

לא שוות פחות

פסק דין שרה אלחנני הוא פסק דין מהפכני ופורץ דרך בבדיקת פערי שכר בין גבר לאישה. בפעם הראשונה בישראל בחן בית משפט מהותית את תוכן התפקיד של העובדים שביניהם התבקשה השוואת השכר והדרגה. יש לקוות שפסק הדין ישמש בסיס להלכות משפטיות נוספות בתחום השוויון בתעסוקה

שרון רבין-מרגליות

שבראשו עמדה אלחנני ובין האגפים האחרים שלהם הוצמדה הדרגה "מנהל אגף בכיר". בהשוואה נכללו פרמטרים כגון היקף התקציב של האגף, מספר עובדים, חשיבות האגף בארגון, אחריות מקצועיות ומורכבות העבודה.

לאחר עריכת ההשוואה המהותית הגיעה השופטת למסקנה שמבחינה מקצועית ניהול אגף המים אינו נופל מניהול האגפי המים האחרים שלהם נדרשה ההשוואה. על בסיס מסקנה זאת קבעה השופטת שהסירוב במהלך השנים להעלות את תקן התפקיד נבע מהעובדה שהעומדת בראשו היא אישה. לאלחנני נפסקו הפרשי שכר רטרואקטיביים ל-24 חודשים על פי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, וכן פיצויים ללא הוכחת נזק על פי סעיף 10 א(1) לחוק שוויון

בפסק דין מהפכני קבע בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב שיש להשוות את שכרה של עובדת בכירה ברשות הממשלתית למים וביוב לשכרם של עובדים אחרים ברשות שדרגתם הייתה גבוהה משלה. בתמצית, שרה אלחנני טענה להפליה על רקע מין בכך שלא קודמה לדרגה של מנהל אגף בכיר המועסק בחוזה בכירים בדומה לעובדים אחרים ברשות

המים. אלחנני עבדה כמנהלת אגף איכות המים. ניסיונותיה במהלך השנים לשנות את תקן המשרה לדרגה של מנהל אגף בכיר נכשלו, וזאת למרות טענתה שתפקידה זהה או אף עולה על מנהלי אגפים בכירים, כולם גברים, ברשות המים.

בפסק דין אמיץ קבעה השופטת אריאלה גילצר-כץ שיש לערוך השוואה מהותית בין היקף הפעילות של האגף



פרופ' שרון רבין-מרגליות, דיקן בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מנהליה של אלחנני האמינו בתום לב כי התפקיד שמילאה, למרות הגדרתו "מנהלת אגף", אינו שווה לניהול אגפים אחרים שאיישו גברים. אך הערכת חסר זאת נבעה מהעובדה שהעומדת בראשו היא אישה ולא גבר



טורג'מן נ' רשות שדות התעופה).

לעומת זאת באלחנני, בפעם הראשונה בישראל, בית משפט היה נכון לבחון מהותית את תוכן התפקיד של העובדים שביניהם התבקשה השוואת השכר והדרגה. הבדיקה נעשתה על פי המציאות בשטח ולא על פי הגדרות התפקיד הרשמיות. בית הדין צמצם את הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ולא איפשר לו לתקנן אחרת תפקידים שהוא עצמו קבע להם תכנים דומים, אם האחד אויש על ידי אישה והשני על ידי גבר. כן הסיק בית הדין לעבודה הפליה על בסיס של ראיות נסיבתיות בלבד. מתכונת הוכחה זאת קיבלה גושפנקה בבג"ץ **אורית גורן**, שם קידמה הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש את התאוריה כי פערי שכר משמעותיים בין עובד ועובדת המבצעים עבודה זהה או דומה מעבירים את נטל השכנוע אל

הזדמנויות בעבודה.

פסק הדין פורץ דרך מכיוון שהתפיסה המסורתית שהנחתה את בית הדין הארצי לעבודה הייתה שבמסגרת הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, בסמכותו לקבוע לא רק את תוכני התפקיד ואת מסגרת האחריות של העובד, אלא גם להגדיר את הדרגה המוצמדת לאותו תפקיד. כך נקבע בפסק דין תמר טורג'מן – רשות שדות התעופה. טורג'מן, עוזרת היועץ המשפטי ברשות שדות התעופה, טענה שהגדרת משרתה כראש מדור, להבדיל מראש מחלקה, היא הפליה מחמת מין. זאת משום שלעוזרי סמנכ"ל אחרים הוצמדה דרגה בכירה יותר, ראש מחלקה. בית הדין הארצי סירב להתערב בהחלטה הניהולית של הגדרת הדרגה המוצמדת לכל תפקיד. החלטה זו אושרה בבית המשפט העליון (בג"ץ 4360/10 **תמר**

את המניע האמיתי להחלטות מסוג זה, אך לפחות מובנת לנו התאוריה המשפטית העומדת ביסוד הפרת איסור ההפליה הבאה לידי ביטוי בהתנהלות זאת של המעסיק.

הפליה דור ג' היא תופעה מורכבת יותר, עמו-מה וחמקמקה. בעת חקיקת חוקי השוויון התעסר-קתי כלל לא בטוח שנתנו עליה את הדעת. הפליה דור ג' יכולה לבוא לידי ביטוי בכך שמעסיק מעריך בחסר כישורים והישגים של עובדת לעומת כישורים והישגים של עובד גבר. המעסיק אינו עושה זאת במודע, ולכן מצב זה שונה מאותו מעסיק שהחליט במודע שלא לקבל אישה בהיריון, אך הוא מנסה לט-שטש את עקבות ההחלטה האסורה. כאן המעסיק מאמין בתום לב שכישרו והישגיו של הגבר טובים יותר מאלה של האישה, אף ש-תונים אובייקטיביים מעידים על כך שהישגיה זהים ואולי אף עולים על אלה של הגבר. דוגמה נוספת יכולה להיות כאשר פוסחים על מועמדת פנימית טבעית למשרה ציבורית בכירה מתוך אמונה שח-סרים לה ההכרה והקשרים הבינלאומיים הדרושים לבי-צוע התפקיד; לו היה מדובר במועמד פנימי גבר, יש להניח כי נושא המעמד הבינלאומי לא היה מקבל דגש מרכזי, והגבר היה מתמנה לתפקיד ללא פנייה למועמדים חיצור-ניים זוהרים יותר.

היבט אחר של התופעה הוא מה שמכונה הפליה מבנית. כאן המכשלה יכולה להיות כל מיני דרי-שות אובייקטיביות לקידום שפוגעות בחברי קבוצה דמוגרפית אחת באופן לא פרופורציונלי לקבוצות אחרות. לאחרונה דנו בתופעה זו ביחס לקבלה של נשים למשרות אקדמיות, במיוחד בתחומי המדעים. מתברר שיש דרישה, אמנם לא פורמלית, לנסיעה לתקופת השתלמות ממושכת בחו"ל ("פוסט-דוק") שמהווה מכשול לקליטת נשים למסלול המחקר באוניברסיטאות. זאת מכיוון שמגבלות משפחתיות

כתפי המעסיק להוכיח שאין מדובר בהפליה על פי חוק שכר שווה או חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. יישום תבנית הוכחה זו על תביעתה של שרה אלחנני איפשר לעובדת לטעון לזהות בתפקידים (למעט הדרגה), כדי לחייב את המעסיק להוכיח שהתקן והשכר הנמוך אינם הפליה מחמת מין. את נטל השכנוע הזה לא הצליחו רשות המים ונציבות שירות המדינה להרים. תביעתה של אלחנני עוסקת במה שאכנה "הפליה דור ג'".

הפליה דור א' מאגדת את אותם מקרים שבהם מעסיק עורך הבחנות מפורשות על בסיס מין, גיל או כל קריטריון אסור אחר, ולאחר מכן טען להגנה מכוח עקרון השוונות הרל-וונטית ביחס לביצוע הת-פקיד. ההתדיינויות הרבות בנושא הפליות מסוג דור א' עסקו כולן בשאלה הנר-רמטיבית אם אכן ההבחנה האסורה-לכאורה חוסה בצל ההגנה של שונות רלוונטית. לדוגמה, אם הסירוב ההיס-טורי והמפורש לקבל נשים לקורס טיס הוא הפליה אסורה או הבחנה מותרת. במקרים אלה אין מחלוקת עובדתית על עצם יישום הקריטריון המבחין בין נשים לגברים, אלא רק על הצידוק המשפטי להבחנה. הפליה דור ב' עוסקת במ-עסיקים שהורידו למחתרת את התנהלותם המפלה כדי לחמוק מהתדיינויות משפטיות ומאיי-הנעיומת העלולה להיווצר כלפי המועמדים לעבודה או העובדים שנפגעו מהיחס המפלה. דוגמאות להפליה דור ב' הן מצבים מוכרים כגון הימנעות מקבלה לעבודה של מועמדת בהיריון או עובדת מבוגרת או מועמד עם מוגבלות פיזית, תוך מתן הסבר אחר, לגיטימי על פניו, להחלטה השלילית. בעשור האחרון הוגשו תביעות רבות של מועמדים לעבודה ועובדים שטענו ליחס מפלה שבא לידי ביטוי בהסוואה האמורה. מובן שקשה לחשוף

**לאחר עריכת השוואה
המהותית הגיעה השופטת
גילצריץ למסקנה
שמבחינה מקצועית ניהול
אגף המים אינו נופל מניהול
האגפים האחרים שלהם
נדרשה השוואה. על בסיס
מסקנה זאת נקבע שהסירוב
במהלך השנים להעלות את
תקן התפקיד נבע מהעובדה
שהעומדת בראשו היא אישה**

מקשות עליהן יותר מאשר על גברים לנסוע לתקופת ההשתלמות הנדרשת.

הקו המבחין בין הפליה מסוג דור ב' לדור ג' אינו ברור תמיד. למתבונן מבחוץ אין הכלים לדעת אם היחס המפלה הוא פרי החלטה מודעת או הטיה/ התנהלות ארגונית בלתי מודעת. אך גם אם אנחנו נוקבים את הטענה של המעסיק (או כל מקבל החלטה אחר) שהוא לא היה מודע לכל השיקולים שהשפיעו עליו, זה לא משנה; בפועל הוא פעל באופן מפלה. הוא החיל סטנדרט שונה או העריך אחרת, או התאמץ פחות כאשר הוא עסק בקידום של אישה.

את ההתנהלות המפלה של המדינה בפרשת אל-חנני אפשר להגדיר כהפליה דור ג'; לא הייתה כאן החלטה מודעת שלא לתקן את משרתה של שרה אל-חנני בדרגה זהה למנהלי אגפי פים אחרים רק בגלל היותה אישה. עם זאת ייתכן שחלק ממנהלי רשות המים וחלק מבעלי הסמכות בנציבות שירות המדינה אכן סבלו מאותן הטיות שהזכרתי. כלומר, הם האמינו בתום לב שהתפקיד שמילאה שרה אל-חנני, למרות הגדרתו "מנהלת אגף", אינו שווה לניהול אגפי פים אחרים שאיישו גברים. אך הערכת חסר זאת נבעה מהעובדה שהעומדת בראשו היא אישה ולא גבר.

עוד ייתכן שכישלון ניי-סיונם של גורמים שונים

במהלך השנים לשכנע את נציבות שירות המדינה להעלות את רמת התקן המוצמדת לאגף המים נבעה מכך שהסיוע היה בעבור ראש אגף שהיא אישה. אסביר את טענתי; בדומה להפליה מבנית שהזכרתי, ייתכן שכאשר מנסים לסייע לנשים במקום העבודה, המוטיבציה להצליח – הן של מי שמנסה לסייע בתום לב (במקרה זה מנכ"ל רשות המים) והן של מי שמקבל את ההחלטה הסופית (במקרה זה נציבות המדינה) – פחותה יותר מאשר במקרים שבהם מנסים לסייע לגברים.

פסק דין אלחנני הוא המקרה הראשון שבו בית הדין התמודד חזיתית עם הפליה הנמנית עם דור ג'. כאמור, המחוקק לא נתן את דעתו על היבטים אלה של הפליה תעסוקתית, אך אין ספק שהם מהווים כיום נדבך משמעותי של היחס המפלה שממנו סובלים פרטים בשוק העבודה. בית הדין לעבודה השכיל לעשות שימוש בכלים הקיימים בחוק כדי לבסס את קביעתו על היחס המפלה שממנו סבלה שרה אל-חנני. מכיוון שהפליה זאת לא הייתה גלויה ואף לא מוסווית, אלא נבעה מהטיות לא מודעות ומהתנהלות ארגונית שאי אפשר לקשרה ישירות עם הגדרתנו להפליה, היה אפשר להוכיח רק באמצעות ראיות נסיבתיות עקיפות. הדרך להוכיח את היחס המפלה היה באמצעות הפרדת ההסברים שניתנו לתקנת השונה של משרות ראשי האגפים ברשות המים, תוך הוכחה שמדובר במשרות שוות מבחינת מהות התפקיד והאחריות. אני מקווה שפסק דין זה ישמש בסיס להלכות משפטיות נוספות בתחום השוויון התעסוקתי המתמדרדות עם הפליה מסוג דור ג'. נושא אחד שנותר פתוח בפסק הדין הוא השאלה אם הסעד שלו זכאית התובעת הוא השוואת שכר בלבד או הקידום עצמו, כלומר קבלת הדרגה הגבוהה יותר. בפועל נפסקו רק פערי שכר רטרואקטיביים ל-24 חודשים,

דבר המרמז שהסעד נפסק מכוח חוק שווה שאינו מאפשר מתן צו עשה לקידום. אולם מהניתוח העורבדי עולה שמקורם של פערי השכר היה בתקנון המפלה של המשרה, לכן ייתכן שהתובעת הייתה זכאית לסעד אכיפה מכוח סעיף 10 א(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. נושא זה לא נדון במפורש בפסק הדין, כנראה מכיוון שבית הדין לעבודה רצה להימנע מלהורות באופן החלטי לנציבות שירות המדינה להעניק לתובעת דרגה או חוזה בכירים.

דוגמה להפליה דור ג' יכולה להיות כאשר פוסחים על מועמדת פנימית טבעית למשרה ציבורית בכירה, מתוך אמונה שחסרים לה ההכרה והקשרים הבינלאומיים הדרושים לביצוע התפקיד. לו היה מדובר במועמד פנימי גבר, יש להניח כי נושא המעמד הבינלאומי לא היה מקבל דגש מרכזי