויון הזדמנויות גוררת סנקציה "עונשית" של פיצוי ללא הוכחת נזק, נדרש רף ראייתי גבוה יותר המצריך הוכחה שהשוני בשכר קשור סיבתית למין, ולא די בהוכחת התשתית העובדתית לפי חוק שכר שווה). ואולם, בהשוואה של הסעד של פיצוי ללא הוכחת נזק גם לחוק שכר שווה עלולות שתי אפשרויות פרשניות: על פי האחת, הרף בחוק שכר שווה יעלה בשל הסעד העונשי. נראה כי פרשנות זו עומדת בניגוד לתכלית החקיקה כפי שזו נלמדת מההיסטוריה החקיקתית שלה, שעל פיה, בעקבות בג"ץ גורן, ניסה המחוקק לתמרץ את הגשתן של תביעות על אפליה מגדרית בשכר ולהתרע מעסיקים מלהפלות בשכר.<sup>126</sup> על פי הפרשנות האחרת, הסבירה יותר, נראה כי הטענה שחוק שוויון הזדמנויות מצריך רף גבוה יותר בשל הסעד השונה שהוא מקנה נחלשת, ונראה כי הפרשנות של הנשיאה, המקלה את נטל ההוכחה בחוק שוויון הזדמנויות, זוכה לחיזוק. אכן, עתה ניתן לתבוע על אפליה בשכר ולקבל פיצוי ללא

124 שם, פס' 14.

125 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (תיקון מס' 5), התשע"ד–2014, ס"ח 662.

126 ראו דבריה של ח"כ עליזה לביא, מיוזמות התיקון, בהצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (תיקון מס' 4) (פיצויים בשל נזק לא ממוני והגנה על מתלונן), התשע"ד–2014, ד"כ 551, 182–183 (התשע"ד), [http://fs.knesset.gov.il/19/Plenum/19\\_ptm\\_281940.doc](http://fs.knesset.gov.il/19/Plenum/19_ptm_281940.doc), וכן בהצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (תיקון מס' 5), התשע"ד–2014, ד"כ 551, 11442 (התשע"ד).

הוכחת נזק מבלי להזדקק לחוק שוויון הזדמנויות. ואולם, הפרשנות של חוק שוויון הזדמנויות רלוונטית גם לאפליה על רקע מאפייני זהות נוספים בחוק, כגון הורות או היריון, שלהם מאפיינים מגדריים דומים. לאור זאת, הקביעה ביחס לחוק שוויון הזדמנויות עשויה להיות רלוונטית גם לאפליה בגינם – ואף לא רק אפליה בשכר אלא לאפליה בהקשרים נוספים, כגון תנאי עבודה וקידום.<sup>127</sup>

הפרשנות של הנשיאה, המקלה את נטל ההוכחה בחוק שוויון הזדמנויות, חשובה במיוחד מסיבה נוספת: בשונה מחוק שכר שווה, הקובע רשימה סגורה של קריטריונים המהווים הגנה טובה למעסיק, חוק שוויון הזדמנויות איננו מוגבל לרשימה סגורה, הוא מבוסס על שיקול ה"רלוונטיות" והנו כר פורה יותר לקבלתם של טיעונים שוקיים ניטרליים לכאורה.<sup>128</sup> האופן שבו פירשה הנשיאה את חוק שוויון הזדמנויות מצמצם את היכולת להיתלות בשיקולים שוקיים. בשל נכונות בית המשפט להתערב בהסדרת השוק, במקרה זה ובאופן הזה, ניתן לטעון למוגבלותו של ההסבר השוקי גם בהקשר של תביעות כנגד האפליה הגלומה בנורמת העבודה הטוטלית. כזכור, הנשיאה הסיקה כי לנורמה המשפטית, שנחזתה כניטרלית מבחינה מגדרית וכנורמה שוקית (קיום משא ומתן אינדיווידואלי וקביעת שכר בהתאם למשא ומתן), הייתה השפעה שונה על גברים ונשים. נראה כי נורמות נוספות בשוק העבודה – כמו נורמות של עבודה מרובת שעות – גם הן בעלות השפעה שונה על גברים ונשים, ועשויות לשמש בסיס לתביעות אפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות. הקביעה בדבר העברת הנטל ובדבר מוגבלותו של הצידוק השוקי עשויה להקל קבלת תביעות שמטרתן קידום השילוב בין עבודה למשפחה, וזאת לא רק בהקשר של הכנסת גברים לספרה הפרטית, כפי שנעשה בעניין לוי ובעניין בהט, אלא גם בהקשר של התערבות בשוק העבודה כדי להתאימו לבעלי מחויבות משפחתית, להורים בכלל ולנשים בפרט, וכרסום אפשרי בנורמת העבודה הטוטלית.

בעבר נעשה ניסיון להשתמש בחוק שוויון הזדמנויות על מנת לתמוך בטענה שפרקטיקות הנשענות על המודל של העובד האידיאלי כרוכות באפליה נגד נשים ונגד הורים.<sup>129</sup> את הטיעון העלתה איילת טננבאום, אם צעירה וחוקרת מקרי אלימות במשפחה במשטרה, אשר פוטרה משום שסירבה להשתתף בשני קורסי הכשרה בתנאי פנימייה, האחד באורך שמונה שבועות והשני באורך 14 שבועות, כאשר בנה היה בן שנה. טננבאום עתרה לבית המשפט העליון כנגד מדיניות המשטרה הדורשת השתלמות בתנאי פנימייה. לטענתה, מדיניות זו מפלה עובדים בעלי אחריות משפחתית, וכן מפלה על בסיס מין, שכן החברה רואה באם אחראית עיקרית לגידול הילדים, ולפיכך הנפגעות העיקריות ממדיניות הכשרה בתנאי פנימייה הן נשים. למרות זאת, בית המשפט העליון המליץ

127 ס' 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ראו רבין-מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה, לעיל הערה 22.

128 רבין-מרגליות, לעיל הערה 2, בעמ' 538–541.

129 ראו הקר ופרנקל, לעיל הערה 3.



בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

לטננבאום למשוך את עתירתה ונמנע מלהכריע בשאלה אם תנאי עבודה שאינם מאפשרים הורות יומיומית מהווים אפליה על בסיס הורות ומין.<sup>130</sup> ניסיונות נוספים לכרסם בנורמת העבודה הטוטלית ולטעון כי היא מפלה לרעה נשים והורים בשוק העבודה טרם מצאו ביטוי ממשי בפסיקה בישראל.<sup>131</sup>

ייתכן כי לאור שרטוט הגבולות שבין השוק לדיני השוויון המגדרי בעבודה והגישה שעומדת ביסודו, כפי שעולה מעניין גורן, יוכלו תובעים בעתיד לעשות שימוש רב יותר בטיעון שהעלטה טננבאום, טיעון שלפיו מדיניות של עבודה טוטלית, הבאה לידי ביטוי למשל בשעות ארוכות או נסיעות ממושכות, מפלה נשים והורים לרעה. אמנם פרשת גורן לא נגעה בנורמת העובד האידאלי, אך ניתן להיעזר בנייתוח שהציג בית המשפט כדי לתמוך בטענה שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה עשוי להיות אמצעי להתמודדות עם מקרי אפליה הנובעים מנורמה זו. כך, למשל, לנורמה של עבודה מרובת שעות יש השלכות מגדריות כאשר מדובר בעובדים בעלי מחויבות משפחתית. השפעה אפשרית של הגישה שאימצה הנשיאה היא חיזוק הטענה שאפליה כוללת גם פרקטיקות העסקה שוקיות, אשר מפלות מטפלים במשפחות במסגרת מקום העבודה, כמו נורמת העבודה הטוטלית. כך, בדומה לפערי שכר, שבהיותם חריפים וממשיים מעבירים את נטל ההוכחה על פי חוק שוויון הזדמנויות אל כתפי המעסיק, גם פרקטיקות תעסוקה המשפיעות השפעה ניכרת, חריפה ושונה על גברים ועל נשים, על הורים ועל מי שאינם הורים – דוגמת שעות עבודה ארוכות או דרישה לנסיעות מרובות – עשויות לבסס טענה בדבר קיום אפליה מגדרית, והעברת הנטל להפריכה אל המעסיק.

שיקולי הגנה שוקיים כמו ניהול משא ומתן, אשר לא התקבלו שעה שדובר בפערי שכר משמעותיים, עשויים, באנלוגיה, שלא להתקבל שעה שמדובר על פערים גדולים בקידום, למשל. נורמות כאלה אינן יכולות ליהנות מחסינות שעה שהן מקבעות ומשעתקות פערים מגדריים גדולים, ולא יוכלו לשמש טענות הגנה טובות לפי סעיף 2(ג) שעה שמדובר בפערים כאלה בין גברים לנשים בכל הנוגע לשכר, לקידום ולהעסקה באופן כללי. הנורמה השוקית של עבודה טוטלית מצדיקה כביכול את פערי השכר המגדריים וההבדלים בהזדמנויות ורואה אותם כטבעיים, בדומה לנורמה של קביעת שכר על ידי משא ומתן מצדיקה כביכול פערי שכר מגדריים, אלא שדחיית הטענה השוקית

130 בג"ץ 5235/01 טננבאום נ' מפכ"ל משטרת ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2002) (להלן: עניין טננבאום), ראו גם הקר ופרנקל, לעיל הערה 3, וכן נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית, הורות כמשפט בין אידיאל השוויון ולמציאות האימהית" משפטים 573 (2010).

131 עניין טננבאום, לעיל הערה 129; ראו גם ע"ב (אזורי נצ') 1419/10 דוידקוב נ' ש.א.ש (פורסם בנבו, 23.6.2011). (אם שלא יכלה לצאת להשתלמות בשל הנקה ועקב כך חותמת על הסכם פיטורין, נקבע שהפיטורין אינם בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות). ראו בעקפיין גם ס"ק (אזורי ת"א) 57513-10-10 סיגלבאום נ' בקרמן (פורסם בנבו, 11.12.2012), אך ראו תע"א (אזורי ב"ש) 3556/09 גורל נ' אצבעוני (פורסם בנבו, 30.4.2012), תע"א (אזורי י-ם) 3238/09 גרייבסקי נ' חברת דלתא שלוש ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2013).

בבג"ץ גורן, עשויה להוביל לדחיית הטענה השוקית גם כאן: מהעובדה שלא התקבלה טענת הום סנטר בדבר ההצדקות השוקיות לתשלום שכר בפער עצום עולה כי ניתן לקוות שלא תתקבלנה טענות דומות המצדיקות שעות עבודה ארוכות, שהן בעלות השפעה רבה וחרिפה על תעסוקת אמהות במיוחד, על בסיס ההצדקה השוקית שכך יעיל יותר, נוח או זול יותר למעסיק לנהל את עסקו.<sup>132</sup> שיקולים של נוחות, יעילות או כדאיות יידחו שעה שמדובר בפערים מגדריים חריפים.

ודוק, האפליה המגדרית הגלומה בפרקטיקה של עבודה מרובת שעות עדיין פועלת לרוב כנגד אמהות, הנושאות ברוב הנטל של גידול הילדים, משום שלנורמה הניטרלית לכאורה של שעות עבודה מרובות יש השפעה ניכרת על יכולתן להיות מועסקות ולהתקדם במקום עבודתן. ואולם, טענת האפליה המגדרית הנובעת מנורמת העבודה הטוטלית עשויה, במקרים מסוימים, להיטען על ידי אבות המבקשים לאתגר תפקידי מגדר, לקחת חלק פעיל יותר בגידול ילדיהם ולצאת כנגד נורמת העבודה הטוטלית. לכך יש חשיבות גם לנוכח החשש מפעולת המשפט כחריב פיפיות, בהקשר זה. כזכור, הפמיניזם הליברלי דוגל בהסרת החסמים המונעים שוויון וחושש שהתערבות משפטית מעבר לכך תפעל לרעת נשים, תהיה להן לרועץ ותקשה את העסקתן וקידומן. לגישת ה-Labor Feminism רגולציה היא כלי ראוי שבאמצעותו ניתן לעצב את אורחות השוק כך שיותאמו לנשים בפרט ולבעלי מחויבויות משפחתיות בכלל. פערי שכר, הבדלים בתעסוקת נשים ובקידומן מלמדים כי הסרת מחסומים פורמליים טרם הובילה לשוויון מגדרי, ועל כן נטען (גם על ידי ה-Labor Feminists) כי יש צורך ברגולציה ממשית יותר בשוק העבודה.<sup>133</sup> עם זאת, כדי שרגולציה זו לא תפעל, בסופו של יום, כנגד נשים, יש צורך בהחלתן של נורמות עבודה המותאמות לצורכיהן של אמהות בפרט, על גברים ונשים גם יחד.<sup>134</sup>

זאת ועוד. העמדה הנורמטיבית שהציב בג"ץ גורן ביחס לכוחו של המשפט אל מול השוק חשובה במיוחד נוכח טענה דומה של כלכלנים, שלפיה התערבות רחבת היקף של המשפט בשוק תגרום דווקא להדרה של קבוצות העובדים המופלות ממילא ולפגיעה בהן. עם זאת, במיוחד בהקשר של תביעות על רקע עבודה טוטלית, יש חוקרים הסבורים כי דווקא תביעות מרובות יהפכו את דיני איסור האפליה לכלי חינוכי למעסיקים ויתמרצו אותם לנקיטת מדיניות שוויונית יותר.<sup>135</sup> אמנם קשה לאמוד עד כמה המשפט הוא כלי

132 וידוע כי לשוויון עשויות להיות השפעות תקציביות על המעסיק. ראו עניין ניב, לעיל הערה 8.

133 ראו גם בן-ישראל, לעיל הערה 112, בעמ' 502-505; אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 82-84 (דלית רביד עורכת, 2002).

134 ברוח זו הציעה המלומדת ויקי שולץ לקדם חקיקה המגבילה את שעות העבודה המותרות לנשים וגברים, ראו Vicki Schultz, *Life's Work*, 100 COLUM. L. REV. 1881 (2000). על עיצוב אלטרנטיבות למודל העובד האידיאלי ראו רנן-ברזילי, לעיל הערה 4.

135 Williams & Segal, לעיל הערה 6.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

אפקטיבי במיגור אפליה בתעסוקה, 136 אך גם הטענה שהשוק החופשי יתקן בעצמו בצורה טובה עיוותים בשוויון ובאפליה נסתרה. נראה כי דווקא בגלל הקושי באומדן אמפירי כזה יש חשיבות רבה לעמדה הנורמטיבית שאותה אימץ בית המשפט בעניין גורן ולאמונה שלמשפט יש תפקיד במיגור האפליה בעבודה.

עם זאת, אם בתי המשפט יעשו שימוש בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ככלי להתמודדות עם אפליה הנובעת מתפיסת העובד האידיאלי להשגת שוויון מגדרי בפועל, יצטרך המשפט הישראלי לפתח גבולות חדשים לפרקטיקות שוקיות ולשאלה מה ייחשב בגדר תנאים שהם "ממהות התפקיד או המשרה",<sup>137</sup> אשר יש לקבלם לצורך הפרכתה של טענת האפליה. כך למשל, ניתן יהיה לטעון כי נורמות של שעות עבודה ארוכות גורמות לאפליה מגדרית, וכי כאשר הפערים בתעסוקה בולטים, על מעסיקים לפעול להסדרת העבודה בשעות עבודה סבירות, המתחשבות גם בטיפול במשפחה. כנגד טענה זו מעסיקים עשויים לטעון כי לצמצום שעות עבודה תהיינה השפעות על אופן ארגונו של העסק או עלויות נוספות. עם זאת, טענות מעין אלה לא תוכלנה להתקבל כטענת הגנה, כשם שקיום המשא ומתן לא התקבל כטענת הגנה כשהיו פערי שכר משמעותיים. גם טענות בדבר עלויות נוספות הכרוכות בהפחתת שעות עבודה עשויות להידחות על פי אותה הנמקה: אמנם מעבר כזה יהיה כרוך בעלויות, אך תשלום שכר שווה לגברים ונשים כשעובדת מסכימה להשתכר פחות מעובד, גם הוא כרוך בעלויות נוספות שעל המעסיק חלה חובה לשאת בהן. לעומת זאת, טענה שלא ניתן כלל לבצע את המשימות המוטלות על העובד או שאין כל דרך אחרת לבצע את העבודה עשויה להתקבל כטענה הגנה ראויה בהקשר זה, באם אכן תוכח עובדתית.

זאת ועוד, ייתכן כי יהיה צורך להחריג ענפים מסוימים מן הכלל של עבודה לא-טוטלית, שכן ייתכנו ענפים או משרות שמעצם מהותם מחייבים עבודה מרוכבת שעות. עם זאת, החרגה ענפית כזאת צריכה להיעשות במשורה, במיוחד לאור הלקח של חריגיו הענפיים הרבים של חוק שעות עבודה ומנוחה, שלמעשה רוקנו את החוק כולו מתוכן באופן ניכר.<sup>138</sup> ייתכן שיש מקום להחיל את הטיעון המוצע לעיל באופן מדורג, ראשית על מעסיקים גדולים, כדוגמת מעסיקים ציבוריים ומקומות עבודה פרטיים גדולים מאוד, וזאת מהטעם שלמעסיק גדול קל יותר יהיה להמיר את שיטת העבודה של שעות ארוכות בשיטה של שעות סבירות, מפני שעומדים לרשותו עובדים רבים יותר לצורך ביצועה של העבודה. ייתכן כי רק בשלב שני ניתן יהיה להחיל את הטיעון על מעסיק פרטי זעיר, וזאת בהתחשב בפרמטרים כגון גודל העסק ומבנהו, מספר העובדים, הרכב כוח האדם. הרחבה

136 ראו מונדלק, לעיל הערה 56.

137 על פי ס' 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות.

138 ראו ס' 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 76.

כזאת גם תהיה תלויה בקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע השינויים הנדרשים כדי לקיים מקום עבודה שוויוני אף בשוק תחרותי.<sup>139</sup> לבסוף, נראה כי ניסיונות לכרסם בנורמת העבודה הטוטלית ולטעון כי היא מפלה נשים והורים לרעה בשוק העבודה טרם מצאו ביטוי של ממש בפסיקה בישראל.<sup>140</sup> לאחר שעמדתי מקרוב על משמעות פסק הדין בעניין גורן (ואף על גבולותיו), ייתכן שניתן יהיה לעשות שימוש רב יותר בטענות אלו בעתיד. הדבר צריך להיעשות בזהירות ותוך בחינת תוצאותיו בשטח. אם תתקבלנה הטענות ששעות עבודה ארוכות מפלות אמהות, למשל, מן הראוי יהיה להקפיד על כך שהגבלת שעות העבודה תיושם על גברים ועל נשים באותו מקום עבודה. לקח חשוב שניתן ללמוד מן ה־Labor Feminism הוא שכדי לעודד פרקטיקות העסקה התפוררות לצורכיהן של נשים בשוק העבודה (כגון הגבלה על שעות העסקה), יהיה צורך להחילן על כלל העובדים, נשים וגברים. בכך ניתן יהיה לכרסם באופן מהותי בנורמת העבודה הטוטלית, המפלה לרעה בעלי מחויבות משפחתית בכלל ואמהות בפרט.

## אחרית דבר

לאופן שבו בחר המשפט לעצב את גבולות השוק ולהסדיר את אורחותיו יש השפעה מכרעת על עובדים ועובדות ועל דמותה של החברה כחברה שוויונית מבחינה מגדרית. הראיתי במאמר כיצד בג"ץ גורן מבנה את היחס בין המשפט לשוק. הבנת פרשת גורן לאור נורמת העבודה האידאלית מחד ואל מול הגישות הפמיניסטיות כפי שבאו לידי ביטוי בפרספקטיבה ההיסטורית וההשוואתית מאידך, מחדדת את יחסו של המשפט הישראלי העכשווי לגבולות השוק ואת טיב הקשר שבין השוק למשפט. במאמר הצגתי ניתוח של פסקי הדין בעניין גורן וקישרתי בין העמדות שהוצגו בפרשה לבין זרמים פמיניסטיים שונים, כדי לחדד את התייחסותו של בית המשפט לשאלת היחס שבין דיני השוויון בעבודה לשוק וביחס לטיב הקשר שבין המשפט לשוק. לגישתי, בעמדותיהן של השופטות וירט-ליבנה בבית הדין הארצי וביניש בבית המשפט העליון בפרשה מהדהדות העמדות של ה־NWP וה־Labor Feminists, בהתאמה, ולשתי הגישות עמדות מוצא שונות בנוגע לשוק ולמשפט. עמדתה של השופטת וירט-ליבנה מתקשרת היטב עם עמדת הפמיניזם הליברלי של ה־NWP וחששו שהתערבות בחופש ההתקשרות של המעסיק תוביל לכך שהוא יעדיף שלא להעסיק נשים כלל, ושרגולציה מוגברת עלולה להוביל לכך שהשוק "יעניש" נשים. עמדתה של הנשיאה ביניש יוצאת מתוך נקודת מוצא שונה. היא גורסת כי תנאי השוק וגבולותיו כפופים למשפט

139 בדומה למשל לעריכת התאמות לפי ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152.  
140 לעיל הערה 130.

בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן : שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית

מלכתחילה, וכי ניתן להכתיב לשוק את אורחותיו. בדומה לעמדת ה־Labor Feminism, עמדתה של ביניש מייצגת אמונה רבה בכוחו של המשפט להצמיח שינוי בשוק. בשל כך, בג"ץ גורן עשוי להשפיע אף מעבר לקביעת שכר, לשינוי נורמות מושרשות בשוק, כנורמת העבודה הטוטלית. זאת ועוד, בפסק דינה בבית המשפט העליון מדגישה הנשיאה את ההקשרים הרחבים של אפליה בשוק העבודה, ובכך הוא מתקשר עם גישת הפמיניסטיות החברתיות של מעמד הפועלים וה־Labor Feminists, אשר הבינו כי מופעים שונים של האפליה מגדרית בשוק העבודה קשורים זה בזה, ובתפיסת העובד האידאלי. למהלך של הפיכת הנטל במקרים של פערים רחבים והסגתו של הצידוק השוקי במקרים דנן יש משמעות חשובה בקשר לדיני איסור האפליה ובקשר ליחס שבין המשפט לשוק. במאמר הסברתי כיצד ניתן יהיה להיעזר במהלך גם לצורך חיזוק טענות ביחס לעבודה אידאלית־טוטלית כאפליה בעבודה, ולכרסם כנורמת העבודה האידאלית, הנתפסת כנורמה שוקית ניטרלית אך בפועל מפלה הורים (ובעיקר נשים) לרעה. פסק הדין עשוי לשמש כלי להתמודדות עם נורמת העובד האידאלי, משום שהוא מקל במידת מה את הוכחת האפליה: מעסיק שמשלים עם פערי שכר משמעותיים בין גברים לנשים, הגם שהם נובעים מכוחות השוק, מסתכן בראייתו כמפלה לצורך חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. באמצעות ניתוח בג"ץ גורן ניתן לחזק את הטעון שלפיו כשם שמעסיקים יצטרכו לוודא כי השכר המשולם לעובדיהם אינו נגוע בפערים מגדריים משמעותיים לבל ייתפסו כמפלים, הרי שמעסיקים אף עשויים יהיו להידרש לפרקטיקות העסקה שלהם (למשל, שעות עבודה ארוכות) ולוודא שאינן משעתקות פערים מגדריים עמוקים. במאמר גם הצעתי קווים ראשוניים לגבולותיה של טענה זו.