

שוויון האשה העובדת במשפט הקהילייה האירופית והלקח לישראל*

מאת

ד"ר חוה שחור-לנדאו

א. מבוא. ב. המבנה הכללי של הקהילייה האירופית. ג. המשפט הקהילייתי. 1. המשפט החרות. 2. הפסיקה. 3. תביעות עובדים. 4. החלטות טרומיות. 5. מחדלים של מדינות. 6. מהו הלקח לישראל? 1. חוק שכר שווה לעובדת ולעובד. 2. חוק הזדמנויות שוות בתעסוקה... 3. סעדים. 4. אכיפת זכויות. ה. סיכום ולקחים.

א. מבוא

עקרון השוויון בעבודה של עובדים ועובדות קיים רק זמן קצר יחסית. ואין פלא בכך, כי התופעה של אשה העובדת מחוץ לביתה קיבלה ממדים גדולים רק מאז תום מלחמת העולם השנייה, כלומר בארבעים השנים האחרונות. תחילה התייחס העיקרון לבעיית שוויון השכר בלבד. ידועה בנושא זה אמנת ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 100) הדנה בשוויון השכר בין עובדים לעובדות, שנחתמה ב־24 ליוני 1951 והמחייבת למעלה ממאה מדינות באירופה ומחוצה לה. גם ישראל היא צד לאמנה זו מאז 1.9.64.¹ בשלב מאוחר יותר גברה המודעות לאפליה בכל יתר תנאי העבודה כולל קבלה לעבודה, קידום והכשרה מקצועית וכן תנאי העסקה אחרים לרבות פיטורין. אמנת ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 111) משנת 1958 דנה באופן כללי באפליה בתעסוקה וכוללת גם אפליה מטעמי מין. והאמנה בדבר עובדים המטופלים במשפחות משנת 1982 (מס' 156) באה ליישם את האמנה משנת 1958.² היום נהוג לדבר על שוויון הזדמנויות בתעסוקה, הכוללת את מירב ההיבטים, לרבות שכר. במסגרת האזורית האירופית קיימת פעילות רבה בתחום השוויון בעבודה. מלבד

- * הטקירה מבוססת על הרצאת-אורח שנתנה ד"ר חוה שחור-לנדאו בינואר 1983 במסגרת סמינריון על "מעמד האשה" שערכה ד"ר פ' רדאי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964 (ס"ח תשכ"ד 433, עמ' 166) מיישם את האמנה (מס' 100) הנ"ל (כתבי אמנה, כרך 15, עמ' 445). מן הראוי לציין, שאמנות ארגון העבודה הבינלאומי משמשות המריץ למדינות החברות בארגון להתאים את החקיקה הלאומית והמציאות לסטנדרטים המעוגנים באמנות הבינלאומיות.
- 2 הכרות העצמאות וסעיפים 42-43 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, מיישמים את האמנה בדבר אפליה (עבודה ומשלח יד) 1958 (כתבי אמנה, כרך 10, עמ' 27); האמנה משנת 1982 (מס' 156) טרם יושמה בישראל.

האמנה האירופית לזכויות האדם, שנחתמה ב-4 לנובמבר 1950, המניחה עקרונות שוויון כלליים ואינה דנה דווקא בנושא העבודה,³ קיימת האמנה של רומא משנת 1957, שכוננה את הקהיליה הכלכלית האירופית, ובה כלול העיקרון של שוויון השכר בין עובדים לעובדות בסעיף 119. עקרון שוויון השכר ושוויון הזדמנויות בכל יתר תנאי התעסוקה קיבל בשנות השבעים והשמונים תנופה גדולה הן בחקיקה הקהילתית והן בפסיקה. מטרתה של הסקירה שלהלן לזרוק אור על ההתפתחות באירופה ולבדוק אם יש בה משום לקח דגם עבור ישראל.

ב. המבנה הכללי של הקהיליה האירופית

מלבד הקהיליה הכלכלית האירופית, שהוקמה בשנת 1957, קיימות גם הקהיליה האירופית לפחם ולפלדה שהוקמה עוד בשנת 1951 והקהיליה האירופית לאנרגיה אטומית, שהוקמה בשנת 1957. קהילות אלה נוצרו במטרה לקשור את החברות בקשרים הדוקים במגמה להביא לאינטגרציה ביניהן ולא רק לשיתוף-פעולה.

עבור שלוש הקהילות, שמאז 1979 (על-פי החלטת הפרלמנט האירופי) נהוג לקרוא להן בשם הקהיליה האירופית, הוקמו על-פי האמנות המכוננות ואמנת המיזוג משנת 1965 ארבעה מוסדות ראשיים: מועצת השרים, הנציבות, הפרלמנט האירופי ובית הדין הקהיליתי, היושב בלוקסמבורג.

הקהיליה האירופית מקיפה היום 10 מדינות. שש המדינות המקוריות הן: צרפת, גרמניה, איטליה ומדינות הבנלוקס: בלגיה, הולנד ולוקסמבורג. אליהן נתווספו ב-1973 אנגליה, דנמרק ואירלנד וב-1981 גם יוון. אל מניין המדינות האלה חפצות להצטרף גם ספרד ופורטוגל.

משפט הקהיליה חל בנוסף על 10 המדינות החברות עצמן גם על 270 מיליון נפש — וזאת על-פי האמנות שעליהן מיוסדת הקהיליה.⁴ בסקירה שלהלן נחלק את הדין למשפט הקהיליתי החרות ולמשפט הקהיליתי כפי שהתפתח בפסיקה בית הדין הקהיליתי.

ג. המשפט הקהיליתי

1. המשפט החרות

המשפט החרות מתחלק במסגרת המשפט הקהיליתי לשתי קבוצות: (א) הוראות המעוגנות באמנה המכוננת, היא אמנת רומא משנת 1957; (ב) הוראות שהתקינו הגופים ה"מחוקקים" של הקהיליה — המועצה והנציבות — בצורת תקנות או הנחיות על-פי סעיף 189 לאמנת רומא.

3 ישראל אינה יכולה להצטרף לאמנה אזורית זו.

4 סעיף 189 של אמנת רומא משנת 1957 (17 UNTS מיום 25.3.57, עמ' 294) קובע, שבסמכות המועצה והנציבות של הקהיליה להתקין תקנות, להוציא הנחיות ולהחליט החלטות מחייבות ברחבי הקהיליה.

(א) ההוראות המעוגנות באמנת רומא, 1957

העיקרון של שכר שווה עבור עבודה שווה לעובדים ולעובדות קיבל ביטוי בהוראות סעיף 119 כדלקמן:

"כל מדינה חברה תבטיח במשך השלב הראשון ותקיים לאחר מ זאת את העיקרון שגבר ואשה יקבלו שכר שווה עבור עבודה שווה. לצורך סעיף זה 'שכר' מובנו המשכורת (השכועית או החודשית) הבסיסית או המינימלית וכל תמורה אחרת במזומנים ובטובין שהעובד מקבל, ישירות או בעקיפין, מן המעביד בגין עבודתו. שכר שווה ללא אפליה מטעמי מין מובנו:

(א) שכר עבור עבודה שווה כשהתשלום הוא לפי התוצרת שתחושב על בסיס אותה יחידת חישוב.

(ב) השכר המשולם עבור עבודה על-פי יחידת זמן יהיה שווה לגבי אותה עבודה".

ההגדרה של "שכר" וכן של "עבודה שווה" שימשו נושא לדיונים בפסיקה כפי שנראה

בהמשך.

הוראות סעיף 119 מופיעות בחלק האמנה הדן בשאלות סוציאליות. ברם, עיקר מטרתו בעת היכנס האמנה לתוקפה היה כלכלי — למנוע היווצרות תחרות בין המדינות החברות להודת שכר העבודה עקב העסקת נשים. במרוצת השנים קיבל הסעיף משמעות חברתית-משפטית והושם דגש על זכויות הפרט, שוויון ואי-אפליה מטעמי מין.

בצורה פאראדוקסלית זכו זכויות האשה ליישום דווקא בשנות השבעים, שנות המיתון הכלכלי והאבטלה באירופה שכאו בעקבות משבר האנרגיה שלאחר מלחמת יום הכיפורים ב-1973.

סעיף 119, הודע כבר משנות החמישים, התחיל לקרום עור וגידים דווקא בעשור האחרון, מאז 1975, בצורה של חקיקה קהיליתית.

(ב) ההנחיות הקהיליות

החקיקה של הקהילייה כוללת שלוש הנחיות חשובות בנושא עבדת נשים. אך לפני שנתאר את ההוראות עצמן, עלינו להסביר מדוע האצילו המדינות החברות בקהילייה לגופים המשותפים סמכויות של ריבונות בתחום החקיקה בנושאים הנופלים בתחום פעולתה.

סעיף 189 של אמנת רומא קובע, שהמועצה והנציבות רשאים להתקין תקנות, להוציא הנחיות ולהחליט החלטות בתחום המשפט הקהיליית. חיקוקים אלה מחייבים את המדינות ואת האזרחים בתוכן בכל רחבי הקהילייה.

התקנות על כל חלקיהן מחייבות את המדינות והאזרחים מיום פרסומן בעיתון הרשמי של הקהילייה. אורח רשאי להסתמך עליהן ישירות כפי שהוא רשאי להסתמך על חוק המדינה. ההנחיות מחייבות את המדינות החברות בכל הנוגע למטרות שמדובר בהן. ברם, האמצעים ליישומן וצורת יישומן נתונים בידי המדינות החברות. לפיכך מתעוררת לעתים קרובות השאלה אם הנחיה זו או אחרת חלה ישירות על הפרט, כך שהאחרון רשאי להסתמך עליה בפני בתי המשפט הלאומיים גם לפני שנגקטו דרכי יישום לאומיים. סוגיה זו התעוררה בהקשר לתחולתן הישירה במישור הלאומי של ההנחיות בעניין

שוויון השכר ושוויון ההזדמנויות.⁵ בתחום של עבודת נשים נתקבלו ההנחיות האלה: (1) ההנחיה הראשונה⁶ של המועצה דנה ב"התאמת החוקים של המדינות החברות לגבי החלת העיקרון של שכר שווה לגברים ונשים". ההנחיה מגדירה את העיקרון של שכר שווה. עבור עבודה שווה או עבודה שאפשר לייחס לה ערך שווה יש לשלם שכר שווה באופן שכל אפליה מטעמי מין תימנע לגבי כלל ההיבטים של תנאי המשכורת. במיוחד כאשר קיים ניתוח עיסוקים (job classification system) במטרה לקבוע את השכר חייבים קני-המידה להיות זהים לגבי עובדים ועובדות בצורה שתמנע אפליה מטעמי מין.

עד ה־12 לפברואר 1976 היו חייבות כל המדינות החברות לבטל את ההוראות הלאומיות המפלות לגבי שכר שווה, בין שהיו אלה הוראות חקיקתיות, תקנות או הוראות מנהליות. על המדינות החברות היה גם להבטיח שאפליות שנכללו בהסכמים קיבוציים, בשערי משכורת (wage scales), בהסכמי שכר או בחוזים אישיים יבוטלו לאלתר או יתוקנו.

ואכן, כל המדינות החברות (למעט יוון שהצטרפה לקהילייה בשלב מאוחר יותר) קיבלו חיקוקים לאומיים בדבר שוויון בשכר וביחר תנאי העבודה לפני התאריך שנקבע בהנחיה או לאחריה.⁷ ההנחיה חלה על המגזר הציבורי ועל המגזר הפרטי כאחד.

להנחיה הראשונה, שעניינה שכר שווה עבור עבודה שווה (Equal Pay Directive) נתלוו שתי הנחיות נוספות שאינן מעוגנות בסעיף 119 של האמנה, כי אם בסעיף האצלח סמכויות כלליות⁸ (סעיף 235 של אמנת רומא), שכן היקפן רחב יותר מן ההוראות בדבר שכר שווה.

5 Case 43/75 *Defrenne v. SABENA* (1976) E.C.R. 455

6 Council Directive 75/117 (10 Feb. 1975) Official Journal no. L. 45 p. 19 (19.2.75)

7 ראה פרסומי החקיקה של ארגון העבודה הבינלאומי: BELGIUM: Economic Reform Act of 4 August 1978: Title V Equality of Treatment in all conditions of work including pay. ILO Leg. Ser. 1978 – Bel. 2; DENMARK: Equal Pay Act of 4 February 1976. ILO Leg. Ser. 1976 – Den. 1 and Equal Treatment Act (nos. 161, 162, 163) of 12 April 1978. ILO Leg. Ser. 1978 – Den. 3; FRANCE: Law No. 72-1143 of 22 December 1972 (Equal Pay) ILO Leg. Ser. 1972 – Fr. 3; IRELAND: Anti-Discrimination (Pay) Act, 1974. ILO Leg. Ser. 1974 – Ire. 1. The Employment Equality Act, 1977. ILO Leg. Ser. 1977 – Ire. 1; LUXEMBOURG: Grand Ducal Regulation of 10 July 1974 on Equal Pay; Equal Treatment Act of 8 December 1981. ILO Leg. Ser. 1981 – Lux. 1; NETHERLAND: Equal Wages for Men and Women Act of 20 March 1975. ILO Leg. Ser. 1975 – Neth 2; UNITED KINGDOM: The Equal Pay Act, 1970. ILO Leg. Ser. 1970 – U.K. 1 and the Sex Discrimination Act, 1975. ILO Leg. Ser. 1975 – U.K. 1 Professional Equality for Men and Women Journal Officiel, 14 juillet 1983, pp. 2176 et seq. ITALY: The Italian Act No. 903 covers also equal pay (Article 2). ILO Leg. Ser. 1977 – It. 1; GERMANY: The German Equality Law of 1980 covers the two Community Directives. ILO Leg. Ser. 1980 – Ger. Fed. R. 3

8 סעיף 235 מסמך את המועצה לנקיט את האמצעים הדרושים על מנת להשיג את מטרת הקהילייה באותם מקרים שבהם אין הסמכה מפורשת.

(2) ההנחיה השנייה היא משנת 1976⁹ ודנה ב"יישום העיקרון של תנאי עבודה שווים לגבי עובדים ועובדות בכל הנוגע לשוויון הזדמנויות בקבלה לעבודה, בקידום ובהכשרה מקצועית ובתנאי תעסוקה שווים" (הנחיה בדבר שוויון בתנאי תעסוקה – Equal Treatment Directive). ההנחיה השנייה מתייחסת גם לתנאי הפיטורין, אך אינה דנה מפורשות על גיל הפרישה לגמלאות. גיל הפרישה, כפי שנראה להלן, נשאר לפי שעה לשיקול דעתן של המדינות החברות, ואכן בעשר המדינות ניתן למצוא מועדי פרישה שונים לעובדים ועובדות.

הוראה אחת הראויה לציון מיוחד היא ההוראה המקנה זכות חביעה בשל אפליה בפני בתי המשפט הלאומיים. ואכן, אין טעם להקנות זכויות מבלי להקנות באותה עת גם דרך ליישומן.

(3) ההנחיה השלישית משנת 1979¹⁰ דנה ב"יישום ההדרגתי של עקרון שוויון התנאים בין עובדים ועובדות בכל הנוגע לביטחון סוציאלי". הנחיה זו עדיין נמצאת בשלב של התאמת החקיקה הלאומית להוראות הקהילתיות. סיום תקופת הביצוע שלה נקבע ל-19 בדצמבר 1984.

2. הפסיקה

לביית הדין הקהילייתי היושב בלוקסמבורג ניתנו סמכויות מגוונות כדי להשליט את החוק בקהילייה. על-פי סעיף 164 של אמנת רומא בית הדין ממונה על כיבוד המשפט. כמו כן ניתנה לו סמכות לתת החלטות טרומיות בעניין פרשנות האמנה וחוקיות מעשי החקיקה של המועצה והנציבות. סעיף 177 של אמנת רומא מאפשר לבתי משפט לאומיים ברחבי הקהילייה, כשהם נתקלים בבעיה הנוגעת למשפט הקהילייתי, להשעות את הדין בפניהם ולהעביר שאלות של פרשנות או חוקיות לבית הדין הקהילייתי. כאשר המדובר באינסטנציות נמוכות רשאי בית המשפט הלאומי לפנות לבית הדין הקהילייתי, כאשר הבעיה מתעוררת בבית משפט לאומי שעליו אין עוד ערעור חייב האחרון להפנות את השאלה המשפטית המתעוררת לבית הדין הקהילייתי. בית הדין הקהילייתי יפרש את הסוגיה והחלטתו הטרומית תישלח לבית הדין הלאומי והאחרון יפסוק לאורה לגופו של עניין. ההחלטה הסופית היא אפוא, במסגרת פסק דין לאומי ולא החלטה של בית הדין הקהילייתי.

ההליך הזה מאפשר לבית הדין הקהילייתי לאחד את הפרשנות ולמנוע סתירות בין פירושים שונים שעלולים לתת בתי המשפט הלאומיים. כפי שנראה, ההלכה הפסוקה בנושא שוויון השכר ותנאי העבודה התפתחה הרבה הודות להליך על-פי סעיף 177. לבית הדין הקהילייתי ניתנה גם סמכות בינלאומית המתבטאת בשפיטה על מחדלים של המדינות. הוא שומע תביעות של המדינות החברות בשל עבירה על המשפט הקהילייתי (עבירה על האמנות או החקיקה הקהילייתית). סמכות זו מעוגנת בסעיף 170 לאמנת רומא.¹¹ בית הדין שומע גם תביעות שמגישה הנציבות נגד מדינה חברה בשל מחדל או

9 Council Directive 76/207 (9 Feb. 1976) Official Journal no. L 39 p. 40 (14.2.76)

10 Council Directive 79/7 (19 Dec. 1978) Official Journal no. L 6 p. 24 (19.1.79)

11 סעיף 170 מקנה למדינות החברות סמכות לתבוע זו את זו על עבירות לפי המשפט הקהילייתי בפני בית הדין הקהילייתי.

הפרה אחרת של המשפט הקהילייתי במסגרת הסעיפים 169 ו-171.¹² הפיקוח על מחוללי המדינות והתביעה של הנציגות הוא מכשיר יעיל לביצוע המשפט הקהילייתי, שכן המדינות חייבות לציית ולשנות את חוקיהן לאור המשפט הקהילייתי ופסיקתו של בית הדין.

בית הדין משמש, בין השאר, גם בית דין מנהלי (על-פי סעיף 179 של אמנת רומא) ופוסק בתביעות של עובדי הקהילייה נגד הגופים המשותפים. מאחר שגם במוסדות הקהילייה מועסקות עובדות רבות, הקהילייה משמשת דגם בכל הנוגע לשוויון השכר ותנאי העבודה. משום כך מעניין לעקוב אחר הפסיקה בתחום זה. לא מיצינו כאן את כל סמכויותיו של בית הדין, אך במסגרת שלושת סוגי הסמכויות שפירטנו פיתח בית הדין את הפסיקה בנושא שוויון השכר והשוויון בתנאי העבודה. במשך עשר השנים האחרונות הוגשו למעלה מתריסר תביעות במסגרת 3 סוגי הסמכויות הנוכרות.

3. תביעות עובדים

בשנת 1971 הגישה עובדת בשם סבטיני-ברטוני תביעה נגד הפרלמנט האירופי במסגרת סעיף 179, הוא הסעיף הדין בענייניהם של עובדי הקהילייה.¹³ התובעת, איטליקה עובדת הפרלמנט האירופי בלוקסמבורג, נישאה לאזרח של לוקסמבורג. עם נישואיה הפסיקה לקבל תוספת ה"ריחוק מן הבית" שמקבלים עובדי הקהילייה העובדים במדינה אחרת שאינה מדינת האזרחות שלהם. לפי תקנות העובדים (סעיף 4(3)), נספח VII של ה-Staff Regulations) מקבלים תוספת "ריחוק מן הבית" רק עובד או עובדת הנעשים "ראש המשפחה" עקב הנישואין. על-פי סעיף 4(3) לתקנות העובדים הבעל נחשב "ראש המשפחה" ורק במקרים יוצאי דופן — כגון מחלה או נכות של הבעל — תיחשב האשה ראש המשפחה. בפועל טמונה כאן אפוא אפליה בלתי ישירה.

גב' סבטיני תקפה את חוקיות ההחלטה להפסיק לה את התוספת שהיתה מעוגנת בתקנות העובדים בטענה, שהתקנה עצמה נוגדת את הוראות האמנה בסעיף 119, הקובע את העיקרון של שווה לעובדים ולעובדות ללא אפליה מטעמי מין. התקנה גם נוגדת, כך טענה התובעת, את העיקרון הכללי של המשפט האוסר אפליה בין עובדים לעובדות. בסיכומו טען הפרקליט הכללי שתקנות העובדים התייחסו לשני המינים באותה מידה ולא היו מפלות לכאורה, ואולם בית הדין הקהילייתי פסק, שהתקנות אינן רשאיות להתייחס לעובדי הקהילייה בצורה שונה מעטמי מין. סיום הסטטוס של עובד זר חייב להיות מבוסס על אמת-מידה אחת לגבי עובדים ועובדות. בית הדין ביטל אפוא את ההחלטה המפלה לפיה מפסיקים אוטומטית את תשלום התוספת בשל ריחוק מן הבית. היתה זו החלטה מפתיעה. אמנם מדובר במשפט הפנימי של הקהילייה, בבחינת "השוויון מתחיל בתיק המשפחה", אך ההחלטה היתה אמורה לשמש דוגמה לכל המדינות החברות. ואמנם פסק הדין ס ב ט י ג י שימש תקדים לעשרות מקרים דומים.¹⁴

12 סעיף 169 מסמך את הנציבות לתבוע מדינה חברה בפני בית הדין הקהילייתי על עבירות לפי המשפט הקהילייתי. סעיף 171 מסמך את הנציבות לתבוע מדינה שלא צייתה לפסק הדין של בית הדין הקהילייתי.

13 Case 20/71 *Sabbatini-Bertoni v. European Parliament* (1972) E.C.R. 345

14 Case 32/71 *Chollet-Baudin v. Commission* (1972) E.C.R. 345; Case 21/74 *Airola v.*

4. החלטות טרומיות

מרבית הפסיקה בסוגיית השוויון ניתנה במסגרת הסמכות השיפוטית לתת החלטות טרומיות על-פי סעיף 177. עד כה ניתנו 8 החלטות טרומיות בנושא זה, שלוש מהן לפי בקשת בתי משפט שונים בבלגיה שטיפלו בעניינה של הדיילת דפרן שהגישה תביעה נגד בלגיה ונגד חברת התעופה "סקנה". חמש הפניות האחרות לקבלת החלטה טרומית באו מבתי משפט באנגליה. כיום תלויות ועומדות בפני בית הדין שלוש פניות נוספות: שתיים מבתי משפט בגרמניה ואחת מהולנד.¹⁵ בעיית דפרן התעוררה לראשונה כבר ב-1970. גב' גבריאל דפרן עבדה כדיילת בחברת התעופה הבלגית המלכותית "סקנה" מאז דצמבר 1951. בשנת 1968, בהגיעה לגיל 40, פוטרה בהתאם לתנאי ההסכם הקיבוצי שעל-פיו הועסקה. דיילים-גברים אינם כפופים לאותם תנאי עבודה ופרישה. כחוצאה מתנאי מפלה זה גם דמי הפרישה והגמלאות שונים לגבי עובדים ועובדות.

גב' דפרן הגישה תביעה לבית הדין המנהלי הגבוה של בלגיה (Conseil d'Etat) לבטל את ההחלטה המלכותית משנת 1969 בדבר גמלאות.¹⁶ לדעת התובעת סותר התנאי המפלה את סעיף 119 של אמנת רומא וגם את החוק הבלגי בדבר שוויון בשכר והיא מופלית לרעה. בית הדין המינהלי הגבוה נוכח לדעת שהוא מתקשה בבעיות פרשנות של המשפט הקהילייתי והשעה את ההליכים שלפניו. הוגשה פנייה אל בית הדין הקהילייתי¹⁷ בבקשה לקבל החלטה טרומית בשאלות שלהלן:

(1) האם הגמלאות הן בגדר הטבה המשתלמת בעקיפין לעובד או לעובדת על-פי ההגדרה של "שכר" לאור סעיף 119?

(2) האם קביעת גילאי פרישה שונים לדיילים ולדיילות עומדת בסתירה עם הסעיף 119?

(3) האם עבדת דיילים ודיילות היא בחזקת עבודה שווה? שתי השאלות הראשונות התייחסו לפירוש סעיף 119 של אמנת רומא. השאלה השלישית עניינה למעשה בקביעת עובדות ולא בפרשנות של חוק.

על השאלה הראשונה ענה בית הדין הקהילייתי בשלילה. לדעתו, גמלאות המשתלמות בחלקן מטעם המדינה אינן בחזקת הטבה בעקיפין שאפשר לכלול אותה בגדר השכר שמשלם מעביד על-פי סעיף 119. במלים אחרות, בית הדין הקהילייתי סירב לכלול זכויות פנסיה הנקבעות בחקיקה בתוך הגדרת המונח "שכר". מאחר שהחשובה לשאלה הראשונה היתה שלילת סבר בית הדין שאינו צריך לדון בשתי השאלות האחרות.

Commission (1975) E.C.R. 221; *Case 31/74 Van den Broeck v. Commission* (1975)

E.C.R. 235; *Case 257/78 Kenny-Levick v. Commission* (1979) 3 E.C.R. 3763

Case 23/83 The Lifeting v. The University of Amsterdam, Official Journal no. C. 65/3 15

(10.3.83) p. 1; *Case 79/83 Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, Official Journal No. C. 145

(3.6.83) p. 4; *Case 14/83 VonsColson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Official

Journal No. C. 49 (19/2/83) p. 11

16 מאחר שתברת "סבנה" היא חברה מלכותית הגמלאות של הדיילת נקבעו בחקנה מלכותית בדבר

גמלאות.

17 *Case 80/70 Defrenne v. The Belgian State* (1971) E.C.R. 445

החלטתו הטרומית של בית הדין בעניין דפרן הראשון לא תרמה הרבה להתפתחות המשפט הקהילייתי בנדון. חשובה יותר היתה, ההחלטה הטרומית השנייה, בעניין דפרן. זו ניתנה על-פי בקשת בית הדין לערעורים בענייני עבודה בכריסל.¹⁸ התשובות שנתן בית הדין הקהילייתי זרקו אור על סוגיית היחס שבין המשפט הלאומי ובין המשפט הקהילייתי. בית הדין פסק שקיימת תחולה ישירה של סעיף 119 במדינות החברות והפרט יכול להסתמך על הוראותיו בפנייתו לבתי המשפט הלאומיים בכל הנוגע לאפליה ישירה ללא כל צורך בחקיקה לאומית.

בית הדין הדגיש את העיקרון של שכר שווה לעבודה שווה המעוגן באמנה ובעקרונות המשפט הכלליים ששומה עליו לכבד. יחד עם זאת קבע בית הדין, שההחלטה לא תשמש תקדים ולא תתול על תביעות לגבי תקופות שקדמו לתאריך ההחלטה (8 באפריל 1976). ההגבלה בזמן ומניעת תחולה רטרואקטיבית נעשתה על מנת להיענות לדרישת אנגליה ואירלנד שהתערבו בהליך הזה והצביעו על הקשיים שיתעוררו ביישום עקרונות השוויון בגלל בעיות כלכליות.

בית הדין הקהילייתי הוטרד בשלישית בעניין דפרן כשהגיעו הערעורים על החלטת בית הדין לענייני עבודה לבית המשפט העליון של בלגיה (ה־Cour de Cassation). האחרון פנה וביקש החלטה טרומית בשאלה שלהלן:¹⁹ האם סעיף 119 חל לא רק לגבי שכר שווה עבור עבודה שווה, אלא גם על תנאי העבודה שיש להם משמעות כספית, ובמיוחד על תנאי בחוזה העבודה הקובע שבגיל 40 יסתיים החוזה באופן אוטומטי במקרה של עובדות בשעה שאין תנאי כזה בחוזה עם עובדים? בית המשפט העליון של בלגיה חזר למעשה על השאלה שהפנה בית הדין המנהלי העליון של בלגיה ואשר עליה לא ניתנה תשובה. הפעם קבע בית הדין הקהילייתי שסעיף 119 מוגבל לשאלת שוויון השכר ואין לפרשו כהוראה בדבר שוויון בכל תנאי העבודה. לדעת בית הדין הקהילייתי לסוגיה האחרונה ניתן מענה בהנחיה השנייה (76/207) שהוציאה המועצה ב־1976, כלומר שנים אחדות אחרי שהתעוררה עילת התביעה בעניין דפרן.

גב' דפרן העשירה מאוד את פסיקת בית הדין הקהילייתי אך לא העשירה את עצמה. ברם, המקרה עורר את דעת-הקהל ואת המודעות של הרשויות הלאומיות והקהילייתיות לבעיית השוויון בעבודה של עובדים ועובדות.

עניין דפרן פתח את הדרך בפני חמש בקשות טרומייות שהגיעו לבית הדין הקהילייתי מאנגליה. לאור מספר הבקשות הקטן ממדינות אחרות מתעוררת השאלה: מדוע דווקא מאנגליה? האם סכסוכי העבודה באנגליה רווחים יותר מאשר במדינות חברות אחרות?²⁰ התשובה פשוטה: החקקה הלאומית באנגליה (The Sex Discrimination Act, 1975), שנכנסה לתוקפה (יחד עם חיקוק קודם, The Equal Pay Act, 1970) ב־1976, הקימה רשות יעילה לפיקוח על ביצוע החיקוקים האלה — מסן הוועדה להזדמנויות שוות (The Equal Opportunities Commission). הוועדה גם מעודדת הגשת תביעות בשם עובדות (וגם בשם עובדים) המופלות מטעמי מין. לוועדה יש תקציב משלה ומחלקה מצוינת

18 ראה לעיל, הערה 5.

19 Case 149/77 *Defrenne v. SABENA* (1978) II E.C.R. 1365

20 ראה לעיל, הערה 14.

לייעוץ משפטי. מחלקה זו יוזמת הכנסת תיקונים בחוק הלאומי לשם התאמתו לחקיקה הקהיליית. בעזרת ועדה זו הוגשו התביעות לבתי המשפט הלאומיים והאתרוניים הפנו בעת הצורך שאלות לבית הדין הקהיליית.

לשם הבהרת התמונה יש לציין, שבאנגליה קיימות ארבע אינסטנציות משפטיות הפוסקות בתביעות בענייני עבודה. האינסטנציה הראשונה היא בית הדין לענייני עבודה (Industrial Tribunal). האינסטנציה השנייה לערעור בשאלות חוק היא בית הדין לערעורים בענייני תעסוקה (Employment Appeal Tribunal או בקיצור EAT). על החלטותיו של בית דין זה אפשר לערער ברשות לבית המשפט לערעורים (Court of Appeal) וערעור סופי אפשר להגיש לבית הלורדים. הבקשות להחלטות טרומיות הגיעו בשלבים שונים של ההליכים באנגליה. שחיים מן הפניות הגיעו מבית הדין לערעורים בענייני תעסוקה (EAT), שתי פניות נוספות הגיעו מבית המשפט לערעורים ובמקרה אחד היה זה בית הלורדים בכבודו ובעצמו שהפנה לבית הדין הקהיליית בקשה להחלטה טרומית.

המקרה הראשון מאנגליה שעניינו שאלת תחולת המשפט הקהיליית היה עניין *Macarthy v. Smith*²¹ בעניין זה החקשה בית המשפט לערעורים בשאלה האם יש לפרש את סעיף 119 בצורה דווקנית לגבי קביעת שכר שווה לעבודה שווה בשעה שהעובדת לא עבדה כומן אחד עם העובד שלגביו נעשית ההשוואה, אלא התחילה לעבוד אחרי פרישתו.

בית הדין הקהיליית קבע, שסעיף 119 אינו מוגבל למצבים שבהם עובדים ועובדות מועסקים באותה עונה. לרעתו הסעיף מתייחס גם למצבים שבהם העובדת המתלוננת התחילה לעבוד אחרי פרישתו של העובד שאליו היא משווה את עבודתה ושבהשוואה אליו היא תובעת שכר שווה. לפי החוק האנגלי אי אפשר היה לתת פירוש רחב לעקרון השוויון, כי החוק מ-1970 מפרש שהעובד והעובדת יזכו בשוויון שכר עבור עבודה זהה כאשר הם עובדים (בהווה) באותה תעסוקה.²² בית המשפט האנגלי היה חייב לציית לפירוש שנתן להוראה הקהיליית של בית הדין בלוקסמבורג ולפסוק בתביעתה של גב' מקארתי לטובתה על-פי סעיף 119 של אמנת רומא. סעיף זה מקיף יותר בנקודה זו מן ההוראה הלאומית. היתה זו הפעם הראשונה בתחום השכר השווה שנקבע באנגליה (כזכותו של השופט הנדע לורד דנינג) שאם יש התנגשות בין החוק הלאומי ובין המשפט הקהיליית האחרון עדיף. לאור ההחלטה הטרומית פסק בית המשפט לערעורים שאכן הופלתה גב' מקארתי לרעה בניגוד למשפט הקהיליית ויש להתאים את שכרה לשכרו של העובד שקדם לה.

המקרה השני שהפנה בית הדין לערעורים באנגליה לבית הדין הקהיליית הוא עניין *Worringham and Humphrys v. Lloyds Bank, Ltd.*²³ במקרה זה תבעו כמה עובדות של בנק לידס את הבנק על אפליה. לטענתן השתתף הבנק בתכנית גמלאות של העובדים

Case 129/79 *Macarthy v. Smith* (1980) E.C.R. 1275; (1980) I.C.R. 672 21

22 בעוד שלפי אמנת רומא נאמר: "שכר שווה עבור עבודה שווה", נאמר בחוקי השוויון האנגליים:

"When a woman is employed on like work with a man in the same employment"

Case 69/80 (1981) E.C.R. 767; (1981) I.C.R. 558 23

באמצעות תוספת של 5% למשכורת ברוטו של העובדים. תוספת דומה לא ניתנה לעובדות מתחת לגיל 25.

על-פי החוק האנגלי נמצאו התובעות ללא טעד, כי סעיף 6 של חוק שוויון השכר משנת 1970 מפרש ש"תנאים הקשורים במוות או בגמלאות או כל הוראה (בתווה העבודה) המתייחסת למוות או לגמלאות" אינם כפופים לעקרון שוויון השכר. בית המשפט לערעורים סבר שלפניו בעיה של פרשנות המשפט הקהילייתי ועל כן השעה את ההליכים ופנה אל בית הדין הקהילייתי בשאלה האם השתתפות הבנק הנתבע בתכנית גמלאות בשם העובדים באמצעות תוספת למשכורת ברוטו של 5% יש לראות בה חלק מן "השכר" כפי שהוא מוגדר בסעיף 119? בית הדין הקהילייתי פירש את המונח "שכר" בסעיף 119 לאמנת רומא בצורה רחבה וקבע שהוא כולל גם השתתפות של המעביד בתכנית גמלאות. בתשובתו הסתמך בית הדין על החלטתו בעניין דפרן (מס' 2, 43/75) וקבע, שסעיף 119 חל ישירות בכל המדינות החברות ושהפרט רשאי להסתמך על הוראותיו בבתי המשפט הלאומיים, כיוון שהסעיף מעניק זכויות ישירות לפרט.

הסתירה בין המשפט האנגלי ובין המשפט הקהילייתי במקרה הנוכחי בולטת, כי לפי המשפט הקהילייתי התוספת שהעניק הבנק היא בחזקת "שכר" שעליו חלים כללי השוויון. בעוד שלפי החוק האנגלי זוהי תוספת גמלאות שאינה כפופה לחוק שוויון השכר. בית המשפט לערעורים האנגלי העדיף את החלת המשפט הקהילייתי ופסק נגד הבנק. גם במקרה זה הוכחה עליונותו של המשפט הקהילייתי כאשר קיימת סתירה בינו ובין החוק הלאומי.

בעניין מקארתי פירש בית הדין הקהילייתי בצורה רחבה את המושג "עבודה שווה" המופיע בסעיף 119 בכך שכלל חקופות עבודה שאינן חופפות. בעניין בנק לויס פירש בית הדין את המונח "שכר שווה" המופיע בסעיף 119 בצורה רחבה באופן שהוא כולל גם את השתתפות המעביד בתכנית גמלאות.

המקרה השלישי שהופנה אל בית הדין הקהילייתי מאנגליה היה תלוי ועומד בפני הערכאה הראשונה לערעורים (ה-EAT) בעניין *Jenkins v. Kingsgate*²⁴ החובעת טענה, שהמפעל שבו היא עובדת הפלה בין שכר העובדות לשכר העובדים אפליה מטעמי מין, לכאורה מדובר היה בהבחנה בין שכר ששולם לעובדים מלאים ובין שכר ששולם לעובדים חלקיים. אבל למעשה קיבלו עובדות שעבדו 30 שעות בשבוע 10% פחות לשעת עבודה מאשר העובדים שעבדו 40 שעות בשבוע.

בפנייתו לבית הדין הקהילייתי ביקש הטריבוטל האנגלי לדעת האם יש כאן אפליה מטעמי מין המנוגדת לסעיף 119 של אמנת רומא. היתה זו הפעם הראשונה שבית הדין הקהילייתי נתקל בבעיית האפליה הבלתי-ישירה. בהחלטתו קבע בית הדין הקהילייתי: (1) "הבדל בשכר בין עובדים מלאים לעובדים חלקיים איננו בגדר אפליה האסורה על-פי סעיף 119 של האמנה, אלא אם כן הוא משמש דרך בלתי-ישירה להפחית את שכרם של עובדים חלקיים מפני שקבוצת העובדים האמורה מונה רובה או כולה עובדות". בית הדין הטיל על השופט הלאומי להכריע בדבר נטל ההוכחה להצדיק "מטעמים אובייקטיביים" את ההפרש שבין שכר העובדים עבודה חלקית ובין שכרם של העובדים עבודה מלאה (נטל זה הטיל בית הדין האנגלי על המעביד).

Case 96/80 (1981) E.C.R. 911; (1981) I.C.R. 592 24

(2) סעיף 119 חל ישירות על המקרה אם אין צורך בהוראות נוספות (קהילייתיות או לאומיות) על מנת לקבוע שאכן יש אפליה מטעמי מין בשכר המשחלם לפי שעת עבודה עבור עבודה מלאה או חלקית. לפיכך, שכר נמוך עבור שעת עבודה אינו מפלה כשהוא לעצמו, אף-על-פי שלכאורה הוא פוגע בהוראת סעיף 119, הקובע יחידת שכר שווה כשמדובר בעבודה שווה (Pay for work at time rates shall be the same for the same job). כלומר, שכר שעת עבודה חייב להיות אחיד כאשר מדובר בעבודה שווה. נשאלת איפוא השאלה, האם עבודה חלקית שונה באופן איכותי ולא רק באופן כמותי מעבודה מלאה? במקרה שהתשובה חיובית, אין כאן אפליה אלא רק הבחנה, או הבחנה מוצדקת.

במלים אחרות, אם יש סיבות אובייקטיביות המצדיקות את ההבדל בשכר, כגון כשהמעביד נמצא חסר מפני שמכונות המפעל אינן מפיקות את התפוקה המירבית או שמסיבות אחרות הוא מעדיף עובדים בעבודה מלאה ולא בעבודה חלקית והתובעת לא הסכימה לעבוד עבודה מלאה, במקרים כאלה ההבדל בשכר אינו נוגד את עקרון השוויון, כיוון שההבדל מוצדק בשל סיבות הקשורות בטיב או באיכות העבודה, המתבטאים במושג האנגלי: היינו כשמדובר ב"הבחנה מהותית" או "הבחנה רלוונטית" (material difference)²⁵. ההבחנה הופכת את העבודה ל"עבודה לא שווה" ואין שכר שווה על עבודה לא שווה.

בהקשר זה מתעוררת שאלת נטל ההוכחה של קיום שיקולים אובייקטיביים להבחנה בין השכר לעובדים מלאים ולעובדים חלקיים. הטריבונול האנגלי הטיל את נטל ההוכחה לצידוק ההבחנה על המעביד.²⁶ נשיא הטריבונול נחקל בקשיים רבים בהבנת החלטתו הטרונית של בית הדין הקהילייתי שבה נכלל גם הקטע המעורפל הזה (סעיף 14):

"Where the hourly rate of pay differs according to whether the work is part-time or full-time it is for the national courts to decide in each individual case whether, regard being had to the facts of the case, its history and the *employer's intention*, a pay policy such as that which is at issue in the main proceedings although represented as a difference based on weekly working hours is or is not in reality discrimination based on sex of the worker."

לית מאן דפליג, שאין בית הדין הקהילייתי בית דין לקביעת עובדות. דבר זה הוא מתפקידו של בית הדין הלאומי. אך קני-המידה שקובע בית הדין הקהילייתי, ובעיקר השיקול הסובייקטיבי של כוונת המעביד העומד בסתירה לשיקולים האובייקטיביים, מערפלים את קביעת העובדות לצורך קביעת האפליה.

נציבות הקהילייה הגישה הצעה להנחיה בדבר עבודה חלקית.²⁷ על-פי סעיף 4 שלה אסור להפלות בין תשלום לשעה בעבודה חלקית ובין תשלום לשעה בעבודה מלאה. ברם,

25 ראה מאמרה של ד"ר פרנסיס דאי, "נשים במשפט הישראלי" בתוך: בנשים במלכוד (1982) 182;

וראה גם הנ"ל, בתוך: 81 (1983) *Jerusalem Quarterly* 27

26 *Jenkins v. Kingsgate* (No. 2) (1981) IRLR 228

27 Commission of the European Communities, COM 775 final (Brussels, 22.12.1981)

בגלל המשבר הכלכלי באירופה אין סיכויים רבים שהצעת ההנחיה תתקבל במדינות החברות בעתיד הקרוב.

מקרה אחר שעבר ארבע ערכאות באנגליה ואשר הגיע לבית הדין הקהילייתי באמצעות הפניה של בית הלורדים הוא עניין *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*²⁸ החובעת, גבי גארלנד, תבעה את חברת הרכבות בטענה שהופלחה בכך שלעומת עובדים גברים שפרשו מן החברה ונהנו מהטבות, כגון נסיעות חינם להם ולבני המשפחה, עובדות שפרשו לא נהנו מהטבות דומות. הטבות אלה לא היו מעוגנות בחוזה העבודה אלא ניתנו על-פי הנוהג.

לכאורה התעוררה כאן הבעיה של אפליה בקבלת הטבה הקשורה בגמלאות, הנופלת בתחום החריג של סעיף 6 לחוק שוויון השכר האנגלי משנת 1970, כלומר אפליה שאין חוק השוויון חל עליה. שאלת תחולת המשפט הקהילייתי על המקרה התעוררה רק בפני בית הלורדים. האחרון השעה את ההליכים והפנה את השאלות שלהלן לבית הדין הקהילייתי על-פי סעיף 177:

כאשר המעביד מאפשר לעובדים נסיעות חינם להם ולבני משפחותיהם לאחר פרישתם לגמלאות באופן המפלה עובדות, האם ההסדר נוגד את

1. סעיף 119 של אמנת רומא?

2. את הסעיף הראשון של ההנחיה בדבר שוויון השכר?

3. את הסעיף הראשון של ההנחיה בדבר שוויון בתנאי העבודה?

בית הדין הקהילייתי בדק את מהות הטבות האלה והגיע למסקנה שהן בחזקת הטבות עקיפות הקשורות ל"שכר" כפי שהוא מוגדר בסעיף 119 וכפי שפורש בהחלטת הראשונה של בית הדין בעניין דפרן. לאור קביעה זו, מעביד שאינו מעניק לעובדות אותן הטבות שהוא מעניק לעובדים פוגע בעיקרון של שוויון השכר ועובר על הוראות סעיף 119 של האמנה.

המקרה האחרון עד כה במסגרת ההחלטות הטרומיות עניינו קובלנה של עובד ולא של עובדת. הפנייה לבית הדין הקהילייתי הגיעה מבית הדין לעירעורים בענייני תעסוקה (EAT) בעניין *Burton v. British Railways Board*²⁹. הטריבוטל האנגלי בקש פירוש של סעיף 119 ושל 2 ההנחיות הראשונות.

עובדות המקרה היו כרלקמן: מר בורטון עבד מזה 42 שנה בחברת הרכבות. החברה שהייתה מעוניינת לעודד פרישה מרצון מן השירות בגיל מוקדם מן הגיל החוקי (60 לגשים ו-65 לגברים), העניקה תנאים נוחים ביותר למי שיפרוש 5 שנים לפני גיל הגמלאות החוקי (כלומר בגיל 55 לגשים ובגיל 60 לגברים). מר בורטון שהגיע לגיל 58, ביקש ליהנות מתכנית הפרישה לגמלאות שהייתה פתוחה לעובדות. הוא טען, שהוא מופלה מטעמי מין, שכן עובדת בגילו היתה נהנית מתכנית הפרישה המוקדמת.

סעיף (1)2 ל-*Sex discrimination Act, 1975* קובע, שההוראות השונות בדבר איסור אפליה נגד נשים יחולו במידה שווה גם על אפליה נגד גברים. ברם, החריג בסעיף 6, המוציא מכלל התחולה תנאים החלים על גמלאות או מוות, חל על מקרה בורטון, שבו

Case 12/81 (1982) 1 C.M.L.R. 696; (1982) I.C.R. 421 28

Case 19/81 (1981) 3 C.M.L.R. 100; (1982) I.C.R. 329 29

מדובר בפרישה מוקדמת לגמלאות. אי לואת לא היה התובע זכאי לשוויון על-פי החוק האנגלי. מהו מצבו על-פי המשפט הקהילייתי?
 בסעיף 119 אין חריג לגבי גמלאות או מוות. בית הדין הקהילייתי נתבקש לפרש את סעיף 119 ובמיוחד את סעיף 5 של ההנחיה השנייה בדבר שוויון בתנאי העבודה. בית הדין הקהילייתי פסק:

1. "העיקרון של שוויון בתנאי העבודה המעוגן בסעיף 5 של הנחיה 76/207 חל גם של תנאי הפרישה לגמלאות מרצון ושל ההטבות שנותן המעביד לעובד החפץ לפרוש.

2. העובדה, שהפרישה מרצון פתוחה לעובדים ולעובדות 5 שנים לפני הגיל המינימלי לגמלאות הקבוע בחקיקה הלאומית בדבר ביטחון סוציאלי ואשר לפיה הגיל אינו זהה לעובדים ועובדות אינה מהווה כשהיא לעצמה אפליה מטעמי מין במובן של סעיף 5 של הנחיה מס' 76/207."
 מר בורטון היה חייב להשלים אפוא עוד שנתיים של עבודה לפני פרישתו המוקדמת בגיל 60.

5. מחדלים של מדינות

בסמכות הנציבות להגיש תביעות נגד מדינות שאינן ממלאות את חובות המשפט הקהילייתי. בשנת 1982 הוגשו שתי תביעות, אחת נגד לוקסמבורג ואחת נגד אנגליה במסגרת סעיף 169 של אמנת רומא שבו דנו לעיל.³⁰
 בתביעה נגד לוקסמבורג³¹ טענה הנציבות, הממונה על ביצוע המשפט הקהילייתי במדינות החברות, שלוקסמבורג טרם שינתה את מעמדו של הבעל כ"ראש המשפחה" בתקנות של עובדי הציבור. תקנה זו מפלה בין עובדים לעובדות ולפיכך היא עוברת על הוראות המשפט הקהילייתי. בית הדין הקהילייתי קיבל את תביעת הנציבות ונתן פסק דין הצהרתי שלוקסמבורג עברה על הוראות המשפט הקהילייתי. ב-20 לאפריל 1983 קיבלה לוקסמבורג חוק חדש שנכנס לתוקפו ביוני 1983 לפיו בוטלו כל ההוראות המפלות בדבר תוספת ל"ראש המשפחה" בשירות הציבורי.

הנציבות הגישה תביעה נגד אנגליה על כך שהיא הפרה את הוראות סעיף 119 בכך שלא הנהיגה ניתוח עיסוקים שבחובה.³² חוק שוויון השכר משנת 1970 אינו מעניק לעובדת זכות לעריכת ניתוח עיסוקים כאשר היא עובדת בעבודה שאינה זהה לעבודתו של עובד, אך אשר אפשר לייחס לה ערך שווה על-פי ניתוח עיסוקים. על המעביד אינה מוטלת אפוא כל חובה לערוך ניתוח עיסוקים. גם כאשר נערך ניתוח עיסוקים אין הוא מחייב, אלא אם הסכימו לו הצדדים. יתר על כן, כאשר נערך ניתוח עיסוקים, העובדת אינה רשאית לתקוף אותו בטענה של אפליה ישירה או עקיפה.

30 דאה לעיל, הערה 11.

Case 58/81 *The Commission v. The Grand Duchy of Luxembourg* (1982) 3 C.M.L.R. 482 31

Case 61/81 *The Commission v. The United Kingdom* (1982) 3 C.M.L.R. 284 32

בית הדין הקהילייתי מצא שאכן תביעתה של הנציבות היתה מבוססת ונתן פסק דין הצהרתי לחובת אנגליה.³³

שני פסקי הדין האחרונים מעידים, שהמשפט הקהילייתי הוא אפקטיבי לגבי עשר המדינות החברות ושמידינה שאינה מציינת להוראות המשותפות מובאת לדין וחייבת לפעול לאור פסקי הדין של בית הדין הקהילייתי, שכן אם יימשך המחלוקת תובאנה המדינות שוב לדין על-פי סעיף 171, הקובע שמדינות חייבות לציית לפסקי הדין של בית הדין הקהילייתי.

בשנת 1983 הגישה הנציבות שלוש חביעות נוספות — נגד אנגליה, בלגיה ואיטליה.³⁴

ד. מהו הלקח לישראל?

בישראל מעוגן עקרון השוויון בין איש לאשה בהכרות העצמאות.³⁵ גם חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951³⁶ קובע:

"דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית, וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית — אין נוהגים לפיה".

עקרונות יסוד אלה נוסחו בצורת כללים ונכללו במספר חיקוקים נוספים, ביניהם: חוק שרות התעסוקה, תשי"ט-1959,³⁷ הבא ליישם את האמנה הבינלאומית (מס' 111) בדבר אפליה (עבודה ומשלוח יד), 1958, וכן בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, המיישם את האמנה הבינלאומית (מס' 100) לשכר שווה לעובד ולעובדת משנת 1951,³⁸ ולאחרונה בחוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א-1981.³⁹

קיימות שלוש הצעות חוק משנת 1982-1983, שטרם פורסמו בין הצעות החוק. ברם, הן מעידות על פעילות רבה בישראל בנושא מעמד האשה. בין ההצעות יש לציין במיוחד את הצעת חוק היסוד: שוויון האיש והאשה לפני החוק, תשמ"ג-1983, שהציעה ד"ר ניצה שפירא-ליבאי, מי שהיתה היועצת למעמד האשה במשרד ראש הממשלה.⁴⁰ החיקוקים de lege lata המעניינים אותנו והמקבילים לשתי ההנחיות של הקהילייה הם

33 הצעה לתיקון החוק משנת 1970 היתה מצויה כפני הפרלמנט באנגליה כצורה של תקנות שנועדו להיכנס לחוקפן בינואר 1984 אך הוסרו מסדר היום של בית הלורדים בדצמבר 1983. ראה: The Equal Pay (Amendment) Regulations 1983; Draft Statutory Instruments, 1983

34 Case 163/82 *Commission v. Italy*; 164/82 *Commission v. Belgium*; 165/82 *Commission v. U.K.* סיכומי הפרקליט הכללי נשמעו ב-7 יוני 1983 ועדיין אין החלטה של בית הדין.

35 מגילת העצמאות 1948 סימן 2: "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...".

36 ס"ח תשי"א-1951 מס' 82, עמ' 248. וכן חוק עבודת נשים, תשי"ז-1954 (ס"ח מס' 160), עמ' 154.

37 ראה לעיל, הערה 2.

38 ראה לעיל, הערה 1.

39 ס"ח תשמ"א, חוברת מס' 1026, עמ' 285.

40 מלבד הצעת חוק יסוד, תשמ"ג-1983, המכילה עקרונות כלליים בדבר שוויון האיש והאשה בפני החוק, קיימת הצעה של ח"כ אורה נמיר של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ג-1982, והצעה של ח"כ שושנה ארבל-אלמחלינו הנושאת גם היא את השם של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לנשים ולגברים, תשמ"ג-1982. בשנה החולפת לא חלה התקדמות בהצעות אלה.

חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, וחוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א-1981.

1. חוק שכר שווה לעובדת ולעובד

לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (סעיף 1): "מעביד ישלם לעובדת שכר שווה לשכרו של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה". הוראה זו תוקנה בשנת תשל"ג⁴¹ תיקון משמעותי עם הוספת המלים: "או עבודה שווה בעיקרה". התוספת הרחיבה את תחולת עקרון השוויון שהיה מוגבל לאותה עבודה והיא מאפשרת להשוות היום, לצורך קביעת שכר שווה, בין עיסוקים שאינם זהים לגמרי. למשל, במקצועות שאי אפשר למצוא עובדים-גברים כגון גננות, מזכירות, מיילדות, לא ניתן להשוות את שכרה של העובדת לשכרו על עובד מן הסיבה הפשוטה שאין בנמצא עובד שאפשר להשתמש בו כבקנה-מידה. ההרחבה ל"עבודה שווה בעיקרה" מאפשרת לסווג בקבוצה אחת סוגי עבודה שאינם זהים, אך אפשר לייחס להם ערך שווה, כגון מיילדות ואחים בדרגה דומה, או גננות ומורים בדרגה דומה.

ההוראה הישראלית המתוקנת תואמת את האמנה הבינלאומית מס' 100 מטעם ארגון העבודה הבינלאומי בדבר שכר שווה משנת 1951⁴² שבה נאמר, בין השאר: "remuneration for work of equal value". היא גם תואמת את דרישת ההנחיה הקהיליית משנת 1975 בדבר שכר שווה⁴³ "work to which equal value is (attributed)".⁴⁴ ברם, ההנחיה הקהיליית דורשת "שכאשר נוקקים לניתוח עיסוקים לצורך קביעת השכר, הניתוח יהא מבוסס על קניי-מידה זהים עבור עובדים ועובדות ויערך באופן שיימנע אפליה מטעמי מין".

ראינו, שאנגליה הובאה לדין על מחדליה בנושא ניתוח עיסוקים שבחובה⁴⁵ ונאלצה לתקן את חוק שוויון השכר משנת 1970. המצב בישראל דומה לזה ששרר באנגליה לפני התיקון המוצע, שכן אין כל חובה לערוך ניתוח עיסוקים. לחובעת אין כל סעד לכפות על המעביד לערוך ניתוח עיסוקים. גם אם תצליח עובדת לערוך ניתוח עיסוקים על חשבונה היא — הוצאה שהיא בדרך-כלל מעל יכולתה התקציבית — לא מוטלת על המעביד חובה לקבל את ממצאי הניתוח.

התיקון של סעיף 1 לחוק השכר השווה משנת 1973, הקובע שעקרון השוויון חל על "עבודה השווה בעיקרה", יישאר תיקון תיאורטי בלבד אם לא תתלוו אליו החובה לערוך ניתוח עיסוקים מחייב או ההערכה אחרת של עבודת התובעת. הנוהל של ניתוח עיסוקים יגלה אם קיימת בפועל אפליה בשכר ויסיר את העולה המשפטית הנובעת מכך.

מלבד הפירושים ל"עבודה השווה בעיקרה" נודעת חשיבות רבה לפירושי המונח "שכר". בנקודה זו מאלפות ההחלטות הטרומיות של בית הדין הקהילייתי, שנטה להרחיב

41 תיקון תשל"ג (26.7.1973), ס"ח 707, תשל"ג, עמ' 202.

42 ראה לעיל, הערה 1.

43 ראה לעיל, בהערה 6.

44 זו ההנחיה שקיבלה את המינוח הקהילייתי למינוח הבינלאומי של האמנה הבינלאומית מטעם ארגון העבודה הבינלאומי מס' 100.

את המונח ולהחילו גם על הטבות עקיפות הקשורות בגמלאות: נסיעות חינוך לבני המשפחה או השתתפות המעביד בתכנית פנסיה.⁴⁶ "עבודה שווה" הוא גם מונח המשתרע על תקופות עבודה שאינן חופפות.⁴⁷ מן הראוי שגם השופט הישראלי ינהג בליברליות בפרשו את הוראות חוקי השוויון. פסק הדין הישראלי היחיד בתחום שכר שווה עבור עבודה השווה בעיקרה הוא חב' "עלית" נ' שרה לדרמן.⁴⁸ במקרה זה מילאה העובדת את מקומו של מפעיל מכונה שיצא למילואים וקיבלה שכר נמוך מזה של העובד. התובעת טענה שהופלטה מטעמי מין והמעביד חיפש דרכים להוכיח שיש הצדקה להבחנה בין שני התפקידים שמילאו העובד והעובדת.

עיקר ההליך המשפטי במקרה זה נסב על שאלות שבעובדה, כי השאלה אם עבודה היא "שווה בעיקרה" היא שאלה שבעובדה ויש לתת משקל רב לתשובה שתינתן בחיי המעשה לשאלה, אם על אף השוני שבעבודות המקצועיות שביצעו השניים יסווגו את העבודה באותו סוג. בית הדין קבע, שכאשר תפקידיה של העובדת שווים לכאורה לזה של העובד נטל ההוכחה שיש בתפקידים אלה הבדל גדול רובץ על המעביד. כל עוד לא הוכח הצידוק להבחנה, קיימת אפליה ויש להתאים את שכר העובדת לשכרו של העובד. במקרה של "עלית" קיבל בית הדין את טענתה של העובדת וקבע שהיא זכאית לאותו שכר כמו העובד שאת מקומו מילאה.

גישה זו תואמת את הפסיקה הקהיליית בנושא שוויון השכר. בהחלטתו הטרוםית בעניין *Jenkins v. Kirgsgate*,⁴⁹ שבו תבעה העובדת החלקית שהופלטה מטעמי מין ששכרה לשעה נפל משכרם של העובדים עבודה מלאה, סבר בית הדין הקהיליתי שנטל ההוכחה להצדיק מטעמי מין או בייקטיביים את ההבדל בשכר בין העובדים ובין העובדות מוטל על המעביד.

2. חוק הזדמנויות שוות בתעסוקה

החוק משנת 1981 לא ענה על הציפיות. אם כי הוא מתמרר לעסוק בכל מגזר התעסוקה, הוא עוסק באיסור אפליה בשני תחומים מוגבלים בלבד: קבלה לעבודה, והכשרה מקצועית המהווה תנאי לקבלה לעבודה. האיסור אינו חל על כל תנאי העבודה, כגון קידום בעבודה ותנאי פרישה או פיטורין — נושאים חיוניים ביותר בשעת מיחון ואבטלה. החוק הנ"ל אינו ממלא אפוא את דרישות ההנחיה הקהיליית השנייה משנת 1976 בדבר שוויון בתנאי העבודה במסגרת המשפט הקהיליתי. החוק הישראלי קובע: "לא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה... מחמת מינו או מחמת היותו נשוי או הורה". החוק גם אוסר אפליה על רקע מיני בפרסום הצעות עבודה.

ברם, החוק אינו מתייחס לאפליה עקיפה, המעסיקה היום את בתי המשפט הלאומיים באירופה יותר מאשר האפליה הישירה. כמו כן החוק גם אינו אוסר אפליה מטעמי

45 ראה לעיל, ובהערה 31.

46 ראה לעיל, ובהערות 22 ו-27.

47 ראה לעיל, ובהערה 20.

48 עב"ע לו / 3-71, פד"ע ט 255.

49 ראה לעיל, ובהערה 24.

התנכלות לעובדת העומדת על זכויותיה וגם אינו חל על סוכנויות תעסוקה וארגוני עובדים.⁵⁰

לגבי שוויון בקידום בעבודה, כאמור, אין הלכה חקיקתית בישראל. ברם יש אפשרות לבסס תביעה על התקדים שנוצר בעזרת הפסיקה משנת 1973 בעניין "אל על" נ' עדנה חזק,⁵¹ פסיקה שקדמה לחוק הודמנויות שוות בעשר שנים כמעט. בעניין זה תבעה דיילת בחברת "אל על" את ביטולם של סעיפים מפלים בהסכם הקיבוצי החל על "אל על" ועל צוות דיילי האויר שבשרות אל על. על-פי הוראות אלה נישואיה של דיילת מביאים לפיטוריה אם הם חלים תוך ארבע השנים הראשונות להעסקתה. גם היריונה של הדיילת יביא לפיטוריה לאחר הלידה. גם המשרה של דייל-כלכל אינה פתוחה לדיילת.

עיקר הדיון במקרה זה נסב על שאלת הקידום בעבודה לדרגת דייל-כלכל. בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב קבע, שאכן סעיפים אלה מפלים עובדות לרעה. האפליה בקידום הדיילת למשרת דייל-כלכל מנוגדת לתקנת הציבור ובשל כך ההוראה המפלה בטלה. בדיון בערעור על החלטת בית הדין האזורי תמך בית הדין הארצי לעבודה במסקנותיה של הערכאה הראשונה. בית הדין הארצי ביסס את סמכותו להצהיר על ביטולם של סעיפים מפלים בהסכמים קיבוציים על כוחם של בתי משפט בישראל לראות כבטלה כל הוראה בחוזה המנוגדת לתקנת הציבור.⁵²

בנוסף לטענה של תקנת הציבור הסתמכו השופטים על ההוראה שבהמלצת האמנה הבינלאומית בדבר אפליה בעבודה ובמשלוח-יד. בסעיף 2, פסקה ה', נאמר:

"במשא-ומתן קיבוצי וביחסי עבודה, יכבדו הצדדים את העיקרון של שיווי הסיכוי ושוויון הזכויות בעבודה ובמשלוח יד וידאגו לכך שהסכמים קיבוציים לא יכללו הוראות שאו-בין אפליה בקבלת עבודה, בהכשרה לעבודה, בהתקדמות בעבודה, בשמירה על מקום עבודה או בתנאי עבודה."⁵³

פסק הדין החשוב הזה לא איבד מכוחו כחקדים לאחר חקיקת החוק החדש, משום שהחוק החדש אינו דן בשאלת השוויון בקידום, אלא רק בסוגיית ההודמנות השווה להתקבל לעבודה.

3. סעדים

בעיית הסעדים היא החשובה ביותר, מפני שזכויות בלי סעדים יעילים אין בהן תועלת. חוק הודמנות שווה מטיל סנקציה פלילית בלבד על המעביד — שישה חודשי מאסר או קנס של 5000 שקלים (סעיף 6). אבל העובדות הנפגעות מעוניינות בסעד אזרחי של פיצויים או השוואה בתנאי הקבלה לעבודה בצורת צווי-עשה. הן אינן יוצאות נשכרות

50 ראה: לשכת יועצת ראש הממשלה למעמד האשה, מעמד האשה, חוברת מס' 1, עמ' 3.

51 עב"ד לג/25-3, פד"ע ד 365.

52 בית הדין קבע, בעמ' 380: "ההוראות שבהסכם הקיבוצי החל על 'אל-על' ועל צוות דיילי אויר שבשרות 'אל-על'... המבחינים בין דייל לדיילת לענין קידום בעבודה, הקובעות בהקשר לכך 'מסלולי קידום' נפרדים, והחוסמות בפני דיילת את הדרך לתפקיד של דייל-כלכל, מפלות לרעה באשר היא אשה, אינן חופסות ואין לנהוג על-פיהן".

53 שם, בעמ' 378.

מסנקציה פלילית. הפסיקה בעניין "אל על" הייתה יעילה בכך שבית הדין הצהיר על ביטולם של סעיפים בהסכם הקיבוצי לגבי התובעת.

4. אכיפת הזכויות

על אף שהחלטת בית הדין הארצי לעבודה פתחה אפשרויות רבות לעובדות מקופחות לתבוע על אפליות בגינן, לא ניצלו את ההזדמנות להתריע על אפלייה שמעצם טבעה בטלה היא מטעמי חקנת הציבור. רק במקרה בודד של חביבה קינר נ' משרד ראש-הממשלה (1980),⁵⁴ 7 שנים לאחר ההחלטה בענין "אל-על", נתקלים אנו שוב בחביבה של אפלייה בקידום בתוך משרד ממשלתי. חביבה קינר תבעה את המשרד בגין אפלייה מטעמי מין בכך שנמנעה ממנה האפשרות להעלאה בדרגה למשרת עוזר למנהל לשכת היועץ לענייני ערבים בחיפה. התביעה הני"ל נסתיימה בפשרה.

העובדה שמספר התביעות בגין אפלייה מטעמי מין הן כה מועטות לא מעידה על כך שהמצב משביע רצון. התופעה של המחסומים בפני התדיינות אזרחית של עובדות נגד מעבידים ניתנת להסבר בדרך פשוטה. העובדות אינן מעיוות להתריף את היחסים ביניהן לבין המעבידים ולא פעם נמנעו בגלל שלא היה בידיהן המסמכים על מנת להוכיח הפלייה.⁵⁵ ועדי העובדים אינם תומכים בעובדות ולפעמים הם בעצמם תורמים לאפלייה בהסכמים קיבוציים. מן הנאמר לעיל נראה בעליל שלא מספיק שלחובעת תהייה זכות לשוויון. חשוב הרבה יותר שהיא תוכל לממש אותה זכות ללא פחד מן המעביד. הפתרון המוצלח שנמצא באנגליה באמצעות "הוועדה להזדמנויות שוות" שהוקמה על-פי החוק נגד אפליה מטעמי מין משנת 1975 יכול לשמש דגם עבור ישראל. מרבית התביעות באנגליה, ביניהן גם אלה שהזכרנו לעיל, הוגשו והוכנו בוועדה להזדמנויות שוות. הוועדה גם ממנת את הסעד המשפטי. מתפקידה לא רק לייעץ לעובדות ולעובדים (ראה עניין *Burton*) אלא גם ליוזם תיקונים בחקיקה.

התופעה של המחסומים בפני התדיינות מקורה גם בעובדה הפשוטה שהעובדות המקופחות אינן ערות למצבן ואינן מודעות לאפליה המורשת בתעסוקה. תיקן המענות לא ייעשה בעזרת חיקוקים "חסרי שיניים".

עניין נוסף כרוך בהסבר. יש להסביר לעובדות מה הן זכויותיהן ואילו דרכים פתוחות לפנייהן כדי לממשן. לשם כך יש ללקט את החיקוקים המפורזים בדיני ישראל, כולל הפסיקה הקיימת, ולהביאם בלשון פשוטה לידיעת העובדות. כמו כן יש להצביע על התרופות העומדות לרשות הנפגעות ולהסביר מה הם ההליכים המשפטיים שנקבעו להשגתן.

על מנת לחזק את מעמדה של האשה בעבודה — ובישראל הדבר עדיין קל יותר מאשר באירופה, השקועה בים של אבטלה — רצוי שעובדת תקבל גיבוי מוועדה ציבורית⁵⁶ שיהיו לה גם סמכויות לתבוע בשם עובדות מקופחות, כפי שנעשה הדבר באנגליה

54 חיק ביד"ע חיפה 1313/80 מצוטט במאמרה של ד"ר פרנסיס דדאי (לעיל, הערה 24).

55 ראה מעמד האשה (לעיל, הערה 51) 13.

56 השווה: המלצות הוועדה למעמד האשה, דיונים וממצאים (תשל"ח-1978) 203-204.

ובאירלנד,⁵⁷ וכפי שייעשה בעתיד באיטליה, בדנמרק ובצרפת.⁵⁸ המועצה הציבורית שהוקמה על-פי סעיף 4 לחוק הזדמנות שווה בתעסוקה היא חסרת סמכויות אכיפה ואין בכוחה להגיש תביעות בשם עובדות מופלות.

ה. סיכום ולקחים

לסיכום הלקחים ייאמר, שבאשר לתפיסת העקרונות אין הבדלים משמעותיים בין ישראל לאירופה ככל הנוגע לשכר שווה. באירופה וגם צלנו העקרונות מבוססים על האמנה הבינלאומית מטעם ארגון העבודה הבינלאומי משנת 1951. ברם, טוב יעשו בתי המשפט בישראל אם יודקו לפסיקה אירופית, ובעיקר להתלטות בית הדין האירופי שהראו נטייה ליברלית בפרשנות המונחים "שכר" ו"עבודה שווה".

באשר להזדמנות השווה בכל תנאי העבודה (למעט שכר) יש לאקונוט גדולות בחוק הזדמנות שווה בתעסוקה, 1981, וכאן יש מקום לתיקון בדרך החקיקה. יש להרחיב את הוראות החוק לגבי כל תנאי העבודה לרבות פיטורין.

בעיית האפליה העקיפה, שאין לגביה הוראות חקיקתיות בישראל, תתבע אף היא את פתרונה בעתיד, בין בקשר לאפליה נגד עובדות חלקיות ובין בקשר לעובדות נשואות ומטופלות בילדים ורצוי לעמוד על התפתחויות דומות במדינות הקהילייה האירופית. הלקח כאשר לכללי העדות שהתפתחו באירופה הוא כפול. לגבי קביעת השכר השווה בין עובד לעובדת עמדנו על חשיבות חובת ניתוח עיסוקים לצורך הוכחת "עבודה שווה מעיקרה". אין בישראל הוראות חקיקתיות בנוון ויש אולי מקום ללמוד מן התקנות החדשות באנגליה שתיכנסנה לתוקפן בתחילת 1984, כדי לתקן (בדרך החקיקה) את המצב המשפטי בישראל. ועוד, נטל ההוכחה בסוגיית האפליה חייב לעתים לעבור מן העובדת למעביד. זאת הבין בית הדין בישראל בעניין "עלית". ברם, טוב שיידעו בתי הדין שיש להם "תימוכין" בנקודה זו בתקדימים של ערכאות באירופה ומהם אפשר ללמוד על התנאים ועל הסייגים הנחוצים.

גם בתחום הסעדים על אפליה ניתן להפיק לקח מאלף מן הנעשה באירופה, שם נוכחו לדעת שאין די בסנקציות פליליות ויש להבטיח את הזכויות לאי-אפליה בדרך של אכיפה אזרחית, בצווי עשה ובפיצויים הולמים.⁵⁹

57 הוועדה להזדמנויות שוות (EOC) הוקמה באנגליה על-פי סעיף 75 לחוק האפליה מטעמי מין משנת

1975. "סוכנות לשוויון בתעסוקה" הוקמה באירלנד על-פי חוק השוויון בתעסוקה משנת 1977.

58 EEC Commission, *Women of Europe*, No. 27 (Sept./Oct. 1982) 31, 37

59 בתחשיים הקרובים צפיות שתי החלטות טרומיות של בית הדין הקהיליית. הראשונה דנה בשאלה העקרונית האם קביעת אפליה בקבלה לעבודה שפסק בית משפט מטילה על המעביד את החובה להעסיק את העובדת שנפגעה. שאלה זו נוגעת גם בעקרון חופש הפרט ובחופש כריחת חתים. ראה בקשה להחלטה טרומית בעניין *Case 14/83 Von colson and Kamann Case*, לעיל הערה 14. בהפניה השנייה גדרש בית הדין הקהיליית לפסוק לגבי יעילות פסק דין לאומי לפיצויים סמליים, כסנקציה הולמת לעבירה על ההנחיה הקהיליית בדבר שוויון בתנאי העבודה משנת 1976. ראה בקשה להחלטה טרומית בעניין *Case 79/83 Harz v. Deutsche Tradax*; לעיל, הערה 14.

אשר למנגנון האכיפה — הדברים כבר משחמעים מן הנאמר לעיל. ועדה ציבורית כדוגמת "הוועדה להודמניות שוות" באנגליה או כדוגמת "הסוכנות לשוויון בתעסוקה" באירלנד, שיהיו לה סמכויות להגיש תביעות בשם עובדות מקופחות, האפשר ליישם את העיקרון ואת הכללים שפיתח המשפט הישראלי בעשור האחרון בתחום השכר השווה וההודמנות השווה בתעסוקה על כל מרכיביה.

"עשור האשה" שהכריז עליו האו"ם בשנת 1975 הולך ומתקרב לקצו.⁶⁰ עשור זה אמנם העשיר את החקיקה ואת ההלכה בעולם ובישראל, אך רק פעולה עקיבה וממושכת תוכל לעקור את האפליה שעדיין מושרשת בפועל לגבי האשה העובדת ולהקטין את הפער בין ההלכה ובין המציאות.

60 ראה מאמרה של ד"ר ניצה שפירא-ליבאי, "The Concept of Sex Equality: The U.N. Decade, for Women", *Israeli Year Book on Human Rights*, Vol. 11 (1981) 106-133