

ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן

שרון רבין-מרגליות*

- א. הצגת הנושא בקצרה
- ב. מה באמת נקבע בפסק הדין בעניין גורן?
- ג. מדוע גישה המכירה בטענות הגנה שוקיות לפערי שכר אינה יכולה לצמצם את פערי השכר המגדריים?
 1. כללי
 2. מדוע נשים דורשות שכר נמוך יותר?
 - 2.1 דפוסי המשא ומתן של נשים שונים מאשר של גברים
 - 2.2 שכר הסף שנשים מוכנות לעבוד עבורו נמוך יותר מאשר זה של גברים
 - 2.3 ההתנהגות הפנים ארגונית של הנשים שונה מזו של הגברים
 - 2.4 סיכום ביניים באמצעות דוגמה
 3. מדוע אסור לקבל את הצידוק השוקי לפערי השכר המגדריים?
 - 3.1 הצידוק השוקי אינו תואם את המציאות
 - 3.2 הצידוק השוקי מאפשר הנצחה של הפליה תעסוקתית
 - 3.3 הצידוק השוקי מאפשר הנצחה של פערי שכר מגדריים
 - 3.4 ההכרה בצידוק השוקי אינה קוהרנטית
 4. סיכום ביניים
- ד. מדוע נחקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד - צמצום הגישה ה"שוקית" לקביעת שכר
 1. כללי
 2. מודל השוויון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה
 3. מדוע מודל השוויון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו כלי יעיל להילחם בפערי השכר בין המינים?
 4. מודל השוויון של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד
 5. חוק שכר שווה: דחיית הגישה השוקית
 6. סיכום ביניים: השוואה בין שני המודלים לשוויון של שני החוקים

* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה, המרכז הבינתחומי הרצליה.

- ה. האם בכל זאת יכול חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה להתמודד עם טענת ההגנה השוקית?
1. כללי
 2. מודל ההשפעה השונה ("הפליה עקיפה")
 3. שימוש במודל ההשפעה השונה על מנת להילחם בפערי השכר המגדריים
- א. סיכום

א. הצגת הנושא בקצרה

לפני כשנתיים ניתן פסק דין תקדימי בבית הדין הארצי לעבודה, שעסק בשאלה אימתי פערי שכר בין גבר לאישה המבצעים עבודה זהה מוצדקים! בסכסוך שעמד לדיון בבית הדין, פערי השכר בין העובדת, אורית גורן, לבין מי שעבד לצדה במחלקת כלי עבודה של סניף הומסנטרס (להלן: "הום-סנטר") ברמת-גן, גבר בשם סטפן מור, נבעו מהמשא ומתן האישי, שניהל כל אחד מן העובדים, בעת קבלתו לעבודה. השכר החודשי של אורית נקבע ל-3,500 ש"ח לחודש, שכר שהיה כמעט זהה לסכום שבו נקבה בשאלון האישי שהתבקשה למלא כמועמדת לעבודה. סטפן, לעומת זאת, נקב בסכום של 6,000 ש"ח בעת מילוי השאלון האישי, והשכר שסוכם עמו עמד על 5,000 ש"ח לחודש. משנודע לאורית כי סטפן, שביצע בדיוק אותה עבודה, באותה המחלקה, משתכר בכ-35% יותר, היא פנתה לממונים עליה בבקשה להשוות בין שכרה לבין שכרו, בהסתמך על האיסור החוקי להפלות בשכר מחמת מין. בקשתה נענתה בשלילה. הסירוב נתמך בטענה כי גובה השכר הוא תולדה של משא ומתן אישי בין כל עובד לבין הום-סנטר, וכי לעובדה שאורית היא אישה לא הייתה כל השפעה על גובה השכר הסופי.

הסכסוך המשפטי בין אורית לבין מעסיקה, חברת הום-סנטר, העלה על פני השטח נושא בעל חשיבות רבה בנוגע לאכיפת הזכות לשוויון בשכר בין המינים. בהתדיינויות קודמות שעסקו בתחימת העיקרון של איסור הפליה בשכר, נדונה בעיקר

¹ ע"ע (ארצי) 1156/04 הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' גורן (טרם פורסם, 20.11.2007) (להלן: עניין גורן); להחלטת בית הדין האזורי ראו עב' (אזורית ת"א) 300880/98 גורן אורית נ' הום סנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ (לא פורסם, 4.2.2004), (להלן: עניין גורן, אזורי); עו"ד ארנה לין שייצגה את גורן בתביעה בבית הדין, הבטיחה כי יוגש בג"ץ על החלטת בית הדין הארצי, ראו נורית רוט וחיים ביאור "ביה"ד לעבודה פוגע בסיכויי נשים לשוויון" הארץ Online 25.11.2007, ניתן לצפייה בכתובת: www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=927621&contrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0 (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009).

השאלה אם העבודות שביצעו האישה והגבר היו עבודות זהות, זהות בעיקרן או שוות ערך.² בתביעה של אורית גורן לא הייתה מחלוקת שמדובר בעבודות זהות, והשאלה המשפטית שעמדה לדיון הייתה אימתי מותר למעביד לשלם שכר שונה לעובדים המבצעים אותה עבודה. שאלה זו רלוונטית היום למספר רב של מעסיקים ועובדים שיחסי העבודה שלהם מוסדרים בחוזים אישיים.

מטרת מאמר זה היא לשכנע את הקורא שתשלום שכר שונה לגבר ולאישה שמבצעים אותה עבודה ושכישוריהם זהים, וכך גם איכות העבודה, התפוקה, הוותק וההכשרה (להלן: "גורמים פנימיים לעבודה"), אסור על פי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק שכר שווה" או "החוק"). חוק שכר שווה, בניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, אינו מחייב את התובע להוכיח כי המעביד הפלה אותו מחמת מינו. חוק שכר שווה מבוסס על מודל שלפיו כל שעל התובע להוכיח הוא קיומם של פערי שכר בין עובד גבר לעובדת אישה, המבצעים אותה עבודה, אצל אותו מעביד ובאותו מקום עבודה. משהוכחו פערי השכר באשר לעבודות הזהות, קמה אמנם למעביד זכות להתגונן בטענה כי יש טעם ענייני לפערי השכר,³ אך זכות זו מוגבלת להוכחת קיומם של גורמים פנימיים, ולא לטענות החיצוניות לעבודה, כגון: דפוס המשא ומתן שנוהל עם כל אחד מן העובדים, תנאי השוק בעת קבלת העובדים לעבודה או נסיבות אחרות, שאינן קשורות לעבודה עצמה, לתפוקה או לאיכות העבודה של כל אחד מן העובדים.

חוק שכר שווה נועד להילחם חזיתית בפערי השכר בשוק העבודה הישראלי. בישראל עדיין עומדים פערי השכר החודשי על כ-4.40% בשנת 2006 עמדה ההכנסה

² ראו דיון (ארצי) לז/71-3 "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ נ' שרה לדרמן, פד"ע ט(1) 255 (1978) (האם עובדת שהחליפה זמנית עובד גבר שיצא למילואים זכאית להשוואת שכר, אף שחלק מן המטלות שהעובד ביצע בוצעו על ידי עובדים אחרים בעת שהאישה שימשה כמחליפה? הוחלט שלמרות היעדר חפיפה מלאה במטלות, מדובר בעבודות שוות בעיקרן); ת"ע (ב"ש) 1576/99 נידם נ' ראלי חשמל ואלקטרוניקה בע"מ, פד"ע לט, א (2003) (האם מכירת מוצרי חשמל גדולים היא עבודה שוות ערך למכירת מוצרי חשמל קטנים? נקבע שכישורי המכירה והידע הטכני הנדרשים למכירת מוצרי חשמל גדולים שונים ומורכבים יותר מאשר הכישורים הנדרשים לשם מכירת מוצרי חשמל קטנים); ע"ע (ארצי) 222/06 כרם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 26.7.2007) (האם מי שמכהן באותה משרה, במקרה זה מנהל ועדה של הכנסת, מבצע בהכרח אותה עבודה? (לא הוכח דמיון בין תפקידה של התובעת לבין התפקיד של מנהלי הוועדות האחרים). במקרה זה הועסקה המערערת כמנהלת ועדות הכנסת. שלושה מנהלים גברים נוספים של ועדות הכנסת הועסקו בחוזים אישיים, שלפיהם שכרם היה גבוה משכרה של המערערת. המערערת דרשה מיו"ר הכנסת כי יוענק לה חוזה בכירים, אך בקשתה נדחתה מטעמים של מדיניות שכר.

³ ס' 6(א) לחוק שכר שווה.

⁴ לנתונים לגבי הכנסה כספית ברוטו משכר וממשכורת, לפי משלה יד ומין משנת 2005 ראו, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 58, 569 (2007), ניתן לצפייה בכתובת: www1.cbs.gov.il/shnaton58/st12_41.pdf (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009).

הממוצעת של גברים שכירים על 8,712 ש"ח, הכנסה הגבוהה ב-58% מההכנסה הממוצעת של נשים שכירות, שעמדה רק על 5,521 ש"ח.⁵ חלק מפערי השכר המגדרי בהכנסה חודשית נובע מהבדל בין מספר שעות העבודה של גברים ונשים.⁶ כאשר נלקחים בחשבון נתונים על היקפי המשרה, מצטמצם פער השכר לעשרים אחוזים. כלומר השכר השעתי הממוצע של נשים הוא בעשרים אחוזים נמוך יותר מהשכר השעתי הממוצע לגברים,⁷ או במילים אחרות, על כל שקל שגבר מרוויח, אישה מרוויחה רק שמונים אגורות. מכיוון שאיתור כל הסיבות לפערי השכר הללו הוא מורכב, החליט המחוקק הישראלי לתקוף את הבעיה על ידי חיוב מעסיקים לשלם שכר זהה לעבודות זהות, גם אם מקור הפערים איננו הפליה מחמת מין. החוק קבע חזקה משפטית שאיננה ניתנת לסתירה, שתשלום שכר שונה לגבר ולאישה המבצעים אותה עבודה הוא הפליה, וזאת על מנת לקדם באופן "אגרסיבי" את תכלית החוק, שהיא צמצום פערי השכר בין המינים.

היכולת להצביע על הגורמים האחראים לפערי השכר המגדריים במקרה נקודתי מוגבלת. יש לבחון שני מעגלים של סיבתיות. האחד, מהו הגורם האחראי לפערי השכר, והשני, היחס בין גורם זה לבין השיוך המגדרי של העובדת. כדי לפטור תובעות מן הצורך להוכיח את הקשר הסיבתי הכפול, פתח המחוקק ערוץ "מהיר", ולפיו כל שעל התובעת להוכיח הוא את זהות העבודות ופערי השכר. המעביד אינו יכול לחמוק מאחריות בכך שיטען לניתוק הקשר הסיבתי בין הגורם לפערי השכר לבין השיוך המגדרי. טענת ההגנה שלו מוגבלת רק להוכחה שאין מדובר בעבודות זהות, מבחינת מאפייני העבודה הפנימיים.

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נשען על מודל של קשר סיבתי. תובעת תצטרך להוכיח כי המעביד הביא בחשבון שיקול אסור, העובדה שהיא אישה, כאשר נקבע שכרה. יש להוכיח את הקשר הסיבתי, כלומר שאחת הסיבות לכך שהשכר שלה נמוך יותר היא העובדה שהיא אישה. כאמור, חוק שכר שווה אינו נשען על תפיסת הקשר הסיבתי, ולכן ייתכן מצב שבו תיקבע חבות על פי חוק שכר שווה ולא על פי חוק שוויון ההזדמנויות. באותם מצבים שבהם הוכחו פערי שכר בין המינים, אך לא הוכח שמין העובד ששכרו נמוך יותר הוא הגורם (או אחד הגורמים) שהשפיע על פערי השכר, תיתכן חבות על פי חוק שכר שווה, אך לא בהכרח על פי חוק שוויון ההזדמנויות. הבדל זה בין החוקים יכול להסביר מדוע נחקק חוק שכר שווה בשנת 1996, אף שחוק שוויון ההזדמנויות, שנחקק כעשור לפני כן (1988) אוסר גם הוא

⁵ ראו נתונים בהודעה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "סקר הכנסות 2006" 6 (13.8.2007), ניתן לצפייה בכתובת: http://www1.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hoda=200715150.

(נבדק לאחרונה ב-18.10.2009).

⁶ 45.4 שעות עבודה ממוצעות לגבר, ורק 34.8 שעות עבודה לאישה. שם.

⁷ השכר הממוצע השעתי של גברים עומד על 45.8 ש"ח, ואילו השכר הממוצע השעתי של אישה הוא 38.3 ש"ח. פער השכר השעתי העומד על כ-20% נשאר יציב מאז שנת 2003. שם.

הפליה בשכר מחמת מין.

המאמר כולל שישה חלקים. פרק ב' מנתח את העמדות השונות של השופטים בפסק דין בעניין גורן. דיון זה חשוב בעיקר על מנת להבהיר שהדיווחים הראשונים בתקשורת,⁸ אשר פירשה את פסק הדין כמתיר למעביד לשלם שכר שונה לעובדת ולעובד המבצעים אותה עבודה, היו מוטעים. מבדיקה של עמדות שלושת השופטים עולה כי יש רוב לקביעה שתשלום שכר שונה בנסיבות אלה אסור על פי חוק שכר שווה, כמו גם לקביעה שאין חפיפה מלאה בין אחריות על פי חוק שכר שווה לבין חוק שוויון ההזדמנויות. פרק ג' מספק את ההסבר הנורמטיבי מדוע נכון להתעלם מהשפעתם של גורמים חיצוניים לעבודה, כגון: המשא ומתן האישי, שנערך על השכר ודרישות להעלאת שכר במהלך תקופת העבודה, כאשר רוצים לצמצם את פערי השכר בין גברים לנשים. בפרק זה אני מציגה שורה של גורמים התורמים לפערי השכר בין המינים. המכנה המשותף לגורמים אלה הוא העובדה שהם נחזים לגורמים שוקיים, שאין בינם לבין הפליה מגדרית קשר ישיר. למרות זאת, כאשר בוחנים גורמים אלה באופן מעמיק יותר, עולה שמתן היתר למעבידים לקבל החלטות לגבי תגמול עובדים בהסתמך על קריטריונים אלה פוגע בנשים. פרקים ד' ו-ה מדגימים כיצד באות לידי ביטוי התובנות הנורמטיביות של פרק ג' בחוק שכר שווה ובחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. פרק ו' מהווה סיכום.

⁸ דוגמאות לדיווח כזה ניתן למצוא אצל נועם שרביט "ביה"ד: פער שכר בין גבר לאשה באותו תפקיד בעסק גדול – לא בהכרח הפליה" **גלובס** 21.11.2007, ניתן לצפייה בכתובת: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000277703 (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009). שם, כותב שרביט: "אם קיים במקום עבודה מספר גדול של עובדים, גברים כנשים, המבצעים את אותה עבודה, ורמת שכרם שונה האחד מהשני באופן לא חריג, אין בהכרח מדובר באפליה בשכר בין עובדים, כל עוד ההפרש אינו משמעותי. זאת, משום שיתכן שפערי השכר נובעים מהמו"מ שנוהל עם כל עובד והפירות השונים שנשא. כך קבע בית הדין הארצי לעבודה בפסיקה תקדימית, שהתקבלה ברוב דעות"; לדיווח דומה ראו חיים ביאור "אפשר לשלם פחות לנשים? ביה"ד הארצי לעבודה: במקום עבודה גדול – פער שכר בין גברים לנשים אינו בהכרח אפלייה" **TheMarker** 21.11.2007, ניתן לצפייה בכתובת: <http://career.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=hb> (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009); לעמדה הפוכה ראו: חיים ביאור ונורית רוט "מעסיקים רבים דורסים את העובדים" **הארץ** 9.12.2007, ניתן לצפייה בכתובת: www.haaretz.co.il/hasite/spages/932581.html (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009); ורתי אברהם "חידוש: חובה לחשוף כמה משלמים בתפקיד" **News1** 25.11.2007, ניתן לצפייה בכתובת: www.news1.co.il/ArticlePrintVersion.aspx?docId=146818&subjectID=1 (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009). שם, מובא ציטוט מפי הנשיא אדלר לפיו "טענותיה של הום-סנטר כי שכרה של גורן שולם כפי בקשתה ומעסיק אינו נדרש לשלם לעובד שכר גבוה מזה שביקש, אינן בבחינת הגנה טובה למעסיק בתביעה לפי חוק שכר שווה".

ב. מה באמת נקבע בפסק הדין בעניין גורן?

בימים שלאחר מתן פסק הדין בעניינה של אורית גורן התפרסמו כמה ידיעות עיתונאיות אשר הצהירו שבית הדין הארצי לעבודה קבע שמותר לשלם לנשים שכר נמוך יותר, אם השכר נקבע במשא ומתן אישי והוא תולדה של יכולת המיקוח האינדיבידואלית של אותה אישה.⁹ הטעות יסודה בכך שהכתבים השונים חשבו כי חוות דעתה של השופטת ורדה וירט-לבנה מייצגת את עמדת הרוב, אף שבנקודה זו שני השופטים האחרים שישבו בהרכב, הנשיא אדלר והשופט צור, חלקו עליה. שניהם קבעו באופן חד-משמעי, כפי שאסביר בהמשך, שפערי השכר בין אורית לסטפן שעברו זה לצד זה בסניף רמת-גן וביצעו בדיוק אותה עבודה, אסורים על פי חוק שכר שווה, וכי הטענה של הום-סנטר, שפערי השכר מקורם בהליך המשא ומתן האישי, אינה יכולה להתקבל כטענה לגיטימית במסגרת חוק שכר שווה. מכיוון ששני נציגי הציבור חברו האחד לחוות דעתו של אדלר והשני אמנם לחוות דעתה של השופטת וירט-ליבנה, אך גם להערותיו של השופט צור,¹⁰ עולה אפוא כי השופטת וירט-ליבנה הייתה היחידה שתמכה בגישה שלפיה ייתכנו נסיבות שבהן טענת ה"משא ומתן" תשמש טענת הגנה למעסיק בפני חבות מכוח חוק שכר שווה.

שלוש הן השאלות שעמדו לדיון בפסק הדין. האחת נוגעת להגדרת יחידת ההשוואה, מי ייחשב כאותו מעביד ואותו מקום עבודה. הוראת סעיף 2 לחוק שכר שווה היא שרק עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעביד ובאותו מקום עבודה זכאים לשכר שווה. את הדיון בשאלה זו אשאיר למועד אחר, שכן אורית וסטפן בוודאי עבדו אצל אותו מעביד (הום-סנטר) ובאותו מקום עבודה (סניף רמת-גן),¹¹ וכך פסקו שלושת השופטים. שאלה שנייה היא מהי טענת הגנה לגיטימית בפי מעביד הרוצה להסביר מדוע הוא משלם שכר שונה לגבר ולאישה המבצעים עבודה זהה. התשובה לשאלה זו היא על דרך הפרשנות של סעיף 6(א) לחוק שכר שווה, התוחם את גבולות טענת ההגנה של המעביד. השאלה האחרונה עסקה ביחס בין חוק שכר שווה לחוק שוויון ההזדמנויות, ובאופן ספציפי יותר, בשאלה אם לאחר שהוכחה עילת תביעה מחוק שכר שווה, זכאית התובעת אוטומטית לסעדים מכוח חוק שוויון ההזדמנויות. הפניה לסעיף הסעדים של חוק שוויון ההזדמנויות הייתה נחוצה לצורך פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק, סעד שאינו נכלל בחוק שכר שווה.¹² בשתי

⁹ ש.ם.

¹⁰ כך יצחק שילון, נציג העובדים: "אני מצטרף לחוות דעתו של הנשיא אדלר", ודוד בלומברג, נציג המעבידים: "אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת וירט-ליבנה ולהערותיו של השופט צור". עניין גורן, לעיל ה"ש 1.

¹¹ מדובר בתנאים מצטברים.

¹² ס' 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, קובע כי בית הדין לעבודה רשאי "לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק של ממון בשיעור שראה לו בנסיבות העניין".

שאלות אחרונות אלה נחלקו דעות השופטים, כך שלגבי כל אחת מהשאלות התקבל רוב אחר. הנשיא אדלר והשופט צור נתנו פרשנות מצמצמת לטענת ההגנה של המעביד מכוח סעיף 6(א) לחוק שכר שווה, ואילו השופטת וירט-ליבנה והשופט צור הסכימו, כנגד דעתו החולקת של הנשיא, שלא ניתן אוטומטית לפסוק סעדים מכוח חוק שוויון ההזדמנויות, לאחר שהוכחה חבות מכוח חוק שכר שווה. לגופו של ענין הסכימו כל השופטים שהם-סנטר הפרה את חוק שכר שווה במקרה שעמד לדיון, וכי היא חייבת לפצות את אורית ולהשוות את שכרה לזה של סטפן.

השופטת וירט-ליבנה כתבה את חוות הדעת המרכזית. היא הניחה את התשתית להוכחת חבות מכוח חוק שכר שווה. נטל ההוכחה הראשוני נח על כתפי התובעת להוכיח שמתקיימים תנאי סעיף 2 לחוק, שלפיו היא והעובד שהיא דורשת להשוות את שכרה לשכרו מועסקים אצל אותו מעביד, באותו מקום עבודה ומבצעים אותה עבודה.¹³ אורית עמדה בנטל זה כאשר הוכיחה כי היא וסטפן הועסקו באותה תקופה, שניהם כיועצים במחלקת כלי עבודה בסניף רמת-גן. משהוכיחה התובעת את קיומם של התנאים המצטברים בסעיף 2 לחוק יכול המעביד לטעון לקיום אחד החריגים הקבועים בסעיף 6(א) לחוק, ועליו נטל ההוכחה (סעיף 6(ב) לחוק).

בהקשר זה, קבעה השופטת וירט-ליבנה כי ייתכנו שיקולים חיצוניים לחוק שיש בהם כדי להפוך פערי שכר למותרים. לדעתה, יש להביא בחשבון את חופש ההתקשרות של הצדדים הבא לידי ביטוי בכך שהסכם העבודה, והשכר שנקבע, הם פרי משא ומתן חופשי בין העובד למעביד. במלאכת האיזון בין הזכות לשוויון, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק שכר שווה, לבין חופש ההתקשרות של הצדדים, כפי שבא לידי ביטוי בחוזה העבודה, יש להביא בחשבון שיקולים כגון השאלה אם למעביד מניע מהותי המצדיק שכר שונה, ואם אופן התנהלות מקום העבודה פוגע בזכות לשוויון בין העובדים. כמו כן, יש לקחת בחשבון מהי מידת הפגיעה. פערי שכר משמעותיים – כמו במקרה זה שבו אורית השתכרה כ-35% פחות מסטפן, בתפקיד שלא דרש מיומנות או מומחיות מיוחדים – יטו את כפות המאזניים לכיוון זכות השוויון, ואילו במקרים שבהם פערי השכר משמעותיים פחות יטו כפות המאזניים לכיוון עקרון חופש ההתקשרות. כך יהיה במקרים שבהם "יוכיח המעסיק כי במקום העבודה קיימת קבוצה גדולה דיה של עובדים; אשר רמות השכר בחזיהם הן בשיעורים שונים לאור המשא ומתן, שנוהל איתם בהסכמה; והפעור בין רמות השכר הוא לא יוצא דופן בנסיבות העניין".¹⁴ התחשבות בשיעור הפער מתחייבת מדרישת

¹³ חלופות אחרות הן הוכחה שמדובר בעבודת שוות בעיקרן. חלופה שנדונה בעניין לדרמן, לעיל ה"ש 2, או עבודות שוות ערך, חלופה שנדונה בעניין נידם, לעיל ה"ש 2.

¹⁴ עניין גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק הדין (ההדגשות במקור). מההיבט הסטטיסטי, דווקא ככל שקבוצת העובדים גדולה יותר (המדגם גדול יותר), פערי שכר קטנים יותר הם בעלי חשיבות סטטיסטית. זאת, מכיוון שככל שהמדגם גדול יותר, הסיכוי שפערי השכר הם אקראיים ולא תוצאה של גורם מסוים (למשל: הפליה) הוא נמוך יותר.

המידתיות של מלאכת איזון האינטרסים.

ההסבר לצורך להפעיל מנגנון איזונים הוא שיש לשמר את הזכות של המעביד לשלם שכר דיפרנציאלי. התערבות רבה מדי תטשטש את הגבולות בין המעביד הציבורי לפרטי ובין המעביד המאורגן הכפוף להסכמים קיבוציים לזה הפועל במסגרת חופשית של חוזים אישיים. התערבות עלולה אף לפגוע בציבור הנשים אשר החוק נועד להגן עליהן. הרחבת החובה להשוות שכר עלולה לתמרץ מעסיקים שלא להעסיק נשים מראש.¹⁵ הסבר זה הוא מרחיק לכת, שכן משמעותו היא לא לאכוף את החוק במודע, על מנת שנשים תוכלנה להמשיך למכור את כוח העבודה שלהן בזול יותר מאשר גברים ובכך לזכות בהזדמנויות עבודה על פני גברים (אם כי במחיר לא שווה לגברים).¹⁶ לנקודה זו אחזור בהמשך כאשר אסביר מדוע מתן משקל "מזכה" למשא ומתן האישי חותר תחת תכליתו של חוק שכר שווה ואולי אף חוק שוויון ההזדמנויות.

לגבי היחס בין שני חוקי השוויון קובעת וירט-ליבנה שאף שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר אף הוא הפליה מחמת מין בשכר, אין חפיפה בין האיסורים. **ראשית**, חוק שוויון ההזדמנויות דן רק בעבודות שוות ואינו כולל את ההרחבה שבחוק שכר שווה לגבי הזכות לשכר שווה, מקום שבו הוכח כי העובדים ביצעו עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך. **שנית**, הסעדים בשני החוקים שונים באופיים ומלמדים על אופיים השונה של החוקים. חוק שכר שווה מעניק זכות לפיצוי על הפרשי שכר עבור 24 החודשים שקדמו להגשת התביעה,¹⁷ ואילו מכוח חוק שוויון ההזדמנויות ניתן לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק,¹⁸ פיצוי שהוא עונשי-הרתעתי. בנוסף, הראיה שיש להציג לצורך ביסוס עילת תביעה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות היא כזאת המעידה על הפליה – על כך שמדובר במעסיק מפלה. לעומת זאת, כל שעל התובע להוכיח בשלב הראשוני בתביעה מכוח חוק שכר שווה הוא שמדובר בעובדים המבצעים עבודה שווה ומשתכרים שכר שונה. התשתית הראייתית הראשונית השונה מעידה על אות הקלון של הפליה המתלווה לאחריות מכוח חוק שוויון ההזדמנויות, הנעדרת מחוק שכר שווה ומצדיקה הטלת פיצוי עונשי במסגרת תביעה מכוח חוק

¹⁵ ההנחה של השופטת וירט-ליבנה היא כי בהינתן אכיפת החובה לשלם שכר שווה לגברים ונשים, יעדיפו חלק מן המעסיקים להעסיק גברים על פני נשים.

¹⁶ טיעון זה מזכיר את אחד הנימוקים המועלים (על ידי מעסיקים) כנגד אכיפת חוק שכר מינימום. הטענה היא כי אכיפת חוק שכר מינימום, בענפים מסוימים, מעלה את שיעור האבטלה בקרב העובדים הבלתי מיומנים. זאת, מכיוון שהמעסיקים לא ימשיכו להעסיק את היקף כוח האדם הנוכחי, אם הם יאלצו לשלם לכולם את שכר המינימום. תפיסה זו נשענת על שוק עבודה של מודל מחירים, שלפיו שכר העובדים הוא נקודת שיווי המשקל בין עקומות ההיצע והביקוש לעובדים בענף מסוים.

¹⁷ ס' 8(א) לחוק שכר שווה.

¹⁸ ס' 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות.

שוויון ההזדמנויות בלבד. מכאן שתובעת הרוצה ליהנות מהסעדים הקבועים בשני דברי החקיקה צריכה להוכיח בנפרד את יסודות העילה של כל אחד מן החוקים. עמדתו של הנשיא אדלר הפוכה. לדעתו, חוק שכר שווה הוא למעשה ביטוי ליישום עקרון ההעדפה המתקנת. החוק מתערב באוטונומיה של המעסיק ובחופש החוזים שלו, ומחייבו לשלם לגברים ולנשים שכר המחושב על פי אמת מידה אובייקטיבית של הערכה זהה. ההגנות הקבועות בסעיף 6(א) לחוק המגדירות מהם טעמים לגיטימיים לתשלום שכר שונה לעובדים המבצעים עבודה זהה אינם בגדר רשימה סגורה. מעסיק יכול להעלות טענות הגנה נוספות לפערי שכר, אך טענות אלה צריכות להיות דומות בטבען להגנות המנויות בסעיף 6(א) לחוק, כלומר נגזרות ממהות העבודה או מאופייה. הסברים הקשורים לחופש ההתקשרות ולכישורי המשא ומתן של העובדים שביניהם נערכת ההשוואה אינם יכולים להתקבל. לא מן הנמנע שעובדת תבקש לעצמה שכר נמוך מזה שידרוש מועמד גבר לאותה משרה. אך מעביד אינו רשאי לנצל חולשה זו או את חוסר ידיעתה לגבי רמות השכר המקובלות בארגון. קביעת השכר בהתאם לבקשת העובדת אינה מלמדת בהכרח על משא ומתן חופשי. במקרים רבים מעיד מצב זה על היפוכו של דבר, וזאת, כאשר הקבוצה שעמה נמנה העובד הדורש שכר נמוך סובלת מהפליה תעסוקתית, וכפועל יוצא כוח המיקוח של חברי הקבוצה חלש יותר.

לעניין היחס בין שני החוקים קובע הנשיא אדלר כי הפרת הזכות לתשלום שכר שווה מכוח חוק שכר שווה מצמיחה אוטומטית זכות לסעד מכוח חוק שוויון ההזדמנויות. ככל שמעסיק לא השכיל להצביע על נסיבות המצדיקות פערי שכר במסגרת סעיף 6(א) לחוק שכר שווה, ממילא נותרת המסקנה כי מדובר בפערי שכר הנעוצים במינה של העובדת, ועל כן קמה בהכרח אחריות מכוח חוק שוויון ההזדמנויות האוסר הפליה בשכר מחמת מינו של העובד (סעיף 2(א) לחוק). בשני החוקים לא נדרשת התובעת להוכיח כי למעביד הייתה כוונה להפלות, אלא ההפליה נבחנת על פי מבחנים אובייקטיביים.

השופט צור בחר בדרך ביניים. הוא אמנם הסכים עם פסק דינה של השופטת וירט-ליבנה, אך הסכמה זו התמקדה בעיקר ביחס בין שני דברי החקיקה. מסקנתו היא כמסקנתה, שאין חפיפה בין יסודות העילה בשני החוקים. אולם הוא מתנגד נחרצות לגישתה שיש לאפשר פערי שכר (לא גבוהים) שמקורם במשא ומתן האישי שמנהלים העובדים מול המעסיק.¹⁹ לדעתו, חופש ההתקשרות חייב לסגת מפני עקרון השוויון ואין מקום כלל לאזן ביניהם. העיקרון בחוק שכר שווה הוא ברור ולפיו "עובדים בעלי נתונים זהים המבצעים אותה עבודה עצמה זכאים לשכר שווה".²⁰ רק שונות עניינית מבחינת נתונים אישיים כגון ותק, ניסיון, הכשרה, היקף משרה או

19 ראו ההדגשה של חלק זה בעניין גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

20 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט צור.

אחריות, מצדיקים רמות שכר שונות לאותו תפקיד.

לסיכום: פסק הדין כולל שלוש חוות דעת שונות, ולגבי כל אחת מן השאלות המרכזיות נוצר רוב המורכב מעמדתם של שני שופטים. הנשיא אדלר והשופט צור מסכימים שאין לאפשר למעביד להתגונן בטענה ששכרה הנמוך יותר של העובדת נבע מדרישות השכר שהציבה בעת המשא ומתן המקדמי,²¹ ואילו השופטת וירט-ליבנה והשופט צור מסכימים שהוכחת עילת תביעה מכוח חוק שכר שווה אינה מצמיחה אוטומטית אחריות וזכות לסעדים על פי חוק שוויון ההזדמנויות.²² הרוב שהתקבל בעניין כל אחת מן השאלות משקף את הדין הרצוי. עם זאת, התשתית העיונית שהונחה לגבי מסקנות אלה חסרה. בפרקים הבאים אנסה להציג הסברים מלאים יותר להכרעות הנכונות שהתקבלו.

ג. מדוע גישה המכירה בטענות הגנה שוקיות לפערי שכר אינה יכולה לצמצם את פערי השכר המגדריים?

1. כללי

ניתן לספק שני סוגי הסברים לפערי השכר בין נשים לגברים.²³ אחד יתמקד בפעילות מפלה מודעת של מעבידים וארגונים בשוק העבודה. בקטגוריה זו ניתן לכלול הסברים שלפיהם מעסיקים מציעים ומשלמים לנשים שכר נמוך יותר כי הם מעריכים את עבודתן בחסר לעומת עבודתם של גברים בעלי כישורים זהים. מעסיקים אלה פועלים על סמך דעות קדומות כנגד כישוריהן ואיכות עבודתן של נשים. הפליה מודעת היא גם מצב שבו המעביד משלם לנשים שכר נמוך יותר כי הוא יודע שנשים מסכימות לעבוד תמורת תגמול נמוך יותר. המאפיין המאחד את ההסברים הנופלים לקטגוריה זו הוא שהמעביד מודע לכך שהוא מתגמל נשים באופן שונה. הוא מביא בחשבון את מין העובד כאשר הוא מקבל החלטה באשר להיקף השכר והתגמול של העובדים, יהא זה כי הוא מחזיק בדעות קדומות נגד עבודת נשים או מכיוון שהוא מנצל את העובדה שנשים מסכימות לעבוד עבור שכר נמוך יותר.

הסבר שני הוא שתרבות ארגונית או פרקטיקה מסוימת שהמעביד מאמץ, מובילה לתגמול נמוך יותר לנשים. הסבר זה שם דגש על כך שגורמים שהם לכאורה ניטרליים (לא מין העובדים) אחראים לחלק מפערי השכר הנצפים. הקטגוריה הזאת כוללת

²¹ לעמדה זו מצטרפים גם שני נציגי הציבור, דבריהם מצוטטים לעיל בה"ש 10.

²² לעמדה זו מצטרף נציג המעבידים מר דוד בלומברג. שם.

²³ כוונתי לפערי שכר שאינם תוצר של סוג העבודה, הכישורים הנדרשים לבצע את העבודה, התנאים הפיזיים, היקף המשרה, ניסיון וכדומה. אלה הם הגורמים הפנימיים לעבודה עצמה. כאשר יש שונות במאפיינים אלה, לא ניתן לדבר על עבודות זהות.

הסברים פסיכולוגיים, חברתיים וארגוניים, כגון אלה שלפיהם נשים לא מנהלות משא ומתן על השכר הראשוני שמוצע להן, נוקטות פחות יזמה מגברים כדי לשפר את שכרם תוך כדי העבודה, בין שעל ידי בקשות תקופתיות להעלאת השכר ובין שעל ידי חיפוש עבודה חלופית. נשים נוטות פחות מגברים לפעול במאורגן נגד המעביד. התארגנות, גם אם לא פורמלית (בארגון עובדים יציג), מפעילה כוח על המעביד, ולכן תנאי עבודה של קבוצות עובדים מאורגנות טובים יותר מאשר של עובדים שאינם פועלים תוך הפעלת לחץ משותף.

במסגרת שני סוגי ההסברים לפערי השכר נכללות גם טענות שוקיות לפערי השכר. טענות שוקיות הן ניסיון לגייס את עקרונות השוק החופשי, כגון היצע וביקוש, השאת רווחים על מנת להצדיק פערי שכר בין גברים לנשים. טענת ההגנה מסכמת בטיעון "זה לא אני, אלא השוק החופשי שמחייב אותי לשלם שכר נמוך יותר לאישה ספיציפית או קבוצת נשים". כאשר מעביד מציע שכר נמוך יותר לאישה מכיוון שהוא מודע לכך שנשים מסכימות לעבוד עבור שכר נמוך יותר מאשר גברים, הוא פועל על פי סיווג מיני. הוא מציע את השכר הנמוך כי עומדת בפניו אישה. זה מקרה הנופל לגדר ההסבר מהסוג הראשון: מתן יחס שונה לנשים מחמת היותן נשים. מנגד, מעסיק זה, שלא כמו מעסיק המציע שכר נמוך לנשים על בסיס דעות קדומות, פועל על בסיס מניעים כלכליים-שוקיים. המעביד איננו הגורם המתמחר את עבודת הנשים בחסר, אלא השוק. המעביד נתפס כמי שמשלם את השכר השוקי של כל עובד, כאשר התמחור בחסר לעבודת הנשים הוא חיצוני למעביד המסוים.²⁴ תפיסת השוויון הרווחת כיום אינה מאפשרת למעבידים להיתלות בכוחות השוק על מנת להתגונן מפני תביעות בגין הפליה מינית, כאשר ברור שהמעביד ערך סיווגים על בסיס מין לצורך קביעת שכר העובדים.²⁵ אנחנו מצפים מהמעביד להתעלם מיכולתו השוקית לשלם לנשים שכר נמוך יותר מגברים, ו"ניצול" יכולת זאת נתפס כפעילות מפלה.²⁶

²⁴ המעביד הוא בבחינת "לוקח מחיר" (Price Taker) ולא "קובע מחיר" (Price Setter).

²⁵ איסור זה משתמע מהציווי הכללי בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, האוסר על מעבידים להפלות עובדים בתנאי עבודה מחמת מינם. טרם ניתן פסק דין ישראלי שעסק באופן ישיר בשאלה זו, אך מעניין גורן, לעיל ה"ש 1, ניתן להבין כי שלושת השופטים הסכימו שאם הוים-סנטר הייתה מעלה טענה שלאורית שילמו שכר נמוך יותר כי היא אישה, והיה ברור שכאישה היא תסכים לעבוד בשכר נמוך יותר מגברים, היה בכך משום הפרה הן של חוק שכר שווה והן של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

²⁶ בבית המשפט העליון האמריקני נדונה הסוגיה בפסק דין, *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188, 205 (1974). בפסק הדין, היחיד עד כה, שעסק בחוק שכר שווה האמריקני (Equal Pay Act, 1963) נקבע שפערי השכר בין הנשים לגברים נבע מכך שהגברים לא הסכימו לעבוד עבור השכר שבו הסכימו הנשים. מצב זה שיקף שוק עבודה שבו המעביד יכול היה לשלם שכר נמוך יותר לנשים עבור עבודה זהה. העובדה שהמעביד ניצל את המצב אולי מובנית מנקודת המבט הכלכלית, אך התשלום השונה, הפך לבלתי חוקי, מרגע שהקונגרס קבע את העיקרון של תשלום שכר שווה עבור עבודה שווה.

לעומת זאת, כאשר אנחנו מתרחקים מפרקטיקה של סיווג ישיר של עובדים על בסיס מין, טענות בדבר תגמול עובדים על בסיס שיקולים שוקיים מתקבלות יותר באהדה.²⁷ בפרק זה אני מקדמת את הטיעון הנורמטיבי שיש לבחון בקפדנות את הצידוק השוקי לפערי השכר בין המינים. בפרק ג'2 אני מציגה מחקרים פסיכולוגיים, חברתיים וארגוניים, המלמדים שפערי שכר בין המינים עלולים לצמוח על רקע החלטות ופרקטיקות ניהוליות לקביעת שכר שאינן נשענות ישירות על סיווג עובדים על בסיס מין. זאת, מכיוון שיש מאפיינים משותפים לכל אחת מן הקבוצות המגדריות בהתנהלותה בשוק העבודה, ולכן לכללים הניטרליים שמאמץ המעביד יש השפעה שונה על כל אחת מהקבוצות. בפרק ג'3 אני טוענת שהתעלמות ממצייאות זו, באצטלה של הצידוק השוקי, גוררת תוצאה לא רצויה של העמקת פערי השכר המגדריים. מעסיקים ממשיכים לקבל החלטות נקודתיות על תגמול עובדים על בסיס קריטריונים ניטרליים "שוקיים" (לא מין העובד) שנחזים כלגיטימיים, אך פוגעים בנשים כקבוצה.

2. מדוע נשים דורשות שכר נמוך יותר?

2.1 דפוסי המשא ומתן של נשים שונים מאשר של גברים

בספרן WOMEN DON'T ASK: NEGOTIATION AND THE GENDER DIVIDE מציעות החוקרות LINDA BABCOCK ו-SARA LASCHEVER הסבר ייחודי לפערי השכר המגדריים.²⁸ לטענתן, חלק מפערי השכר הם תולדה של הססנותן של נשים ביחס לגברים לנהל משא ומתן יעיל על שכרן ההתחלתי ונכונותן בהמשך לדרוש העלאות שכר תקופתיות. לאפקט המצטבר של שכר התחלתי נמוך ושכיחותן הנמוכה של העלאות שכר תקופתיות יש תרומה לפערי השכר במקומות עבודה שבהם תגמול העובדים מתבסס על כישורי המשא ומתן האישיים של העובדים מול ההנהלה.²⁹

²⁷ ראו חוות דעתה של השופטת וירט-ליבנה בעניין גורן, לעיל ה"ש 1. בעב' 5817/00 נגלר נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פס' 55 לפסק הדין (לא פורסם, 15.11.2004), שם קבעה השופטת גליקסמן כי אין לקבל את הטענה שלפיה "חל איסור מוחלט על קביעת תנאי שכר ותנאי עבודה שונים לעובדים במקרה שבו הם מבצעים אותה עבודה או שנתונייהם שווים, כאשר אין מדובר בהפליה על בסיס הטעמים האסורים המקובלים". קביעה זו "מתעלמת מהצורך להתאים את תנאי העבודה והשכר למציאות המשתנה". עקרון ההגינות קובע כי ייתכן שקביעת תנאי השכר והעבודה השונים נעשתה משיקולים הגיוניים, כגון: הצורך להתאים את תנאי השכר והעבודה לתנאי השוק המשתנים.

²⁸ LINDA BABCOCK & SARA LASCHEVER, WOMEN DON'T ASK: NEGOTIATIONS AND THE GENDER DIVIDE (2003).

²⁹ הכתבות מציגות את הדוגמה המספרית הבאה להמחיש כיצד פער בשכר ההתחלתי בין שני

הספר מתבסס על מחקרים אמפיריים שבאמצעותם מסבירות הכותבות מדוע נשים מרגישות פחות נוח מגברים בזירת המשא ומתן על השכר.³⁰ אחד המחקרים מלמד כי שכרם ההתחלתי של גברים בוגרי תכניות דוקטורט שנקלטו במסלול האקדמי של האוניברסיטאות היה גבוה ב-7.6% מזה של נשים במעמד זה. ההסבר לפער זה הוא ש-57% מהגברים דרשו שכר גבוה יותר מזה שהוצע להם מלכתחילה, אבל רק 7% מהנשים דרשו זאת. בוגרים (נשים וגברים) שניהלו משא ומתן על השכר ההתחלתי שהוצע להם הצליחו להעלות את ההצעה ההתחלתית ב-7.4%. החוקרות ציינו שהדיקנים ציפו שהמועמדים החדשים ינהלו משא ומתן, ולא הצליחו להבין מדוע נשים נמנעו מכך.³¹

ההסבר שהכותבות מספקות להבדלים ההתנהגותיים שנצפו במשא ומתן הוא מעט סטריאוטיפי: בשלבי החברות המוקדמים, מחונכים ילדים בנים לבקש את הדברים שהם רוצים ולהאמין שיש להם שליטה על הנסיבות המעצבות את חייהם, ואילו ילדות מחונכות להתמקד בצרכים של הזולת ולהפעיל פחות שליטה עצמית על הנסיבות הסביבתיות שלהן.³² מכאן שנשים נוטות להאמין פחות שהן יכולות לשנות את מצבן האישי.³³ כאנשים בוגרים החברה מצפה מגברים להיות נועזים ואגרסיביים בקיום האינטרסים שלהם. מנשים הציפיה היא להתנהג באופן לא אנוכי וצנוע. נשים מרגישות פחות נוח בסיטואציה של תחרות מאשר גברים המחונכים להתחרות.³⁴ זירת המשא ומתן עם המעביד נתפסת כזירה תחרותית, ולכן נשים נמנעות מליטול בה חלק פעיל.³⁵ הסבר אחר לדרישות השכר הנמוכות יותר הוא שנשים מעריכות פחות טוב מגברים את השווי האמיתי של עבודתן, או

עובדים עלול להתירגם לפער של מעל חצי מיליון דולר הכנסות על פני 38 שנות עבודה: שני עובדים בעלי נתונים דומים מתחילים לעבוד בגיל 22. לשניהם מוצע שכר התחלתי של 25,000 דולר לשנה. הגבר מנהל משא ומתן ומעלה את השכר ל-30,000 דולר. האישה מקבלת את ההצעה כפי שהיא. גם אם שניהם יקבלו העלאות שכר שנתיות בשיעור של 3%, יתרחב פער השכר ביניהם ל-15,000 דולר. בגיל 60 ישתכר הגבר 92,243 דולר, ואילו שכר האישה יעמוד על 76,870 דולר. הערך הנומינלי של שכר הגבר העודף הוא 361,171 דולר. בהנחה שהגבר היה משקיע את השכר העודף שלו בבנק בריבית שנתית של 3%. בגיל 60 היה לו 568,834 דולר יותר מלאישה שהחלה לעבוד איתו. שם, בעמ' 5.

30 חלקו השני של הספר עוסק בדרכים שבהן נשים יכולות לשפר את כישורי המשא ומתן שלהן, אך חלק זה איננו מעניינו של מאמר זה.

31 שם, בעמ' 1-2.

32 שם, בעמ' 11.

33 במבחן אישיות הבודק את האמונה של הנבחן שהוא יכול לשנות את נסיבותיו, לנשים 45% סיכוי גבוה יותר לקבל ציון נמוך. שם, בעמ' 19-20.

34 שם, בעמ' 102-107.

35 בסקר אחד שערכו הכותבות פי 2.5 נשים דיווחו שהן מרגישות לחץ נפשי חזק כאשר הן נדרשות לנהל משא ומתן הכרוך בהעלאת דרישות עבור עצמן. נשים מטילות ספק בכישוריהן לנהל משא ומתן, והן מפחדות שהאווירה התחרותית תפגע במערכות יחסים קיימות. שם, בעמ' 114.

שהיעדים שהן מציבות לעצמן במשא ומתן הם צנועים יותר מאשר אלו שגברים מציבים לעצמם.³⁶ במשא ומתן יש מתאם חזק בין היעדים שהאדם מציב לעצמו לבין תוצאות המשא ומתן. גברים מרגישים יותר נוח לשאת בסיכון של היעדר הסכמה, ואילו הנשים, שונאות הסיכון, חוששות ממצב שבו לא יגיעו להסדר המקובל על שני הצדדים.

2.2 שכר הסף שנשים מוכנות לעבוד עבורו נמוך יותר מאשר זה של גברים

בעבור אותה עבודה, נשים מוכנות לקבל שכר נמוך יותר. כלומר שכר הסף שונה עבור שני המינים.³⁷ זו תופעה נפרדת מסגנון המשא ומתן השונה. גם אם נשים וגברים היו מנהלים משא ומתן אפקטיבי באותה המידה, הרי אם נשים מוכנות לבצע עבודה עבור תגמול נמוך יותר, שיעור השכר שהוא תולדה של הסכמה חוזית בין המעביד לעובדת, ישקף פער זה. במסגרת של יחסי עבודה אישיים, שבו התגמול נקבע במשא ומתן אישי, שכרו של כל עובד נופל בטווח שבין שכר הסף שבו מוכן העובד לבצע את העבודה, לבין שכר המקסימום שהמעביד מוכן לשלם עבור ביצוע העבודה. אם יש מתאם בין מגדר לבין שכר סף, יהיה מתאם גם בין מגדר לשכר הסופי המוסכם עם המעביד. השאלונים שמועמדים לעבודה מתבקשים למלא ושהבהם הם נשאלים על ציפיות השכר שלהם, משמשים את המעביד להערכות מהו שכר הסף של המועמד.³⁸ טקטיקה זו שימשה את הווס-סנטר בעניין גורן. מילוי השאלון חשף כנראה ששכר הסף של אורית גורן נמוך משמעותית משכר הסף של סטפן, ולכן השכר שהוצע לה היה, בהתאם, נמוך יותר.

מדוע שכר הסף של נשים נמוך יותר? הסבר אחד הוא שנשים מודעות להפליה המגדרית בשוק העבודה. הן חושבות שעל מנת לקבל את העבודה הן צריכות להציע את שירותיהן בשכר נמוך יותר. הסבר אחר הוא שעבור משקי בית רבים עבודת האישה היא בגדר משכורת שנייה, ולכן שכר הסף של תת-קבוצת נשים אלה הוא נמוך יותר. אחרים מסבירים את התופעה דווקא מהכיוון ההפוך: ישנן נשים רבות שהן מפרנסות יחידות להן ולילדיהן. תת-קבוצה זו צריכה להתפרנס בכל מחיר, ולכן שכר הסף שלה נמוך יותר.

³⁶ שם, בעמ' 130-140.

³⁷ שכר הסף הוא השכר המינימלי שעבורו העובד מוכן לבצע את העבודה המסוימת.

³⁸ רוב המועמדים רואים בשאלה זו שאלה לגיטימית, שנועדה לאפשר למועמד להציג את ציפיות השכר שלו. מועמדים רבים לא מבינים שבכך שהם נוקבים ראשונים בסכום היעד, הם חושפים מידע חשוב. ככלל, כדאי למועמדים שהמראיין יחשוף ראשון מהו טווח השכר. ציפיות השכר שכל עובד מציין הן בדרך כלל גבוהות יותר משכר הסף האמיתי, על מנת לאפשר משא ומתן כלפי מטה. אך ככל ששכר הסף גבוה יותר, הוא ישתקף בסכום שינקוב העובד בשאלון או בריאיון האישי.

פרשנות מתחום הפסיכולוגיה החברתית מאירה את תופעת שכר הסף הנמוך יותר מכיוון אחר. נשים מעריכות בחסר את עבודתן. כאן ההסבר אינו מתמקד בהפליית שוק של עבודת נשים – תמחור חיצוני נמוך לעבודת הנשים, אלא מתמקד בשווי הנמוך שמקצה האישה לעבודתה. שווי זה משפיע על שכר הסף שעבורו האישה מוכנה לעבוד. בניסוי אחד נתבקשו סטודנטים לבצע עבודה. לאחר ביצוע המטלה מחצית מהקבוצה נתבקשה להחליט כמה שכר מגיע להם עבור העבודה, והמחצית השנייה נתבקשה לקבוע כמה לשלם לסטודנטים האחרים שביצעו את העבודה. בין הסטודנטים שנתבקשו להחליט על השכר עבור עצמם, דרשו הנשים 19% פחות מאשר הגברים. בין הסטודנטים שנתבקשו לקבוע את שכרם של סטודנטים אחרים, נשים שילמו לזולת (כולל לנשים אחרות) יותר מאשר גברים. שכר זה היה גבוה יותר מהשכר שנשים הציעו עבור עצמן.³⁹ בניסוי אחר התבקשו המשתתפים לבצע מטלה עבור 4 דולר. כל משתתף היה צריך להפסיק לעבוד בשלב שבו הוא הרגיש שהוא "הרוויח" את ה-4 דולר שניתנו לו. נשים עבדו 22% יותר מאשר הגברים, וביצעו 32% יותר עבודה עבור הסכום שניתן. כלומר נשים עבדו מהר יותר, ויותר זמן.⁴⁰

היעדר מידע על שווי השוק של העבודה שלהן משפיע על נשים כאשר הן מגבשות את שכר הסף שעבורו הן מוכנות לעבוד. במאמר אחר דנתי בחשיבות של מעבר מידע בין עובדים על שכרם כגורם שיכול לסייע בצמצום פערי שכר מגדריים.⁴¹ אם לנשים יש נטייה להעריך בחסר, לעומת גברים, את השווי השוקי של עבודתן, נגישות לנתונים על השכר המשתלם לעובדים המבצעים אותה עבודה מסייע להן לעדכן כלפי מעלה את הערכות החסר. המקרה של אורית גורן מדגים את הערכת החסר ועדכון הציפיות שבא בעקבות קבלת המידע על השכר הגבוה שקיבל סטפן.⁴² סעיף 7 לחוק שכר שווה, המקנה זכות לקבלת מידע על שכר העובדים בארגון, מנסה לפתור, חלקית, את בעיית המידע, ולאפשר לנשים להתעדכן מהן רמות השכר

³⁹ Charlene M. Callahan-Levy & Lawrence A. Messe, *Sex Differences on the Allocation of Pay*, 37(3) J. PERS. SOC. PSYCHOL. 433 (1979). החוקרים לא מצאו שונות בין הערכות של גברים ונשים את טיב העבודה שהם עצמם ביצעו. משמעות הדבר היא שנשים לא שילמו לעצמן פחות כי הן האמינו שהעבודה שלהן פחות טובה משל התלמידים האחרים, אלא רק שהנשים איבדו את היכולת להעריך מה שווי העבודה, כאשר דובר בהערכת שווי עצמית, ולא של משתתף אחר. במחקר דומה הפער בהקצאה עצמית של שכר עמד על 63% יותר לטובת הגברים: Brenda Major, Dean B. McFarlin & Diana Ganon, *Overworked and underpaid: on the Nature of Gender Differences in Personal Entitlement*, 47(6) J. PERS. SOC. PSYCHOL. 1399 (1984).

⁴⁰ Major, McFarlin, Ganon שם.

⁴¹ שרון רבין-מרגליות "רגולציה של שיחות בין עובדים על שכרם" **עיוני משפט** ל 189 (2006).

⁴² כזכור, אורית פנתה לממונים עליה להשוואת שכרה, לאחר שנודע לה, שסטפן מרוויח שכר שהוא משמעותית גבוה משלה.

המקובלות במקום העבודה שלהן לעבודה שהן מבצעות.⁴³ ניסוי המשך לניסוי שבו נתבקשו הסטודנטים להעריך את שווי עבודתם העצמית, כלל רכיב נוסף שבו עורך הניסוי "שכח בטעות" ליד הסטודנט רשימה (פיקטיבית) של השכר שהקצו סטודנטים קודמים לעבודתם. הרשימה כללה שמונה שמות, ארבעה של נשים וארבעה של גברים, כאשר הממוצע לכל אחת מקבוצות המין היה כמעט זהה. כעת שילמו לעצמם, גברים ונשים כאחד, סכומים דומים, שתאמו את הממוצע ברשימה.⁴⁴ מחקר זה, ומחקר מאוחר יותר שהגיע לאותן המסקנות, מצביעים על כך שפערי מגדר נעלמים כאשר נשים וגברים מקבלים את אותו מידע לגבי השכר הנהוג עבור עבודה מסוימות, וכי חסך במידע רלוונטי דוחף נשים להציע את כוח העבודה שלהן בשכר נמוך יותר מאשר גברים.⁴⁵

שכר הסף הנמוך יותר של נשים יכול להיות מוסבר על ידי האופן השונה שבו נשים מבינות את היחס בין השכר ההתחלתי שבו יגויסו לבין העלאות השכר העתידיות בהמשך. נשים מתייחסות לשכר ההתחלתי כנקודת פתיחה בלבד. האסטרטגיה שלהן היא להסכים לעבוד עבור שכר נמוך יותר, ובכך לשריין לעצמן את התעסוקה שבה הן מעוניינות. הן חוששות שאם הן תדרושנה שכר גבוה יותר ממועמדים אחרים, המעביד יעדיף להעסיק את העובד "הזול" יותר, על פניהן. עם זאת, הן מאמינות שכשתתחלנה לעבוד, והמעביד יתרשם מאיכות עבודתן, הן תצלחנה באמצעות העלאות שכר תקופתית להדביק את פערי השכר המקוריים.⁴⁶ גברים רואים בדרישת השכר הראשונית שלהם איתות (Signal) לגבי כישוריהם. דרישות שכר גבוהות הן איתות למעביד שיש להם כישורים טובים, ולכן המעביד יעדיף אותם על פני מועמדים אחרים. הם אינם מטרידים את עצמם בשאלה אם דרישת שכר גבוהה יותר מאשר השכר שהמעביד מתכוון לשלם תפגע בסיוכיהם להתקבל לעבודה. הם מוכנים להיכנס למשא ומתן על השכר, ואינם מרגישים שמשא

⁴³ ס' 7 לחוק שכר שווה קובע: "מעביד ימסור לעובדו, לפי דרישת העובד, מידע לענין חוק זה בדבר רמות השכר של עובדים המועסקים אצלו, לפי סוגי עובדים, סוגי משרות, או סוגי דירוגים, ובלבד שהמעביד אינו חייב למסור מידע אלא במידה הדרושה לפי הענין, שיימנע מגילוי פרטים מזהים של עובדים, ושאינן במסירת המידע הפרה של כל דין אחר". פרשנות לחובת מסירת המידע ניתנה בעב' (י"ם) 1551/00 אלוני נ' אורט מכללות ובתי ספר למדעים ולטכנולוגיה מתקדמת, תק"עב (1)01 (1)3717 (2001) (על המעביד למסור מידע לעובדת בדבר שיעורי השכר של עובדים המבצעים אותה עבודה, גם בטרם הוגשה תביעה לבית הדין).

⁴⁴ Major, McFarlin, Ganon, לעיל ה"ש 39. תוצאה זו לא השתנתה גם תחת התנאי שבו קבוצת הנשים ברשימה הפיקטיבית שילמה לעצמה יותר מאשר הגברים או ההפך. בשני המצבים לא נמצאו פערים מגדריים בין מה שהגברים והנשים בחרו לשלם לעצמם.

⁴⁵ Wayne H. Bylsma & Brenda Major, *Two Routes to Eliminating Gender Differences in Personal Entitlement*, 16(2) PSYCHO. WOMEN QUART. 193 (1992)

⁴⁶ DEBORAH TANNEN, *TALKING FROM 9 TO 5: WOMEN AND MEN AT WORK: LANGUAGE, SEX AND POWER* (1998).

ומתן מסוג זה מעכיר את היחסים בין הצדדים או פוגע בהם בדרך כלשהי. דרישת השכר הגבוהה של הגברים מתקשרת היטב לדפוסי המשא ומתן השונים בין גברים לנשים. הגברים אינם מפחדים מן העימות, ומוכנים לדרוש באופן ישיר את מה שהם רוצים.⁴⁷

דרישת השכר הנמוכה יותר של נשים יוצרת פערי שכר כבר בשלב הקבלה לעבודה, אך משפיעה גם על פערי השכר במהלך תקופת העבודה. נשים אמנם מצפות שהמעביד יתגמל אותן על פי איכות העבודה. כאמור, הן חושבות שהעובדה שהן התחילו בעמדת נחיתות מבחינת שכר, תתוקן בשלבים מאוחרים יותר. הנתונים, עם זאת, מלמדים שיש קשר ישיר בין השכר ההתחלתי לשכר ההמשך. העלאות השכר נקבעות על פי אחוזים מן השכר הנוכחי, כאשר מסגרת העלאת השכר באחוזים היא קבועה פחות או יותר. התנהלות זו רק מעצימה את פערי השכר בין שני עובדים שהחלו לעבוד במשכורת התחלתית שונה.⁴⁸

2.3 ההתנהגות הפנים ארגונית של הנשים שונה מזו של הגברים

נשים מאמינות שאם הן תעבודנה היטב המעביד יכיר בערך עבודתן ויעלה את שכרן גם מבלי שיפנו אליו.⁴⁹ גברים נוטים יותר מנשים ליזום דרישות שכר תקופתיות מהמעביד.⁵⁰ גברים נוטים יותר מנשים לחפש באופן אקטיבי עבודה חלופית, לעתים רק על מנת לבוא עם ההצעה המתחרה למעביד ולדרוש העלאת שכר. נשים אינן פועלות כך. זאת, בין היתר, כי הן רואות בחיפוש עבודה חלופית, כאשר אין להן עניין אמיתי לעבור מקום עבודה, התנהגות לא ראויה. מדוע שהן יציגו עצמן כמי שמחפשות עבודה כאשר אין בכוונתן לשנות את מקום העבודה שלהן? הן חוששות שאם הדבר ייוודע למעביד שלהם, הוא יראה בחיפוש העבודה הצהרה של חוסר נאמנות כלפיו.

סדרת ההתנהגויות השונה מעצימה פערי שכר בין גברים לנשים: יש מתאם בין העלאות שכר לבין דרישות שכר של עובדים. עובד שדורש העלאת שכר מקבל יותר ממי שמחכה שהמעביד יעלה את שכרו על דעת עצמו. עובד שמציג למעבידו הצעות עבודה מתחרות מקבל העלאת שכר, אם המעביד מעוניין לשמור עליו בתוך הארגון. נשים נוטות פחות מגברים להתארגן במסגרות פורמליות (ארגוני עובדים, ועדים) ובלתי פורמליות (יצירת קול קולקטיבי אד הוק), ולהפעיל לחץ על המעביד שלהם לשיפור תנאי העבודה. התוצאה היא שבמקומות עבודה שיש בהם בידול תעסוקתי,

47 זאת התיזה המרכזית של ספרן של LASCHEVER & BABCOCK, לעיל ה"ש 28.

48 לדוגמה המספרית הממחישה נקודה זו ראו לעיל ה"ש 29.

49 TANNEN, לעיל ה"ש 46.

50 דרישות השכר היזומות מטרטן לא רק להעלות את השכר, אלא לשלוח אות (Signal) למעביד שהעובד חושב שהוא מבצע את עבודתו היטב.

תנאי העבודה למקצועות הגבריים יהיו טובים יותר מאשר אלו הניתנים לתפקידים הנשיים. זהו איננו הסבר שוקי לפערי השכר בין מקצועות נשיים לגבריים. מדובר על מצבים שבהם התמחור השוקי החיצוני של העבודות דומה, אך בגלל תהליכים פנים ארגוניים מעלה המעביד את השכר לעובדים המועסקים בעבודות הגבריות, בלא קשר לשווי השוקי החיצוני שלהם:

LEGALIZING GENDER INEQUALITY: COURTS, MARKETS, AND בספר
 של נשים להשוואת שכר בארגון. לטענתם, בכל התביעות, אף על פי שהמעביד טען שפערי השכר נבעו מאילוצים שוקיים חוץ-ארגוניים, ניתוח הנתונים והממצאים מלמד שפערי השכר נבעו מהתנהלות פנים ארגונית. נקודת המבט של הכותבים היא סוציולוגית. הם מבקרים את בתי המשפט שאימצו את הגישה ששוק העבודה, ולא המעבידים, הם המקור לפערי השכר. לטענתם, מקור חשוב לפערי השכר היא הפוליטיקה הפנים ארגונית וכישלונם של מעסיקים להעניק לנשים כוח פנים ארגוני, בדומה לגברים.

אחד המקרים שהם מנתחים עסק בתביעה של עובדות בתפקידים פקידתיים באוניברסיטה של Iowa.⁵² התביעה נשענה, בן היתר, על דוח של חברת ייעוץ חיצוני שהאוניברסיטה שכרה את שירותיה על מנת שתבחן את מבנה השכר של העובדים. הדוח כלל המלצות להשוות את דירוגן של חלק מעבודות הפקידות לעבודות שדרשו מאמץ פיזי, עבודות שבוצעו בעיקר על ידי גברים. קבלת ההמלצות הייתה משפרת את השכר של אותן עבודות פקידות שבוצעו בעיקר על ידי נשים. הנהלת האוניברסיטה החליטה לא פעול על פי ההמלצות ולהשאיר את הסטטוס קוו הקיים של דירוג העבודות והשכר. החשש היה שלא ניתן יהיה לגייס עובדים לעבודות הפיזיות ולשמור אותם בשכר שמשלם לעבודות הפקידותיות. התוצאה הייתה שנשים השתכרו 23% פחות מאשר גברים עם אותו ותק.

הכותבים מתמודדים עם השאלה מדוע האוניברסיטה חששה כל כך לעקוב אחר המלצות היועץ החיצוני, והאם הטענה שלא ניתן יהיה לגייס כוח אדם בשכר של עבודות הפקידות הייתה נכונה עובדתית (הטענה השוקית). מסקנתם הייתה שעמדת ההנהלה שיקפה אמונה כנה שלא ניתן יהיה לשמור את העובדים שהועסקו בעבודות הפיזיות ברמות השכר זהות לאלו המשתלמות לעובדי הפקידות. לא הייתה כל כוונה להסוות מדיניות של הפליה על רקע מין. אמונה זו מקורה בתפיסות ארגוניות רווחות במקומות עבודה ש"הוא שהיה – הוא שיהיה".⁵³ מבחינת הארגון, רמות השכר

ROBERT L. NELSON & WILLIAM P. BRIDGES, LEGALIZING GENDER INEQUALITY: 51
 COURTS, MARKETS AND UNEQUAL PAY FOR WOMEN IN AMERICA (1999)

.Christensen v. Iowa, 563 F.2d 353 (1977) 52

שם, בעמ' 119-170. 53

הקיימות משקפות סטטוס קוו רצוי. כך מעסיקים מאמינים שאין להפחית שכר לעובדים גם בתקופות של קשיים כלכליים, והם מעדיפים מדיניות של פיטורים על פני הפחתת שכר.⁵⁴ הדבקות של הארגון בסטטוס קוו פוגע בנשים מכיוון שהסטטוס קוו נבנה על פערי השכר המקוריים בין נשים לגברים. גורם נוסף שהשפיע על ההנהלה לא להפחית את שכר העובדים הפיזיים הייתה העובדה שרבים מהגברים שהועסקו על ידה במקצועות אלה עבדו בעבר עבור מעסיק אזורי גדול בתעשיית האריזה (Meatpacking Industry). לעובדים אלה היה ניסיון קודם ביחסי עבודה קיבוציים, וכקבוצה הם ניהלו מאבקים מאורגנים נגד ההנהלה במגוון נושאים. בניגוד לקבוצה זו, עובדות הפקידות לא התנסו במאבקים קיבוציים. לעתים רחוקות הן עבדו בקבוצות, התנהלו מול ההנהלה בנימוס ובשיתוף פעולה, וצמצמו את הדרישות שלהן לנושאים משותפים כגון מסיבת חג המולד. הברלים מגדריים אלה גרמו להנהלה לחשוש מ"אנשי האיגודים" ולא מ"הפקידות". כאשר נקבעו שיעורי השכר לעבודות השונות, יחסי כוחות אלה הובאו בחשבון. ניתוח זה הוביל את החוקרים למסקנה שכאשר הנהלת האוניברסיטה דיברה במונחים של שווי שוק חיצוני על מנת להצדיק את מבנה השכר שלה, היא למעשה כיוונה לפוליטיקה הפנים ארגונית, ולא ליד הנעלמה של השוק.

2.4 סיכום ביניים באמצעות דוגמה

על מנת להחיות את המידע שנסקר עד כה, אביא דוגמה הממחישה כיצד מתרגמים דפוסי ההתנהגות המגדריים לפערי שכר משמעותיים. ניקח לדוגמה שני עובדים, יעל והראל. שני העובדים מועסקים באותה עבודה, הם בעלי כישורים זהים, והתפוקה השולית של עבודתם עומדת על 100 ש"ח כל אחד. תפוקה זו מהווה את מקסימום השכר שהמעביד מוכן לשלם לכל אחד מהם. לאור השוני המגדרי המתואר בסעיף זה יעל מעריכה את התפוקה השולית שלה ב-80 ש"ח ליום עבודה, ואילו הראל מעריך את התפוקה שלו ב-95 ש"ח. יעל קובעת את שכר הסף שלה, כלומר שכר המינימום שעבורו היא מוכנה לעבוד בעבודה זו, כ-50 ש"ח ליום, לעומת הראל המגדיר לעצמו את שכר הסף ב-60 ש"ח. העובדה שיעל העריכה נמוך יותר את התפוקה שלה אינו מחייב ששכר הסף שלה יהיה נמוך יותר גם כן. ייתכן שאף שהיא העריכה את התפוקה

TRUMAN. F. BEWLEY, WHY WAGES DON'T FALL DURING A RECESSION §§ 170-198 ⁵⁴ (1999). מעבידים אינם נהוגים להפחית שכר לעובדים קיימים, גם בתקופות של מיתון כלכלי, כאשר, לכאורה, תנאי השוק מאפשרים להם לעשות כן. תופעה זו מוכרת בשוק העבודה כ"קשיחות השכר" (Wage Stickiness). BEWLEY ראיין במהלך שנות התשעים כ-250 מנהלי חברות וכ-20 יושבי ראש של איגודים מקצועיים בצפון-מזרח ארצות-הברית לגבי השאלה מדוע שכר העובדים הוא קשיח, במובן זה ששכר העובדים לא יפול בעתות משבר כלכלי. לטענת המנהלים הפחתת שכר גוררת דה-מורליזציה ואבדן תפוקה של כוח העבודה כולו.

שלה ב-80 ש"ח, שכר הסף שלה יעמוד על 75 ש"ח.⁵⁵

הערך החוזי העודף (הפער בין התפוקה לשכר עבורו מוכן העובד לבצע את העבודה) הוא 50 ש"ח במקרה של יעל, 40 ש"ח במקרה של הראל. פער זה פועל לטובתו של הראל. גם אם בשני המקרים יחלקו המעביד והעובדים את הערך החוזי העודף באופן שוויוני, יעל תשתכר 75 ש"ח ואילו הראל ישתכר 80 ש"ח. אם נביא בחשבון את האומדנים הסובייקטיביים של שני העובדים באשר לתפוקה, פער השכר יתרחב. יעל העריכה את הערך החוזי העודף ב-30 ש"ח, לעומת הראל שהעריך אותו ב-35 ש"ח. חלוקת סכום זה לגבי כל אחד מן העובדים יוביל לשכר יומי של 65 ש"ח עבור יעל ו-77.5 ש"ח להראל.

אם נביא בחשבון מידע לגבי האופן השונה שבו נשים וגברים מנהלים משא ומתן, ניתן לצפות שהראל יהיה נכון לנסות להשיג אחוז גבוה יותר מהערך החוזי העודף (בשלב זה אנחנו מניחים שלא תהיה חלוקה שווה של הערך החוזי העודף בין המעביד לעובד). ייתכן שיעל כלל לא תנסה לנהל משא ומתן על הצעת השכר הראשונית, ואם היא תעשה זאת, ההתנהלות שלה מול המעביד תהיה יעילה פחות. יעדי המשא ומתן שלה יהיו צנועים יותר, בין היתר, מכיוון ששכר הסף שלה והערכת התפוקה שלה נמוכים יותר מאשר של הראל. כמו כן, בגלל נורמות חברתיות וציפיות חברתיות יעל אינה מורגלת לנהל משא ומתן לקידום אינטרסים אישיים שלה. אם גורמים אלה יתרגמו לכך שיעל תוכל לזכות ב-10% בערך החוזי העודף בעוד הראל יבטיח לעצמו 20%, הרי השכר של יעל יסתכם ב-55 ש"ח ליום ושל הראל ב-72 ש"ח ליום. הדוגמה המספרית ממחישה כיצד גורמים שונים הרלוונטיים לניהול משא ומתן אישי על תגמול עלולים לתרום ולשמר את פערי השכר המגדריים. המכנה המשותף לגורמים אלה הוא שאין ביניהם לבין תפוקה כל מתאם,⁵⁶ אולם בינם לבין מגדר יש מתאם.

⁵⁵ בחרתי בערכים מספריים המשקפים את הממצאים שנשים מעריכות בחסר לעומת גברים את התפוקה שלהן, וכן שיש להן שכר סף נמוך יותר מאשר גברים. כמו כן, הנחה מתקבלת על הדעת היא שכאשר אתה מעריך נמוך יותר את התפוקה שלך, הדבר ישליך גם על שכר הסף שלך.

⁵⁶ אם מעביד מעוניין לטעון שיכולת המשא ומתן רלוונטית לתפקיד או מהווה מנבא טוב לתפוקה, הרי הוא יוצא מגדר הטענה השוקית, ומאפיין את כישורי המשא ומתן כגורם פנימי. ישנם תפקידים שבהם יכולת משא ומתן רלוונטית לתפקיד, ובאותם הקשרים, יש לאפשר למעביד להביא גורם זה בחשבון כאשר הוא קובע את גובה התגמול לעובדים שונים. במקרים אלה, למעשה המעביד טוען שאין מדובר בעובדים בעלי תפוקה זהה. עם זאת, יש לנקוט משנה זהירות בקבלת הטענה שכישורי משא ומתן הם מנבא טוב לתפוקה. כאמור, ראשית, נשים אפקטיביות יותר כאשר מדובר במשא ומתן לקידום אינטרסים וזכויות של צדדים שלישיים מאשר כאשר מטרת המשא ומתן לקדם אינטרס אישי. שנית, יש לבדוק אם התפקיד אכן מצריך כישורי משא ומתן.

3. מדוע אסור לקבל את הצידוק השוקי לפערי השכר המגדריים?

אני רוצה להציג ארבעה הסברים שונים למסקנה שלי שאין לקבל את הצידוק השוקי לפערי השכר המגדריים. ראשית, במקרים רבים מה שנחזה לנימוק שוקי מתגלה כנימוק פנים ארגוני. שנית, אם דפוסי המשא ומתן ודרישות השכר של נשים פחות יעילים משל גברים עקב הפליה תעסוקתית חיצונית לארגון, דבקות בטיעון השוקי מנציחה את ההפליה המערכתית של נשים בשוק העבודה. הסבר שלישי הוא פיתוח של הטיעון הקודם: אם דפוסי המשא ומתן ודרישות השכר הנמוכות יותר של נשים אינם תולדה של הפליה מגדרית כלל מערכתית, עצם השונות (בין שהיא מולדת ובין שהיא סביבתית), מקנה יתרון בולט לגברים תחת הפרקטיקות הקיימות לקביעת שכרם של עובדים. לבסוף, ההסכמה הקיימת לגבי דחיית הטיעון השוקי כאשר מעביד מסתמך על כוח השוק שלו להעסיק נשים בשכר נמוך יותר (מעביד המצהיר שהוא משלם לנשים שכר נמוך יותר כי הוא יודע שנשים מוכנות לעבוד עבור פחות תגמול), מעוררת את השאלה מדוע יש לקבל טיעון מאותו סוג, כאשר הוא מתייחס לתכונות אחרות מאשר מין העובד, אך בפועל פוגע בנשים קבוצה. בסעיפים הבאים אפתח את הדיון באשר לכל אחד מן הטיעונים בנפרד.

3.1 הצידוק השוקי אינו תואם את המציאות

קבלת הצידוק השוקי עלולה לאפשר למעסיקים להגן על פערי שכר מגדריים באצטלה של שיקולים שוקיים, כאשר הסיבה לפערים היא שיקולים לבר שוקיים – בדרך כלל פנים ארגוניים.⁵⁷ בסעיף הקודם הצגתי דוגמה אחת – היא העובדה שנשים נוטות פחות מגברים לפעול קבוצה מאורגנת מול המעביד, דבר המוביל לכך שהשכר עבור מקצועות נשיים בתוך הארגון הוא נמוך יותר מאשר זה המותאם למקצועות הגבריים, וזאת בלא קשר לשווי השוק החיצוני של אותן עבודות. כלומר הארגון עוקב אחר שכר השוק החיצוני כאשר הוא קובע תגמול למקצועות הנשיים. על מקצועות הגבריים או המעורבים הוא נכון לשלם שכר שהוא גבוה מהשכר החיצוני הנדרש

⁵⁷ ראו לדוגמה, התנהלות המעביד בעניין גורן, לעיל ה"ש 1. הגם ששני המועמדים ציינו בטופס את הסכום כשכר חודשי סיכמה הום-סנטר עם אורית על שכר שעתי (17 ש"ח ברוטו לשעה). בעוד סטפן הועסק במסגרת של שכר חודשי. התנהלות זו יש בה כדי להצביע על כך שהום-סנטר התנהלה שונה מול שני המועמדים. בית הדין האזורי נתן משקל לשונות זו: "קיים יתרון משמעותי בשכר חודשי מול שכר שעתי. די אם נזכיר את נושא הזכאות לימי חג, אופן חישוב חופשה שנתית, שכר פחות על ימי עבודה קצרים כגון ימי חג וכיו"ב [...] לטעמנו, 'שכר' משמעו בהכרח גם אופן חישוב השכר". להחלטת ביה"ד האזורי עניין גורן, אזורי, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק הדין.

לגייס עובדים לתפקידים אלה. כעת אציג עוד דוגמאות לאותה תופעה.⁵⁸

ישנם מקומות עבודה שבהם התרבות הארגונית מתגמלת ומקדמת עובדים על פי שיוך מעמדי. לדוגמה, במערכת הבנקאות האמריקנית הייתה חשיבות לשיוך הגזעי, למעמד החברתי, לאוניברסיטה שבה למדת ולשאלה אם היית ספורטאי מצטיין. ייחוס חשיבות לתכונות ולהישגים אלה יוצרת דה-פקטו מנגנון המעדיף גברים (לבנים) על פני נשים (ומיעוטים). הוא יוצר חסמי כניסה וקידום לנשים, כיוון שהתרבות הארגונית יוצרת מעין מועדון פרטי המבוסס על אחווה גברית (לבנה).⁵⁹ בארץ תופעה דומה התרחשה ביחס ליוצאי צבא קרביים, בייחוד אם הם התקדמו בדרגות הקצונה במסגרת הקריירה הצבאית שלהם.⁶⁰ ישנם ארגונים שבהם ליוצאי צבא בעלי הפרופיל הנ"ל יש יתרון מכריע על פני עובדים אחרים. גם כאן, ההחלטה להעדיף קציני צבא על פני עובדים אחרים היא החלטה פנים ארגונית שהקשר שלה לשווי השוק של עובדים אלה לעומת עובדים אחרים הוא רופף ביותר. החלטות אלה מתבססות בדרך כלל על הטיה של בכירים בארגון, שרוצים לגייס ולקדם אנשים בדמותם, או אלה התואמים לדעתם את התדמית של "המצליחן" בחברה הישראלית.

בסקטור הלא מאורגן, בארגונים רבים, החלטות על תגמול עובדים מתקבלות באופן מבוזר וסובייקטיבי. כלומר לממונים שונים בהיררכיה הארגונית יש שיקול דעת עצמאי להחליט מי יקודם ומהן העלאות השכר שיקבלו עובדים הכפופים להם. ההנחיות באשר לדרך קבלת ההחלטות, גם אם הן קיימות בקווים כלליים, משאירות שיקול דעת רחב ביותר לממונה. פרט לבעיה של היעדר אחידות בהערכת עובדים שהשיטה המבוזרת יוצרת (כיוון שממונים שונים מקבלים החלטות שונות בנוסחות דומות), היא יוצרת נתק בין שווי השוק של העובדים לשכר שלהם.⁶¹ לממונה קשה

⁵⁸ הדוגמאות שאולות בעיקר מהווי יחסי העבודה בארצות הברית. לא מצאתי מחקרים תואמים לגבי יחסי העבודה בישראל, אך אני מאמינה שהדוגמאות שבחרתי רלוונטיות גם לשוק העבודה המקומי.

⁵⁹ במחקר הסוציולוגי של NELSON & BRIDGES, לעיל ה"ש 51, בעמ' 244-309, מנתחים הכותבים מקומות עבודה הנשענים על תרבות ארגונית המאדירה את החשיבות של קשרים לא פורמליים (Networking), כגון המערכת הבנקאית, שהלכה למעשה מעניקה יתרון לתת קבוצה של עובדים החולקת מאפיינים דמוגרפים דומים.

⁶⁰ ראו לדוגמה ריאיון עם רינה בר-טל, יו"ר שדולת הנשים בישראל באתר AllJobs, ניתן לצפייה בכתובת: www.alljobs.co.il/ArticlePage.aspx?LinkWord=%E9%E5%ED+%E4%E0%E9%E4 (נבדק לאחרונה ב-18.10.2009) ("העדר נשים בתפקידים בכירים בצבא פוגע בהן בתום השירות הצבאי"; "הצבא הוא כור ההיתוך הישראלי ומקור הנתוורקינג האופטימלי עבור הגבר הישראלי. אחד הדברים שמבדילים נשים וגברים בזירה העסקית הוא הנתוורקינג המסייע לא פעם להתקדם במעלה ההיררכיה. הצבא הוא הכלי הטוב ביותר בארץ ליצירת רשת קשרים שניתן אחר-כך למנף בעולם העיסוקי, והנשים שבדרך כלל לא מגיעות בו לדרגות בכירות, לא מצליחות ליהנות מיתרון זה").

⁶¹ NELSON & BRIDGES, לעיל ה"ש 51, בעמ' 205-243, מדגימים נקודה זו באמצעות ניתוח של התביעה של עובדות Sears על הפליה בשכר; *Sears, Roebuck & Co., 628 F. EEOC v. Sears, Roebuck & Co.*

להעריך לבדו מהו שווי השוק של עובד זה או אחר. החלטות מתקבלות באופן אישי, ולעתים על בסיס שיקולים שמנותקים לגמרי משיקולים שוקיים. בארגונים רבים שיטת תגמול זאת מפצה ביתר גברים, ותורמת לפערי השכר המגדריים.⁶²

מדיניות שכר המתגמלת עובדים על כך שהם מוכנים להעתיק את מקום מגוריהם לארץ אחרת (Relocation) או עובדים שמציגים למעביד שלהם הצעות עבודה חיצוניות, נחזים גם הם כתגובה לאילוצים שוקיים של המעביד. כפי שהסברתי, נשים נכונות פחות מאשר גברים להעתיק מגוריהן לארץ אחרת או להציג את מועמדתן לעבודות חיצוניות רק לשם שיפור עמדת המיקוח שלהן מול המעביד הנוכחי, ולכן אימוץ מדיניות זו פוגעת בנשים. אך הרטוריקה השוקית של צרכים אלה מוטלת גם היא בספק. מדוע שווי השוק של עובד המוכן להעתיק מקום מגוריו לארץ אחרת או שיש לו הצעה חלופית הוא גבוה יותר לאורך זמן? האם שווי השוק לא נגזר מסוג התפקיד והאופן שבו העובד מבצע את העבודה שלו? גם כאן, הצגת המדיניות כמוכתבת על ידי כוחות השוק היא מוגזמת, ומשקפת יותר תהליכים פנים ארגוניים. העתקת מקום מגורים לארץ אחרת מחייב בוודאי תגמול חד-פעמי על מנת לשפות את העובד על הוצאות המעבר, אך אם העבודה היא אותה עבודה, מדוע שווי השוק

Supp. 1264 (N.D. Ill. 1986) aff'd 839 F.2d 302 (7th Cir. 1988). עוד בטרם הוגשה

התביעה שכרה חברת Sears יועצים שיסיעו לה לשפר את שיטת התגמול. היועצים התנגדו לשיטת התגמול הביזורית, שנתנה שיקול דעת רב מדי לממונים הישירים, בלא הנחיות מדויקות כיצד לקדם ולתגמל עובדים. ביטול שיטת התגמול המבוזרת תרמה יותר לצמצום פערי השכר מתכנית העדפה מתקנת שהחברה אימצה במקביל.

מדיניות התגמול של Sears, שם, דומה לשיטת התגמול שאימצה הום-סנטר בעניין גורן, לעיל 62 ה"ש 1. בשני הארגונים ניתן שיקול דעת רחב למנהל הסניף, ללא קבלת הנחיות מוגדרות. הפילוסופיה הניהולית של מדיניות זו היא שיש להאציל סמכויות למנהלי הסניפים המקומיים, שאחראיים ארגונית לרווחיות של הסניף, ראו לעניין זה, NELSON & BRIDGES, שם, בעמ' 210. בעניין גורן, לעיל ה"ש 1, קבע בית המשפט כי קביעת השכר נעשתה ברמה הסניפית, כך ש"לכל מנהל או סגן מנהל בחנות אוטונומיה בראיון מועמדים ומועמדות, קביעת שכרם לאחר שהביעו רצונם לשכר מסוים, ומנהל החנות או סגנו מחליטים מה יהיה גובה השכר המוצע". שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא אדלר. כיוון שכך הכיר בית המשפט בסניף הום-סנטר ברמת כ"אותו מקום עבודה" לצורך ביסוס עילת תביעה מכוח חוק שכר שווה. בעניינה של אורית גורן, נקבע שכרה לאחר משא ומתן עם מנהל סניף רמת-גן של הרשת. בשני המקרים, הארגונים (Sears והום-סנטר) נתלו בתארים (לא רלוונטיים) שניתנו לעובדים (גברים בדרך כלל) על מנת להצדיק את פערי השכר. הום-סנטר טענה שהעובדה שסטפן מור היה מיועד לתפקיד ניהולי, מצדיקה את תשלום השכר הגבוה יותר. טענה זו נדחתה על ידי בית הדין הארצי: "המשקל שיש לייחס למרכיב ה'ייעוד הניהולי' של עובד הוא פחות, במסגרת כלל המרכיבים הנשקלים לצורך הגדרת 'עבודה שווה' או 'שווה בעיקרה'. הקריטריונים לבחינת עבודה שווה או שווה בעיקרה ראוי שימדדו בדרישות הביצוע של התפקיד אליו מיועד העובד במועד הקבלה לעבודה, ולא בתפקיד שעתיד הוא אולי למלא בהמשך דרכו המקצועית". שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה. השופט צור אף הרחיק לכת: "מרכיב ה'ייעוד הניהולי' כלל אינו שיקול לגיטימי בקביעת שכר שונה לעובדים באותה עבודה". שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט צור.

שלה הפך לגבוה יותר, גם לאחר שהעובד חזר מחו"ל?⁶³ מדוע שווי השוק של עובד שקיבל הצעה מתחרה הוא גבוה יותר אם המעביד מאמין שהוא אינו מבצע את העבודה טוב יותר מהעובד שלא הציג הצעה דומה?

עד כה טענתי שיש מקרים שההכרה בצידוק השוקי כשיקול לגיטימי לפערי שכר מאפשרת למעסיקים לעשות שימוש ברטוריקה השוקית כדי להצדיק פערי שכר שאינם נשענים למעשה על צרכים שוקיים. אך עדיין נשאלת השאלה מדוע לא להכיר בשיקול השוקי באותם המקרים שבהם המעביד מצליח להוכיח שאכן אילווצים שוקיים הכתיבו לו את מדיניות השכר? אנליטית, ניתן להצדיק גישה שלפיה נדקדק יותר בקבלת הטיעון השוקי, וכך נימנע מהכשרת מדיניות פנים ארגונית שאין לה הצדקות שוקיות חיצוניות. מעשית, אין זה אפשרי. הגישה הניאו-קלאסית של שוק עבודה שבו יש שווי שוק חיצוני לעבודות, ומעבידים בודדים הם שחקנים קטנים שאין בכוחם להשפיע על מחיר השוק (Price takers) אינה משקפת נכון את שוק העבודה. המעסיקים אינם שחקנים פסיביים שרק לעתים רחוקות נוטלים תפקיד אקטיבי בקביעת השכר של העובדים. במקרים רבים אין שווי שוק ברור לעבודות או לתפקידים מסוימים, והמעבידים עוקבים יותר אחרי הבירוקרטיה הפנים ארגונית מאשר אחרי תהליכים חיצוניים בהחליטם על מדיניות השכר. קיומם של שוקי עבודה פנימיים, המורכבות והשרירותיות שבהשוואה בין ארגוניות, והסובייקטיביות הנלוות לכל ניסיון לתרגם את הערך היחסי של תגמול בארגון אחד לעומת ארגון אחר, הופכות את "שווי השוק של העבודה" יותר לקונסטרוקציה ארגונית-חברתית מאשר נתון אובייקטיבי אמיתי.⁶⁴ במילים אחרות, אין דרך ממשית לבדוד את הרכיב של שווי השוק שמייצג את נקודת שיווי המשקל החיצוני של היצע וביקוש לעבודה מסוימת – כולל שיקולי יעילות אחרים – מהרכיבים החוץ שוקיים (פנים ארגוניים) שמשפיעים על התגמול, שניתן לייחסם לתהליכים ולהטיות הפנים ארגוניים הפועלים נגד נשים.

⁶³ היועצים הארגוניים שחברת Sears שכרה, חיוו דעתם שמדיניות התגמול לעובדים שהסכימו לעשות Relocation אין בה היגיון כלכלי, ראו: NELSON & BRIDGES, שם, בעמ' 236.

⁶⁴ זאת המסקנה המרכזית של המחקר של NELSON & BRIDGES, שם. תופעה דומה היא האופן שבו נקבע שכר הבכירים בחברות ציבוריות. כיום נשמעים קולות רבים המעלים את הטענה ששכר המנהלים המרקיע שחקים אינו תולדה של לחציים שוקיים או ביצועים יוצאי דופן, אלא פועל יוצא של פוליטיקה פנים ארגונית, שהקשר שלה לשוק הוא רופף ביותר. ראו: LUCIAN, BEBCHUK & JESSE FRIED, PAY WITHOUT PERFORMANCE §§ 80-82 (2004), המונים שורה של משתנים פנים ארגוניים המשפיעים על שכר המנהלים. לדוגמה שכר גבוה יותר כאשר יש יותר דירקטורים חיצוניים לחברה; כאשר יחסי הכוחות בין המנהלים לדירקטוריון הם כאלה שלמנהל השפעה גדולה יותר בחברה; ככל שהדירקטוריון גדול; אם חברי הדירקטוריון מונו בתוך תקופת כהונתו של המנהל; וכאשר אחד או יותר מחברי הדירקטוריון כפוף בדרך כלשהי למנהל.

3.2 הצידוק השוקי מאפשר הנצחה של הפליה תעסוקתית

כל עוד קיימת בשוק העבודה בעיה של הפליה נגד נשים, הכרה ברטוריקה השוקית מאפשרת להנציה את עמדת הנחיתות של נשים במרחב התעסוקתי. אם נשים דורשות שכר נמוך יותר מכיוון שהן מודעות לעמדת הנחיתות שלהן כאשר הן מתמודדות מול גברים בעלי נתונים דומים, קבלת הטיעון של המעביד שהוא פועל על פי שיקולים כלכליים כאשר הוא מתגמל עובדים, בין היתר, על פי דרישות השכר שלהם, מקבעת את הסטטוס קוו ששכר הנשים יהיה נמוך יותר. נשים תמשכנה לדרוש שכר נמוך יותר על מנת לשריין לעצמן תעסוקה, והמעביד יהיה רשאי להעסיק אותן בשכר הנמוך שהן דרשו.

נשים שמאמצות לעצמן גינוני התנהגות שאנו מצפים מגברים "נקנסות" על כך במקום העבודה.⁶⁵ קיימת שורה של הטיות מגדריות באשר לאופן שבו מעסיקים מצפים שנשים וגברים יתנהגו במהלך העבודה.⁶⁶ לדוגמה אישה המסגלת לעצמה שיטות ניהול גבריות (אוטוקרטיות) תצטייר כמנהלת פחות יעילה מגבר הפועל באופן דומה, ופחות יעילה מאישה שמנהלת על פי קוד ניהול נשי (דמוקרטי).⁶⁷ בהקשר שבו מאמר זה עוסק, ייתכן שנשים נמנעות מלפעול לקידום שכרן בטכניקות הגבריות – כגון פנייה ישירה בדרישה להעלאת השכר ופנייה לקבלת הצעות עבודה חלופיות ככלי לקידום במקום העבודה הנוכחי – כי הן מאמינות שהסטנדרט הכפול שקיים בעניין ההתנהגות הראויה לנשים ולגברים, יפעל לרעתן. אישה שתציג הצעת עבודה חלופית תצטייר בעיני המעביד ככוחנית, כחסרת נאמנות וכאופורטוניסטית, לעומת הגבר שיצטייר כעובד שאפתן המכיר בערך עבודתו. קיום הסטנדרט הכפול הופך את קבלת הטיעון השוקי למפלה.⁶⁸ עקב

⁶⁵ לסקירה של מחקרים וניסויים המאשרים שיש סטנדרט כפול מגדרי לגבי התנהגויות חברתיות של נשים וגברים ראו, BABCOCK & SARA LASCHEVER, לעיל ה"ש 28, בעמ' 85–111.

⁶⁶ שם. קיום ההטיות המגדריות מציב את הנשים במלכוד 22. לדוגמה, קידום עצמי, שבו העובד מספר למעביד על הישגיו, הוא ערוץ תקשורת חשוב, מכיוון שמעבידים לא תמיד יודעים מה רמת ההצלחה של העובדים שלהם. עם זאת קידום עצמי, כאשר נעשה על ידי גברים, מתקבל בהבנה, אך כאשר אישה מקדמת את עצמה, זה מעורר אנטגוניזם כלפיה. שם, בעמ' 87–89.

⁶⁷ שם, בעמ' 89.

⁶⁸ הפעלת סטנדרט כפול לגבי התנהגות נשים וגברים במקום העבודה טרם קיבלה התייחסות שיפוטית בישראל. בארצות-הברית נדון הנושא בבית המשפט העליון, Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989), מועמדתה של עובדת במשרד רואי-חשבון לשותפות נדחתה, בין היתר, מן הטעם ששותפים רבים (גברים כולם) חשבו שהיא אגרוסיבית מדי בהתנהלותה עם עובדים בחברה, וכי היא לא התנהגה באופן נשי מספיק. במהלך הדיונים בבית המשפט העידה פסיכולוגית חברתית שהליך קבלת ההחלטות בעניינה של המועמדת היה נגוע בסטריאוטיפים מגדריים. בית המשפט העליון קיבל עמדה זאת תוך שהוא קובע כי מעביד הפועל על סמך ההנחה שלנשים אסור לנהוג באגרסיביות, אך הוא מוכן לקבל התנהגות זאת

הסטריאוטיפים המגדריים נשים לא יכולות למנף את הכוח השוקי שלהן בדומה לגברים בעלי נתונים זהים.

3.3. הצידוק השוקי מאפשר הנצחה של פערי שכר מגדריים

אם מקבלים את ההנחה שנשים מתנהלות אחרת בשוק העבודה, קבלת הצידוק השוקי פוגעת בהן כקבוצה ומקבעת את פערי השכר המגדריים. זאת, גם אם נניח שההתנהלות השונה של נשים בשוק העבודה אינה תגובה להפליה תעסוקתית,⁶⁹ אלא מקורה בהבדלים מולדים או חברתיים בין המינים. קבלה של הצידוק השוקי מציבה את הנשים כקבוצה בעמדת נחיתות. אם נשים מעריכות בחסר את עבודתן לעומת גברים, מהססות לדרוש שכר התחלתי גבוה או לבקש העלאות שכר תקופתיות, הפעלת הכלל השוקי שהשכר נקבע על ידי משא ומתן אישי פוגעת בנשים כקבוצה. הקריטריון הניטרלי – דרישות השכר והמשא ומתן האישי שכל אחד מן העובדים מנהל – יוצר השפעה שונה על שתי קבוצות המין, מכיוון שיש מתאם סטטיסטי בין המין לדפוסי ההתנהגות.

תפיסת השוויון האוסרת שימוש בקריטריונים ניטרליים שיש להם השפעה שונה על קבוצות מין שונות היא תפיסה קבוצתית של הזכות לשוויון, ולא אינדיבידואלית. היא מתמקדת בהשפעת הקריטריון על הקבוצה כמכלול ולא על כל פרט בקבוצה. תפיסת השוויון הקבוצתי מעוגנת בסעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, הקובע כי הפליה היא גם "קביעת תנאים שלא ממין העניין", והיא קיבלה הכרה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה.⁷⁰ ההסבר השוקי הוא בגדר קריטריון ניטרלי שיש לו השפעה מפלה על הנשים כקבוצה.⁷¹ אף על פי שהמעביד עושה שימוש במדד

מצד גברים – הוא מעביד מפלה. שם, בעמ' 250. מקרה זה הוא מקרה "קל" יחסית, מכיוון שבפני בית המשפט הונחו ראיות ישירות שהצביעו על ההתייחסות הסטריאוטיפית לתובעת. המקרים המורכבים יותר הם אלה שבהם הסטנדרט הכפול פועל מתחת לפני השטח.

⁶⁹ ההנחה שההתנהלות השונה של נשים בשוק העבודה היא בתגובה להפליה המגדרית הקיימת, עמדה ביסוד הדין בסעיף הקודם.

⁷⁰ ראו: תב"ע (ארצי) נא/ 8-3 מדינת ישראל נ' חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד (1) 65 (1992) (דרישה להרמת משאות כבדים עלולה להוות מכשול לנשים); תפ' (ת"א) 1038/99 מדינת ישראל משרד העבודה והרווחה נ' תפקיד פלוס בע"מ (לא פורסם, 12.6.2003) (להלן: עניין תפקיד פלוס). (שימוש בקריטריון השירות הצבאי כתנאי לקבלה לעבודה מהווה חסם בפני קבוצות מיעוט – מוגבלים, חרדים); עב' (ת"א) 5646/03 שמחה בויס נ' הנהלת רשת גני אגודת ישראל (טרם פורסם, 26.2.2009). (שימוש בקריטריון הוותק לפיטורי עובדים, מהווה הפליה כלפי העובדות המבוגרות יותר).

⁷¹ אני מודעת לכך שטיעון זה הוא מעט בעייתי, כי למעביד, לכאורה, יש טעם ענייני, וסעיף 2(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אוסר שימוש רק בקריטריונים לא רלוונטיים. לפיתוח הטיעון שלפיו יש הפליה עקיפה כנגד נשים ראו פרק ה' להלן.

שוקי – מהן דרישות השכר של העובדים – מדד זה פוגע בנשים כקבוצה. אם המטרה של דיני איסור ההפליה התעסוקתית היא לצמצם את פערי שכר המגדריים, יש לקבל בספקנות את הטענות השוקי כהסבר לפערי שכר נקודתיים.

3.4 ההכרה בצידוק השוקי אינה קוהרנטית

כאשר מעביד משתמש בכוח השוק לשלם שכר נמוך יותר לנשים, מקובל לראות בהתנהלות זו הפליה מחמת מין. הצידוק השוקי לא מתקבל אפוא כאשר המעביד עורך הבחנות ישירות על בסיס מין, גם כאשר ברור שהוא אינו פועל על סמך דעות קדומות.⁷² לעומת זאת, כאשר הצידוק השוקי עולה בעניין כללים ניטרליים כגון דרישות שכר של עובדים, הצעות שכר חלופיות, נכונות להעתיק מקום מגורים לארץ אחרת והתארגנות של עובדים, הוא מתקבל כהסבר עניני. יש היתר להעלות את הטענות השוקי כאשר הפגיעה בנשים כקבוצה היא עקיפה. כאשר המעביד עורך סיווגים על בסיס קריטריונים חיצוניים למין העובדים, יש התעלמות מהשפעת הקריטריון השוקי על קבוצות המין.

ישנה התייחסות קוטבית לטיעון השוקי בשתי הסיטואציות הללו, האחת כאשר המעביד עורך סיווגים ישירות על בסיס מין (אסור), והאחרת, כאשר הסיווג אינו על בסיס מין אך לשיקול השוקי השפעה באופן הפוגע בשכר הנשים כקבוצה (מותר). אולם ההבחנה אינה משכנעת. הגם שיש הבדל בין המקרים, אין מדובר בהבדל איכותי, המצדיק התייחסות דיכוטומית. מכיוון שבשני המקרים הפנייה לגורמים שוקיים פוגעת בנשים בגלל מאפיינים קבוצתיים, השאלה שקובע המדיניות צריך לשאול היא מתי ראוי לאפשר למעביד להשתמש בכוח השוק שלו, באופן הפוגע בזכות של נשים להשתכר שכר שווה לגברים. בשני המקרים יש להתמודד עם הטענות הכלכלי של המעביד. טענות זה אינו שונה במקרה שבו המעביד מודה שהוא עורך סיווגים על בסיס מין מכיוון שהוא יכול להעסיק נשים ב"זול" יותר מאשר גברים, לבין מקרה שבו הוא מבסס את טענות השוק על קריטריון חיצוני למין העובדים. בשני המקרים צריך להציג הסבר משכנע מדוע שיקולים כלכליים אינם רלוונטיים כאשר שימוש בהם יוצר תוצאה מפלה.

ההבדל בין המקרים נעוץ בפסול המוסרי שאנו מייחסים לעריכת סיווגים על בסיס מין. על סיווגים אלה אנחנו מחילים כלל קפדני הבודק אם ההבחנה על בסיס מין "מתחייבת מאפיינים או מהותם של התפקיד או המשרה".⁷³ ההסבר של המעביד שהוא יכול לשלם פחות לנשים אינו עומד במבחן זה. הצידוק השוקי במקרים אלה מזין את

⁷² ראו לעיל ה"ש 25–26 והדיון בטקסט הנלווה.

⁷³ כמצוות ס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. לדיון בהיקף ההגנה המצומצם במקרים אלו ראו הדיון בפרק ד' 3 למאמר.

המשך ההפליה נגד נשים. עם זאת, העובדה שהמעביד לא פעל ישירות על סמך סיווג מיני, לא משחררת אותו מבדיקה אם הצידוק השוקי רלוונטי. כמוסבר בפרק זה, גם כאשר מועלה ההסבר השוקי בנוגע לקריטריונים ניטרליים, הוא עלול במקרים רבים לתמוך בתוצאות מפלות נגד נשים, שאנחנו מעוניינים למגר.

4. סיכום ביניים

פרק זה הציג את הטיעון הנורמטיבי להעדפת כלל משפטי האוסר על מעסיקים להיתלות בנימוקים שוקיים על מנת להצדיק פערי שכר בין עובדים לעובדות המבצעים אותה עבודה. כלל גורף זה מחייב השוואות שכר גם במקרים שבהם אנחנו מאמינים למעביד שמקור פערי השכר הוא גורם חיצוני למין העובדים, וזאת כל עוד פערי השכר אינם נובעים משונות בטיב העבודה או כישורי העובדים (גורמים פנימיים). בפרק הבא אני מסבירה מדוע תפיסת השוויון של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד הולמת את המסקנה שלפיה אין לאפשר למעבידים להעלות טענות שוקיות לפערי השכר בין עובדים המבצעים אותה עבודה.

ד. מדוע נחקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד – צמצום הגישה ה"שוקית" לקביעת שכר

1. כללי

במהלך השנים שבהן אני עוסקת בתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה שאלתי את עצמי לא אחת מדוע נחקק מחדש חוק שכר שווה לעובדת ולעובד. החוק המקורי, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד נחקק עוד בשנת 1964. החוק אסר פערי שכר בין גברים לנשים המבצעים עבודות שוות או עבודות שוות בעיקרן.⁷⁴ עם חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה בשנת 1988 דומה היה שעילות התביעה בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד "נבלעו" בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שהיווה הסדרה כוללת של תחום ההפליה התעסוקתית, ובין היתר אסר הפליה בתנאי עבודה מחמת מין.⁷⁵ באופן מפתיע בחר המחוקק להתמודד עם נושא פערי השכר בין המינים פעם נוספת.

⁷⁴ ס' 1 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964 (להלן: "החוק המקורי"), קבע כי "מעביד ישלם לעובדת שכר שווה של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה". בשנת 1996 תוקן החוק על מנת לכלול איסור הפליה גם כאשר העבודות שוות בעיקרן, ראו, הצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד בעד עבודה שוות ערך, התשנ"ה-1995, ה"ח 2377.

⁷⁵ עילת התביעה היחידה שלא הייתה חופפת, בין החוק הקודם, לחוק החדש, הייתה כאשר העבודות המשוות היו "שוות בעיקרן" ולא זהות. במקרים אלה ניתן היה להגיש תביעה רק מכח החוק המקורי.

בשנת 1996 נחקק חוק שכר שווה, תוך ביטולו של ההסדר הספציפי הקודם, משנת 1964.⁷⁶

מקריאה ראשונית של החוק, כמו גם מדברי ההסבר, דומה שהחידוש בחוק הוא משולש. העיקר הוא בהוספתו של מודל הזכות לשכר שווה בעבור עבודה שוות ערך (Comparable Worth). עיקרון זה מחייב מעביד לשלם שכר שווה לעובדים שאמנם מבצעים עבודות שונות, אך שוות בערכן.⁷⁷ החוק קובע כי "יראו עבודה כשוות ערך לחברתה, אף אם הן אינן אותן עבודות או עבודות השוות בעיקרון זו לזו, אם הן בעלות משקל שווה, בין היתר מבחינת הכישורים, המאמץ, המיומנות והאחריות הנדרשים לביצוען ומבחינת התנאים הסביבתיים שבהם הן מבוצעות".⁷⁸ לצורך הערכת שווי העבודות ניתן להסתייע במנתחי עיסוקים.⁷⁹ מודל הזכות לשכר שווה עבור עבודות שוות ערך מתמקד בפערי שכר שמקורם בבידול התעסוקתי בין גברים לנשים. הוא אמור לסייע בצמצום פערי השכר בכך שיאפשר לנשים בתפקידים נשיים, שהשכר בצדם נמוך יותר, לתבוע השוואת שכר לעובדים המבצעים עבודות גבריות, שהשכר המשתלם בהם גבוה יותר, בתנאי שמדובר בעבודות שוות ערך. מחקרים מצביעים על כך שקיים בידול תעסוקתי בשוק העבודה, כך שתעסוקת נשים מרוכזת במקצועות ובתפקידים נשיים, שהשכר בהם נמוך מהשכר המשתלם לעובדים במקצועות שבהם ריכוז הנשים נמוך (מקצועות גבריים), וכי בידול תעסוקתי מסביר חלק מפערי השכר.

עד כה מודל השכר השווה עבור עבודה שוות ערך לא נחל הצלחה במאבק לצמצום פערי השכר. ראשית, יישומו מוגבל לאותו מעביד ובאותו מקום עבודה.⁸⁰ אם הבידול התעסוקתי אינו באותה יחידת עבודה, אין זכות להשוואת השכר. מגבלה מובנת זו⁸¹ מצמצמת מאוד את האפשרות לתבוע השוואת שכר על בסיס החלופה של

⁷⁶ ס' 16 לחוק שכר שווה.

⁷⁷ להערכת הצדקתו של הסדר עבודות שוות ערך ולדין בשאלה אם ניתן ליישם הסדר זה ראו: Weiler Paul, *The Wages of Sex*, 99(8) HARV. L. REV. 1728 (1986); ובנוסף ראו: רות בן-ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה** ג 754-771, 790-802 (1998).

⁷⁸ ס' 3 לחוק שכר שווה.

⁷⁹ ס' 5(א) לחוק שכר שווה קובע: "בתובענה לפי חוק זה רשאי בית הדין לעבודה, על פי בקשת אחד הצדדים, למנות מומחה לניתוח עיסוקים מטעמו של בית הדין, אשר יחווה את דעתו לעניין השאלה האם העבודות שבמחלוקת הן אותן עבודות, עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך, לפי העניין (להלן: "המומחה"); לא ביקש צד כלשהו למנות מומחה, רשאי בית הדין למנותו, אם ראה צורך בכך, בנסיבות מיוחדות". לפנייה של בית הדין למנתח עיסוקים ראו עניין **נידם**, לעיל ה"ש 2.

⁸⁰ ס' 2 לחוק שכר שווה.

⁸¹ המגבלה הכרחית כי לא ניתן להצדיק הסדר משפטי המחייב מעביד אחד להשוות שכר לשכר המשתלם לעובדים של מעביד אחר. עקרון השוויון חל רק באותה המסגרת ארגונית. הריג לעיקרון שיחידת ההשוואה היא המעביד המסוים נמצא בס' 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי

עבודות שוות ערך, שכן הבידול התעסוקתי מתקיים בדרך כלל בין מעבידים שונים. כך, לדוגמה, גם אם נניח שמשרות ההוראה בכתי ספר תיכוניים (מקצוע נשי) הן עבודות שוות ערך לעבודתם של הנדסאים (מקצוע גברי) במפעלי התעשייה הצבאית, לא ניתן לדרוש השוואת שכר, כי לכל אחת מקבוצות העובדים הללו מעביד אחר.⁸² קושי נוסף ביישום המודל הוא ההיסוס של בתי הדין לקבוע שעבודות שאינן זהות או שוות בעיקרן הן בכל זאת עבודות שוות ערך. בעניין נידם סירב בית הדין לעבודה להכיר במכירת מוצרי חשמל קטנים כעבודה שוות ערך למכירת מוצרי חשמל גדולים, וזאת, בהסתמך על חוות דעתו של מנתח עיסוקים.⁸³ אם במקרה זה, שבו דובר על עבודות שיש להן בסיס משותף רחב, נקבע כי העבודות דורשות ידע, מיומנות וכישורים שונים, לא נראה כי בעתיד הקרוב ימהר בית הדין להכיר בעבודות שונות, כגון אחיות מקצועיות וטכנאים בבתי חולים כעבודות שוות ערך.

חידוש נוסף בחוק שכר שווה קשור לבסיס להשוואת השכר. הזכות לשכר שווה חלה גם על כל "גמול אחר" שנותן מעביד לעובדיו. "גמול אחר" מוגדר באופן רחב ביותר ככולל "כל תוספת, טובת הנאה, קצובה, מענק, תנאים נלווים, תשלום לכיסוי הוצאות, תשלומים בשל החזקת רכב, שימוש בטלפון, מכסת שעות נוספות, רכישת ספרות מקצועית, ביגוד, שימוש ברכב, או כל גמול אחר בכסף או בשווה כסף, במישרין או בעקיפין, והכל אף אם אינם שכר עבודה".⁸⁴ גם כאן מטרת הרחבת בסיס ההשוואה הייתה לטפל באחד הגורמים לפערי השכר בין המינים. לגבי עובדים שחלו עליהם הסכמים קיבוציים התברר שחלק מפערי השכר נבעו מכך שגברים זכו להטבות שונות, כגון אחזקת רכב, אש"ל, מכסת שעות נוספות שנשים שביצעו עבודה זהה לא נהנו מהן. כלומר פערי השכר לא נבעו משיעור השכר עצמו, אלא מתוספות אחרות בכסף או שווה כסף.⁸⁵ אמנם חוק שיוויון ההזדמנויות אוסר הפליה "בתנאי עבודה",

קבלני כח אדם, התשנ"ו-1996, הדורש השוואת תנאים: "תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי – הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי הענין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולותק בעבודה אצל המעסיק בפועל". אולם גם אז נשמר העיקרון של מסגרת ארגונית אחת, כי עובדי הקבלן מוצבים אצל המשתמש שחובת השוואת התנאים היא לעובדיו. ההנחה היא שהמימון לשכר עובדי הקבלן הוא מהתשלום של המשתמש לקבלן כוח האדם, במסגרת חוזה אספקת כוח האדם.

⁸² ס' 14(2) לחוק שכר שווה קובע כי "שר העבודה והרווחה ושר האוצר, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, רשאים לקבוע בצו כי יחידה מסוימת או מספר יחידות באותו משרד הם מקום עבודה נפרד".

⁸³ לעיל ה"ש 2, בעמ' ז-יג.

⁸⁴ ס' 2 לחוק שכר שווה.

⁸⁵ דברי ההסבר להצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, קובעים כי: "גורם עיקרי נוסף לפער שבין שכר הנשים לשכר הגברים מתבטא בתשלום התוספות השונות לשכר. כידוע, הסכום שמשלם לעובד עבור עבודתו מורכב מרכיבים שונים, והוא כולל תוספות למיניהן. מרבית המחקרים

וניתן היה על דרך הפרשנות לטעון כי מקום שבו עובד ועובדת המבצעים אותה עבודה אך אינם נהנים מאותו גמול יש הפליה בתנאי עבודה. אך המחוקק רצה להבהיר נקודה זו באופן מפורש, מכיוון שדובר בתופעה רווחת של פערים שהיו נעוצים דווקא בתוספות השונות ולא בשכר עצמו. היכולת לשלם שכר שונה לשני עובדים שביצעו עבודה זהה בעלי ותק זהה מוגבל במסגרת תחולתם של הסכמים קיבוציים שקבעו סולמות שכר נוקשים, והדרך לעקוף מגבלות אלה התאפשרה דווקא דרך כל אותם "גמולים אחרים".

חידוש שלישי של החוק הוא זכות המידע הקבועה בסעיף 7. מכוח סעיף זה יכולים עובדת (או עובד)⁸⁶ לדרוש מהמעביד מידע על שכרם של עובדים אחרים בארגון. גם הסדר זה מטרתו לסייע בצמצום פערי השכר, שכן נגישות למידע אמורה לסייע לעובדת להעריך אם היא מופלית לרעה בשכרה.⁸⁷ בית הדין נתן פרשנות מרחיבה לזכות זו בקבעו שהזכות למידע קמה לעובדת אף בטרם הגישה תביעה מכוח החוק, ומטרתה לאפשר לעובדת שהתגנב חשד ללבה שהיא משתכרת פחות מגבר המבצע עבודה זהה, לבדוק חשדות אלה באמצעות נגישות למידע.⁸⁸ אי לכך זכאית העובדת לקבל מידע על שכרם של עובדים אחרים. באיזון בין הזכות לשוויון לבין הזכות לפרטיות של אותם עובדים (והזכות הניהולית של המעביד לשמור מידע זה חסוי), ידה של הזכות לשוויון על העליונה.⁸⁹ טענותיהם של מעסיקים שלפיהן מימוש הזכות למידע היא רק עם מתן צו של בית הדין לגילוי המידע, נדחתה.⁹⁰ הנגישות למידע צריכה להיות פשוטה, ולכן מימושה הוא על ידי דרישה של העובדת למידע,

שנעשו לאחרונה מצביעים על כך שהפערים בשכר בין גברים לנשים נובעים בעיקר מתשלום תוספות השונות; מוצע להחיל את השוויון בשכר על כל ההטבות השונות".

⁸⁶ החוק הוא ניטרלי ואוסר פערי שכר גם כאשר פערי השכר הם לטובת האישה. ראו הסדר לא ניטרלי בס' 2ב(2) לחוק שווי זכויות האישה, התשי"א-1951, הקובע כי אין רואים כפגיעה בשוויון "הוראה או פעולה, שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של נשים, או הוראה או פעולה, שנועדה לקדם את שוויון". ס' 1ג לחוק שווי זכויות האישה התשי"א-1951, קובע כי: "הוראות חוק זה באות להוסיף על זכויות האישה לפי כל דין, הסכם קיבוצי, חוזה עבודה או חוזה אחר, ולא לגרוע מהן"; ס' 3(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע כי: "אין בחוק זה כדי לגרוע מזכות יתר המוענקת לפי חיקוק, לפי הסכם קיבוצי או לפי חוזה עבודה, ואין רואים זכות כזו כהפליה"; ס' 3 לחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004, (זכות לנשים לקבוע את גיל הפרישה האישי שלהן בטווח שבין גיל הפרישה לנשים [62] לגיל הפרישה של גברים [67]).

⁸⁷ למחקרים המעידים על חשיבות הנגישות למידע רלוונטי על שכר עובדים אחרים, לצורך צמצום פערי השכר, לעיל ה"ש 45.

⁸⁸ עניין אלוני, לעיל ה"ש 43.

⁸⁹ בעניין אלוני נאמר, כי "באיזון זה נראה לי שידו של השוויון יוצאת על העליונה, שהרי במניעת פרטים הנחוצים לה נשלול באופן מוחלט את זכותה, ונמצא כי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד הינו למעשה אות מתה ולא ניתן יהיה להגשים את ייעודו ומטרתו". שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט אברהמי. ראו גם שרון רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 41, בעמ' 203-207.

⁹⁰ עניין אלוני, שם.

כמובן במגבלות של רלוונטיות המידע הנדרש לטענותיה של העובדת.⁹¹ הזכות למידע גם היא ייחודית לחוק שכר שווה ואינה תואמת הוראה דומה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

שלוש ההרחבות שהצגתי: מודל השכר השווה עבור עבודה שוות ערך, הרחבת בסיס השוואת השכר כך שיכלול כל גמול אחר והזכות למידע בטרם הגשת תביעה, הם ההסברים המקובלים שניתנו לחקיקתו המחודשת של חוק שכר שווה ב-1996, על אף הסדרת הזכות לשוויון תעסוקתי בין גברים לנשים בחוק שוויון ההזדמנויות כעשור קודם לכן. עם זאת, אני חושבת שההצדקה לקיומו של חוק שכר שווה לצד חוק שוויון ההזדמנויות היא רחבה הרבה יותר. הוספת עקרון השכר השווה עבור עבודה שוות ערך היא רק דוגמה לתפיסת השוויון השונה של חוק שכר שווה לעומת חוק שוויון ההזדמנויות.

מודל השוויון של חוק שכר שווה הוא מודל המגדיר שוויון על פי מבחן של רלוונטיות. החוק מגדיר מהם פערי השכר האסורים – כל פערי השכר הנובעים מסיבות שאינן מנויות בסעיף 6(א) לחוק. עובדת שהרימה את נטל השכנוע שהיא ועובד אחר המבצעים אותה עבודה (או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך) משתכרים שכר שונה, זכאית לסעד של השוואת שכר, אלא אם כן הוכיח המעביד כי הפרשי השכר נובעים מהסיבות המנויות בסעיף 6(א) לחוק. אין צורך להוכיח את קיומו של הקשר הסיבתי בין מין התובע לקביעת התגמול הנמוך יותר, קשר סיבתי זה הוא עמוד התווך של תפיסת השוויון של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. במסגרת חוק שכר שווה המעביד יכול להעלות רק טענות הגנה המצביעות על כך שהקריטריון שעל פיו נקבע השכר הוא רלוונטי. החוק מגדיר מהם אותם קריטריונים רלוונטיים (שיקולים פנימיים לעבודה). לעומת זאת, בחוק שוויון ההזדמנויות, התובע חייב להוכיח כי שיקול לא רלוונטי, מין העובד, השפיע על מקבל החלטה בעת קביעת התגמול. זהו שוני מהותי ומרכזי המשליך על היקף האחריות של המעביד במסגרת כל אחד משני דברי החקיקה.

2. מודל השוויון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה

מודל השוויון המרכזי בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הוא מודל "היחס השונה" (Disparate Treatment) המעוגן בסעיף 2(א) לחוק.⁹² סעיף זה קובע כי "לא יפלה

⁹¹ ראו האיזון הנדרש בסיפה של ס' 7 לחוק שכר שווה: "ובלבד שהמעביד אינו חייב למסור מידע אלא במידה הדרושה לפי העניין, שיימנע מגילוי הפרטים מזהים של עובדים, ושאינו במסירת המידע הפרה של כל דין אחר".

⁹² להרחבה על מהותו של המודל ראו שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (1999).

מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה **מחמת מינם** [...] בתנאי עבודה" (ההדגשה שלי – ש.ר.מ.). בהקשר של הזכות לשכר שווה, המשמעות היא שאסור למעביד להבחין בין עובדים על בסיס מין בכל הנוגע לשכרם. סעיף 2(ג) לחוק מאפשר למעביד להעלות טענת הגנה שאין מדובר בהפליה כאשר ההבחנה על בסיס מין "מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". יכולתם של מעבידים להעלות טענות הגנה מכוח סעיף 2(ג) לחוק קיבלה פרשנות מצמצמת ביותר בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון.⁹³ על מנת לעמוד בתנאי טענת ההגנה חייב המעביד להוכיח שכל מי שמשתייך לקבוצה המוגנת נעדר את הכישורים הנדרשים לביצוע התפקיד, או לחלופין שלא ניתן לערוך בדיקות אינדיבידואליות לצורך בדיקת התאמה אישית.⁹⁴ לכן, כאשר הורם נטל השכנוע שמעביד קיבל החלטות על סמך אחד הקריטריונים המנויים בסעיף 2(א) לחוק, יקשה על המעביד מאוד לחמוק מהטלת אחריות על פי החוק.

מרכיבי עילת התביעה להשוואת שכר של מודל היחס השונה הם הוכחה כי המעביד הסתמך על קריטריון המין בקביעת תנאי העבודה, וכי שיקול זה גרר פער לא מוצדק בתנאי העבודה בין שני עובדים. כלומר שיקול זה (מין העובד) השתרבב לתהליך קבלת ההחלטות של המעביד ויצר פערי שכר בין שני עובדים. על כן מודל זה מחייב להוכיח כי מין העובד הוא אחד השיקולים שהובילו לפערי השכר. סעיף 2(א) קובע מפורשות כי "לא יפלה מעביד בין עובדיו [...] **מחמת מינם** [...] בתנאי העבודה" (ההדגשה שלי – ש.ר.מ.). בכל מקום שבהם פערי השכר נובעים משיקולים או מנסיבות אחרות, שאינן מין העובד, לא קמה עילת תביעה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות. יש צורך להוכיח קשר סיבתי בין ההשתייכות לקבוצה לבין ההחלטה הפוגעת של המעביד.⁹⁵ אם ניישם את יסודותיה של עילת תביעה זו על הסכסוך של

⁹³ דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000); בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358 (2004); בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998); בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).

⁹⁴ בעניין **רקנט**, שם, בעמ' 346 קבע בית המשפט כי: "חובתו של המעביד שלא להפלות מחמת גיל היא חובה אינדיבידואלית שהוא חב לכל עובד ועובד". ראו, עניין **האגודה לזכויות האזרח**, שם, בעמ' 369–370: "תחת גילויטינה של גיל מקסימום יש לקבוע הסדר אינדיבידואלי, הרגיש לצרכיו של הפרט ולדרושותיה של המשטרה [...] גם אם ברור שקיים קשר בין כללי הגיל לבין היכולות הפיזיות, ישנם בוודאי מועמדים מעל לגיל שלושים וחמש, העולים ביכולתם מבחינה גופנית [...] גם המחקר שהמשטרה מצביעה עליו קובע קשר כללי הקיים בין גיל לבין הזדקנות, אך הוא אינו נותן מענה לשאלה מדוע לא תבחן המשטרה את כושרם הגופני והנפשי של מועמדיה על בסיס אינדיבידואלי".

⁹⁵ ראו בג"ץ 554/05 **רס"ר אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה**, ס(2) 299 (2005) (להלן: עניין **אשכנזי**). השופטת חיות מסבירה שאיסור ההפליה הקבוע בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מחייב את העובד או העובדת להוכיח קשר (סיבתי) בין טיפולי הפוריות לבין החלטת הפיטורין,

אורית גורן עם הום-סנטר עולה שאם גרסת המעביד שפערי השכר נבעו אך ורק מדרישות השכר המקדימות של שני העובדים, בלא כל קשר למינם, תתקבל, הרי אין מנוס מלדחות את תביעתה של אורית מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכן ההבחנה בין שני העובדים לא הייתה על סמך מינם, אלא על סמך קריטריון אחר שהוא דרישת השכר של שני העובדים – קריטריון שאין איסור לעשות בו שימוש על פי החוק.

מודל השוויון של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הוא מודל המגדיר שוויון על פי מבחן היעדר רלוונטיות. הוא מונה בפנינו מהם טעמים פסולים לקבלת החלטות במסגרת יחסי עבודה. כל סיבה אחרת, שאיננה מנויה בחוק (או הוכרה על ידי בתי המשפט, באצעות חקיקה שיפוטית כפסולה), מותרת. כל קריטריון אחר, אף אם הוא שרירותי בעינינו, הוא כשר על פי תפיסת השוויון של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. תובע צריך לזהות קריטריון פסול ולכרוך אותו עם קבלת ההחלטה שהוא תוקף. זהו מהלך דו-שלבי. הצעד הראשון הוא להצביע על קריטריון אסור, והצעד השני הוא לבסס את הקשר הסיבתי בינו לבין ההחלטה.

בכמה פסקי דין, הראשון בהם עניין נבו, והשני עניין פלוטקין, חזר בית המשפט והדגיש שאיסור הפליה התעסוקתית הקבוע בחוק שוויון ההזדמנויות אינו בוחן אם התכוון המעביד להפלות, אלא רק אם התוצאה מפלה.⁹⁶ אמירות אלה עלולות להתפרש בקריאה ראשונה כנוגדות את טענתי כי מודל היחס השונה של החוק מחייב בחינה אם המעביד הסתמך על קריטריון אסור. לכאורה על פי אמירות אלה כאשר

וזאת בניגוד להגנה מפני פיטורין של עובדת בהריון ועובדת הנעדרת עקב טיפולי פוריות מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. הגנת אלה מתבססות על שורה של תנאים אובייקטיביים הקבועים בסעיף 9 לחוק עבודת נשים, אשר בהתקיימם מקנים זכות תביעה לעובדת, גם אם אין קשר סיבתי בין טיפולי הפוריות לבין החלטת הפיטורין.

⁹⁶ בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מוד(4) 759, 749 (1990), נקבע כי "לא היה כוונת מעסיקה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה, אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית"; בעניין **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 654, 664, קובע בית המשפט: "תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו היא תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה [...] השאלה אם נוצרו אי-שוויון והפליה תיבחן – כפי שראינו – על-פי התוצאה, ולא על-פי הכוונה". בדב"ע נו/ 129-3 **פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ**, פד"ע לג 481, 495 (1997) מתייחס בית הדין להיעדר הצורך להוכיח כוונה להפלות אצל המעביד: "הן בגלל הקושי להוכיח כוונה ובעיקר בגלל מקומה של הזכות לשוויון בסולם הערכים שלנו, אין לדרוש הוכחת כוונה של המעביד ודי להראות התנהגות פסולה. זאת, לא רק בגלל הקושי להוכיח כוונה – גם אם לא הייתה כוונה אצל המעביד, גם אם כוונותיו היו לדעתו טובות, גם אז יהיה המעביד המפלה אחראי".

בית המשפט מאתר תוצאה מפלה, הוא אינו נדרש לשאלה אם התוצאה האמורה היא תולדה של יחס מפלה של המעביד. לדעתי, פרשנות זו לאמירות ש"לא נדרשת כוונה להפלות", מוטעית. היא אינה מתיישבת עם לשון החוק או עם ההקשר שבו נאמרו הדברים בפסקי הדין. לשון החוק מדברת על הפליה מחמת מין. אמירות השופטים השונים התייחסו תמיד למניע של המעביד. הן מתייחסות לטענות ההגנה של המעביד הטוען שהחלטה לא התקבלה על מנת להרע לבני הקבוצה או על סמך דעות קדומות. המעבידים בתביעות אלה ניסו לקדם את הטענות שנודרש מניע או מודעות לתוצאות המפלות, וטענון זה נדחה, בצדק, על ידי בתי המשפט. אך אין בפסקי דין אלה ויתור על הדרישה שיוכח כי המעביד השתמש בשיקול פסול, גם אם בתום לב, וגם אם מתוך כוונה טובה, כאשר קיבל החלטה בעניינו של התובע.⁹⁷

הדרישה שהחלטה בנוגע לתנאי עבודה התקבלה התבססה על סמך קריטריון המין (או כל קריטריון אסור אחר המנוי בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה) מעלה שאלות גם של קשר סיבתי בין השיקול האסור לבין ההחלטה עצמה. האם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מחייב את התובע להוכיח כי הקשר הסיבתי בין השיקול הפסול לבין ההחלטה הוא מסוג סיבה שבלעדיה אין? דרישה זו תחייב תובעים להוכיח כי לולא השיקול הפסול הייתה מתקבלת החלטה אחרת. נניח כי אורית גורן הייתה מצליחה להוכיח בבית הדין כי הום-סנטר הביאה בחשבון את העובדה שהיא אישה כאשר קבעה שכרה יהיה נמוך יותר מאשר זה של סטפן. האם עליה להוכיח כי העובדה שהיא אישה הייתה הסיבה המרכזית שבגללה השכר שלה היה נמוך יותר, או די בכך שהיא תוכיח שסיבה זו הייתה אחת הסיבות לכך שהשכר שלה היה נמוך יותר משל סטפן? ניתן גם לנסח את דרישות הסיבתיות אחרת: האם לאחר שאורית הוכיחה כי הום-סנטר הביאה בחשבון את העובדה שהיא אישה כאשר קבעה את שכרה, יכולה הום-סנטר להשתחרר מאחריות על ידי כך שתוכיח שגם לולא הייתה אורית אישה, היה שכרה נמוך יותר, למשל מאחר שהיא דרשה מלכתחילה שכר נמוך, מכיוון שכישוריה פחות טובים ומכיוון שסטפן הוא איש מכירות טוב יותר?

שאלת הסיבתיות נדונה במעט מאוד פסקי דין. בפסק הדין הראשון שעסק בתביעה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, בעניין פלונסקר, נקבע כי מכיוון שהמעביד הוכיח כי העובדת ממילא לא הייתה מתקבלת לעבודה כעוזרת למנהלת טרקלין, לא ניתן לקבוע כי קמה אחריות מכוח החוק, גם אם גרסתה של התובעת היא שהמעביד אמר לה בריאיון העבודה שהיא אינה מתאימה מחמת היותה אם לילד

⁹⁷ ראו התייחסות מפורשת לצורך להוכיח קשר סיבתי בין השיקול הקבוצתי לבין ההחלטה הפוגעת בעניין אשכנזי, לעיל ה"ש 95. בכל המקרים שבהם נקבע שהכוונה אינה משנה, היה ברור כי ההבחנה בין העובדים נעשתה על בסיס אחד הקריטריונים האסורים. בעניין נבו, שם, ההבחנה בעניין גיל הפרישה הייתה בין גברים לנשים ואילו בעניין פלוטקין, שם, המעביד הבחין בין מועמדים על בסיס מין והורות.

קטן.⁹⁸ גרסת הסיבתיות החזקה שאימץ בית הדין בפסק הדין הייתה "סיבה שבלעדיה אין", ואפשרה למעבידים להשתחרר מאחריות, אם הוכיחו שהיו מגיעים לאותה החלטה גם בלא הסתמכות על השיקול האסור. בעניין **פלוטקין** נקבע, ונראה כי כיום זו ההלכה המחייבת, שמעביד לא יוכל להשתחרר מאחריות על ידי מהלך שבו יוכיח כי היה מקבל אותה החלטה ממילא.⁹⁹ פסק הדין אימץ סטנדרט פחות מחמיר ביחס לקשר הסיבתי. די שהעובד או המועמד לעבודה יוכיח שאחד השיקולים שעליהם הסתמך המעביד הוא השיקול האסור, גם אם שיקול זה לא היה מרכזי או מכריע. די בכך שהשיקול האסור "הכתים" את תהליך קבלת ההחלטות על מנת להקים עילת תביעה. שאלת הקשר הסיבתי, והשאלה עד כמה מרכזי היה השיקול האסור, רלוונטיים לשלב הסעדים. כאשר בית הדין ידרש לשאלה מהו הסעד הראוי, צריך לקחת בחשבון את העובדה שהמעביד הוכיח שהיה ממילא מקבל אותה החלטה. אם מדובר בפיטורי עובדים, אני מניחה שאין מקום לאכוף יחסי עבודה כאשר מעביד הביא בחשבון את גילו של העובד כשהחליט לפטר, אך הצליח להוכיח בבית הדין שממילא היה מפטר את העובד מסיבות ענייניות אחרות. עם זאת, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מאפשר לבית הדין לפסוק סעדים גם מקום שבו לא נגרם נזק ממוני.¹⁰⁰

לסיכום: מודל השוויון הקבוע בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מתבסס על הוכחה **ששיקול אסור**, למשל מין העובד, היה אחד הגורמים שהובילו את המעביד לקבל החלטה בעניינו של התובע.

⁹⁸ תב"ע (ת"א) מט/1182-12 **פלוטסקר** – "שטיח אדום" – **שירותי אירוח בע"מ**, פד"ע כא, מו (1989). החברה טענה שפלוטסקר לא נפסלה למשרה עקב היותה אם לילד, אלא שאופי התפקיד מחייב הופעה נאה ואישיות מסוימת.

⁹⁹ בעניין **פלוטקין**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 497, קבע בית המשפט כי "אין משמעות לכך שקיימים נימוקים נוספים לאי קבלה לעבודה [...] עצם ההתנהגות פסולה. על כן וודאי שאין נפקות אם המעביד לא קיבל את העובד מנימוקים נוספים או אף אחרים". ראו גם ע"ע (ארצי) 627/06 **מורי נ' מ.ד.פ. ילו בע"מ**, פס' 40 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה (טרם פורסם, 16.3.2008): "גם אם הייתה הצדקה עניינית כלשהי לפיטוריו של העובד, ואחד השיקולים שלקח המעביד בחשבון במסגרת מכלול השיקולים המלא היה שיקול פסול שמבוסס על הפליה אסורה על פי אחת מהעילות המופיעות בסעיף 2 לחוק, יש בכך משום הפרה של חוק שוויון ההזדמנויות המקימה זכות לפיצוי עבור העובד. עצם ההפליה הפסולה היא התנהגות לא ראויה. לו נקבע כי אם קיימים לצד השיקול הפסול (או השיקולים הפסולים) שיקולים ענייניים אשר 'מכשירים' את השיקול הנגוע בהפליה פסולה, הדבר לא יעלה בקנה אחד עם רוחו של חוק שוויון ההזדמנויות ובכך נחטא למטרתו ותכליתו".

¹⁰⁰ ס' 10(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, קובע כי בית הדין לעבודה רשאי: "לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק של מומן בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין". כך נקבע בעניין **פלוטקין**. לעיל ה"ש 96, בעמ' 503. (אין להוציא צו עשה אלא לפסוק פיצויים עונשיים בגובה 50,000 ש"ח).

3. מדוע מודל השוויון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו כלי יעיל להלחם בפערי השכר בין המינים?

הדרישה להוכיח, במסגרת מודל השוויון של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שקיים קשר סיבתי כלשהו בין פערי שכר שהתובע הצביע עליהם לבין מין העובדים, מהווה מכשול ליכולת של מודל היחס השונה להוביל לצמצום משמעותי בפערי השכר בין נשים לגברים. פערי השכר – העומדים כאמור על 40% בחישוב של שכר חודשי ועל כ-20% בחישוב של שכר שעתי,¹⁰¹ נובעים ממכלול של גורמים של הבניה חברתית, גורמים כלכליים וגורמים פסיכולוגיים.¹⁰² מדובר אפוא על בעיה מורכבת.

מודל היחס השונה מתמקד בשאלה כיצד התקבלו החלטות על ידי מעביד מסוים. הוא בוחן אם אותו מעביד הביא בחשבון את מין העובד כאשר נקבעו תנאי העבודה. הוא אינו עוסק בשאלה אם פערי השכר הם תולדה של גורמים חיצוניים למעביד ולעובד שהגיש את התביעה, גורמים שתורמים ברמת המאקרו לפערי שכר בין נשים לגברים. הזכות לשוויון במסגרת החוק היא זכות אישית של התובעת. ההתייחסות של החוק לקבוצות השוויון השונות, במקרה שלנו לקבוצת המין, היא רק על מנת להבהיר שזכותו של הפרט היא שיתקבלו לגביו החלטות במסגרת יחסי עבודה בלא שהוא יתווג כשייך לקבוצה מסוימת. לכל אדם הזכות האישית שלא ייחסו לו "תכונות קבוצתיות", אלא שהוא יבחן על פי יכולותיו האישיות, כפי שהן באות לידי ביטוי בבחינה אישית.¹⁰³ הזכות לשוויון בהקשר זה עוסקת בפרט ובזכותו לקבל יחס כאינדיבידואל במנותק מהשתייכותו לקבוצה מסוימת. הזכות לשוויון במסגרת מודל היחס השונה אינה באה לקדם קבוצות, אלא פרטים, ולכן היכולת של המודל לסייע בצמצום פערי שכר כלל משקיים מוגבלת.

מודל היחס השונה מציע פתרון במקרים שבהם מעביד משלם שכר נמוך יותר לעובדת ביחס לעובד אחר, בגלל היותה אישה. תביעה המתאימה להתנהל במסגרת זו היא תביעה של אישה (או קבוצת נשים) הטוענת שאחת הסיבות לכך שהשכר שלה נמוך יותר היא העובדה שהיא אישה, ושהיא הופלתה לרעה בשכר מחמת מינה. למשל, אישה הטוענת כי השכר ששולם לה נמוך יותר משכרם של גברים אחרים מכיוון שהמעביד היה מודע לכך שבהיותה אישה היא תסכים לעבוד בשכר הנמוך. לשם קידום תביעתה מקנה לה החוק עזרים ראייתיים. היא יכולה להשתמש במנגנון היפוך נטל השכנוע הקבוע בסעיף 9 לחוק, שמעביר את נטל השכנוע אל כתפי

¹⁰¹ ראו לעיל ה"ש 4-7 והטקסט הנלווה.

¹⁰² לדיון במקצת הגורמים ראו לעיל פרק ג'.

¹⁰³ ראו לעיל ה"ש 93 לעניין קביעות בית המשפט העליון בדבר הצורך לערוך מבחנים אישיים למועמדים ולא לעשות שימוש במנבאים סטטיסטיים התקפים ברמת הקבוצה אך אינם יכולים לנבא באופן מדויק את יכולותיו של פרט מסוים.

המעביד להוכיח שפערי השכר אינם תלויים במינה של התובעת.¹⁰⁴ אך בסופו של דבר השאלה אם קמה אחריות מכוח החוק מתמקדת בשאלת הקשר הסיבתי. השאלה היא אם העובדה שמדובר באישה היה שיקול שהמעביד שקל (אפילו באופן חלקי) כאשר נקבע שכר או תנאי העבודה.

היכולת של מודל היחס השונה להתמודד עם בעיית פערי השכר המבניים בשוק העבודה מוגבלת ביותר. במקרים רבים פערי השכר אינם תולדה של תהליך קבלת החלטות לקוי שאליו השתרבב השיקול של מין העובדת או העובד. במקרים אלה פערי השכר שאנחנו מזהים תלויים בגורמים חיצוניים, והקשר בינם לבין מין העובד הוא עקיף בלבד. למשל, אם נשים נוהגות במסגרת משא ומתן אישי לדרוש, בממוצע, שכר התחלתי נמוך יותר מאשר גברים, ודרישה זו משפיעה על גובה השכר הסופי,¹⁰⁵ ייתכנו פערי שכר בין גברים לנשים המבצעים אותה עבודה. אך במסגרת מודל היחס השונה יוכל המעביד לטעון כי פער השכר הוא תוצר של המשא ומתן האישי שכל עובד/ת ניהל. מכיוון שהוא נהג באופן זה לגבי גברים ונשים, והתייחס לכל אחד מהם במסגרת המשא ומתן האישי באופן פרטני בלא לשיקול אם מדובר בגבר או אישה, לא ניתן לראות בו מעביד מפלה.

על מנת לטעון כי פרקטיקת המשא ומתן האישי מהווה הפליה צריך לפנות לתפיסה קבוצתית לזכות לשוויון. הדגש מוסט מהפרט לקבוצה. קיומם של פערי שכר בין המינים מחייב אותנו לפתח כלים משפטיים המקדמים את התוצאה שאליה אנחנו חותרים ברמה הקבוצתית – צמצום פערי השכר בין גברים לנשים. אם המטרה היא קידום הזכות הקבוצתית של הנשים לשכר שווה, הרי פחות מעניין אותנו אם המעביד הספציפי לקח בחשבון את מינה של העובדת כאשר נקבע השכר שלה. בתפיסה הקבוצתית אנחנו מתעניינים אם יש הסברים מערכתיים אחרים לכך ששכרן של נשים בממוצע נמוך יותר משל גברים, ואם אחד ההסברים הללו רלוונטי לתיבועה שמתנהלת על הפליה בשכר.

אסביר באמצעות דוגמה: אם זיהנו כגורם המשפיע על פערי שכר בין המינים את נושא הבידול התעסוקתי, הגישה הקבוצתית לזכות לשוויון תנסה לצמצם את השפעתו של בידול תעסוקתי על שיעורי השכר של עובדים. התובנה כאן היא שמקצוע שהוא נשי הוא מקצוע שהשכר הממוצע בו נמוך יותר, ותופעה זו מהווה הפליה קבוצתית. המודל האישי לא יכול לקבל את הטענה שבידול תעסוקתי מהווה

¹⁰⁴ ס' 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, קובע כי: "בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2" (זאת כאשר התובע מוכיח מספר תנאי סף). לדיון במנגנון היפוך נטל השכנוע מכח סעיף 9 לחוק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ראו, ע"ע (ארצי) 300126/98 סול גבאי נ' האגודה להתנדבות בע"מ בישראל 2-3 (לא פורסם, 7.1.2004); עב' (ת"א) 2609/00 עדנה טבצ'ניק נ' כלל גמל בע"מ, פס' 28-36 (לא פורסם, 10.8.2004), ולאחרונה בעניין מורי, לעיל ה"ש 99, פס' 42-50.

¹⁰⁵ ראו, דיון במחקרים המצביעים על תופעה זו, לעיל ה"ש 39 ו-54.

הפליה מחמת מין, כי הסיבה שהאישה המבצעת תפקיד נשי משתכרת פחות מגבר המבצע תפקיד גברי אינה מינה, אלא התפקיד השונה. הראיה לכך שאין מדובר בהפליה מחמת מין על פי הגישה האישית, גבר המועסק בתפקיד הנשי או אישה המועסקת בתפקיד הגברי משתכרים שכר בהתאם לתפקיד שהם מבצעים ולא בהתאם לקבוצת המין שאליה הם משתייכים.¹⁰⁶

4. מודל השוויון של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד

טענתי במאמר זה היא שחוק שכר שווה אימץ מודל קבוצתי לזכות לשוויון בשכר בין המינים, וכי מודל זה נועד להילחם חזיתית בבעיית פערי השכר, כנראה תוך הכרה, גם אם לא בוטאה באופן מפורש, שלא ניתן לחסל את פערי השכר במסגרת עקרון השוויון האישי של מודל היחס השונה, וזאת עקב השפעתם של גורמים חיצוניים ליחסי העבודה הספציפיים של כל עובדת ומעבידה. החוק אזכר רק גורם אחד כזה, הוא הבידול התעסוקתי. בפרשנותי את תכלית החוק, אני מסתמכת על הטיפול של החוק בנושא הבידול התעסוקתי. לטענתי, החובה לשלם שכר שווה בעבור עבודות שוות ערך מהווה רק דוגמה לתכלית הרחבה יותר של החוק, לפעול לצמצום פערי השכר במסגרת של עקרון השוויון הקבוצתי שבו אנו בודקים השפעה של גורמים חיצוניים למעביד והעובד הספציפיים, על פערי השכר בין המינים.

הגורמים התורמים לשימור פערי השכר הם רבים, מורכבים, ולעתים אינם ניתנים לאיתור או בידוד. ייתכן שאת חלקם טרם זיהנו. לכן חוק שכר שווה, למעט בעניין נושא הבידול התעסוקתי והזכות למידע, אימץ הסדר שלילי. סעיף 6(א) לחוק קובע שורה של סיבות מוצדקות לפערי שכר, ובאשר לכל סיבה אחרת ישנה חזקה שסיבה זו מהווה הפליה. בהינתן שעובדת (או עובד) הוכיחה שהיא עובדת בעבודה שווה, שווה בעיקרה או שוות ערך לעבודה של עובד אחר של אותו מעביד, באותו מקום עבודה, קמה לה הזכות לשכר שווה כמצוות סעיף 2 לחוק. בשלב זה המעביד יכול לטעון לקיומן של הסיבות המוצדקות, אך סיבות אלה מוגבלות לטענות הקשורות לטיב העבודה או לאופן ביצועה. אלה טענות פנימיות לעבודה הספציפית או כישורי העובדת. טענות אלה מתמקדות ב"תפוקת העבודה, איכות העבודה, הוותק בעבודה, ההכשרה או ההשכלה, או מיקומו הגיאוגרפי של מקום העבודה".¹⁰⁷ כל הסבר אחר של המעביד, חיצוני לעבודה עצמה או לכישורי העובדת

¹⁰⁶ ראו בהקשר זה, את עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 316-317 (1997). בפסק הדין נדונה השאלה אם ההבחנות לעניין גיל הפרישה בין דיילי הקרקע לדיילי האוויר הן הבחנות מחמת מין או מחמת תפקיד. עמדתו של השופט חשין הייתה כי ההבחנה איננה על בסיס גיל, אלא על בסיס התפקיד שמבצע העובד, שכן על מנת לדעת מהו גיל הפרישה של כל עובד צריך קודם כול לדעת באיזה תפקיד הוא מוצב.

¹⁰⁷ ס' 6(א) לחוק שכר שווה.

הספציפית, לא יוכל לשחרר מאחריות על פי החוק. ההסדר השלילי להגדרת האחריות מאפשר להימנע מהצורך לבחון לגופו אם הסיבה החיצונית לפערי השכר נשוא התביעה היא סיבה הקשורה באופן עקיף למין העובדת, אותם גורמים ניטרליים שמשליכים על שכר הנשים כקבוצה, כגון הבידול התעסוקתי. החוק קובע הסדר שלפיו כל הסבר אחר "חיצוני" למהות העבודה או כישורי העובדת אינו לגיטימי, גם אם אינו קשור למין העובדת.¹⁰⁸ בניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מאמץ חוק שכר שווה מבחן רלוונטיות. כזכור, חוק שוויון ההזדמנויות קובע רשימה של טעמים לא רלוונטיים לקבלת החלטות במקום העבודה, ביניהם מין המועמד או העובד. חוק שכר שווה נוקט גישה הפוכה ומגדיר את קבוצת השוויון על פי הקריטריונים הרלוונטיים לקביעת שכר שונה והם אותם גורמים פנימיים הקשורים לאיכות העבודה וטיבה.

מדוע נזנחה התפיסה המסורתית של רשימת קריטריונים לא רלוונטיים לטובת גישה המונה רשימה של שיקולים רלוונטיים? אם נחייב את התובעת להוכיח מתאם בין הסיבה שהציג המעביד לשונות בשכר לבין מינה, דרישה זו תקשה מאוד על הוכחת התביעה. התובעת תצטרך להסתייע בנתונים סטטיסטיים, נתונים שלא תמיד זמינים, בדבר המתאם הסטטיסטי בין הקריטריון שהמעביד השתמש בו לצורך קביעת השכר לבין פערי השכר בין המינים. כמו כן ייתכן שיש קריטריונים ניטרליים שטרם אותרו, שתורמים לפערי השכר המגדירים.¹⁰⁹ במקום להתמקד בשאלת המתאם בין הקריטריון לפערי השכר, בחר המחוקק לקבוע שורה של הסברים לגיטימיים כאשר כל יתר ההסברים, גם אם לא הוכח מתאם בינם לבין פערי השכר, אינם יכולים להתקבל כטענת הגנה.

לשונו של סעיף 6(א) לחוק, המונה את רשימת הטעמים הלגיטימיים לפערי שכר,

¹⁰⁸ כאמור, גם בחוק עבודת נשים זנח המחוקק את המודל הסיבתי לעקרון השוויון על מנת לקדם באופן אקטיבי יעדים תוצאתיים – במקרה זה ביטחון תעסוקתי והגנה מפני פיטורין לנשים בהריון ונשים העוברות טיפולי פוריות. סעיף 9 לחוק עבודת נשים אינו מחייב את התובעת להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההיריון או טיפולי הפוריות להחלטת הפיטורין. ראו עניין **אשכנזי**, לעיל ה"ש 95; עניין **מורי**, לעיל ה"ש 99, הדין בחובתו של המעביד להחזיר את העובדת לעבודה למשך תקופה של 60 יום מתום חופשת הלידה, בלא יכולת לפדות את תקופת איסור הפיטורין בכסף, בהתאם לסעיף 9(ג) לחוק עבודת נשים. בפסק הדין מוסבר שהסדר זה נועד להגן על מקום העבודה של היולדת, על מנת שלא תחשוש שמא היעדרותה תפגע בסיכוייה לחזור לעבודה. המעביד איננו יכול להתלות בסיבות חיצוניות, כגון העסקתה של מחליפה או קשיים כלכליים כדי להצדיק את סירובו לקלוט חזרה את היולדת. השופטת וירט-ליבנה קובעת שחובת השבת העובדת לאחר חופשת הלידה היא חובה מוחלטת, ללא מקום לשיקול דעת (בכפוף לחריגים הקובעים בחוק, המחייבים פנייה לממונה לקבלת אישור על פיטורין). שם, פס' 20-29 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה.

¹⁰⁹ הדרישה להוכיח מתאם בין התנאי הניטרלי להשתייכות הקבוצתית קיימת בחוק שוויון ההזדמנויות במודל ההשפעה השונה ("הפליה עקיפה") הקבוע בס' 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות. למגבלות הכרוכות בצורך להוכיח מתאם אני דנה בפרק ה' להלן.

מסיימת במשפט "והכל כשאין בכך משום הפליה מטעמי מין". לדעתי, הסיפה המדוברת על בחינת הקשר הסיבתי בין הסבר המעביד לפערי השכר לבין הפליה מטעמי מין, מתייחסת אך ורק לרשימת הטעמים הלגיטימיים שאוזכרו ברישה. אסביר באמצעות דוגמה: אחד הטעמים הלגיטימיים להפרשי שכר הוא המיקום הגאוגרפי של מקום העבודה. נניח כי הוגשה תביעה של קבוצת עובדות על פערי שכר בינן לבין עובדים גברים המבצעים אותה עבודה. המעביד מסביר את פערי השכר בכך שהעובדות מבצעות את העבודה באתר א', ואילו הגברים שלגביהם נדרשה השוואת השכר מבצעים את העבודה באתר ב'. זהו טעם ענייני על פי החוק, כי הוא קשור למקום ביצוע העבודה. למרות זאת, בשלב זה, ולאחר שהמעביד הציג את ההסבר הלגיטימי שלו, החוק מאפשר לתובעות להוכיח שהסבר זה מהווה מסווה להפליה מטעמי מין ("והכל כשאין בכך משום הפליה מטעמי מין"). למשל אם הן תצלחנה להוכיח כי באתר א' מועסקות בעיקר נשים ובאתר ב' מועסקים בעיקר גברים, ואין כל הבדל מהותי בין שני האתרים מבחינת דרישות העבודה או תנאי העבודה. הסיפה של סעיף 6(א) לחוק אינה בגדר ציווי כללי לבחון בכל תביעה אם יש מתאם בין הסיבה לפערי השכר נשוא התביעה לבין הפליה מטעמי מין. הבחינה אם יש הפליה מטעמי מין רלוונטית רק במקרים שבהם הציג המעביד הסבר לגיטימי לפערי השכר (אחד מההסברים הפנימיים המנויים בסעיף 6 (א) לחוק), והתובעות מעוניינות להפריך הסבר זה על ידי הוכחה כי זהו מקרה מיוחד שבו הסבר לגיטימי בכל זאת מהווה מסווה להפליה מחמת מין.

5. חוק שכר שווה: דחיית הגישה השוקית

החוק המגביל את מסגרת טענות ההגנה של המעביד להסברים על טיב העבודה או כישורי העובדת, נועד לנטרל את כל אותם הסברים שוקיים לפערי השכר. אלה אותם הסברים חיצוניים, שאמנם אינם מהווים בתפיסה האישית הפליה מחמת מין, אך הם תורמים ברמת המאקרו לפערי השכר בין המינים. אני נסמכת על כך שתכלית החוק היא לדחות את הגישה השוקית ולאמץ גישה קבוצתית בפרשנות של לשון החוק ומבנה החוק.

ראשית, סעיף המטרה, סעיף 1 לחוק, קובע שהוא "נועד לקדם שוויון ולמנוע הפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה". בדברי ההסבר לחוק המתייחסים לסעיף 1, נאמר כי המטרה היא צמצום פערי השכר. כלומר החוק הציב לו יעד כללי של צמצום פערי השכר בין המינים.¹¹⁰ הגשת תביעות

¹¹⁰ ראו דברי ההסבר להצעת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד בעד עבודה שוות ערך, התשנ"ה-1995, ה"ח 2357: "לפי סקר הכנסות, בשנת 1991 השכר הממוצע לשעת עבודה של גברים היה גבוה ב- 31% מזה של נשים, וזאת לעומת הפרש של 27% בשנת 1990. הפער בשכר נובע,

האישיות היא רק הכלי להשגת היעד.¹¹¹

שנית, הרחבת בסיס השוויון גם לעבודות שוות ערך היא דוגמה מובהקת לדחיית התפיסה השוקית. עבודות שוות ערך הן עבודות שמבחינת השווי הפנימי שלהן אנחנו קובעים שהן שוות. הן מצריכות אותה מידה של כישורים, מיומנות, מאמץ ואחריות, ומתבצעות באותם תנאים סביבתיים. כיצד אירע אפוא שהשכר עבור עבודות שהשווי הפנימי שלהן זהה, הוא שונה? אחת התשובות היא ששווי השוק החיצוני שלהן שונה.¹¹² שווי השוק השונה לעבודות שוות הערך מוכתב על ידי גורמי שוק חיצוניים שונים, ובעיקר עקומות הביקוש וההיצע המצרפיים לעבודות אלה, והגמישות היחסית בין העקומות. החוק אינו מתעניין בשאלה השוקית, מדוע כוחות השוק מאפשרים למעבידים לשלם שכר שונה עבור עבודות בעלות שווי פנימי זהה. הוא איננו מאפשר למעביד להיבנות מההצדקות השוקיות, מכיוון שהמחוקק זיהה את הבידול התעסוקתי כאחד הגורמים התורמים לפערי השכר המגדריים.¹¹³ לדעתו, עקרון השכר השווה בעד עבודה שוות ערך מהווה רק דוגמה למודל השוויון שהחוק אימץ, מודל הדוחה הסברים שוקיים לפערי השכר. הביסוס המרכזי לדחיית הצידוק השוקי מצוי בסעיף 6(א) לחוק, שלטענתי מאפשר למעביד להעלות רק שורה מצומצמת של טענות הגנה הנוגעות לטיב העבודה או לכישורי עבודות – אותן טענות פנימיות לעבודה. טענות ההגנה שנכללות בסעיף אינן כוללות אף דוגמה של הסבר שוקי לפערי השכר, כגון הצעות עבודה חיצוניות לעובד המשתכר שכר גבוה יותר, גאות או שפל בשוק העבודה בעת גיוס עובדים שונים או דפוסי המשא ומתן האיש, אחראים לפערי השכר.

במידה רבה, מאפליית הנשים העובדות, לרעה, בכל הנוגע לתוספות הנלוות לשכר. התיקון המוצע נועד לקבוע כי המושג "שכר" כולל את התוספות וההטבות המשתלמות לעובדים, וכדרך זו לסייע לנשים להשיג שוויון בשכר.

¹¹¹ החוק בנוסחו המקורי כלל גם ערוץ של הגשת תובענות ייצוגיות. עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, בוטל ההסדר הספציפי בחוק שכר שווה. עם זאת, העובדה שהמחוקק בחר להסדיר בחוק שכר שווה את נושא הגשת תביעה על דרך של תובענה ייצוגית, מלמד גם הוא שמטרת החוק הייתה לצמצם פערי שכר ברמת מקום העבודה, ולא רק להעניק סעד אישי לתובעת שנקודתית הופלתה לרעה בשכר.

¹¹² הסבר אחר הוא שהפוליטיקה הפנים ארגונית הובילה את המעביד לתמחר נמוך יותר את המקצועות הנשנים, בלא קשר לשווי השוק החיצוני של העבודות, ראה ספרם של NELSON & BRIDGES, לעיל ה"ש 51.

¹¹³ בדברי ההסבר להצעת חוק שכר שווה ולעובדת בעד עבודה שוות ערך, נקבע כי: "כיום ברור כי אחד הגורמים לפער בין שכר הנשים לבין שכר הגברים הוא השכר הנמוך המשולם עבור מקצועות או תפקידים שרוב העוסקים בהם הן נשים. החוק המוצע [...] מרחיב את היקף תחולת השוואת השכר הקבועה היום בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד [...] בכך שהשוואת השכר תחול לא רק לגבי עבודה שווה או שווה בעיקרה בלבד, אלא גם לגבי עבודות שוות ערך."

6. סיכום ביניים: השוואה בין שני המודלים לשוויון של שני החוקים

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מתמודד עם בעיית ההפליה התעסוקתית מנקודת הסתכלות של זכות אינדיבידואלית, של תובע או קבוצת תובעים, שבפיהם טענה שהמעביד שלהם נהג בהם באופן שונה על רקע השתייכותם לאחת הקבוצות המוגנות בחוק. זוהי גישה המצרה את שיקול דעתו של המעביד באופן מוגבל בלבד, ושומרת על תפיסה שוקית, שלפיה המעביד רשאי לקבל החלטות ניהוליות כראות עיניו, וכי שיקול דעתו מוגבל רק כאשר הוא מקבל החלטה על בסיס השתייכות לאחת הקבוצות המוגנות בחוק. לכן כל החלטה שמשליכה על שכר העובדת שאינה קשורה למינה, גם אם בפועל הובילה לפערי שכר בינה לבין עובדים אחרים, אינה מהווה הפליה מחמת מין, על פי מודל זה. החוק מגדיר שוויון על פי רשימה של שיקולים לא רלוונטיים.

לעומת זאת, מודל השוויון של חוק שכר שווה הוא מודל קבוצתי. מטרת החוק היא בראש ובראשונה לצמצם את פערי השכר בין נשים לגברים. החוק מכיר במציאות שבה גורמים רבים משפיעים על גובה השכר המשתלם לעובדים, וחלק מגורמים אלה משפיעים ברמת המאקרו על פערי השכר המגדריים. החוק זונח את התפיסה השוקית, שלפיה הפליה מחמת מין היא רק מצב שבו מעביד מתבסס ישירות על מין העובד כדי לקבוע את שכרו. חוק שכר שווה קובע שורה של הסברים לגיטימיים לפערי שכר. רק אלה יכולים לשמש כטענה בפי מעביד המתגונן בפני תביעה מכוח חוק. כל הסבר חיצוני אינו יכול להתקבל, הגם שחלק מהסברים אלה אינם מהווים הפליה על פי המודל האישי של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. חלק מההסברים הללו תולים את ה"אשם" בפערי השכר בגורמים חיצוניים למערכת יחסי העבודה האישיים, כגון במקרים שבהם מדובר בעבודות שוות ערך, וטענתו של המעביד היא שהשוק מתמחר אחרת את שווי העבודה. חלק מההסברים מתייחסים לשיקולי שוק נוספים, כגון במקרים שבהם העובדת דרשה שכר התחלתי נמוך יותר מהעובד, לא ניהלה משא ומתן תקופתי להעלאת שכר, לא הציגה בפני המעביד הצעות עבודה חלופיות בשכר גבוה יותר על מנת שישווה את שכר לשכר האלטרנטיבי שהוצע לה על ידי מעביד אחר. חוק זה מגדיר שוויון על פי רשימה של שיקולים רלוונטיים.

ה. האם בכל זאת יכול חוק שוויון ההזדמנויות לעבודה להתמודד עם טענת ההגנה השוקית?

1. כללי

בפרק הקודם הסברתי שחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אימץ מודל שוויון אישי שבמרכזו עומדת לדיון השאלה אם מעביד מסוים שקל שיקול פסול של השתייכות

קבוצתית, בעת קבלת החלטות לגבי עובד או מועמד לעבודה. מודל זה לא יכול לתת מענה למקרים שבהם פערי שכר לגבי עבודות זהות נובעים מקריטריונים אחרים, שאינם נעוצים במין העובדים. טענתי היא שלאור המגבלות של מודל זה היה צורך לעבות את איסור ההפליה התעסוקתית הכללי בחוק ספציפי, המטפל בפערי השכר המגדריים. בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד בחר המחוקק במודל שוויון אחר, אקטיבי יותר, התוקף את פערי השכר בממד הקבוצתי. מודל זה מכיר בפערי שכר רק כאשר הם מוסברים על ידי גורמים פנימיים לעבודה או הכישורים האישיים של העובדים המבצעים עבודות שוות (שוות בעיקרן או שוות ערך). כל הסבר חיצוני, גם אם אינו מפלה במובן של מודל השוויון האישי, אינו מתקבל. זהו דינם של כל ההסברים השוקיים לפערי השכר.

בפרק זה אני רוצה לעדן מעט את הטענה שלי שחוק שוויון ההזדמנויות שולל מודל של שוויון קבוצתי. בחוק חבוי מודל קבוצתי אחד, הוא מודל ההשפעה השונה (Disparate Impact). סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות קובע ש"לעניין סעיפים קטנים (א) ו-1(א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". מכוח סעיף זה ניתן לפסול קריטריונים ניטרליים שקבע המעביד, שיש להם השפעה מפלה על אחת הקבוצות המוגנות המוזכרות בסעיף קטן (א). על סמך מודל זה אפשר לתקוף קריטריונים שאימץ המעביד לקביעת שכר העובדים, אם התובע מוכיח ששימוש בקריטריון האמור תורם לפערי השכר המגדריים.

בפרק זה אסביר מדוע, אף שניתן גם במסגרת חוק שוויון ההזדמנויות לפסול נהלים וקריטריונים ניטרליים של המעביד, בדומה לחוק שכר שווה, אפשרות זו היא מוגבלת ומסורבלת יותר, ולכן היה מקום לפעול לקידום חקיקה נפרדת שתטפל בצמצום פערי השכר.

2. מודל ההשפעה השונה ("הפליה עקיפה")

סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות קובע כי "לעניין סעיפים קטנים (א) ו-1(א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". בעניין תפקיד פלוס הסביר בית הדין לעבודה כי לפעמים המעביד קובע תנאי ניטרלי לקבלה לעבודה אשר השימוש בו יוצר הפליה של אחת הקבוצות המוגנות בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות. בפסק הדין דובר על הדרישה לשירות צבאי שהופיעה במודעות דרושים של חברת כוח אדם.¹¹⁴ דרישה זו מהווה חסם קבוצתי כלפי סקטורים בחברה הישראלית. אחוז בני המיעוטים, החרדים ואנשים בעלי מוגבלות המשרתים בצה"ל נמוך משמעותית מאשר אחוז המשרתים בקבוצות אחרות. יש מתאם גבוה

¹¹⁴ עניין תפקיד פלוס, לעיל ה"ש 70. פסק הדין הראשון שאזכר את "מודל ההשפעה השונה" הוא עניין גסטטנר, לעיל ה"ש 70.

בין מי שנמנה עם קבוצות אלה לבין מי שאינו משרת בצה"ל. מתאם זה יוצר הפליה עקיפה. הסיכוי של בני הקבוצה לעמוד בקריטריון הוא נמוך יותר, ולכן ברמה הקבוצתית הקריטריון מהווה חסם. דוגמה לשימוש במודל ההפליה העקיפה ניתן למצוא גם בעניין **בוסי** שם נפסלה תכנית צמצומים כשהקריטריון הקובע בה מי יפוטר היה ותק של מעל 25 שנה. בית הדין לעבודה קבע כי שימוש בקריטריון הוותק יצר תוצאה מפלה כלפי העובדות המבוגרות יותר, כיוון שיש מתאם גבוה בין ותק לבין גיל.¹¹⁵

סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות אוסר אפוא שימוש בקריטריונים שיש בינם לבין ההשתייכות הקבוצתית מתאם גבוה. אין בפסיקה הישראלית תשובה מהי רמת המובהקות הסטטיסטית הנדרשת בין הקריטריון לבין חברות בקבוצה על מנת שהתובע יוכל לטעון כי שימוש בקריטריון מהווה הפליה. עם זאת, ברור שיש להוכיח מתאם משמעותי, וכי מתאם זה מהווה חסם לקבוצה, כלומר יוצר תוצאה מפלה ברמת הקבוצה.

הוכחת המתאם בין הקריטריון לבין חברות בקבוצה אינה פוסלת אוטומטית את השימוש בקריטריון. סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות פוסל רק "תנאים שאינם ממין העניין" (ההדגשה שלי – ש.ר.מ.). לנתבע קמה הזכות לטעון כי הקריטריון רלוונטי לתפקיד, לקידום, לתנאי העבודה, לפיטורין או לכל נושא אחר שעליו מתנהלת התביעה. בעניין **תפקיד פלוס** לדוגמה, קבעה השופטת וירט-ליבנה שהשימוש הגורף בתנאי הסף של שירות צבאי, לכל המשרות המתפרסמות על ידי חברת כוח האדם, הוא רחב מדי. ייתכן כי לחלק מן המשרות שמאיישת חברת כוח האדם, שירות צבאי קודם הוא רלוונטי, אך לא לכולן.¹¹⁶ לגבי כל משרה צריך לערוך בדיקה ספציפית. להבדיל מסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות המאפשר שימוש בקריטריון הקבוצתי רק במקרים חריגים ביותר,¹¹⁷ מרחב שיקול הדעת של המעביד להיעזר בקריטריון בעל מתאם להשתייכות הקבוצתית, רחב יותר. במקום אחר טענתו שיש להפעיל מבחן של "צורך עסקי" בשימוש בקריטריון ניטרלי בעל מתאם להשתייכות קבוצתית.¹¹⁸ מבחן זה בודק אם למעביד יש אינטרס לגיטימי בשימוש בקריטריון, ואם אין קריטריונים אחרים להשגת אותם יעדים, שהשימוש בהם פחות פוגע בקבוצה. תחת מבחן זה, ייתכן שבית הדין יאשר למעביד לעשות שימוש בקריטריונים שונים הפוגעים בקבוצות מוגנות. קריטריונים כגון שירות צבאי (מתאם למוצא לאומי), ותק (מתאם עם גיל), כוח פיזי (מתאם למין, מוגבלות), מבחנים פסיכומטריים (מתאם לגזע, מוצא לאומי) או שעות עבודה נדרשות (מתאם למצב

¹¹⁵ עניין **בוסי**, לעיל ה"ש 70, פס' 27–29 לפסק הדין.

¹¹⁶ עניין **תפקיד פלוס**, לעיל ה"ש 70, פס' 15–16 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה.

¹¹⁷ עניין **בוסי**, לעיל ה"ש 70, פס' 11 לפסק הדין.

¹¹⁸ רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 92.

משפחתי) עשויים להיות רלוונטיים למשרות מסוימות, ובמקרים אלה בית הדין מאשר שימוש בהם.¹¹⁹

3. שימוש במודל ההשפעה השונה על מנת להילחם בפערי השכר המגדריים

מודל ההשפעה השונה יכול להוות בסיס לתביעה על פערי שכר בין המינים. כאשר תובעת מצביעה על קריטריון ניטרלי שנעשה בו שימוש בקביעת השכר, ויש מתאם בין הקריטריון לבין קבוצת מגדר מסוימת, ניתן לדבר על "הפליה עקיפה". בפרק ג' סקרתי כמה דפוסי קביעת שכר שפוגעים בקבוצת הנשים: שימוש בהיסטוריית השכר של המועמד כבסיס לקביעת השכר הנוכחי, ציפיות השכר של המועמד, האופן שבו הוא מנהל את המשא ומתן, דרישות יזומות של העובד להעלאת שכר תקופתית, דרישה לשיפור תנאי עבודה על רקע הצעות עבודה אלטרנטיביות. לגבי כל אחד מן הקריטריונים הללו ניתן לטעון כי מדובר בפרקטיקה לקביעת שכר שיש לה השפעה שונה על נשים כקבוצה, וכי שימוש בה אסור על פי סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

ובכל זאת, לתביעה במסגרת חוק שכר שווה כמה יתרונות על פני שימוש במודל ההשפעה השונה. מודל ההשפעה השונה מחייב את התובע להצביע על אותו קריטריון ניטרלי, שאחראי לפערי השכר. חוק שכר שווה דורש מהתובע להוכיח רק את פערי השכר.¹²⁰ בידוד הקריטריון שיוצר את ההפליה העקיפה הוא לא תמיד משימה פשוטה. בעניין גורן, העובדה שדרישות השכר של העובדים היו גורם שהשפיע על השכר הסופי לא הייתה שנויה במחלוקת. במקרים אחרים המנגנון הפנים ארגוני לקביעת השכר הוא מורכב ותלוי בכמה שיקולים שלא ניתן להפריד ביניהם. לעתים קביעת השכר נעשית באופן סובייקטיבי לחלוטין, ותלויה בשיקול דעתו של המעביד או הממונה. חוק שכר שווה פוטר את העובד מהצורך להצביע על הגורם שאחראי לפערי השכר. המעביד הוא שיצטרך להתמודד עם השאלה אם פערי השכר הם תולדה של גורם לגיטימי. סעיף 6(ב) לחוק מעביר אל כתפי המעביד את נטל השכנוע כי מתקיימת אחת מטענות ההגנה של סעיף 6(א) לחוק, לאחר שהעובדת הוכיחה כי מדובר בעבודות שוות.

קושי שני שעומד בפני תובעת שמעוניינת להוכיח הפליה בשכר במסגרת מודל ההשפעה השונה הוא שלא די באיתור הקריטריון הניטרלי שפגע בה אישית. יש להוכיח מתאם בין השימוש בקריטריון זה לבין הפגיעה בנשים כקבוצה. כך, אם אורית

¹¹⁹ דב"ע (ארצי) 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385, 397 (1997) (שימוש במבחני התאמה רק אם עברו אשרור לרלוונטיות שלהם לביצוע המטלות).

¹²⁰ במסגרת שני החוקים נדרשת הוכחה שהעבודות זהות.

גורן הייתה מעוניינת להגיש תביעה על פערי שכר בהתבסס על סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, היה עליה להוכיח כי גיבוש השכר על בסיס דרישת השכר של המועמד פוגע בנשים, כי בממוצע דרישות השכר של נשים נמוכות יותר משל גברים. הצורך להוכיח סטטיסטית את המתאם בין הקריטריון לבין הפגיעה בקבוצה מקשה מאוד. הוא דורש איסוף נתונים סטטיסטיים שלא תמיד קיימים. לדוגמה, לא מצאתי בישראל נתונים על דרישות השכר השונות של נשים וגברים במשא ומתן. ספק אם בית הדין לעבודה היה מסתמך על נתונים ממדינות אחרות. הכנת התביעה מחייבת סיוע של סטטיסטיקאים שיערכו את הרגרסיות שיבהירו מהו המתאם בין הקריטריון להשתייכות הקבוצתית.

מגבלה נוספת היא היקף ההגנה העומדת למעביד. חוק שכר שווה קובע כי רק סיבות פנימיות לעבודה יכולות לשמש טענת הגנה. טענת ההגנה של "צורך עסקי", המשמשת מעבידים המתגוננים מפני טענה של השפעה שונה, מאפשרת יותר חופש פעולה. מבחן הצורך העסקי הוא בסופו של יום מבחן שוקי. הוא עוסק בבדיקה של רלוונטיות עסקית-כלכלית בשימוש בקריטריון הניטרלי. זהו מבחן של איזונים בין הזכות לשוויון לצרכים העסקיים של המעביד. כמה דוגמאות ימחישו את ההבדל בין היקף ההגנות מכוח שני החוקים: מעביד מציג כהסבר לפערי שכר את המדיניות שלו להעלות שכר רק לעובדים שפונים אליו כאשר יש באמתחתם הצעות עבודה ממעסיקים חיצוניים. חוק שכר שווה אינו מכיר בהסבר זה כהסבר לגיטימי לפערי השכר, כי זה אינו הסבר פנימי לעבודה עצמה או לכישורי העובד. תחת מבחן הצורך העסקי, ייתכן שטענת הגנה זו תתקבל. המעביד הצביע על אינטרס כלכלי לגיטימי להעלות את שכרם של עובדים שהוא חושש לאבד. מעביד אחר יסביר את פערי השכר בכך שבעת גיוס העובד בעל השכר הגבוה יותר הייתה גאות בענף, ולא ניתן היה לגייס עובדים בשכר התחלתי נמוך יותר. גם הסבר זה אינו מתקבל במסגרת חוק שכר שווה, אך עובר את רף הצורך העסקי של חוק שוויון ההזדמנויות.

1. סיכום

חוק שכר שווה הוא חוק בעל תפיסה חדשנית. בקריאה ראשונית הוא נחזה כדבר חקיקה שגרתית, עוד חוק האוסר להפלות נשים, הפעם בענייני שכר. אך החוק קורא תיגר על תפיסת השוויון המקובלת, זו המחייבת את התובעת להוכיח שהמעביד ערך הבחנות על בסיס מין כדי לבסס עילת תביעה. תכלית החוק היא להילחם חזיתית בפערי השכר המגדריים במשק, ולשם כך הוא פוטר את התובעת מהצורך להוכיח קשר סיבתי (ישיר או עקיף) בין גורם המין לבין פערי השכר.

חוק שכר שווה מחזיר את האחריות לקביעת שווי העבודה למעביד. הוא אינו מאפשר לו להסתתר מאחורי תירוצים שוקיים, כאשר הוא משלם שכר שונה לאישה ולגבר המבצעים אותה עבודה והתפוקה שלהם זהה. החוק מחייב את המעביד

להסביר מדוע השווי הפנימי של עבודת האישה נמוך מהשווי הפנימי של עבודת הגבר. דחיית טענות ההגנה השוקיות איננה צריכה להתפרש כזניחה של עקרונות השוק. נהפוך הוא, החוק מחייב השוואת שכר רק כאשר התפוקה של העובדים זהה. למעשה, האיסור על פערי שכר, הנובעים מגורמים חיצוניים, אמורה לסייע למעביד לתקן הערכות שגויות לגבי תפוקה של עובדים. אין היגיון כלכלי בתשלום שכר גבוה יותר לעובד, שהמעביד אינו טוען שהתפוקה שלו גבוהה יותר, רק מכיוון שדרישת השכר המקדמית שלו הייתה גבוהה משל חברתו לעבודה.

חוק שכר שווה אינו אוסר תשלום שכר דיפרנציאלי. יישומו אינו בבחינת סוף עידן ההסדרה האישית של תחום התגמול. הזכות לשכר שווה קמה רק מקום שבו ניתן להוכיח כי העובדים מבצעים אותה עבודה (או עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך). זוהי משוכה שקשה לעבור אותה.¹²¹ בנוסף ניתנת הזדמנות למעביד להסביר מדוע שווי העבודה (תפוקה) של העובדים אינו זהה, הגם שהם מבצעים אותה עבודה. שתי מגבלות אלה הופכות את נקודת האיזון בין הזכות לשוויון לבין הפררוגטיבה הניהולית של המעביד להוגנת. המעביד אינו נדרש לשאת בעלויות לא כלכליות על מנת לקדם את זכות השוויון. המשמעות הכלכלית של קבלת תביעתה של עובדת היא שהמעביד כנראה שילם שכר גבוה מדי לעובד שאליו נדרשת ההשוואה.¹²² אמנם ספק אם לצורך תיקון הפער ניתן יהיה להפחית מיידית את שכרו של הגבר.¹²³ עם זאת, בטווח הארוך, השוואת השכר יכולה לייעל את החלטות בדבר תגמול העובדים בארגון. היא מנווטת את המעבידים לקבל החלטות לגבי תגמול, על בסיס שיקולי תפוקה אינדיבידואליים, ולא על בסיס קריטריונים חיצוניים שהקשר ביניהם לבין תפוקת העובד הוא רופף ולא מדויק.

¹²¹ על הקושי להוכיח את זהות העבודות ראו לעיל ה"ש 2.

¹²² שכן הוא שילם שכר שונה לשני עובדים שהתפוקה שלהם זהה, ולכן הוא תגמל ביתר את העובד ששכרו גבוה יותר. במקום עובד זה הוא יכול היה להעסיק עובד אחר בשכר הנמוך יותר (ואולי גם את העובד הספציפי).

¹²³ התשובה אינה חד-משמעית. בס' 5 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, נאסר במפורש לגרוע מזכויותיו של עובד אחר או לשנות את מצבו לרעה, לשם תיקון ההפליה שהוכחה. הוראה דומה איננה כלולה בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד. עם זאת, רוב המעסיקים מוגבלים חוזית מלערוך שינויים חד-צדדים בשכר העובדים, ולכן הם לא יוכלו להפחית משכר הגבר, על מנת להשוות אותו לשכר האישה. עם זאת, בטווח הארוך, השוואת השכר יכולה להקטין עלויות.