

## הסיפור של גורן: במאמץ משולב

אריאן רנן ברזילי\* וורדית אבידן\*\*

הצופה התמים חושב, נו, לקחו תיק, הלכו לבג"ץ. אי-אפשר לתאר [...] שאת מטפלת בתיק חשוב ואת יכולה להזיק ואת רוצה לעשות שינוי. אז קשה לתאר איזה פאזל זה, ומכמה חתיכות הוא מורכב. (עו"ד ארנה ליץ)

בג"ץ גורן הפך לסמל למאבק על שוויון מגדרי בשכר, ואף זכה להתייחסות מחקרית. במאמר זה נבקש להפנות מבט אל "מאחורי הקלעים" של יצירת התקדים בבג"ץ גורן מנקודת מבטן של העותרת אורית גורן ועורכות הדין שפעלו לקידומו. נברר מה הוביל לשינוי המשפטי בבג"ץ ומה נדרש לעשות במקרה הקונקרטי, ונבחן מה ניתן ללמוד מהסיפור הפרטני על יצירת שינוי משפטי. לבסוף, נעמוד על יכולתו של הכלי המשפטי לחולל שינוי חברתי גורף. מטרתו של מאמר זה היא לספר את סיפור פסק הדין מזווית שאיננה נגלית מתוך פסק הדין עצמו; זווית אישית יותר, המתמקדת בשחקניות ובמערכות שנוהלו מאחורי הקלעים של התקדים בבית המשפט העליון, וזאת כדי להיטיב להבין כיצד נולד פסק הדין התקדימי. התבוננות מחקרית זו מסיטה את הזרקור מהשחקנים הידועים – שופטים ופסקי דין – אל עבר מתדיינים ועורכי דינם, וביסודה התובנה כי הדיוטות "עושים" משפט באינטראקציות יום-יומיות. כך, אורית גורן "עשתה" משפט באופן שבו הבינה את החוק, ונלחמה על פרשנותו. אך מעבר לכך, סיפור המעשה מאיר כי בשורש ההלכה המשפטית התקדימית קיימים יחסים בין אנשים, וכי ליכולת להוציא לפועל מהלך משפטי משולב –

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

\*\* עו"ד בקליניקה לפמיניזם משפטי, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

תודתנו הרבה לאורית גורן, ארנה ליץ, ברק כלב, שירלי שלומיק-בבאי, ציונה קניג-יאיר וג'נט שלם על ששיתפו אותנו בסיפור המעשה. תודה מיוחדת למשרד ארנה ליץ על השיתוף בחומרים הנוגעים לעתירה. תודה להילה שמיר ולשופטת החיצונית על הערותיהן המועילות. תודה לאילנה עטרון וגלית בן-שימול על סיוען המסור. תודה לנעם וייס, הדר אפטרמן, רוני בן דוד, רועי מלכא ועידית צימרמן על עבודה מצוינת בעריכת המאמר.

כזה המיוסד על שיתוף פעולה ערכי בין עותרת פרטית ועורכות דינה, החברה האזרחית והמדינה עצמה – השפעה גדולה על יצירתה של ההלכה. זהו סיפור על רגע נדיר שבו עורכות דין מהשוק הפרטי, מהמדינה ומהחברה האזרחית חברו יחד, ועל עותרת שהבינה שהאישי הוא הפוליטי.

## מבוא

מה ניתן ללמוד מההצצה אל מאחורי הקלעים של עשייה משפטית לשינוי חברתי? במאמר זה נבקש לבחון שאלה זו ביחס ליצירתו של התקדים בבג"ץ 1758/11 אורית גורן נ' הום-סנטר בע"מ.<sup>1</sup> פסק הדין ניתן בשנת 2012 וקבע כי הבדלי שכר בין עובד לעובדת הינם ראשית ראייה לאפליה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.<sup>2</sup>

כיצד נולד פסק הדין? מאמר זה מספר את סיפור יצירת פסק הדין מנקודת מבטן של משתתפות מרכזיות בקידומו – העותרת בבג"ץ ועורכות הדין שתמכו בשינוי פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה שכנגדו הוגשה העתירה.<sup>3</sup> ביקשנו לשמוע ולהבין, מהנשים שפעלו בתיק, כיצד התחולל השינוי המשפטי. לשם כך ראינו את אורית גורן עצמה, את עו"ד ארנה ליין ועו"ד ברק כלב משרד עו"ד ארנה ליין ושות', שייצגו את העותרות, את עו"ד שירלי שלומיק-בבאי מארגון "שדולת הנשים" שהצטרף לעתירה (לצערנו, עו"ד אודליה לוי-אטינגר ז"ל משדולת הנשים נפטרה זמן קצר לאחר מתן פסק הדין), וכן את עו"ד ציונה קניג-יאיר ועו"ד ג'נט שלם מנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן: הנציבות) שהצטרפה לעתירה כ"ידידת בית המשפט".<sup>4</sup>

מתוך הראיונות גילינו כי לנחישות של אורית, למטרה המשותפת, לחיבור שבין עותרת פרטית לחברה האזרחית, ולגיוס המדינה למאבק המשפטי היו השפעה משמעותית על תוצאות פסק הדין. אף שכל אחד מהגורמים המשפטיים פעל במסגרת שונה – משרד פרטי; ארגון חברתי מהמגזר השלישי; גוף ממשלתי – דווקא המאמץ המרוכז והשותפות לדרך, שנבעו מן המנהיגות של גורן ומהתודעה הפמיניסטית המפותחת של כל הגורמים, הובילו במידה משמעותית להצלחת העתירה ולקידום השינוי המשפטי, למרות לא מעט אתגרים בדרך.

הגורמים השונים הבינו כי לעתירה זו חשיבות ציבורית אף מעבר לגבולות המקרה הפרטי. פערי שכר בין נשים לגברים בשוק העבודה בשכר חודשי ובשכר שעתי הם תופעה מושרשת.<sup>5</sup> בשנת 2012, השנה שבה ניתן פסק הדין בבג"ץ, ההכנסה הממוצעת ברוטו לחודש של אישה שכירה הייתה 66% בלבד מהכנסת גבר, וההכנסה הממוצעת ברוטו לשעה הייתה רק 85% מהכנסת גבר.<sup>6</sup> אומנם, חלק מהפערים הללו נובעים מבידול תעסוקתי בין נשים לגברים בשוק העבודה ומפחיתות הערך המיוחסת לעבודות נשיות.<sup>7</sup> עם זאת, כפי שאירע בפסק הדין דנן, פערי שכר מתקיימים גם כאשר נשים וגברים עובדים באותה העבודה ממש. לנוכח מציאות זו ראו השותפות לדרך חשיבות ואחריות

גדולה בשינוי ההלכה שנקבעה בבית הדין הארצי ובהעלאת הסוגיה של אפליה בשכר בפני בג"ץ. עם זאת, ולמרות ההישג שהושג בפסיקה התקדימית, נראה כי הכוח של הכלי המשפטי שבנדרון הוא מוגבל.<sup>8</sup> פערי שכר מגדריים ממשיכים להתקיים גם היום, כשבע שנים לאחר מתן פסק הדין. מכאן, שהתקדים שהושג הוא אבן דרך חשובה במסע לשוויון מגדרי בשכר, שסופו עוד לא קרב.

חלקו הראשון של המאמר יספק רקע עובדתי ומשפטי לעתירה מהכתובים, בעיקר מתוך פסקי הדין בערכאות דלמטה. בחלק השני נספר את סיפור המעשה שמאחורי הקלעים של בג"ץ גורן בשלוש מערכות. במערכה הראשונה נגולל את סיפור העתירה מהפרספקטיבה של העותרת הפרטית, אורית גורן. המערכה השנייה תציג את הסיפור מנקודת המבט של עורכות הדין שייצגו את אורית ואת שדולת הנשים שהצטרפה לעתירה. במערכה השלישית נאיר את הסיפור מנקודת מבטה של הנציבות, שהצטרפה להליך כ"ידיד בית המשפט". חלק זה מעשיר את הידע הקיים על אודות פסק הדין התקדמי, מאיר את הדילמות, המאבקים, ההחלטות, והתחושות שליוו את המשתתפות ביצירת התקדים, והוא מבוסס בעיקרו על ראיונות שערכנו עם המשתתפות.<sup>9</sup> חלקו השלישי של המאמר דן בפסק הדין של בג"ץ ובחשיבותו. בחלק הרביעי נעמוד על שלושה מרכיבים חשובים ביצירת השינוי המשפטי בבג"ץ, כפי שהם עולים מהסיפור: החשיבות של "הלקוחה" כשותפה, המשמעות של גיוס המדינה, והמאמץ המרוכז שננקט על ידי הגורמים השונים, מתוך שותפות ערכית. בחלק החמישי של המאמר נדון בתובנות שעולות מהסיפור הפרטני ביחס ליכולתו של המשפט לחולל שינוי חברתי גורף.

## א. הרקע לעתירה

שני חיקוקים רלוונטיים לסיפור המעשה. הראשון, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד,<sup>10</sup> נועד לקדם שוויון ולמנוע אפליה בשכר בין נשים לגברים. החוק קובע, כי עובדת ועובד אשר עובדים אצל אותו מעסיק זכאים לשכר שווה עבור עבודה שווה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות-ערך.<sup>11</sup> עם זאת, סעיף 6 לחוק מספק הגנות למעסיק וקובע כי אין בחוק כדי למנוע הפרש בשכר המתחייב מאופייה או ממהותה של העבודה, מתפוקת העבודה, איכות העבודה, הוותק בעבודה, ההכשרה או ההשכלה של מבצע העבודה, או ממיקומו הגאוגרפי של מקום העבודה. ככל שהשכר שונה ולא קמה הגנה למעסיק, הסעד בגין הפרת הוראות החוק, נכון למועד התביעה ולבג"ץ, היה קבלת הפרשי השכר שבין השכר של העובדת לשכר של העובד באותו מקום עבודה למשך התקופה הרלוונטית (עד 24 חודשים).<sup>12</sup>

השני, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, נועד גם הוא למנוע אפליה בעבודה, אך הינו רחב יותר בהיקפו. סעיף 2 שבו אוסר על מעסיק להפלות עובד מחמת מאפייני זהות רבים, ובכללם מין. הוא אף אוסר לא רק על אפליה בתנאי עבודה (כגון אפליה בשכר), אלא אף מעבר לכך, בין היתר, בקבלה לעבודה ובקידום בעבודה. החוק קובע בסעיף 9 דרך להוכחת אפליה: אם עובד מוכיח כי עמד בתנאים או בכישורים שהמעסיק קבע,

על המעסיק להוכיח שלא פעל בניגוד לסעיף 2. במקרים של אפליה, החוק מאפשר לבית הדין להעניק פיצויים ללא הוכחת נזק. מכוחו של חוק זה אף הוקמה הנציבות. ומעשה שהיה כך היה. בשנת 1997 עבדה אורית גורן במחלקת כלי עבודה בחברת "הום סנטר" ברמת גן, וגילתה כי היא משתכרת שכר הנמוך בכ- 35% משכרו של גבר המבצע עבודה זהה. מנהליה סירבו לדרישתה להשוות את תנאי השכר, היא התפטרה, ולאחר מכן הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה. בכתב התביעה דרשה אורית הפרשי שכר בהתאם לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד ופיצוי ללא הוכחת נזק, בהתאם לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

בשנת 2004 קבע בית הדין האזורי, כי אורית הוכיחה את קיומם של הפרשי שכר לפי חוק שכר שווה, וכי היא זכאית להפרשי השכר בין מה שהשתכרה לבין השכר ששולם לגבר. נוסף על כך נקבע, כי משנמצא שהום סנטר הפרה את הוראות חוק שכר שווה, הרי יש לקבל גם את תביעתה של אורית לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. אולם, נקבע שאין לפסוק לזכותה פיצוי בשיעור המקסימאלי הקבוע בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אלא באותו הסכום שנקבע בגין הפרשי השכר, וזאת משום שאורית ביקשה שכר נמוך יותר מהגבר במהלך המשא ומתן שכל אחד מהם קיים עם הום סנטר.<sup>13</sup> על קביעותיו של בית הדין האזורי הוגשו לבית הדין הארצי ערעורים מטעם שני הצדדים. פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה, שניתן בשנת 2007, עסק בשאלה האם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה, מקימה לעובדת באופן אוטומטי גם עילת תביעה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בדעת רוב מפי השופטת וירט-ליבנה, בית הדין השיב בשלילה לשאלה זו, והעמיד רף ראייתי גבוה להוכחת אפליה על פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. דעת הרוב קבעה כי על מנת להוכיח אפליה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה יש להוכיח כי פערי השכר נבעו מ"התנהגות לא שוויונית"<sup>14</sup> של המעסיק, וכי על העובדת להציג ראיות בדבר היותו "מעסיק מפלה",<sup>15</sup> וזאת משום שהתשתית הראייתית הנדרשת לצורך הוכחת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה צריכה להצדיק את "אות הקלון של האפליה" הגורר אחריו פיצוי שהוא עונשי בטיבו.<sup>16</sup> מעבר לכך, השופטת וירט-ליבנה (בדעת יחיד) אף ציינה, בהקשר של חוק שכר שווה, כי בנסיבות מסוימות, על עקרון השוויון לסגת אל מול חופש ההתקשרות, משום שאחרת מעסיקים יעדיפו להעסיק גברים. לשיטתה, המשא והמתן השוקי עשוי להכשיר תשלום שכר עבודה שונה לגברים ולנשים המבצעים את אותה העבודה, וככך להוות טענת הגנה נוספת למעסיק, לפי חוק שכר שווה.

לשיטת השופט צור שהצטרף לדעת הרוב, לפי סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נדרשת עובדת להוכיח אפליה מחמת מין, דהיינו שהשכר השונה קשור סיבתית למינה של העובדת. במקרה דנן, נקבע כי הסיבתיות לא הוכחה, שכן מן הראיות עלה שהעובדת קיבלה שכר על פי בקשתה, והשכר שניתן לגבר היה שונה בשל שיקולים שאינם נעוצים בהיותו גבר ולכן אין מדובר באפליה מחמת מין. עוד נקבע כי לא מדובר בשוני הנעוץ במדיניות מפלה.<sup>17</sup> השופט צור אומנם לא הצטרף מפורשות לעמדתה של

השופטת וירט-ליבנה בעניין פרשנות חוק שכר שווה, אך הסכים לניתוח שהציגה ביחס לחוק שוויון ההזדמנויות, ולרף הראייתי הגבוה הנדרש להוכחת אפליה על פיו. הנשיא אדלר, בדעת מיעוט, סבר כי קביעה ברבר זכות מכוח חוק שכר שווה מצמיחה בהכרח ובאופן אוטומטי זכות מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, וזאת משום שאם לא עמדה למעסיק טענת הגנה לפי סעיף 6 לחוק שכר שווה, הרי שהמסקנה היא שהפער בשכר הוא מחמת מין.<sup>18</sup> מכאן העתירה לבג"ץ; עתירה שהוגשה בשנת 2011.

## ב. מאחורי הקלעים של בג"ץ גורן

### 1. סיפורה של העותרת כ"מלמד הבקר"

כך מתארת אורית את השתלשלות העניינים מזווית ראייתה. באחת מ"הפסקות הסיגריות", סיפר לה חבר לעבודה, מר סטפן מור ז"ל, על השכר הגבוה שהוא מקבל מהום סנטר בעקבות המשא ומתן שניהל עם החברה בעת שהתקבל לעבודה.<sup>19</sup> אורית, שהשתכרה כשליש פחות, חשה חוסר צדק לאור העובדה ששניהם ביצעו את אותה עבודה בדיוק.<sup>20</sup> בעקבות התגלית, שלחה אורית מכתב למעסיקה בהום סנטר וביקשה לפתוח את הדיון בתנאי העסקתה מחדש. החברה התעלמה מהמכתב. אורית שלחה מכתב נוסף, ושוב נותרה ללא מענה. לאחר שהבינה שאין בכוונתה של הום סנטר לדון שנית בתנאי העסקתה היא החליטה להתפטר לאחר ארבעה חודשי עבודה בלבד.<sup>21</sup> מבחינתה הייתה זו עבודה זמנית ולא הייתה לה כוונה לפתח שם קריירה, דבר שהקל עליה לעזוב את הום סנטר.<sup>22</sup> אורית פנתה לנעמ"ת והופנתה לעו"ד מיה צחור אשר ייצגה אותה בבין הדין האזורי.<sup>23</sup> לקראת הערעור בבית הדין הארצי ביקשה אורית כי עו"ד ארנה לינ, אחת מעורכות הדין המובילות בתחום דיני העבודה, תייצגה "פרו בוננו".<sup>24</sup> אורית סיפרה כי היא וארנה הפכו באותו העת לשותפות להליך ונרקמה ביניהן מערכת יחסים אישית וחברית לצד זו המקצועית.<sup>25</sup> לאחר פסק הדין בבית הדין הארצי שדחה את ערעורה של אורית לפסיקת הפיצויים, וקיבל חלקית את הערעור מטעם הום סנטר, סירבה אורית להשלים עם ההחלטה וביקשה לברר מול ארנה, מה עוד אפשר לעשות מבחינה משפטית. ארנה סיפרה לה שקיימת אפשרות תיאורטית להגיש עתירה לבג"ץ על החלטתו של בית הדין הארצי לעבודה, אך ביטאה הססנות ביחס לסיכויי הצלחה בבג"ץ. מבחינתה של אורית

<sup>26</sup> "המסע לא הסתיים" והיא חשה "שאינן אופציה אחרת".

בשלב זה, אורית מתארת פער בין הרחף, הרצון העז, ואמונתה שלה בצדקת דרכה, לבין המגבלות המשפטיות והמקצועיות שביטאה ארנה.<sup>27</sup> תקופה ארוכה לאחר החלטת בית הדין הארצי, כינסה ארנה ארגוני נשים לדון באפשרות של הגשת עתירה לבג"ץ,<sup>28</sup> בהשתתפות אורית. שם אורית הבינה לראשונה נתון מדאיג – הסיכוי להצלחה בבג"ץ קטן לאור ההשתתפות הארוכה מאז פסיקת בית הדין הארצי.<sup>29</sup> זמן קצר לאחר הכינוס, הבינה אורית שאין בכוונתה של ארנה לייצגה בבג"ץ.<sup>30</sup>

אורית חשה פגועה והתהלכה בתחושת אי־צדק, ולצד זאת, גם אמונה חזקה, כי הייעוד שלה הוא לחולל שינוי משמעותי לציבור הנשים בישראל:

הרגשתי אכזבה שכאילו נטשו בקרב [...] לאורך הדרך האמנתי בצדקת הדרך [...] אחר כך האמנתי שזה מגיע לנו כקהילת הנשים ואחר כך שזה מגיע לכל החברה [...] אין בכלל תיקים כאלה שהחוק נכתב עליהם [...] ואסור לפספס את המומנטום הזה. ההבנה הזו אמרה לי שמעבר לרעיון יש לי הזדמנות שהיקום ארגן באופן נדיר.<sup>31</sup>

לנוכח תחושת השליחות מחד גיסא, והרצון להתחשבן עם הום סנטר מאידך גיסא, אורית מספרת כי תפקדה לאורך ההליך כ"מלמד הבקר"<sup>32</sup> כמי שאוספת את עדרה, ו"דוקרת" כשצריך. היא לא ויתרה, תחילה בכך שהתקשרה תדיר לארנה בדרישה להגיש את העתירה, ואחר כך כשגיבשה את הצוות המשפטי סביבה, מובילה אותו להגשת העתירה. כך, חיברה אורית בין שדולת הנשים לבין ארנה. אורית מספרת כי השתתפה בכנס פוליטי, לרגל יום האישה הבינלאומי, שבו פגשה את עו"ד אודליה לוי־אטינגר ז"ל, מי שכינה באותה העת כראשת מערך האכיפה בארגון הפמיניסטי שדולת הנשים.<sup>33</sup> בין השתיים נוצר חיבור אישי מידי; אורית שיתפה את אודליה בדרך שעברה, בתחושותיה ובעיקר ברצונה להגיש עתירה לבג"ץ לנוכח המשמעות הטמונה בו "לנו כקהילת הנשים".<sup>34</sup> אורית מספרת, כי אודליה השרתה בה שוב את הביטחון והאמונה בצדקת הדרך, וזאת לנוכח החלטתה ששדולת הנשים תיקח על עצמה את הגשת העתירה לבג"ץ ותהיה עותרת יחד עימה.<sup>35</sup>

על אף הפער ששרר באותה עת בינה לבין ארנה, התעקשה אורית שארנה תיקח גם היא חלק במהלך המשפטי, והודיעה לאודליה, כי ארנה תייצג בבג"ץ. בדיוק באותו הזמן, נכנס שחקן חדש לתמונה, עו"ד ברק כלב, שהחל לעבוד במשרדה של ארנה, לאחר שהיה אמון במשך שנים על הגשת עתירות לבג"ץ בתנועה לאיכות השלטון.<sup>36</sup> על היחסים עם ברק, אורית סיפרה:

והנה באותם ימים הצטרף עו"ד ברק כלב ואנחנו מתאהבים שאין דברים כאלה, בן אדם שרואה הכול. שיחות טובות, מדברים לתוך הלילה, מדברים על הכול, הוא אישה בפנים.<sup>37</sup>

לאחר הצטרפתם של שחקני חיזוק אלה, ולנוכח האמונה החזקה של אורית, שסירבה לוותר על אף הזמן הרב שחלף, התקבלה ההחלטה המשותפת להגיש את העתירה. על המוטיבציה שלה להמשיך במלחמה המשפטית, אף על פי שעבר למעלה מעשור מאז המקרה, סיפרה אורית כי כשיצאה לדרך הגיעו אותה כעס, עלבון אישי ורצון לנקום בחברה על התנהלותה, אך בהמשך הבינה כי היא פועלת גם מתוך רצון לחולל שינוי כללי בנוגע לשוויון מגדרי בשכר.<sup>38</sup>

במהלך ההליך, כשאורית הבינה את המשמעות הציבורית של התיק, הפכה המטרה החברתית למרכזית ומילאה את מקומו של העלבון האישי. התודעה הפמיניסטית שקיננה

בה – כמי שהעידה על עצמה ש"היא הכי פמיניסטית בעולם [...] אני חיה את זה"<sup>39</sup> – אפשרה לה לראות בהליך פעולה למען ציבור הנשים בישראל. בסופו של יום, עורכות הדין עירבו אותה בכתבי הטענות, והיא ראתה עצמה כשותפה לניצחון בבג"ץ, אך אמרה כי היא:

לא חושבת שמגיעה לי כל היוקרה. לעורכי הדין זה מגיע. אני רק דקרתי. פה זה היה שלישי אני ושליש הם.<sup>40</sup>

2. "הכוכבים צריכים להסתדר בשורה" – סיפורן של עורכות הדין המייצגות  
ראיינו את עורכי הדין ארנה ליין וברק כלב ממשרד עו"ד ארנה ליין ושות', וכן את עורכת הדין שירלי שלומי-קובאי מטעם שדולת הנשים. ביקשנו להבין מה הוביל, לשיטתן, ליצירת השינוי המשפטי בבג"ץ. שמענו על ההתלבטויות שליוו את עבודתן על התיק, על אופן פעולתן ועל מה שחולל את השינוי המשפטי.

(א) ההתלבטויות בהגשת העתירה

ארנה סיפרה כי התחבטה ממושכות לפני הגשת העתירה האם בכלל נכון לעתור לבג"ץ, וזאת מארבעה טעמים. ראשית, היא חששה שבג"ץ יסרב להתערב בפסיקת בית הדין לעבודה, שכן אינו ערכאת ערעור על בית הדין הארצי ומקרי ההתערבות בפסיקתו אינם שכיחים.<sup>41</sup> שנית, מעבר לסיכויים הנמוכים לשכנע את בג"ץ להתערב בהחלטת בית הדין הארצי לעבודה, ארנה וברק חששו כי קיים גם סיכון שפנייה לבג"ץ תגרום נזק למטרה של קידום שוויון מגדרי בעבודה. כישלון בבג"ץ, הם סברו, עלול להסב נזק כבד עוד יותר מזה שמסב פסק הדין של בית הדין הארצי, בשל מעמדו של פסק דין כזה, היוצא מפי בית המשפט העליון:

ארנה: היה לנו ברור שהתיק יכול היה לעשות נזק גדול [...] אם נגיע לא טוב, אז זה לא שזה יהיה ניטרלי זה יגרום נזק וחוז' מזה הייתה אורית, זה אי אפשר להתנסות זה החיים שלה [...] אז עד שלא הגענו למסקנה שזה יעמוד [...] אז לא הלכנו על זה וזה לקח זמן.

ברק: לכולנו הייתה התלבטות [...] ובשיחות עם אורית הצגנו לה את חוות הדעת הכי ריאליסטית שאפשר מבחינה משפטית.

ארנה: ריאליסטית על הצד הפסימי, ריאליסטית דאוגה.

[...]

ברק: [...] אם היינו מוציאים פסק דין לא טוב בסיפור הזה היינו יוצרים פה נזק.

ארנה: לעשרות שנים.<sup>42</sup>

מעבר לחשש מגרימת נזק, הסבירה ארנה, בכנות רבה, כי נוסף שיקול שלישי להתלבטותה – שיקול כלכלי. כבעלת משרד פרטי, היה עליה לשקול את העובדה כי מדובר בתיק שבגיניו יהיה עליה להמשיך ולשאת בעלויותו בהתנדבות, וכי תידרש השקעה גדולה של המשרד בייצוג בבג"ץ.<sup>43</sup>

סיבה רביעית להתחבטות, הייתה נעוצה בקושי למצוא דרך "להגיש" את הטיעונים המשפטיים כך שבג"ץ יוכל "להתחבר" אליהם ולאמצם.<sup>44</sup> עם זאת, יחד עם ברק, שהצטרף באותה עת למשרד, הם הצליחו לפתח את טיעוני העתירה, וחשו שהם יכולים לשכנע את בית המשפט העליון להביט אף מעבר לראיות הספציפיות במקרה של אורית, ולהבין את המשמעות העקרונית שבפסיקת בית הדין הארצי כלפי כל עובדת באשר היא.<sup>45</sup> הם ביקשו לטעון כי במצב שבו עובדת מוכיחה ששולם לה שכר בשיעור נמוך משמעותית – כאן 35% – ביחס לעובד אחר, ואין נימוק לפער הזה, הרי שיש בכך כדי לעמוד בנטל הראייה לפי חוק שוויון ההזדמנויות, ואין צורך להוכיח תופעה רחבה של אפליה אצל המעסיק או מדיניות מפלה שלו.<sup>46</sup> ובמקרה דנן, די היה בפער של 35%, המשקף את הבעיה המושרשת של אפליה בשכר, כדי לעמוד בנטל הנדרש בשני החוקים.<sup>47</sup> ארנה וברק ביקשו להבהיר כי המעסיק הוא זה שיכול וצריך לפעול באופן אקטיבי על מנת להבטיח את העמידה בחובה לנהוג בשוויון מגדרי בשכר, וטענו כי אם המעסיק קבע שכר לעובד ובה בעת קבע לעובדת שמבצעת את אותה עבודה בדיוק שכר הנמוך ב-35% – עליו לשאת בתוצאות התנהלותו.<sup>48</sup> לגישתם, המשמעות של פסיקת בית הדין הארצי, היא שלילת הזכאות לפיצויים לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כל אימת שעובדת לא מצליחה להוכיח תופעה רחבה של אפליה במקום העבודה.<sup>49</sup> למעשה, עמדת בית הדין הארצי שקולה לצורך להוכיח "כוונה" להפלות.<sup>50</sup> בכך, טענו, מוטל נטל ראייתי בלתי מידתי ובלתי סביר על עובדת המופלית, המחייב את התערבות בג"ץ, במיוחד לנוכח פערי השכר המשמעותיים הקיימים בשוק העבודה הישראלי.<sup>51</sup> הם ביקשו להוסיף ולהסביר לבג"ץ כי השארת פסק הדין של בית הדין הארצי על כנו, משמעה עידוד בפועל של תופעת האפליה המגדרית בשוק העבודה, שכן פסק הדין אינו מרתיע מעסיקים ממתן שכר מפלה, ויוצר אפקט של הקטנת הכדאיות של הגשת תביעות, ותמריץ למעסיקים לנהוג בשוויון נפש כלפי הפרת החוק. יתר על כן ומעבר לכך, אף הדגישו עורכי הדין כי הטיעון של השופטת וירט-ליבנה בדבר חופש ההתקשרות היווה למעשה בסיס רעיוני לעמדת הרוב, וכי אין לקבלו, שכן משא ומתן שוקי אינו יכול לשמש כטענת הגנה לאפליה, במיוחד בנסיבות שבהן כוחות הצדדים במשא ומתן הם עצמם תולדה של מציאות מפלה ארוכת שנים.<sup>52</sup> כטענה חלופית אף טענו, כי יש לקבל את פרשנות דעת המיעוט בבית הדין, שלפיה מידת ההוכחה הנדרשת על פי חוק שוויון ההזדמנויות אינה שונה מזו הנדרשת לפי חוק שכר שווה וככל שהוכחה חבות לפי חוק שכר שווה, אזי כפועל יוצא גם הוכחה חבות מכוח חוק שוויון ההזדמנויות.<sup>53</sup> מעבר לצורך להגיש טיעונים משפטיים משכנעים לבית המשפט העליון, סברו ארנה וברק שהם צריכים עוד מנופים להצלחת העתירה, והציגו בפנינו הסתכלות שייחסה להיבט האישי משקל רב בהצלחה.



(ב) המנופים שהובילו לקבלת העתירה

i. המעורבות של אורית

ארנה וברק ייחסו את העובדה שנטלו על עצמם לבסוף את הייצוג כבג"ץ לכוח המניע של אורית:

ברק: אורית לא ויתרה. הייתה לה דבקות במטרה יוצאת מן הכלל. ארנה: וזה נותן כוח [...] ולקחת אחריות על הדבר הזה להגיד אני [אורית] שותפה שלכן, אני מבינה. היא הבינה כאילו שהיא משפטנית, כאילו שהיא מבינה בזכויות אדם. כאדם, כאישה היא הבינה את זה בכל רמה. היא אמרה אז תמצאו פתרון [...] <sup>54</sup>.

ארנה הוסיפה כי:

קשה נורא להתגייס למשהו שהוא רעיון יפה כשיש לקוח שהוא פרווה [...] אבל שיש לקוח שיכול לחצות אוקיינוסים או אפשר <sup>55</sup>.

התגבשות השותפות נסובה סביב אורית, אשר במידה משמעותית הייתה כוח מניע ומוביל, וסביב האג'נדה הפמיניסטית ככוח מלכד:

ברק: יש פה הרבה יכולות שיווק של הלקוח להדביק בהתלהבות. אלינו מגיעים הרבה תיקי פרו-בונו ואנו צריכים לבחור ולהחליט את מי לקחת [...] על שדולת הנשים יש גם עומס אדיר והיה צורך להחליט. כשיש אדם מעורר השראה וגם ערכי אז הוא משכנע.

ארנה: וגם כשמדובר בזכויות נשים זה עניין שמדבר למשרד שלנו <sup>56</sup>.

על כך העירה גם שירלי, מנקודת מבטה:

אורית הייתה מישהי שמאוד רצתה שהדברים שלה יגיעו רחוק ויהיה שינוי, לוחמת חברתית. גם בגלל הצדק שלה וגם הרבה מעבר לזה [...] ונוצר קשר ענייני וטוב שבאמת בואו נלחם בתיק הזה ונעשה משהו שאנו מאמינות בו <sup>57</sup>.

עורכות הדין הסבירו שאורית הייתה שותפה לדילמות, לטיעונים שהושמעו ולאחריות הציבורית <sup>58</sup>. על האחריות המשותפת של אורית להצלחת ההליך ניתן ללמוד מוויתורה על הפיצוי הכספי, שהיה בלב תביעתה המקורית כנגד הום סנטר. כך, אף שהוחלט לבקש סעד כספי בעתירה כדי לבסס קונקרטיזציה וזכות עמידה בפני בג"ץ <sup>59</sup>, אורית אישרה לעורכות הדין לוותר על הסעד האישי "בתמורה" להתגברות על טענת השיהוי. ארנה וברק סיפרו על אחת הדילמות הקשות בתיק:

ארנה: השופט הנדל לימים אמר לי, לא מצטטת במדויק, מה שעשה לי את התיק זה שהבנתי שיש עם מי לדבר [...] שאתם מבינים עניין. יש פה כסף [...] אורית הייתה צריכה לקבל פיצוי, בשלב של הטיעון על השיהוי [...] השופט הנדל פנה ואמר: גב' ליין אחרי 3 שנים מה את רוצה? שהיא תקבל פיצוי? עכשיו זה משהו שדיברנו עליו עם אורית. אמרתי לו, אדוני לא [...] היא לא רוצה פיצוי.

ברק: ארנה צפתה את זה, לפני הדיון [...] לי היה קשה עם זה. אני שונא שמוותרים למי שצריך לשלם [...] וארנה שכנעה את כולנו [...] וארנה הבינה שהדברים האלו בסוף [...] זה מה שמקל על הבית משפט להכניס את הראש שלו. ארנה: תתארי לך שהיה לקוח שלא היה רוצה לוותר [...] יכול להיות שהיינו מפסידים את השופט הנדל.

ברק: ארנה ראתה את זה אחרי כל כך הרבה שנים של שיהוי עוד להעניש את הום סנטר. העובדים והמנהלים לא אותם אנשים. משהו בנוסחת הצדק בהערכה של ארנה היה נורא נכון. זה ממש קלע בול. זה הטריד אותם.<sup>60</sup>

בדיעבד אכן התברר מפסק הדין כי הודות לווייתור על הסעד הכספי היה קל יותר להתגבר על טענות השיהוי, וכן שהווייתור תרם לקבלת העתירה העקרונית.<sup>61</sup> מווייתורה של אורית על הסעד הפרטי ניתן ללמוד על החשיבות הציבורית שראתה בעתירתה בשלב זה, ועל האחריות המשותפת שלה, יחד עם הצוות המשפטי, ליצירת שינוי משפטי וחברתי.

ii. המעורבות של שדולת הנשים ונציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה ארנה וברק סיפרו כי המעורבות של שדולת הנשים וכן הצטרפותה של הנציבות לעתירה כ"ידיד בית המשפט" חיזקו את הצוות המשפטי. אודליה "הכניסה הרבה דרייב לתיק ואופטימיות" כשאמרה "אנחנו עושות את זה!".<sup>62</sup> כך סיפרה ארנה:

[...] את ציונה קניג הכרתי שנים קודם וידעתי שתהיה לי פרטנרית [...] אבל היא הייתה צריכה להילחם כנציבת שוויון הזדמנויות מטעם המדינה. את אודליה הכרנו דרך התיק והיא חיבור מדי. לא הייתה לנו בעיה עם הנציבות. להפך. רצינו שיהיו כל מיני פתרונות כדי שמשהו יתפוס. התאפשר דרכם שיהיו כמה עמדות. אם הייתה עמדה רק של הנציבות היה יותר קשה. זה היה הרמוני. זה היה צעד מהותי. אנחנו רצינו להביא את הדבר שלנו והם היו צריכים להציג את הדבר שלהם. היה לנו בטחון מוחלט ברצון של ציונה שזה יקרה ולא ברצון שלה לצאת אחרת. זה היה [ללכת] עם אנשים אחראים שרצו את העניין הציבורי.<sup>63</sup>

הצטרפותה של שדולת הנשים כעותרת, העניקה גיבוי למאבק. מנקודת המבט של הארגון החברתי תוארו הנכונות וההשקעה של ארנה וברק בהערכה רבה וכמבוססות על שותפות ערכית.<sup>64</sup> ארנה וברק הובילו אומנם את התיק בכל הקשור לכתיבת הטענות המשפטיות, אך הצטרפות השדולה הבליטה את הממד העקרוני והציבורי של העתירה. כך סיפרה שירלי:

[...] אני רוצה להאמין שהמגזר השלישי והחברה האזרחית כשהיא מנהלת מאבק אם זה לצד אדם פרטי ואם בכל נושא, שבית המשפט מקשיב ומבין שיש נושא רחב ועקרוני. תמיד האמנתי בכל תיק שהצטרפנו אליו שהנוכחות שלנו [...] יכולה להביא ממד משמעותי ועקרוני ושבית המשפט יבין שצריך לראות תמונה מאוד רחבה. לצאת מהתיק האישי והעובדות שלו וגם להבין שיש פה באמת תופעה שצריך להתייחס אליה ולתת פסיקה בהתאם.<sup>65</sup>

iii. הגעה למותב בראשות הנשיאה דורית ביניש – תקווה שהתממשה משקל רב בהצלחת התיק ייחסו ארנה וברק לכך שהוא נדון בפני שופטת אוהדת. ארנה סיפרה כי באותה עת הם קיוו שהתיק יגיע להרכב בראשות הנשיאה ביניש, ועשו מאמץ גדול להגישו בפרק זמן שיאפשר לנשיאה לכתוב בו פסק דין בטרם פרישתה הקרבה. ארנה סיפרה גם כי בנוסף למאמץ, ה"כוכבים הסתדרו בשורה"<sup>66</sup>. לשיטתה, הם הסתדרו בשורה בכך שאורית ידעה לבוא אל משרדה, שהמשרד התחבר אליה, שנמצאו הטיעונים המשפטיים הנכונים, ולבסוף שהדיון הגיע לפתחה של הנשיאה ביניש. כך מספרת ארנה:

והכוכבים הסתדרו בעיקר כשראינו הרכב של דורית ביניש. אני חושבת שכשראינו הרכב של הנשיאה ביניש בזמן המתאים לפני הפרישה הבנו שכנראה רע לא יכול היה לקרות. אבל השאלה אם יהיה טוב.<sup>67</sup>

המנופים הנוספים – התממשות התקווה שהמותב הנכון ידון בתיק, השותפות עם שדולת הנשים, העובדה שהייתה עמדה נוספת של הנציבות שאפשרה לבית המשפט העליון לבחור בין טיעונים והשותפות הערכית בין הגורמים – כל אלה כמו הסתדרו בשורה. ארנה סברה שכדי לקדם שינוי משפטי פרוגרסיבי – מאמץ משולב הוא הכרחי,<sup>68</sup> והוסיפה כי "כל הנשים שהיו מעורבות הן נשים מחודדות ובקיאיות בקטע של זכויות נשים. זה היה שיא היכולות המקצועיות שהשתלבו".<sup>69</sup>

### 3. סיפורן של עורכות הדין מטעם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה – החשיבות של עבודה "מבפנים"

בשנת 2008 הוקמה הנציבות כיחידה במשרד התמ"ת,<sup>70</sup> והיא משמשת כזרוע המבצעת לאכיפת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, על ידי בירור חשדות לאפליה ותביעת מעסיקים במידת הצורך.<sup>71</sup> בשנה שבה הוגשה העתירה, הנציבות הייתה עוד בחיתוליה. עו"ד ציונה קניג-יאיר שעמדה בראשה, הגדירה את התמקדות הנציבות בטיפול בפערי שכר בין נשים לגברים בשוק העבודה כעניין אסטרטגי. לא הייתה זו בחירה מקרית, לאור עברה של ציונה כמנכ"לית שדולת הנשים וכמי שפעלה למען זכויותיהן של נשים בעבודה. עו"ד ג'נט שלם, מהנציבות, סיפרה כי הנציבות קיבלה פניה משדולת הנשים להצטרף לעתירה.<sup>72</sup> מחד גיסא, ציונה הדגישה כי הגשת עמדה מטעם הנציבות הייתה מתבקשת:

אני באופן אישי, לא ישנתי טוב עם הפרשנות של בית הדין הארצי, חשבתי שלא נכון ככה שפירשו ומדובר בשני חוקים שנועדו להיאבק לשוויון [...] כשהגעתי לנציבות שרק הוקמה, הייתי אני וג'נט ולקחנו על עצמנו לפעול בשלושה נושאים שביניהן זכויות נשים [...] אחרי הפסיקה של בית הדין הארצי, שהייתה בה אמירה פחות טובה לנושא השוויון של נשים בישראל, היה ברור שהנציבות צריכה להצטרף.<sup>73</sup>

אך מאידך גיסא הצטרפות הנציבות לא הייתה טריוויאלית. ג'נט סיפרה:

הן היו צריכות לשכנע אותנו, כי הנציבות יש לה סדר עדיפויות, אנחנו לא עובדות על כמה תיקים במקביל, אלא על תיק שהוא הכי עקרוני ולכן צריכות [להשתכנע] למה התיק הזה דווקא עדיף על פני השאר. דיברתי עם אורית כמה פעמים ועם עו"ד כלב, היה הרבה הלוך ושוב אם להצטרף או לא ובסופו של דבר השתכנענו לאחר שאנחנו עם עצמנו זיקקנו את השאלה המשפטית.<sup>74</sup>

המאמץ המשולב של השותפות לדרך לא אופייני בגישה זהה: גישתן של העותרות הייתה לוחמנית יותר ואילו הנציבות, כזרוע של המדינה, ניסתה להוביל שינוי מתוך הממסד. לדברי ציונה:

כן, שותפות לדרך. אבל התפקיד שלהן [של עורכות הדין המייצגות את העותרות] שונה, ה-DNA שלהן שונה משלי, הן מייצרות חורבן במערכת כדי ליצור שינוי חברתי, ואנו משתמשות במערכת להוביל לשינוי.<sup>75</sup>

למרות המורכבות שנבעה מהאופי השונה של הגורמים שנטלו חלק בעתירה, לקשר האישי ולעמדות הערכיות של עורכות הדין בדבר החשיבות של קידום השוויון המגדרי בשוק העבודה היה ערך.<sup>76</sup> היחסים בין המשתתפות והשותפות הערכית גם הבטיחו כי אף על פי שלא הוצגה עמדה וזה אחת, המאמץ לקידום השוויון המגדרי נשוא העתירה – משותף.<sup>77</sup> עמדת הנציבות גובשה בתוך דיונים פנימיים במשרד המשפטים. מאחר שזהו גוף ממשלתי, עורכות הדין של הנציבות היו צריכות לשכנע תחילה את משרד המשפטים לתמוך בהגשת עמדה של הנציבות כנגד החלטת בית הדין הארצי לעבודה. זו הייתה הפעם הראשונה שהוצגה עמדה מטעם הנציבות לבית המשפט, שלמעשה ייצגה את עמדת המדינה.<sup>78</sup> התנהל שיח עם משרד המשפטים שעיקרו נסב סביב הפרשנות הראויה לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כדי לגייס את משרד המשפטים למהלך. מנקודת המבט של ציונה וג'נט, גיוס משרד המשפטים היה קריטי להצלחת העתירה.<sup>79</sup> בראייתן, "אם שכנעת את משרד המשפטים, שכנעת את בית המשפט".<sup>80</sup> לכן הן פעלו לגיבוש עמדה משפטית שתהיה מקובלת על משרד המשפטים ועיקר עבודתן הייתה "פנימית" בתוך המדינה. כך תיארה זאת ציונה:

התפקיד של הנציבות הוא תפקיד פנים ממשלתי לשינוי משפטי והעמדה הייתה צריכה להיות עמדה משפטית המגלמת ממלכתיות ומביאה את הפרשנות המשפטית הממשלתית. העמדה צריכה להיות סובייקטיבית לעמדת השוויון ולצד זה היא צריכה לראות את המקום של המדינה כמדינה שוויונית, לראות את תפקיד המדינה כסוכן השינוי בעניין ולא כמשמרת את המסגרת. הרבה פעמים הממשלה משמרת את הקיים, והנציבות רואה עצמה כמשנה חברתית ולכן אנו שונים מגופים אחרים, תחת המגבלות הממלכתיות. לנציבות יש הבנה להוביל תהליך פנים ממשלתי לשינוי [...] עשינו עבודה קשה ותהליכית למול משרד המשפטים ומשרד המשפטים הסכים לעמדה כעמדת המדינה [...] ההתגייסות של להכניס את משרד המשפטים זה מה שהוביל להצלחת התיק.<sup>81</sup>

ג'נט סיפרה כי בתחילת הדרך החזיקה הנציבות בעמדת המיעוט של הנשיא אדלר ושל העותרות, אך משרד המשפטים לא קיבל עמדה זאת, ולאחר דיונים ממושכים עם משרד המשפטים זוקקה עמדת המדינה בדבר הפרשנות הראויה בין שני דברי החקיקה שבנדרון. למעשה גובשה "עמדת ביניים",<sup>82</sup> כפי שכונתה על ידי הנציבות, בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט בבית הדין הארצי, ולפיה עמידה בחוק שכר שווה מקימה "ראשית ראייה" לפי סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.<sup>83</sup> לפי עמדת הנציבות, יש לפתח חזקה עובדתית ולפיה משהוכח שעובדת קיבלה שכר נמוך מעובד, עבור אותה עבודה או עבודה שוות ערך, אז הנטל להוכיח כי אין המדובר באפליה עובר למעסיק, ואם המעסיק לא ירים נטל זה, תהפוך החזקה העובדתית לחלוטה וייקבע שהאפליה בשכר הייתה מחמת מינה של העובדת. עמדה זו הייתה שונה מעט מעמדת העותרת, שטענה, בין היתר, כי די היה בפער של 35% כדי לעמוד בנטל הנדרש בשני החוקים.<sup>84</sup>

### ג. תוצאת פסק הדין ומשמעותו

בג"ץ גורן קבע כי חוק שכר שווה וחוק שוויון ההזדמנויות נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון המגדרי בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעסיק להפלות בין עובדים לעובדות.<sup>85</sup> עם זאת, נקבע כי אין די בעמידה בחוק שכר שווה כדי לעמוד גם בחוק שוויון ההזדמנויות. נקבע כי חוק שכר שווה קובע חזקה חלוטה שלפיה פערי שכר מגדריים, שלא עלה בידי המעסיק להצדיק, נובעים ממין. נקבע כי חזקה זו אינה קבועה בחוק שוויון ההזדמנויות, המציב רף ראייתי גבוה יותר להוכחת אפליה ואף פיצוי גבוה יותר במקרה שהוכחה.<sup>86</sup> אבל, נקבע כי הוכחה לפי חוק שכר שווה עשויה להוות "ראשית ראייה" לצורך הוכחת האפליה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ומכאן שהנטל להוכיח שלא מדובר באפליה עובר מכתפי העובדת אל המעסיק. פסק הדין מהווה תקדים המסדיר את היחס בין עילות התביעה השונות בעניין אפליית נשים בהקשר של פערי שכר.

בג"ץ אימץ אפוא בפסק דינו את מה שכינה כ"עמדת הביניים" שהציגה הנציבות,<sup>87</sup> ולפיה כאשר הוכחה עובדת קיומו של פער בשכר בין העובדת לבין עובד אחר, חרף ביצועה של עבודה שוות ערך, תומכים שיקולי מדיניות משפטית ראויה בהעברת הנטל למעסיק להוכיח שאין המדובר באפליה מחמת מין. משנקבע כי עמידה בחוק שכר שווה מהווה "ראשית הראייה" לאפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות, הרי שאם המעסיק לא יעמוד בנטל המוטל עליו להפריכה, ניתן לקבוע כי האפליה הייתה מחמת מינה של העובדת. במקרה דנן, נקבע כי הוכחת התביעה לפי חוק שכר שווה על ידי אורית, עומדת ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אל כתפי המעסיק.<sup>88</sup> הנשיאה ביניש הוסיפה וקבעה, כי כאשר ישנם פערים משמעותיים בשכר, כפי שקיימים במקרה דנן, המעסיק לא יוכל לעמוד בנטל המוטל עליו להוכיח שמינה של העובדת לא שימש שיקול בקביעת שכרה, שעה שהוא נשען אך ורק על כך שהעובד והעובדת ביקשו שכר שונה בעת המשא ומתן.<sup>89</sup> בכך עמדתה

מתקרבת, בנסיבות של פערים משמעותיים בשכר, גם לעמדת העותרות שהדגישו כי לא ניתן להתלות במשא ומתן השוקי כהגנה.

עמדת בג"ץ, אם כן, הינה מעט יותר "מתונה" מאשר עמדת המיעוט בבית הדין הארצי או מזו של העותרות שביקשו להכריע שדי בפער משמעותי בשכר ומבלי שהוכח אחרת, כדי לקבוע כי עסקינן באפליה על פי חוק שוויון הזדמנויות. עם זאת, חשיבותו הפרקטית של פסק הדין בבג"ץ נעוצה בהקלת נטל ההוכחה על התובעות בגין אפליה ביחס לפסיקת בית הדין הארצי. אין עוד צורך להוכיח כי המעסיק נוהג במדיניות מפלה, אלא די בכך כי קיים אי-שוויון בשכר, כדי להוות ראשית ראייה לאפליה. במצב כזה מוטל על המעסיק להצדיק את אי-השוויון בטעמים רלוונטיים. חשיבות ההכרעה בכך שעובדת איננה צריכה להוכיח מעין "כוונה להפלות" של המעסיק, כפי שנדרשה לעשות בפועל על פי הכרעת בית הדין הארצי, וכי הנטל המוטל עליה להוכיח אפליה הוקל. הקלה זו חשובה במיוחד לנוכח פערי מידע ביחס למדיניות מעסיקים. העברת הנטל חשובה גם לאור העובדה שהיא מטילה אחריות על מעסיקים לקיים פערי שכר מגדריים מטעמים רלוונטיים בלבד. בקביעה זו יש אפוא פוטנציאל להתמודדות טובה יותר עם תופעת פערי השכר המגדריים מאשר בקביעת בית הדין הארצי. למעשה, על פי פסיקתה של הנשיאה ביניש, טוב יעשו מעסיקים אם יבדקו כי השכר המשולם על ידם איננו נגוע בפערים מגדריים, לבל ייתפסו ברשתו של חוק שוויון הזדמנויות.

ביחס לחוק שכר שווה, העירה הנשיאה כי חופש ההתקשרות עלול להביא להנצחת התוצאה הלא שוויונית של פערי שכר מגדריים בשוק העבודה, באופן המקבע את התופעה הפסולה של פערי שכר מגדריים. עמדתה של הנשיאה מציבה אפוא עמדה נורמטיבית ברורה לגבי היחס שבין המשפט לשוק, שכן היא אינה מקבלת את עמדתה של השופטת וירט-ליבנה שלפיה המשא ומתן השוקי יכול להוות טענת הגנה לפי חוק שכר שווה. היא מבהירה כי ההתמודדות עם החשש שהביעה שופטת בית הדין הארצי בדבר אי-קבלתן של נשים לעבודה משום הפגיעה בחופש ההתקשרות, נעוץ באכיפה נחושה של חוקי השוויון בעבודה ולא בהכפפת חוקי השוויון לחופש ההתקשרות.<sup>90</sup>

## ד. רפלקציה על מאחורי הקלעים של פסק הדין: מה ניתן ללמוד מהסיפור הפרטני על יצירת שינוי משפטי?

מעבר לטיעונים המשפטיים המהותיים, המשכנעים כשלעצמם, ולהבנת "נוסחת הצדק" שאליה בג"ץ יוכל להתחבר, ניתן להצביע על כמה היבטים מרכזיים שתמכו בהולדת השינוי המשפטי הפרוגרסיבי, בנסיבות המקרה הנן. מעמדה של ה"לקוחה" כשותפה, גיוס המדינה, ובעיקר המאמץ המשולב בין הגורמים והשותפות הערכית ביניהם, הובילו במידה משמעותית לפסיקה.

## 1. מעמדה של הלקוחה כשותפה

עריכת דין חברתית מאופיינת לרוב בייצוג לקוחה על ידי עורכות דין חברתיות או ארגונים חברתיים. לרוב, יחסי עורכת דין-לקוחה מאופיינים בסוג של היררכיה ברורה, הנובעת מהעמדה החברתית השונה שביניהן וכן מהידע ומהשליטה של עורכת הדין ברזי המשפט מצד אחד, ומחוסר הידע המשפטי של הלקוחה מצד שני. במקרים כאלה מוטלת על עורכת הדין אחריות מוגברת, מכיוון שחוסר הידע, המיומנות, הכסף, הניסיון, ולעיתים אף השאיפה לרצות את עורכת הדין, מניעים את הלקוחה המוחלשת לרוב לסמוך על שיקול הדעת הבלעדי של עורכת הדין.<sup>91</sup>

לעיתים במשך התהליך לקוחות עלולות לאבד את "קולן".<sup>92</sup> כתיבה פמיניסטית מאירה כי האחריות של עורכת הדין היא "לשמוע" את קולה של הלקוחה ולקיים עימה דיאלוג ביחס לדרכי הפעולה בתיק.<sup>93</sup> אחריות עורכת הדין מתגברת כאשר מתווספת אליה גם המטרה הציבורית,<sup>94</sup> ויש לשקול גם את ההשלכות החורגות מעניינה האישי של הלקוחה, כמו האם מדובר במקרה המבחן המתאים? האם כדאי להשקיע משאבים במקרה לנוכח הסיכונים הטמונים בו? האם פסק הדין יכול להביא להנצחת פערי הכוחות?<sup>95</sup> שיקולים כאלה ליוו את עו"ד ארנה ליין והובילו לדילמה האם אכן לעתור לבג"ץ מלכתחילה.

עם זאת, במקרה דנן, היחסים שנקמו בין עורכות הדין ללקוחה וההקשבה לקולה של הלקוחה הניעו את הצוות המשפטי ו"הכריעו" למעשה את הדילמות של הגורמים המקצועיים. אורית תפקדה כ"מלמד הבקר", כמי שהובילה את הצוות המשפטי, ליכדה אותו ואף "הדביקה" אותו בלהט ובאמונה בצדקת הדרך. אורית כמובן גם שאבה אמונה מעורכות הדין בנקודות זמן שונות, אך באופן כללי תפקדה כמי שמניעה את הצוות לפעולה.

המרכזיות של אורית בהליך מחד גיסא, והפיכת המטרה הציבורית למרכזית מאידך גיסא, בולטת במיוחד לנוכח העובדה שהעתירה לבג"ץ הוגשה כ-14 שנים לאחר שאורית גילתה את פערי השכר, ולאחר שהיא כבר ניהלה הליכים משפטיים בבתי הדין לעבודה במשך כמעט עשור. ניתן היה לצפות כי "הלקוחה" תתיימש לאחד שנים כה רבות בתוך המאבק המשפטי, כשהיא מכירה ומבינה את המגבלות המשפטיות על בשרה, וכשקיים מרחק של זמן רב מהפגיעה עצמה. אולם, ככל שההליך התקדם ומשך סביבו עניין ציבורי, אורית הבינה את המשמעות הפמיניסטית הציבורית שהוא טומן בחובו.

אורית כ"לקוחה" הייתה שותפה מרכזית בניהול המערכה, נעה מתוך תחושת צדק ואמונה ביכולתה וביכולותיהן של הנשים שלצידה, להוביל לשינוי לטובת ציבור הנשים. בשלבים שבהם ארנה הייתה מהוססת, אורית הלקוחה חיזקה את עורכות דינה והחזירה להן את האמונה כי על אף המגבלות המשפטיות, המטרה הצודקת והחשיבות הציבורית של התיק צריכות לפנות הצידה כל מחסום, לטובת מציאת הדרך לפתרון משפטי ראוי. כמובן זה, אורית לא הייתה לקוחה קונבנציונלית, המשחקת תפקיד משני לעומת עורכת הדין בהתחוללות המשפטית,<sup>96</sup> אלא לקוחה פעילה בהליך המשפטי והחברתי,

כזו המהווה שותפה מניעה בצומתי החלטות ביחס לייצוג, ליצירת קואליציות, לטענות המושמעות ולסעד המתבקש.

עורכות הדין ראו באורית כוח מניע, ושותפה לתהליך. בכך, הגמישה ארנה את ההיררכיה המאפיינת לרוב יחסים שבין עורכת דין ללקוחה מוחלשת. משרדה ניסה טיעונים שונים, ונטענו רק אלה שאורית הזדהתה עימם. כמו כן הסכמתה של אורית לוותר על הסעד לא הייתה מובנית מאליה לארנה. ומנגד, בסופו של יום, מדובר בקבלתה של אורית את העמדה המקצועית-משפטית של עורכת הדין ביחס לנחיצותו של הוויתור על הפיצוי. ניכר כי היחסים בין אורית לעורכות דינה התאפיינו בהערכה הדדית רבה. נרקמה ביניהן מערכת יחסים דינמית, ושיתופית יחסית, והשיתופיות הזו הצמיחה במידה רבה את ההצלחה בכג"ץ.

## 2. התרומה שבגיוס המדינה

לצד ההכרח בעבודה המשפטית מטעם העותרות, עבודה "מבפנים" הוכחה במקרה דנן כדרך אפקטיבית לחולל שינוי משפטי. למרות הדיכוטומיה שמצטיירת לפעמים בין עריכת דין חברתית לבין המדינה, נראה כי לעורכי דין חברתיים הפועלים במסגרת המדינה עשוי להיות תפקיד חשוב ביצירת שינוי חברתי מתוך המדינה עצמה.<sup>97</sup> להצטרפותה של הנציבות לעתירה ולעמדתה הייתה השפעה משמעותית על תוצאות פסק הדין. הנציבות גישרה בין עמדתן של אורית ושדולת הנשים לבין זו של בית הדין הארצי לעבודה,<sup>98</sup> והעמדה שהציגה הנציבות בתיאום עם משרד המשפטים התקבלה ברובה על ידי בית המשפט, בסופו של יום.

נראה כי נוכחותו של משרד ממשלתי האמון על נושאים חברתיים, אשר בעבר היו שמורים לחברה האזרחית בלבד, מאפשר גם ערוץ נוח יחסית לשיתופי פעולה עם מטרות של ארגונים חברתיים ועריכת דין חברתית מחוץ למדינה,<sup>99</sup> וכי ככל שעורכי הדין מתוך המערכת המדינתית מחוברים לעשייה לשינוי חברתי, תהיה לכך השפעה גם על המדינה.<sup>100</sup> אין זה מקרי, אם כן, שציונה, אשר הגיעה מרקע של עשייה חברתית פמיניסטית, רתמה את המדינה ויחד עם גורמים במשרד המשפטים, חוללו שינוי בבית המשפט.

עם זאת, נראה כי לפעילות מ"בפנים" מגבלות משלה. לפעילות מתוך המדינה כוח להשפיע אך גם כוח ממתן.<sup>101</sup> לא פעם נטען כי לעורכי הדין שפועלים מתוך המדינה יש יכולת להניע שינויים חשובים אך לעיתים מתונים יחסית, להבדיל משינויי עומק ודיקליים יותר.<sup>102</sup> במקרה דנן, הנציבות פעלה במסגרת ממשלתית ממלכתית והציעה פתרון נקודתי של הבהרת נטלי הראיה. זה שינוי חשוב אך מתון. עמדה מרחיבה, שנגלית מתוך כתבי הטענות של העותרות בדבר האחריות של מעסיקים להבטיח את השוויון המגדרי בשכר, הייתה יכולה לחולל שינוי דרמטי יותר. יתר על כן, מפני שלעיתים נדמה כי משהושג תקדים משפטי, הושגה גם התוצאה של מיגור אפליה,<sup>103</sup> קיימת גם אפשרות שיש בעמדות מתונות אלה כדי להשריש הלכה משפטית מתונה.



### 3. מאמץ משולב מתוך תפיסה ערכית פמיניסטית

הדבר הבולט ביותר לטעמנו, העולה מהסיפור האישי הוא שהתקדים המשפטי הושג מעת שהצדדים פעלו במאמץ משולב ומש"הסתדרו הכוכבים בשורה". מעבר למזל, נדרש מאמץ משולב בין גורמים שונים התומכים בשינוי כדי להביא את בית המשפט לפסיקה התקדימית. המאמץ המשולב שבו נטלו חלק אורית, משרד עוה"ד ארנה לין, שדולת הנשים והנציבות היה קריטי להצלחת העתירה, ונראה שלו היה פועל כל גורם בנפרד התוצאה הייתה שונה בשני מובנים. ראשית, אלמלא המאמץ המשולב של אורית, ארנה, ברק ושדולת הנשים כנראה לא הייתה מוגשת עתירה מלכתחילה. הנחישות של אורית ויכולתה לגבש את הצוות, ובכלל זה ההירתמות של שדולת הנשים למאבק, הנכונות של ארנה לייצג וההצטרפות של ברק לצוות, כולם יחד אפשרו למעשה את הגשת העתירה. שנית, נראה כי אלמלא המאמץ המשולב של העותרות ועורכות דינן מחד גיסא, והנציבות מאידך גיסא, העמדה המהותית שהייתה מתקבלת בפסק הדין הייתה שונה. ודוק, אין הכוונה לכך שהמאמץ המרוכז בין הגורמים השונים התבטא בתיאום מוחלט או בעמדות זהות ואחידות. להפך, העובדה שהעמדה של אורית, כפי שבאה לידי ביטוי באמצעות עורכות דינה, הייתה מעט רחבה יותר, אפשרה בכלל לראות בגישת הנציבות גישת "ביניים" מאוזנת בין עמדתה של אורית לעמדת הום סנטר, וככזו שלבג"ץ קל יותר לאמץ. יתר על כן, בסופו של דבר נראה כי אומנם עמדת בג"ץ התקרבה במיוחד לעמדת הביניים של הנציבות, אך גם שאבה השראה מן העמדה של העותרות. העותרות, כזכור, ביקשו כי יוכרע שכאשר קיימים פערים משמעותיים יינתן סעד לפי חוק שוויון ההזדמנויות, ואילו הנציבות סברה כי עמידה בחוק שכר שווה מהווה ראשית ראיה להעברת הנטל לפי חוק שוויון ההזדמנויות. לבסוף, שילבה הנשיאה ביניש בין העמדות וקבעה כעמדת הנציבות כי פער בשכר יהווה ראשית ראיה, וכן כי כאשר ישנם פערים משמעותיים בשכר, המעסיק לא יוכל לעמוד בנטל המוטל עליו להוכיח שמינה של העובדת לא שימש שיקול בקביעת שכרה, שעה שהוא נשען אך ורק על כך שהעובד והעובדת ביקשו שכר שונה בעת המשא ומתן. נראה כי קבלת עמדה זו התאפשרה לאחר שכל גורם הוסיף דבר מה שונה לפסיפס המשפטי שהגיע לפני בית המשפט.

לבסוף, הדבק האידיאולוגי הפמיניסטי שבין העותרות, עורכות דינן והנציבות היווה כוח מניע שסיבכו התלכד המאמץ המשולב, והוא עצמו התאפשר בזכות חוט ערכי מקשר בין כל אחד מהגורמים. אורית, כפמיניסטית מוצהרת, מצאה שפה משותפת עם משרדה של ארנה, הידוע בתמיכתו בזכויות נשים, ועם שדולת הנשים ואף עורכות הדין של הנציבות היו שותפות לאג'נדת השוויון המגדרי. יתר על כן, בעיני ארנה וברק הייתה חשיבות לכך שהמותב נקבע בראשות הנשיאה ביניש, מתוך תחושה שהנשיאה תראה חשיבות במיגור פערי שכר מגדריים בשוק העבודה.

## ה. מה ניתן ללמוד מהסיפור הפרטני על משפט ושינוי חברתי?

בג"ץ גורן הוא סיפור הצלחה בכמה מובנים. ראשית, בתוצאתו – תקדים שהפך את ההלכה של בית הדין הארצי לעבודה ובכך הקל על קבלתן של תביעות לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. שנית, בהליך שהוביל אליו – הליך שהתבסס על שיתוף פעולה בין הלקוחה לבין הצוות המשפטי, ובשותפות ערכית בין העותרות למדינה, אשר גם הביא לביסוס מעמדה של הנציבות. שלישית, בשיח הציבורי שיצר – שיח שגרר גם שינוי חקיקתי, שבא לידי ביטוי בתיקון חוק שכר שווה כך שלבית הדין לעבודה הוענקה סמכות לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק ממוני, בדומה לסעד על פי חוק שוויון ההזדמנויות.<sup>104</sup> עם זאת, ולמרות ההצלחה בבג"ץ ותחושת האופטימיות של אורית עם מתן פסק הדין שהנהה הגיע היום שבו נשים וגברים ישתכרו באופן שווה,<sup>105</sup> ניכר כי גם למעלה מחצי עשור לאחר מתן פסק הדין, פערי השכר המגדריים כמעט לא השתנו. בשנת 2017 עמד השכר החודשי של אישה על 68% משכרו של גבר והשכר השעתי עמד על 84%.<sup>106</sup> בעשור האחרון הצטמצמו אומנם פערי השכר החודשיים בין גברים לנשים אך בקצב כזה יידרשו עוד כ-80 שנה לסגירת הפער.<sup>107</sup> אומנם פערים אלה נובעים במידה משמעותית מבידול תעסוקתי, אולם גם במקרים שבהם נשים וגברים עובדים באותם הענפים קיימים עדיין פערי שכר מגדריים.<sup>108</sup>

נראה, אם כן, כי הכוח של פסק דין תקדימי אחד לשנות מציאות חברתית מושרשת, הינו מוגבל. ואומנם ידוע כי ליטיגציה פרטנית מוגבלת ביכולתה להוביל להישגים חברתיים ארוכי טווח, במיוחד שעה ש"הציבור" אינו מוכן לשינוי.<sup>109</sup> במקרה דנן, לא נראה כי ציבור המעסיקים נוקט מדיניות שכר שונה בעקבות פסק הדין. להפך, במציאות החברתית הישראלית כיום, מעסיקים עדיין לא הפנימו את שכיחות תופעת פערי השכר המגדריים ואת חובתם לשלם שכר שווה.<sup>110</sup> מציאות זו מאכזבת במיוחד משום שהעיקרון שבשורש ההליך המשפטי, דהיינו שיש לשלם שכר שווה לנשים ולגברים המבצעים את אותה עבודה בדיוק, הוא עיקרון ליברלי, ולא קונטרוברסלי במיוחד (בניגוד לכך, למשל, העיקרון של שכר שווה בעבור עבודה שוות ערך הוא עיקרון שנוי יותר במחלוקת).<sup>111</sup> ועם זאת, אין צורך לנטוש כליל את הרעיון של המשפט ככלי בעל השפעה לשינוי חברתי.<sup>112</sup> יותר נכון לטעמנו לראות בפסק הדין אבן דרך חשובה בתהליך שטרם בא אל סיומו, שבו למשפט יש תפקיד. אך מכיוון שהחלטה אחת של בית המשפט חסרה את היכולת לחולל שינוי חברתי מעמיק, ייתכן שהפתרון טמון בריבוי תביעות בקשר לאפליה מגדרית בשכר. התקדים של גורן עשוי לסייע בכך.<sup>113</sup>

לצד זאת, הסיפור שמאחורי הקלעים גם מלמד עד כמה קשה לזכות, בהקשר זה, בסעד בבית המשפט, ועד כמה, לצד המאמץ, יש צורך גם ש"כל הכוכבים יסתדרו בשורה". כמוכנים רבים המקרה של אורית איננו מקרה טיפוסי. ראשית, משום שלרוב, נשים וגברים אינם עובדים באותן עבודות ממש, ואף אם כן, לרוב, עמיתים לעבודה במקום עבודה פרטי אינם מגלים לעמיתותיהם כמה הם משתכרים.<sup>114</sup> בהיעדר מידע על פערי שכר, קשה לתבוע. שנית, משום שלרוב, פועל האפקט המצנן שתביעה עלולה לגרום

לאובדן מקום העבודה. אורית לא ראתה עצמה בטווח הארוך כעובדת הום סנטר ולכן התאפשר לה בכלל לתבוע. שלישית, אורית השקיעה שנים במאבק, והצוות שאיגדה סביבה היה צוות מובחר שבמובחרים. רביעית, משום שגורמים במגזר הפרטי, השלישי והמדינה חברו יחד למטרה משותפת, ולבסוף, גם כי "הכוכבים הסתדרו בשורה". ולכן, כדי למגר פערי שכר ולעודד תביעות של עובדות, יש צורך לחשוב על מנופים נוספים. במדינות שונות רווחת היום מגמה המתבטאת בחקיקה המחייבת שקיפות של מעסיקים בנושא פערי שכר מגדריים, תוך איסוף נתונים או עריכת סקרים בדבר פערי שכר מגדריים ודיווח על כך לגופים ממשלתיים או לאיגודי עובדים.<sup>115</sup> בישראל, הניסיון לקדם חקיקה שתחייב מעסיקים פרטיים לדווח על פערי שכר מגדריים, לא צלח עד כה.<sup>116</sup> לאחרונה, איסלנד התקדמה צעד נוסף, וקבעה כי מעסיקים המעסיקים 25 עובדים ומעלה, יצטרכו לקבל אישור תקופתי מרשות ממשלתית כי הם משלמים שכר שווה לגברים ונשים.<sup>117</sup> על אף היותה מדינה שבה פערי השכר המגדריים קטנים יחסית, הממשלה האיסלנדית ביקשה בקביעה זו להביא לצמצום מלא של הפערים. מדיניות זו מיטיבה להביא בחשבון את הקשיים העומדים בפני עובדת המופלית בשכר ואת המאמץ (והמזל) הכבירים הנדרשים כדי לזכות בסעד בבית המשפט. יתר על כן, נסיבותיו של בג"ץ גורן, וחוק שוויון ההזדמנויות עוסקים בעיקר בהשגת שוויון ליברלי, שוויון במקרים שבהם גברים ונשים עוסקים בדיוק באותה עבודה, אך אינם משנים את המציאות הממוגדרת, שלפיה תדיר נשים וגברים אינם עובדים באותן עבודות ועל כן יתקשו לקבל מענה במסגרת הנורמטיבית של חוק שוויון ההזדמנויות. חשיבה מחודשת על הערך הניתן לעבודות "נשיות" ו"גבריות" הינה רלוונטית כדי להתמודד עם מציאות ממוגדרת זו. ניתן לראות בסיפור המעשה של בג"ץ גורן כמסמל עריכת דין מוצלחת לשינוי משפטי, הן במובן התוצאה המשפטית העקרונית והן ככזה שהונע על ידי הלקוחה ועל ידי צוות תומך, משתף ומובחר של עורכות דין, שהצליחו לגייס גם את המדינה לתמיכה בעמדתן, ולבסוף גם את בית המשפט העליון. עם זאת, ולמרות ההצלחה, נראה כי הדרך להשגת שוויון מגדרי בשכר עוד ארוכה, וכי בג"ץ גורן מהווה מרכיב אחד במסע שטרם בא אל סיומו.

## הערות

- 1 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום-סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 17.5.2012) (להלן: בג"ץ גורן).
- 2 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- 3 ע"ע 1156/04 הום-סנטר (עשה זאת בעצמך) נ' גורן (פורסם בנבו, 20.11.2007) (להלן: ע"ע גורן).
- 4 השותפה העיקרית למסע מטעם ארגון שדולת הנשים – עו"ד אודליה לוי-אטינגר ז"ל נפטרה זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעתירה. עו"ד שירלי שלומיק-בבאי שימשה כעורכת דין נוספת מטעם שדולת הנשים באותה עת, אך עו"ד לוי-אטינגר ז"ל היא זו שהייתה פעילה במיוחד בתיק. הנציבות הצטרפה לעתירה כ"ידיד בית המשפט", ראו פרוטוקול הדיון מיום 27.9.2011 בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1. יוער, כי בחרנו להתייחס למשתתפות בשמן הפרטי, כפי שהן עצמן התייחסו אחת אל השנייה.

- כן יוער כי מדובר בצוות נשים בעיקרו, שבו השתתף גבר אחד, ברק, ועל כן בחרנו להתייחס אליהן כ"משתתפות".
- 5 שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" הפרקליט מד 501 (2008).
- 6 דנה נאור-מנדאל פערי השכר המגדריים בסקר הוצאות משק הבית 2012 של הלמ"ס (מרכז אדוה) <http://katzr.net/656dba>.
- 7 נויה רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד 299 (2008) (להלן: רימלט).
- 8 גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" האם המשפט חשוב? 223, 228 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010) (להלן: מונדלק).
- 9 ערכנו ראיונות עם כל משתתפת בנפרד, למעט עם ארנה וברק שהריאיון עימם נערך במשותף. כדי לאפשר שיח פתוח שבו יישמע קולן של המשתתפות, הראיונות כולם היו חצי מובנים עם שאלות פתוחות, וניתן בהם מרחב רב לדוברות לספר את סיפורן. מיקום ומועד הריאיון נבחר על ידי המרואיינות. הראיונות הוקלטו, תוך כדי השיחה כתבנו רשמים, ובתום הריאיון ההקלטה תומללה במלואה. הריאיון עם אורית ארך כשלוש שעות; הריאיון עם ארנה וברק יחד ארך גם הוא כשלוש שעות; הריאיון עם ציונה ארך כשעה וכך גם הריאיון עם ג'נט. הריאיון עם שירלי ארך כחצי שעה. כל הראיונות נערכו בפרק הזמן שבין ספטמבר 2017 לאפריל 2018. לאחר מכן, בספטמבר 2018, נערכה שיחת הבהרה טלפונית עם ברק בסוגיה אחת שנגעה למעורבותו וגם היא תומללה. לבחירה מתודולוגית זו ראו דפנה הקר, מיה לביא-אג'אי ומיכל קרומר-נבו "הזמנה לדיון במתודולוגיות מחקר פמיניסטיות" מתודולוגיות מחקר פמיניסטיות 7 (מיכל קרומר-נבו, מיה לביא-אג'אי ודפנה הקר עורכות, 2014).
- 10 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.
- 11 או "כל תוספת, טובת הנאה, קצובה, מענק, תנאים נלווים, תשלום לכיסוי הוצאות, תשלומים בשל החזקת רכב, שימוש בטלפון, מכסת שעות נוספות, רכישת ספרות מקצועית, ביגוד, שימוש ברכב, או כל תגמול אחר בכסף או בשווה כסף".
- 12 ראו גם בג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. בעקבות בג"ץ גורן החוק שונה בתיקון מס' 5 וקבע כי לבית הדין שיקול דעת להעניק אף פיצויים ללא הוכחת נזק בגין הפרת החוק.
- 13 עב (ת"א) 300880/98 גורן נ' הום-סנטר (עשה זאת בעצמך) (פורסם בנבו, 4.2.2004) (להלן: עב (ת"א) גורן).
- 14 ע"ע גורן, לעיל ה"ש 4, פס' 39 לפסק דינה של השופטת וירת-ליבנה.
- 15 שם.
- 16 שם.
- 17 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט צור.
- 18 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט ארלר.
- 19 ריאיון של אריאן רנן-ברזילי וורדית אבידן עם אורית גורן, העותרת נשוא המאמר 1-2 (4.10.2017) (להלן: ריאיון אורית).
- 20 שם, בעמ' 1-2.
- 21 שם, בעמ' 1.
- 22 שם, בעמ' 2.
- 23 שם, בעמ' 3.
- 24 שם.
- 25 שם, בעמ' 2.
- 26 שם, בעמ' 2: "כשהפסדנו [...] אמרתי לה, מה עכשיו? היא סיפרה לי על אפשרות של בג"ץ, למרות סופיות הדיון, ואמרתי אז יאללה המסע לא הסתיים. אין אופציה אחרת".
- 27 שם.

- 28 שם.
- 29 בעיקרי הטיעון בעל פה מסרו העותרות כי "בשל היות העותרת דלה במשאבים לא התאפשר בידה להגיש את עתירתה זו עד ליום זה". ראו ס' 11 לטיעונים בעל פה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 2. הסיבות להשתהות לא התבררו עד תומן במסגרת הראיונות, אך נראה לנו כי נבעו גם מנסיבות אישיות.
- 30 ריאיון אורית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3.
- 31 שם, בעמ' 2.
- 32 שם: "אני מכנסת העדר. בתנ"ך היה מלמד בקר. הוא היה דוקר את העדר. אני המלמד בקר". מלמד הבקר הוא מקל ארוך שבקצהו חוד שמטרתו לכוון ולזרוז את הבהמה החורשת, באמצעותו מכוונים אותה כדי שתחזור למסלול או מזרזים אותה, באמצעות הנפת המלמד מול עיניה או מתן טפיחה קטנה, בכדי שלא תלך לכיוון אחר. "מלמד הבקר" אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן המרכז – מחדש ומעודכן לשנות האלפים (משה אזר עורך ראשי, 2004). המקור מצוי בשופטים ג 31.
- 33 מערך האכיפה של השדולה מייצג נשים שנפגעו מאפליה בהליכים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה, בהליכי גישור ופשרה, ומוציא מכתבי התראה למעסיקים הפוגעים בזכויות עובדותיהם.
- 34 ריאיון אורית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3.
- 35 שם, בעמ' 3.
- 36 שם.
- 37 שם.
- 38 שם.
- 39 שם, בעמ' 1.
- 40 שם, בעמ' 3.
- 41 ריאיון של אריאן רנן-ברזילי וורדית אבידן עם ארנה לין וברק כלב, עורכי דינה של אורית 1 (11.9.2017), (להלן: ריאיון ארנה וברק). כידוע, ככלל בג"ץ לא יתערב בפסיקות בית הדין הארצי לעבודה; ראו בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673 (1986); בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 72 (1972); בג"ץ 410/76 גאי חרות ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לא(3) 124 (1977); בג"ץ 115/77 הסתדרות מכבי ישראל נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 214, 218 (1977); בג"ץ 123/81 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לו(1) 429, 423 (1982); בג"ץ 608/88 פינקלשטיין נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מג(2) 395, 408 (1989).
- 42 ריאיון ארנה וברק, שם, בעמ' 1. ארנה סיפרה כי זמן העבודה של משרדה הגיע למעל 800 שעות.
- 43 שם, בעמ' 6.
- 44 שם, בעמ' 1.
- 45 תמלול שיחה טלפונית בין עו"ד וורדית אבידן לעו"ד ברק כלב (27.9.2018).
- 46 ס' 1-9, 75, 158 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 47 בג"ץ גורן, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.
- 48 ס' 75 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 49 ס' 20-22 לטיעונים בעל פה מטעם העותרות וס' 1-9 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 50 ס' 38 לטיעונים בעל פה מטעם העותרות בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 51 ס' 1-9 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 52 ס' 74, 182-201 לעתירה וס' 25 לטיעונים בעל פה מטעם העותרות בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 53 ס' 159-173 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
- 54 ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1.
- 55 שם, בעמ' 6.
- 56 שם.
- 57 ריאיון של וורדית אבידן עם שירלי שלומי-מיקובבאי, עורכת דין מטעם "שדולת הנשים" 1 (29.4.2018) (להלן: ריאיון שירלי).
- 58 ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1.

59	סעיף 3 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
60	ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 3.
61	בג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
62	ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 2.
63	שם.
64	שם, בעמ' 5.
65	ריאיון שירלי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2.
66	ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1.
67	ס' 3 לעתירה בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
68	ריאיון ארנה וברק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 3.
69	שם, בעמ' 1.
70	הנציבות הוקמה מכוח סעיף 18א לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
71	נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה – אמות מידה לבחירת תיקים 3-4 (2008) <a href="http://www.employment.molsa.gov.il/Employment/Shivyon/Documents/CriteriaToChooseCases.pdf">www.employment.molsa.gov.il/Employment/Shivyon/Documents/</a>
72	ריאיון של ורדית אבידן עם ג'נט שלם, עורכת דין מטעם הנציבות 1 (30.10.2017) (להלן: ריאיון ג'נט).
73	ריאיון של ורדית אבידן עם ציונה קניג, עורכת דין מטעם הנציבות 1-2 (19.11.2017) (להלן: ריאיון ציונה).
74	ריאיון ג'נט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1.
75	ריאיון ציונה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1.
76	שם.
77	שם.
78	שם.
79	שם.
80	ריאיון ג'נט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1.
81	ריאיון ציונה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1-2.
82	ס' 78 לעמדת הנציבות בבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1.
83	שם, ס' 49, 70-82.
84	בג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
85	שם, פס' 22-23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
86	שם.
87	שם.
88	שם. ראו גם אריאן רנן-ברזילי "בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שוויון הזדמנויות ומחויבויות משפחתיות" מחקרי משפט לא 343 (2017).
89	בג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 24-25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
90	שם.
91	יובל אלבשן "דילמת ייצוג אוכלוסיות מודרות בדרך לתיקון חברתי" מעשי משפט א 153, 157-158 (2008) (להלן: אלבשן).
92	Lucie E. White, <i>Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.</i> , 38 BUFF. L. REV. 1, 45-46 (1990)
93	שם.
94	נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129, 150-156 (2002).
95	שם, בעמ' 166.
96	שם, בעמ' 142.

- Douglas NeJaime, *Cause Lawyers Inside the State*, 81(2) *FORDHAM L. REV.* 649, 659-660 97  
(2012) (להלן: NeJaime).
- עמדת הנציבות כבג"ץ גורן, לעיל ה"ש 1. 98
- NeJaime, לעיל ה"ש 97, בעמ' 668. 99
- שם, בעמ' 661. 100
- שם, בעמ' 698-700. 101
- שם. 102
- מונדלק, לעיל ה"ש 9. 103
- ס' 1 וס' 4 (ב) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד (תיקון מס' 5), התשע"ד-2014, ס"ח 600; אביטל מימון "פסק דין אורית גורן: הדרך הארוכה מהום-סנטר לניצחון היסטורי" **און לייף** 1.10.2011 [www.onlife.co.il/general/44510](http://www.onlife.co.il/general/44510); אודליה לוי-אטינגר "אורית גורן: גיבורה ישראלית" **סלונה** 21.5.2012; bit.ly/2TI7qfS תומר זרחין "בג"ץ: מעסיקים יידרשו לנמק מדוע אשה משתכרת פחות מגבר באותו תפקיד" **הארץ** 18.5.2012 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1710892](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1710892).
- ריאיון אורית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1. 105
- נוגה דגן-בוזגלו ויעל חסון **פערי שכר מגדריים בישראל – תמונת מצב, 2017** (2017) [www.adva.org/wp-content/uploads/2017/05/Gender-Gaps-2017.pdf](http://www.adva.org/wp-content/uploads/2017/05/Gender-Gaps-2017.pdf) 106
- נוגה דגן-בוזגלו ויעל חסון **פערי שכר מגדריים בישראל – תמונת מצב, 2015** (2015) [www.adva.org/wp-content/uploads/2015/12/EqualPay\\_2015-1.pdf](http://www.adva.org/wp-content/uploads/2015/12/EqualPay_2015-1.pdf) 107
- אסנת פיכטלברג-ברמץ "האם ישנם מקצועות בהם נשים משתכרות בדומה לגברים? פערי שכר בין נשים לבין גברים לפי משלחי יד" **משרד הכלכלה** (2016) [www.employment.molsa.gov.il/Research/Documents/X13354.pdf](http://www.employment.molsa.gov.il/Research/Documents/X13354.pdf) 108
- GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 109 (1991). רוזנברג טוען, שבנושאים הקשורים לאפליה על רקע מגדרי בתחום התעסוקה, לא היה שינוי משמעותי בארה"ב, במיוחד בהקשר של פערי השכר בשוק העבודה וזאת על אף מאבקים והישגים משפטיים בנושא. רוזנברג גרס שהדבר נובע מתפיסות חברתיות מושרשות אשר המשפט אינו מסוגל להוקיע. לנוכח זאת, רוזנברג סבור שבאקלים החברתי, בית המשפט לא יכול להיות שחקן יחיד. פסיקה תקדימית, שוויונית ככל שתהיה, חסרה את הכוח הדרוש לצורך יישומה. לדידו יש צורך בשחקנים חיצוניים נוספים, בשינוי מדיניות תהליכית ובגורמי אכיפה. כאשר החברה 1/ או כוחות השוק, לדוגמה מעסיקים, נמנעים מהשינוי החברתי ואף מתנגדים לו, אין לראות בפסק הדין התקדימי ככזה שישנה תפיסות עולם ויוביל לשינוי חברתי מהיר, אלא ככזה שישמש נקודת התחלה.
- חנה קופפר "תפיסות ועמדות מעסיקים בנושא פערי שכר מגדריים" **משרד הכלכלה** (2016) [www.employment.molsa.gov.il/Research/Documents/PearimEmdotMaasikim2016.pdf](http://www.employment.molsa.gov.il/Research/Documents/PearimEmdotMaasikim2016.pdf) 110
- רויטל טרנר "הקץ להפליה מגדרית בשכר: רפורמה מוצעת לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד" **ספר סטיב אדלר** 377 (2016); רימלט, לעיל ה"ש 7. 111
- אורלי לובל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" **מעשי משפט** א 63 (2008). 112
- בינתיים שמונה פסקי דין הזכירו את בג"ץ גורן בהקשר של תביעות לשכר שווה או אפליה בעבודה, עם תוצאות אופרטיביות שונות. ר' סע"ש (ת"א) 52538-07-14 **חביב נ' שטראוס גרופ בע"מ** (פורסם בנבו, 1.11.2015); תעא (י-ם) 1874-09 ברדוגו נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 31.7.2013); סע"ש (ב"ש) 7929-05-16 **אברמוב נ' כל גליל בע"מ קבוצת אמקה** (פורסם בנבו, 3.10.2017); ע"ע (ארצי) 54930-05-12 **גלפר נ' שירותי בריאות כללית בע"מ** (פורסם בנבו, 12.1.2017); ס"ע (ת"א) 47003-12-11 **אלחנני נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים וביוב** (פורסם בנבו, 17.6.2013); סע"ש (ב"ש) 12554-06-14 **אלאשוילי נ' חברת נמל אשדוד בע"מ** (פורסם בנבו, 29.3.2017); ע"ע (ארצי) 1842-05-14 **קידר נ' נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד הכלכלה** 113

- (פורסם בנבו, 6.11.2014); ע"א (ת"א) 3914-10 סלוצקי נ' קו פרויקט ייעוץ הנדסי בע"מ (פורסם בנבו, 9.6.2013).
- 114 ישנם מעסיקים האוסרים על עובדים בחוזים אישיים לשוחח על שכרם עם עובדים אחרים. איסור זה מעצים את פערי המידע. ראו שרון רבין-מרגליות "רגולציה של שיחות בין עובדים על שכרם" **עיוני משפט** ל' (1) 187 (2006).
- 115 נוגה דגן-בוזגלו ויעל חסון **מדיניות לצמצום פערי שכר מגדריים: מבט בינלאומי** 8-9 (2014) [www.adva.org/wp-content/uploads/2015/06/Policy\\_guide\\_mail1.pdf](http://www.adva.org/wp-content/uploads/2015/06/Policy_guide_mail1.pdf)
- 116 שם, בעמ' 10.
- 117 Stefan Olafsson, *Iceland: Equal Pay Certification Legalized*, ESPN FLASH REPORT (2017)