

עע 361/08

בבית הדין הארצי לעבודה

המערערת

מדינת ישראל

המשיב

דן בהט

בפני: הנשיא סטיב אדלר, השופט עמירם רבינוביץ, השופטת ורדה וירט-ליבנה,  
נציג עובדים מר שלום חבשוש, נציג מעבידים מר אבי ברק.

בשם המערערת – עו"ד אורנה לין ועו"ד ורד קינר

בשם המשיב – בעצמו

לפסק-דין בעבודה (17-07-2005): <a href="#">עב 1378/05 מדינת ישראל - משרד המשפטים נ' בהט דן</a> שופטים: שדיאור שרה, עו"ד: מערערת
להחלטה בעבודה (05-02-2006): <a href="#">עב 2456/03 בהט דן נ' מדינת ישראל משרד המשפטים</a> שופטים: גרשון חופית
לפסק-דין בעבודה (05-05-2008): <a href="#">עב 2456/03 דן בהט נ' מדינת ישראל-משרד המשפטים</a> שופטים: רונית רוזנפלד, עו"ד: אורנה לין

מיני-רציו:

\* הזכות לתשלום בגין 'שעות עודפות' לאימהות עובדות בשירות המדינה אינה בגדר "זכות בקשר להורות" כמשמעה בסעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; התשלום הנוסף בגין 'שעות עודפות' הנו בגדר זכות יתר לאימהות עובדות, המותרת לפי סעיף 3(ב) לחוק הנ"ל.

\* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – הורות

\* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – איסור הפליה

\* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה

\* עבודה – עובדי מדינה – תנאי העבודה

\* עבודה – תנאי עבודה – השוואה לתנאי עבודה של עובדים אחרים

\* עבודה – שכר עבודה – תוספת

\* בתי-משפט – הלכה פסוקה – תחולתה

הדיון נסב אודות הפרשנות שיש ליתן למהותה, תכליתה ונפקותה המשפטית של התוספת לשכר המוענקת לאמהות עובדות בשירות המדינה שבחרו לנצל את זכותן ליום עבודה מקוצר אך נאלצות להישאר בעבודה עקב צרכי העבודה ב'שעות עודפות' עד להיקף משרתן הרגיל.

ביה"ד הארצי לעבודה (מפי השופטת ר' וירט-ליבנה ובהסכמת הנשיא ס' אדלר ונציגי הציבור ש' חבשוש, א' ברק, כנגד דעתו החולקת של השופט ע' רבינוביץ) קיבל את הערעור בחלקו ופסק כי:

בשירות המדינה מוענקת לאם עובדת זכות ליום עבודה מקוצר, וכאשר אין היא מנצלת זכות זו ונשארת לעבוד עד להשלמת מלוא שעות משרתה היא מקבלת תשלום נוסף בשיעור של 100%. לאב העובד בשירות המדינה מוענקת זכות ליום עבודה מקוצר מכח סעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: החוק). אב אינו זכאי לתשלום בגין שעות עודפות אם הוא נשאר לעבוד לאחר תום שעות יום העבודה המקוצר. הזכות המוענקת לאם עובדת בשירות המדינה לתשלום בגין שעות עודפות, אינה באה בגדר "זכות בקשר להורות" לפי סעיף 4 לחוק. הזכות לתשלום בגין שעות עודפות היא זכות נגזרת מהזכות לקיצור יום עבודה, ואין היא באה בגדר זכות בקשר להורות.

מתן הטבת השכר של תשלום בגין שעות עודפות רק לאמהות עובדות מותרת מכוח סעיף 3(ב) לחוק ואין מדובר בהפליה פסולה לפי סעיף 2 לחוק, לאור המטרה בבסיסו לאפשר לאמהות עובדות להישאר בעבודתן לאורך שעות ארוכות ובכך לקדם את מעמדן ושכרן. בכך מקודם הרעיון של השוויון מהותי בין נשים, אמהות עובדות, לגברים במקום העבודה. זאת כאשר גברים אינם זקוקים לתמריץ דומה מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה, גם כאשר הם אבות לילדים. מטרת הזכות האמורה לקדם אמהות עובדות וליתן להן תוספת למשכורתן במקרה בו הן אינן מנצלות בפועל את הזכות ליציאה מוקדמת ממקום העבודה ונאלצות להישאר עקב צורכי העבודה מעבר ליום העבודה המקוצר. התשלום שניתן לעובדת עבור שעות עודפות, במקרה בו היא נאלצת להישאר בעבודתה ולא לנצל את זכאותה לצאת מוקדם מהעבודה, הוא בגדר תמריץ ולא בגדר חובה לתשלום שכר עבור שעות העבודה, משום שמדובר בתשלום נוסף על התשלום שמגיע לאם העובדת בהתאם לשעות עבודתה המלאות בתקן משרתה.

לאור כל האמור, המשיב אינו זכאי לתשלום הנוסף בשיעור של 100% בגין השעות העודפות מעבר ליום העבודה המקוצר ועד להשלמת שעות תקן משרתו, וכפועל יוצא מכך יבוטל חישוב תשלום דמי הכלכלה בהתאם ל"שעות נוספות" המוכרות לאם עובדת. ביה"ד הארצי הוסיף כי תחולתה של הלכת מוסקלנקו, שנתנה פרשנות תכליתית מרחיבה לסעיף 4 לחוק, הינה רטרואקטיבית. לפיכך, המשיב יהא זכאי לקיצור יום העבודה ולתוספת מעוונות בשכרו החל ממועד סיום חופשת הלידה של רעייתו, מספר חודשים טרם מתן פסק דין מוסקלנקו.

## פסק דין

### השופטת ורדה וירט-ליבנה

#### פתח דבר:

1. בערעור שבפנינו מובאת לפתחנו הסוגיה בדבר הפרשנות שיש ליתן למהותה, תכליתה ונפקותה המשפטית של התוספת לשכר המוענקת לנשים – אמהות עובדות – בשירות המדינה. מהותה של התוספת תובהר באריכות בהמשכם של הדברים. ובתמצית – התוספת מוענקת לאמהות עובדות בשירות המדינה אשר בחרו לנצל את זכותן ליום עבודה מקוצר אך נאלצות להישאר בעבודה עקב צורכי העבודה בשעות עודפות עד להיקף משרתן הרגיל.

**עיקר השתלשלות העניינים העובדתית:**

2. המשיב הינו עובד מדינה, העובד כפרקליט בפרקליטות המחוז בירושלים. רעייתו של המשיב, גב' מרב משה-בהט, עובדת בחברה בתחום ההיי-טק. ביום 23.11.03 נולדה לבני הזוג בת, וגב' בהט יצאה לחופשת לידה שהסתיימה ביום 16.2.03 בו היא שבה לעבודתה. באותה עת פנה המשיב למנהלת תחום משכורת במשרד המשפטים וביקש לקבל את מלוא הזכויות הניתנות לאם עובדת בשירות המדינה. בקשתו של המשיב נענתה בשלילה מאחר שרעייתו לא הייתה זכאית לזכויות אלה במקום עבודתה. בתשובת המדינה צוין כי היא ממתינה להכרעת בית הדין הארצי בעניין שהיה תלוי ועומד בפניו בשאלה של זכאות לזכויות בקשר להורות לעובד אשר אשתו עובדת שכירה ואינה זכאית לזכויות אלו במקום עבודתה.

ביום 31.8.03 ניתן על ידי בית דין זה פסק הדין בתיק [עע 1155/02 מדינת ישראל נ' אלכסנדר מוסקלנקו](#), פד"ע לט 337 (2003) (להלן גם **פסק דין מוסקלנקו**), בו אימץ בית הדין פרשנות תכליתית מרחיבה לסעיף 4(א) **לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה**, תשמ"ח-1988 (להלן גם **החוק** או **חוק שוויון ההזדמנויות**), כך שהוכרה זכאות של אב עובד לזכויות בקשר להורות על פי סעיף 4 לחוק גם כאשר בת זוגו אינה זכאית לזכויות אלה במקום עבודתה. **לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי במקום עבודתה של גב' בהט אין זכאות לזכויות בקשר להורות לאם עובדת.**

מייד לאחר מכן, ביום 1.9.03, הגיש המשיב את תביעתו נגד המדינה לבית הדין האזורי בירושלים, בה עתר לסעד הצהרתי לפיו הוא זכאי לזכויות הניתנות על פי התקשי "ר לאם עובדת על פי הוראות סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, וזאת החל מיום 16.2.03.

לאור ההלכה שנקבעה בפסק דין מוסקלנקו תוקנה הוראת התקשי "ר הרלוונטית, ובעקבות כך **הכירה המדינה בזכאותו של המשיב לקיצור יום עבודה ול"תוספת מעונות" בשכרו** (שתי הזכויות הינן בגדר "זכויות בקשר להורות" על פי סעיף 4 לחוק), שתיהן החל מיום 1.9.03, בהתאם למועד מתן פסק דין מוסקלנקו.

**3. השנוי במחלוקת:**

א. הצדדים נותרו חלוקים באשר לזכאותו של המשיב לשתי זכויות נוספות המוענקות לאם עובדת הזכאית ליום עבודה מקוצר וכפועל יוצא מזכאות זו: הראשונה – **תוספת תשלום בגין "שעות עודפות"**, קרי שעות העבודה מעבר ליום העבודה המקוצר ועד לשעות העבודה הרגילות על פי תקן המשרה (יובהר כי לשיטתו של המשיב מדובר בתשלום עבור שעות נוספות, ולהלן גם **תוספת השעות העודפות**), והשנייה – **זכאות לשיעור גבוה יותר של דמי כלכלה**. על פי טענת המדינה, תוספת השעות העודפות ניתנה לאמהות עובדות כזכות יתר המותרת מכוח סעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות ומתוך מטרה לקדם את ערך השוויון המהותי במסגרת התעסוקתית. מאידך, טען המשיב בעניין זה כי מדובר בהפליה פסולה בינו לבין אמהות עובדות הזכאיות להטבות אלה, וכי המדינה לא הוכיחה טענתה כי מדובר בזכות יתר לגיטימית.

ב. כן חלוקים הצדדים בשאלת מועד תחולתן של הזכויות בהן הכירה המדינה עבורו – קיצור יום עבודה ותוספת מעונות – כאשר על פי טענת המשיב הוא זכאי להן החל מיום 16.2.03, מועד סיום חופשת הלידה של רעייתו, בעוד שלשיטתה של המדינה זכאותו קמה החל מיום 1.9.03, בטענה כי פסק דין מוסקלנקו מבטא שינוי מהותי בדיון.

יצוין, כי ביום 22.10.04 נולד לבני הזוג בן נוסף, וביום 31.8.05 עברה גב' בהט לעבוד בחברה אחרת.

**פסק דינו של בית הדין האזורי:**

4. בית הדין האזורי בירושלים (הנשיאה כתוארה דאז, רונית רוזנפלד ונציגי הציבור אפרים פוסט ואריה שפירא; [עב 2456/03](#)) קיבל את תביעתו של המשיב וקבע כי הוא זכאי לקיצור יום העבודה ולתוספת המעונות החל מיום 16.2.03, וכי הוא זכאי לתוספת עבור השעות העודפות שעבד בהן ולחישוב דמי הכלכלה ביחס לשעות הנוספות בהן עבד כמו אם עובדת להלן עיקר נימוקיו וממצאיו של בית הדין האזורי:

א. אין מקום ליתן למשיב את הסעד ההצהרתי הכוללני לזכאות לכל ההטבות הניתנות לאם עובדת במקום עבודתו, אלא יש להתייחס באופן

- פרטני לכל זכות הורית . טענתה של המדינה לפיה היה על המשיב לכמת את תביעתו נדחתה על הסף משום שנטענה בשלב מאוחר בניהול התיק.
- ב. תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק דין מוסקלנקו הינה רטרוספקטיבית ולא פרוספקטיבית הואיל ובית הדין הארצי לא יצר דין חדש או ביטל פסק דין קודם אלא פירש את סעיף 4 לחוק והצהיר מהו הדין החל . כמו כן, אין כאן אינטרס הסתמכות הראוי להגנה אשר יצדיק החל ת החריג לכלל לפיו תחולתו של פסק דין היא רטרוספקטיבית.
- ג. לאור תכליתו של סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, הזכות לתשלום בגין שעות עודפות אינה בגדר "זכות בקשר להורות" לפי אותו סעיף, אלא לכל היותר היא זכות נובעת או נגזרת מהזכות בקשר להורות, והיא זכות לתשלום שכר עבודה שמעבר למשרה . וכלשונו של בית הדין האזורי (פסקה 28 לפסק דינו):

**"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 עבודה "** ( ההדגשה במקור – ו.ו.ל).

- ד. נדחתה טענת המדינה המבוססת על הוראות סעיף 3 לחוק ולפיה הזכות לשעות עודפות הינה בבחינת זכות יתר מותרת לנשים . מקורה של ההוראה בתקשי"ר למתן יום עבודה מקוצר ולתשלום בגין שעות עודפות הוא בהסכם קיבוצי כללי מיום 14.11.1972 (להלן גם **ההסכם הקיבוצי**). זכות היתר שהוענקה לאישה היא הזכות ליום עבודה מקוצר , ואילו הזכות לשעות עודפות אינה בבחינת זכות יתר משום שמטרתה היא להשוות את זכויות האם העובדת לזכויות של יתר העובדים על ידי מתן אפשרות בידה לעבוד בשעות נוספות על פי בחירתה.
- ה. בבסיס ההוראה בעניין תשלום בעד שעות עודפות לאם העובדת לא עמדה כוונה של העדפה מתקנת . מסקנה זו מתבססת על דרך הורתה ולידתה של הזכות לתשלום בעד שעות עודפות . זכות זו הינה נגזרת ופועל יוצא של הזכות ליום עבודה מקוצר . גם מההתייחסויות המאוחרות יותר לזכות עולה כי מטרתה הייתה 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. לא נמצאו תימוכין לטענת המדינה לפיה המטרה הייתה לעודד את האם העובדת לעבוד בשעות נוספות כך שתשתכרנה סכומים גבוהים יותר מעובדים גברים.

ו. נדחית טענת המדינה לפיה מטרת הזכות לשעות עודפות היא קידומו של השוויון המהותי לעומת השוויון הפורמאלי. קבוצת ההתייחסות הרלוונטית לבחינת עקרון השוויון אינה קבוצת הגברים העובדים ככלל אלא האבות העובדים הזכאים לזכויות בקשר להורות לפי סעיף 4 לחוק, והמדינה לא הוכיחה קיומו של פער המחייב העדפתה של אם עובדת על פני אב עובד. העדפה מתקנת של אמהות עובדות על פני אבות עובדים עלולה להנציח קיפוח מסוג חדש. כמו כן, לא הוכחה טענת המדינה לפיה הכרה בזכאות של אבות עובדים בשירות המדינה לכל ההטבות והזכויות של אמהות עובדות תגרום לנטל כלכלי גדול שנאמד בסכומים של מאות מיליוני שקלים בשנה.

מכל הנימוקים לעיל, הגיע בית הדין האזורי למסקנה כי במניעתו של התשלום בגין שעות עודפות מהמשיב יש משום הפליה אסורה, וקיבל את תביעתו של המשיב מכוח עקרון השוויון הקבוע בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות.

### **מכאן ערעורה של המדינה.**

כאן המקום לציין, כי בדיון שהתקיים בפני המותב כיהן כנציג עובדים מר יהודה בן הרוש ז"ל. מר בן הרוש נפטר, למרבה הצער, טרם מתן פסק הדין ועל כן בהחלטה מיום 11.4.10 מונה מר חבשוש לכהן במותב כנציג עובדים במקומו.

### **עיקר טענות הצדדים בערעור:**

5. המדינה מדגישה בפנינו בערעורה כי הזכות המוענקת לנשים עובדות לתשלום עבור שעות עודפות היא זכות לתשלום כפול, קרי **עבור השעות העודפות הן זכאיות לתשלום בשיעור של 200%**, ומטרת הזכות היא לקדם

את מעמדן של האמהות העובדות בשירות המדינה ולהגשים את השוויון המהותי ואין מדובר בהפליה פסולה.

להלן עיקר טענותיה של המדינה בערעור:

א. **בעניין תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק דין מוסקלנקו** – ההלכה

יצרה זכויות שלא היו קיימות ערב נתינתה, מאחר שבית הדין הארצי יישם פרשנות תכליתית לסעיף 4 לחוק אשר מנוגדת ללשונו הברורה של הסעיף ולכוונת המחוקק. כמו כן יש להתחשב בשיקולי תקציב לגיטימיים של המדינה.

ב. תכליתו של סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות היא יישום וקידום השוויון בין המינים על ידי יצירת שיתוף פעולה בתא המשפחתי. הזכות שניתנה גם לאבות עובדים לקצר את יום העבודה היא זכות בעין ולא זכות כספית, והרציונל שלה הוא לאפשר לאב לצאת מוקדם מהעבודה בעוד שרעייתו תוכל להישאר לעבוד. תוצאתו של פסק דינו של בית הדין האזורי פוגעת בשוויון המהותי והיא תביא לכך שנשים תחזורנה לתפקד בתפקידן "המסורתי" במשפחה.

ג. **באשר לתשלום בגין שעות עודפות** – הוא ניתן מכוח סעיף 3 לחוק, המאפשר למעביד לתת זכות יתר לנשים. משמעותה של הזכות היא שעבודה בשעות העודפות הופכת למשתלמת יותר עבור בני הזוג כאשר האם מנצלת אותה וממשיכה לעבד (תוך קבלת שכר כפול), בעוד שהאבות מתמרצים לנצל בפועל את הזכות לקיצור יום העבודה ולצאת מהעבודה מוקדם יותר על מנת לטפל בילדים. השאיפה לעודד את השוויון מצדיקה את מתן זכות היתר לאמהות שתעודד אותן להשקיע בעבודה על מנת להתקדם, בעוד שאצל גברים הדבר קורה ממילא. הכרה בזכות היתר גם לאבות פוגעת בשוויון המהותי בכך שהיא תעודד את האב להישאר בעבודה ולא לשאת בנטל המשפחתי ובכך מסייעת להנציח את מעמדה המסורתי של האישה כזו שמטפלת באופן בלעדי בילדים. נימוק זה מבוסס על נתונים סטטיסטיים לפיהם הערך הכספי של שעת עבודה של גבר גבוה מזה של שעת עבודה של אישה.

ד. בית הדין האזורי נתן בפסק דינו משקל נכבד מדי להסכם הקיבוצי משנות ה-70. בעניין זה מתאימה יותר התפיסה שמיוצגת בתיקון שבוצע בסעיף 4 לחוק בשנת 1995 **ובפסקי דין יהב ומוסקלנקו**.

- ה. יש הבדל בין עבודה בשעות עודפות לבין עבודה בשעות נוספות – עבודה בשעות עודפות אינה עבודה מעבר למשרה ואינה עבודה בשעות נוספות. הזכות לקיצור יום עבודה מאפשרת לאב או לאם לצאת חצי שעה או שעה מוקדם יותר ולקבל שכר מלא.
- ו. הנימוקים המפורטים לעיל בדבר הזכות לתשלום בגין שעות עודפות נכונים גם לגבי דמי כלכלה. כמו כן, מודגש כי תוצאת פסק דינו של בית הדין האזורי מהווה נטל תקציבי על המדינה ללא הצדקה.
6. המשיב, מנגד, מדגיש בפנינו כי הוא זכאי לזכויות בקשר להורות לפי סעיף 4 לחוק, ומתייחס בסיכומיו לשעות העבודה מעבר ליום העבודה המקוצר כאל "שעות נוספות" עבורן מגיע לו תשלום. להלן עיקר טענותיו:
- א. עמדת המדינה, לפיה ההטבות ניתנו לנשים כזכות יתר, אינה מגובה בראיות ולא הוכחה. במסמכים הרלוונטיים לא דובר על העדפה מתקנת אלא על יצירת השוואה בין תנאי עבודה של הנשים לאלה של הגברים ומניעת הפליה. ניתן לראות חיזוק לטענה זו בכך שהמדינה מעניקה זכויות אלה לאלמנים גרושים או לאבות חד הוריים. עמדת המדינה מנוגדת לתכליתו של סעיף 4 לחוק שנועד להעניק גם לגבר זכויות בקשר להורות.
- ב. המשיב, בדומה לאימהות העובדות לצידו בפרקליטות המחוז, נדרש לעבוד בפועל בשעות נוספות והוא זכאי לתשלום עבורן כפי שהאימהות העובדות מקבלות. המשיב נאלץ לשלם סכומים גבוהים עבור מסגרות חינוך בשעות מאוחרות אולם אין הוא מקבל עבור עבודה בשעות הנוספות את התוספת שמקבלת אם עובדת במצבו. לא ניתן להעניק יום עבודה מקוצר מחד, ולחייב את העובד לעבוד בשעות נוספות בלי לתת לו תשלום עבורן מאידך.
- ג. לטענת המשיב, אין מדובר בתשלום כפול עבור השעות העודפות כפי שטוענת המדינה, אלא מדובר בתגמול רגיל עבור שעות עודפות.
- ד. אין מדובר בניצול לרעה על ידי גברים של הטבות שניתנות לאימהות עובדות. ככל שיינתנו יותר זכויות לאבות עובדים כך יסכימו רבים יותר לקחת על עצמם את המחויבויות המסורתיות של נשים.



7. בתגובה לסיכומיו של המשיב טענה המדינה , בין היתר , כי מטענותיו של המשיב נובע כי לשיטתו תכליתן של הזכויות האמורות היא כלכלית טהורה והן בגדר תוספת שכר עבורו ולא זכות יתר שמטרתה לקדם את השוויון המהותי.

#### דיון והכרעה :

8. לאחר שנתתי דעתי למכלול טענות הצדדים , לתשתית העובדתית שנפרשה בבית הדין האזורי ובפנינו ולפסק דינו של בית הדין האזורי , הגעתי לכלל מסקנה כי דין ערעורה של המדינה להתקבל , וכי המשיב אינו זכאי לתשלום נוסף בגין שעות עודפות או לדמי כלכלה כפי שתבע בבית הדין האזורי. להלן הנימוקים שהביאו אותי למסקנה זו.

#### המסגרת הנורמטיבית :

#### העדפה מתקנת כאמצעי להגשמת השוויון המהותי :

9. עיקרה של המחלוקת בתיק זה, הינו בדבר טיבו, טבעו ותכליתו של התשלום המשתלם לאמהות עובדות בשירות המדינה, בעד עבודתן ב"שעות עודפות". מחד נטען, כי עסקינן ב"זכות יתר" מותרת המוענקת לעובדת על בסיס סעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות שמטרתה לקדם את השוויון המהותי , ומנגד נטען כי אותה זכות יתר היא בגדר הפליה אסורה על פי סעיף 2 לחוק, בין אם עובד לאם עובדת בשירות המדינה.

רעיון ה"העדפה המתקנת", הינו אמצעי של מדיניות משפטית אשר מטרתו להגשים את עקרון השוויון בעבודה . ההצדקה הרעיונית לכך נובעת מההבחנה בין שוויון מהותי לבין שוויון פורמאלי. מתנגדי ההעדפה המתקנת נתלים בעקרון השוויון הפורמאלי והתומכים בה נסמכים על השוויון המהותי.

על פי פסיקתו של בית המשפט העליון , עקרון השוויון בישראל מושתת על ההכרה ב**שוויון מהותי**, כלומר בשוויון **כנורמה תוצאתית**, המחייבת שוויון בתוצאות ולא רק בתנאי הנגישות. גישה זו גם מקבלת ביטוי בסעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות, בו נקבע במפורש כי אין רואים בזכות יתר המוענקת לעובדת מכוח מקור חוקי כלשהו (חיקוק, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה )

כהפליה אשר אסורה על פי החוק . העדפה מתקנת, שהיא למעשה כל פעולה שנוקט המעביד או המחוקק על מנת לקדם את מצבו בעבודה של פרט השייך לקבוצה אשר אינה זוכה להזדמנות שווה בעבודה , יכולה לבוא לידי ביטוי במספר אופנים – קביעת חובה למתן ייצוג הוגן או ביטוי הולם, קביעת חובה לתשלום שכר שווה לעובדת ולעובד בעבור עבודה שוות ערך , או כפי שנדון בתיק שבפנינו – מתן זכויות יתר לקבוצה המועדת להפליה.

10. על ההבחנה בין השוויון המהותי לשוויון הפורמאלי עמדה פרופ' רות בן ישראל במלים אלה (רות בן ישראל , שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה, כרך ב 506 (1998)):

**"במסגרת השוויון המהותי , או השוויון בתוצאות , או השוויון בסיכויים או השוויון הקבוצתי מדברים על עקרון השוויון כעל נורמה חברתית תוצאתית המיועדת להשגת שוויון בתוצאות . יש לדאוג לכך שהשוויון בנקודת המוצא , שהוא מוצדק כבר על פי השוויון הפורמלי אכן יגשים גם את השוויון בתוצאות. תפיסה זו של עקרון השוויון נגזרת מההכרה המשפטית בזכויות האדם האוניברסליות, המתבטאת במחויבות להבטיח את השוויון בעבודה בהקשר התוצאתי".**

עוד מוסיפה פרופ' בן ישראל בספרה באשר לנימוקים העומדים בבסיס התמיכה ברעיון של השוויון המהותי כמצדיק נקיטה בצעדים של העדפה מתקנת (בעמ' 507):

**"לטענת הדוגלים בעקרון השוויון המהותי , השוויון יכול להיות מושג רק כאשר לכל הפרטים , והדגש הוא בכל הפרטים , יהיו אמצעים להגשמה עצמית ולפיתוח אישיותם . הסרת מחסומים פורמליים בלבד, שעמדו בדרכם בעבר, לא תשפר את אפשרויותיהם להתחרות על נתח הוגן בחלוקת המשאבים הכלכליים והחברתיים . לטענתם, מוצדק לנקוט באמצעים מיוחדים , או פעולות חיוביות , שיביאו לשוויון הזדמנויות אמיתי במירוץ החיים".**

כן עמד בית המשפט העליון , כאשר דן בעניין ייצוג הולם כביטוי של העדפה מתקנת לנשים, על חשיבותו של עקרון השוויון המהותי כמבטא אידיאלים של צדק והגינות , ובלשונו (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל – שר [העבודה והרווחה, פ"ד נב\(3\) 630, 654 \(1998\)](#)):

**"למותר לומר כי עקרון השוויון שבו מדברים אנו הינו – בעיקרו – שוויון "מהותי", וכי שוויון מהותי פירושו, כפשוטו, צדק והגינות:**

'...בחינה מקרוב תגלה לנו – ולא להפתעתנו – כי שוויון 'מהותי' אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות . לצדק ולהגינות פנים הרבה, ואחד מפניהם הוא השוויון. ניתן לנסח את עקרון השוויון בדרכים הרבה, שאינן זהות זו לזו : שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בנקודת המוצא, שוויון בהקצאת משאבים, שוויון בצרכים וכולי. ואולם 'שוויון מהותי' בכל אחד מאלה נרדף הוא – גם להלכה וגם למעשה – לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות ' (בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ (3) 485, בעמ' 502).

נזכור עוד זאת, כי עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא היה."

11. כפי שצוין לעיל, הרעיון של ההעדפה המתקנת נובע מההכרה בחשיבותו של עקרון השוויון המהותי. בית המשפט העליון עמד על מקורו ותכליתו של רעיון ההעדפה המתקנת ב בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל – ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501, 516-517 (1994), באלה המלים:

"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 שמקורו בחוקים מפלים שהיו תקפיס בעבר ועברו מן העולם, ובין שנתהווה 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 פורמאלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה. קיומו לאורך זמן של שוויון פורמאלי בלבד מעלה את החשש שבשל דרכו של עולם ומנהגי הבריות, תונצחנה תוצאותיה של הפליה. תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה."

עוד הוסיף בית המשפט העליון בפסק הדין האמור דברים יפים אלה אשר מדגישים את חשיבותה וחיוניותה של ההעדפה המתקנת כאמצעי להגשמת עקרון השוויון (עמ' 526-527 לפסק הדין בעניין שדולת הנשים):

"הלקח המתבקש הוא זה: הואיל והפלייתן של נשים בחברה המודרנית הינה, בעיקרה, תופעה המושרשת בתפיסות סמויות, חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטו ס-קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית. להעדפה המתקנת נודעת, בהקשר הזה, חשיבות רבה, ואפשר אף מכרעת; שכן בקידומה המעשי – המתוכנן והמוכוון – של הקבוצה המופלית לרעה, לעבר העמדות שנשללו ממנה בעבר, יש לא רק משום תיקון עיוותיו המעשיים של חוסר השוויון אלא גם משום יצירתה של מציאות חדשה שסופה להעביר מן העולם גם את שורשיה הנסתרים של ההפליה ואת תוצאותיה הנלוות. בדרך זו עשויה פעולה של ההעדפה מתקנת, המכוונת בעיקרה לתיקון מעוות נקודתי, לשרת תכלת כללית של הגשמת עקרון השוויון".

#### הוראות חוק שוויון ההזדמנויות – סעיף איסור הפליה וסעיף "שמירת

זכויות":

12. בחוק שוויון ההזדמנויות, שהתקבל ביום 23.2.1988 מעוגנת ההוראה בדבר עקרון השוויון הבסיסי ואיסור הפליה בעבודה בסעיף 2 שבו, אשר זהו נוסחו כיום:

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינו, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הדין, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו ב [חוק שירות ביטחון](#) [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו ב [חוק שירות בטחון](#) [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה....

(1א) לא יפלה מעסיק בפועל בין עובדים של קבלן כוח אדם המועסקים אצלו, וכן לא יפלה בין מועמדים לעבודה אצלו שהופנו אליו על ידי קבלן

כוח אדם בכל הקשור לקבלה לעבודה, להפסקת עבודה ולתנאים במקום העבודה, והכל מחמת הטעמים המפורטים בסעיף קטן (א)...  
 (ב) לענין סעיפים קטנים (א) ו-(א1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין.  
 (ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

13. סעיף 3 לחוק שכותרתו "שמירת זכויות" עניינו בין השאר ב "זכות יתר" המוענקת לעובדת, והוא קובע כך:

"(א) הוראה שנקבעה בחיקוק, בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה בקשר להריון, לשמירת הריון, ללידה, להנקה או לפוריות, אין בה הפליה.  
 (ב) אין בחוק זה כדי לגרוע מזכות יתר המוענקת לעובדת לפי חיקוק, לפי הסכם קיבוצי או לפי חוזה עבודה, ואין רואים זכות כזו כהפליה".

#### סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות – זכויות בקשר להורות:

14. סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, אשר כותרתו "זכויות הורה", עוסק בזכויות הוריות. בנוסחו המקורי של הסעיף נקבע כך:

"זכאית עובדת בהתאם לתנאי העבודה הנהוגים במקום עבודתה, להיעדר מהעבודה בשל מחלת ילדה, תהא זכות זו נתונה גם לעובד המועסק במקום עבודה שבו נהוגים תנאי עבודה כאמור, אם נתקיים בו אחד מאלה:  
 (1) בת זוגו היא עובדת ולא נעדרה מעבודתה מכוח זכאותה כאמור;  
 (2) הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית".

בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), התשמ"ז-1987, ה"ח 1848) נכתב בין היתר כי הצעת החוק מושתתת על העקרונות הבאים:

- ג. החוק המוצע בא להעניק זכויות הורים הקימות בחקיקה ובהסכמים קיבוציים לכל אחד משני בני- הזוג באופן שכל אחד מהם יוכל לשאת באחריות לטיפול בילדים.
- ד. החוק שומר על זכויות נשים הנובעות מהשוני הביולוגי הקיים בין שני המינים. זכויות אלה מתייחסות להריון, שמירת הריון, פריון, לידה או הנקה.
- ה. העיקרון הבסיסי של הצעת החוק מבוסס על יצירת שוויון הזדמנויות בעבודה. לפיכך נשמרו בהצעה זכויות היתר של הנשים העובדות

**שנקבעו בחקיקה , בהסכמים קיבוציים או בחוזי עבודה . זכויות יתר כאלו לא יחשבו כהפליה על פי החוק."**

15. עיינו הרואות , בחוק שוויון ההזדמנויות באים לידי ביטוי שני עקרונות החשובים לענייננו : האחד – עקרון האחריות המשפחתית לטיפול בילדים , **גם אם בצורה מצומצמת** כפי שעולה מסעיף 4 לחוק, והשני – הכרה בעקרון ההעדפה המתקנת עבור נשים , חיזוקן ושמירת זכויות היתר שהושגו עבורן במהלך השנים, כפי שעולה מסעיף 3.

16. בשלב הראשון לחקיקתו של סעיף 4 לחוק נכללה בו זכות מצומצמת וספציפית של אב עובד להיעדר מעבודה כאשר ילדו חולה , וזאת בהתקיים יתר התנאים הקבועים בסעיף. זכות זו הורחבה באופן משמעותי כאשר תוקן סעיף 4 לחוק, וזאת ב [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995 (ס"ח 1528). במסגרת התיקון נקבעה הגדרה של "זכות בקשר להורות" אשר כוללת **רשימה סגורה** בה מנויות מלבד הזכות ליום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד ובנוסף לכך הזכות להיעדרות מעבודה בשל מחלת ילד, זכות להשתמש בשירותי מעון שהמעביד מעמיד לרשות ילדי העובדים, והשתתפות המעביד בעלות החזקתו של הילד במעון.

בכך הרחיב המחוקק את המגמה להכיר באחריות המשותפת של שני בני הזוג בטיפול בילדים . הדבר בא לידי ביטוי מובהק בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) (תיקון מס' 2) ( הוראות שונות), התשנ"ד-1994), שם נכתב בזו הלשון :

**"מהניסיון שהצטבר בהפעלת [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#) מתברר שיש צורך לעשות בו כמה תיקונים כדלקמן: ...**

**(2) 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."**

סעיף 4 לחוק, לאחר התיקון שבוצע בו בשנת 1995, מנוסח כיום 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".

#### פרשנות הפסיקה לסעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות:

17. ביום 13.8.2002 ניתן על ידי בית דין זה פסק הדין בעניין [עע 1039/00 מדינת ישראל נ' מנחם יהב ואח'](#), פד"ע לח 26 (2002) (להלן גם [פסק דין יהב](#)), בו נקבע כי אב עובד על פי סעיף 4 לחוק יהיה זכאי לנצל זכות בקשר להורות בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף גם כאשר אשתו היא עובדת עצמאית, ולא רק במקרה בו היא עובדת שכירה.

מאוחר יותר ניתן [פסק דין מוסקלנקו](#), אשר הרחיב עוד יותר את הפרשנות לסעיף 4 לחוק, ובו נקבע כי זכות בקשר להורות תינתן לאב עובד המועסק במקום עבודה שבו מוענקות לנשים זכויות בקשר להורות, גם אם במקום העבודה בו עובדת בת זוגו אין נוהג או זכאות כלל לזכויות בקשר להורות.

18. הנה כי כן, בית דין זה העניק פרשנות מרחיבה לסעיף 4 לחוק [בפסקי דין יהב ומוסקלנקו](#), לאור עקרון השוויון המהותי ותכליתו של החוק. בהקשר זה יפים דבריו של השופט צור בחוות דעתו בפסק דין יהב בדבר אחת מתכליותיו של סעיף 4 לחוק והיא לאפשר לנשים להתקדם בעבודתן ולהשתלב במקומות עבודה תובעניים יותר, וכלשונו בפסקה 13 לפסק דינו:

"בהיבט אחר נועד סעיף 4 לחוק ליצור שוויון בין בני זוג בתפקידם כהורים. הוראת החוק מכוונת לאפשר לבני הזוג לחלק ביניהם בצורה גמישה יותר את נטל גידול הילד ים. שוויון זה נועד בעיקר לצד הנשי שבתא המשפחתי. בת הזוג נתפסת בתודעתנו כמי שעליה מוטל עול כבד יותר בכל הקשור לגידול ילדים קטנים. ראייה שכזו מגבילה את בת הזוג למקומות עבודה המעניקים תנאים נוחים יותר לאם המטפלת בילדיה ומקשה עליה להשתלב במקומות עבודה תובעניים יותר, וכתוצאה מכך מקשה עליה להגשים את מלוא

**פוטנציאל הכישורים הגלום בה . סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה** נועד להתגבר, ולו במקצת, על מציאות זו. מדובר במטרה חברתית ואנושית מן המעלה הר' אשונה, ובבואנו לפרש את החוק ולהעניק לו את הממד הנכון, מן הראוי לתת את הדעת גם למטרות אלה העומדות ביסוד החוק. אכן:

'...אם יתנו זכויות אלה [זכויות מיוחדות בגין היריון, לידה ואחריות משפחתית – ש' צ'] רק לנשים, לא יהיה אפשר לחולל את השינוי בחלוקת התפקידים הנוהגת כיום בקשר לעבודה ולטיפול בילדים. הענקת זכויות מיוחדות רק לנשים לא תועיל לקידום הצורך הדחוף של חלוקה חדשה של האחריות המשפחתית בין שני ההורים' (פרופ' ר' בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב) [4], בעמ' 619).

### הזכות לקיצור יום עבודה והזכאות לתשלום שעות עודפות בשירות המדינה:

19. להלן אפרט את לידתה וגלגוליה של הזכות המוענקת לאם עובדת בשירות המדינה לתשלום עבור "שעות עודפות", והזכויות בקשר להורות המונהגות בשירות המדינה.

על מנת לעמוד על טיבה ותכליתה של הזכות לתשלום עבור שעות עודפות, יש להתייחס גם לזכות לעבוד ביום עבודה מקוצר, שהרי הזכויות שלובות זו בזו.

בעניין הגלגול ההיסטורי של הזכות, הגישה המדינה לבית הדין האזורי תצהיר מטעם גב' הניה מרקוביץ, מנהלת אגף בכירה (תכנון ובקרה) בנציבות שירות המדינה, אשר תוכנו בעניין זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים, ולהלן אפרט את עיקריו.

תחילה, נקבעה הזכות לקיצור שעות העבודה יחד עם ההסדר בדבר השעות העודפות שנים רבות עוד טרם חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות, וזאת בסעיף 18 להסכם הקיבוצי הכללי מיום 14.11.1972 (שנחתם בין הממשלה, המרכז לשלטון מקומי ואח' לבין המחלקה לאיגוד מקצועי של ההסתדרות ואח'), הממוקם בפרק שכותרתו "הקלות לאם עובדת". בסעיף זה נקבע כך:

"(א) משך יום העבודה של אם אשר לפחות שניים מילדיה הם בגילים שלמטה מגיל 12 הנמצאים בביתה, יהיה של שבע שעות בפועל...

(ה) אם עובדת כנ"ל הנדרשת במקרה יוצא מן הכלל לאור צורכי העבודה לעבוד לפי שעות העבודה הרגילות במוסד, תהיה זכאית לקבל תשלום בעד הפרש השעות בשיעור של שעה תחת שעה, אולם אין להעסיק אם עובדת כנ"ל דרך קבע או תקופה ממושכת מעל ליום העבודה המקוצר שנקבע בסעיף זה..."



בעקבות ההסכם הקיבוצי, עוגנו בתקשי"ר הזכויות הנ"ל, לקיצור יום עבודה ולתשלום בגין השעות העודפות. הזכאות של אם עובדת בשירות המדינה ליום עבודה מקוצר מוסדרת בסעיפים 35.15 ו-31.152 לתקשי"ר. זכאות של הורה להשתתפות בהוצאות מעון לילדים קבועה בסעיף 25.610 לתקשי"ר. אין חולק כי שתי הזכויות הללו הן בגדר "זכות בקשר להורות" על פי סעיף 4 לחוק.

במהלך השנים חלו שינויים בתחולתה של הזכות לקיצור יום עבודה. כן למשל, הורחבה הזכות כך שהיא חלה גם על אם מאמצת המגדלת תינוק עד שמלאה לו שנה אחת (הודעת נש"מ לז' 44/ מיום 22.4.1977), ועל עובדת ארעית (הודעת נש"מ מ/67 מיום 25.1.1980).

20. באשר לתשלום בעד שעות עודפות לאם העובדת, כלל התקשי"ר בשנת 1977 את ההוראה הבאה בסעיף 31.164:

**"נדרשת אם עובדת כאמור ב-31.162 לעבוד לפי שעות רגילות, במקרה יוצא מן הכלל, לאור צורכי העבודה, תיחשב ההעסקה בשעות העודפות על האמור ב-31.162 כהעסקה בשעות נוספות, ואולם, אם לפי הדירוג והדרגה של העובדת ותנאי העסקתה באותן שעות היא זכאית לתשלום בעדן, תקבל בעדן תשלום בשיעור של 100% בלבד.**

**אין להעסיק עובדת כאמור בדרך קבע או תקופה ממושכת מעבר למספר השעות שנקבע על פי 31.162 או 31.163."**

בעקבות דיונים והערות שהתקבלו לנוסח ההוראה שלעיל, שונה נוסח הסעיף כך שהובהרו הכללים לגבי תשלום בעד שעות עודפות, והסעיפים הרלוונטיים נוסחו כך (הודעת נש"מ מא/101 מיום 19.6.1981):

**:31.164**

**ככלל, אין להעסיק אם לילדים בדרך קבע מעבר למספר השעות שנקבע על פי הוראות פסקה 31.162 או פסקה 31.163.**

**:31.165**

**א. אם עובדת כאמור בפסקה 31.162 הנדרשת לעבוד לפי שעות עבודה רגילות במקרה יוצא מן הכלל ולאור צורכי העבודה, תיחשב העסקתה בשעות העודפות על האמור בפסקה 31.162 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 שעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה של העובדת.**

ג. כל שעה שאם כנ "ל עובדת מעבר לשעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה, תיחשב כשעה נוספת והתשלום במקרה יהיה בשיעור של 125% או 150%, לפי העניין ובכפיפות לאמור בפסקה 27.212."

כאמור, בסעיף 31.155 כנוסחו כיום (שהחליף את סעיף 31.164), הושמטו בסעיף קטן א' המלים "במקרה יוצא מן הכלל", וזהו נוסח הסעיף:

"א. אם עובדת, כאמור בפסקאות 31.151, 31.152 ו-31.153, הנדרשת לעבוד לפי שעות עבודה רגילות, ולאור צורכי העבודה, תיחשב העסקתה בשעות העודפות על האמור בפסקאות הנ"ל כהעסקה בשעות נוספות;

ב. 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 הנ הוגות במקצועה של העובדת;

ג. כל שעת עבודה מעבר לשעות העבודה הרגילות הנהוגות במקצועה, תיחשב כשעה נוספת והתשלום יהיה בשיעור של 125% או 150%, לפי העניין ובכפיפות לאמור בפסקה 27.212."

21. בתצהירה מביאה הגב' הניה מרקוביץ את מדיניותה ופרשנותה של נציבות שירות המד ינה בנושא תוספת השעות העודפות וכלשונה בסעיף 54.5 לתצהירה:

"זכות היתר נועדה לקדם אמהות עובדות בעבודתן ולא להרתיע אותן מביצוע שעות נוספות גם בתקופת קיצור שעות העבודה בשל זכויות הוריות. זו היא זכות שניתנת, איפוא, באופן אוטומטי ומיידי לנשים הזכאיות לכך, ללא צורך בהצהרות כאלה ואחרות של בני זוגן, מה שאין כך לגבי גברים שאינם זכאים לזכות היתר, אלא רק להשוואה של קיצור שעות העבודה."

כן יצוין כי בהתאם להלכות שנקבעו בפסקי דין יהב ומוסקלנקו, התפרסמה הודעת נש"מ סד/17 מיום 10.2.2004, אשר לפיה תוקן הסעיף הרלוונטי בתקשי"ר העוסק בזכויות בקשר להורות כך שנקבע בו כדלקמן: "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".

עוד יצוין כאן סעיף 26.282 לתקש"יר הרלוונטי לענייננו, בו קבועה זכאות לדמי כלכלה למי שהועסק עשר שעות רצופות או יותר ומתוכן לפחות שתי שעות נוספות. להלן נוסח הסעיף:

**"עובד שהועסק שעתיים נוספות לפחות, שבעדן הוא זכאי לתשלום בהתאם להוראות פרק משנה 27.2, וכתוצאה מכך הועסק עשר שעות רצופות או יותר, מקבל קצובת כלכלה בשיעור כפי שיעודכן ויפורסם מעת לעת על-ידי הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר".**

### מן הכלל אל הפרט:

#### הזכות לתשלום בגין שעות עודפות – אינה בגדר "זכות בקשר להורות" כמשמעה בסעיף 4 לחוק:

22. בשירות המדינה מוענקת לאם עובדת זכות ליום עבודה מקוצר, וכאשר אין היא מנצלת זכות זו ונשארת לעבוד עד להשלמת מלוא שעות משרתה היא מקבלת תשלום נוסף בשיעור של 100%. לאב העובד בשירות המדינה מוענקת, בין שאר הזכויות בקשר להורות, הזכות ליום עבודה מקוצר וזאת מכוח סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות ובתנאי ששאר התנאים בו (אשר פורשו בהרחבה בפסיקתנו) מתקיימים. בניגוד לאם העובדת, האב אינו זכאי לתשלום בגין שעות עודפות אם הוא נשאר לעבוד לאחר תום שעות יום העבודה המקוצר.

23. מטיעוניו של המשיב בפנינו, עולה כי טענתו לזכאות לתשלום בגין שעות עודפות מתבססת על סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות. אין בידי לקבל טענה זו, ויודגש כי היא נדחתה גם בפסק דינו של בית הדין האזורי ולא הוגש על כך ערעור על ידי המשיב.

כאמור לעיל, "זכות בקשר להורות" מוגדרת בסעיף 4(ב) לחוק כאחד מאלה: היעדרות מעבודה בשל מחלת הילד, יום עבודה מקוצר בשל היות העובדת אם לילד, זכות להשתמש בשירותי מעון שהמעביד מעמיד לרשות ילדי העובדים, והשתתפות המעביד בעלות החזקתו של הילד במעון. הזכות המוענקת לאם עובדת בשירות המדינה לתשלום בגין שעות עודפות, אינה באה בגדר "זכות בקשר להורות" על פי לשונו הברורה של הסעיף, אשר עוסקת בין היתר בזכות לקיצור יום העבודה, אך אינה מתרחבת לשאלת התשלום הנוסף עבור שעות עבודה שמעבר ליום העבודה המקוצר ואינה עוסקת בהטבות כספיות. אני מסכימה למסקנתו של בית הדין האזורי, לפיה

הזכות לתשלום בגין שעות עודפות היא זכות נגזרת מהזכות לקיצור יום עבודה, ואין היא באה בגדר זכות בקשר להורות כמשמעה בסעיף. אשר על כן, גדר המחלוקת שבפנינו הינה: **האם התשלום הנוסף בגין השעות העודפות המוענק לאם עובדת בלבד הינו בגדר זכות יתר מותרת לפי סעיף 3 לחוק שוויון ההזדמנויות, או שמא מדובר בהפליה אסורה בין אם עובדת לאב עובד בשירות המדינה על פי הוראות סעיף 2 לחוק, האוסר על הפליה על ידי מעביד בין עובדיו מחמת מין.**

על מנת להשיב על שאלה זו, יש לרדת לשורש המחלוקת שבפנינו – חקר תכליתה של הזכות לתשלום נוסף עבור השעות העודפות.

### תכליתה של הזכות לתשלום בגין שעות עודפות:

24. טרם אדון בתכליתה של הזכות לתשלום נוסף בגין שעות עודפות, אשוב ואבהיר את מהותה האופרטיבית. לאם עובדת בשירות המדינה ניתנת הזכות לקיצור יום עבודה, על מנת שתוכל לצאת מוקדם יותר מהעבודה ולטפל בילדים. במקרה בו האם מנצלת את זכותה זו ויוצאת מוקדם יותר מהעבודה, היא מקבלת שכר עבודה כאילו עבדה יום מלא על פי תקן משרתה. **זכות זו ל קיצור יום עבודה ניתנת גם לאב עובד**, בכפוף לתנאים הקבועים בתקשי"ר ומבוססים על הוראות סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות ולפרשנותו כפי שנקבעה בפסקי דין יהב ומוסקלנקו.

ההבחנה בין אב לאם באה לידי ביטוי במקרה בו ההורה אינו מנצל את זכותו לקיצור יום העבודה, ונשאר לעבוד עד למלוא תקן משרתו ומעבר לכך. במקרה כזה, העסקתה של האם בשעות שמתום יום העבודה המקוצר עד לשעות העבודה הרגילות שלה נחשבת להעסקה בשעות נוספות (זאת על פי נוסח ההוראה בתקשי"ר), והיא מקבלת עבור שעות אלה תשלום נוסף בשיעור של 100% מערך השעות. כאשר האב העובד הזכאי לקיצור יום העבודה אינו מממש זכאותו זו ונשאר לעבוד בשעות העודפות, **אין הוא מקבל תשלום נוסף זה**. עבור שעות העבודה שמעבר לשעות המשרה הרגילות מקבל ההורה, האב והאם, תשלום עבור שעות נוספות בשיעור של 125% ו-150% לפי העניין.

25. **לפי שיטתו של בית הדין האזורי**, מניעת התשלום עבור שעות נוספות לאב העובד הינה בגדר הפליה אסורה בין האב העובד לאם העובדת בשירות המדינה, ואינה בגדר זכות יתר מותרת לעובדת לפי סעיף 3 לחוק. בית הדין האזורי הדגיש את הוראות ההסכם הקיבוצי והתקשי "ר והסיק מהן כי התשלום עבור השעות העודפות ניתן כפיתרון לב עיה במקרה "יוצא מן הכלל" בו נדרשת האם העובדת לעבוד בשעות העבודה הרגילות בהתאם לצורכי העבודה, ואין באפשרותה לנצל את זכאותה ליום עבודה מקוצר.

בית הדין האזורי ראה את הזכות לתשלום בגין שעות עודפות בבחינת חובה לשלם שכר עבור עבודה משום שעבודה מעבר ליום העבודה ה מקוצר היא לשיטתו בבחינת עבודה מעבר לשיעור המשרה. על כן הסיק בית הדין האזורי כי הזכות אינה בגדר "זכות יתר" לאישה עובדת לפי סעיף 3 לחוק אלא מטרתה להשוות את זכויות האם העובדת לזכויותיהם של יתר העובדים לעבוד שעות נוספות לפי בחירתה מעבר למשרתה המלאה.

**בנושא זה, דעתי אינה כדעתו של בית הדין האזורי, ולהלן אפרט נימוקיי לכך.**

26. ממציאיות החיים אנו למדים, כי לא מתקיים שוויון מלא בין גברים לנשים בשוק העבודה, ועדיין נוהגת בחברה במידה מסוימת התפיסה ה "מסורתית" הרואה את תפקידה של האישה כאחראית בלעדית לטיפול בילדים ולגידולם, כאשר הגבר הוא הנושא העיקרי באחריות לפרנסת המשפחה. אמנם, ניתן לומר כי כיום התפיסה השתנתה, והולכת ומשתרשת תפיסה של אחריות הורית משותפת, כאשר הנטל מתחלק בין שני בני הזוג ואינו מוטל באופן בלעדי על האישה. מגמה זו ניכרת גם בדברי חקיקה שונים, אשר הבולט בהם הוא כמובן סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות, אשר מטרתו הייתה להעניק זכויות הקשורות להורות גם לאב העובד, בתנאים מסוימים, באופן שכל אחד מבני הזוג יוכל לשאת באחריות לטיפול בילדים ובכך ליצור שוויון בין בני הזוג בעניין זה וליתן אפשרות לנשים לבחור להישאר בעבודתן כאשר האב מנצל את הזכויות בקשר להורות, וביניהן קיצור יום העבודה.

כן יש לציין בהקשר זה את הוראות סעיף 6(ח) [לחוק עבודת נשים](#), תשי"ד-1954, אשר מאפשר לעובד שאשתו ילדה לצאת לחופשת לידה בתנאי שאשתו הסכימה לוותר על חלק מחופשת הלידה המגיעה לה. הוראת חוק זו באה במטרה לאפשר לאישה לשוב ולהשתלב בעבודתה לפני תום מלוא חופשת

הלידה המגיעה לה ולעודד את נטילת האחריות המשפחתית על הטיפול ברך הנוולד גם על האב ובכך לקדם את השוויון בין המינים.

דבר חקיקה נוסף שמשקף מגמה זו הינו סעיף 7 [לחוק פיצויי פטורים](#), תשכ"ג-1963, ולפיו רואים את התפטרותה של עובדת תוך תשעה חודשים מיום שילדה, על מנת לטפל בילדה – כפיטורים. עם חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בשנת 1988 תוקן הסעיף כך שהוא חל בתנאים מסוימים גם על עובד. בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק הזדמנות שווה בתעסוקה (תיקון), התשמ"ז-1986, ה"ח 1804) נכתב כך:

**"הוראות בחוקי העבודה וכן הוראות בהסכמים קיבוציים או בהסדר קיבוצי אחר, כמו התקשי"ר, מעניקות זכויות לאם עובדת לצורך טיפול בילדיה, בעוד שזכויות אלה אינן מוענקות לאב אם הוא בגדר עובד. במטרה לסלק עיוותים בדרך לשוויוניות ובחתימה למימוש עיקרון ליברלי רחב יותר, והוא צמצום התערבותו של המחוקק והשארית חופש הבחירה לבני הזוג בניהול חייהם המשפחתיים, מוצעים התיקונים הבאים בחוק פיצויי פטורין [ובחוק עבודת נשים](#)..."**

27. המגמה לעודד את הנשיאה באחריות משותפת של בני הזוג לטיפול בילדים נובעת ממצאות אשר המחוקק שם לעצמו מטרה לשנות, לפיה נשים רבות נאלצות להתמסר לטיפול בילדים ובכך מתקשות לפתח קריירה משמעותית בתפקידים בכירים לרבות בתפקידי ניהול אשר דורשים עבודה בשעות ארוכות, תפקידים אשר נתפסים בחברה מקדמת דנא כ"תפקידים גבריים". לפיכך, באופן ממוצע, נשים משתכרות שכר נמוך יותר מגברים, ועובדות בשעות פחותות. כמו כן, מצב בו אב עובד שב לביתו בשעה מוקדמת על מנת לטפל בילדים כאשר האם נשארת לעבוד עדיין אינו בגדר חזון נפרץ במקומותינו.

עמדה על כך פרופ' רות בן ישראל בספרה "שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה", כרך ב (1998), בעמ' 589:

**"אפשר לומר, כי האחריות המשפחתית, הכרוכה במיוחד בגידול הילדים וטיפול בהם היא כיום אחד הגורמים המקשים ביותר על שילובן של נשים במעגל העבודה בכלל ועל השוואת מעמדם בעבודה בפרט. מצב זה הוא תוצאה של התפיסה המסורתית הרווחת בקשר לחלוקת התפקידים במשפחה, שעל פיה רואים באם את האחראית הבלעדית לטיפול במשק הבית, בילדים ובכלל בן משפחה תלוי אחר".**

כן יצוין בהקשר זה מסמך מטעם משרד האוצר מיום 17.10.06 (מוצג ו' למוצגי המדינה בערעור) בו מפורטים הפרשי השכר בין גברים ונשים בשירות המדינה, על פי דו"ח הממונה על השכר מנובמבר 2005 וממנו עולה כי ממוצע השכר ברוטו של נשים עומד על 9,638.1 ₪, ושל גברים 12,623 ₪, קרי פער משמעותי וניכר בשיעור של כ- 30% לטובת הגברים. חדשות לבקרים מתפרסמים מחקרים סטטיסטיים המצביעים על קיומה של הפליה בין המינים בשוק העבודה, ולפיהם נשים מועסקות בדרך כלל בדרגות שחר נמוכות ובתפקידים אשר אינם דורשים שעות עבודה מרובות, ואף במקרים מסוימים מקבלות שכר נמוך יותר מגברים בעד עבודות שוות ערך.

בית דין זה עמד על המטרה לעודד נשים להשתלבות במעגל העבודה ב [עב"ל 289/05 המוסד לביטוח לאומי נ' אל על משעני](#) (לא פורסם, 31.12.2006), אשר עסק בתכליתה של הגמלה לשמירת הריון, וכך נפסק:

"אכן שומה עלינו לפרש את הדין בצורה המתיישבת עם תכלית ההוראה כמו גם עם מציאות החיים. בצדק ציינה השופטת שרה מאירי כי המציאות היום היא שנשים רבות עובדות. החברה מעודדת זאת. כאשר העבודה מכבידה יתר על המידה על האשה ההרה וההמלצה הרפואית היא להקטין את היקפה, ברי הוא שהקטנה כזו עומדת בדרישות החוק. היא מתאימה לתכלית החוק. אף המחוקק ראה לנגד עיניו עת תיקן את [חוק עבודת נשים](#) את עידוד שילובן של נשים במעגל העבודה. כך עולה מהמבוא לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק, ה'תש"ן, 214). התיקון נועד ליצור התאמה בין [חוק עבודת נשים](#) שנחקק בשנת 1954 לבין "התמורות הרבות שחלו במהלך השנים במשק הישראלי בכלל ובנושא עבודת נשים בפרט", על מנת "לענות על צרכיה הטבעיים, המשפחתיים והמקצועיים כאחד של כל אשה בישראל, וזאת מתוך מטרה לעודד נשים להשתלב במעגל העבודה הסדיר ומתוך הכרה בחשיבות הרבה שיש להשתלבות זו". ועל מנת להגשים מטרה זו הוספו לספר החוקים שתי הוראות הנוגעות לשמירת הריון".

28. לאור מציאות זו, הפעלת מנגנון של העדפה מתקנת עשויה לתרום לקידום השוויון בשתי קבוצות התייחסות רלוונטיות – האחת, שוויון בין נשים לגברים בכלל בשוק העבודה, והשנייה, שוויון במשפחה בין האב לאם בכל הקשור לנשיאה בעול האחריות המשפחתית.

למקרא כלל החומר הרלוונטי, לרבות לידתה של הזכות לתשלום בגין שעות עודפות, הגעתי לכלל מסקנה כי התשלום בגין שעות עודפות הינו בגדר מתן

זכות יתר מותרת על פי סעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות ואין מדובר בהפליה פסולה על פי סעיף 2, והמטרה בבסיסו היא לאפשר לאמהות עובדות להישאר בעבודתן לאורך שעות ארוכות ובכך לקדם את מעמדן ושכרן.

על רקע מציאות בה נשים רבות יוצאות בשעה מוקדמת ממקום עבודתן על מנת לטפל בילדים, ומשתכרות בשל כך שכר נמוך ונוצרת מעין "תקרת זכוכית" המונעת מהן לעתים קרובות האפשרות להתקדם לתפקידים בכירים, מתן זכאות לתשלום נוסף עבור השעות העודפות עשויה לעודד את האמהות העובדות להישאר בעבודה ובכך מקודם הרעיון של השוויון המהותי בינן לבין גברים במקום העבודה. זאת כאשר גברים אינם זקוקים לתמריץ דומה מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה, גם כאשר הם אבות לילדים. אני שוכנעתי כי מטרת הזכות האמורה היא לקדם אמהות עובדות וליתן להן תוספת למשכורתן במקרה בו הן אינן מנצלות בפועל את הזכות ליציאה מוקדמת ממקום העבודה ונאלצות להישאר עקב צורכי העבודה מעבר ליום העבודה המקוצר. בשל מתן תוספת זו לשכרן, הן לא תירתענה מעבודה בשעות נוספות גם בתקופת קיצור העבודה בשל זכויות הוריות.

29. אין בידי לקבל את מסקנתו של בית הדין האזורי, לפיה עבודה בשעות העודפות היא בבחינת עבודה מעבר לשיעור המשרה והתשלום עבור השעות העודפות הינו בבחינת חובה לשלם שכר עבור עבודה. זכאותה של האם העובדת (כמו גם זכאותו של אב) לקיצור שעות עבודה אינה מצמצמת את שיעור משרתה, ותקן המשרה שלה נשאר כמות שהוא. הזכאות ליום עבודה מקוצר היא בגדר **זכאות בעין** ליציאה מוקדמת מהעבודה, וכאשר היא מנצלת זכאות זו, שכרה לא נפגע למרות ששעות העבודה מתקצרות. על כן, מקובלת עליי טענתה של המדינה, כי התשלום שניתן לעובדת עבור שעות עודפות, במקרה בו היא נאלצת להישאר בעבודתה ולא לנצל את זכאותה לצאת מוקדם מהעבודה, הוא בגדר **תמריץ עבורה** ולא בגדר חובה לתשלום שכר עבור שעות העבודה, משום שמדובר **בתשלום נוסף** על התשלום שמגיע לאם העובדת בהתאם לשעות עבודתה המלאות בתקן משרתה.

מטעם זה, יש לדחות את טענתו של המשיב, לפיה בניגוד לאם העובדת, הוא אינו מקבל תשלום כלל עבור עבודתו בשעות העודפות. כאשר המשיב זכאי לקצר את שעות עבודתו במסגרת ליום עבודה מקוצר תקן משרתו נותר כפי



שהיה, וכאשר הוא בוחר לא לנצל את זכאותו ליציאה מוקדמת מהעבודה ונשאר בעבודה לאורך שעות העבוד ה הרגילות בהתאם לתקן משרתו, הוא **מקבל שכר מלא על פי תקן משרתו**. יש להדגיש נקודה זו, שהזכות המוענקת למשיב, כמו גם לאבות עובדים בשירות המדינה במעמדו **באה לידי ביטוי גם במונח הכספי**, כך שגם כאשר הוא מנצל את הזכות לקיצור יום העבודה, הוא מקבל שכר מלא על פי תקן משרתו גם עבור השעות בהן לא עבד בפועל.

המשיב מתייחס בטיעונו לזכאות לתשלום בגין שעות עודפות כזכאות לתשלום בגין שעות נוספות, אולם קיימת הבחנה בין השעות העודפות לשעות הנוספות, כפי שפורט לעיל בפסקה 22 – השעות העודפות הן השעות בין סיום יום העבודה המקוצר עד להשלמת שעות תקן המשרה, והשעות הנוספות הן השעות שמעבר לתקן המשרה.

30. בית הדין האזורי קבע בפסק דינו כי מטרתה של הזכות לתשלום בגין השעות העודפות היא להשוות את זכותה של האם העובדת לעבוד בשעות נוספות ולהשתכר מעבר למשרתה המלאה כמו העובד הגבר הזכאי לתשלום עבור שעות נוספות (פסקה 36 לפסק דינו של בית הדין האזורי). מסקנתו זו מבוססת על "התנהלות המדינה בקשר לזכות זו" ועל המסמכים שצורפו לתיק מהם לא עולה התייחסות לזכות כאל העדפה מתקנת. אין בידי לקבל מסקנה זו של בית הדין האזורי.

מהמסמכים הנוגעים להשתלשלות העניינים, לא ניתן להסיק כי מטרת התשלום הנוסף עבור השעות העודפות הייתה להשוות את מצבן של האמהות העובדות למצבם של כלל עובדי המדינה אשר אינם זכאים לקיצור יום העבודה. זאת משום שגם אם האם העובדת בוחרת לא לנצל את הזכות ליום עבודה מקוצר, שהיא זכות בעין, נותרת לה האפשרות לעבוד בשעות נוספות מעבר לתקן משרתה. אמנם, אין במסמכים שהציגה המדינה אישור מפורש לכך שמטרת התשלום הנוסף הייתה העדפה מתקנת לנשים, אולם אין בכך כדי לשנות ממסקנתי, אשר מבוססת על מהותה של הזכות והמגמות אשר יש לעודד במסגרת המדיניות המשפטית הרצויה.

31. מקובלת עליי טענת המדינה לפיה **מתן הזכאות לתשלום נוסף בגין שעות עודפות גם לאב עשוי לקדם את השוויון הפורמאלי**, אולם הדבר מנוגד לעקרון השוויון המהותי. על פי מצב העניינים המתואר על ידי המשיב, כאשר הוא עובד בשעות תקן המשרה המלאות שלו כפרקליט, הוא משתכר

שכר נמוך יותר מהעובדת הפרקליטה , שזכאית כמוהו לקיצור יום העבודה מכוח היותה אם ועובדת גם היא בשעות העודפות, וזאת משום שהיא זכאית בניגוד אליו לתשלום הנוסף בגין השעות העודפות . בכך רואה המשיב הפליה פסולה בינו לבין אמהות עובדות במקום עבודתו , ובית הדין האזורי קיבל טענה זו . בסוגיה זו אני מבינה לל בו של המשיב , אשר רואה טעם לפגם ולקיפוח בכך שאישה, אם עובדת, העובדת עמו באותו תפקיד ובאותן שעות, זכאית לתוספת לשכרה בשל היותה אישה, תוספת אשר נמנעת ממנו.

עם כל ההבנה לתחושותיו של המשיב , אני סבורה , כאמור , כי התשלום הנוסף בגין שעות עודפות הינו בגדר מתן זכות יתר לאימהות עובדות , המותרת על פי סעיף 3(ב) לחוק. העדפה זו אינה סותרת את עקרון השוויון , **אלא ההיפך הוא הנכון – היא מסייעת להגשים אותו** . מתן זכות היתר לאמהות עובדות מגלמת בתוכה את ההכרה בכך שיש לעודד את אותן נשים להישאר לעבוד ולהתקדם בעבודתן חרף היותן אמהות , בעוד שאין הצדקה ליתן תמריץ מעין זה גם לאבות העובדים.

עמדתי לעיל על דברי חקיקה שתכליתם ליצור שוויון בין בני הזוג במעמדם כהורה עובד ולאפשר להם לנצל את הזכויות הקיימות במקום העבודה כפי רצונם, ולחלק ביניהם בצורה יותר גמישה את נטל הטיפול בילדים . אולם שוויון זה מושג **במתן הזכויות בקשר להורות** המנויות בסעיף 4 לחוק גם לאב העובד , במקרה בו בת זוגו בוחרת שלא לנצל אותן . האב זכאי , בין השאר ובהתקיים התנאים המנויים בסעיף , לקיצור יום העבודה שלו ובכך מתאפשר לבת זוגו להישאר בעבודה ולעסוק בתפקידים הדורשים שעות עבודה מרובות , אשר בהם קשה היה לנשים באופן מסורתי להשתלב . בכך מוגשמת באופן מובהק המגמה ליצור שוויון בין האב לאם בנשיאה באחריות המשפחתית.

32. מתן הטבה כספית גם לאב העובד עבור הישארותו בעבודה מעבר לשעות יום העבודה המקוצר לא תשיג בעיניי את המטרה של קידום האחריות המשפחתית המשותפת בין בני הזוג , אלא עלול לקרות מצב הפוך , בו האב העובד יעדיף להישאר במקום העבודה ונטל הטיפול בילדים יוטל על האם. תוצאה אפשרית זו אינה רצויה על פי הרציונל של קידום השוויון המהותי , לפיו יש לבחון בסופו של יום האם מושג שוויון בתוצאות , והאם התוצאה המתקבלת אינה מנציחה מעשית מצב של הפליה נגד אמהות עובדות . מתן

התשלום הנוסף עבור שעות עודפות גם לאב יגשים אמנם מצב של שוויון פורמאלי בין האב העובד לאם העובדת בשירות המדינה , אך שותפה אני לחשש כי מצב זה יביא לכך שהאבות הם אלה שיישארו לעבוד, משניתן להם תמריץ לכך בדמות תש לום נוסף עבור שעות עודפות ובדרך כלל ערך שעת העבודה שלהם גבוה מזה של האישה , והנשים הן אלה שישאו בנטל לגידול וטיפול בילדים. על כן יש הצדקה למתן תמריץ כספי לנשים בלבד להישאר לעבוד ולהתקדם בעבודתן חרף היותן אמהות.

על פי המדיניות המשפטית הרצויה במקרים אלה , לצד מתן אפשרות לאב העובד, בהתקיים תנאים מסוימים , לממש זכויות בקשר להורות כמשמען בסעיף 4 לחוק כאשר האישה אינה מנצלת אותן ובכך לשאת בעול האחריות המשפחתית המשותפת, יש מקום לתת לנשים תמריצים נוספים מלבד זאת על מנת לעודדן להישאר ולעבוד לאורך שעות ארוכות ולהשוות את מעמדן בעבודה לזה של הגברים. בדיוק למטרה זו, ועל פי הוראות סעיף 3(ב) לחוק, ניתן התשלום הנוסף בגין השעות העודפות . התוצאה הרצויה, אליה עלינו לשאוף, היא מצב של שוויון בין נשים לגברים בשוק העבודה , לצד שוויון בנשיאה בנטל המשפחתי בין האב לאם.

33. מטענותיו של המ שייב בפנינו , הוא רואה את הזכות לתשלום בגין שעות עודפות כהטבת שכר, וכתשלום שהוא זכאי לו ושנועד לכסות הוצאות עבור מסגרות חינוכיות להן הוא נאלץ לשלם בשל השארת הילדים עד לשעות מאוחרות יחסית. בהקשר זה ראוי לשוב ולהדגיש כי הטבת שכר מעין זו אינה באה בגדר "זכות בקשר להורות" והוא לא זכאי לה לפי סעיף 4 לחוק, וכפי שציינתי לעיל מתן הטבת השכר הזו רק לאמהות עובדות מותרת מכוח סעיף 3(ב) לחוק.

34. כמו כן טוען המשיב בחיזוק לגרסתו , כי המדינה מעניקה את אותה הזכות שבמחלוקת גם לגברים אלמנים בהתקיים תנאים מסוימים , מחמירים במקצת בהשוואה לאמהות עובדות. אני סבורה כי אין בעובדה זו כדי לתמוך בטענותיו של המערער משום שגם גבר אלמן וגם אם עובדת נאלצים לשאת בנטל הטיפול בילדים, אם זה בשל הכרח, כמו במקרה של הגבר האלמן, ואם זה בשל תפיסה מסורתית כמו במקרה של האם העובדת.

בנוסף, ראיתי לנכון להתייחס לטענת המשיב לפיה היה ביכולתה של המדינה לבדוק ולהשוות את דיווחי שעות העבודה שלו לפני שנולדו ילדיו ואחרי כן ,

ולהסיק מכך האם חל שינוי בשעות עבודתו בשתי התקופות . בכך מנסה המשיב להראות כי הוא לא "ניצל לרעה " את תנאי העבודה המקלים שהוענקו לו. אין בידי לקבל טענה זו. אין זה סביר לחייב את המדינה לבדוק באופן פרטני את שעות העבודה של האב שמימש את הזכות ליום עבודה מקוצר. ההסדר איננו פרטני אלא רוחבי והוא חל על כלל עובדי המדינה.

35. טרם אחתום את הדיון בסוגיה , אתייחס בקצרה לשני פסקי דין שניתנו לאחרונה על ידי בית דין אזוריים במקרים דומים למקרה שבפנינו. האחד – עב (חיפה) 570/05 שלמה לוי ואח' נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (לא פורסם, ניתן ביום 19.8.08), והשני – עב (ת"א) 6271/06 שטרנליב יוסף יורם נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (לא פורסם, ניתן ביום 5.8.09). בשני פסקי הדין נדונה טענה להפליה בתשלום "תוספת אם" הניתנת לאם עובדת הוראה על פי הסכמים קיבוציים שנחתמו בין המדינה לבין ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים והסתדרות המורים . בשני פסקי הדין נקבע כי מניעת תשלום "תוספת אם " מאבות עובדי הוראה הינה בגדר הפליה אסורה. אין באמור בפסקי דין אלה כדי לסייע למשיב בטענותיו , הואיל והתוספת הניתנת לאם עובדת הוראה שונה במהותה ובתכליתה מהתוספת עבור השעות העודפות אשר נדונה בערעור שבפנינו.

כמו כן יודגש , כי ערעורים על פסקי הדין בעניין שלמה לוי ויוסף שטרנליב עודם תלויים ועומדים בבית דין זה.

36. **לסיכום – מכל הנימוקים לעיל , הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את ערעורה של המדינה , כך שהתשלום הנוסף בגין שעות עודפות מוכר כזכות יתר מותרת על פי סעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות.**

לא נותר אלא להביע תקווה כי בעתיד ישתנה מצב הדברים ויקודם ערך השוויון בין המינים בעבודה , כך שלא יהיה צורך במתן זכויות יתר לנשים . ייתכן שבעתיד תשתנה המציאות כך שהכרעה בתיק דומה תהא אחרת . אולם כעת אני משוכנעת כי קיימת ההצדקה לשמר את זכות היתר שהוענקה לנשים בשירות המדינה, מכל הטעמים שפורטו לעיל.

**תחולתה של ההלכה שנקבעה בפסק דין מוסקלנקו:**

37. סוגיה נוספת עליה מערערת המדינה , היא שאלת תחולתו של פסק דין מוסקלנקו – האם רטרואקטיבית או שמא פרוספקטיבית . לטענת המדינה , בית דין זה יצר בפסק דין מוסקלנקו זכויות שלא היו קיימות קודם לכן ויישם פרשנות אשר מנוגדת ללשונו הברורה של החוק.

**אני סבורה, כי דין ערעורה של המדינה ברכיב זה – להידחות, ונימוקיו של בית הדין האזורי בפסקאות 21-17 לפסק דינו מקובלים עליי במלואם .** על פי הכלל, הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית , ורק במקרה בו קיים אינטרס הסתמכות ראוי להגנה תינתן להלכה תחולה פרוספקטיבית בלבד . אני שותפה למסקנתו של בית הדין האזורי לפיה המדינה לא הציגה אינטרס הסתמכות אשר יצדיק תחולה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה שנקבעה בפסק דין מוסקלנקו.

כמו כן, מעיון בפסק דין מוסקלנקו עולה כי בית הדין הארצי לא יצר הלכה חדשה "יש מאין", אלא העניק פרשנות תכליתית ומרחיבה להוראות סעיף 4 לחוק שוויון ההזדמנויות . אמנם, חברי השופט צור קבע בחוות דעתו כי פרשנות – לפיה עובד זכאי לזכויות בקשר להורות גם כאשר בת זוגו אינה זכאית לאותן זכויות במקום עבודתה – מנוגדת ללשון החוק הברורה , לדעתו, ולכוונת המחוקק, אולם הוא נותר בדעת מיעוט . על פי דעת הרוב באותו פסק דין, ההלכה שנקבעה נובעת מהחוק על פי תכליתו ולשון החוק נתונה לפירוש דו משמעי . על כן, ההלכה שנקבעה תואמת ללשון החוק, לתכליתו, ולהלכה קודמת **בפסק דין יהב** , ואין הצדקה לחרוג מהכלל ולקבוע כי אין לה תחולה רטרואקטיבית.

כמו כן, מבססת המדינה את טענתה על שיקול תקציבי, ולפיו קביעת תחולה רטרואקטיבית להלכה האמורה יביא לנטל כלכלי כבד על שכס המדינה , כך שהיא תחויב בתשלומים צופי פני עבר באופן רוחבי בכל המגזר הציבורי לכל עובד בנסיבותיו של המשיב . טענה זו של המדינה אינה מבוססת על הוכחת היקפו המדויק של הנטל התקציבי הנטען, ועל כן דינה להידחות.

**אשר על כן, דין הערעור ברכיב זה להידחות** , וקביעתו של בית הדין האזורי לפיה המשיב יהא זכאי לקיצור יום העבודה ולתוספת מעונות בשכרו החל מיום 16.2.03, מועד סיום חופשת הלידה של רעייתו – נותרת בעינה.

**סוף דבר :**

38. **לו תישמע דעתי**, דין ערעורה של המדינה להתקבל כך שהמשיב, מר דן בהט, אינו זכאי לתשלום הנוסף בשיעור של 100% בגין השעות העודפות מעבר ליום העבודה המקוצר ועד להשלמת שעות תקן משרתו, וכפועל יוצא מכך תבוטל קביעתו של בית הדין האזורי בדבר חישוב תשלום דמי הכלכלה בהתאם ל"שעות נוספות" המוכרות לאם עובדת.
- קביעתו של בית הדין האזורי, לפיה המשיב זכאי לקיצור יום העבודה ותשלום תוספת המעונות בשכר החל מיום 16.2.03 – תיוותר בעינה, והערעור ברכיב זה יידחה.
- חיוב המדינה בהוצאות המשיב בבית הדין האזורי – יבוטל.
- בנסיבות העניין, כל צד יישא בהוצאותיו בערעור.

**השופט עמירם רבינוביץ:**

1. קראתי את דעתה של חברתי השופטת וירט- ליבנה, ולא השתכנעתי שיש מקום לקבל את ערעור המדינה.
2. אני סובר שפסק דינו של בית הדין האזורי הוא נכון מנימוקיו, שלא אחזור עליהם.
3. אציין, כי הזכויות לשעות עודפות ולכלכלה לאם עובדת נגזרות מהזכות **בקשר להורות**. זכות זו, להבדיל מזכויות הנובעות מן ההיריון והלידה, אין לגביה הבדל בין עובד לעובדת. משהכירו החוק והפסיקה בעיקרון לפיו ההורים מוחזקים כמי שאחראים באופן שווה לטיפול בילדיהם, שוויון זה צריך לחול על כל הזכויות הנובעות מהורות, ובכללן הזכויות מושא ערעור זה.
4. גם אם המקור הראשוני לזכויות אם עובדת נבע מהעדפה מתקנת, על פי ההשקפה, לפיה האם היא הנושאת בנטל גידול הילד ים לאחר הלידה, השקפה זו אינה רווחת עוד, ודאי לא כפי שהייתה. גם המציאות שבאה לידי ביטוי בחוק ובפסיקה, שהעמידה את האב כשווה לאם בטיפול בילדים – עקרה למעשה את הנפקות, ככל שהייתה, להנחה

שלידתן של זכויות האם העובדת , מושא ערעור זה הייתה פרי העדפה מתקנת. כיום המציאות שונה , אין עוד זכות של אם עובדת . יש זכות של הורים עובדים. הזכויות הנובעות מהיותם הורים חייבות להיות שוות , שאם לא כן מדובר בהפליה בין שווים שאינה ממין העניין.

5. החשש , שמא התמורה הגבוהה שעשויה להיות מנת חלקו של העובד בשעות עודפות ונוספות, תגרום לכך שעובדים גברים נוספים ינצלו את הזכות לעבוד בשעות עודפות ונוספות כתוצאה מאותה תמורה ויגרמו בכך לחזרתן של הנשים העובדות לטפל בילדיהן במקום להקדיש את זמנן לעבודה סדירה ולהתקדם בה – מוטעה. משהמציאות כיום היא , שמעמדו של האב העובד זהה לזה של האם העובדת , קיים אותו חשש גם לגבי הגבר העובד שאשתו תבחר לעבוד שעות עודפות ותותירו לטפל בילדים.

6. גם השוני בין שכר סטטיסטי שונה לגבר ולאישה בשירות המדינה , אינו נתון רלוונטי ואינו ממין העניין להשוואה שאנו עורכים בין זכויות האם העובדת לזכויות האב העובד שמקורן בהורות.

7. **סוף דבר** - לדעתי יש לדחות את הערעור ולחייב את המדינה בשכ "ט עו"ד בסך 5,000 ש"ח בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

### **הנשיא סטיב אדלר:**

עיינתי בחוות דעתם של חבריי , ואני מצטרף לדעתה של השופטת וירט-ליבנה. זאת, נוכח מהות תוספות השכר שבמחלוקת ומאחר שתוצאת הדברים אינה יוצרת הפליה אסורה.

### **נציג עובדים מר שלום חבשוש:**

אני מצטרף לדעתם של הנשיא אדלר והשופטת וירט-ליבנה.

**נציג מעבידים מר אבי ברק:**

אני מצטרף לחוות הדעת של השופטת וירט-ליבנה ומסכים לתוצאה אליה הגיעה.

**סוף דבר:**

בדעת רוב, על פי חוות דעתה של השופטת וירט-ליבנה וכנגד דעתו החול קת של השופט רבינוביץ, ערעורה של המדינה מתקבל כך שנקבע כי שהמשיב, מר דן בהט, אינו זכאי לתשלום הנוסף בשיעור של 100% בגין השעות העודפות מעבר ליום העבודה המקוצר ועד להשלמת שעות תקן משרתו, וכפועל יוצא מכך מבוטלת בזאת קביעתו של בית הדין האזורי בדבר חישוב תשלום דמי הכלכלה בהתאם ל"שעות נוספות" המוכרות לאם עובדת.

קביעתו של בית הדין האזורי, לפיה המשיב זכאי לקיצור יום העבודה ותשלום תוספת המעונות בשכר החל מיום 16.2.03 – נותרת בעינה, והערעור ברכיב זה נדחה.

חיוב המדינה בהוצאות המשיב בבית הדין האזורי – מבוטל.

בנסיבות העניין, כל צד יישא בהוצאותיו בערעור.

**ניתן היום ד באייר, תש"ע (18 באפריל, 2010) בהעדר הצדדים.**

---

השופטת ורדה וירט-ליבנה

---

השופט עמירם רבינוביץ

---

הנשיא סטיב אדלר

סטיב אדלר 54678313-361/08

---

נציג מעבידים מר אבי ברק

---

נציג עובדים מר שלום חבשוש

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

[נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה](#)