
שער שלישי
שוויון בתעסוקה



הקדמה לשער השוויון

שרון רבין-מרגליות

המאמרים הכלולים בשער השוויון מתמודדים עם שתי סוגיות מרכזיות. הסוגיה האחת היא עד כמה יש להרחיב את עקרון השוויון כך שיקנה הגנה קבוצתית מפני דפוסי אפליה נוספים, מעבר לקבוצות השוויון המוכרות כיום בדין הישראלי. הסוגיה האחרת שהכותבים מתבטאים בה היא מהות הזכות לשוויון: אילו תכנים יש לצקת לעיקרון זה? עד כמה הזכות לשוויון הינה דינמית ועד כמה יש להכיר בה מעבר לעקרון השוויון הפורמלי? האם עקרון השוויון הינו זכות אישית או קיבוצית? כיצד יש לאזן את הזכות לשוויון מול ערכים אחרים, קרי, חופש הפעולה והחופש האידיאולוגי של מעסיקים? מובן ששתי הסוגיות שלובות זו בזו, ובסופו של דבר מעוררות שאלה כללית אחת: מה היקף הזכות לשוויון תעסוקתי?

מעניין לעקוב אחר הטיעונים השונים, והמנוגדים לעיתים, שמעלים התורמים לשער השוויון ביחס למפעל ההרחבה של קבוצות השוויון. משה כהן-אליה מבקר במאמרו תהליך זה, תוך העלאת החשש כי הרחבת תחולתו של עקרון השוויון לקבוצות חדשות תדלל את ההגנה על הקבוצות המסורתיות שלמענן פותח הכלל המשפטי מלכתחילה (הכוונה בעיקר לאיסור אפליה מחמת מין, גזע ולאום). דוגמה להרחבה מיותרת של עקרון השוויון, לדעתו, היא התיקון האחרון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שאוסר הפליית חיילי מילואים בשוק העבודה. לעומתו, שולמית אלמוג קוראת תיגר על ההבחנה המשפטית התקפה כיום בין התנכלות תעסוקתית שהרקע לה הוא מאפיין דמוגרפי (כגון מין, גזע, גיל, נטייה מינית) לבין התנכלות תעסוקתית שהרקע לה הוא אישי. לטענתה, הפגיעה בעובד זהה בשני המצבים. בשניהם העובד חווה סבל אישי ותחושות של ביזוי והשפלה, תוך פגיעה ביכולתו לעבוד, להתקדם ולממש את עצמו במקום העבודה. מכאן שהסרת ההגנה מן העובד שנחשף להתנכלות אישית אינה מוצדקת.

* בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

המתח האמור בא לידי ביטוי גם בפסיקה. בדנג"ץ רקנט' נחלקו השופטים בעמדתם ביחס לשאלה אם רשימת קבוצות-השוויון הקבועה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הינה רשימה פתוחה (במובן זה שניתן להוסיף עליה קבוצות-שוויון נוספות בדרך של חקיקה שיפוטית) או רשימה סגורה. לאחרונה עלתה שאלה דומה ביחס לעקרון השוויון בשכר העובדים. בפסק-דין עליזה נגלר קבעה השופטת גליקסמן כי הזכות לשוויון הינה זכות כללית, ולכן ניתן להעלות טענה בדבר אפליה בשכר גם אם התובע אינו נמנה עם אחת הקבוצות המוגנות בחוק, ובלבד שפערי השכר שרירותיים.²

מחלוקת זו מקורה בתפיסות השונות של עקרון השוויון.³ משה כהן-אליה רואה בזכות לשוויון זכות קיבוצית המוקנית רק לבני קבוצה שסובלת מדעות קדומות. הוא מגדיר את "איסור האפליה" כעיקרון שמטרתו "למגר את תופעת ההטיות הלא-רציונליות הרווחות בחברה נגד קבוצות פגיעות שחבריהן נתפסים כ'אחרים'". לכן, לדעתו, אין מקום להרחיב את עקרון השוויון מעבר לקבוצות פגיעות אלה, ובוודאי לא לעסוק בזכות לשוויון של הפרט במנותק מהשתייכותו הקבוצתית. נקודת ההסתכלות של שולמית אלמוג, לעומת זה, היא הפרט, ולא הקבוצה שהוא משתייך אליה. לכן, לדעתה, יש להמיר את תפיסת השוויון העומדת ביסוד איסור תופעת ההתנכלות התעסוקתית בתפיסה המבוססת על ערך כבוד האדם.

אך גם אם אנחנו מקבלים את העמדה שהזכות לשוויון הינה זכות קבוצתית, יש לברר מה טיבה. **אילן סבן וסקוט סטריינר** בוחנים סוגים שונים של "ייצוג הולם", ומזהים שני דפוסים מרכזיים של ייצוג הולם. האחד קשור לנסיגותיהן של מדינות לרפא עוולות חברתיות בתוכן, על-מנת להגדיל לכידות חברתית, באמצעות שבירת דעות קדומות וחסמים נוספים הפועלים נגד קבוצות מודרות. מתכונת מסורתית זו של ייצוג הולם הינה בעיקרה בעלת אופי זמני, ופועלת לטובת בני קהילת המיעוט ללא תיווכה של הקהילה עצמה. מתכונת זו היא שרווחה עד כה בישראל, במיוחד בהקשר של הטיפול במיעוט הערבי, תוך אימוץ עקרונות ההעדפה המתקנת של המשפט האמריקאי. הסוג האחר של הייצוג ההולם נושא אופי של קבע, ומערב את בני הקהילה עצמה. הנהנים מן הזכות לייצוג הולם זוכים בכך על-פי הכרעה – או לפחות מעורבות – של בני קבוצתם.

ההכרה בזכות לשוויון כזכות קבוצתית מעוררת שאלות בדבר הנטל הכלכלי והארגוני המתלווה למימושה (שאלת הצדק החלוקתי). **דפנה הקר ומיכל פרנקל** מעלות את הטענה הנורמטיבית ש"כל עוד לא תורחב התפיסה המשפטית ביחס להורות כהורות פעילה [קרי, כמעורבות יומיומית בחיי הילד], לא תמומש הזכות לשוויון מגדרי בשוק העבודה". טענה זו מבוססת על ההנחה העובדתית שנשים בחברה הישראלית נושאות ברוב הנטל הכרוך בגידול ילדים, ולכן גישה דינמית של שוויון חייבת להביא בחשבון מציאות זו, ולהתאים את תנאי העבודה למגבלות הזמן של הורים עובדים (ובעיקר של אימהות עובדות, כאמור). כותבות אלה רואות את הפן הקיבוצי של הזכות לשוויון כמצדיק את הטלת העלויות הכרוכות במימוש הזכות לשוויון על המעביד. הן מציעות,

בין היתר, להגביל בחוק את מספר שעות העבודה של כלל העובדים, על-מנת לטשטש את השוני בין העדר מגבלת הזמן של עובדים רגילים (בעיקר גברים) לבין מגבלות הזמן של עובדים שהינם גם הורים פעילים (בעיקר נשים), או לחלופין לקצר רק את שעות העבודה של הורים פעילים.

באופן דומה, **חוזה שחור-לנדאו** סוקרת את התרומה של אמנות האיחוד האירופי, ושל הדירקטיבות ופסקי-הדין של בית-הדין של הקהילה האירופית, לביסוס זכותן לשוויון מהותי של נשים ואימהות עובדות, כולל במסגרת תוכניות של העדפה מתקנת. האיחוד האירופי שם לו למטרה לעודד כניסה של נשים – ושל אימהות עובדות בפרט – לשוק העבודה, תוך הסרת מגבלות וחסמים המונעים מהן השתלבות אפקטיבית. כנגד זה, **משה כהן-אליה** רואה בסירובם של מעבידים לערוך התאמות מן הסוג האמור התנהגות רציונלית, שכן הסירוב מונע משיקולים כלכליים. לטענתו, במצבים שבהם המעביד נוהג באופן רציונלי, העלויות הנלוות לאכיפת עקרון השוויון הינן גבוהות יותר, ועלויות לגרור חוסר עקביות באכיפת הזכות לשוויון במערכת השיפוטית.

נושא העלויות הכלכליות הנלוות לאכיפת עקרון השוויון הדינמי בשוק העבודה מחדד את הצורך במציאת פתרונות וולונטריים לבעיית הדרתן של קבוצות חלשות באוכלוסייה. **מיכל מור-ברק**, **אורית נוטמן-שורץ** ו**ליאורה פינדלר** מציעות מודל המכונה "מקום העבודה המכיל", שמטרתו לפתור את בעיית ההדרה התעסוקתית של קבוצות חלשות בחברה. להבדיל מהטיפול המשפטי בתופעה של אפליה תעסוקתית, המטילה סנקציות כלכליות על מעסיקים מפלים, מקום העבודה המכיל מנסה לפתור בעיות של אפליה טרום-תעסוקתית על-ידי מעורבות וולונטרית של הארגון בקהילה המקומית. גם **דפנה הקר ומיכל פונקל** מציעות מגוון של רפורמות רגולטיביות פחות לפתרון בעייתם של ההורים העובדים, כולל יצירת משרות חלקיות איכותיות, העסקה בדפוסי העסקה לא-שגרתיים, ומתן תמריצים למעסיקים לאמץ באופן וולונטרי הסדרים המעודדים עובדים להיות מעורבים בחיי ילדיהם.

עקרון השוויון במתכונתו הדינמית מעורר לא רק שאלות של עלויות כלכליות וארגוניות, אלא גם שאלה של עלויות אידיאולוגיות במובן של אובדן "חופש". **גילה שטופלר** בוחנת את המתח הקיים בין חופש הדת וחופש ההתאגדות, מצד אחד, לבין הזכות לשוויון הזדמנויות בעבודה, מן הצד האחר. לטענתה, זוהי דוגמה למתח הכללי הקיים בחברות ליברליות בין שוויון וחירות. הכותבת מודאגת מן הגישות המקבלות כיום תהודה: "[חיזוק] חופש ההתאגדות של ארגונים, בעיקר של ארגונים שניתן להגדירם כמשתייכים לחברה האזרחית, על-חשבון זכותם של עובדים לשוויון" או "הרחבת ההגנה על חופש הדת של עובדים גם במחיר פגיעה בשוויון שתיגרם לעובדים אחרים". הכותבת מציעה לאמץ בישראל מודל הנותן משקל נכבד יותר לעקרון השוויון במסגרת מלאכת האיזון בין עיקרון זה לבין חופש ההתאגדות והחופש להפלות מטעמים אידיאולוגיים (כולל דתיים). במסגרת איזון זה יש לבחון שני שיקולים מרכזיים: ראשית, היקף פעילותם של מעסיקים בעלי גישה מתבדלת בשוק העבודה המקומי; ושנית,

המאפיינים הספציפיים של הארגון הנוקט גישה מתבדלת, ועד כמה המשרה הנידונה קרובה לליבת הפעילות שלו.

הדיונים העיוניים בדבר ההיקף הראוי של הזכות לשוויון תעסוקתי אינם מייתרים את הצורך הדחוף לאמוד את הנעשה ב"שטח" – לבדוק מיהן הקבוצות המופלות על-ידי מעסיקים בשוק העבודה. בפברואר 2005 התפרסמה ידיעה עיתונאית שעולה ממנה כי שירות התעסוקה עורך רשימות נפרדות למשרות המיועדות לנשים בלבד ולמשרות המיועדות לגברים בלבד, ונמנע מלשלוח גברים לעבודות "נשיות" או נשים לעבודות "גבריות". שירות התעסוקה הצדיק מדיניות מפלה זו בטענה שהפעילות המפלה אינה בשליטת השירות, אלא באה מן המעסיקים, הפרטיים והציבוריים כאחד, המעבירים לשירות מודעות הכוללות אמות-מידה מפלות. ברור כי הצדקה זו אינה רלוונטית, ואין לאפשר לשירות התעסוקה להסתתר מאחורי הטענה כי הוא משמש רק צינור המעביר מידע בין מעסיקים לדורשי עבודה. אולם ידיעה זו מלמדת כי חשוב מאוד לברר מה קורה בארגונים השונים, וכיצד הם מקבלים החלטות לגבי גיוס עובדים.

בתיא בן הדור, עליזה אבן, אפרת אפלבוים, הדס דרייזר, דפנה שרון, ינון כהן וגיא מונדלק ערכו לשם כך שורה של מחקרי אפליה בקבלה לעבודה, תוך שימוש במבחני היענות. במבחני היענות נשלחים קורות-חיים של מועמדים פיקטיביים למקומות עבודה אמיתיים, וכך מתאפשרת בחינת תגובת-אמת של מעסיקים (אם חזרו למועמדים והזמינו אותם לריאיון, אם לא). החוקרים בחנו חמישה סוגי אפליה, ושניים מהם – אפליה מחמת גיל והפליית מהגרים – נמצאו בשלב הזימון לראיון-העבודה הראשוני. לכאורה לא נמצאו אפליה מחמת מין, אפליה מחמת מוצא אתני או אפליה מחמת מצב משפחתי, אולם כפי שהכותבים מבהירים, ממצאים בדבר העדר אפליה בשלב הראשון של הליך השכירה אינם מלמדים בהכרח על העדר אפליה בשלבים המתקדמים יותר של קשר ההעסקה. מחקרים אמפיריים אלה הינם צעד ראשון חשוב בדרך להבנת הדינמיקה של הפעילות המפלה בשוק העבודה. יש לעודד כיווני מחקר אלה על-מנת שניטיב להבין מדוע מעסיקים בוחרים להפלות קבוצות מסוימות, ולא אחרות, ומהי הדרך הראויה להגיב על התנהגות מפלה.

לסיכום, החברה הישראלית צריכה להמשיך את התהליך של הגדרת הזכות לשוויון תעסוקתי. תהליך זה כולל איסוף נתונים, דיון בשאלות העיוניות על טיבה של זכות זו, והצעת פתרונות מעשיים כיצד להביא לידי מימושו של עקרון איסור האפליה (בהתאם להגדרה שהחברה הישראלית תבחר לתת לו) בשוק העבודה המקומי. אנו מקווים כי לקט המאמרים המוצע כאן יהווה תרומה לדיון זה.

הערות

1. דנג"ץ 4191/97 רקנט – ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330.
2. עב(ת"א) 5817/00 עליזה נגלר – אל על נתיבי אוויר בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 18.11.2004) (מעמדו העולה של עקרון השוויון מצמצם את זכותו ויכולתו של המעביד לקבוע תנאי שכר ועבודה שונים לעובדים עם נתונים שווים). ראו גם דב"ע נו/213-9 המרכז הרפואי שערי צדק – ד"ר אורלי פרט (לא פורסם, ניתן ביום 23.10.1996), שבו נאמר: "יש להתייחס בצורה שווה לאנשים שונים, שלא מתקיימים בהם הבדלים של ממש הרלוונטיים למטרה". עם זה, בפסקדין זה יש התייחסות לכך שמדובר בגוף ציבורי, וקיימת הנחה שעקרונות המשפט המנהלי מחייבים גוף ציבורי לנהוג בשוויון, תוך דחיית עקרונות האוטונומיה הפרטית וחופש ההתקשרות לטובת עקרון השוויון.
3. ראו בהקשר זה י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165, 186--195 (דיון בשאלה אם כל הבחנה שרירותית מהווה פגיעה בעקרון השוויון, או שמא יש לייחד את המושג "שוויון" רק להבחנות שרירותיות על בסיס השתייכות לקבוצות שבפרספקטיבה היסטורית סבלו מיחס מפלה).
4. ג' חורב אפליה בלשכת התעסוקה מתוך אתר האינטרנט nrg.co.il 27.2.2005.

