

בתי המשפט

עב 002456/03		בית הדין האזורי לעבודה בירושלים
05/05/2008		בפני השופטת רונית רוזנפלד, נשיאה נציג ציבור (ע) אפרים פוסט נציג ציבור (מ) אריה שפירא

בעניין: דן בהט התובע

נגד

מדינת ישראל-משרד המשפטים

ע"ב"כ עו"ד אורנה לין הנתבעת

לפסק-דין בעבודה (17-07-2005): [עב 1378/05 מדינת ישראל - משרד המשפטים נ' בהט דן](#) שופטים: שדיאור שרה, עו"ד: מערערת
להחלטה בעבודה (05-02-2006): [עב 2456/03 בהט דן נ' מדינת ישראל משרד המשפטים](#) שופטים: גרשון חופית
לערעור בעבודה (התקבל בחלקו, 18-04-2010): [עב 361/08 מדינת ישראל נ' דן בהט](#) שופטים: סטיב אדלר, עמירם רבינוביץ, ורדה וירט ליבנה, עו"ד: אורנה לין, ורד קינר

מיני-רציו:

* עבודה – עובדי מדינה – תנאי העבודה

* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – הורות

התובע טוען כי הוא זכאי לאותם תנאי עבודה בקשר להורות הניתנים לעובדות המדינה, הכוללים יום עבודה מקוצר, תשלום שעות עודפות על יום העבודה המקוצר ותשלום דמי כלכלה, וזאת מכוח סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן – החוק). כמו כן טוען התובע כי הוא זכאי לזכויות אלה החל מיום חזרתה של אשתו לעבודה לאחר חופשת הלידה ולא החל ממועד מתן פסה "ד שבעקבותיו שוננו הוראות התקשי"ר וניתנה הזכות ליום עבודה מקוצר גם לאבות עובדי המדינה. התובע ביקש סעד הצהרתי ולא הגיש תביעה כספית.

ביה"ד קיבל את התביעה וקבע כי:

ביה"ד הארצי פירש את הוראת סעיף 4 לחוק והצהיר מהו הדין החל. ביה"ד לא יצר דין חדש ולא שינה את הדין הקיים, לא ביטל פס"ד קודם שבו נקבע פירוש אחר, ופסיקתו אף עולה בקנה אחד עם הלכה קודמת. כבר נקבע כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. רטרוספקטיביות היא

הכלל. שלילתה, כחריג, תימצא ראויה כאשר יימצא אינטרס הסתמכות ראוי להגנה. במקרה הנדון לא נמצאה הצדקה להחלת החריג.

הזכות לתשלום עבור השעות העודפות אינה נכנסת בגדרה הצר של הגדרת ה"זכות בקשר להורות", אלא היא זכות נגזרת, או פועל יוצא ממצב דברים שבו עובדת נאלצת, מפאת צרכי העבודה, שלא לנצל את המגיע לה. על כך שהיא עובדת מעבר לשיעור משרתה היא נמצאה זכאית לתשלום, בבחינת חובה לשלם שכר עבור עבודה. מבחינת מקורו של הסדר התשלום לא ניתן ללמוד על כל כוונה ל"העדפה מתקנת" של האם העובדת, ודאי לא ביחס לקבוצת האבות הזכאים עפ"י חוק לזכויות בקשר להורות. במניעתו של התשלום עבור השעות העודפות מן התובע, יש משום הפליה אסורה. משהתקיימו בתובע התנאים לזכות ההורה ליום עבודה מקוצר, זכאי התובע לתשלום עבור שעות עבודה עודפות ולחישוב דמי כלכלה כפי שזכאית האם העובדת בשירות המדינה. הזכאות כפי שנקבעה אינה מכוח הוראתו של סעיף 4 לחוק, כי אם מכוח עקרון השוויון ואיסור ההפליה בין מעסיק לעובדיו בקשר לתנאי עבודתם, עיקרון הבא לידי ביטוי בהוראת סעיף 2 לחוק.

פסק דין

מבוא

1. זכאותו של ה"עובד" לזכות הנתונה ל"עובדת" במקום עבודתו "בקשר להורות", והיקפה, בהתאם להוראת ס' 4 לחוק [שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) התשמ"ח-1988, היא העומדת במרכז דיונונו בפסק דין זה. בעיקר אנו נדרשים לזכות ל"יום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד", שהיא אחת מן הזכויות הנכנסות בגדרה של ה"זכות בקשר להורות", לפי המפורט בס' 4 (ב) לחוק. כמו כן, וכפועל יוצא מזכאות ה"עובד" ל"יום עבודה מקוצר", ובנוסף אליה, אנו נדרשים לבירור שוני בין תנאי שכרה של העובדת הזכאית ליום עבודה קצר כאמור, לבין תנאי השכר של העובד, שזכותו ליום עבודה מקוצר מוכרת מכוח הוראתו של ס' 4 לחוק. בהמשך דברינו נבחן האם מדיניות של "העדפה מתקנת" היא העומדת בבסיס השוני האמור או שמא טמונה באותו השוני הפליתו לרעה של ה"עובד", הפלייה שמטבע הדברים אינה עולה בקנה אחד עם הוראת ס' 2 לחוק [שוויון ההזדמנויות בעבודה](#). אלו הם, "בקליפת האגוז", עיקרי הנושאים העומדים לבחינה ובירור במסגרת פסק דין זה, אליהם מתווספים עוד עניינים אחדים, חלקם עניינים שבסדרי דין חלקם עניינים שבמהות, והכל כפי שנפרט להלן.

2. התובע, עובד המדינה, המשמש פרקליט בפרקליטות מחוז, אב לשני ילדים שגילם נמוך משתים עשרה שנים, מבקש לקבל סעד הצהרתי שלפיו, בהיותו "עובד" שהתקיימו בו התנאים בדבר "זכות בקשר להורות", לפי המפורט בס' 4 לחוק [שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) התשמ"ח-1988, זכאי הוא לכל ההטבות הניתנות ל"עובדת" במקום עבודתו, וזאת, החל מן המועד שבו הייתה זכאית העובדת לאותן ההטבות.

הנתבעת (להלן גם- המדינה) סבורה כי בהיות התביעה כספית במהותה, אין מקום למתן הסעד הצהרתי המבוקש. לטענת המדינה, אף לגופו של עניין אין ליתן בידי התובע סעד הצהרתי כוללני לפי המבוקש, באשר יש לבחון באופן פרטני, לאילו מן ההטבות שלהן זכאית העובדת בשירות המדינה, זכאי גם האב העובד, כמותה. לטענתה, אף ראויים המועדים לזכאות להיבחן, בכל מקרה לגופו.

3. אף שהתביעה הינה למתן סעד הצהרתי כללי כאמור לעיל, מתמקדת המחלוקת שבין הצדדים בזכויות ספציפיות "בקשר להורות", הנובעות מהיותה של "העובדת" בשירות המדינה זכאית "ליום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד", בהתאם להוראת ס' 4(ב) לחוק [שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) התשמ"ח-1988 (להלן- חוק שוויון ההזדמנויות או החוק). בהיותו של התובע עובד מדינה, אב לשני ילדים שגילם נמוך מגיל 12, אין המדינה חולקת על היותו זכאי, כמו האם העובדת בשירות המדינה ל"יום עבודה מקוצר". בזכאותו זו של התובע הכירה המדינה בסמוך לאחר שבית הדין הארצי נתן את פסק דינו [ע"ע 1155/02 מדינת ישראל – מוסקלנקו, פד"ע לט 337](#) (ניתן ביום 31.8.03; להלן- הלכת מוסקלנקו). על ההלכה שיצאה מלפני בית הדין הארצי באותו עניין עוד נעמוד בהמשך. בשלב ראשון הכירה המדינה בזכותו של התובע ליום עבודה מקוצר החל מפברואר 2004, עם תיקון הוראות התקשי"ר על פי הלכת מוסקלנקו, לפיה הוכרה זכאותה ה"עובד" ליום עבודה מקוצר, בתנאים מסוימים, כמו ל"עובדת". בשלב מאוחר יותר של ההליכים הכירה המדינה בזכותו של התובע ליום עבודה מקוצר החל מיום 1.9.03, דהיינו, החל ממועד שלמחרת מתן פסק הדין בפרשת מוסקלנקו. התובע סבור כי מכוח הוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, קמה לו הזכות ליום עבודה מקוצר מיד עם תום חופשת הלידה של רעייתו, בחודש פברואר 2003, באותו מועד בדיוק בו הייתה קמה הזכות המקבילה

ל"עובדת" במקום עבודתו. לא מוקדם ולא מאוחר ממנו. אותה שאלה מתעוררת בקשר למועד הזכאות של התובע לתשלום "תוספת מעונות" בשכרו, האם כטענת התובע, זכאי הוא לתשלום התוספת החל מחודש פברואר 2003, או שמא כטענת המדינה קמה לו הזכאות אך החל מ-1.9.03.

4. עוד מתמקדת המחלוקת שבין הצדדים בשאלה בדבר זכאותו של התובע, כ"עובד" להטבות שהן בבחינת פועל יוצא מקיצורו של יום העבודה לאם העובדת. שלפי הוראות התקשי "ר", האם "העובדת", זכאית לתשלום עבור שעות עבודה שמעבר לשעות משרתה לפי "יום העבודה המקוצר", לפי תעריף "שעות עודפות" בשיעור של 100%. אף שיעורם של דמי הכלכלה, המשולמים למי שזכאית ליום עבודה מקוצר ועובדת שעות נוספות, עולים בשיעורם על שיעור דמי הכלכלה למי שעובד בהיקף רגיל של משרה, ועובד שעות נוספות. התובע, שזכותו ליום עבודה מקוצר מוכרת כאמור על ידי המדינה, על פי הלכת מוסקלנקו, טוען לזכאותו לתשלום השעות העודפות, וכן לחישוב דמי הכלכלה כפי שנערך לעובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר. המדינה סבורה, כי אף שזכאי התובע "ליום עבודה מקוצר" אין הוא זכאי להטבות האמורות, בהיותן הטבות המכוונות ל"עובדת" בלבד, במגמה לעודד את השוויון המהותי שבין ה"עובד" לבין "העובדת", וכחלק ממדיניות של "העדפה מתקנת" של העובדת. הנה כי כן נדרשים אנו לפסוק בכלל השאלות המתעוררות, שהכרעה בהן נחוצה כפועל יוצא מהלכת בית הדין הארצי בפרשת מוסקלנקו.

5. העובדות הרלבנטיות כפי שעולה מן התיק הן כדלקמן:

- א. התובע נשוי לרעייתו הגב' מירב משה בהט.
- ב. בשנת 2000 החלה הגב' בהט לעבוד בחברה ס' העוסקת בתחום ההייטק (להלן – חב' ס').
- ג. ביום 23.11.02 נולדה לתובע ולרעייתו בת.
- ד. ביום 16.2.03 הסתיימה חופשת הלידה של הגב' בהט, והיא שבה לעבוד בחברת ס'. בו ביום פנה התובע אל מנהלת תחום משכורת במשרד המשפטים, וביקש לקבל את כל הזכויות

- הניתנות ל"אם עובדת במדינה". התובע הסתמך במכתבו על קביעות בית הדין הארצי בפסק הדין [ע"ע 1039/00 מדינת ישראל, משטרת ישראל – מנחם יהב ואח'](#), פד"ע לח 337 (ניתן ביום 13.8.02; להלן- פסק דין יהב). על ההלכה שיצאה שם מלפני בית הדין הארצי, נעמוד בהמשך).
- ה. בתשובה לבקשתו, שנסמכה כאמור על פסק הדין בעניין יהב, הודיעה המדינה לתובע כי אין בפסק הדין תימוכין לבקשתו, וכי המדינה ממתינה להכרעת בית הדין הארצי בעניין שהיה תלוי ועומד לפניו בשאלת "הזכאות לזכויות בקשר להורות, לעובד אשר אשתו עובדת שכירה ואינה זכאית לזכויות במקום עבודתה".
- ו. ביום 31.8.03 ניתן פסק הדין בענין מוסקלנקו בו נקבע כי עובד יהיה זכאי לזכויות הוריות הניתנות במקום עבודתו, במקרה שרעייתו הינה עובדת שכירה במקום שבו לא ניתנות זכויות הוריות.
- ז. בסמוך לאחר שניתן פסק הדין בענין מוסקלנקו הגיש התובע את תביעתו לבית הדין.
- ח. ביום 22.10.04 נולד לתובע בן. אשת התובע שבה לעבודתה בחברת ס' מקץ 12 שבועות של חופשת לידה ו-4 שבועות על חשבון חופשתה השנתית.
- ט. ביום 31.8.05 הפסיקה הגב' בהט לעבוד בחברת ס'. למחרת היום התחילה עבודתה בחברה ק' אף היא עוסקת בתחום ההייטק.
- י. זכאות התובע לקיצור יום עבודה אושרה בשלב ראשון החל מפברואר 2004, מועד תיקון הוראת התקשי"ר על פי הלכת מוסקלנקו. בשלב מאוחר יותר אישרה המדינה את זכאותו של התובע לקיצור יום עבודה החל מיום 1.9.03 (בהתאם למועד מתן פסק הדין בענין מוסקלנקו), וזאת על סמך הצהרה שנתן התובע ביום 20.4.04. יצוין לעניין זה כי לטענת התובע לא נודע לו אודות אישור זה אלא מסיכומי המדינה בתביעה דנן.
- יא. המדינה מכירה בזכאות התובע ל"תוספת מעונות" בשכרו, החל מיום 1.9.03.

המסגרת הנורמטיבית

6. בבסיס הדיון עומדת הוראת ס' 4' [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#). התשמ"ח-1988 בה נקבע

כך:

"(א) זכאית עובדת, בהתאם לתנאי העבודה הנהוגים במקום עבודתה, לזכות בקשר להורות, תהא זכות זו נתונה גם לעובד המועסק במקום עבודה שבו נהוגים תנאי עבודה כאמור, אם התקיים בו אחד מאלה:

- (1) בת זוגו היא עובדת ולא נעדרה מעבודתה מכוח זכאותה כאמור בסעיף קטן (ב)(1) או (2) או שלא השתמשה בזכות כאמור בסעיף קטן (ב)(3) או (4);
- (2) הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית.
- (ב) בסעיף זה, "זכות בקשר להורות" – אחד מאלה:
 - (1) היעדרות מעבודה בשל מחלת הילד;
 - (2) יום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד;
 - (3) זכות להשתמש בשירותי מעון שהמעביד מעמיד לרשות ילדי העובדים;
 - (4) השתתפות המעביד בעלות החזקתו של הילד במעון."

7. זכאות האם, עובדת המדינה, ליום עבודה מקוצר, מוסדרת בהוראת פסקה 35.15 לתקשי"ר, לפיה זכאית האם העובדת בשירות המדינה להיעדר מעבודתה עד מלאת שנה אחת לילדה, בכל יום עבודה בו היא מועסקת 6 שעות לפחות (ס' 31.151 לתקשי"ר). אם לילד אחד שגילו נמוך משמונה שנים או אם לשני ילדים לפחות שגילם נמוך מ-12 שנים, זכאית ליום עבודה מקוצר בהתאם למפורט בס' 31.152 לתקשי"ר (על "גלגוליה" של הוראה זו, ראו ב ס' 12-39 לתצהירה של גב' הניה מרקוביץ).

8. בהתייחס להוראתו של ס' 4' [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) נקבע בפסק דינו של בית הדין הארצי בעניין יהב, כי הפרשנות הנכונה של ס' 4' לחוק היא, שעובד אשר במקום עבודתו קיים הסדר המעניק לעובדת באותו מקום עבודה "זכות בקשר להורות", כמפורט בס' 4(ב) לחוק, יהיה זכאי לנצל זכות זו אם אשתו עובדת- לרבות עובדת עצמאית, ובמקום עבודתה אין היא מקבלת בפועל את אותה זכות. בפסק הדין בפרשת מוסקלנקו הוסיף עוד בית הדין הארצי וקבע כי חייבים להתקיים שני תנאים כדי שהעובד יקבל את הזכות לפי ס' 4' לחוק: האחד, הזכות

ניתנת במקום עבודתו של העובד , והתנאי הנוסף , שהוא שלילי במהותו , והוא שבת הזוג לא ניצלה את אותה הזכות במקום עבודתה . נקבע, כי אין בחוק דרישה כי במקום העבודה של בת הזוג נהוגה אותה זכות הורית.

9. בסמוך לאחר שניתן פסק הדין בענין מוסקלנקו ולאורו , הוצאה הודעת נש "מ סד ' 17 מיום 10.2.04, ובה תיקונים לפרק 35 לתקשי"ר, המתחייבים מפסק הדין (נספח יב' לתצהיר הניה מרקוביץ). על פי התיקון , כפי שנקבע באותה הודעה : **"עובד יהיה זכאי לזכאות בקשר להורות , אם בת זוגו עובדת "שכירה" או "עצמאית", בין אם במקום עבודתה נהוגות זכויות בקשר להורות כהגדרתן בפסקה 35.112 ובין אם לאו".** נקבע כי "זכות בקשר להורות" היא בין השאר זכות ליום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד , כאמור בפסקאות 35.151, 35.152 לתקשי"ר.

10. **בשלושה מסעיפי התקשי"ר מעוגנות עוד מזכויות האם העובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר , והן רלבנטיות לתביעה מושא פסק דין זה, ואלו הם :**

א. **ס' 31.165 לתקשי"ר-** במסגרתו נקבע הסדר התשלום לאם עובדת הנדרשת לעבוד לפי שעות עבודה רגילות . נקבע כי העסקתה בשעות שמעבר ליום העבודה המקוצר , תחשב העסקה בשעות נוספות, אולם היא תקבל בעדן תשלום בשיעור של 100% בלבד עד להשלמת מכסת שעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה של העובדת (להלן- הסדר השעות העודפות, ראו בתצהירה של הניה מרקוביץ, פירוט בקשר להוראת הסעיף).

ב. **סעיף 26.282 לתקשי"ר-** בו קבועה הזכות לדמי כלכלה למי שהועסק עשר שעות רצופות או יותר מתוכן לפחות שתי שעות נוספות.

ג. **סעיף 25.610 לתקשי"ר-** בו קבועה הזכאות של הורה להשתתפות בהוצאות מעון לילדים .

11. זוהי אפוא המסגרת הנורמטיבית בגדרה אנו נדרשים לתביעת התובע לקב לת סעד הצהרתי , לרבות בדבר זכאותו ל "יום עבודה מקוצר " החל מ 16.2.03, הוא המועד בו חזרה רעייתו לעבודתה לאחר חופשת הלידה ; לתשלום תוספת המעונות בשכרו החל מאותו מועד ; להיותו

זכאי לתשלום על פי הסדר השעות העודפות למי שעבד מעבר לשעות העבודה ביום עבודה מקוצר; ולחישוב דמי הכלכלה בשים לב להיותו זכאי ליום עבודה מקוצר.

להלן נפרט את עיקרי טענות הצדדים בשאלות השנויות במחלוקת ביניהם.

12. עיקרי טענות התובע

- א. התובע זכאי לקבל את מלוא ההטבות המוענקות לאם עובדת במקום עבודתו בשירות המדינה, ועל כן, על המדינה לשלם לו ע בור שעות נוספות אותן הוא מבצע וממשיך לבצע מתום יום העבודה המקוצר לו הוא זכאי, ועד תום יום העבודה הסטנדרטי. כמו כן הוא זכאי לחישוב דמי הכלכלה כפי שהם מחושבים בשכרה של העובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר.
- ב. אין לקבל את עמדת המדינה, כי ההטבות שבמחלוקת הן כאלה ה נובעות מ"זכויות יתר", על מנת לעודד את הנשים העובדות. אם אכן התקבלה החלטה להעדיף הנשים העובדות, הייתה חייבת להימצא הוראה כלשהי בעניין. הוראה כזו, הייתה מלמדת מיהו הגורם שהחליט על הענקת ההעדפה, מתי עשה כן ומדוע. הוראה כזו, לו הייתה קיימת, הייתה מלמדת אם ההחלטה נבעה מהרצון ליתן זכות יתר לנשים והאם ניתן למנוע אותה מגברים. בעת שהמדינה העניקה לנשים את ההטבות שבמחלוקת לא הוענקו ההטבות האלה כזכויות יתר לנשים, אלא היה ניסיון ברור להשוות בין עובדת נשים לעובדת גברים.
- ג. חיזוק לטענות התובע נמצא בכך שהמדינה מעניקה את הזכויות שבמחלוקת לאלמנים גרושים או אבות חד הוריים. מכאן, שזכויות אלו לא נתפסו כזכויות יתר של נשים.
- ד. המדינה לא הפנתה לחיקוק, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה שמכוחו מוענקת הזכות כזכות יתר.
- ה. צרכי העבודה בפרקליטות מחוז ירושלים מחייבים את עובדי הפרקליטות לעבוד שעות נוספות. טענת המדינה המונעת מן התובע את תשלום השעות העודפות מרוקנת מתוכן את הוראת חוק שוויון ההזדמנויות, המחייבת אותה להעניק לתובע את אותן הזכויות הניתנות לאם העובדת. מן המסמכים שהוגשו לתיק עולה, כי לגבי אמהות עובדות דרשה המדינה

- בתחילה כי לצורך תשלום שעות נוסף ות יוותרו האימהות העובדות על זכותן ליום עבודה מקוצר. לאחר בדיקה חזרה בה המדינה מדרישה זו. היום, חוזרת המדינה כלפי התובע, על התנהלותה כפי שהייתה בשעתו כלפי האימהות העובדות. בהתנהגותה של המדינה יש משום הפליה פסולה.
- ו. אין זה הגיוני כי ישולם לתובע אותו שכר, בין אם יעבוד חצי שעה נוספת בכל יום ובין אם לאו.
- ז. בימים בהם נאלץ התובע להישאר בעבודתו ולעבוד שעות נוספות, עליו להשאיר את ילדיו במסגרות שונות, ולצורך הזה יש עלות כלכלית. לא ניתן לקבל מצב שהאב העובד לא יקבל עבור עבודה זו את התוספת שמקבלת אם עובדת במצב זהה.
- ח. תשלום השעות העודפות הינו נגזרת של החובה לשלם עבור שעות עבודה שמעבר למשרה המאושרת.
- ט. הזכאות לחישוב דמי הכלכלה על יסוד "יום עבודה מקוצר" מתבססת על אותן הטענות כמו לעניין תשלום השעות העודפות.
- י. זכאות התובע ליום עבודה מקוצר כמו גם לתשלום תוספת מעונות בשכרו הינה מיום 16.2.03 מועד בו חזרה אשת התובע מחופשת לידה. הזכאות נובעת מהוראות [חוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#). משכך, מועד מתן פסק דין מוסקלנקו שפירש את החוק אינו רלבנטי.
- יא. אף בפסק הדין עצמו לא נקבע כי הוא מצהיר על זכויות שיקומו אך מכאן ולהבא.
- יב. קיימת ידיעה שיפוטית בדבר קשייהן של נשים להתקדם בשוק העבודה למשרות בכירות ואף לקבל שכר הזהה לזה של גברים במעמדן. אין מחלוקת אודות הפער בין שכרן של הנשים לזה של הגברים. הפער נובע גם מערך שעה וגם מהבדל בכמות השעות המבוצעות. מטרת חוק שוויון ההזדמנויות הייתה לנסות ולסייע בגישור על הפערים האמורים. כדי לנסות ולהגשים את מטרת המחוקק יש לסייע לגברים דוגמת התובע.
- יג. אין לקבל את טענת המדינה כי קבלת תביעת התובע משמעה עלות עצומה לתקציב המדינה. התחשיב שהגישה המדינה אינו סביר ואינו מבוסס.
- יד. יש לחייב את המדינה בפיצוי הלנת שכר.

13. עיקרי טענות המדינה

א. אף שהמדינה מודה בזכאות התובע לקיצור יום עבודה ולתוספת מעונות , טוענת היא כי "טיעוניו של התובע שהוא עומד בדרישות התקשי"ר (לענין קיצור יום העבודה - ר.ר.), לא מעוגנים בעובדות והם רחוקים מלראות את המציאות לאשורה" (ס' 79 וס' 85 לסיכומים).

ב. המדינה הכירה בזכותו של התובע לקיצור יום עבודה ולתוספת מעונות מכוח פסק דין מוסקלנקו, אלא שפסק הדין יצר זכויות שלא היו קיימות לפני שניתן . ככל שההלכה השיפוטית החדשה משנה באופן מהותי את הדין הקיים , ראוי יותר שתחולתה תהיה פרוספקטיבית. פסק דין מוסקלנקו יצר הלכה חדשה ששינתה את הדין הנוהג באופן מהותי ולכן היא צריכה לחול באופן פרוספקטיבי.

ג. הזכות ליום עבודה מקוצר היא זכות לניצול בפועל ולא זכות כספית . תכליתה לאפשר להורה לצאת מעבודתו מוקדם יותר לצורך הטיפול בילדיו . התובע אף לא הביא כל ראיה לכך שנגרם לו חסרון כיס כספי בעקבות אי ניצול הזכות כאמור.

ד. אין בסעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות התייחסות כלשהי לתמורה נוספת עבור עבודה בשעות עודפות, וזאת מתוך כוונת המחוקק ולא מתוך טעות או השמטה . יש להבחין בין הזכות לקיצור יום עבודה המעוגנת בס' 4 לחוק, לבין הזכות לתשלום נוסף בשעות העודפות המעוגנת בהסכם קיבוצי משנת 1972 ובסעיף 31.154 לתקשי"ר. בעוד שהזכות לקיצור יום עבודה נתונה לתובע מכוח פסק דין מוסקלנקו , האחרונה מקורה בהסכם קיבוצי והיא ניתנה לנשים כזכות יתר , בהיותה מכוונת לקבוצת אימהות עובדות. משום כך אין התובע זכאי ליהנות ממנה. עילת התביעה מכוח ס' 4 לחוק שוויון הזדמנויות אינה מצמיחה לתובע את הסעד המבוקש על ידו , שכן מקורו של הסעד בהסכמים קיבוצים ולא בחוק שוויון הזדמנויות.

ה. ההבחנה בין העובדת לבין העובד בקשר להסדר השעות העודפות היא הבחנה מו תרת, מכוח זכות יתר שקיימת לאמהות עובדות , הבחנה זו מעוגנת בהוראת ס' 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות.

- ו. דמי כלכלה הם תשלום נלווה לשעות נוספות . הרציונל של הטיעון בעניין שעות נוספות עודפות חל גם על הזכאות לדמי כלכלה . גם התשלום הזה אינו נובע מחוק שוויון ההזדמנויות.
- ז. הזכות לתשלום שעות עודפות, נתונה כזכות יתר לנשים לא מתוך הפליה פסולה אלא מתוך מטרה לקדם ולקיים את ערך השוויון המהותי במסגרת התעסוקתית, בתקופת זכאותה של האישה לזכויות הוריות. נוכח ממוצע ההשתכרות של גברים ביחס לנשים ברי שמתן זכות היתר האמורה לגברים, תעודד את התא המשפחתי להחליט שהאב הוא שיעבוד בשעות העודפות שכן רמת השתכרותו גבוהה יותר. יישום של שוויון פורמלי בהקשר זה לא יעודד את האישה לעבוד בשעות נוספות ואף יסכל את תכלית החקיקה העומדת בבסיס ס' 4 לחוק משום שהוא יעודד דווקא את הגברים לעבוד שעות נוספות. זכות היתר לעובדת בנסיבות אלו היא אמצעי לגיטימי למימוש השוויון המהותי.
- ח. הכרה בזכאות של כל האבות העובדים במדינה לכל ההטבות והזכויות שמקבלות אימהות עובדות תגרום לנטל כלכלי גדול מאוד על תקציב המדינה, שנאמד במאות מיליוני שקלים בכל שנה. וכבר נקבע כי שיקולי תקציב הם שיקולים לגיטימיים. התחשיב שערכה המדינה מבוסס על מערכת סטטיסטית ומתימטית מהימנה ביותר.
- ט. התובע אינו זכאי לפיצוי הלנת שכר. שכרו לא הולך שכן אין הוא אינו זכאי לזכויות הנתבעות, מה עוד שבין הצדדים יש מחלוקת שיש בה ממש בנוגע לזכאות לתשלום. אף לא ניתן לפסוק פיצוי הלנה בתביעה לסעד הצהרתי.
- י. התובע אינו זכאי לקבל סעד הצהרתי משום שאינו עומד בדרישות הדין לסעד כזה. עניינו בתביעה כלכלית שדרך המלך הינה להגישה כתביעה כספית מכומתת.

עד כאן עיקרי טענות הצדדים.

דיון והכרעה

14. נקדים ונציין כי המדינה מצאה לנכון לטעון בסיכומיה, כי התובע לא מילא אחר הוראות התקשי"ר לעניין התנאים המוקדמים לזכאותו ליום עבודה מקוצר, וזאת, כאילו לא הכירה

בפועל בזכאותו, בשים לב לאישורים שהמציא ממקומות העבודה של רעייתו הגב' מיירב משה בהט (ראו ס' 79 לסיכומי המדינה, כסעיף סיכום של טיעונים קודמים). יחד עם זאת, המדינה מודה בזכאותו של התובע ליום עבודה מקוצר, ובציינה כמה וכמה פעמים במהלך סיכומיה את השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים, לא מנתה את השאלה בדבר עצם עמידתו של התובע בתנאי הזכאות, בבחינת "תנאי סף", כחלק מן השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים. נוכח האמור, ולמען הסר ספק אנו קובעים כי זכאי התובע ליום עבודה מקוצר, שאורכו הוא בהתאם לגילאי ילדיו, ומספרם. כל זאת למעט הזכאות לקיצור יום העבודה בהתייחס ל "שעת הנקה", לתקופה בת חודש ושלושה שבועות עם תחילת עבודתה של אשת התובע בחברת ק', שלגבי זכות זו לא התקבל ממקום העבודה האישור הנדרש על פי התקשי"ר (ראו ס' 65 לסיכומי התובע).

15. צודקת המדינה בטענתה כי אין ליתן בידי התובע את הסעד ההצהרתי הכוללני כמבוקש על ידו, ולפיו, משהתקיימו בו התנאים בדבר "זכות בקשר להורות" לפי המפורט בס' 4 [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), זכאי הוא לכל ההטבות הניתנות לאם העובדת בשירות המדינה, החל מן המועד בו זכאית האם העובדת לאותם התנאים. סעד כוללני כזה אין ליתן בידי התובע. הנכון הוא בנסיבות העניין שהסעד, ככל שהתובע זכאי לו, יינתן על דרך של התייחסות ספציפית לזכות הורית זו או אחרת, וככל שיש מחלוקת לגביה, היא תוכרע על ידינו, והכל כפי שיפורט עוד בהמשך בפסק דין זה.

16. טענת סף נוספת שמעלה המדינה, גם היא מתייחסת לסעד אותו מבקש התובע לקבל, שהוא סעד הצהרתי. לטענת המדינה, היה על התובע לכמת תביעתו ולא להגישה על דרך של בקשה למתן סעד הצהרתי. טענה זו מועלית על ידי המדינה לראשונה, בסיכומיה (בחלקם האחרון). טענה בעניין זה, ככל שיש לה בסיס, יש להעלות בפתחם של הליכים, שזהו השלב הנכון לבררה, ולא לאחר שהובאו לפני בית הדין כלל טענות הצדדים לרבות סיכומיהם המפורטים, המתפרשים, ככל שמדובר במדינה, על פני עשרות עמודים. נאמר אך זאת, כי אכן, נקודת המוצא, כפי שעמד עליה בית הדין הארצי בכמה הזדמנויות לאחרונה, הינה: "שככלל לא יידרש בית המשפט, ובית הדין לעבודה בכלל זה לתביעה לסעד הצהרתי מקום בו יכול התובע לכמת תביעתו ולתבוע סעד

כספי..."] [ע"ע 1193/04 מרים רפפורט ואח' - רשות שדות התעופה](#) [פורסם בנבו] (ניתן ביום 30.1.06) [ע"ע 220/03 אילן ארגס- רשות הנמלים בישראל](#) [פורסם בנבו] (ניתן ביום 28.2.06) ראו גם החלטת בית דין זה ב [בש"א \(ירושלים\) 1366/06 המוסד לביטוח לאומי - רויטל אליהו ואח' /](#) [פורסם בנבו] (ניתן ביום 24.4.06) להלן ענין רויטל אליהו]. עם זאת, נוכח השלב המאוחר כל כך בו מועלית הטענה, לאחר שנסתיימה שמיעת ההליך, והוגשו הסיכומים, דינה להדחות על הסף (ראו לצורך השוואה בענין רויטל אליהו). נוסף עוד ונדגיש בקשר לאמור, כי בהיות התובע עדין עובד המדינה, הסעדים הכספים הכרוכים בתביעתו ממילא לא התגבשו עם הגשת תביעתו, ואף לא במהלכה.

תחולתה של הלכת מוסקלנקו – האם תחולה רטרואקטיבית או שמא תחולה פרוספקטיבית

17. לפי פסיקת בית הדין הארצי בפרשת מוסקלנקו, זכאי העובד לעשות שימוש בזכות הניתנת לאם העובדת במקום עבודתו, בתנאי שבת זוגו העובדת, אינה מנצלת את אותה הזכות במקום עבודתה. לפי דעת הרוב, כפי שפרשה את הוראתו של ס' 4 לחוק שוויון הזדמנויות לא נמצא בו, כתנאי לזכאות העובד, כי בת זוגו זכאית אף היא בפועל לאותה זכות במקום עבודתה ואינה עושה בה שימוש בפועל. סבורה המדינה כי בפסיקה זו שינה בית הדין הארצי את הדין החל ובאופן מהותי, ועל כן לטענתה, יש לקבוע את תחולתה של הלכת מוסקלנקו מכאן ואילך. מטעם זה, תחול זכאותו של התובע ליום עבודה מקוצר אך מעת שניתן פסק הדין, דהיינו, מיום 1.9.03 (פסק הדין ניתן ביום 31.8.03) ולא, כטענת התובע החל מיום 16.2.03, הוא המועד שבו שבה רעייתו מחופשת הלידה.

18. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים לעניין זה אנו קובעים, כי זכאי התובע לזכויותיו, לפי הוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, החל מן המועד שבו שבה אשתו לעבודה, לאחר שנולד ילדם הראשון של בני הזוג ביום 16.2.03 ולא ממועד מתן פסק הדין בענין מוסקלנקו, כפי שטוענת המדינה. זאת מן הטעמים עליהם נעמוד להלן.

בית הדין הארצי, בפסיקתו בענין מוסקלנקו, פירש את הוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות והצהיר מהו הדין החל. בית הדין לא יצר דין חדש ולא שינה את הדין הקיים. בית הדין הארצי

לא ביטל פסק דין קודם בו נקבע פירוש אחר להוראתו של אותו הסעיף שבחוק , ופסיקתו אף עולה בקנה אחד עם הלכה קודמת שיצאה תחת ידיו שנה אחת קודם לכן, בפרשת יהב.

19. בקשר לאמור נציין כי כבר נקבע, בקשר לתחולתה של ההלכה השיפוטית החדשה, כי היא פועלת הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית (ראו בג"צ [221/86](#) **כנפי נ. בית הדין הארצי לעבודה** פדי מא(4), 469,480 (1987); [רע"א 8925/04](#) **סולל בונה בנין ותשתיות בע "מ ואח' נ. עזבון המנוח אחמד עמד אל חמיד ז"ל ואח'**, [פורסם בנבו] ניתן ביום 27.2.06) להלן- פרשת סולל בונה). בפרשת סולל בונה, מנה הנשיא ברק שלושה טעמים המונחים ביסוד הגישה הזו, בדבר תחולתה של ההלכה השיפוטית החדשה, ואלו הם: הטיעון התורתי, הטיעון החוקתי, והטיעון המעשי. וכך בלשונו של הנשיא ברק:

"הטיעון התורתי הוא זה: כאשר בית המשפט פוסק את הדין- אם במסגרת המשפט המקובל ואם במסגרת פרשנותו של חיקוק או השלמת החסר בו, הוא מצהיר על הדין.. הוא אינו יוצר אותו. כאשר בית המשפט סוטה מפסק הדין קודם, הוא קובע כי הפסק המוטעה מעולם לא היה דין. פסק הדין המבטל אינו יוצר דין חדש. הוא מצהיר על מה שהיה תמיד הדין. זו התורה הדקלרטיבית של המשפט..." (שם בפסקה 6 לפסק הדין).

הנשיא ברק מבהיר בקשר לטיעון החוקתי כי טיעון זה עומד על השמירה הראויה בין חקיקה לשפיטה, שמירה המובילה להכרה בתחולתה הפרוספקטיבית של החקיקה בלבד, בעוד ששינוי פרוספקטיבי בלבד של הפסיקה הופך את השופט למחוקק (ראו שם בפרשת סולל בונה בפסקה 7, וכן ראו את הניתוח המשפטי המפורט של הטיעונים השונים).

בהתייחסו לדין החל בישראל קובע הנשיא ברק כי: **"נקודת המוצא הינה כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרוספקטיבית והן פרוספקטיבית. יחד עם זאת הנני סבור כי אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד"**. בבחנו את התנאים והנסיבות שבהם נקבע כי תחולת ההלכה השיפוטית הינה פרוספקטיבית בלבד מציין הנשיא ברק את אינטרס ההסתמכות. משכך, לפי גישתו של הנשיא ברק:

"אם הסוגיה היא חדשה ולא הוכרעה כלל בעבר, אין לומר כי קיים אינטרס הסתמכות ראוי להגנה. הוא הדין אם ההלכה הישנה לא יצרה הלכה

למעשה כל הסתמכות של ממש , או אם ההסתמכות לא הייתה סבירה , או אם אין ליתן לה משקל ניכר בהתבסס על הסוגיה הנדונה , למהותה של אותה הסתמכות . בכל המקרים האלה ובאחרים אין ליתן משקל כבד לשיקול ההסתמכות ויש מקום להפעלה רטרופקטיבית של ההלכה החדשה... " (ראו שם בפסקה 18 וההפניות שם).

הנה כי כן, הדברים מדברים בעד עצמם. רטרופקטיביות היא הכלל. שלילתה, כחריג, תימצא ראויה כאשר ימצא אינטרס הסתמכות, שהוא ראוי להגנה.

20. ומן הכלל אל הפרט. בהצהירו על הפירוש הנכון להוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, לא ביטל בית הדין הארצי בפרשת מוסקלנקו הלכה קודמת. לא מצאנו בנסיבות העניין כי קיים אינטרס הסתמכות ראוי להגנה המחייב הפעלתו של החריג לכלל, תוך קביעה בדבר תחולה פרוספקטיבית לפירוש הוראתו של סעיף 4, כפי שנקבע על ידי בית הדין הארצי, שהרי, וזאת יש לזכור, ההוראה בדבר זכותה של העובדת לקיצור יום עבודה באה לעולם במסגרת הסכם קיבוצי עוד בשנת 1972. היה זה המחוקק בחוק שוויון ההזדמנויות שקבע כי אותה הזכות תחול בתנאים מסוימים גם על העובד, ותחולתו של החוק היא ודאי תחולה פרוספקטיבית. בית הדין הארצי בפסיקתו בפרשת ירב כמו גם בהלכת מוסקלנקו התייחס לתנאים כפי שנקבעו בחוק, ופרש אותם. לא נמצא בנסיבות העניין שלפנינו אינטרס הסתמכות ראוי להגנה, מה עוד שבית הדין הארצי עצמו לא קבע כי לפסיקתו תהיה תחולה פרוספקטיבית בלבד, ואף לא נטען כי הוגשה עתירה כנגד פסיקתו, לבית המשפט הגבוה לצדק.

21. אשר על כן אנו דוחים את טענת המדינה כי זכות התובע ליום עבודה מקוצר ולתוספת מעונות קמה לו אך ממועד מתן פסק הדין בענין מוסקלנקו, החל מ 1.9.03. אנו קובעים כי זכאי התובע כעובד המדינה שהתקיימו בן התנאים בס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, לקיצור יום עבודה ול"תוספת מעונות", כמו העובדת בשירות המדינה, ובנסיבות העניין הספציפיות, החל מיום 16.2.03, הוא המועד שבו חזרה רעייתו לעבודתה לאחר חופשת הלידה.

הזכאות לתשלום עבור עבודה נוספת בשעות עובדות

22. בבסיס המחלוקת שבין הצדדים עומדת הוראת סעיף 31.155 לתקשי"ר שכך נקבע בה :

”(א) אם עובדת כאמור בפסקות 31.151 ו-31.152, הנדרשת לעבוד לפי שעות עבודה רגילות במקרה יוצא מן הכלל ולאור צרכי העבודה תיחשב העסקתה בשעות העובדות על האמור בפסקות הנ”ל כהעסקה בשעות נוספות.
 (ב) אולם אם לפי הדירוג והדרגה של העובדת ותנאי העסקתה באותן שעות היא זכאית לתשלום בעדן, תקבל תשלום בשיעור של 100% בלבד עד להשלמת מכסת שעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה של העובדת.
 (ג) כל שעה שאם כן”ל עובדת מעבר לשעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה, תחשב כשעה נוספת והתשלום במקרה זה יהיה בשיעור 125% או 150% לפי העניין ובכפיפות לאמור בפסקה 27.212.”

23. בבואנו להכריע בשאלות שבהן חלוקים הצדדים בנוגע לזכותה של האם העובדת להסדר השעות העובדות, נכון יהיה לעמוד על נקודות ציון אחדות באשר למקורה של הזכות.
 נמצאנו למדים כי ”הורתה” של הוראה זו שבתקשי”ר, בהסכם קיבוצי כללי, מיום 14.11.72, באותו סעיף 18, בו נקבעה זכות האם העובדת ליום העבודה המקוצר, וכפועל יוצא ממנו (ראו נספח א’ לתצהיר הניה מרקוביץ). מהוראתו של ס’ 18 להסכם הקיבוצי כאמור עולה הקשר בין קיצור משך יום העבודה של העובדת מצד אחד, ומתן הפתרון למקרה ”היוצא מן הכלל”, בו נדרשת האם העובדת לאור צרכי העבודה לעבוד לפי שעות העבודה הרגילות. או אז היא תהיה זכאית לקבל תשלום בעד הפרש השעות, שעה תחת שעה. בהסכם הקיבוצי נמצא אפוא את הבעיה שהתעוררה בקשר לעבודת האם בשעות שמעבר ליום העבודה המקוצר, כמו גם את הפתרון שנמצא לאותה בעיה. הוראותיו של ההסכם ובו פירוט ההקלות לאם העובדת, לרבות הסדר התשלום שנקבע עבור השעות שתימצא העובדת נדרשת לעבוד באופן יוצא מן הכלל, במשרה המלאה הרגילה, מצאו ביטוי מפורש בתקשי”ר.

24. מתוך המסמכים שצרפה הגב’ הניה מרקוביץ לתצהירה עולה כי במהלך השנים, מעת שנקבע הסדר השעות העובדות, התעוררו שאלות בנוגע לאופן יישומו של ההסדר. כך עולה ממכתבו של דוד מלינוביץ, הממונה על תפקידים מיוחדים בנציבות שירות המדינה מיום 8.3.1981 (נספח יג’

לתצהיר הניה מרקוביץ), בו מובהר מחד, כי ככלל, אין להעסיק אם לילדים דרך קבע מעבר למספר השעות כפי שנקבע לאם העובדת, ומאידך מודגש, כי במקרה יוצא מן הכלל, אם נדרשת העסקה כזו לאור צרכי העבודה, יבוצע התשלום בהתאם להסדר. בהתאמה לאמור במכתב זה, אף יצאה הודעת נציבות שירות המדינה מס' מא/101 (נספח יד' לתצהיר מרקוביץ). אף נמצא, שנים מאוחר יותר, כי היו עובדות במינהל המחקר החקלאי, שהתבקשו להצהיר כי הן מוותרות על זכותן לקיצור שעות העבודה כתנאי להעסקתן בשעות נוספות. על כך ניתנה ביום 1.9.95 הוראתו של נציב שירות המדינה מר יצחק גלנור כי אין לבקש מן האימהות להצהיר כי הן מוותרות על זכות לקיצור שעות העבודה כתנאי להעסקתן בשעות נוספות, ואף ניתנה הוראת הנציב לשלם לאותן עובדות, שעבדו מעבר לשעות העבודה המקוצרות לאמהות עובדות, בהתאם להוראות הקיימות בתקשי"ר. בהתאמה לכל אלו הוצאה הודעת נציב שירות המדינה מס' נה/26 מיום 7.6.95, לפיה: "כאשר לפי צרכי העבודה נדרשות שעות נוספות יכולה אם עובדת לעבוד בשעות אלה או לא, לפי רצונה" (נספחים טו, טז לתצהיר הניה מרקוביץ).

זהו אפוא ההסדר בעניין תשלום השעות העודפות לאם העובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר, ואלו מקורותיו וקורותיו, כפי שהוצגו לפנינו במסגרת הדיון בתביעה.

25. מכאן, ובשים לב למקור הזכות כמבואר לעיל, אנו נדרשים לסוגיה בדבר זכאות התובע לתשלום עבור השעות שבהן הוא עבד, ועובד, מעבר לתחום יום העבודה המקוצר, ועד להשלמת המשרה הרגילה במקום העבודה. בבואנו להכריע בסוגיה זו, ניזקק לשאלות שלהלן: האם הזכות לתשלום עבור השעות העודפות היא "זכות בקשר להורות" כהגדרתה בס' 4 (ב) לחוק; האם זכותה של האם העובדת לתשלום כאמור הינה בגדר "זכות יתר" שהוענקה לה כמשמעה בס' 3 (ב) לחוק שוויון ההזדמנויות, ומשכך, אין לראות במניעתה מן העובד משום הפליה; ובקשר לכך, האם הענקת הזכות לאם העובדת דווקא ורק לה היא בגדר "העדפה מתקנת", או שמא, במתן הזכות לאם העובדת ובמניעתה מן העובד שהתקיימו בו התנאים לפי ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, יש משום הפליה אסורה לפי הוראת ס' 2 לחוק? בכל השאלות הללו נעסוק בפרקים הבאים.

הסדר התשלום עבור השעות העודפות – האם "זכות בקשר להורות"?

26. כבר עמדנו על הוראתו של סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, בו בא לידי ביטוי העיקרון בדבר שוויון בין זכויות העובדת במקום העבודה לזכויות העובד, בכל הקשור לזכויות הקשורות בהורות. על תכלית הוראתו של הסעיף ניתן ללמוד מדברי ההסבר [להצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה תשמ"ז – 1987](#) (ה"ח 1848, תשמ"ז, בעמ' 324) שם נאמר;

"החוק המוצע בא להעניק זכויות הורים הקיימות בחקיקה ובהסכמים קיבוציים לכל אחד משני בני הזוג, באופן שכל אחד מהם יוכל לשאת באחריות לטיפול בילדים". (ההדגשה שלי ר.ר.)

בדברי ההסבר להצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 2) הוראות שונות תשנ"ד –

1994 (הצ"ח 2294 תשנ"ד בעמ' 559), שהחליפה את הוראת ס' 4 המקורי, נמצא כי מטרת הסעיף היא:

"להעמיק את תפיסת ההורות כתפקידם של שני בני הזוג ולאפשר לכל אחד מהם, לפי רצונם, לנצל את הזכויות בקשר ליום עבודה מקוצר, שימוש בשירותי מעון לילדים וקבלת השתתפות בעלות החזקתו של הילד במעון" (ההדגשה שלי ר.ר.).

27. נמצאנו למדים כי תכליתו של החוק באה לידי ביטוי מובהק בהוראתו, כך, שזכאי יהיה ה"עובד", כמו גם ה"עובדת" לזכויות בקשר להורות, המוגדרות בהוראתו של סעיף 4(ב) לחוק. לכל הזכויות הספציפיות המפורטות שם נמצא זיקה ישירה לאחריות ההורית המשותפת, אחריות, אותה מבקש המחוקק לקבוע, בזיקה למקום העבודה לפחות, כאחריות שוויונית לנשים וגברים.

28. מבין ארבע הזכויות הנכנסות בגדרה של ההגדרה "זכות בקשר להורות", לפי הוראת ס' 4(ב) לחוק, הרלבנטית לבחינתנו היא "הזכות ליום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד". משעמדנו מחד על דרך "הורתו ולידתו" של ההסדר לתשלום עבור השעות העודפות, ומאידך, בחנו את הוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בשים לב לתכליתה, **המסקנה המתבקשת מבחינתנו היא, כי הזכות לתשלום עבור השעות העודפות אינה נכנסת בגדרה הצר של הגדרת**

ה"זכות בקשר להורות" לפי הוראת ס' 4 לחוק. הזכות לתשלום עבור השעות העודפות הינה זכות נגזרת, או פועל יוצא ממצב דברים בו עובדת נאלצת, מפאת צרכי העבודה, שלא לנצל את המגיע לה, כך שתוכל לסיים את יום העבודה מוקדם מן המקובל במקום עבודתה, על מנת לטפל בילדה. על כך שהיא עובדת מעבר לשיעור משרתה היא נמצאה זכאית לתשלום, בבחינת חובה לשלם שכר עבור עבו זה. בזכות הזו לתשלום אין אנו מוצאים "זכות בקשר להורות" כהגדרתה בחוק כי אם זכות לתשלום שכר עבור עבודה שמעבר למשרה. לטעמנו, הזכות ההורית כפי שנקבעה בס' 4(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בקשר ליום עבודה מקוצר הינה זכות בעין, במובן זה, שזכותו של "העובד" העומד בתנאים כפי שנקבעו, כמו זכותה של העובדת, לקיצור יום עבודתו למטרה של מימוש האחריות ההורית המשותפת. בכך באה לידי ביטוי "העדפה מתקנת" המתבטאת ב"זכויות מיוחדות המוענקות לנשים ולגברים שהם בעלי אחריות משפחתית ואשר הענקתן אמורה לאפשר להם לעמוד בדרישות של הקריירה הכפולה ולמלא את חובתם הן בעבודה והן במשפחה" (ראו רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה, כרך ב עמ' 560).

הנה כי כן, המסקנה המתבקשת היא כי הסדר התשלום עבור השעות העודפות ל "עובד" כמו ל"עובדת" ככל שהיא קיימת, איננה בבחינת "זכות בקשר להורות" כהגדרתה בס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות. לכל היותר היא זכות הנובעת או נגזרת מן הזכות בקשר להורות. משקבענו כי הזכות לתשלום עבור השעות העודפות איננה "זכות בקשר להורות" כהגדרתה בס' 4 לחוק, וככל שהתובע זכאי לה, נמשיך ונברר את שאלת הזכאות להסדר השעות העודפות, בשים לב לנקודות המחלוקת האחרות כפי שפרשו לפנינו הצדדים, כשהשאלה המתעוררת היא האם יש במניעת ההסדר הזה מן "העובד" לעומת "העובדת", משום הפליה פסולה בין עובדיו של אותו המעסיק, הפליה שהיא אסורה לפי הוראת ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות.

מניעת התשלום מן ה "עובד" - האם הפליה אסורה של העובד לעומת העובדת או שמא "זכות יתר" מוגנת כמשמעה בס' 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות?

29. חולק על חובת המדינה לנהוג שוויון בין עובדיה, ועל האיסור החל עליה להפלות ביניהם. חובה זו באה לידי ביטוי מפורש בהוראת ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות. נזכיר אך מושכלות יסוד,

בקשר לחובה לנהוג בשוויון והאיסור להפלות, שהם בבחינת שני הצדדים של אותה המטבע, כי מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני אדם, שאין ביניהם שוני שהוא רלוונטי. בחינת קיומו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות, ובלשונו של הנשיא ברק בדנג"צ רקנט:

"הבנתו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות נוספות, הנותנות לו את היכולת לפתור בעיות קונקרטיות: ראשית, מהי קבוצת בני האדם שכלפיה נדרש יחס שווה? בדיקה זו משיבה על השאלה: "שוויון כלפי מי?" מכוחה של בדיקה זו נקבעת קבוצת בני האדם אשר כלפיהם נדרשת התנהגות שוויונית..... שנית, מהן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון. בדיקה זו משיבה על השאלה: "כיצד יש לנהוג, על מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה" (דנג"צ 4191/97 [רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה ואחי פד"י נד\(5\), 330 \(2000\)](#)).

30. התובע סבור, כי במנעה ממנו את ההטבות להן זכאית האם העובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר, מפרה המדינה את חובתה לנהוג כלפיו בשוויון, והיא מפלה אותו לרעה, בתוך קבוצת כלל עובדיה, ולעומת קבוצת השוויון הרלוונטית שהיא קבוצת עובדות בשירות המדינה, שהוא כמותן, זכאי לקיצור יום העבודה. טוענת המדינה, כי האם העובדת זכאית לתשלום עבור השעות העודפות "זכות יתר", ואין בהעדפתה של העובדת על פניו של העובד משום הפליה אסורה. המדינה נסמכת בטענתה זו על הוראת ס' 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות שעניינו "שמירת זכויות" ובו נקבע כך:

"3(ב) אין בחוק זה כדי לגרוע מזכות יתר המוענקת לעובדת לפי חוק, לפי הסכם קיבוצי או לפי חוזה עבודה, ואין רואים זכות זו כהפליה".

המדינה מפנה להוראות ההסכם הקיבוצי משנת 1972, מקור הזכות לתשלום השעות העודפות, ומכאן לטענתה "זכות יתר" שנקבעה זה מכבר לאם העובדת. נוכח הוראת ס' 3(ב) לחוק, אין באי הקנייתו לעובד משום הפליה. טענה זו של המדינה אין לקבל. כבר עמדנו על כך כי זכות יתר שהוענקה בהסכם הקיבוצי משנת 1972 הינה הזכות ליום עבודה מקוצר. בזכות יתר הזו התערב המחוקק, בהחילו אותה, בהוראת ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, בצורה מפורשת ומפורטת על ה"עובד", שהוא הורה, ככל שהוא עונה על תנאים מסוימים. כבר עמדנו על כך,

שהזכות לתשלום עבור השעות העודפות על יום העבודה המקוצר נקבעה אך "כנגזרת" או כפועל יוצא של זכות היתר לי ום העבודה המקוצר , כפי שנקבעה באותו הסכם . אף עמדנו על ההתפתחויות כפי שהוצגו לפנינו שאף מהן נמצאנו למדים כי אין הזכות בבחינת "זכות יתר" לאשה העובדת , באשר מטרתה הינה דווקא השוואה של זכויות האם העובדת לאלו של יתר העובדים , לעבוד שעות נוספות לפי בחירתה , מעבר למשרתה המלאה , כמו כל יתר העובדים , גברים כנשים.

31. המדינה טוענת עוד , כי במתן הזכות לאם העובדת , ובמניעתה מן העובד הזכאי לזכויות הוריות לפי ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות , היא מקדמת את "השוויון המהותי" , בין העובד לבין העובדת, ובכך היא מיישמת נכונה מדיניות של "העדפה מתקנת" . לפי טענתה : "תכליתה של זכות היתר היא לעודד את התא המשפחתי להחליט שהאם תעבוד שעות נוספות בתקופה קיצור שעות העבודה בשל זכויות הוריות , וכך יתאפשר לה להתקדם בעבודתה , וזאת באמצעות תמריץ כספי של תשלום כפול עבור השעות העודפות " (ס' 197 לסיכומי המדינה). לשיטתה של המדינה הענקת הזכות גם לעובד , תשיג את התוצאה ההפוכה , שכן נוכח ההשתכרות הגבוהה של העובד לעומת העובדת , יהיה זה העובד שינצל את הזכות , ובכך תמצא המטרה שביסוד הזכות , מסוכלת.

32. הנה כי כן , טענת המדינה נסמכת על רעיון "ההעדפה המתקנת" , שהוא רעיון ה "נגזר" מעקרון השוויון. וכך נמצא לעניין זה בפסק הדין המנחה [בג"צ 453/94, 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל פד"י מח \(5\), 501 \(1994\)](#), מפי השופט אליהו מצא :

"רעיון "ההעדפה המתקנת" (או "המקדמת", AFFIRMATIVE ACTION) נגזר מעקרון השוויון , ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית . לבו של עקרון השוויון (על פי התפיסה המסורתית) הוא ב"יחס שווה אל שווים" וביטוי הרגיל בחיי החברה הוא במתן הזדמנות שווה לכול. דא עקא, שמתן הזדמנות שווה עשוי להשיג תוצאה שוויונית רק כאשר האוכלוסיות המתמודדות עושות כן מעמדת מוצא שהיא פחות או יותר שווה . שכן רק בתנאים של שוויון התחלתי הינן בעלות סיכויים שווים להשיגה . לא כן הדבר באוכלוסיה המורכבת מקבוצות חזקות במיוחד ומקבוצות חלשות במיוחד. פער

ניכר בשוויון היכולת, בין אם מקורו בחוקים מפלים שהיו תקפים בעבר ועברו מן העולם, ובין אם נתהווה בעטיין של תפיסות עולם פסולות שנשתרשו בחברה, מגביר את סיכויי הקבוצות החזקות וגורע מסיכויי הקבוצות החלשות. ההעדפה המתקנת באה לאזן פער זה. היא מבוססת על התפיסה, כי בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די במתן הזדמנות שווה לכול. מתן הזדמנות שווה, בנסיבות כאלו, יקיים רק נוסחה של שוויון פורמלי אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה. קיומו לאורך זמן של שוויון פורמלי בלבד מעלה את החשש שבשל דרכו של עולם ומנהגי הבריות, תונצחנה תוצאותיה של ההפליה. תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה " (ראו שם בפסקה 16 לפסק הדין).

33. נמצאנו למדים אפוא כי בהעדפה המתקנת אין סתירה לעקרון השוויון, כי אם ההיפך מכך, בהיותה של ההעדפה המתקנת מכוונת בדרך כלל לתיקון עיוות חברתי שפגע בעקרון השוויון. לכן, העדפה מתקנת, אפילו שנראה כי היא פוגעת בשוויון, בפועל, נגזרת המדיניות הזו בדיוק מעקרון השוויון והיא משמשת אמצעי להגשמתו [ראו בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ. ממשלת ישראל, פד"י נה(5) 15, (2001), בפסקה 17 לפסק הדין; פי רדאי, "על העדפה מתקנת", משפט וממשל ג' (תשנ"ה-1995) 145; בג"צ 6671/03 מלנג'אד אבו גנאם ואח' נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577 (ניתן ביום 24.1.05), בפסקה 14 לפסק הדין; וכן ע"ע 1407/01 אורי פידלמן – מבטחים, פד"ע מ 112 ניתן ביום 17.10.04, להלן- עניין פידלמן].

34. האם נכונה טענת המדינה כי יש לראות את הזכות לתשלום עבור השעות העודפות לאם העובדת ומניעתה מן העובד שנמצא זכאי לזכויות הוריות, כיישום מדיניות של "העדפה מתקנת"? וכלפי מי אנו מתבקשים ליישם את המדיניות הזו? בבואנו לבחון את טענת המדינה ניתן דעתנו לכך כי העדפה מתקנת מקומה במקרים הראויים לכך, ובלשונו של הנשיא אדלר בעניין פידלמן:

"אולם יש להדגיש כי העדפה מתקנת מקומה במקרים הראויים לכך ולטעמי במקרים יוצאי דופן, שכן לעיתים טמונה בהעדפה המתקנת סכנה בכך שהיא עלולה ליצור אפליה חדשה לטווח רחוק. בהקשר זה יפים דבריו של השופט ברק (כתוארו דאז) בפרשת שקדיאל "הגבר לא יופלה משום היותו גבר,

והאישה לא תופלה משום היותה אישה " (ההדגשה שלי ר. ר. ראו בפסקה 11 לפסק הדין, וההפניות שם).

35. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, ולאור העולה ממכלול החומר שנפרש לפנינו אנו קובעים, כי לא מדיניות של "העדפה מתקנת" היא העומדת בבסיס ההוראה בדבר תשלום השעות העודפות לאם העובדת, ולא היא העומדת בבסיס מניעתו של התשלום מן העובד הזכאי לזכויות הוריות לפי ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות. כל זאת, מן הטעמים הבאים:

הטעם הראשון נמצא "בדרך הורתה ולידתה" של הזכות האמורה לתשלום השעות העודפות, עליה עמדנו בהרחבה לעיל. אין היא אלא נגזרת ופועל יוצא של הזכות ליום עבודה מקוצר. זו האחרונה אמנם נקבעה על דרך של העדפה מתקנת לאם העובדת, לעומת כל יתר עובדי המדינה, אלא שהמחוקק הרחיב והחיל אותה, גם כן על דרך של העדפה מתקנת, ובתנאים מסוימים על עובד שהוא אב לילדים. משנמצא כי האם העובדת נאלצה בכל זאת לעבוד שעות שמעבר למשרתה כאם עובדת, נקבע ההסדר המתחייב לתשלום עבור שעות עבודתה העודפות. הנה כי כן, מתוך הדרך שבא לעולם ההסדר לתשלום השעות העודפות כשלעצמו, לא ניתן ללמוד על כל כוונה ל"העדפה מתקנת" של האם העובדת, ודאי לא ביחס לקבוצת ההתייחסות הרלוונטית, שהיא קבוצת האבות שהם זכאים על פי חוק לזכויות בקשר להורות.

36. אף למדנו לדעת מהתייחסויות בשנים מאוחרות יותר לזכות האמורה, שאין היא באה אלא להשוות את זכותה של האם העובדת לעבוד בשעות נוספות ולהשתכר, מעבר למשרתה המלאה, כמו העובד הגבר, הזכאי לתשלום עבור שעות נוספות שעבד מעבר לשעות משרתו. מהתנהלות המדינה בקשר לזכות זו, לא עולה התייחסות אליה, כשלעצמה, כהעדפה מתקנת, של העובדת לעומת העובד, כי אם ההיפך מכך. לא רק שלא נמצא תימוכין לטענת המדינה כאילו תכלית ההוראה הייתה לעודד את האם העובדת לעבוד שעות נוספות, כי אם ההיפך מכך עולה מן המסמכים שצורפו לתיק. שמלכתחילה התאפשר לעובדת לעבוד שעות נוספות אך במקרים יוצאים מן הכלל, וכשצרכי העבודה חייבו זאת. רק לפי הנחייתו של נציב שירות המדינה בשנת 1995, עליה עמדנו לעיל, נתאפשר לעובדת לעבוד שעות נוספות לפי בחירתה, למרות יום העבודה המקוצר שהיא זכאית לו, ולקבל את התשלום המגיע לה עקב כך, וכל זאת על מנת להשוות

זכותה לזו של יתר העובדים , לעבוד שעות נוספות שמעבר להיקף משרתם , ולקבל תשלום תמורתן.

הנה כי כן , לטענת המדינה כאילו בבסיס ההוראה בדבר תשלום השעות העודפות לאם העובדת נמצא "העדפה מתקנת", במובן זה שהמדינה ביקשה לעודד את האימהות העובדות לעבוד שעות נוספות, כך שתשתכרנה סכומים גבוהים יותר מאלו שמשתכרים העובדים, לא נמצאו תימוכין.

37. טעם נוסף שבגיננו אין לקבל את טענת המדינה כאילו קידום השוויון המהותי בין העובדת והעובד, הוא העומד ביסוד ההוראה, קשור בקבוצת השוויון הרלבנטית. המדינה טוענת כי נוכח הפערים הקיימים בין שכר העובד לשכר העובדת, היא מבקשת להעדיף את העובדת על פני העובד בקשר לתשלום עבור השעות העודפות. לטעמנו, קבוצת ההתייחסות הרלבנטית לבחינת עקרון השוויון בנסיבות המקרה דן איננה קבוצת הגברים העובדים ככלל, כי אם קבוצת הגברים העובדים, הנכנסים בגדר הוראתו של ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות והם זכאים לזכויות הוריות, ובהן הזכות ליום עבודה מקוצר. לטעמנו, המדינה לא הוכיחה קיומו של פער בין השוויון הפורמלי לבין השוויון המהותי, ככל שמדובר בקבוצת ההתייחסות הללו, פער המחייב העדפתה של העובדת על פני העובד. נזכיר כי נקודת המוצא בקשר לאבות הזכאים לזכויות הוריות מכוח ס' 4 לחוק הינה כי נושאים הם באחריות המ שפחתית באופן שווה לזה של האם העובדת במקום עבודתם. קיפוח הנשים בשכרן לאורך השנים לא יצדיק אפלייתן לרעה של קבוצת ההתייחסות הזו. "העדפתן המתקנת" של האימהות העובדות, מול האבות השייכים לקבוצת ההתייחסות האמורה, אך תנציח קיפוח מסוג חדש. לא זו אף זו. בקשר לקבוצת ההתייחסות הספציפית שבה מדובר, לא הוכח כי בהנהגת הסדר השעות העודפות גם לקבוצה זו, יהיה כדי להשפיע במידה משמעותית על הפער בהכנסות העובדת לעומת הכנסות העובד בכלל.

38. **לסיכום חלק זה** – נדחית טענת המדינה כאילו מטרת הזכות מושא הדיון הינה קידומו של השוויון המהותי לעומת השוויון הפורמאלי. לא מצאנו בסיס לטענה זו נוכח דרך בואה של הזכות שבנדון לעולם, ודרך יישומה במהלך השנים. לא נמצא בה קידומו של שוויון מהותי

לעומת השוויון הפורמאלי, ככל שמדובר בקבוצת ההתייחסות הנכונה היא קבוצת העובדים, הזכאים, מכוח הוראתו של ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות לזכויות בקשר להורות.

39. טוענת עוד המדינה כי "הכרה בזכאות של כל האבות העובדים בנתבעת לכל ההטבות והזכויות שמקבלות אמהות עובדות בנתבעת ללא כל הבחנה ביניהן, תגרום לנטל כלכלי גדול מאוד על תקציב המדינה שנאמד במאות מליוני ש"ח בכל שנה". מקובלת עלינו טענת התובע, כי עמדה זו של המדינה לא הוכחה. נכונה טענת התובע כי אומדן עלותה של הזכות אינו אמור להיערך בהתייחס לכלל האבות העובדים במדינה, שהרי הזכאות לתשלום עבור השעות העודפות אפשר שתוכר אך למי שהתקיימו בו התנאים לזכאות ליום עבודה מקוצר, לפי הנדרש בס' 4 לחוק [שוויון הזדמנויות בעבודה](#). העד מטעם המדינה מר אייל אפשטיין לא ידע בחקירתו הנגדית למסור כל מידע אודות התחשיב שצירף לתצהירו, ואף מן המסמך שצורף להודעת המדינה מיום 22.1.07 לא עולות עלויות כספיות של ההטבה המגיעות למיליוני שקלים, כנטען על ידי המדינה.

40. מסקנתנו מכל האמור הינה, כי במניעתו של התשלום עבור השעות העודפות מן התובע, יש משום הפליה אסורה. נקבע בזאת כי משהתקיימו בתובע התנאים לזכות ההורה ליום עבודה מקוצר, זכאי התובע לתשלום בשיעור של 100% עבור עבודה שעבד בשעות שהן מעבר ליום עבודתו המקוצר ועד להיקף המשרה הרגילה הנהוגה במקום עבודתו, כפי שזכאית האם העובדת בשירות המדינה. בהתאמה לכך זכאי התובע לחישוב דמי הכלכלה, בשים לב לשעות הנוספות שעבד, כפי שזכאית לו האם העובדת בשירות המדינה. נדגיש כי הזכאות כפי שנקבעה אינה מכוח הוראתו של ס' 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, כי אם מכוח עקרון השוויון ואיסור ההפליה בין מעסיק לעובדיו בקשר לתנאי עבודתם, עקרון הבא לידי ביטוי בהוראת ס' 2 לחוק.

41. משהסעד שביקש התובע לקבל הינו סעד הצהרתי, ממילא אין לפסוק לתו בע פיצוי הלנה. פיצוי הלנה ניתן לפסוק על שכר שהולך. שכר כזה כלל לא נתבע על ידי התובע במסגרת תביעתו שלפנינו. למותר לציין כי בין הצדדים אף קיימת הייתה מחלוקת שיש בה ממש בקשר לזכאות התובע להטבות השונות שתבע.

42. סוף דבר -

תביעת התובע מתקבלת.

נקבע בזאת כי התובע זכאי לקיצור יום העבודה ותשלום תוספת המעונות בשכרו החל מיום

16.2.03.

נקבע עוד כי זכאי התובע כמו האם העובדת לתשלום השעות העודפות שעבד בהן , מעבר ליום

העבודה המקוצר , ועד להשלמת המשרה הרגילה הנהוגה במקום עבודתו . כמו כן זכאי התובע

לחישוב תשלום דמי הכלכלה ביחס לשעות נוספות בהן עבד כמו האם העובדת .

הנתבעת תשלם הוצאות התובע בסך של 750 ₪ .

ניתן 5.5.08 בהעדר הצדדים

המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

רונית רוזנפלד 54678313-2456/03

א. שפירא נציג ציבור

א. פוסט נציג ציבור

ר. רוזנפלד, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה