

## האם דיני איסור האפליה בעבודה "עושים את העבודה"?

### מבוא

מאז ומתמיד הייתה חקיקת איסור האפליה בישראל מתקדמת יחסית. חוק עבודת נשים היה בין חוקי העבודה הראשונים שהתקבלו לאחר קום המדינה.<sup>1</sup> כבר בשנת 1959, עת בעולם כולו נושא איסור האפליה עוד היה בחיתוליו, בישראל כבר התקבלה הוראה האוסרת על אפליה בשירות התעסוקה;<sup>2</sup> בשנת 1964 נחקק חוק המבטיח שכר שווה לעובדת ולעובד;<sup>3</sup> בשנת 1973 קבע בית הדין לעבודה כי חובת השוויון בין גברים לנשים מעוגנת בתקנת הציבור – דהיינו, בטרם נחקק חוק כללי בנושא ואף בטרם נפסקו הלכות מבית המשפט העליון, הורה בית הדין לעבודה על החדרת ערכים חוקתיים לתחום החוזים הפרטיים.<sup>4</sup> ניצנים חדשניים אלה קיבלו תנופה בשנת 1987, עת החל תהליך החקיקה הנרחב בתחום איסור האפליה. חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד (1987), חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (1988), חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (1996), שורה של הוראות חוק העוסקות בייצוג הולם ומגוון הסדרים שנקבעו בחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, בחוק למניעת הטרדה מינית והוראות חוק נוספות, יצרו בהדרגה קורפוס משפטי מרשים.<sup>5</sup> אך במשך שנים רבות לא תורגמה חקיקה זו להתדיינות משפטית מקיפה. אמנם היו פסקי דין, אך אלה היו מעטים במספר. זאת ועוד: חלק ניכר מהפסיקה החשובה הופיעה בצורה של

\* הפקולטה למשפטים והחוג ללימודי עבודה, אוניברסיטת תל-אביב. אבקש להודות ליצחק הברפלד על עזרתו בהכנת המאמר. כמו כן אבקש להודות לנואמי ליברמן ולמורן טייק על העזרה במחקר, למיכל פרנקל, לניסים מזרחי ולאורלי בנימין על סיועם בחשיבה ובאיתור החומרים, ולחיה שטייר, לטלי קריסטל, לאפרת דויטש וללילך לוריא על הערותיהן המועילות

- 1 חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: "חוק עבודת נשים").
- 2 ס' 42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.
- 3 החוק נחקק לראשונה בשנת 1964 ונקרא "חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964". חוק זה בוטל ונחקק מחדש בשנת 1996; ראו חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק שכר שווה").
- 4 דב"ע (ארצי) ג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי אויר ואל-על נתיבי אויר לישראל – חזון, פר"ע ד 365 (1973); דב"ע (ארצי) לז/3-71 "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ – לדרמן, פר"ע ט 255 (1978).
- 5 חוק גיל פרישה שווה לעובד ולעובדת, התשמ"ז-1987 [החוק בוטל בשלב מאוחר יותר ובמקומו חוקק חוק גיל פרישה, התשס"ד-2004], חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: "חוק שירות המדינה (מינויים)"); ס' 16 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951; פרק ג לחוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית"); ס' 29 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

פסקי דין תקדימיים של בית הדין הארצי לעבודה ושל בית המשפט העליון, אולם הנושא של אפליה בתעסוקה לא חלחל לעשייה היום-יומית בערכאות הנמוכות. נדמה היה שמרגע שנושא מסוים בתחום זכה להלכה תקדימית הוא נזנח, כאילו נפתרה הבעיה הלכה למעשה. רק בעשור האחרון החל התחום להתפתח גם בזירת המשפט, בעיקר בערכאות הנמוכות. לכאורה, תיאור תמציתי זה של תחום איסור האפליה והבטחת שוויון ההזדמנויות יכול לבסס את הסברה כי המצב המשפטי הוא מצוין, כי הטיפול בנושא בחקיקה מקיף וכי לאחר שנים של בעיות בהעברת הנורמה שנקבעה בחקיקה לזירת המשפט – גם מעבר זה מומש. לו היה יסוד לסברה זו אפשר היה לומר כי המשפט פועל את פעולתו. אך יבוא הספקן ויזכיר גם כמה עובדות מהשטח: עדיין קיימים פערי שכר בין נשים לגברים, בין ערבים ליהודים ובין מזרחים לאשכנזים;<sup>6</sup> אנשים מבוגרים מתקשים עדיין למצוא עבודה;<sup>7</sup> הוצאתה לפועל של חובת מקום העבודה להתאים עצמו לאנשים עם מוגבלות נמצאת בשלבים ראשוניים בלבד;<sup>8</sup> נשים בהריון עדיין מוצאות את עצמן ללא עבודה, ונמנעים מהן קידום והערכה בשל הרייון.<sup>9</sup> חמישים שנים לאחר חקיקת סעיף החוק הראשון האוסר על אפליה אנו עדים עדיין לתופעות ברורות של אפליה בשוק העבודה.

6 ראו את הדיון בפרק ב להלן.

7 שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב(1) 131 (2002); ישראל דורון ועינת קליין "הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה" עבודה, חברה ומשפט יב, 435 (2010).

8 החוק קובע כי לאנשים עם מוגבלות יש זכות כי יבוצעו עבורם התאמות בעבודה. תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו-2006 נועדו להקל על מעסיקים באמצעות תמיכה כספית במאמציהם. ביטוי חיובי לקיומה של חובת ההתאמה ניתן למצוא בעלייה המתונה שחלה בשיעור ההשתתפות של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה הישראלי; ראו נציבות שוויון לאנשים עם מוגבלות, דו"ח ביניים: תעסוקת אנשים עם מוגבלות בישראל 2002–2005 ובעולם: מבט השוואתי – 31 מאי 2007 (2007) [www.aisrael.org/\\_Uploads/8170employment.pdf](http://www.aisrael.org/_Uploads/8170employment.pdf). כמו כן יש מקום להצביע על עלייה משמעותית, הן במספר והן בהיקף הפעילות, של ארגונים בקרב החברה האזרחית הפועלים לקידום ההתאמה והשילוב בתעסוקה. עם זאת, כל הארגונים מלינים על כך שחרף מאמציהם, ההתקדמות בתחום ההתאמה בנגישות לעבודה היא אטית ולא מספקת, ועל כך שעלייה בשיעור התעסוקה של אנשים עם מוגבלות אינה פתרון לפערי השכר, ואלה נותרו בעינם (לפי נתונים שנמסרו ביום עיון "מחסד לזכות", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 10.4.2008). סקר משנת 2004 שערך משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה בקרב מבקשי הפחתת שכר מינימום, מצביע על כך שכ-17 אחוזים מתוך כלל המבקשים דיווחו כי במקום עבודתם נערכות התאמות. לעניין זה ראו רונית נדיב עובדים עם מוגבלות שפנו להתאמת שכר: מאפיינים סוציו דמוגרפיים ותעסוקתיים 36–39 (משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – מינהל תכנון מחקר וכלכלה, 2006) [www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/2BCB5BD7-D866-4641-812B-E5DB01FAB0A5/0/mugbalim.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/2BCB5BD7-D866-4641-812B-E5DB01FAB0A5/0/mugbalim.pdf).

9 הגם שאין עיגון אמפירי ברור לטענה זו קיימות התייחסויות עקיפות התומכות בה, אך אלה מצביעות גם על כך שלחוק יש חשיבות. לסקירה בנושא ראו טל תמיר נשים בישראל 2006 – בין תיאוריה למציאות 260 (2007); כמו כן ראו מיכל אלפסי עבודת נשים בהריון (משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – מינהל מחקר וכלכלה, 2008) [www.tamas.gov.il/](http://www.tamas.gov.il/)

ידוע שהמשפט פועל באיטיות, גם ובעיקר כאשר הוא מקדם תכנים חדשניים, וכי הוצאתו מהכוח אל הפועל לוקה בחסר. בכך אין כל חדש. אבל עד כמה באמת יודעים אנו לענות על השאלה האם דיני איסור האפליה גרמו לשינוי? האם ניתן ליישב בין התפתחות הדין לבין קיבעון האפליה בשוק העבודה באמצעות אמירה מפשרת לפיה לולא המשפט היה המצב חמור בהרבה? ייתכן בהחלט, אך כיצד נדע זאת? אולי המשפט לא שינה דבר וצמצום פערי השכר, למשל, נובע מעלייה בשיעורי השכלה (למשל בקרב נשים או מזרחים) ולא מהוראות החוק?

על פי הגישה שתוארה, המשפט אינו מעלה ואינו מוריד. אך אולי המשפט גם מזיק? ברור שצד הזוכה בדיון משפטי "הרוויח" מהוראות הדין. אך האם אפשר שהוראת חוק האוסרת על קיומם של פערי שכר בין גברים לנשים במקום עבודה אחד תגרום דווקא לפיצול בדרכי ההעסקה ולשכירת נשים באמצעות קבלני שירותים, דרך הפוגעת לא רק בתנאי השכר של הנשים אלא גם בכל מערך הזכויות המוקנה להן? ייתכן, וכך טוענים המקטרגים כנגד דיני איסור האפליה; לטענתם, התערבות רחבת היקף של הקורפוס המשפטי בשוק העבודה, כפי שתוארה בתחילת הדברים, גורמת לשיבוש בפעולת השוק, לפיתוח אמצעים עוקפי חוק על ידי מעסיקים ובסופו של דבר לפגיעה קשה דווקא בקבוצות העובדים המופלות ביותר. גם אם חקיקת דיני איסור האפליה נמשכת בד בבד עם שיפור או עם החמרה במצבה של קבוצה מופלית, הרי אין די בכך כדי להצביע על קשר סיבתי ברור בין שתי התופעות. כלומר – האם אנו יודעים בוודאות שדין זה או אחר הוא הגורם לשינוי בשוק העבודה או להיעדרו? על רקע שאלות אלה ניתן לשער באופן כללי כי דיני איסור האפליה עשויים לצמצם את תופעת האפליה, להחמיר אותה או לא לשנותה כלל.<sup>10</sup>

משפטנים מעדיפים בדרך כלל את הגישה החיובית, מתוך אמונה כנה שכלי העבודה שלהם – הדין – אכן משפיע על העולם ואף משנה את המציאות באופן התואם את תכלית החוק. אך גישה זו אינה מובנת מאליה. בסיס הידע המתייחס לשאלה כיצד משפיע הדין על שוק העבודה הוא מצומצם, וישנן סיבות המצדיקות לשאול "שאלות של כפירה". אף שאמונתי האישית היא כי הדין משנה את שוק העבודה ואף משפיע עליו לחיוב, ארצה להראות במאמר זה עד כמה חסר בסיס הידע שנועד לעגן תשובה זו ועד כמה זהירה צריכה להיות ההנחה שהדין משפיע על שוק העבודה; ייתכן שעלינו לקבל גם אפשרות לפיה התשובה האמיתית מורכבת מכל שלוש האפשרויות – כי הדין משפיע על שוק העבודה

NR/rdonlyres/67C93787-5BF8-414B-9AC9-0F7721724F3E/0/X8413.pdf. המחברת מציינת את העלייה בשיעור הבקשות לפיטורים של עובדות בהיריון. מנתון זה ניתן ללמוד על כך שהיריון הוא עדיין גורם חשוב בשיקולי מעסיקים, אולם ניתן לראות בו גם נתון מעורר שלפיו מעסיקים מכבדים יותר את החוק ופועלים על פיו. זאת ועוד: בהמשך המחקר מוצגים נתונים לפיהם מדגם מייצג של אוכלוסיית העובדות מעיד על חשש גדול מאוד מפיטורים ומפגיעה אחרת עקב היריון אם כי לפי הנתונים רק מיעוט קטן של נשים אכן נפגעו בשל הריונן. ממצאים אלה מעוררים שאלה לגבי היקף הבעיה, אך כאשר מדובר באפליה בקבלה לעבודה בשל היריון, הממצאים מעידים על שכיחות גבוהה יותר של סימנים לאפליה (כגון מעסיקים השואלים מועמדות לעבודה אם הן בהיריון או אם הן מתכוונות להיכנס להיריון).

10 לדיון בשאלה דומה ראו: John Donohue, *The Legal Response to Discrimination: Does Law Matter?* in BRYANT GARTH & AUSTIN SARAT, *HOW DOES LAW MATTER?* 45 (1998).

לחייב ולשלילה בהקשרים שונים ולעתים אף אינו משפיע כלל. בשלב זה תושבת הערכה המכלול בעיקר על אמונה ועל תקווה.

עיקרו של מאמר זה הוא מתודולוגי. בחלקו הראשון של המאמר אבחן מדוע קשה לנו לדעת אם דיני איסור האפליה באמת משנים את המציאות כמצופה. אדגיש שני גורמים לכך, הנבדלים זה מזה: הראשון – הקושי המושגי ביסוד הגדרתה של בעיית האפליה, המקשה על מדידתה; השני – הקושי המתודולוגי בעצם אבחון קיומה של אפליה, בהינתן העמימות של הגדרת התופעה עצמה. בחלקו השני והעיקרי של המאמר אבחן גישות מחקר שונות אשר עשויות לזרות אור על התשובה לשאלה אם הדין משפיע על שוק העבודה; הגישות שתיבחנה הן יורומטריקה, מחקרי רגרסיה, מחקרי היענות ומחקרים איכותניים.

במסע מחקרי זה אין בכוונתי לנסות ולאתר את התשובה לשאלה הבסיסית "האם דיני איסור האפליה בישראל צמצמו את היקף תופעת האפליה?" אומר כבר עתה שאין בידנו ממצאים מספקים כדי לענות על שאלה זו, ולמעשה אין כמעט ממצאים כלל. מטרת הדיון היא להציג את כלי המחקר הנדרשים כדי לענות על שאלה זו ובעיקר לבחון מהן ההנחות הערכיות ביסוד כלי המחקר השונים. דיון זה יוביל למסקנה שתתואר בחלקו השלישי של המאמר, לפיה לא רק שהמשפטים חסרים ידע בסיסי ביותר באשר להשפעת הדין על שוק העבודה עצמו, אלא שגם המחקר האמפירי העוסק בשאלה זו מאיר חלקים מוגבלים בלבד מן התמונה הכוללת. זאת ועוד: הבעיה המתודולוגית המוצגת איננה אך ורק בעיה "טכנית", אלא היא משקפת את הבעייתיות של הטיפול המשפטי בסוגיית האפליה עצמה. בקצרה, הניסיון המתודולוגי לאתר שונות הנובעת אך ורק מהשתייכותו של אדם לקבוצה מופלית ולהקפיד שכל שאר המשתנים בהשוואה יהיו דומים תוחם את הבעיה במסגרת מושגית צרה ומאפיל על בעיות רחבות יותר של אי-שוויון ושל ריבוד חברתי.

מדוע איננו יודעים אם דיני איסור האפליה בעבודה "עושים את העבודה"?

כדי להבין את הקושי בבירור מידת השפעתם של דיני איסור האפליה על שוק העבודה אפנה תחילה לדוגמה פשוטה יותר, המרוחקת מאוד מנושא האפליה ואשר מסבירה את האופן שבו ניתן לבחון את השפעת הדין על התנהגות. בהמשך תסייע דוגמה זו לחדד את הקושי לבחון את מידת השפעתם של דיני איסור האפליה על שוק העבודה.

החל מ-1 בינואר 2006 הוטלה חובה להחזיק אפוד זוהר בכל רכב מנועי, ועל כל נהג אשר יוצא מרכבו הוטלה חובה ללבוש את האפוד הזוהר.<sup>11</sup> חובה זו הוטלה לאחר שנמצא כי תאונות רבות מתרחשות כאשר רכב נוסע פוגע בנהג היוצא מרכבו אל שולי הכביש. כדי לבחון אם החוק החדש שינה את התנהגות הנהגים די בכדיקה פשוטה: ניתן לבדוק באופן אקראי מהו שיעור הנהגים שהחזיקו אפוד זוהר ברכב או לבשו את האפוד כשיצאו מהרכב לפני התיקון לחוק ומהו שיעורם אחריו. מאחר שלא סביר כי גורמים אחרים גרמו לשינוי בהתנהגות הנהגים בתקופת זמן קצרה, ניתן להניח כי שינוי מתועד בהתנהגותם משקף את השפעת החוק. בדיקה מורכבת יותר תהיה אם החובה להחזיק אפוד וללבוש השפיעו על שיעור התאונות; קשה יותר לבצע בדיקה כזו, שכן גורמים רבים משפיעים על שיעור התאונות ועל הבדיקה להבחין ביניהם: ייתכן שירידה בשיעור התאונות נובעת ממסע

11 ס' 1 לחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 69), התשס"ה-2005.

פרסום בתקשורת ולחלופין – שעלייה בשיעור התאונות נובעת ממוזג האוויר, ממצב של מלחמה ועוד; ייתכן שהחובה החדשה ללבוש אפוד זוהר גרמה להגברת המודעות, אך ייתכן גם שניתן היה להגיע לאותה התוצאה גם לו היו ננקטים אמצעים אחרים (כגון חיוב נהגים לענוד סרט שחור על הדש לזכר קרבנות תאונות הדרכים). עם זאת, בדיקה מורכבת מאפשרת לבחון בצורה מהימנה יחסית את השפעתה של הטלת החובה בחוק על התנהגות הנהגים ולנטרל את השפעתם של גורמים אחרים. לשם כך ניתן להשתמש בכלים מתודולוגיים פשוטים יחסית, כגון מניית מקרי התאונות, הבחנה בין סוגי תאונות שונים (ובעיקר בידוד מספר התאונות שבהן נפגעו נהגים ונוסעים שיצאו מרכבם אל שולי הכביש) ועריכת תצפיות מעת לעת כדי לנטרל גורמים עונתיים.

בחינה של השפעת דיני איסור אפליה על שוק העבודה שונה מבחינה של השפעת החובה להחזיק אפוד זוהר על התנהגות הנהגים. ישנם כמה גורמים המקשים על בחינה זו: (1) קושי מושגי, שעניינו העדר אפיון מוסכם לבעיה שאותה נועד הדין למגר (הדין עצמו אינו דרמטי באשר למטרותיו); (2) קושי מתודולוגי בבחינת קיומה של אפליה הלכה למעשה, ועוד יותר מכך – בבחינת הקשר שבין הדין לבין האפליה. ראוי להדגיש כי הן הקושי המושגי הן הקושי המתודולוגי אינם קשיים טכניים בלבד, וכי הם מבטאים מחלוקת ערכית יסודית.

### הבעיה המושגית

ברמת הכללה גבוהה ביותר, מטרת דיני איסור האפליה היא לצמצם את האפליה בשוק העבודה, ויש המציינים במפורש – גם לקדם שוויון הזדמנויות.<sup>12</sup> בדומה לדוגמת האפוד הזוהר, יש בדין מרכיבים של התנהגות מחויבת ושל התנהגות אסורה (כגון האיסור לפטר עובדת בהיריון) אך יש בו גם מרכיבים של תוצאה (להקטין את פערי השכר בין גברים לנשים ולהגביר את השוויון בין יהודים לערבים, למשל). כמו בדוגמת האפוד הזוהר, גם בכל הנוגע לדיני איסור האפליה קל יותר לבחון את המרכיבים ההתנהגותיים מאשר את התוצאותיים. אך להבדיל מדוגמת האפוד הזוהר, שני סוגי המרכיבים גם יחד דורשים בחינה של תופעות אשר ביסודן מחלוקת מושגית וערכית באשר לאובייקט הנבחן.

האמירה "אין להפלות" היא אמירה אשר רב העמום בה על הברור. משפטנים נוהגים לאמץ את "הנוסחה האריסטוטלית" לפיה אפליה פירושה לנהוג בשווים באופן שונה.<sup>13</sup> מאחר שמצד אחד כל בני האדם שווים הם ואילו מן הצד האחר כל אדם הוא ייחודי ומיוחד, הנוסחה האריסטוטלית עלולה להתגלות כסתומה. יש המכנים את הבעייתיות בנוסחה האריסטוטלית בכינוי "ריקנות עקרון השוויון".<sup>14</sup> למשל, במנותק מהוראות חוק ספציפיות, עובדת הנדרשת להיעדר היעדרויות חוזרות ונשנות בשל טיפולי פוריות היא עובדת ככל עובד אחר אך היא

12 על ההבחנה בין השניים ראו רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך א, 91 (1998).

13 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630 (1998); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501 (1994).

14 ראו: בן ישראל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 31.

גם שונה מעובד אחר, וייתכן (אם כי לא בהכרח) שבתקופת הטיפולים תפוקתה בעבודה תקטן. פערי שכר שנוצרים בתקופת טיפולי הפוריות מתעצמים לאחר מכן – ההיעדרויות משפיעות על החלטת המעסיק האם לקדם את העובדת, על התפתחות מסלול השכר שלה ועל ההחלטה אם לכלול את העובדת במהלך של פיטורי צמצום.

הדין מנסה להתוות דרך המפירה בשוני ובשוויון בעת ובעונה אחת: בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה נקבע כי "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה [...] אולם] אין רואים אפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה"; בדומה, בסעיפים 2 ו-6 לחוק שכר שווה נקבע: "עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעביד באותו מקום עבודה זכאים לשכר שווה בעד אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודת שוות ערך [...] אולם] אין בהוראת סעיף 2 כדי למנוע הפרש בשכר או בגמול אחר המתחייב מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה"; בסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נקבע כי חובת ההתאמה של מקום העבודה לאדם עם מוגבלות היא חובה "התאמה סבירה" בלבד, כלומר אם חובת ההתאמה המוטלת על המעסיק היא בלתי סבירה – אין מדובר באפליה. כל אחת מנוסחאות האיזון הללו היא נסיבתית ומצריכה לבחון מספר רב של גורמים, אשר בסופו של יום מעצבים את ההכרעה הערכית אם מדובר באפליה פסולה או בהבחנה מותרת. השילוב בין מרחב התמרון הרב שמאפשרות נוסחאות האיזון לבין מרחב שיקול הדעת בהתאמת הנוסחה לנסיבות גורם לכך שהוראות דין שעניינן שוויון עלולות לגרום דווקא להעצמת הפערים ולהקנות לגיטימציה משפטית לפרקטיקות אשר ניתן להגדירן כמפלות.<sup>15</sup>

הקושי המושגי הקיים בתורת המשפט הופך למורכב יותר עת מבחינים שבתחומי חקר אחרים הדין באפליה נושא גוון אחר. הברזל זה בולט בעיקר אם משווים בין השיח המשפטי לשיח הכלכלי. בכלכלה נהוג להבחין בין שלושה סוגים עיקריים של אפליה: "אפליית טעמים" – אפלייתם של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת, הנובעת מטעמים שליליים (למשל, מעסיק אשר אינו רוצה להעסיק עובד ערבי בשל סלידתו ממנו או בשל סלידת לקוחותיו ממנו); "אפליה סטטיסטית" – אפליה הנובעת מסיווג סטטיסטי של הקבוצה כולה (למשל, באופן סטטיסטי, קבוצת הנשים אינה יכולה להרים משאות כבדים כמו

15 כך, למשל, נמצא בארצות הברית כי החוק המבטיח שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, בין השאר על דרך של דרישת התאמה סבירה, יושם באופן אשר צמצם דווקא את העסקתם של אנשים עם מוגבלות. מקום שהיה מדובר במוגבלות קלה קבעו בתי המשפט כי אין המדובר במוגבלות המצריכה ההתאמה, ומקום שהמוגבלות הייתה קשה קבעו בתי המשפט כי ההתאמה הנדרשת איננה סבירה. ראו: Christine Jolls, *Identifying the Effects of the Americans with Disabilities Act Using State-Law Variation: Preliminary Evidence on Educational Participation Effects*, 94 AM. ECON. REV. 447 (2004); Michael Selmi, *Interpreting the Americans with Disabilities Act: A Case Study in Pragmatic Judicial Reconstruction* (GEO. WASH. U. LEGAL STUD., RESEARCH PAPER No. 247, 2007); J. H. Verkerke, *Is the ADA Efficient?* 50 UCLA L. REV. 903 (2003); Sharon Hoffman, *Settling the Matter: Does Title I of the ADA Work?* 59 ALA. L. REV. 305 (2008). מובן שניתן היה להגיע גם למערכת איזונים אחרת כמו גם ליישום נדיב יותר של הוראות הדין בבתי המשפט, ללא שינוי כלשהו בלשון החוק.

קבוצת הגברים), בעיקר לצורכי הוזלת עלויות של מיון עובדים ושל שכירתם; "אפליית טרום-שוק" – אפליה המבטאת שימוש בשיקולים רלוונטיים לשוק העבודה אשר מגלמים בתוכם אפליה מחוץ לשוק העבודה (למשל פערי שכר בין אשכנזים לבין מזרחים, הנובעים מפערי חינוך שמקורם באפליה במערכת החינוך).<sup>16</sup> המקרים של אפליית טרום-שוק מדגישים את ההבדל הקיים בין אפליה בתעסוקה לבין בעיות חברתיות רחבות יותר שאותן ניתן לייחס לאפליה בחינוך, להתנהגות בלתי-שוויונית במשק הבית ובתא המשפחתי, להקצאת משאבים בלתי-שוויונית, להיסטוריה של ריבוד חברתי ועוד. אפליה בתעסוקה מבוססת על ההנחה כי שני מועמדים הזהים בכל תכונותיהם למעט אחת מקבלים יחס שונה בשל אותה תכונה המבחינה ביניהם. לעומתה, אפליית טרום-שוק מתייחסת לריבוד חברתי השולל משני המועמדים את האפשרות להיות דומים מלכתחילה; מועמדים אלה לא יגיעו לשוק העבודה במצב דומה בשל דפוסיים חברתיים מסוימים אשר סוללים דרכים שונות לקבוצות שונות ואשר מונעים את האפשרות לתחרות של ממש בשוק העבודה.<sup>17</sup>

פרט לקושי להבחין בין סוגי האפליה השונים, קיים גם קושי מושגי בזיהוי התופעה שאותה מעוניינים לצמצם. בניתוח הכלכלי מקובל להגדיר את המטרה הלגיטימית של דיני איסור אפליה במונחים של מיגור אפליה בלתי-רציונלית, זו העומדת בניגוד לאופן הרצוי שלפיו על שוק העבודה לפעול.<sup>18</sup> לפי גישה זו אין מקום להתייחס לאפליה סטטיסטית ולאפליית טרום-שוק כאל דפוסים של אפליה אלא כאל הבחנה מותרת, כיוון שהשיקולים העומדים בבסיסן הם רציונליים: המעסיק מביא בחשבון שיקולים לגיטימיים של שנות ההשכלה ושל איכות ההשכלה, למשל, ואילו קיומה של אפליה בעצם הנגישות להשכלה ובאיכותה היא עניין שיש לטפל בו במסגרת הקצאת המשאבים במערכת החינוך ולא במסגרת שוק העבודה. באופן זה מתעלם הניתוח הכלכלי מממדים משמעותיים של תופעת האפליה. זאת ועוד: אם שמים את הדגש בקידום התנהגות רציונלית בשוק העבודה, אזי לא ברור מדוע כל מקרה של אפליית טעמים הוא מקרה של אפליה פסולה; מעסיק הרוצה לגייס עובדים הדומים זה לזה (למשל – יוצאי יחידה מובחרת בצבא) אינו נוקט גישה העולה כדי אפליה פסולה, אלא מבטא העדפה להומוגניות בנייהול כוח אדם אשר לעתים טעמי יעילות בצדה.<sup>19</sup> כלומר, התמקדות ברציונל העומד ביסוד החלטות המעסיקים היא

16 ראו באופן כללי: William A. Darity & Patrick L. Mason, *Evidence on Discrimination in Employment: Codes of Color; Codes of Gender*, 12 J. ECON. PERSP. 63 (1998); John J. Donohue III, *The Law and Economics of Antidiscrimination Law* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 11631, 2005), available at [www.nber.org/papers/w11631.pdf](http://www.nber.org/papers/w11631.pdf).

17 כפי שאומר דונהיו שם, בעמ' 36: "One of the greatest challenges in ascertaining the presence of employment discrimination is that most employment discrimination cases are filed by groups that we would expect to have lower earnings even in the absence of discrimination".

18 משה כהן אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195 (2005).

19 ראו: RICHARD EPSTEIN, FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS (1992).

צרה מדי, כיוון שבהקשר של אפליה ההנחה היא שדווקא התנהגות בלתי-רציונלית היא הבעיה החשובה פחות. עיקר הבעיה באפליה שיטתית היא כאשר מעסיקים מתנהגים באופן רציונלי אך מפלה כיוון שהשוק מתגמל אותם על העדפותיהם המפלות. אלה המקרים שבהם באופן שיטתי שוללים השחקנים בשוק מעובדים המשתייכים לקבוצה מופלית את האפשרות להוכיח את כישוריהם.

כשם שהנוסחה האריסטוטלית, שהיכתה שורש אצל המשפטנים, מובילה למסקנה בדבר ריקנות מושג השוויון, כך גם ההבחנה בין דפוסי אפליה, המקובלת בכלכלה, איננה מציבה מטרה חד-משמעית לדיני איסור האפליה. אם מדובר בהבטחת רציונליות, אזי לעתים גם אפליית טעמים תהיה רציונלית ועל פי תפיסה כלכלית צרה – הבחנה מותרת. מצד שני, גם הרציונליות לכאורה של אפליית טרום-שוק אינה נקייה מספקות, שכן הבחנות בשוק העבודה מעצבות את שיקולי הפרטים בשלב ה"טרום-שוק" (למשל שיקוליהם של פרטים בהחלטות בדבר היקף ההשכלה שיבחרו וסוגה). אם כן, אפליה בשוק העבודה מזינה ומעודדת את האפליה שקדמה לה, וחוזר חלילה.<sup>20</sup> אי לכך, קבלת פערי טרום-שוק כנתון מנציחה את המנגנונים המייצרים אותם.

לא רק שהנוסחה המשפטית וההבחנה הכלכלית אינן עולות כדי מסגרת מושגית ברורה להפרדה בין אפליה פסולה להבחנה מותרת, אלא ששתי המסגרות המושגיות אינן הולמות זו את זו. כך למשל, השימוש בנתון לפיו ככלל נשים אינן יכולות להרים משאות כבדים וגברים יכולים לעשות זאת, נתון המסייע במסגרת תהליכי מיון וגיוס עובדים, נחשב ל"רציונלי" על פי הגישה הכלכלית; אך בדין נקבע ששימוש כזה הוא אסור שכן הוא מתייחס לנשים ולגברים כאל שונים, ואילו ההבחנה הרלוונטית היא בין מי שיכולים להרים משאות כבדים לבין מי שאינם יכולים (נשים וגברים כאחד).<sup>21</sup> המסר המשפטי המצוי בדין והמסר הכלכלי המצוי ביסוד האופן שבו מבנים את שוק העבודה הם מסרים עמומים ולעתים אף מתנגשים. אם נרצה לברוק את דיני איסור האפליה משפיעים על שוק העבודה, לא ברור בדיוק מה עלינו לברוק – שוויון? רציונליות? ואיזו וריאציה של כל אחד מאלה?<sup>22</sup>

## הבעיה המתודולוגית

הבעיה המתודולוגית מושפעת מן הבעיה המושגית. בראש ובראשונה אין זה ברור מהו הדבר אשר רוצים למנוע. ככל שהאמירות "צמצום האפליה" או "הבטחת שוויון הזדמנויות" אינן מתורגמות לשוויון פורמלי מלא, קשה להגדיר את הרף הנורמטיבי. אי לכך, מדידת אפליה המחייבת לבחון את הפער בין הרף הנורמטיבי של שוויון לבין המציאות בפועל, תתקשה בכימות הפער. למעשה אין רף ברור שאליו שואפים להגיע; הצגת רף כזה משמשת לא פעם כאמצעי למתן לגיטימציה לבחירה ערכית מסוימת המוצגת כאמת עובדתית שאין

John J. Donohue III, *Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality*, 92 MICH. L. REV. 2583 (1994) 20

ראו למשל בתב"ע (ארצ"ב) נא/8-3 מדינת ישראל – גסטנר, פר"ע כד(1) 65 (1993). 21

ראו גם: Rachel Moran, *The Elusive Nature of Discrimination*, 55 STAN. L. REV. 2365 (2003). 22



להרהר אחריה (truism). זה הקשר הישיר בין הבעיה המושגית והמתודולוגית. פרט לכך קיימות מהמורות מתודולוגיות נוספות.

ראשית, להבדיל מלבישת אפור זוהר, אפליה אינה אקט התנהגותי יחיד אלא תהליך המתפרס על פני שלבים רבים. אי לכך, ממצא המעיד על כך שמעסיק אינו מפלה בשכירת עובדים אינו מעיד בהכרח על כך שהוא אינו מפלה בקידומם, ולהפך; מתן שכר שווה לעובדים באותו התפקיד או אף בתפקיד שווה ערך אינו מועיל אם לעובדים ותק, השכלה או כישורים שונים. אפשר לטעון שדי בכך שבוחנים מרכיב אחד מתוך מכלול המרכיבים של התהליך ואם מתגלים ממצאים של אפליה – אזי ניתן לומר שיש אפליה ככלל;<sup>23</sup> אך במצב כזה, אם בחינת מרכיב אחד מגלה שאין ממצאים של אפליה – אין בכך כדי לשלול קיומה של אפליה ככלל. חמור מכך, אפשר שמעסיקים מוודאים בכוונה כי בהיבט מסוים של ההעסקה יתקיים שוויון, כדי להראות שהוראות הדין מתמלאות, אך מעבירים את האפליה להיבט אחר של ההעסקה, אשר קשה יותר למדידה.<sup>24</sup> כלומר, אף שנדמה כי בחינתו של מרכיב מצומצם במערך ההעסקה היא אפשרית יותר לביצוע וכי תניב תוצאה מובהקת יותר, הרי בחינה כזו אינה יכולה לענות על השאלה אם קיימת אפליה בשוק העבודה כמכלול. ולהפך, ככל שבוחנים את המכלול ולא את פרטיו, יקשה על הבריקה להקיף מערכת ארגונית מורכבת.<sup>25</sup> בהקשר זה ראוי להדגיש שלא פעם אפליה אינה מופיעה בתצורה של אמירה בוטה מהסוג של "לא נעסיקך משום שאת אישה"; אפליה נשזרת בתוך המבנה הארגוני המורכב אשר נפשות רבות לוקחות בו חלק, והחלטות רבות נשזרות זו בזו כדי לייצר את האפקט המפלה.<sup>26</sup> מבנה ארגוני כזה מציג דרישות תפקיד אשר שוללות מהורים (ובעיקר מאימהות) את האפשרות לעמוד הן בדרישות מקום העבודה

23 לעומת התפיסה של "separate but equal" לפיה ייתכן כי אפליה בסוג אחד של תגמולים תגולם כהטבה לעובד בתגמול אחר, הדין בישראל גורס כי "separate but equal is never equal", שכן עצם ההבחנה בין הקבוצות יוצרת פגיעה. עם זאת, במקרים כגון הסדרים תלויי ותק המותאמים לעובדים אשר אכן צפויים לצבור ותק לעומת הסדר של תשלום מוגבר לעובדים חדשים שאינם צפויים לצבור ותק (מפאת גילם למשל) ייתכן שאין מקום לזהות אפליה רק בשל ההבחנה בין העובדים על יסוד המרכיב הבודד של גיל העובד או הוותק שלו.

24 ישנם שלבים שבהם איתור אפליה קשה יותר; בעיקר מדובר בשלב שכירת העובדים. ראו: TROND PETERSEN, ISHAK SAPORTA & MARK-DAVID SEIDEL, *Offering a Job: Meritocracy and Social Networks*, 106 Am. J. Soc. 763 (2000).

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

26 השוו למשל בין המקרה הנדיר והפשוט יותר שבו יש "אקדה מעשן" – דב"ע (ארצי) נ/3-129 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1999), לבין המקרה השכיח יותר שבו אפליה היא תוצר של מדיניות מורכבת יותר – עב (אזורי ב"ש) 1576/99 נידם – ראללי חשמל ואלקטרוניקה בע"מ, פד"ע לט א (2004) (להלן: עניין סימי נידם). לביקורת על צמצום האפליה המכוונת אך ורק לאמירות ישירות ועל התעלמות מהיסוד הנפשי בכינונו של משטר מפלה, ראו: Michael Selmi, *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?*, 53 UCLA L. Rev. 701 (2006). סוון סטרומ מתייחסת לתצורות אפליה חדשות כאל "דור שני"

הן בדרישות הבית; הוא קובע לוחות זמנים אחידים לכל הארגון, אשר מקשים על אנשים עם מוגבלות הזקוקים להתאמות ייחודיות; הוא מגדיר שיבוצים למשמרות ותמריצי שכר הנקבעים על פי סידור עבודה כללי, המיטיב עם עובדים המחויבים לעבודה בשעות נוספות ובלתי שגרתיות ובשבתות ואשר יכולים להתאים למודל של עובד מצטיין ללא מגבלה, תלות או אחריות מחוץ לעבודה.

שנית, כדי לבחון את השפעת הדין על קיומה של אפליה בשוק העבודה יש לאתר גם את הקשר הסיבתי ביניהם, כלומר להצביע באופן קונקרטי על גרימת הדין לצמצומה של אפליה או להעצמתה. ייתכן שאפליה של קבוצת מיעוט תשתנה בהתאם להלכי רוח חברתיים, תהליכי פיוס וכיוצא באלה; עוד ייתכן שצמצום פערי שכר נובע משינויים במערך ההשכלה, למשל, ולא מדיני איסור האפליה.

בעיית הקשר הסיבתי היא אולי הבעיה הקשה ביותר והיא בעלת היבט מהותי ומתודולוגי כאחד. מבחינה מתודולוגית, דיני איסור האפליה אינם תוצר של מעשה חקיקה אחד ויחיד (להבדיל מדוגמת האפורד הזוהר). העוסקים במשפט יודעים כי בדרך כלל אין לצפות שחוק חדש יחולל שינוי כבר ביום פרסומו; על אחת כמה וכמה כאשר עוסקים בנושא סבוך כאפליה, יש להמתין לפסיקה בנושא כדי שזו תניע התדיינות נוספת או תחולל שינוי אקס-אנטה בקרב המעסיקים והעובדים. אם כך, קשה לבחון נקודת זמן אחת ויחידה: אם נמתין זמן קצר לאחר גיבושו של הדין כדי לבחון את השפעתו ייתכן שלא תמצא לו כל השפעה; המתנה של זמן רב אפשר שתצביע על שינוי אך אפשר גם שתגרום לאבדן היכולת לבודד את מרכיב המשפט ממרכיבים חברתיים וכלכליים אחרים.

פרט לכך, סוגיית הסיבתיות טומנת בחובה גם קושי מהותי, בעיקר כיוון שסיבתיות עשויה להיות כפולה. במובנים מסוימים, דיני איסור אפליה הם תוצר של התגבשות קבוצות זהות ושל אינטרסים המניעים את מהלכי החקיקה ואף את ההתדיינות בבתי המשפט. מרבית חוקי איסור האפליה נחקקו בעקבות יזמות של ארגוני זכויות אדם, ומספר לא מבוטל של פסקי דין תקדימיים בתחום מקורם בהתדיינות שיזמו אותם ארגונים.<sup>27</sup> אי לכך, גם אם נטען שלמשפט יש השפעה חיובית על מיצובן של קבוצות זהות שונות בשוק העבודה, תהא זו אמירה כמעט טאוטולוגית – עצם הגנתו של המשפט על קבוצות אלה מקורה, בין השאר, בהצלחתן לקדם את ענייניהן בחברה, ולכן יש לשער שגם במערכת המשפט. באופן כללי, יש לבחון מהם הגורמים המשפיעים על היווצרות הדין ולא רק את האופן שבו הדין משפיע על פרטים. הדין עצמו אינו אקסוגני.<sup>28</sup> במילים אחרות, הדין הוא משתנה תלוי ובלתי-תלוי כאחד.

של מבני אפליה; ראו: Susan Strum, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COLUM. L. REV. 458 (2001).

27 נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); יובל יונאי "הדין כדבר נטייה חד מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד 531 (1998); דפנה יזרעאלי "פוליטיקה מגדרית בישראל: המקרה של הערפה מתקנת במינוי נשים לדירקטורים" תרבות דמוקרטית 10 (4) 215 (2006).

28 כאשר מניחים שהדין הוא אקסוגני, מתעלמים מהשאלה מדוע וכיצד נוצר הדין. החלופה מציעה לעשות אנדרוגניצייה של הדין, ולבחון את השיקולים החברתיים והכלכליים ביצירת

לסיכום, שילוב הבעיה המתודולוגית עם הבעיה המושגית מבהיר את הקושי להעריך את הדין כמכלול. למעשה, השאלה "האם דיני איסור האפליה משפיעים על שוק העבודה?" מחייבת להעריך תוצאה אשר הדעות לגבי מהותה חלוקות, הדרכים למדידתה אינן ברורות וההוכחה של קיומו של קשר סיבתי ושל עצמתו בין הגורם (משפט) לתוצאה (היעדר אפליה) איננה פשוטה. כאמור, מרכיביה של בעיה זו אינם טכניים גרדא. כל דרך שבה ננסה לענות על השאלה טומנת בחובה הנחות ערכיות מקדמיות, גם אם אלה אינן מצוינות במפורש. הנחות אלה מובלעות באופן שבו אנו מנסים להבין את הקשר שבין הדין לבין יישומו; אדגים זאת בחלק ב, בעזרת הצגת כמה גישות אפשריות למדידת אפליה.

### מדידת השפעת הדין על אפליה

בבחינת שיטות מחקר שונות למדידת אפליה אנסה להיעזר במחקרים ישראלים בתחום זה, כדי להאיר את המעט שאנו יודעים ואת הסייגים המשמעותיים שיש להציג בצד פיסות ידע אלה. לשם כך, אבקש להשתמש בסקירת המחקרים כדי להדגים את הפוטנציאל שבשיטות המחקר השונות אך גם את מגבלותיהן. זאת ועוד: ראוי להדגיש כי מרבית המחקרים עוסקים בשאלה בסיסית בהרבה מזו המוצגת כאן, השאלה "האם קיימת אפליה?", ולא בשאלה "כיצד השפיע הדין על היקף האפליה בשוק העבודה?". כלומר, גם המעט שאנו יודעים על בעיית האפליה בישראל מספקת אינדיקציה מוגבלת בלבד לשאלת הקשר הסיבתי בין קיומה של אפליה לבין דיני איסור האפליה. עם זאת, אדגים כי לעתים מתוך ניסיון לתאר את היקפה של תופעת האפליה ואת אופייה ניתן להגיע לתובנות בעניין השפעת הדין על אפליה. המחקרים שיוצגו כאן מורכבים משלושה מקבצים עיקריים. הראשון עניינו המחקר המשפטי, המניח כי תשובה לשאלת השפעת הדין על אפליה יכולה להתקבל מתוך עיון במשפט עצמו. הדרך המקובלת היא להצביע על שינויים בתוכנה של הפסיקה. דרך אחרת היא זו של היורומטריקה, אשר נועדה לבחון את התפתחות הדין באופן כמותי; היורומטריקה אינה מתעניינת בתוכן פסק הדין אלא בשכיחות הדיון בבית המשפט, במיין פשוט של תוצאות הפסיקה (התקבל או נדחה), בכמות אזכורים ובמאפיינים דומים אחרים אשר משמשים אומדן גס לעמדת המשפט. המקבץ השני עניינו גישות מחקר כמותיות, אשר שתיים מהן תודגמנה כאן – מחקרי רגרסיה ומחקרי היענות. ולבסוף מקבץ שלישי שעניינו בגישות מחקר איכותניות, הכוללות מחקר אתנוגרפי וראיונות עומק עם עובדים ומנהלים. לגבי כל אחד מהמקבצים יוצגו הממצאים הקיימים (או היעדרם), תוצג השלמה קצרה המצביעה על כיוונים להמשך המחקר ויוצגו יתרונות השיטה וחסרונותיה במתן תשובה לשאלת השפעת הדין על היקף האפליה בישראל.

---

הדין בר בכר עם השפעות הדין על אותן מערכות חברתיות וכלכליות שיצרו אותו. לנקודות מבט שונות המאירות את בעיית האנדרוגניזציה של הדין, ראו: James Heckman, *Dummy Endogenous Variables in a Simultaneous Equation System*, 46 *ECONOMETRICA* 931 (1978); Guy MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION* Chapter 9 (2007).

## 1. עיון מתוך המשפט על תוצאותיו

בספרות המשפטית מקובל לבחון את תוכן פסק הדין – מבחינת מקורותיו הנורמטיביים והאופן שבו בית הדין מאזן בין האינטרסים השונים, להשוותו לפסיקה במדינות אחרות ולהעריך את התוצאה. בתהליך זה מתקבל מידע חלקי מאוד בעניין שאלת השפעת המשפט על המעשה. פסק הדין נושא פני עבר ואינו מלמד דבר על התנהגות הצדדים בעתיד. פסקי דין יכולים, אמנם, לגרום לשינוי בהתנהגות אך לעתים הצדדים, ובעניינינו – בעיקר המעסיקים, מגיבים לפסיקה חדשה במלל בלבד בהתנהגות לכאורית או אף בהתעלמות. בעיית היעדר האכיפה של הוראות הדין בתחום יחסי העבודה ושל נורמטיביות הסטייה מהן מוכרת ומתועדת.<sup>29</sup> זאת ועוד: גם קיום הוראות פסקי הדין אינו מעיד על צמצום האפליה, שכן קיומן במישור אחד יכול להעביר את ההתנהגות המפלה למישור אחר. ייתכן שחשיבותו של פסק דין כלשהו היא בכך שהוא מחולל שינוי בתודעה, אך את זה לא ניתן ללמוד מניתוח פסק הדין עצמו. כך למשל פסק דינו של בית הדין לעבודה בעניין עלית – לדרמן משנת 1973,<sup>30</sup> אשר עסק בהבטחת שכר שווה לעובדת ולעובד. פסק דין זה מלמד על החשיבות שייחס בית הדין לבעיה של שכר מפלה, אך הוא אינו מספק מידע בשאלה אם פערי השכר בין גברים לנשים הצטמצמו בעקבותיו. השאלה ביסוד כרך זה – "האם המשפט חשוב?" – מונעת מהצורך לאתר חשיבה וניתוח שונים בכל הנוגע להשפעת הדין על התנהגות.

בהיעדר מידע כלשהו על הקשר שבין תוכנם של פסקי דין ושל דברי חקיקה לבין התנהגותם של מעסיקים ועובדים בפועל, ניתן להציע השערה (שאף היא איננה מוכחת) לפיה שינויים בתוכן מושג האפליה והאמצעים להתמודד אִתָּה הונעו דווקא מהיעדר האפקטיביות המצטבר של הדין. לפי השערה זו, עיון בחוק ובפסיקה התקדימית מצביע על כך שהמחוקק ובתי המשפט מודעים לכך שהדין אינו אפקטיבי מספיק; בשל כך הם עוברים מגישה מצומצמת הגורסת כי "אין להפלות" לגישה מורכבת יותר, המחייבת לנקוט אמצעים המתערבים בצורה מורכבת יותר בשוק העבודה – כגון חובת ייצוג הולם, שכר שווה לעבודה שוות ערך וחובת התאמה של מקום העבודה למגבלות העובד. גישה זו נקראית "שוויון מובנה" שכן היא שמה לה למטרה להבנות מחדש את שוק העבודה, ואינה מסתפקת באיסור על הבחנה בין דומים.<sup>31</sup> אך המעבר לגישה של שוויון מובנה איננו נסמך על אבחון ברור של הבעיה הטמונה ב"דור הישן" של דיני איסור האפליה. כך, ייתכן שעילות שגרתיות של איסור אפליה אינן מחוללות שינוי דווקא בגלל סיבות הנעוצות בהליך המשפטי (כגון היעדר אכיפה ציבורית, קושי בהגשת תביעה או בהרמת נטל הראייה, או סעדים שאינם מספקים); במקום לתקן את הבעיות בהליך מציב המחוקק חלופות מורכבות של שוויון מובנה, אשר אפשר שקיים מחיר שלילי בצידן ושקשי היישום

29 Davidov Guy, *Enforcement Problems in Informal Labor Markets: A View from Israel*, 27 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 3 (2005) האגודה לזכויות האזרח דו"ח פעילות שנתי 2006–2007 16–12 (2008) [www.acri.org.il/pdf/doch2006-7.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/doch2006-7.pdf); דברי הסבר לתזכיר החוק להגברת האכיפה בדיני עבודה (עיצומים כספיים והטלת אחריות על מעביד ועל מזמין שירותים), התשס"ח–2008, ה"ח 363, 376.

30 לעיל ה"ש 4.

31 ראו: Donohue, לעיל ה"ש 20.

שלהן אך ורק מתעצמים.<sup>32</sup> אי לכך, העמקת הדין ופיתוח עילות חדשות עשויים להצביע על התפתחות אך גם עלולים להעיד על חוסר הצלחה.

דרך אחרת לבחון את השפעת החוק והפסיקה על היקף ההפליה היא לבחון את היקף ההתדיינות המשפטית. במקרי קיצון אפשר ללמוד מכך דבר מה. כך, למשל, ניתן לראות שלפני חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית לא הייתה התדיינות משפטית בנושא זה, אף שכבר בעת שנחקק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הוכנס אליו סעיף אשר אסר על הטרדה מינית וראה בה מעשה העולה כדי אפליה.<sup>33</sup> פסק הדין התקדימי הראשון בנושא ניתן בד בבד עם חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית.<sup>34</sup> מיד לאחר חקיקת החוק החלה התדיינות ענפה בו. השאלה אם מדובר בכמות רבה או מעטה של פסקי דין היא יחסית וקשה לענות עליה, שכן הממצאים על שיעור התופעה של הטרדה מינית אינם ברורים כשלעצמם;<sup>35</sup> אך במקרה זה אין כל ספק כי לאחר חקיקת החוק החדש גברה "נראותו" של הנושא בבתי המשפט. אולם גם במקרה כזה שבו השינוי הוא כה מובהק, יש להבחין, כמובן, בין "נראות" לבין השפעה על דפוסים של הטרדה מינית. אם נסתפק בנראות רבה יותר של בעיה כמטרה בפני עצמה, הרי ברור שהחוק החדש חולל שינוי. אך אם יש עניין בבחינת השאלה אם נגרמו שינויים בדפוסים של הטרדה מינית בארגון, אין די בספירת פסקי דין. זאת ועוד: החוק החדש הכניס שורה ארוכה של חידושים העוסקים בהגדרת ההטרדה המינית כמו גם באופן הטיפול בה הנדרש מן הארגון. שאלת היקף ההגדרה והשלכותיה על התפיסה הציבורית של הטרדה מינית זכתה לדיון אקדמי (אשר התבסס ברובו על ספקולציות ולא על בחינה אמפירית); אולם ההליך הפנים-ארגוני, כמו גם היבטים נלווים לו (כגון פיתוח מנגנוני הגישור במקרים של הטרדה מינית), כמעט שלא נחקרו כלל.<sup>36</sup> היבטים אלה יכולים להיתפס כאמצעי חשוב לעודד באופן מקומי תרבות ארגונית הנלחמת בהטרדה מינית, אך הם יכולים גם להיות אמצעי ההופך את ההטרדה לעניין פרטי (להבדיל מציבורי) אשר מטופל הרחק מעיני הציבור.

32 הרוגמה המובהקת ביותר לכך היא חקיקת חוק שכר שווה בשנת 1996; בחוק נקבעה לראשונה זכות לשכר שווה לעבודה שוות ערך. קביעה זו עוררה מחלוקת גם בקרב אלה המעוניינים בשוויון מובנה, בשל החשש שבתי המשפט ינציחו הבדלים בין עיסוקים גבריים לעיסוקים נשיים ולא יתקנו את הפערים שבין עיסוקים אלה. עילה זו מחויבת אם לא קיימים אמצעים אחרים להתמודד עם אפליה שמקורה בפערים בין עיסוקים שונים; אך ייתכן שראוי לשקול את חיוניותה רק לאחר פיתוח מיומנות בשימוש באמצעים פשוטים יותר, כגון איסור ישיר על אפליה בכניסה לעבודה ועל אפליה עקיפה.

33 ראו ס' 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה") וכן החוק למניעת הטרדה מינית.

34 עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב (1) 650 (1998).

35 על קשיים בבחינת היקף התופעה של הטרדה מינית ראו למשל רונית הריס-אולשק הטרדה מינית בעבודה (משרד העבודה והרווחה – הרשות לתכנון כוח אדם, 2002); אינה לוי, שרית עמרים כץ ושרה בן-דוד "תופעת הטרדה המינית בצה"ל" אחת משלנו: אוסף מחקרים על נשים בצה"ל בראשית שנות האלפיים 137 (2003).

36 על המחלוקת הערכית לעניין היקף הגדרתה של "הטרדה מינית" ראו תמיר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 352–354.

בהקשרים פחות מובהקים, ערכה של בחינה כמותית הוא מוגבל עוד יותר. התרשמות כללית מעידה על כך שהחל משנות האלפיים גדל מספר פסקי הדין העוסקים בתחום האפליה בתעסוקה. לגידול במספר פסקי הדין שני היבטים: ראשית, חל גידול בפסיקה התקדימית בנושא, הן מבית מדרשו של בית הדין הארצי הן מבג"ץ; שנית, בעבר התאפיינה הפסיקה בתחום זה בכך שגם אם ניתן פסק דין תקדימי, לא יושמה ההלכה לאחר מכן במסגרת התדיינות נוספת. הדבר בלט מאוד ביחס לפסקי הדין הראשונים. למשל, בעניין עלית – לדרמן, קבע בית הדין את העיקרון של שכר שווה לעבודה שווה במהותה.<sup>37</sup> על אף פסק הדין החשוב וההלכה אשר צמצמה באופן משמעותי את האפשרות להבחין בין שכר גברים לשכר נשים, לא הייתה (ככל הנראה) התדיינות משפטית משמעותית נוספת בנושא זה אלא כעשרים וחמש שנים לאחר מכן. אי לכך, חשיבותה של הפסיקה החדשה היא דווקא בהיותה פסיקה של בתי הדין האזוריים, שם הופך נושא האפליה יותר ויותר לחלק משגרת העשייה השיפוטית.

ביטוי חלקי למגמות אלה ניתן לראות בלוח 1.

### לוח 1

| אזכורים של הביטוי "אפליה"       |                                | אזכורים של חוק עבודת נשים       |                                | אזכורים של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה |                                | השנים            |
|---------------------------------|--------------------------------|---------------------------------|--------------------------------|--|--------------------------------|------------------|
| אזכורים בבית הדין האזורי לעבודה | אזכורים בבית הדין הארצי לעבודה | אזכורים בבית הדין האזורי לעבודה | אזכורים בבית הדין הארצי לעבודה | אזכורים בבית הדין האזורי לעבודה        | אזכורים בבית הדין הארצי לעבודה |                  |
| 18                              | 24                             | 3                               | 18                             | -                                      | -                              | 1989–1980        |
| 29                              | 56                             | 22                              | 51                             | 6                                      | 11                             | 1999–1990        |
| 142                             | 787                            | 55                              | 414                            | 11                                     | 90                             | 2007–2000 (סה"כ) |
| 4                               | 14                             | 3                               | 8                              | -                                      | 4                              | 2000             |
| 8                               | 43                             | 2                               | 20                             | 2                                      | 5                              | 2001             |
| 11                              | 75                             | 6                               | 30                             | -                                      | 11                             | 2002             |
| 27                              | 102                            | 5                               | 42                             | 3                                      | 13                             | 2003             |
| 15                              | 102                            | 11                              | 63                             | -                                      | 10                             | 2004             |
| 25                              | 118                            | 5                               | 69                             | -                                      | 11                             | 2005             |
| 37                              | 158                            | 14                              | 92                             | 5                                      | 20                             | 2006             |
| 15                              | 175                            | 9                               | 85                             | 1                                      | 16                             | 2007             |

ממצאי לוח 1 מבוססים על חיפוש איזכורי חקיקה במאגרי מידע המאחזרים פסיקה.<sup>38</sup> על אף הבעיות הרבות בנתונים אלה (אשר במצטבר כמעט מייטרות את הבחינה כולה), יש

37 עניין עלית – לדרמן, לעיל ה"ש 4.

38 לצורך מאמר זה נבדקו אזכורי חקיקה מתוך מאגר המידע של "נבו", והנתונים שנאספו הוצלבו עם נתונים שהופיעו במאגר "דינים ועבודה". איתור פסקי הדין נעשה באמצעות חיפוש של אזכור שם החיקוק בפסקי דין העוסקים במקרים שבהם נטען לאפליה במקום העבודה (אם שם

להרגיש כי הגידול המשמעותי בהיקף ההתדיינות שעניינה אפליה ובהתייחסות לסוגיית האפליה בפסיקה מצביע על התנופה שצובר תחום זה. מדובר בהבדלים משמעותיים, והנתונים מאוששים את התחושה המתעוררת בכנסים ובפורומים של ניהול משאבי אנוש ושל דיני עבודה מן השנים האחרונות, כי תחום איסור האפליה הפך למשמעותי יותר עבור המשפטנים העוסקים בדיני עבודה ועבור מנהלי משאבי האנוש.

עם זאת, הנתונים העולים מהלוח הם חלקיים ומוטים לכיוונים שונים. ראשית, רק בשנת 2000 לערך התחילו לאחזר את פסיקת בתי הדין האזוריים במאגרי המידע באופן מסודר. כדי לבחון את הנתונים באופן נכון וראוי יותר נדרש לעבור על כל הפסיקה בארכיב בתי המשפט, אלא שפסיקה זו כמעט שלא נשמרה. למעשה, היסטוריה משפטית שלמה הבוחנת את התפתחות הפסיקה בערכאות הנמוכות אינה נגישה עוד. בהיעדר תיעוד מסודר של התדיינות בבתי הדין האזוריים, כל שיש בידינו הם פסקי הדין של הערכאות הגבוהות (בית הדין הארצי לעבודה ובג"ץ); אלה מתייחסים לשיעור מבוטל מכלל ההתדיינויות המשפטיות ולכן אינם משקפים את המציאות החברתית היום-יומית.

גם לו היו מספרי פסקי הדין העוסקים באפליה פרושים בפנינו באופן מדויק, הרי שממצאים אלה הם חלקיים מאוד ואינם יכולים להוות אינדיקציה ברורה לתיאור היקף קיומה של אפליה בישראל, או לתיאור השפעת ההליך המשפטי עליה. גם לו היו הנתונים מאששים את ההנחה לפיה בשנים האחרונות גדל מספר פסקי הדין העוסקים באפליה באופן משמעותי, הרי אין בכך כדי לקבוע שהאפליה גברה או פחתה. ייתכן שמספר התיקים גדל בשל התרחבות תופעת האפליה או בשל מודעות גדולה יותר לאפשרות לתבוע; אפשר שהוכנסו למשפט אמצעים המאפשרים להתגבר על בעיות בהליך המשפטי או באופן ההבניה של מושג האפליה. קשה לדעת כמה תיקים שנפתחו (שהרי מרבית התיקים מסתיימים בפשרה). איננו יודעים גם אם מספר התיקים הנדונים בבתי המשפט מייצג חלק משמעותי ממספר המקרים של אפליה בפועל, או רק חלק זניח מהם. פרט לכך, גם לו נוסף לספירה הכמותית הפשוטה מרכיב של תוכן ונבחן את תוצאות פסקי הדין (אם פסקו לטובת התובע או לטובת הנתבע) אין בכך כדי להסיר את החשש שעל אף פסק הדין האפליה עצמה נמשכת; פסק דין מסיים אמנם את הסכסוך המשפטי אך לא דווקא מסיים את המחלוקת הערכית שבבסיסו.

לסיכום, ספירת פסקי דין וקריאת תוכנם הן מלאכות חשובות ביותר להבנת שינויים במשפט. עם זאת, שתי הדרכים מתבצרות בתוך המערכת המשפטית ומסתמכות על ההנחה לפיה שינוי במשפט זהה לשינוי בחברה. אך בחינת השאלה שבה עוסק מאמר זה – "האם שינה המשפט את המציאות וכיצד?" – מתוך המשפט רחוקה מלהיות מספיקה. אם נקבל את העובדה כי מערכת המשפט והמערכת החברתית הן מערכות נפרדות, אוטונומיות, גם אם הן מודעות לשינויים זו אצל זו ומזהות אותם, אזי נגלה כי לימוד מערכת המשפט מתוכה אינו מלמד דבר כמעט על השפעת הדין על האפליה.

---

החיקוק, כגון "עבודת נשים", הופיע בפסק דין שעסק ביחסי עבודה אולם לא התייחס לשאלת האפליה, פסק דין זה לא הובא בחשבון הנתונים).

## 2. מחקר כמותי

### בדיקה כמותית פשוטה

ממחקר כמותי של שוק העבודה (להבדיל ממחקר כמותי של המשפט, כמתואר לעיל) ניתן לצפות כי יוכל לספק תשובה ברורה לשאלה אם חוק או פסק דין שינו את התנהגות הפרטים והגופים שאליהם כווננו וכיצד. דוגמה לבדיקה כזו היא שאלת השפעת הדין על ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים. אף שנושא ייצוגן של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות הוא בשולי הדיון בדיני איסור האפליה בתעסוקה, וכפי שאסביר בהמשך – אולי דווקא בשל כך, דוגמה זו היא אולי היחידה שבה ניתן לומר באופן ברור מה הייתה השפעת הדין. הנתונים מצביעים על כך שבעבר, שיעור הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות היה קטן מאוד. משתוקן חוק החברות הממשלתיות באופן המחייב ייצוג הולם לנשים, אך בעיקר עם מתן פסיקת בית המשפט העליון אשר הבהירה כי החוק מטיל חובה אקטיבית לאתר את הנשים המתאימות לתפקיד, גדל במהירות ייצוגן של נשים בדירקטוריון.<sup>39</sup> מנתוני שדולת הנשים עולה כי בשנת 1991, לפני חקיקת התיקון לחוק, עמד שיעור הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות על חמישה אחוזים; לאחר חקיקת החוק בשנת 1993 עמד שיעורן על מעט יותר משבעה אחוזים; בשנת 1997, כמה שנים לאחר שבג"ץ פירש את חובת הייצוג ההולם הקבועה בחוק עלה שיעורן כמעט לכדי 29 אחוזים; ובשנת 2006 הגיע שיעורן של נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות לכ-36 אחוזים.<sup>40</sup>

ממצאים אלה תומכים בצורך שלא להסתפק בבחינת המשפט מתוכו ומעידים על כך שלא די בחקיקה כדי להניע שינוי. השינוי המשמעותי בייצוג הנשים בדירקטוריונים התרחש רק כאשר הורה בג"ץ על אופן יישום החוק והבהיר כי בתי המשפט לא יחסו מלפעול על פיו ולהתערב במינויי דירקטורים. אמנם פסק הדין לא שינה את הדין הפורמלי, אלא רק פירש אותו והבהיר אותו, ומספר פסקי הדין בנושא זה נותר מועט. אף על פי כן, לפסק דין אחד בהקשר זה הייתה השפעה ניכרת, בניגוד לפסקי דין תקדימיים בתחום אחר (דוגמת הדיון בשכר שווה לעובדת ולעובד) שהשפעתם לא ניכרה כלל.

הצלחת השינוי בנושא של ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים ניתנת להסבר; כמו בדוגמת האפוד הזוהר שהוצגה קודם לכן, מדובר בבחינה של השפעת הדין על חובה ממוקדת. השפעה זו איננה עוסקת בשאלת קידומן של נשים ככלל, אלא בשיעורן בקרב אוכלוסייה מצומצמת אשר נתונה מתפרסמים בפומבי ממילא; בשל כך שיעור הנשים הוא מדיד וקשה להעלימו מהציבור, או חשוב מכך – מהארגונים החברתיים אשר עוררו את הדיון. אך כפי שצוין בהקשר של השפעת לבישת האפוד על שיעור תאונות הדרכים, גם במקרה פשוט זה יש להדגיש כי איננו יודעים בבירור מה השפעתו של ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים על שוויון ההזדמנויות לנשים בתעסוקה באופן כללי. כאמור ברו"ח שדולת הנשים, על בסיס מחקרה של דפנה יזרעאלי:

39 ראו סעיף 18א(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 ועניין שדולת הנשים (1994), לעיל ה"ש 13.

40 תמיר, לעיל ה"ש 9.



עד כמה הצליחה ההעדפה המתקנת לפעול כאסטרטגיה לייצוג נשים בעמדות השפעה? אם נשפוט לפי העלייה בשיעור הדירקטוריות במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות, הרי ההעדפה נחלה הצלחה ניכרת. אולם אם נשפוט את מדיניות ההעדפה המתקנת לפי המידה שבה היא פתחה את שערי מועצות המנהלים לאינטרסים של נשים, אזי אפשר להחשיב את היוזמה ככישלון. בשום מקרה לא נמצאה התייחסות לאשה כמייצגת אינטרסים של נשים בארגון שבו היא מכהנת כדירקטורית, אלא כדירקטור שהיא גם אשה. אילו ציג מבניים ותרבותיים רבי עוצמה הם שמנעו מן הדירקטוריות להשמיע את קולן למען הנשים.<sup>41</sup>

הפער בין בחינת שיעור הנשים בדירקטוריונים לבין הטמעת רגישות להיבטים של מגדר בניהול עשוי להיות נעוץ במגוון גורמים וניתן להסבירו בהסברים שונים ומגוונים. המתנגדים לייצוג הולם טוענים כי פער זה הוא תוצר של קידום נשים במטרה "למלא הקצאה" ובתוך התפשרות על איכות. הפער עשוי להיות נעוץ בהנחה לפיה כל הנשים מביאות עמן מערך של תובנות ושל דרכי חשיבה ייחודיות העולות כדי "אינטרס נשי" ואילו גברים לא. הפער יכול לנבוע מהבעיה המוכרת כבעיית "מלכת הכוורת" – מצב שבו נשים אשר הגיעו למשרות בכירות אינן רוצות נשים נוספות בקרבן ואינן רוצות לפעול באופן שעשוי להשתמע ממנו כאילו הישגיהן הם תוצר של התערבות משפטית ולא של יכולת אישית. ייתכן שהפער נובע מעצם הציפייה שנשים יציעו ניהול שאופיו שונה, אך כל שיכול הדין לעשות הוא להבטיח שנשים יאיישו תקנים. מובן שניתן לחלוק על ההנחה לפיה נשים תנהלנה באופן שונה; אפשר גם לסבור שדי בכך שיותר נשים יתקדמו לתפקידים ניהוליים ואין זה ראוי או רצוי לקדם תפיסה של "ניהול תלוי-מגדר". נדמה שלמרבית ההסברים לפער יש מכנה משותף – ככל שההישג נובע מהשינוי במשפט הוא נתפס באופן חלקי ככישלון. ההישג האמיתי צריך להיות קידומן של נשים בכל הדרגות, בשוק שאינו מציב חסמים, שמציע תמריצים לקידום ומאפשר לסגנונות ניהול שונים להתחרות אלו באלו. כל עוד הקידום נעשה מכוח הדין – מדובר בקידום חסר (אם כי לאו דווקא בלתי מוצדק). בהקשר זה הזיקה בין השאלה המתודולוגית לשאלה המושגית ברורה – אמנם קל לספור את מספר הנשים בדירקטוריונים לאחר התיקון לחוק, אך נתון זה הוא רק תחילתו של דיון חשוב יותר בעניין חשיבות הדין וההישגיו, ואינו פתרונו.

משנוטשים את המקרה הייחודי, אשר כאמור אינו טיפוסי ליחסי עבודה ואף חורג מהם, אובדת היכולת לבצע בדיקה מספרית פשוטה יחסית כפי שנעשתה בהקשר זה. במקומות עבודה רגילים הנגישות לנתונים דומים על אודות שיעור הנשים בכל תפקיד אינה קלה.<sup>42</sup>

41 שם, בעמ' 236. מסקנות אלה מבוססות על מחקרה של יזרעאלי, לעיל ה"ש 27. כמו כן ראו רבקה שקד "העדפה מתקנת של נשים בשירות המדינה" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 261 (ענת מאור עורכת, 2004).

42 במגזר הציבורי מתפרסמים מעת לעת מחקרים בנושא. ממצאים נוספים מופיעים בדו"ח השנתי של הממונה על השכר. מן הדו"ח האחרון עולה כי במרבית מרכזי שכר הצטמצמו הפערים בין השנים 1997 ו-2009, ואילו בתחומים אחרים (ובעיקר – השכר הקובע לפנסיה) הפערים נותרו פחות או יותר קבועים. כמו כן ישנם הבדלים משמעותיים בין הדירוגים השונים. ראו: משרד האוצר – הממונה על השכר והסכמי העבודה, דין וחשבון על הוצאות

זאת ועוד: במקום עבודה רגיל שכרם של הדירקטורים אינו אחיד, כך שיש לתת את הדעת דווקא על פערי השכר ולא דווקא על שיעור המועסקים. בדומה לכך, בדירקטוריון כל הדירקטורים מבצעים תפקיד אחיד ואילו במקומות עבודה אחרים יש לבחון את חלוקת התפקידים, את הקידום על פי הביצועים, את השימוש בפיטורי צמצום והיבטים נוספים; כל אלה הופכים את גישת "ספירת הראשים", שהייתה כל כך אפקטיבית בהקשר של ייצוג נשים בדירקטוריונים, לבלתי מספקת בהקשר של יחסי עבודה. דפנה יזרעאלי מציינת כי כאשר חובת הייצוג ההולם, שמולאה לכאורה, יושמה בהקשר של דירקטוריות בכלל שירות המדינה, נמצא דווקא כי שיעור הנשים שהועסקו במשרות בכירות בשירות המדינה ארבע שנים לאחר חקיקת החוק קטן לעומת המצב שלפני חקיקתו.<sup>43</sup> זאת ועוד: כעולה מהתדיינות משפטית בנושא זה בהקשרים אחרים, הטלת חובות להעדפה מתקנת של נשים ושל ערבים גרמה לשיפור ייצוגם של נשים יהודיות ושל גברים ערבים, ולהדרה יחסית של נשים ערביות. כלומר, הבעיה הערכית של הגדרת סטנדרט הציפיות לשינוי חברתי נותרה בעינה ואף הוחרפה בשל התוכנה לפיה הישגיהם של כמה אנשים הושגו בתוך כדי קיפוח הישגים של אחרים.<sup>44</sup>

ראינו שאין יכולת לבודד את מרכיבי האפליה בשוק העבודה למקטעים ברורים ופשוטים המאפשרים עריכת מחקר פשוט דוגמת זה שנעשה בעניין ייצוג נשים בדירקטוריונים. בשל כך יש לפנות למחקרים מקיפים יותר, דוגמת מחקרי הרגרסיה.

#### מחקרי רגרסיה

בדרך כלל מתמקדים מחקרי רגרסיה בבדיקת קיומה של אפליה בשכר.<sup>45</sup> מחקרים אלה עושים שימוש בנתונים על משתנים לגיטימיים ורציונליים לקביעת שכר, ובעיקר על משתנים הקשורים להון האנושי של העובדים – השכלה וותק בשוק העבודה (ניסיון). בין המשתנים הנוספים במשוואת רגרסיה נכללים גם אינדיקטורים להשתייכות העובד לקבוצה החשודה כמופלית (כגון מין, מוצא או לאום). השימוש במשוואת רגרסיה מאפשר לערוך הבחנה בין חלק השכר שאותו ניתן להסביר באמצעות המשתנים "הלגיטימיים"

השכר בשירות המדינה לשנת 2009 (2010). <http://hsgs.mof.gov.il/Documents/2009-3.pdf>. במגזר הפרטי ניתן לבקש נתונים דומים (אם כי לא זהים) מכוח ס' 9 לחוק שכר שווה; אף שמקריאת החוק עולה לכאורה כי נתונים אלה נגישים, המציאות מלמדת כי עדיין נדרש צו שיפוטי כדי לקבל נתונים מסוג זה (וראו לעניין זה את עניין סימי נידם, לעיל ה"ש 26).

43 ההסדר של ייצוג הולם לנשים בשירות המדינה מעוגן בס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים). הממצאים מוצגים במאמרה של יזרעאלי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 243–244. ראו לעניין זה גם את מאמרה של שקד, לעיל ה"ש 41.

44 ראו בג"ץ 10026/01 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נד(3) 31 (2003).

45 עם זאת, נעשה שימוש במחקרי רגרסיה גם לבחינה של אפליה בביקוש לעובדים ובקידום של עובדים. ראו: Andrew Gill, *The Role of Discrimination in Determining Occupational Structure*, 42 INDUS. & LAB. REL. REV. 610 (1989); Elizabeth A. Paulin & Jennifer M. Mellor, *Gender, Race and Promotions Within a Private Sector Firm*, 35 INDUS. REL. J. ECON. & Soc'y 276 (1996).

לבין חלק השכר אשר אינו מוסבר על ידי משתנים אלה. חלק זה מעורר לכאורה חשד לאפליה.<sup>46</sup>

למחקרי רגרסיה כמה יתרונות אך גם כמה חסרונות. מצד אחד, אלה מחקרים אשר יכולים לכלול מספר רב של נבדקים; הם אינם מוגבלים דווקא למקום עבודה אחד, לענף מסוים או לעיסוק מסוים. המחקרים מאפשרים לעמוד על שינויים לאורך זמן ולפקח על שינויים שחלו בהרכב האוכלוסייה. להבדיל משיטות מחקר ניסיוניות אשר יתוארו בהמשך, מדובר בשיטה המאפשרת לעמוד על שינויים לאורך זמן ועל הקשר בינם לבין שינויים בדין או לשינויים חוץ-משפטיים. כמו כן, למחקרים אלה יתרון בשל יכולתם לאמוד את היקף האפליה ולהפריד בין השפעתם של מרכיבים שונים על קביעת השכר. הם יכולים גם לסייע באבחון חלקי של מנגנוני האפליה; למשל, אם נמצא כי נשים וגברים מקבלים החזר דומה על השכלה דומה אך לא על ותק דומה בשוק העבודה, יוכל הדבר לסייע באיתור המדיניות הראויה לצמצום האפליה.<sup>47</sup>

מן הצד האחר, למחקרי רגרסיה קיימות גם מגבלות. כדי להרגימן נדגים את השימוש ברגרסיה באמצעות שימוש במשוואה פשוטה ביותר, הבוחנת את הבדלי שכר בין גברים יהודים לנשים יהודיות ובין גברים יהודים לגברים ערבים בעת חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (שנת 1988) ובשתי נקודות זמן מאוחרות יותר (בשנים 1997 ו-2005), העשויות להצביע על מגמת שינוי לאורך זמן. בשני המקרים נבחנו השפעתם של משתני הון אנושי (שנות השכלה, תואר אקדמי ונתק בשוק העבודה – כפי שהוא נאמד על ידי מקדמים של גיל וגיל בריבוע), עיסוק (עובדים פרופסיונליים, עובדים טכניים ומנהלים – PTM), שעות עבודה (לוגריתם טבעי של שעות העבודה המדווחות) ומעמד אישי (נישואים). לאחת ממשוואות הרגרסיה הוכנס משתנה של מין ולאחרת משתנה של לאום. משתנים אלה הם אִמָּד לאפליה בשכר של הקבוצה (נשים או ערבים). כל המשתנים הללו ביחד מסבירים כמחצית (ולעתים אף פחות) מהשונות הכוללת של השכר בין כל השכירים שנבדקו.

כפי שעולה מהנתונים המוצגים, בשנת 1988 פער השכר בין יהודים לבין ערבים שניתן לשייכו לאפליה על רקע השתייכות לאומית היה קטן (כארבעה אחוזים בלבד, נתון שאינו מובהק). בשנים 1997 ו-2005 הלך הפער וגדל (ב-1997 עמד הפער על כשישה אחוזים, נתון שאינו מובהק, וב-2005 על 12 אחוזים). לעומת זאת, בין גברים לנשים היה בשנת 1988 פער שכר בלתי מוסבר של כ-30 אחוזים; בשנת 1997 קטן הפער (לכ-23 אחוזים) ובשנת 2005 הוא נותר ללא שינוי (כ-22 אחוזים).<sup>48</sup>

46 להסבר נגיש על אודות אופן השימוש במחקרי רגרסיה בהקשר של אפליה, ראו יצחק הברפלד "אפליית נשים בישראל בתחום השכר: מסגרת מושגית, שיטות מחקר, ממצאים ומגמות" משאבי אנוש ויחסי עבודה בישראל 313 (אריה גלברזון, אמירה גלין ואליעזר רוזנשטיין עורכים, 1990); שושנה נוימן "הבדלי שכר בין המינים ובין עדות בישראל – כמה ולמה?" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 301 (ענת מאור עורכת, 2004).

47 ההחזר מתבטא בשיעור התוספת לשכר או בתגמול אחר שניתן לייחס להשכלה, לוותק או לכל גורם אחר שאותו ניתן לבודד.

48 הירידה בשיעורי האפליה של נשים נמצאה בכמה מחקרים מקיפים שנערכו בשנים האחרונות. ראו למשל: VERED KRAUS, SECONDARY BREADWINNERS: ISRAELI WOMEN IN THE LABOR FORCE at ch. 8 (2002); Yitchak Heberfeld & Yinon Cohen, *Earnings Gaps Between*

## לוח 2: מקדמים של אפליה בין גברים יהודים לנשים יהודיות, ובין גברים יהודים לגברים ערבים

| שנה  | יהודים/ערבים | גברים/נשים |
|------|--------------|------------|
| 1988 | .042         | *.297      |
| 1997 | .057         | *.228      |
| 2005 | *.121        | *.215      |

מקור הנתונים: סקרי הכנסות של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מן השנים 1988, 1997 ו-2005; \* P מובהק > 0.05.

גם אם מדובר במשוואה בסיסית ביותר חשוב להבין ממצאים אלה, פשטניים ככל שיהיו. את הממצאים יש לסייג הן ביחס למרכיב אשר אינו מוסבר על ידי המשתנים הלגיטימיים ומצביע לכאורה על אפליה, הן ביחס למרכיב המוסבר אשר מצביע לכאורה על לגיטימיות הפער.<sup>49</sup>

באשר למרכיב המצביע לכאורה על אפליה, ראוי לציין כי היכולת להסביר פערי שכר באמצעות המשוואות היא מוגבלת, שכן חלק גדול מהפערים בין פרטים אינו מוסבר כלל (כמחצית מפערי השכר ואף יותר). חלק זה, ש"נתפס" על ידי המשתנה המעיד על השתייכות קבוצתית (מין או לאום) אך אינו מוסבר, יכול אמנם לנבוע מאפליה אך גם משורה ארוכה של גורמים אשר אינם קשורים לאפליה. כלומר, יש שיסבירו פער זה בין שכרן של הקבוצות בקיומם של הבדלים בין ממוצעי הקבוצות שנכללות בניתוח, הנובעים ממשתנים לגיטימיים שלא נמדדו כגון מוטיבציה, יכולת עבודה בצוות, כישורים בלתי מדידים וכיוצא באלה (למשל, טענה לפיה רמת המוטיבציה הממוצעת של גברים גבוהה יותר מזו של נשים, ולכן גם שכרם צריך להיות גבוה יותר). לעומת זאת, אחרים יטענו שאין סיבה להניח קיומם של הבדלים שיטתיים בין גברים לנשים או בין יהודים לערבים בכל הנוגע למרכיבים אלה, ולכן היעדרם של משתנים אלה מן המשוואה אינו משפיע על אומדן הפער הבלתי מוסבר ("אפליה") בין שכר הקבוצות.

ההנחה של מחקרי הרגרסיה היא כי בכל הנוגע למשתנים החסרים אין הבדל משמעותי בין גברים לנשים או בין יהודים לערבים; אולם הרוצים לצמצם את אומדן מרכיב האפליה מניחים דווקא כי ייתכן שהבדלים כאלו קיימים. מקורה של הנחה מעין זו לגבי פער השכר שאיננו מוסבר הוא באמונתו הבסיסית של הקורא בכל הנוגע לשוויון, הן ברמה העובדתית הן ברמה הערכית. הסברים אחרים המנסים לעקוף מכשלה זו מייחסים את הפער הבלתי מוסבר בשכר (או את חלקו) לגורמים לגיטימיים בלתי מדידים שמקורם באפליית טרום-שוק, כגון איכות ההשכלה של הנבדקים (זו אינה נלקחת בחשבון כיוון שמשוואת רגרסיה בוחנת אך ורק את כמות שנות ההשכלה ולא את איכותן). לבסוף, גם אם נניח כי הפער מצביע על אפליה בשכר, קשה לבחון את האופן שבו נוצר פער כזה – אם

*Israel's Native-born Men and Women: 1982–1993*, 39 *SEX ROLES: A JOURNAL OF RES.*

.855 (1998)

49 על המחלוקת בנוגע לפרשנות הממצאים של מחקרי הרגרסיה ראו: Symposium,

*.Discrimination in Product, Credit and Labor Markets*, 12 *J. ECON. PERSP.* 23 (1998)

בשל סגרגציה בעיסוקים, בשל קידום אטי או בשל הברלי שחר ישרים.<sup>50</sup> אפשר לטעון שאין זה באמת משנה מרגע שנמצאה אפליה; אך אם נניח שמדידת האפליה נעשית כדי להיטיב את מיקודה של המדיניות הציבורית, הרי טענה זו לוקה בחסר.

גם את החלק בהברלי השכר שמצליחה המשוואה להסביר יש לפענח בזהירות. אם נבחן את הממצא המורה על שבשנת 1988, ערבים כמעט שלא הופלו בשוק העבודה בשל לאומיותם, נמצא כי הוא אינו מגלה שהחזר לערבים בגין הון אנושי היה נמוך יותר. כלומר, די היה בפערי שכר שנבעו מהסברים לגיטימיים לכאורה (כגון החזר על השכלה ועל יתק) כדי ליצור הבחנה בין יהודים לערבים. במצב דברים זה לא היה צורך באפליה כדי לבסס פערים. הדבר דומה לתהליך שנצפה בארצות הברית, שם יסודה של ההבחנה בין לבנים לשחורים היה בתחילה קריטריון לגיטימי לכאורה – ותק. העובדה שרק ללבנים היה ותק רלוונטי ואילו לשחורים לא, הובילה בהמשך לפיתוח הדוקטרינה של "השפעה מפלה" (disparate impact).<sup>51</sup>

הבעיה המהותית העולה בהקשר זה היא כי משוואת הרגרסיה "מכשירה" את הפערים אשר עובדים מביאים עמם לשוק העבודה ומתייגת אותם כרציונליים וכראויים לכאורה. השאלה כיצד נוצרו אותם פערים אינה נתפסת כרלוונטית. זאת ועוד: הפערים שנוצרו לפני הכניסה לשוק העבודה מטשטשים גם הם את מרכיב האפליה, שכן התייחסויות מפלות משתלבות בפערי יסוד בחברה. בעיה זו בולטת בישראל גם בהקשר של פערי שכר בין אשכנזים למזרחים. נמצא כי אין אפליה ישירה בין שתי קבוצות אלה, אף על פי שפערי השכר נשמרים ואף גדלים.<sup>52</sup> הסיבה לכך היא קיומה של אפליית טרום-שוק נמשכת המייצרת בשוק העבודה יכולות שונות (מצד ההיצע) והזדמנויות שונות (מצד הביקוש), גם אם אלה נתפסות במשוואה כ"לגיטימיות".

נוסף לאמביוולנטיות שיש לייחס הן למרכיב המוסבר הן למרכיב הבלתי-מוסבר של פערי השכר, יש לזכור כי במחקרים כאלה, בעיקר אם הם רחבי היקף, קשה לבודד את הקשר הסיבתי בין הדין לבין שינוי. כך, למשל, צמצום הפער בין גברים לנשים אין משמעותו כי דווקא המשפט תרם לצמצום הפער ולא גורמים אחרים. בעשור הראשון שלאחר חקיקת החוק, כאשר כמעט לא הייתה התדיינות בבתי המשפט, הפער בין גברים לנשים צומצם; אך דווקא בשנים שלאחר מכן, כאשר התווספו דינים, פותח חוק עבודת נשים, מוסדה במידת מה חובת הייצוג ההולם והוטלה החובה להעניק שכר שווה על עבודה שוות ערך – לא חל צמצום נוסף בפער. כדי לחדר את השפעת המשפט על שינויים בהיקף האפליה ניתן להשוות בין ממצאי משוואת רגרסיה שנערכה לפני נקודת הזמן בה היה שינוי בדין

50 סגרגציה בעיסוקים ניתנת לאיתור באופן חלקי, אם כי לא תמיד יהיו נתונים מדויקים מספיק לאתר סגרגציה, ובעיקר כאשר מדובר בהפרדה בין עיסוקים דומים מאוד – למשל בין מוכרי מוצרי חשמל גדולים למוכרות מוצרי חשמל קטנים (דוגמת המקרה המתואר בעניין סימי נידם, לעיל ה"ש 26). זאת ועוד: מאחר שהשוואה נעשית בתוך עיסוק, הרי מקום שבו אין נשים (או גברים) כלל לא תירשם אפליה, שכן לא ניתן לזהות פערי שכר בין גברים לנשים.

51 ראו: Selmi, לעיל ה"ש 26.

52 Yinon Cohen, Yitchak Haberfeld & Tali Kristal, *Ethnicity and Mixed Ethnicity: Educational Gaps among Israeli-born Jews*, 30 ETHNIC AND RACIAL STUD. 896 (2007).

לבין ממצאי משוואה דומה שנערכה לאחריו. אם נערוך השוואה כזו בין שתי נקודות זמן קרובות מאוד, אזי סביר להניח שנמצא כי הדין טרם השפיע על התהליך, שמעצם טיבו נמשך לאורך זמן. והרי אין זה סביר להניח כי די בכך שמילות החוק יקבעו שאין להפלות ומאותו היום לא יתחשבו עוד בטעמים מפלים ביחסי העבודה. לעומת זאת, אם נערוך את ההשוואה בטווח של תקופה ארוכה יותר, אזי יש להביא בחשבון שתהליכים רבים יכולים להשפיע על שינויים בשכר; תקופות מלחמה, ירידה בשיעור ההתארגנות בארגוני עובדים ושינויים טכנולוגיים משפיעים כולם על השכר, ולכן קשה לבודד "אירוע משפטי" אחד כגורם המסביר שינויים בשכר.

על אף פשטות הניתוח, הממצאים המוצגים כאן נתמכים במחקרי רגרסיה מורכבים יותר. למשל, מחקרי רגרסיה אשר נערכים על ידי פירוק למשוואות נפרדות לגברים ונשים (או לערבים וליהודים) מאפשרים לבחון בצורה מדויקת יותר את ההבדלים בין הקבוצות בהחזרים להון אנושי, ותקו שאר המשתנים.<sup>53</sup> כך למשל מלוח 3, המופיע בנספח א למאמר, עולה כי ההחזר לו זוכים גברים נשואים בגין נישואיהם גבוה באופן משמעותי מההחזר שלו זוכות נשים על היותן נשואות; עם זאת, לאורך השנים הצטמצם הפער בין ההחזר לנישואים לגברים לבין ההחזר לנשים, והדבר ניכר בעיקר בהשוואה בין שנת 2005 לשנים קודמות. בדומה, בקרב הערבים ניתן לראות מגמה של צמצום הפער ואף הפיכתו על פיו בכל הנוגע להחזר על שנות השכלה, אך ההחזר לשעות עבודה לערבים נמוך עדיין באופן משמעותי מזה של יהודים. אם כן, במגזר הערבי ניכר שיפור במצבם של העובדים המשכילים יותר במגזר הערבי, אך ניכרת גם החמרה אפשרית במצבם של עובדים ערבים המועסקים בשכר שעה ובעיסוקים של עבודת כפיים. הפירוק לשתי משוואות מאפשר לאתר בצורה ברורה יותר את הגורמים לפערי השכר.

מחקרים אחרים התייחסו גם להבדלים בין פערים בשכר הנובעים מהונו האנושי של העובד ומאפייניו הדמוגרפיים לבין פערים שמקורם בעיסוק.<sup>54</sup> חשיבותם של מחקרים אלה היא בעיקר משום שישנה סרגציה בעיסוקים; שכר המועסקות (והמועסקים) בעיסוקים נשיים נמוך משכרם של המועסקים (והמועסקות) בעיסוקים גבריים בשל היצע גדול של נשים בעיסוקים נשיים ובשל האופן שבו מוסדות שוק העבודה מפחיתים מערכה של עבודת נשים.

רות קלינוב מציגה את חשיבותם של מוסדות שוק העבודה בקביעת השכר תוך הדגשת ההבדלים בין המגזר הפרטי לציבורי.<sup>55</sup> במחקרה היא מודגישה כי החל משנות התשעים של המאה העשרים הצטמצמו פערי ההשתכרות והשכר בין נשים לגברים במידת מה; היא מצביעה על כך שמשנתנים אשר בעבר היו בעלי משקל משמעותי להסברת הפערים, בעיקר

Ronald Oaxaca, *Male-Female Wage Differentials in Urban Labor Markets*, 14 INT'L ECON. REV. 693 (1973) 53

ראו למשל: Yitchak Haberfeld & Yinon Cohen, *Earnings of Native-Born Jewish Arab Men in Israel 1987–1993*, 16 RES. IN SOC. STRATIFICATION AND MOBILITY 69 (1998) 54

רות קלינוב "מה שעל פני השטח ומה שמתחתיו: פערי שכר בין נשים וגברים 1970–2000" (אוניברסיטת תל-אביב, נייר דיון מס' 2-2004, 2004) <http://sapisir.tau.ac.il/papers/sapisir-wp/2-04.pdf> 55

אלה הקשורים למשפחה (כגון נישואים ומספר ילדים), מאבדים מכוחם המסביר. אך עם ירידה במשקלם של משתנים אלה, חלק הולך וגדל בהסברת הפער מקורו בהשתייכות למגזר הציבורי או הפרטי, כאשר דווקא במגזר הציבורי גדלה האפליה.

במגזר הפרטי מסייעים כוחות השוק בצמצום האפליה בשכר. לעומת זאת, במגזר הציבורי, שבו מבנה השכר הוא תוצר מורכב של הסכמים קיבוציים, של הסדרי העסקה חדר-צדדיים ושל הוראות המשפט המנהלי הכללי – האפליה אינה מצטמצמת באותה המידה. אין חולק על כך שעל אף תחולתם הרחבה של דיני איסור האפליה על המשק כולו, יש להם רבדים נוספים במגזר הציבורי (כגון חובה מוגברת לייצוג הולם). אולם ממצאיה של קלינוב ניתן להסיק כי על אף תחולתו הרחבה, הדין אינו מחולל את השינוי המצופה במגזר הציבורי. ניתן לשער באופן כללי כי המערכת הביורוקרטית שתפקידה ליישם את הדין ולהניע שינוי היא גם זו המייצרת את הטעמים המפלים בהקצאת המשאבים. בכך ממשיך מחקרה של קלינוב את המחקרים הישנים המצביעים על מנגנוני האפליה במגזר הציבורי, מנגנונים הנשזרים בתוך מארג מורכב של כלים שנועדו להגן על עובדים אך בפועל גורמים לחלוקה בלתי שוויונית של הטבות, כגון גמול נסיעות והקצאת שעות נוספות.<sup>56</sup>

מחקרים אחרים התמקדו בבחינה של מספר עיסוקים מצומצם; גישה זו אפשרה להוסיף לניתוח משתנים מסבירים, כגון "הון פסיכולוגי" (מחויבות לארגון וציפיה לתגמול כלכלי בגין מחויבות זו) וציפיות קריירה. דליה מור, תמר אלמוג ומאיר קוגמן חקרו ומצאו כי עורכי דין משתכרים יותר מעורכות דין וכי סיכוייהן של נשים להפוך לשותפות נמוך יותר.<sup>57</sup> הממצאים על אודות אפליה במחקר זה הם מורכבים; בין השאר ראוי להדגיש כי אמנם לא נמצאה אפליה בין גבר לאישה שמעמדם בארגון זהה, אך נמצאה אפליה במנגנונים המקצים את התפקידים ואת המעמד (קידום, קבלה לשותפות וכו').<sup>58</sup> הגם שמחקר זה לא עסק במפורש בהשפעת הדין על האפליה, מעניין להדגיש כי הממצאים וניתוחם מעידים על כך שישנם דינים שלהם השפעה ברורה יותר על מקומות העבודה. כך, למשל, מסבירים המחקרים כי בכל הנוגע להטבות הקשורות לוותק אשר מקורן בחוקי העבודה – אין פער בין גברים לנשים. ראוי להדגיש כי המקור להטבות אלה במגזר הפרטי הוא חוקי המגן, ובמגזר הציבורי – הסכמים קיבוציים והתקשי"ר. עוד עולה מן המחקר כי אין הבדל בשכר כאשר מדובר בשני עובדים כמו-זהים, האחת אישה והאחר גבר. הבעיה מתעוררת במצבים שבהם שיקול הדעת רב והדין מתקשה להעביר מסר ברור – כמו הבנייה של מסלולי קידום.

כאשר משלבים ממצאים אלה מתקבלת תמונה חלקית של בעיית האפליה בשוק העבודה הישראלי. אך את הממצאים יש לקרוא בזהירות רבה, והבעיות שמניתי קודם לכן

56 לינדה עפרוני "גזילת כבשת הרש" נגה – כתב עת פמיניסטי 17, 22 (1991).

57 Dalia Rachman-Moore, Tamar Almog & Meir Kogman, *Equal Investments, Different Rewards: Gender Inequalities among Israeli Lawyers*, 13 INT'L J. LEGAL PROF. 189 (2006).

58 מעניין לציין את הדימיון בין ממצא זה לבין הגישה שנקטה בעניין סימי נידם, לעיל ה"ש 26; בית הדין קבע שם כי שכר שונה היה מוצדק בשל ההבדלים בעיסוק, אך קבע עוד כי הייתה אפליה באופן שבו הוקצו משרות שונות לגברים ולנשים וכי בכך מנעו מנשים להתקדם למשרות הרווחיות יותר.

נכונות גם בהקשר זה. על אף פשטותם של מחקרי הרגרסיה, לשיטה זו לאיתור אפליה יש גם מגבלות משמעותיות. חלק מהמגבלות שלא הוזכרו לעיל נובעות ממערך המחקר עצמו: הקושי להתמודד עם האפשרות שהאוכלוסייה המופלית אינה נמצאת בשוק העבודה כלל;<sup>59</sup> היעדר יכולת לאתר אפליה ביחס לחלק מהקבוצות (כגון אפליה על רקע העדפה מינית או השקפה פוליטית) בשל היעדרם של נתונים מתאימים; הקושי בתיחום הזמן שבו נערכת הבדיקה לאיתור הקשר הסיבתי. שאר הבעיות שעליהן הצבעתי אינן מתודולוגיות גרדא, אלא נובעות מהנחות מקדמיות באשר להבחנה בין מרכיבים לגיטימיים למרכיבים שאינם לגיטימיים ובאשר לאפשרות כי ייתכנו הבדלים בכישורים בין קבוצות.

#### מחקרי ניסוי ובקרה

דרך אחת להתגבר על רמת ההכללה הגבוהה של משוואת הרגרסיה היא מחקרים המתמקדים בשלבים מוגדרים של הליך ההעסקה. מרבית שלבי ההעסקה השונים מצריכים נתונים המצויים ברשות הארגון. כלומר, לא ניתן ללמוד על אפליה בקידום ללא שיתוף פעולה מלא מצד ארגון המוכן לחשוף את כל נתוניו ושיקוליו. פרט לעצם ציון הקושי בתכנון מחקרים שכאלה, בעיה "טכנית" זו מדגישה כי אף שאפליה היא תופעה בעלת היבט ציבורי אשר מעצם הגדרתה חוצה גבולות של ארגונים, ענפים ועיסוקים, מעשה האפליה עצמו מתרחש בד' אמותיהם של ארגונים הנושאים אופי פרטי.<sup>60</sup>

ניתן להתגבר על רצונם של ארגונים להסתיר את המידע אשר ממנו ניתן ללמוד על אפליה באמצעות מחקרי ניסוי. במחקרים אלה מציגים הדמיות, כגון רשימה של מועמדים להעסקה, לקידום או לפיטורים שמתוכה על הנסיינים לבחור מועמד אחד. פרטי המועמדים המוצגים לנסיינים זהים במאפייניהם פרט לאותם משתנים שהחוקרים מעוניינים לבדוק את השפעתם.<sup>61</sup> עורכי הניסוי בודקים את העדפותיהם של מנהלי משאבי האנוש ובוחנים

59 ג'ימס הקמן מציג במאמרו תיקון חלקי שפיתח לבעיה זו: James Heckman, *Sample Selection Bias as a Specification Error*, 47 *ECONOMETRICA* 153 (1979). להשלכותיו של תיקון זה על הניתוח החברתי של המשפט ראו: Peter Siegelman, *James Heckman as a "law & Society" Scholar: An appreciation*, (FORDHAM L. & ECON., Research Paper No. 14, 2001), available at <http://ssrn.com/abstract=287292>. על המגבלות של שיטה זו לתיקון הסלקציה המובנית לתוך מחקר הרגרסיה ראו: Sigal Alon & Yitchak Haberfeld, *Labor Force Attachment and Evolving Wage Gap Between White, Black and Hispanic Young Women*, 34 *Work and Occupations* 369 (2007).

60 אופיו הציבורי של ארגון אינו שולל גם את אופיו הפרטי כארגון; אך כשמדובר במגזר הציבורי, המידע על המתרחש בארגון אינו "שקוף" לגמרי. למשל, גם בארגון ציבורי יש להבטיח את צנעתם ואת פרטיותם של העובדים, ולכן יש הסבורים כי אין זה ראוי לחשוף את נתוני השכר של עובדי המגזר הציבורי. אף שאפשר לחלוק על קו הגבול בין הפרטי לציבורי במגזר הציבורי, ברור שקיימים בו סממנים של פרטי ושל ציבורי כאחד.

61 Herbert G. Heneman, *Impact of Test Information and Applicant Sex on Applicant Evaluations in a Selection Simulation*, 62 *J, APPLIED PSYCHOL.* 524 (1977).



אם ההעדפות מלמדות על אפליה, ואם כן – של איזו קבוצה.<sup>62</sup> אופיים הניסויי של מחקרים אלה הוא גם חסרונם העיקרי. המחקר עצמו מצמצם תהליך שלם ורב שלבים להכרעה חד-פעמית, והכרעת הניסויים חשודה בהטיות כגון רצייה חברתית (לנבדק שצופים בו נעים פחות להפלות) או ריצי החוקר (באופן המדגיש או מטשטש את הנכונות להפלות). אחת הדרכים להתגבר על חסרונות הניסוי היא זו המכונה "מבדק בקרה" (Audit Study). מבדקים אלה אינם עשויים מקשה אחת, אולם כולם מתאפיינים בניסיון להשתלב במציאות ולא לדמות אותה כפי שעושים מחקרי הניסוי. מבדקי בקרה בוחנים אם הנבדק מתייחס אל אנשים השונים זה מזה במאפיין יחיד (כגון מין, גיל או מוצא) בצורה שונה שעשויה להוביל לאפליה.

מבדקי בקרה מאפשרים לחוקרים לצפות בהתנהגות הנבדק באופן ישיר, ללא ידיעתו. לשם כך נשלחים נסיינים המובחנים זה מזה במינם, בגזעם או במשתנה רלוונטי אחר. במחקר נבחן השוני בתגובת מקבלי ההחלטות (סוחרים, מעסיקים, הרשות הציבורית וכדומה) כלפי הניסויים השונים. כדי להתגבר על ההבדלים בין נסיינים, פותחו במהלך השנים מבדקי בקרה מורכבים אשר ניסו להבטיח כי המבדק יגלה עד כמה שניתן את העדפותיהם של מקבלי ההחלטות.<sup>63</sup> עם זאת, בהקשר של דיני עבודה גבולותיהם של מבדקי הבקרה ברורים: לא ניתן להכניס נסיינים לארגון ולבחון החלטות בנושא של קידום. אי לכך, מבדקי בקרה בתעסוקה מוגבלים רק לשלב שכירת העובדים. זאת ועוד: מרגע שניסויים נשלחים לראיונות עבודה או אף לבחינות פסיכומטריות, פסיכולוגיות או מקצועיות – אין עוד כל דרך להבטיח כי הניסויים יהיו זהים בכל משתנה רלוונטי למעט השתייכותם לקבוצה המופלית לכאורה. לכן, למעט ניסיונות חריגים, מבדקי בקרה מורכבים אינם שכיחים בתחום התעסוקה.<sup>64</sup> במקומם אפשר לחקור באופן מצומצם יותר את קיומה של אפליה בשכירת עובדים באמצעות "מחקרי היענות".<sup>65</sup>

Dafna N. Izraeli & Dove Izraeli, *Sex and Ethnic Effects in Evaluating Managers*, 62 70 J. APPLIED PSYCHOL. 540 (1985); Judy D. Olian, Donald P. Schwab & Yitzhak Haberfeld, *The Impact of Applicant Gender Compared to Qualifications on Hiring Recommendations*, 41 ORGANIZATIONAL BEHAV. HUM. DECISION PROCESSES 180 (1988).  
ראו גם ה"ש 57 ו-58 לעיל.

IAN AYRES, PERVASIVE PREJUDICE? UNCONVENTIONAL EVIDENCE OF RACE AND GENDER 63 .DISCRIMINATION (2001)

Marc Bendick Jr., Charles W. Jackson & Victor A. Reinoso, *Measuring Employment 64 Discrimination Through Controlled Experiments*, in AFRICAN-AMERICAN AND POST-INDUSTRIAL LABOR MARKETS 77 (James B. Stewart ed., 1997); Michael Fix & Raymond J. Struyk (eds.), AN OVERVIEW OF AUDITING FOR DISCRIMINATION: CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE: MEASUREMENT OF DISCRIMINATION IN AMERICA (1993); David Neumark, Roy J. Bank, & Kyle D. Van Nort, *Sex Discrimination in Restaurant Hiring: An Audit Study*, 111 Q. J. ECON. 915 (1995); Claudia Goldin & Cecilia Rouse, *Orchestrating Impartiality: The Impact of 'Blind' Auditions on Female Musicians*, 90 AM. ECON. REV. 715 (2000)

Roger Jowell & Patricia Prescott-Clarke, *Racial Discrimination and White-Collar 65 Workers in Britain*, 11 RACE 397 (1970)

במחקר היענות מייצרים שני מסמכי קורות חיים של מועמדים הזהים בכישוריהם ובתכונותיהם, פרט למשתנה אחד שאת השפעתו מעוניינים לבדוק. שני המסמכים נשלחים למעסיק שפרסם מודעת "דרושים". באמצעות השוואה בין התוצאות שהשיג מועמד אחד לתוצאות שהשיג המועמד האחר ניתן לבדוק אם קיימת אפליה. בשורה של מחקרי היענות אשר נערכו בישראל ושמצאיהם פורסמו במשותף, נמצאה אפליה בחלק מהמחקרים אך לא באחרים.<sup>66</sup> כך למשל לא נמצאה אפליה בין גברים לנשים בזימון לריאיון עבודה לתפקידים של מהנדסי חומרה ומרכזי משאבי אנוש; לא נמצאה אפליה גם בין מועמדים שיש להם ילדים למועמדים שאינם הורים, בזימון לריאיון לתפקיד עריכת דין. בעת חיפוש מועמדים לתפקיד מנהלי הנדסה נמצאה העדפה מסוימת דווקא לנשים ולמזרחים. לעומת זאת, נמצאה אפליה ברורה בתשובה לקורות חיים ששלחו עובדים מבוגרים (בני 42 לעומת בני 30) בתחום ההיי־טק, וכן אפליה של עולים (חדשים יחסית) לעומת ילידי ישראל.<sup>67</sup> ההבדלים בין הממצאים במחקרים השונים מעידים על כך ששיטה זו אכן מצליחה להבחין בין פרקטיקות שונות של שכירת עובדים בשוק העבודה. זאת ועוד: בהתאם ליתרונותיה, היא משתלבת בשוק ומשקפת באופן אמין יחסית את העדפות המעסיקים הממיינים.

אמנם לשיטה זו יש יתרונות, אך ראוי להדגיש גם את מגבלותיה. פרט למורכבות הבדיקה ולעלותה, הרי בראש ובראשונה יש להכיר בכך ששיטה זו מוגבלת לבחינת השלב הראשון בתהליך שכירת העובדים. אינדיקציה לאפליה בהחלט מעוררת עניין, אך יש לזכור כי ממצא לפיו אין אפליה בשלב ראשוני זה אינו שולל את קיומה של אפליה בשיטות אחרות לגיוס עובדים, כגון גיוס באמצעות רשתות חברתיות, וגם אינו שולל את קיומה של אפליה בראיונות לאחר מיון קורות החיים, בהצעת השכר המוצעת לעובד החדש או בשיבוץ לתפקיד. כמובן שאין במחקרים אלה כל אינדיקציה לקיומה או להיעדרה של אפליה בכל שלבי חיי העבודה שלאחר שלב שכירת העובד.

פרט למגבלות אלה, יש להביא בחשבון כי קשה מאוד להשתמש במערך מחקרי זה כדי לבחון את השפעת המשפט על אפליה. כפי שהוסבר בהקשר של מחקרי הרגרסיה, כדי לאבחן בצורה אופטימלית את השפעת המשפט על האפליה יש לבחון את שיעור האפליה ואת היקפה לפני ואחרי "אירוע משפטי" (כגון חקיקת חוק או מתן פסק דין חשוב). לעומת חולשתם של מחקרי הרגרסיה, שבהם גורמים רבים יכולים להסביר שינויים שחלו, הבעיה של מחקרי היענות היא שיש לערוך ניסוי דומה מאוד באותו עיסוק או ענף ובצורה דומה בשתי נקודות הזמן. בעוד שנתוני הכנסה המשמשים למחקרי הרגרסיה נאספים באופן שיטתי ולכן קיימים ממילא, מחקרי היענות מחייבים התכוונות. לכן, אין להתפלא כי מחקרים אלה אינם מוכרים בספרות. כך למשל נמצא בישראל כי אפשר ששפל תעסוקתי בתעשיית ההיי־טק השפיע על תוצאות המחקר.<sup>68</sup> אי לכך, עריכת המחקר בזמן ששיעורי האבטלה הם שונים עלולה לשבש את ההשוואה בין שתי נקודות הזמן. זאת ועוד: השוואה

66 בתיא בן־הרור, עליזה אבן־חיריק, אפרת אפלבוים, הרס דריייהר, דפנה שרון, ינון כהן וגיא מונדלק "בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות" עבודה, חברה ומשפט יא 397, 381 (2005).

67 שם, בעמ' 394–395.

68 שם, בעמ' 397.

בין שתי נקודות זמן מחייבת לערוך את המחקר הראשון לפני התקיימותו של האירוע המשפטי (ואף לפני שמבשרים עליו, וזאת כדי לשלול את האפשרות שהארגונים נערכו לשינוי מבעוד מועד), אך כמובן שקשה לערוך מחקר עוד בטרם התבררה תכליתו. יש דבר מה משכנע במחקרי היענות; כאמור, מקום שהמחקר נערך כראוי ושנמצאו ממצאים המעידים על אפליה – קשה לשלול ממצאים אלה. עם זאת, הקושי בעריכת מחקרים כאלו, ההתמקדות הצרה בשלבים הראשוניים של תהליך שכירת עובדים בענף ובעיסוק מוגדרים והיעדר היכולת להצביע על שינויים לאורך זמן ועל השפעת המשפט על התהליך, הופכים מודל מחקרי זה לחלש יחסית כאמצעי לענות על השאלה הרחבה אם המשפט משפיע על פרקטיקות של אפליה. אין זה ברור אם מורכבות הביצוע של מבחני ההיענות ועלותם מוצדקות לנוכח התועלת המוגבלת המופקת ממצאיהם.

### 3. המעבר ממחקר כמותני לאיכותני

עד כה התמקדנו במחקרים כמותניים אשר מנסים לבודד משתנים מסוימים (מין, לאום וכיוצא באלה) משאר המשתנים הלגיטימיים לכאורה, המשפיעים על שכר ועל העסקה. ראינו כי דווקא הניסיון לבודד את ההשתייכות לקבוצה המופלית מכל שאר המשתנים הוא המקשה על איתור ממצאים חד-משמעיים בדבר אפליה, ועוד יותר מכך – על איתור השפעת הדין על אפליה. שתי הבעיות העיקריות העולות בהקשר זה הן: (א) בידוד המשתנה "המפלה" (כמו השתייכות לקבוצת מין או לאום) מכל שאר המשתנים "הלגיטימיים"; (ב) הצבעה על סיבתיות בין הדין לבין הפרקטיקות הרווחות בשוק העבודה, במצב שבו גורמים רבים משפיעים על מיצובם של קבוצות ושל פרטים בשוק העבודה.

מחקר איכותני יכול להתגבר על שתי בעיות אלה גם יחד. המחקר האיכותני איננו מחויב לבודד משתנה אחד ואף יכול להתמודד עם סיבתיות כפולה. ככלל, ניתן לומר כי המחקר הכמותני מנסה לקבץ תצפיות רבות ולדלות מהן אמירה כללית החורגת מהמקרים הספציפיים אשר נצפו; כלומר, יש במחקר זה משום ניסיון להצביע על כך שמקרים שונים הם בעצם מופעים של תופעות כלליות ואחידות. לעומתו, המחקר האיכותני נועד "לפרק" את המקרים הנלמדים. במחקר איכותני מאפשרים למרואיינים להגדיר את הוויית האפליה ואת משמעותה עבורם; מחקר כזה מאפשר לזהות דרכי תגובה שונות לסיטואציות דומות. המחקר האיכותני יכול להציע תמונת מציאות מורכבת יותר מן המחקר הכמותני, שכן ניתן לראיין (או לצפות) במנהלים, בעובדים ואף בגורמים נוספים (כגון ממונות על הטרדה מינית, עובדים שניסו להתארגן, עורכי דין ופעילים בעמותות המייצגות קבוצות מופלות).<sup>69</sup> בכל אלה טמון גם חסרונו של המחקר האיכותני: בדרך כלל, מספר התצפיות במחקר כזה קטן בהרבה ממספר התצפיות במחקר הכמותני; מחקר כמותני צופה במציאות ואילו המחקר האיכותני מבוסס בעיקרו על דיווח של נשאלים – אין הנחה כי דברי הנשאלים הם אמת; ההנחה היא שהם מבטאים אמת סובייקטיבית שלהם, או שיש להבין את עמדותיהם על

69 ראו למשל מחקר בעניין עבודתן של הממונות על הטרדה מינית: אלמוג צבר ממונות על הטרדה מינית (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2007).

רקע מכלול האינטרסים האישיים שלהם. מדובר אם כן בשתי דרכי חשיבה הפוכות זו לזו, אך בכך גם יכולתן להשלים זו את זו. אין גישת האחד פוסלת בהכרח את גישת האחר. עיון במחקר האיכותני בישראל מגלה כי זה כמעט שאינו עוסק בשאלת האפליה בשוק העבודה. בין המחקרים הספורים העוסקים ישירות באפליה בתעסוקה נמנית עבודתו של בנג'מין וולקינסון. וולקינסון ערך ראיונות עם מעסיקים בישראל, שבהם הסבירו מדוע הם אינם מעסיקים או מקדמים ערבים.<sup>70</sup> התייחסויות אלה הבהירו כי שיקולי המעסיקים משתייכים במובהק לקטגוריה של אפליית טעמים. וולקינסון אף הסביר גישה זו באופן חלקי, והפנה להיעדרה של חקיקה האוסרת על אפליית ערבים עד אמצע שנות התשעים של המאה העשרים, כמו גם לפגמים בהליך המשפטי (קשיי הוכחה וסעדים בלתי מספקים). מחקרים מסוג זה עונים באופן חלקי על הבעיות העולות מפענוח ממצאי מחקר הרגרסיה. לא ניתן לשייך את הפערים בין יהודים לערבים לתכונות "ניטרליות" אשר קשה למדוד באופן אובייקטיבי, כגון מוטיבציה, כישורי עבודה או "יכולת לעבוד בצוות", אם מעסיקים מסבירים שהם פשוט אינם מוכנים להעסיק ערבים כיוון שהם ערבים. סוג אחר של מחקרים עוסק בבחינה של תהליכים לשינוי חברתי ובשאלה כיצד עשו קבוצות שימוש בדיני איסור אפליה כדי לקדם את מטרותיהן ולשפר את לכידותן.<sup>71</sup> מחקרים אלה מתווספים לגישת מחקר רחבה יותר, העוסקת בתהליכים שבאמצעותם מנסים פרטים וארגונים בחברה האזרחית להניע שינוי חברתי.<sup>72</sup>

לעומת זאת, מחקרים המראיינים עובדים בעניין האופן שבו הם חווים אפליה בתעסוקה אינם שכיחים. כלומר, אין בנמצא מחקרים העוסקים בשאלה מהי משמעותה של התייחסות שונה לגברים ולנשים, או ליהודים ולערבים.<sup>73</sup> לעומת זאת, קיימים מחקרים העוסקים

BENJAMIN W. WOLKINSON, ARAB EMPLOYMENT IN ISRAEL: THE QUEST FOR EQUAL 70  
EMPLOYMENT OPPORTUNITY (1999).

71 על התפתחות הלובינג לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ראו: Neta Ziv, *Civil Rights and Disability Law in Israel and the United States*, 28 Isr. Y.B. HUM. RTS. 171 (1998); נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21 שער שני 294 (דינה פלדמן, יעל דניאלי להב ושמואל חיימוביץ עורכים, 2007); שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית: דילמות של מאבק לשינוי חברתי" משפט, חברה ותרבות – העצמה במשפט 91 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטט עורכים, 2008). על הרקע להכנסת האיסור על אפליה על רקע של העדפה מינית ראו יונאי, לעיל ה"ש 27.

72 הנרייט דהאן-כלב "פמיניזם מזרחי, פוסט קולוניאליזם וגלובליזציה" תרבות דמוקרטית 10(4) 135 (2006); רות הלפרין-קדרי "שוויון זכויות... בלי הבדל... מין: נשים, משפט ושינוי חברתי בישראל" תרבות דמוקרטית 10(4) 163 (2006); יזרעאלי, לעיל ה"ש 27; טובה כהן "מנהיגות דתית נשית: האורתודוקסיה המודרנית בישראל כמקרה מבחן" תרבות דמוקרטית 10(4) 251 (2006); חנה ספרן "החלום ושברו או אגדת ההזדמנויות השוות: נשים מהגרות ובנייתה של חברה שוויונית בישראל" תרבות דמוקרטית 10(4) 395 (2006). כמו כן ראו משפט חברה ותרבות – העצמה במשפט (גיא מונדלק ומימי אייזנשטט עורכים, 2008).

73 לדוגמאות של מחקרים מסוג זה מחוץ לישראל ראו למשל את ספרה של פטרישיה ויליאמס, המבוסס על חוויותיה האישיות, כדוגמה לסוגיה של אפליה על רקע של מגדר ועל רקע אתני:

במצבן של נשים עובדות (ולאו דווקא בהשוואה ישירה לגברים) או של נשים החיות בעוני.<sup>74</sup> בהקשרים אחרים, מחקרים עוסקים למשל בקולוניאליזם כדי לתאר את היחסים בין אשכנזים ומזרחיים, תחום אשר דיני איסור האפליה מכסים לכאורה, אך עד כה לא נבחן.<sup>75</sup>

כך למשל מתייחסות רונה גוצלב ואורלי בנימין לבעיית תנאי ההעסקה של נשים כחלק מתופעה רחבה של מסחור, הקשורה לסחר בבני אדם ככלל ולסחר בנשים בפרט.<sup>76</sup> לעמדתה של בנימין, העיסוק בשוויון ובשוני בין גברים לנשים מחטיא היבטים מעמדיים שלהם השלכות מגדריות, כמו גם אינטרקציה בין מגדר לבין קבוצות אחרות כגון לאום. בהיעדר ראייה רחבה יותר, ובעיקר זו המעמדית, "ההתמקדות בסוגיית השוויון מזהה גישה זו עם התמקדות בשוקי עבודה ראשוניים, עם משרות יוקרתיות ועתירות תגמולים יחסית הממוקמות במעלה שוק העבודה".<sup>77</sup>

הדגש במחקרים אלה הוא על לימוד של קבוצות זהות ושל דרכי התמודדות שונות עם מצבים של היררכיה חברתית, על שאלות של מעמד חברתי וכלכלי וכיצא באלה. כלומר, אין כאן טיפול מתודולוגי שונה באותן השאלות שמעלה המחקר הכמותני; עצם הגדרת השאלות והצבת הפרובלמטיקה הוא שונה. ייתכן שהדבר נובע מסדר יום אישי של החוקרים ואין להסיק מכך דבר; עם זאת, לטעמי מצביע הדבר על כך שהגדרת הבעיה כ"אפליה" היא לעתים צרה מדי בעבור אותם חוקרים, המעדיפים מסגרות מושגיות רחבות יותר.

הדיון המשפטי מבקש לראות שתי קבוצות זו מול זו או שני פרטים זה מול זה, לבודד את המשתנים "הלגיטימיים" ולחדד את קיומו של משתנה בלתי לגיטימי של אפליה, ברמת ודאות של המשפט האזרחי. מסיבה זו אין המשפט יכול להתמודד עם טענות כוללניות כגון "מצבן של נשים בשוק העבודה טוב פחות משל גברים". המשפט מבקש מן התובעת להוכיח ששכרה הנמוך יותר נובע מאפליה ולא מהבדלים שמקורם במשתנים "בלתי מדידים", כגון סוציאליזציה. החוק קובע שפערי שכר הם אסורים אלא אם יש הבדלים לגיטימיים לכאורה, כגון ותק, אשר ייתכן שמשקפים בעיה כללית ורחבה של כניסת נשים לשוק העבודה. את מגבלות המשפט היטיבו לתאר רונן שמיר ומיכל שטראי:

הפרקטיקה השיפוטית השכיחה בבתי המשפט [...] נשענת על התמקדות במקרה הפרטי ובחינתו במנותק מההקשר החברתי בתוכו הוא מתקיים. יתר על כן, גם צורת הניתוח של המקרה הפרטי בנויה על עקרון של "הפרטה":

PATRICIA WILLIAMS, THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS (1992); ראו גם את מחקרה של Jackie Krasas על העוסק בחוויה של נשים המועסקות באמצעות חברות כוח אדם; Rogers, *Just a Temp: Experience and Structure of Alienation in Temporary Clerical Employment*, 22 *Work and Occupation* 137 (1995).

74 ראו למשל אורלי בנימין "במודרות שוק העבודה: מסחור כה עבודה נשי בישראל" תרבות דמוקרטית 10(4) 63 (2006); מיכל קרומר-נבו נשים בעוני: סיפורי חיים – מגדר, כאב, התנגדות (2007).

75 פנינה מוצפי-האלר "מתוך האחריות: לקראת שיח פמיניסטי אלטרנטיבי בישראל" חקרי מגדר בארץ 8, 21 (2001).

76 רונה גוצלב ואורלי בנימין "גמדים או רובוטים: מחויבות ודה-הומניזציה כלפי עובדים זמניים בקרב מנהלי משאבי אנוש במגזר הציבורי" סוציולוגיה ישראלית 7(2) 253 (2006).

77 בנימין, לעיל ה"ש 75, בעמ' 66, 67.

קרי, פירוק המקרה לגורמים ובחינה של אלמנטים שונים בו תוך הוצאתם מההקשר הכללי.<sup>78</sup>

אי לכך, ניתן לשער כי היעדר המחקר האיכותני באפליה הוא אינדיקציה לאי-התאמה בין התפיסה אשר ביסוד המחקר האיכותני לבין מושג האפליה המשפטי. מצד אחד מחקר זה מיטיב להצביע על אפשרויות של סיבתיות דו-כיוונית ועל כך ש"הכול קשור לכול" (משפחה לעבודה, לאום לסגרגציה, מוגבלות כתפיסת עולם מקיפה התומכת באדם החסון והבריא כמודל וזקנה כתהליך הדרה בין-דורי).<sup>79</sup> מן הצד האחר, מחקר כזה מיטיב "לפרק" את חוויית האפליה ולהצביע על היבטיה הסובייקטיבים ועל השונות בין משמעותה של אפליה מאדם לאדם. שני היבטים אלה, שהם לכאורה מנוגדים זה לזה, דווקא משלימים זה את זה, ושניהם עומדים בניגוד למלאכתו המקובלת של המשפט בתחום איסור האפליה. בית המשפט אינו מתמודד היטב עם טענות רחבות המתייחסות למשטר פטרוני, לאומני, הטרוסקסואלי או גילני, ואינו ערוך לקבל נרטיבים אישיים של אפליה. בית המשפט, ואף מודל החקיקה עצמו, מתעניינים יותר בהבחנה בין משתנים מבודדים לגיטימיים ובלתי-לגיטימיים. לכן, עבור אלה הרוצים לעסוק בפערים, בשסעים ובבחינה של מנגנונים המייצרים הגמוניה או משטר, אפליה אולי איננה המסגרת המושגית האופטימלית.

#### 4. חקיקה במצב של חוסר ידיעה

כפי שעולה מהדיון עד כה, הידע שלנו בכל הנוגע בהשפעת המשפט על התנהגות מעסיקים ועובדים בשוק העבודה הוא חלקי ומקוטע. עיקרו מבוסס על תובנות מוגבלות בעניין קיומה של אפליה, ורק מעט מאוד ידוע על השפעת דיני איסור האפליה על המצב בפועל. על פי ההבחנה שהוצעה בחלק הקודם, קשה לבודד את השפעתה של ההשתייכות לקבוצה על מצבו של פרט בשוק העבודה, ואיננו יודעים כמעט דבר על הקשר הסיבתי בין משפט לבין התנהגות. ככל שמדובר בשאלה תאורטית, ניתן לטעון לסיכום כי "יש ללמוד עוד הרבה". אך ראוי להדגיש את שנאמר בתחילה – שמסוף שנות השמונים של המאה העשרים נערכת פעולת חקיקה מואצת בתחום זה. חקיקה זו החלה באמירות פשוטות יחסית כגון "אל תפלה" (שוויון הזדמנויות) והמשיכה בפיתוח מנגנונים מתוחכמים יותר ושנויים במחלוקת יותר – כגון שכר שווה לעבודה שוות ערך וחובת ייצוג הולם, מתוך הנחה שמנגנונים קודמים לא היו אולי חזקים מספיק כדי להניע שינוי. כיצד פעל המחקר במשך שנים אלה? כיצד התקבלו החוקים ופסקי הדין בתחום זה? האם הם הושתתו אך ורק על תפיסה ערכית של חיוניות האיסור על אפליה, או שמא גם על הנחות אמפיריות בדבר קיומה של אפליה ובדבר הקשר הסיבתי בין המשפט לבין אפליה?

78 רונן שמיר ומיכל שטראי "לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו 289 (1996).

79 לדגש על מושג ה"משטר" ראו למשל דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 278 (2005).

מתוך הנחה כי קובעי מדיניות יבקשו להסתמך על נתונים אמפיריים כבואם לדון במצב הקיים ולבחון את הדרכים לתיקונו, נבדקו פרוטוקולי ועדות הכנסת בנושא עבודה ואפליה בשנים 1999–2007.<sup>80</sup> מבדיקה זו עלה כי מתוך 16 דיונים שהתקיימו בנושא, רק בתשעה הופיעו נתונים אמפיריים שסופקו על ידי ארגונים חברתיים או על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, או שנאספו במסגרת דו"חות שונים של משרדי ממשלה (כגון יחידת השכר והסכמי העבודה, נציבות שירות המדינה וכולי). פרט לכך, רק בשישה דיונים שימשו דו"חות ומחקרים אמפיריים כ"כלי עבודה" (כלומר, הצגתם כללה התייחסות למקור הנתונים ובדין הייתה התייחסות כלשהי לנתונים עצמם). במקרים אלה, את עיקר השימוש בנתונים עשו נציגי ארגונים חברתיים שהציגו את הנתונים ולא חברי הכנסת שלהם הוגשו הנתונים. בדומה, בהנחה כי חבר כנסת המגיש הצעת חוק ירצה לבסס את הצעתו על נתונים אמפיריים, נבדקו 23 הצעות חוק בנושא אפליה בתעסוקה שהוגשו בשנים 2006–2007. עיון בהצעות החוק מגלה כי רק שלוש מהן כללו התייחסות אמפירית, הגם שבמרביתן הוצגו טענות כלשהן בדבר קיומה של מציאות מסוימת.<sup>81</sup> על אף נגישותם של נתונים בסיסיים באתר מנהל תכנון וכלכלה במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ובמחלקת

80 כדי לבחון את אמיתותה של הנחה אינטואיטיבית לכאורה זו ערכנו חיפוש באתר הכנסת [www.knesset.gov.il](http://www.knesset.gov.il). החיפוש היה חיפוש רחב באמצעות מילות מפתח כלליות (כגון עבודה, נשים, אפליה) וכלל את כל ועדות הכנסת השונות בשנים 1999–2007. לחיפוש הרחב היו שתי מטרות: ראשית, ביקשנו למצוא התייחסות אמפירית של הוועדות הרלוונטיות לדיונים בחקיקה קונקרטי; שנית, רצינו לבחון אם גם כאשר הריון היה כללי יותר (למשל, לציון יום זכויות האדם הבינלאומי) ביקשו חברי הכנסת ללמוד על המציאות גם מנתונים אמפיריים. כך, למשל, בדברי ההסבר להצעת חוק עבודת נשים (תיקון – עובדות קבלן כוח אדם), התשס"ו–2006, ה"ח 813, נטען כי מאז חקיקת חוק עבודת נשים חל גידול בהיקפי העסקתן כעובדות קבלן; טענה זו לא נתמכה בנתונים. לגופו של עניין, כיוון שהחוק נחקק בראשית שנות החמישים, הגם שטענה זו נכונה הרי היא חסרת תוכן, בשל היעדר יכולת להצביע על קשר סיבתי כלשהו בין חוק עבודת נשים להעסקה באמצעות קבלני כוח אדם. לא רק שיש מקום להטיל ספק בקיומו של קשר סיבתי זה, אלא שנראה כי כל אינדיקציה מעידה על כך שקשר סיבתי כזה לא קיים כלל. בדומה לכך, בהצעת חוק עידוד העסקת אנשים עם צרכים מיוחדים, התשס"ו–2006 (מספר פ/516/17), הונחה על שולחן הכנסת ביום כ"ג בסיוון התשס"ו – 19.6.2006), נטען כי במדינת ישראל אנשים בעלי צרכים מיוחדים מודרים משוק העבודה בשל צרות אופקים ובשל דעות קדומות של מעסיקים ללא צרכים מיוחדים; גם טענה זו לא נתמכה בממצא או במחקר כלשהם. במקרה זה ניתן להניח כי טענה זו אכן מבוססת דיה, ואין צורך לעגנה במחקר כלשהו. עם זאת, ראוי היה לבחון ביתר זהירות אם מדובר אך ורק באפליית טעמים או שמא גם בקושי לממן התאמות במקום העבודה. מקור התכנית להשתתפות המדינה בהתאמת מקומות העבודה הוא בתקנות שוויון זכויות לעובדים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו–2006; מטרתה להפחית את העלויות הכרוכות בהתאמת סביבת העבודה למעסיקים בעת שהם קולטים לשוק העבודה עובדים בעלי מוגבלות, ולהשוות אותן לעלות קליטתם של עובדים אחרים ללא מוגבלות. לו מדובר היה אך ורק באפליית טעמים, אזי לא היה מקום לקדם את התכנית להשתתפות המדינה בהתאמת מקומות העבודה.

המחקר והמידע של הכנסת, חברי הכנסת אינם משתמשים בנתונים אלה בצורה ישירה.<sup>82</sup> גם הנתונים שמספקים נציגי הארגונים החברתיים כוללים בעיקר מידע בסיסי מעובד של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. נראה כי הטענות המועלות בהצעות החוק מבוססות על "תחושת בטן" של אפליה ושל אי־צדק. עיון טקסטואלי בדברי הכנסת מעלה כי חברי הכנסת עוסקים הרבה באנקדוטות,<sup>83</sup> בהומור<sup>84</sup> ובמקורות מידע פופולריים.<sup>85</sup> שימוש מושכל במידע אמפירי אשר בו כי השפיע על אופן הבניית החקיקה לא נמצא בפרוטוקולים או בהצעות חוק מן השנים שבהן התפתחה החקיקה.

## 5. סיכום

מכל המקובץ עולה כי השאלה אם דיני איסור האפליה חוללו שינוי נותרת בלתי פתורה. בחינת השיטות השונות שבהן ניתן לעשות שימוש כדי לענות על שאלה זו הדגישה את הבעיות שבהן פתחתי את המאמר: עמימות מושג האפליה, הקושי במדידת אפליה והקושי באיתור הקשר שבין הכלל המשפטי לבין שינויים שחלו ב"שטח". על אף קשיים אלה, קשה להשתחרר מהתחושה שעצמתם של דיני איסור האפליה ומרכזיותם ההולכת וגדלה בתחום של דיני העבודה אינן שוליות. לעמדתי, גם תחושה ואינטואיציה של חוקר, או להבדיל – של שופט, הן בגדר כלי עבודה. המתבונן סביבו רואה כי רבים מזהים את קיומה של אפליה

82 אתר מנהל תכנון וכלכלה במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (לשעבר הרשות לתכנון כוח אדם במשרד העבודה): [www.moital.gov.il/NR/exeres/1A3143A9-8E0A-4FD9-93AE-E1D723F50959.htm](http://www.moital.gov.il/NR/exeres/1A3143A9-8E0A-4FD9-93AE-E1D723F50959.htm). אתר מרכז המידע של הכנסת: [www.knesset.gov.il/mmm/heb/index.asp](http://www.knesset.gov.il/mmm/heb/index.asp). יש לציין כי רבים מהמחקרים המוצגים במרכז המידע נערכו לבקשת חברי כנסת שהתעניינו במידע לצורך הליכי חקיקה. בחיפוש באתר נמצא אך ורק מחקר אחד העוסק ישירות בנושא של אפליה בתעסוקה (משנת 2005, בהזמנת חבר הכנסת דאז יוסף פריצקי). גם נתון זה מעיד על כך שלא נעשה שימוש אמיתי במידע עובדתי כדי לקדם הליכי חקיקה.

83 שרה טנן (אחת הדוברות בוועדה): "אני מכירה היטב את פרופ' רות בן־ישראל כי עבדתי אצל אורה נמיר, שהייתה שרת העבודה ובתום העסקתי, כשהיא נסעה לסיין, התברר שאני מועסקת ע"י חברת כ"א. עד היום לא קיבלתי פיצויי פיטורין, למרות שעבדתי 8.5 שנים עם אורה נמיר!" פרוטוקול ישיבה מס' 79 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה־16, 18 (9.2.2004).

84 "אנחנו רוצים להכניס לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה גם איסור אפליה בין עובדים בשל כך שאחד העובדים בהיריון. לפי ההתפתחויות המדעיות הנוכחיות זה רק אישה אבל מי יודע מה יהיה בעתיד, אולי יכניסו גם גבר להיריון" – דברי חבר הכנסת לשעבר שאול יהלום, מתוך הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 9) (איסור אפליה בשל היריון), התשס"ד-2004, ה"ח 1795; פרוטוקול ישיבה מס' 189 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה־16, 2 (15.6.2004).

85 "היום אפשר לקרא בעיתון ש 95%... (ח"כ דוד טל) מתוך הדיון בנושא עידוד מעסיקים להעסקת אנשים עם מוגבלויות. פרוטוקול ישיבה מס' 100 של ועדת כלכלה, הכנסת ה־16, 5 (2.12.2003).



וכי המודעות לבעיית האפליה הולכת וגדלה; לתחושה זו יש משקל שאין לבטלו, גם אם היא אינה עומדת במדד "אובייקטיבי" מחקרי.<sup>86</sup>

אין בממצא על היעדר ידע אמפירי משום בסיס למסקנה לפיה מערכת הדינים שפותחה אינה רצויה. היעדר ידע אמפירי ברור אינו מעיד על כך שהדין הקיים שגוי יותר משהוא מעיד על כך שהוא מצוין. אין דבר בכל האמור לעיל המציע שדי בדיני החוזים הכלליים וביד הנעלמה של השוק החופשי כדי לתקן בעיות הנובעות מאפליה. גם אין כאן אימוץ של הנחה מקדימה לפיה כללי משפט פשוטים עדיפים על כללי משפט מורכבים (כגון העדפת חוזים על פני רגולציה או איסור פשוט על אפליה על פני דרישה לשוויון מובנה).<sup>87</sup> אך יש תזכורת לכך שריבוי כללים משפטיים לא יבטיח בהכרח את התוצאה החברתית המיוחלת. באופן אינטואיטיבי, ניתן להניח שלו בחוק עבודת נשים היה נקבע כלל לפיו אסור לפטר עובדת בגיל הפוריות (על פי החוק עד גיל 45) בשל כל סיבה שהיא, היה כלל זה מביא לפגיעה בשכירתן של נשים לעבודה. לעומת זאת, יש להניח שאמירה פשוטה לפיה אסור להפלות נשים בהיריון איננה מספקת במציאות הנוכחית, ואף ניתן להניח שאמירה לפיה השוק החופשי יסדיר את ההגנה לנשים בהיריון רחוקה מלספק. היכן עובר קו הגבול בין שני קטבים אלה? מהי הגנה מספקת? מה ההשלכה של הקביעה השיפוטית לפיה מכירת מוצרי חשמל קטנים ומכירת מוצרי חשמל גדולים הם שני עיסוקים שונים אשר אינם מחייבים שכר דומה? עד כמה תרם חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות להעסקתם של אנשים עם מוגבלות בישראל, והאם התוצאה שונה מזו שנצפתה בארצות הברית?

שאלות אלה הן חשובות, שכן ייתכן שהדרך לשוויון אינה עוברת כלל דרך דיני איסור אפליה. כך למשל, מצאו החוקרים פרנסיס בלאו ולורנס קהאן כי לרמת אי-השוויון הכללי בחברה חשיבות גדולה יותר בהסברת פערי השכר בין גברים לנשים מאשר לדיני איסור האפליה.<sup>88</sup> מאחר שאי-השוויון קשור בין השאר לשיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים, אזי ייתכן שהפתרון לבעיות של אפליה בשכר נעוץ דווקא בקידום ההתאגדות. בדומה, ייתכן שרצוי היה להבטיח גמישות בשעות העבודה לכול ולאו דווקא לקדם הגנות ייחודיות לנשים. דווקא הבטחה לגמישות למעמד כלל העובדים (הבטחה אוניברסלית) על פני הבטחה של הגנה לקבוצות של עובדים (הבטחה קטגוריאלית) עשויה לקדם צמצום של האפליה. מובן שניתן לטעון גם טיעון הפוך, לפיו האיגוד המקצועי תרם דווקא להרחבת פערים. ניתן לראות זאת, למשל, בשורה של פסקי דין שבהם יסוד האפליה היה בהסכם הקיבוצי. ללא תובנה ברורה לגבי השפעת הדין על האפליה, קשה להכריע בין שתי אפשרויות אלה.

"שאלות כפירה" אלה מאפשרות לחבר את חלקי המאמר זה לזה. ראשית, התמקדות בדיני איסור אפליה כאמצעי להגברת השוויון איננה מצביעה על הסדר אחד ויחיד. ישנן גישות שונות להבין את מושג האפליה וגישות שונות באשר לדרך שבה יש לצמצמה. חלק

86 רואו בהקשר זה: Kevin Haynes, *Taking Measures*, 55 STAN. L. REV. 2349 (2003); Ian

.Ayres, *Is Discrimination Elusive?* 55 STAN. L. REV. 2419 (2003)

87 RICHARD A. EPSTEIN, *SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD* (1995)

88 Francine D. Blau & Lawrence M. Kahn, *Wage Structure and Gender Earnings*

*Differentials: an International Comparison*, 63 *ECONOMICA: ECON. POL'Y INCOME*

.DISTRIBUTION 29 (1996)

מהגישות עושות שימוש ב"ארגז הכלים" של דיני איסור האפליה (כגון המעבר משכר שווה לעבודה שווה לשכר שווה לעבודה שווה ערך). חלק מהגישות מציעות לזנוח את פיתוח דיני איסור האפליה ולהתמקד בדינים החלים על כלל אוכלוסיית העובדים (כגון חיזוק ההתארגנות באיגוד המקצועי). ההבדל בין שתי קטגוריות אלה הוא שהראשונה שומרת על ההנחה לפיה יש להשתמש במונחים של "שונות" ושל "שוויון" כדי לקבוע את קווי הגבול שבין המותר לאסור, ואילו השנייה היא אוניברסלית יותר באופיה (הפחתת שבוע העבודה לכול) או מבוססת על קטגוריות שונות (כגון מאורגנים מול בלתי מאורגנים, קבועים מול זמניים).

שנית, האמצעים הכמותניים למדידת אפליה מותאמים לתפיסה המשפטית לפיה יש להשתמש בהבחנות של שוני ושל שוויון כדי להגדיר העדפות לגיטימיות ובלתי-לגיטימיות. הקושי במדידת אפליה מקרין גם על הקושי בדרך שבה המשפט פועל, שכן בסיס הקושי הוא אחד לשתייה. הנחה שלפיה ניתן לבודד משתנה אחד ממערך משתנים שלם ולאחר בו את הגורם לפער היא הנחה שקשה להוכיחה בבית המשפט כמו גם בחדר המחקר. גישה אחרת, המציעה לראות באפליה חלק מבעיה של משטר מוטע (פטריארכלי, לאומני, הטרוסקסיסטי, צעיר ובריא), עשויה להאיר מורכבויות רבות יותר אך מתאימה פחות למבנה מחקרי ומשפטי העוסק באפליה. כאשר "הכול קשור לכול", כאשר "מרכיבי המשטר נמצאים בספרות שונות" וכאשר ניתן לפרק מציאות אובייקטיבית לאיך-ספור התייחסויות סובייקטיביות – למעשה כבר אין מדובר באפליה גרדא אלא במבנים חברתיים מורכבים יותר, ולכן אין מדובר בבעיה אשר דיני איסור האפליה מסוגלים להכיל.

שלישית, הקושי באיתור הקשר הסיבתי בין הדין לבין המציאות החברתית מעיד אף הוא על הקשר שבין מדידה למהות. הדימוי לפיו דין נוצר כדי להמיר מצב קיים במצב אחר אשר הוגדר מראש על ידי כותב הדין, אינו תואם את המציאות. הדין הוא סיבה ומסובב. ככזה, האינטרקציה בין דין מסדיר (רגולטיבי) לבין שוק העבודה מורכבת משורה של הכרעות אסטרטגיות של כותבי הדין (מחוקקים ושופטים כאחד), אשר מושפעת מתהליכים שקדמו להן (התגבשות של קבוצות זהות ופירוקן, שדלנות, בחירה בעילה משפטית לדין) ומשפיעה לאחר מכן על התהליכים בשוק עצמו. לעולם אין להניח שבחירה בצד אחד (חברה או משפט) תביא לתוצאות שאותן הניחו מראש בצד האחר. לראייה אסטרטגית כזו, שבה סיבה ומסובב פועלים זה לצד זה, יש כוח מסביר. כך, למשל, היא עשויה לסייע לנו להבין מדוע אנשים המשרתים בשירות מילואים מצליחים לעשות שימוש בהגנה הניתנת להם בדין יותר מאשר אנשים שלא שירתו בצבא.

באופן כללי יותר, ניתן להציע השערה לפיה קבוצות חזקות יותר יכולות לעשות שימוש אפקטיבי בדין יותר מאשר קבוצות חלשות.<sup>89</sup> אם יימצאו תימוכין להשערה זו מעבר לבחינה נקודתית של פסקי דין, אזי יש בכך כדי לחזק עוד יותר את הצורך לבחון בקפידה את השפעות הדין ולהימנע מהנחה לפיה תוצאות הדין תואמות בהכרח את מטרותיו. הגישה הרווחת כיום, הדוגלת בהרחבת דיני איסור האפליה, היא בגדר הכרעה ערכית. יש בצדה חשיבות אקספרסיבית רבה – המשפט מזהה את האפליה ואומר (אם כי לא

89 ראו Guy Mundlak, *The Law of Equal Opportunities in Israel*, 30 (2) COMP. LAB. L. & POL'Y J. (2009).

בהכרח בפה מלא) שיש לפעול כנגדה. הדיון כאן אינו בגדר ניסיון לבסס טיעון כנגד הצורך בדיני איסור אפליה, ואני אינני שותף לטענה הליברטריאנית הגורסת שהשוק החופשי יתקן בצורה טובה יותר עיוותים בשוויון ואפליה; לסתירת טענה זו נמצאו כבר מספיק תימוכין.<sup>90</sup> הטיעון כאן מוגבל לאמירה לפיה אין הסכמה בסיסית לגבי מושג האפליה, אין ידיעה ברורה לגבי השפעת הדין על האפליה ואף אין חשיבה מלומדת ומערכתית באשר לחלופות לדין או להשלמות הנדרשות לו.

זאת ועוד: קידום מחקר ברמה הארגונית נדרש גם כדי להתחיל בתהליך של זיהוי תצורות האפליה המורכבות יותר. כך, למשל, בארצות הברית, לשימוש בכלי מחקר ניתן תוקף של ממש בהליכים משפטיים.<sup>91</sup> כלומר, החסר במחקר איננו בגדר מכשלה רק בבחינת השפעת הדין על האפליה, אלא גם בפיתוח הדין עצמו. בשל הקשיים המחקריים שהוצגו במהלך המאמר יש חשיבות יתרה בפיתוח מערך מחקר; ניתן לקדם מערך מחקר כזה עם הקמת הנציבות לענייני שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר לה הסמכות לדרוש נתונים ונגישות לנתונים קיימים.<sup>92</sup> פרטים, גם אם הם מיוצגים על ידי עורכי דין, אינם יכולים לגבש מסד נתונים שכזה, ואילו בידי הנציבות קיים הכוח ואולי אף יהיו קיימים המשאבים לכך. הבנה ברורה יותר של המצב בפועל תאפשר לא רק לשאול אם הדין חולל שינוי, אלא גם לוודא שהדין הקיים יוכל לחולל את השינוי אשר הניע את כתיבת הדין מלכתחילה. אמנם קיימים קשיים מובנים בהצגת מחקרים כגון מחקרי רגרסיה בפני בית המשפט; אולם רק מחקרים כאלה, מוגבלים בהגדרתם ככל שיהיו, יאפשרו לסטות ממקרים קונקרטיים של "שני עובדים זהים השונים זה מזה אך ורק בנתון אחד" ולהציג דפוסים של אפליה, אשר אינם תלויי כוונה להפלות ואשר יכולים לתת סימן מוקדם לבעיה מובנית ושיטתית של אפליה.

90 לסקירת המחקרים בנושא זה ראו: Donohue, לעיל ה"ש 16.

91 ראו למשל את ההחלטה בעניין פלמר, שם נדונה מידת המובהקות הסטטיסטית הנדרשת בעת הצגת נתונים המציבים עילה לכאורה של אפליה עקיפה: Palmer V. Schultz, 616 F. Supp. 1540 (D.D.C. 1985), rev'd, 815 F.2d 84 (DC Cir. 1987). לסקירה על אודות שימוש בכלי מחקר במסגרת התדיינות בתחום האפליה בארצות הברית, ראו: Laurens Walker & Johan Monahan, *Social Facts: Scientific Methodology as Legal Precedent*, 76 CAL. L. REV. 877 (1988).

92 סעיפים 18א, 18 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

נספח א

לוח 3

| נשים יהודיות |        |        | גברים יהודים |        |        |  |
|--------------|--------|--------|--------------|--------|--------|--|
| 2005         | 1997   | 1988   | 2005         | 1997   | 1988   |  |
| *.041        | *.042  | *.053  | *.029        | *.040  | *.051  | שנות השכלה                                   |
| *.097        | .023   | *.123  | *.130        | *.008  | *.119  | תואר אקדמי                                   |
| *.057        | *.055  | *.075  | *.050        | *.068  | *.085  | אמד ותק                                      |
| *-.001       | *-.001 | *-.001 | *.000        | *-.001 | *-.001 | גיל בריבוע                                   |
| *.352        | *.409  | .144   | *.426        | *.415  | *.194  | עיסוקים<br>פרופסיונליים,<br>טכניים וניהוליים |
| *.950        | .875   | *.802  | *.883        | *.786  | *.851  | Ln שעות עבודה                                |
| *.150        | .058   | *.064  | *.209        | *.227  | *.205  | נשוי   |
| 2.916        | 2.963  | 1.616  | 3.569        | 3.187  | 1.362  | קבוע   |
| .520         | .436   | .439   | .477         | .424   | .440   | R <sup>2</sup>                               |
| 6784         | 3097   | 2205   | 5879         | 3054   | 2598   | N  |

| גברים ערבים |       |       | גברים יהודים |        |        |  |
|-------------|-------|-------|--------------|--------|--------|--|
| 2005        | 1997  | 1988  | 2005         | 1997   | 1988   |  |
| *.040       | *.025 | *.027 | *.029        | *.040  | *.051  | שנות השכלה                                   |
| .103        | .031  | .293  | *.130        | *.008  | *.119  | תואר אקדמי                                   |
| *.035       | .028  | .027  | *.050        | *.068  | *.085  | אמד ותק                                      |
| .000        | .000  | .000  | *.000        | *-.001 | *-.001 | גיל בריבוע                                   |
| *.307       | *.569 | .197  | *.426        | *.415  | *.194  | עיסוקים<br>פרופסיונליים,<br>טכניים וניהוליים |
| *.637       | *.674 | .547  | *.883        | *.786  | *.851  | Ln שעות עבודה                                |
| *.112       | .131  | .130  | *.209        | *.227  | *.205  | נשוי   |
| 4.638       | 4.575 | 3.906 | 3.569        | 3.187  | 1.362  | קבוע   |
| .387        | .372  | .447  | .477         | .424   | .440   | R <sup>2</sup>                               |
| 1280        | 646   | 261   | 5879         | 3054   | 2598   | N  |

מקור הנתונים: סקרי הכנסות של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מן השנים 1988, 1997 ו-2005;  
\* P מובהק > 0.05.