



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

ניתן ביום 29 מרץ 2020

המערערת

מדינת ישראל

-

המשיבות

1. נטלי גוטמן

2. החברה העירונית ראשון לציון לתרבות ספורט ונופש בע"מ

מגישת עמדה

שדולת הנשים

לפני: הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, סגן הנשיאה אילן איטח, השופט רועי פוליאק
נציג ציבור (עובדים) מר יוסי רחמים, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

בשם המערערת – עו"ד דניאל פסי

בשם המשיבה 1 – עו"ד אורית ז'ילוני-קליימן, עו"ד שרון לולצי

בשם המשיבה 2 – עו"ד ערן צור

בשם שדולת הנשים – עו"ד גלי זינגר

פסק דין

סגן הנשיאה אילן איטח

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופטת הבכירה חנה טרכטינגוט; על"ח 33655-03-19), שבו התקבלה תביעת המשיבה 1 (להלן – **העובדת**) ובוטלה החלטה לפי חוק עבודת נשים, התשי"ד – 1954 (להלן – **חוק עבודת נשים** או **החוק**), שקבעה כי בנסיבות העניין אין צורך בקבלת היתר לפיטוריה.

המסגרת הנורמטיבית – סעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים

2. השאלה העיקרית המונחת לפתחנו במסגרת הליך זה היא שאלה משפטית הנוגעת לפירוש סעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים, שעניינו הגבלת פיטורים בתקופת טיפולי פוריות של עובדים (לרבות עובדות) שאינם נעדרים מעבודתם בשל הטיפולים. למען



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

הבהירות והנוחות, נביא כבר עתה את הוראות החוק הרלוונטיות לענייננו כנוסחן במועד הרלוונטי להליך דנן (שהוא גם נוסחן כיום), ולאחר מכן נציג בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית שלהן.

3. ועוד בטרם ניגש לכך, ואף שההלכות הנוגעות לחוק עבודת נשים ולתכליותיו הן ידועות, נעלה בתמצית את עיקרן. חוק עבודת נשים הוא דבר חקיקה מרכזי במשפט הישראלי, ולצד דברי חקיקה נוספים משמש מכשיר משפטי לצמצום אי השוויון בחברה בכלל ובשוק העבודה בפרט¹. ככל דבר חקיקה, גם חוק עבודת נשים בא לעולם על רקע מציאות חברתית נתונה. מציאות זו כוללת הן הבדלים פיזיולוגיים בין המינים, המחייבים התייחסות שונה דווקא לשם השגת שוויון, והן אי שוויון מובנה בן מאות שנים בין המינים, המזמין פתרון של העדפה מתקנת לשם צמצומו². ועוד יש לזכור כי לצד התכלית הנוגעת לשוויון עומדות ביסוד החוק תכליות נוספות, גם אם משניות, כגון "שמירה על בריאות העובדת"³ ועידוד ילודה⁴. מכל מקום, החוק מכוון בעיקרו לצמצום הפלייתן של נשים בשוק העבודה, "תוך התחשבות בצרכיה המיוחדים של האישה העובדת, בעיקר בכל הנוגע להיריון, לידה והורות"⁵, והוא עושה זאת באמצעות מנגנונים שונים.

4. בסעיף 9 לחוק, שכותרתו היא "הגבלת פיטורים", נקבע מנגנון המִתְּנָה פיטורים בקבלת היתר לפיטורים מהממונה⁶ על חוק עבודת נשים (להלן – הממונה) והאוסר על מתן היתר לפיטורים עת הפיטורים היו בקשר להריון או בקשר לעניינים נוספים

1 סקירה מקיפה על תכלית החוק (בהקשר לעובדת בהריון, אך יפים הדברים גם לגבי עובדים ועובדות בטיפולי פוריות), ועל הנתונים המלמדים כי "מצבים של הריון, לידה והורות מזמנים לנשים עובדות התמודדויות עם תחושות של הפליה ושל חוסר ביטחון בתחום התעסוקתי", ראו: ע"ע (ארצי) 44776-05-16 סירטו - הפניקס קרנות פנסיה מאוזנות ותיקות בע"מ (19.2.2018) (להלן – עניין סירטו) וההפניות הרבות שם. הציטוט בהערת שוליים זו הוא מתוך סעיף 23 לפסק הדין בעניין סירטו.

2 השו: דברי השופט אי רובינשטיין בעניין אשכנזי (בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299, 321 (2005) (להלן – בג"ץ אשכנזי), ביחס לחוק עבודת נשים: "בהחלט ראויה חקיקת חוקים הבאים למנוע אפליה וגם ליצור העדפה מתקנת".

3 ראו דברי ההסבר להצעת חוק עבודת נשים, התשי"ב-1952 (ה"ח תשי"ב, 127).

4 ראו למשל דברי ההסבר לחוק עבודת נשים (תיקון מס' 10), התש"ו-1990 (ה"ח תש"ו, 1999).

5 בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299, 309 (2005) (להלן – בג"ץ אשכנזי).

6 חוק עבודת נשים קובע כי ההיתר צריך להינתן על ידי "שר". בסעיף 9(א) לחוק עבודת נשים נקבע כי אין לפטר עובדת בהריון ללא היתר שר העבודה והרווחה ואילו לגבי עובדת/ת בהליך טיפולי נדרש היתר מאת שר התעשייה המסחר והתעסוקה. הבדל זה נובע משינויים שנעשו במהלך השנים בסמכויות משרדי הממשלה השונים ובשמות המשרדים (ראו למשל: הודעה על חלוקת משרד, על העברת שטחי פעולה ממשרד למשרד ועל העברת סמכות הנתונה על פי חוק (י"פ התשס"ג 5175, 30.4.2003) וכן הודעה על העברת סמכויות הנתונות לפי חוק (י"פ התשע"ז 7394, 12.12.2016)). בנוסף, מכוח סעיף 22 לחוק עבודת נשים, הואצלה מעת לעת סמכות ה"שר" הרלוונטי באותה העת (שר העבודה, שר העבודה והרווחה, שר התעשייה המסחר והתעסוקה, שר הכלכלה, או שר הכלכלה והתעשייה) להתיר פיטורים מכוח סעיפים 9 ו-9א לחוק לידי גורמים שונים. כך, בחודש יוני 2008 הואצלה הסמכות למנהלת מינהל ההסדרה והאכיפה במשרד התעשייה המסחר והתעסוקה (י"פ התשס"ח 5815, 5.6.2008); בחודש דצמבר 2016 הואצלה סמכות שר הכלכלה והתעשייה הנתונה לו בין היתר מכוח חוק עבודת נשים לידי שר הרווחה והשירותים החברתיים. בנוסף, מעת לעת הואצלו הסמכויות האמורות לאנשים מסוימים. כך, ההחלטה העומדת בלב הליך זה, כפי שתובא בהמשך הדברים, ניתנה על ידי גבי לילך ביטון – "מרכזת בכירה חוק עבודת נשים" במשרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים, אשר סמכות השר לפי סעיפים 9 ו-9א לחוק עבודת נשים הואצלה אליה בחודש דצמבר 2012 (י"פ התשע"ג 6508, 4.12.2012).





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

בני הגנה. על מנגנון זה נכתב כי הוא מעניק "הגנה רבת עוצמה"⁷. סעיף 9 לחוק המקורי כלל שני תתי-סעיפים בלבד. האחד אסר על פיטורי עובדת בחופשת לידה או בימי העדרה מעבודה לפי אישור רפואי בתקופה בת ששה חודשים מתום חופשת הלידה. האחר התנה פיטורי עובדת בהריון בהיתר השר ואסר מתן היתר כאמור אם הפיטורים קשורים להריון. במשך השנים, נוכח תמורות חברתיות וכן נוכח התפתחויות בתחום הרפואה, נוספו לסעיף 9 לחוק עבודת נשים תתי-סעיפים נוספים, שהרחיבו את ההגנה מפני פיטורים והחילו אותה על נסיבות נוספות, חלקן נוגעות גם לעובדים, ובהן טיפולי פוריות. כך, סעיף 9(ה) לחוק נוסף בשנת 2001 ואסר על מעסיק לפטר עובדים שנעדרים מעבודתם בשל טיפולי פוריות, אלא בהיתר השר. ההגנה חלה בתקופת היעדרם מהעבודה וכן במשך תקופה של 150 יום לאחר תום היעדרותם. הגנה זו מוגבלת בזמן – היא לא חלה לגבי עובד או עובדת שחלפו שנתיים מהיום הראשון להיעדרותם. לשלמות התמונה יצוין כי הזכות להיעדר בשל טיפולי פוריות נוספה לחוק עוד בשנת 1990⁸, הן לגבי עובדת והן לגבי עובד⁹.

5. ביום 8.9.2005 ניתן פסק הדין בבג"ץ אשכנזי, שבו התעוררו חילוקי דעות בשאלה אם סעיף 9(ה) לחוק (כנוסחו באותה העת) חל על עובדים המצויים בטיפולי פוריות שלא נעדרו מעבודתם לשם כך, כדוגמת העותרת שם. השופטת (כתוארה אז) א' חיות, שהתוצאה שאליה הגיעה היתה בדעת רוב, השיבה על השאלה האמורה בשלילה והוסיפה כי הגישה, "שאינה דוגלת בהרחבת יתר של ההגנה מפני פיטורין המוקנית לעובדת (וגם לעובד) העוברים טיפולי פוריות, הגיונה עמה", שכן הרחבת האיסור על פיטורים מעבר לתקופה שקבע המחוקק "עלולה להפר את האיזון שבין זכויות העובדת (והעובד) לבין הפררוגטיבה של המעביד במקום העבודה... היא אף עלולה להשפיע לרעה על דפוסי העסקה של נשים בשוק העבודה..."¹⁰. השופט א' לוי סבר, מנגד, כי "אין הכרח בהיעדרות של ממש ממקום העבודה, ודי כי יוכח שטיפולי הפוריות גרמו לפגיעה בכושרו המקצועי של העובד, עד כי מעבידו לא יכול עוד להפיק ממנו את התועלת שהפיק קודם למתן הטיפולים"¹¹. השופט א' רובינשטיין, שהיה בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, הצטרף לשופט לוי, לעניין פירוש

⁷ בג"ץ אשכנזי בעמ' 307.

⁸ חוק עבודת נשים (תיקון מס' 10), התש"ן-1990 (ס"ח תש"ן, 1325).

⁹ ואמנם, בדברי ההסבר להצעת חוק עבודת נשים (תיקון מס' 21) (איסור פיטורים של עובד ועובדת העוברים טיפולי פוריות), התשס"א-2001, נכתב כי החוק בנוסחו לפני התיקון מאפשר לעובדים העוברים הליך טיפולי להיעדר מהעבודה אך לא אוסר על פיטוריהם בשל מימוש זכות זו ולפיכך נדרש התיקון.

¹⁰ בג"ץ אשכנזי, בעמ' 310.

¹¹ שם, בעמ' 315.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

הסעיף, וציין כי לדידו, "כ'היעדרות' יפורש גם שינוי ממשי בשעות העבודה על פי קביעה רפואית, היינו, כשישנו 'סממן של היעדרות' בתפקוד העובד או העובדת"¹².

6. בשנת 2010, בעקבות פסק הדין בבג"ץ אשכנזי, בא לעולם תיקון 45 לחוק עבודת נשים (להלן – תיקון 45)¹³, שבמסגרתו הוסף לחוק סעיף 9(ה)(3). בדברי ההסבר לתיקון 45 (להלן – דברי ההסבר לתיקון 45 או דברי ההסבר) הובא הרקע לתיקון – בבג"ץ אשכנזי – ונכתב כך¹⁴:

"הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה להבהיר את הדין החל במצבים מעין אלה. מוצע להרחיב את ההגנה מפני פיטורים הניתנת לעובדת ולעובד העוברים טיפולים כאמור, גם אם הם אינם נעדרים ממקום העבודה. כך, נוסף על ההגנה מפני פיטורים בשל היעדרות, תינתן הגנה גם לעובדת או עובד כאמור שאינם נעדרים באופן מלא או חלקי ממקום העבודה, בעת הטיפולים לקראת ילדם הראשון או השני, וכן במשך 150 ימים מעת תחילת טיפולי הפוריות או מעת תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי העניין.

.....

אחת ההגבלות כיום על ההגנה מפני פיטורים היא שלא חלפו שנתיים מיום ההיעדרות הראשון מעבודה אצל המעביד או במקום העבודה על בסיס הזכאות להיעדר. כיוון שההגנה מפני פיטורים בנסיבות כמוצע אינה מותנית בהיעדרות מעבודה, לא תחול לגביה ההגבלה האמורה. עוד מוצע לקבוע, הן לגבי ההכנה הקיימת כיום בסעיף 9(ה) לחוק והן לגבי הרחבתה כמוצע, כי השר לא יתיר את הפיטורים גם אם הפיטורים הם בקשר לטיפולים, ולא רק אם הם בקשר להיעדרות".

7. וזוהי, אם כן, לשון סעיף 9(ה) לחוק כנוסחה במועד הרלוונטי להליך דנן, כפי שהיא גם כיום (כולל תיקון נוסף שהוכנס בו בשנת 2014, במסגרת תיקון 51 לחוק¹⁵):

"(ה)1) לא יפטר מעסיק עובדת העוברת טיפולי הפריה חוץ גופית או עובד או עובדת העוברים טיפולי פוריות בימי העדרם מעבודה לפי סעיף 7(ג)4 או (ג)1, לפי העניין, או במשך תקופה של 150 ימים לאחר תום ימי ההיעדרות כאמור, אלא בהיתר מאת שר התעשייה המסחר והתעסוקה, ולא יתיר השר פיטורים כאמור אם הפיטורים הם, לדעתו, בקשר עם היעדרות כאמור או עם טיפולים כאמור; הוראת סעיף קטן זה תחול לגבי עובד או עובדת העוברים טיפולים כאמור בפסקה זו לקראת שתי לידות לכל היותר, בתקופת העסקתם אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה, ואם עברו טיפולים כאמור לקראת הולדת ילדים מבני זוג קודמים – גם לקראת שתי לידות עם בן הזוג הנוכחי;

12 שם, בעמ' 322.

13 ס"ח תש"ע, 2225, מיום 4.2.2010.

14 ה"ח תש"ע, 290, 2.12.2009.

15 ס"ח תשע"ד, 2436, מיום 5.3.2014. בתיקון זה נשמטו מהסעיף המילים "לקראת ילדם הראשון או השני" ובמקומם הוסף הנוסח המתייחס ל"שתי לידות" וכו'.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

- (2) הוראת פסקה (1) לא תחול על מעסיק, לגבי עובד או עובדת כאמור, שחלפו שנתיים מהיום הראשון להיעדרותם מעבודה אצלו או באותו מקום עבודה, לפי הפסקה האמורה;
- (3) הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה, או במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר, כפי שאישר הרופא המטפל בכתב, ובלבד שהעובדת או העובד, לפי העניין, הודיעו למעסיק על הטיפולים לא יאוחר משלושה ימי עבודה ממועד מתן ההודעה המוקדמת לפיטורים, ואם לא ניתנה הודעה מוקדמת לפיטורים – ממועד הפיטורים, ומסרו למעסיק אישור רופא כאמור בתוך 14 ימים מאותו מועד, לפי העניין; הוראות פסקה זו יחולו הן על עובדת או עובד קבועים והן על עובדת או עובד ארעיים או זמניים, ובלבד שעבדו אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה שישה חודשים לפחות; שר התעשייה המסחר והתעסוקה רשאי, בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, לקבוע סוגים של טיפולי פוריות שהוראות פסקה זו לא יחולו עליהם. (הדגשה הוספה – א.א.)

- סעיפים 7(ג)(4) ו-7(ג)(1) לחוק, הנזכרים בסעיף 9(ה)(1) הנ"ל, מאפשרים לעובדת ולעובד המצויים בהליך טיפולי (בהתאמה) להיעדר מעבודתם, בכפוף למתן הודעה מראש למעסיק ולאישור הרופא המטפל "כי הטיפול מחייב זאת ובמידה שאישר".
8. כפי שניתן לראות, סעיף 9(ה) לחוק כולל (עוד קודם לתיקון 45) שני סוגי הליכים טיפוליים: הפריה חוץ גופית (ביחס ל"עובדת" בלבד) וטיפולי פוריות (ביחס ל"עובד או עובדת") (כל אחד מסוגי טיפול אלה יכונה להלן – **הליך טיפולי**). עוד ניתן להבחין כי לאחר תיקון 45 כולל הסעיף התייחסות לשני מצבים: מצב שבו העובד או העובדת **נעדרים** מעבודתם בשל הליך טיפולי (סעיף 9(ה)(1) לחוק), ומצב שבו העובד או העובדת **אינם נעדרים** מעבודתם בשל הליך טיפולי (סעיף 9(ה)(3)).
- למען הנוחות נעשה מעתה שימוש בקיצורים הבאים ביחס להוראות אלו, כדלקמן:
- א. סעיף 9(ה)(3) לחוק יכונה גם – **הסעיף**;
- ב. עובד או העובדת ה**נעדרים** מעבודתם בשל הליך טיפולי ועניינם מוסדר בסעיפים 9(ה)(1) ו-9(2) יכוננו, לפי העניין – **עובדת נעדרת**, **עובד נעדר** וכיו"ב;
- ג. עובד או עובדת שאינם נעדרים מעבודתם בשל הליך טיפולי ועניינם מוסדר בסעיף 9(ה)(3) יכוננו, לפי העניין – **עובדת שאינה נעדרת**, **עובד שאינו נעדר** וכיו"ב.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

9. על פי הוראות סעיף 9(ה) לחוק, מעסיק המבקש לפטר עובדת נעדרת או עובדת שאינה נעדרת, נדרש לקבל היתר לפיטורים מהממונה. בפסיקה נקבע לעניין זה כך¹⁶:

"בקשת ההיתר לפיטורים היא בעלת ערך עצמאי. היא מהווה בקרה מינהלית-שלטונית על חוקיות הפיטורים, ובכך מקדמת ומונעת פגיעה בערך השוויון המגדרי במיוחד בנקודת זמן זו בו פגיעותו מוגברת. תוצאתה המעשית היא שלילת סמכותו של המעסיק לפטר את העובדת והעברתה לממונה שלו שיקול דעת אם להתיר את הפיטורים במקרה הקונקרטי... הממונה אינו בוחן רק את הקשר בין עילת הפיטורים להריון, ללידה או להורות ולהיעדרות בגינם, אלא הוא מעניק משקל גם לתכלית איסור הפיטורים על רקע ייחודיותן של תקופות אלה במעגל התעסוקה של העובדת. מכאן שתפקידו של הממונה הוא לשמש מעין גורם אובייקטיבי בהכרעת השאלה אם יש להתיר את הפיטורים בעת שבה הם מתבקשים." (הדגשה הוספה – א.א.)

ובהמשך¹⁷ –

"יש בהקפדה על הפרוצדורה של בקשת ההיתר לפיטורים ובהקפדה על הוגנות הליך קבלת ההחלטה של הממונה כדי לשפר את הסיכויים שההחלטה שתתקבל בעניינה של העובדת תהיה צודקת. יתרה מכך ייתכן שההליך עצמו אף ימנע מהאישה לפתח תחושה שהפיטורים נעשו ממניעים לא צודקים או שרירותיים, או על בסיס הפליה מטעמי הריון או הורות."

10. עוד יוזכר כי לצד ההגנה על מקום עבודתה של העובדת, מכיר חוק עבודת נשים גם בפררוגטיבה הניהולית של המעסיק כערך לגיטימי ובר הגנה. וכך נפסק לעניין זה¹⁸:

"ההוראות בסעיפים 9(א) ו-9(ג)(א1) בחוק עבודת נשים ניתנות להבנה על רקע ההכרה בזכות לעבוד ובפררוגטיבה הניהולית. מצד אחד הן מגבילות את כוח הפיטורים של המעסיק ומאפשרות לעובדת זכות טיעון לפני הממונה ובכך מגשימות את הזכות לעבוד ואת הזכות לשוויון. מצד שני הגבלת הפיטורים אינה מוחלטת שכן המעסיק יכול לפטר את העובדת אם קיבל היתר לכך מאת הממונה. בכך ניתן מקום גם לפררוגטיבה הניהולית של המעסיק."

11. לאחר שפרשנו את עיקרי המסגרת הנורמטיבית, נציג את העניין שהובא להכרעתנו.

עניינם של הצדדים לפנינו

12. העובדת החלה את העסקתה אצל המשיבה 2 (להלן – החברה) ביום 2.11.07¹⁹ כמאמנת בתחום ההתעמלות האמנותית של קבוצת הבוגרות במועדון הפועל ראשון

¹⁶ עניין סירטו, בסעיף 30 לפסק הדין.

¹⁷ שם, שם.

¹⁸ שם, בסעיף 31 לפסק הדין.

¹⁹ בפסק דינו של בית הדין האזורי נכתב התאריך 2.11.17. כמועד תחילת העסקתה של העובדת בחברה (סעיף 2 לפסק הדין), אלא שמכתבי הטענות של הצדדים ומהחלטת הממונה נראה כי התאריך הנכון הוא 2.11.07. בין כה ובין כה,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

לציון (להלן – המועדון). המאמנת הראשית והמרכזת של המועדון היא אמה של העובדת, גב' ילנה קופילנקו.

13. בחודשי הקיץ של שנת 2018 החלה להתגלע מחלוקת בין העובדת והחברה, הנוגעת לשאלת תפקוד העובדת ולשאלת ההשלכה של האיסור על העסקת קרובי משפחה באותה היחידה.

14. בהמשך לכך, במכתב החברה לעובדת מיום 5.11.18 נכתב, בין היתר, כי החברה "מעוניינת לאפשר לך להמשיך בעבודה במרכז אחר, והינך נדרשת בזה לשתף פעולה לשם כך... ככל שאת מסרבת לכך, עלייך להודיע על כך למרשתי לאלתר, אולם במקרה כאמור ו/או בהיעדר שיתוף פעולה מצידך, תיאלץ מרשתי לשקול את זימונך לשימוע לפני קבלת החלטה בדבר סיום עבודתך בחברה".

15. במכתב באות-כוח העובדת למנכ"ל החברה הנושא את התאריך 14.11.18 (ונשלח כפי הנראה ביום המחרת) נטען כי השינוי ביחס החברה לעובדת נובע משיקולים פוליטיים מסוימים ונדחו הטענות לתפקוד לקוי ולסוגיית קרבת המשפחה. ועוד נכתב כך:

"מרשתנו מבקשת אף לנצל את פנייתנו זו כדי להביא לידיעתך כי היא נמצאת בטיפול פוריות לקראת ילדה השני. בהתחשב בהוראות חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, הרי שאין אפשרות לסיום העסקתה של מרשתנו בתקופת טיפולי הפוריות, ולמותר לציין כי העברתה מתפקידה או איסור על המשך עבודתה במקום עבודתה היחיד והרגיל זה שנים כמוהו כפיטוריה..."

...

אישור רפואי על טיפולי פוריות מצורף למכתבי זה. נדגיש כי העובדה שמרשנו [כך במקור – א.א.] עוברת טיפולי פוריות זו אינה ידועה לאיש במועדון, זולת גב' קופילנקו [אם העובדת – א.א.], והנך נדרש לשמור על מידע זה בסודיות מוחלטת..."

...

לאור כל האמור לעיל, הנך נדרש לפעול לחדול את מחול השדים וההתנכלות הבלתי מוצדקת כלפי מרשתנו, ולהורות כי יש לאפשר לה להמשיך בעבודתה כסדרה, במיקום ובאופן כפי שבוצעה עד היום ובמשך שנים ארוכות."

למכתב זה צורף, כאמור בו, אישור רפואי הנושא את התאריך 15.11.18 ונכתב בו כי העובדת "נמצאת בטיפול פוריות... מזה כחודשיים נמצאת בתהליך טיפולי" (להלן – האישור הרפואי).

16. במכתב מיום 22.11.18 למנכ"ל החברה דרשו באות-כוח העובדת לאפשר לה לשוב לעבודה סדירה לאלתר, הוסיפו כי העובדת "בריאה וכשירה לעבודה, ואין כל

לפי שני התאריכים, במועדים הרלוונטיים הועסקה העובדת בחברה מעל לששה חודשים ועל כן הוראת סעיף 9(ה) לחוק חלה עליה.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

מניעה רפואית או אחרת המגבילה את עבודתה" וצירפו אישור רפואי נוסף (הגם שִׁמְחוּ על הדרישה לעשות כן). באישור זה, מיום 22.11.18, נכתב כי העובדת "נמצאת בטיפול פריזון, אין מניעה ממאמץ פיזי, אין הגבלה בעבודתה, כשירה לעבוד בשיגרה". אישור זה נשלח גם למנהלת אגף משאבי אנוש בחברה.

בקשת ההיתר והחלטת המרכזת

17. במכתב הנושא את התאריך 1.1.19, לאחר דין ודברים נוספים בין הצדדים בכתב ובעל פה שאין צורך לפרטם, פנתה החברה לממונה בבקשה לקבל היתר לפיטורי העובדת (להלן – **בקשת ההיתר**). הבקשה הופנתה למשרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים, אגף ההסדרה – תחום עבודת נשים וטופלה על ידי גבי לילך ביטון, מרכזת בכירה – חוק עבודת נשים (להלן – **המרכזת**). בבקשה נטען, בתמצית, כך: דבר טיפולי הפוריות של העובדת נודע לחברה לראשונה ביום 15.11.18; הרצון והצורך להעביר את העובדת מתפקידה התעוררו לפני כן וממילא אינם קשורים לטיפול הפוריות; לא ניתן לשמר מצב שבו העובדת ואמה עובדות באותו המקום והחברה מחויבת על פי דין לפעול לניתוק הכפיפות ביניהן; התעקשות העובדת ואמה על כך שאף לא אחת מהן תעבור למרכז ספורט אחר הופכת את המשך העסקת העובדת לאסורה על פי דין ואין מנוס אלא לקבל היתר לסיום עבודתה; סיום העסקת העובדת מתחייב גם בשל התנהלותה בפועל הן ביחס לבנות המתאמנות תחתיה והן כלפי החברה. לאור כל אלה ביקשה החברה לאשר לה בדחיפות "להביא לסיום עבודתה של העובדת... ככל שתעמוד בסירובה לעבוד לעבוד באולם/מרכז ספורט חלופי".

18. לאחר שהמרכזת שוחחה עם העובדת וזו העבירה את האישור הרפואי וציינה כי אינה נעדרת מעבודתה בשל הטיפולים, הודיעה המרכזת לחברה במכתב הנושא את התאריך 31.1.19 כי החליטה "לסגור את התיק", מן הטעם שבנסיבות העניין אין תחולה לחוק עבודת נשים וכלל אין צורך במתן היתר לפיטורי העובדת (להלן – **החלטת המרכזת**). החלטה זו עומדת בלב ההליך דנן ואלה עיקריה:

1. "מדובר בבקשת היתר לפיטורי עובדת בטיפול פוריות..."
2. העובדת החלה את טיפולי הפוריות בחודש ספטמבר 2018 (ראה אישור רפואי).
3. בהתייחס לגרסת המעסיק כי לחברה נודע לראשונה כי העובדת בטיפול פוריות במכתב שנשלח מטעם ב"כ העובדת ביום 15/11/18, ציינה העובדת כי עדכנה את הממונה הישירה על היותה בטיפול פוריות מתחילת הטיפולים (ראה תרשומת שיחה מיום 15/1/19).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

4. לציין כי במכתב מטעם ב"כ העובדת מיום 15/11/18, צוין כי העובדה שהעובדת עוברת טיפולי פוריות אינה ידועה לאיש במועדון, זולת הגב' קופילנקו, שהיא אימה של העובדת.
5. מכל מקום, לגרסת העובדת לא נעדרה מהעבודה ולא איחרה לעבודה לצורך הטיפולים.
6. להלן הוראות החוק בדבר טיפולי הפוריות – ...
[כאן מצוטטים סעיפים 9(ה)1-9(ה)3 המצוטטים בפתח פסק הדין – א.א.]
7. בנסיבות כפי שהובאו לעיל, עת נמצא כי חלפו 150 ימים ממועד תחילת טיפולי הפוריות (בהתאם לסעיף 9(ה)3), אין תחולה לחוק עבודת נשים ואין צורך במתן היתר לפיטוריה של העובדת."

19. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי ביום 3.2.19 זומנה העובדת לשימוע לפני פיטורים. השימוע התקיים ביום 14.2.19 וכן נערכה השלמת טיעון בכתב. העובדת והחברה חלוקים ביניהם (במסגרת הליך אחר שיוזכר בקצרה בהמשך) בשאלה אם אמנם העובדת פוטרה בעקבות השימוע או הוצאה לחל"ת, אולם אין זה ממין ענייננו. עוד יצוין ביום 5.2.19 פנתה העובדת למרכזת וטענה כי נדרש היתר לפיטוריה. טענתה נדחתה.

ההליך בבית הדין האזורי

20. ביום 14.3.19 הגישה העובדת לבית הדין האזורי ערעור על החלטת המרכזת בהתאם להוראת סעיף 13ד לחוק עבודת נשים. במסגרת הערעור שהוגש נגד המערערת (להלן – המדינה) והחברה (כמשיבה פורמאלית), ביקשה העובדת להורות על ביטול החלטת המרכזת ולקבוע כי בנסיבות העניין היה על החברה לקבל היתר לסיום העסקתה.
21. במקביל להגשת הערעור על החלטת המרכזת הגישה העובדת תביעה נגד החברה ובה התבקשו סעדים שונים ובהם חיוב החברה לשבץ את העובדת לעבודה כסדרה ופיצוי בגין פיטורים שלא כדין (סעי"ש 41115-03-19 הנדון אף הוא לפני השופטת הבכירה חנה טרכטינגוט). בהחלטת בית הדין האזורי מיום 3.12.19 עוכב הליך זה עד להכרעה בערעור דנן.
22. ושוב לענייננו. לא היתה מחלוקת שהעובדת לא נעדרה מעבודתה בחברה לצורך הטיפולים. המחלוקת התמקדה בשאלת הפירוש שיש ליתן לסעיף 9(ה)3 לחוק, שלמען הנוחות נציג בשנית את חלקיו הרלוונטיים לענייננו:

"הוראות פסקה (1) [האוסרות על פיטורי עובדים נעדרים ללא היתר הממונה – א.א.] יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה, או במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר..."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

23. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בבית הדין האזורי בפירוש התיבה "לפי המאוחר" שבסעיף. נקדים את המאוחר ונציין כבר עתה כי לטעמנו המחלוקת האמיתית נוגעת לחלק אחר בסעיף, וכפועל יוצא מכך המחלוקת בנוגע לתיבה "לפי המאוחר" היא מחלוקת משנית בלבד.

24. העובדת טענה כי את התיבה האמורה יש לפרש כמתייחסת אל המאוחר מבין שתי **התקופות** הללו: (א) תקופת הטיפולים או (ב) 150 הימים שלאחר מועד תחילת ההליך הטיפולי (להלן – **מועד תחילת הטיפול**), בין אם אלה טיפולי פוריות ובין אם אלה טיפולי הפריה חוץ גופית. לפי פירוש זה, אף אם חלפה תקופת 150 הימים שלאחר מועד תחילת הטיפול (להלן – **תקופת 150 הימים**), חלה החלופה של "בתקופת הטיפולים", שאף אינה כפופה למגבלת השנתיים הקבועה בסעיף 9(ה)(2) לחוק. מכאן ומאחר שבמועד החלטת המרכזת היתה העובדת בהליך טיפולי, היו פיטוריה טעונים היתר.

לשיטת העובדת, המרכזת פירשה את הסעיף כאילו התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת אל **סוג ההליך הטיפולי**, כלומר אל המאוחר מבין שתי האפשרויות הבאות: (א) טיפולי הפוריות או (ב) טיפולי ההפריה החוץ-גופית. העובדת טענה כי זהו פירוש שגוי מאחר שהוא מעניק לעובדת שאינה נעדרת ושהמעסיק לא נפגע מהיעדרויותיה, הגנה מצומצמת מאד, במיוחד ביחס לעובדת נעדרת, "**שלגביה מניין 150 הימים מתחיל באופן חוזר ונשנה לאחר כל סדרת טיפולים, מחזור טיפולים או סוג טיפולים, ועד לתקופה כוללת של שנתיים**". תוצאה זו, כך נטען, היא מעוותת ואבסורדית ואף לא מתיישבת עם לשון החוק ועם תכליתו, שכן כוונת המחוקק היתה להעניק לעובדת שאינה נעדרת הגנה שהיא לכל הפחות זהה לזו הניתנת לעובדת נעדרת, ולמעשה אף הגנה רחבה יותר – ללא מגבלת השנתיים הקבועה בסעיף 9(ה)(2) לחוק. העובדת נסמכה, בין היתר, על דברים שנאמרו בדיון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן – **הוועדה**) מיום 30.11.09 שדנה בתיקון 45.

בסיכומיה טענה העובדת לראשונה כי במועד שבו ניתנה החלטת המרכזת, טרם חלפה תקופת 150 הימים ועל כן גם לפי הפירוש שנתנה המרכזת לסעיף, היה מקום לקבוע כי פיטוריה טעונים היתר. עוד נטען בהקשר זה כי אף אם בשלב הדיון בבית הדין האזורי כבר חלפה תקופת 150 הימים, הרי שיש להורות למרכזת לדון בבקשת ההיתר לגופה, שאם לא כן, יתאפשר לממונה להימנע מדיון בבקשות היתר לגופן בשל עיכוב שנגרם בטיפול בהן בנימוק שממילא אין צורך בהיתר בשל חלוף התקופה המוגנת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

25. המדינה סברה שהחלטת המרכזת בדין יסודה ושהפירוש שנתנה לסעיף 9(ה) לחוק, שלפיו התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת לסוג ההליך הטיפולי (אם טיפולי פוריות ואם טיפולי הפריה חוץ גופית), הוא הפירוש המתבקש. לעמדת המדינה, בחוקקו את הסעיף לא התכוון המחוקק להעניק לעובדת שאינה נעדרת הגנה בלתי מוגבלת בזמן, מבלי לאזנה אל מול הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק; הגנת יתר שכזו עלולה להביא למצב שבו מעסיקים יימנעו מלכתחילה להעסיק נשים בגיל הפוריות מחשש שלא יוכלו לפטרן; פירוש העובדת לסעיף יוצר חוסר שוויון בין עובדת נעדרת הזכאית להגנה בת שנתיים, ובין עובדת שאינה נעדרת הזכאית, לפי שיטת העובדת, להגנה בלתי מוגבלת בזמן. המדינה הסתמכה בעניין זה על פסק הדין בעניין **מלכה**²⁰. ועוד טענה המדינה כי החלטת המרכזת סבירה ואל לו לבית הדין להתערב בשיקול דעתה.

אשר לטענת העובדת הנוגעת לחישוב תקופת 150 הימים טענה המדינה כי מדובר בהרחבת חזית, כי היה על העובדת להעלותה בפנייתה למרכזת וכי מאחר שבאישור הרפואי נכתב שההליך הטיפולי של העובדת החל "לפני כחודשיים", לא ניתן להצביע על תאריך מדויק למניין הימים.

פסק דינו של בית הדין האזורי

26. כאמור בפתח דברינו, בית הדין האזורי קיבל את ערעור העובדת על החלטת המרכזת. ההחלטה בוטלה, עניינה של העובדת הוחזר לפתחה של המרכזת ונקבע שעליה "לבחון את הבקשה לפיטורי [העובדת] לגופה וליתן החלטה לגוף העניין".

המדינה חויבה לשלם לעובדת הוצאות ושכ"ט עו"ד בשיעור כולל של 5,000 ₪.

27. וביתר פירוט: תחילה קבע בית הדין כי את החלטת המרכזת יש לבחון בראי המשפט המינהלי, על עילות ההתערבות המוכרות בו. ביישום אמות מידה אלה על נסיבות המקרה מצא בית הדין האזורי כי "הפרשנות שנתנה המרכזת להוראות סעיף 9(ה) לחוק עבודת נשים חורגת ממתחם הסבירות, אינה עולה עם לשון הסעיף, עם תכליתו ואינה צודקת, ולפיכך היא בטלה". וכך נימק בית הדין האזורי את מסקנתו:

א. לשון סעיף 9(ה) לחוק היא ברורה ועולה בקנה אחד עם הפירוש של העובדת. קרי, את המילים "לפי המאוחר" יש לייחס למאוחרת מבין שתי התקופות הללו: (א) תקופת הטיפולים אן (ב) תקופת 150 הימים. אילו היה הפירוש של המדינה מתקבל, נוסח הסעיף צריך היה להיות אחר.

²⁰ ע"ע (ארצי) 17-05-28754 בר – מלכה (17.7.2018) (להלן – עניין מלכה).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

ב. פירוש העובדת מתיישב עם דברי ההסבר לתיקון 45, שמהם "עולה במפורש כי ההגנה מפני פיטורים לעובדת שלא נעדרה מעבודתה בשל טיפולי פוריות ניתנה במהלך שתי חלופות לפי הארוכה יותר, בעת הטיפולים או 150 ימים לאחר מועד תחילתם".

ג. פירוש זה מתיישב אף עם תכלית הסעיף – לתת לעובדת שאינה נעדרת הגנה הדומה לזו המוענקת לעובדת נעדרת. "הגבלת ההגנה לעובדת שאינה נעדרת מהעבודה לתקופה של 150 ימים בלבד אינה מתיישבת עם תכלית זו, אינה מידתית ואינה סבירה. יש בכך כדי לתת תמריץ שלילי לעובדת אשר מוותרת על זכותה מכח חוק עבודת נשים להיעדר מעבודתה בכפוף לתנאי החוק לצורך טיפולי הפוריות, שכן עובדת הנעדרת לצורך טיפולי הפוריות זכאית להגנה בכל ימי היעדרותה במגבלה של שנתיים כעולה מסעיף 9(ה)(2)".

ד. בפסיקה של בתי הדין האזוריים נדחה הפירוש שעמד ביסוד החלטת המרכזת (פ"ה (אזורי חי') 30123-08-14 יגודייב – מדינת ישראל (7.10.2014); על"ח (אזורי ב"ש) 47083-06-17 פרי – אוניברסיטת בן גוריון בנגב (23.7.2018)).

ה. לאור האמור בדברי ההסבר נדחתה טענת המדינה שלפיה לא סביר כי ההגנה על עובדת שאינה נעדרת תחול ללא הגבלת זמן. אין מדובר בהגנת יתר ודווקא הפירוש של המרכזת לסעיף 9(ה)(3) לחוק מפלה עובדים שאינם נעדרים ביחס לעובדים נעדרים הזכאים להגנה בת שנתיים. גם אין מקום לטענת המדינה לפגיעה במעסיק כתוצאה מפירוש העובדת, משהגנת הסעיף נתונה לעובד שאינו נעדר ולכן אין פגיעה במעסיק כתוצאה מהיעדרותו, מה עוד שלמרכזת שיקול דעת אם להתיר את הפיטורים אם לאו מקום שהפיטורים אינם קשורים להליך הטיפולי או להיעדרות.

ו. פסק הדין בעניין מלכה התמקד באופן מניין תקופת 150 הימים שבחלופה השנייה בסעיף 9(ה)(3) – "טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית", ואילו העניין דגן עוסק בחלופה הראשונה – בתקופת הטיפולים.

28. לאור המסקנה שלפיה יש להעדיף את פירוש העובדת לסעיף ולבטל את החלטת המרכזת, לא נדרש בית הדין האזורי לשאלה אם אמנם חלפה תקופת 150 הימים.

הליך הערעור וטענות הצדדים במסגרתו

29. המדינה לא השלימה עם פסק הדין האזורי והגישה את הערעור דגן. במקביל הגישה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. העובדת, בתגובתה, הודיעה כי בין לבין הרתה בשעה טובה וכי לפיכך השאלה שבמוקד הערעור הפכה למעשה לתיאורטית.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

המדינה הודיעה כי אמנם לאור שינוי הנסיבות לא ניתן עוד לקיים את פסק הדין האזורי אופרטיבית והוסיפה כי על החברה, אם היא מעוניינת בפיטורי העובדת, להגיש בקשה חדשה להיתר. עם זאת עמדה המדינה על הערעור וביקשה הכרעה בשאלה המשפטית העקרונית שעולה בו.

30. בהחלטה מיום 19.12.19 נקבע כי "משהערעור מעלה לדיון מחד שאלה פרשנית של חוק עבודת נשים, הראויה לבוא בפני ערכאת הערעור, ומאידך קיים ספק אם יש תוחלת לביצוע פסק הדין לנוכח שינוי הנסיבות הכרוך בהריגה של [העובדת], מעוכב בזאת ביצוע של פסק הדין עד למתן פסק דין בערעור...".

31. ככלל, הן המדינה והן העובדת חזרו על הטענות שהעלו לפני בית הדין האזורי, תוך שכל אחת מהן סבורה שלשון סעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים ותכליתו, הנלמדת בין היתר מההיסטוריה החקיקתית שלו, תומכות בפירוש שהיא נותנת לסעיף. נביא בקצרה את עיקרי הדברים.

32. המדינה חוזרת על עמדתה כי "פרשנות תכליתית ונכונה של סעיף 9(ה)(3) היא שתקופת ההגנה על מי שלא נעדר מעבודתו מוגבלת אף היא וניתנת למשך של 150 ימים ממועד תחילת הטיפולים". לדידה, שגה בית הדין האזורי בכך שלא התייחס לדברים שנאמרו בוועדה, הנדרשים להבנת הפירוש הנכון שיש ליתן לתיבה "לפי המאוחר" שבסעיף, ובקבעו כי דברי ההסבר תומכים בעמדת העובדת. המדינה מדגישה כי הן מדברי ההסבר והן מהדיונים שהתקיימו בוועדה בעניין תיקון 45 עולה שלא היתה כוונה לתת לעובדת שאינה נעדרת הגנה בלתי מוגבלת וכי לפיכך נקבע הסעיף עם מגבלת זמן – 150 יום ממועד תחילת הטיפול. עוד נטען כי דווקא תקופת הגנה ממושכת מאד "עלולה להוביל לניצול זכות שלא בתום לב ולהתערבות שאינה סבירה ביחסי עבודה"; במקרה של עובדת שאינה נעדרת, המעסיק לא יודע על כך ומתאיין החשש לפיטוריה בשל הטיפולים – בניגוד לחשש הקיים במצב של עובדת נעדרת, ו"משכך נקבעה תקופת הגנה קצרה יותר במקרה של עובדים שלא נעדרו מעבודתם"; אין לנתק את הזיקה בין סעיף 9(ה)(1) ובין סעיף 9(ה)(3), לרבות לעניין התכלית; בית הדין קמא דחה ללא נימוק את טענות המדינה ביחס לצורך בהגבלת תקופת ההגנה על עובדים שאינם נעדרים; ההנחה היא שהיעדרות של עובדת המצויה בהליך טיפולי עלולה לפגום בעבודתה ולדרבן את המעסיק לפטרה, ועל כן ההגנה הניתנת לעובדים נעדרים היא מיוחדת ורחבה יותר; מתן הגנה בלתי מוגבלת בזמן אינה מתיישבת גם עם העובדה שהליכים טיפוליים יכולים להימשך זמן רב ואף שנים רבות; ההגנות הקבועות בחוק עבודת נשים מהוות סעד קיצוני משהן כוללות אכיפה של יחסי עבודה ולכן יש לתחום אותן בזמן; יחסי עבודה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

מבוססים על אמון הדדי ואין מקום להנחה שפירוש המדינה יוצר תמריץ להיעדר מהעבודה; פירוש העובדת נותן עדיפות בלתי מידתית לעובדים שאינם נעדרים ביחס לעובדים נעדרים והוא בלתי סביר; מנגנון היתר הפיטורים, מעבר לכך שהוא כרוך בהשקעת משאבים שאף אותם יש לקחת בחשבון, מהווה התערבות ביחסי העבודה ומצמצם את היכולת הניהולית של המעסיק ואין לקבל את הטענה שהוא מבטא את האיזון בין האינטרסים השונים; עובדת המצויה בהליך טיפולי ופוטרה בשל כך, יכולה, במצב שבו חוק עבודת נשים לא חל עליה, לתבוע סעדים שונים מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן – **חוק השוויון**), שקבועה בו גם סנקציה פלילית; פסיקת בית הדין הארצי בעניין **מלכה** משליכה ישירות גם על העניין דנן ובית הדין קמא לא הסביר את קביעתו שלפיה הרציונאל שנקבע שם לא משליך לעניין דנן; בית הדין קמא תמך את מסקנתו בפסיקה של בתי דין אזוריים שאינם בגדר הלכה מחייבת; הותרת פסק דינו של בית הדין האזורי על כנו היא למעשה שינוי מדיניות רוחבי שיצריך הקצאת משאבים נוספים ובחינה של עמדות הצדדים ליחסי העבודה דוגמת ארגוני מעסיקים וארגוני עובדים, אשר יושפעו משינוי המדיניות האמור.

33. לתמיכה בפירושה לתיבה "לפי המאוחר" מפנה המדינה לדברי דברי היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד בן שבת (להלן – **יועמ"שית הוועדה**), בדיון בוועדה, שם אמרה כך²¹:

"רק עוד הבהרה אחת: אנחנו מדברים על הגנה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי הפריה חוץ גופית, לפי המאוחר. הכוונה היא שאם העובדת קיבלה בהתחלה טיפולי פוריות ואחר כך נדרשת לקבל את טיפולי הפריה החוץ גופית, ההגנה ניתנת לה 150 ימים מיום שהתחילה את טיפולי הפריה החוץ גופית, זאת אומרת, המועד המאוחר מבין המועדים האלה. שיהיה ברור למה אנחנו קובעים את ההוראה הזאת".

34. לתמיכה בעמדתה שלפיה לא סביר שאין הגבלה של ההגנה הניתנת לעובדים שאינם נעדרים מפנה המדינה לדברים הבאים:

א. דברי ח"כ אורית נוקד (בהיותה סגנית שר התעשייה המסחר והתעסוקה המופקד על חוק עבודת נשים) בכנסת²²:

"ההגנה שתינתן לעובד או לעובדת שעוברים טיפולי פוריות כאשר ימחק תנאי היעדרות היא רחבה מאוד בהשוואה למצב הקיים, כי ההגנה ניתנת היום לתקופה מקסימלית של שנתיים מיום תחילת היעדרות. כדי שהתיקון לחוק יהיה מאוזן, יש צורך לבחון את תחום

²¹ פרוטוקול ישיבה מס' 185 של הוועדה, מיום 11.1.2010 (להלן – פרוטוקול 185 בוועדה).

²² פרוטוקול ישיבה מס' 58 של מליאת הכנסת (דיון מוקדם בתיקון 45) (להלן – פרוטוקול 58 בכנסת).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

ההגנה שיזכו לה עובד או עובדת שעוברים טיפולי פוריות, בדומה להגנות הקבועות בחוק במקרה של פיטורי עובדת בהריון או פיטורי עובדת שיוצאת לחופשה ללא תשלום לאחר הלידה, שניתנת בהתאם לוותק של העובדת אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה".

ב. דברי נציגת משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, גב' דבורה אליעזר, בעת הדיון בוועדה²³:

"אנחנו חושבים שכן צריך לקבוע בסעיף מנגנון של לצמצם את התחולה ככה שמצד אחד תינתן ההגנה, ומצד שני לא ירתיע מעסיקים מלהעסיק נשים בגיל הפוריות בגין החשש שמא העובדת הזו תעבור טיפולי פוריות ויהיה אסור לפטר אותה".

ג. דברי יועמ"שית הוועדה²⁴:

"אבל צריך לזכור שכנגד זה אנחנו נותנים הגנה מאוד רחבה, לא רק בזמן טיפולי הפוריות. זאת אומרת, אם אישה צריכה לקחת את הכדור הזה פעם בחודש במשך 3 חודשים, ובכל אחד מהחודשים האלה היא מקבלת עוד 150 ימים הגנה מפני פיטורים, זאת הגנה מאד רחבה".

לעמדת המדינה, מכאן עולה כי המחוקק ראה צורך להגביל את תקופת ההגנה גם לגבי עובדים שאינם נעדרים, על מנת לאזן בין ההגנה על העובדים ובין הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, כמו גם למנוע הגנת יתר. בנוסף, בדברים משתקפת העובדה שטיפולי פוריות, בניגוד להריון, אינם מוגבלים בזמן ומשכם לא קבוע.

35. העובדת תומכת בפסק דינו של בית הדין האזורי וחוזרת אף היא על הטענות שהעלתה בפניו. כך, בתמצית: לפי עמדת המדינה, זכאית עובדת שאינה נעדרת להגנה בת 5 חודשים לכל היותר, לעומת הגנה בת שנתיים שלה זכאית עובדת נעדרת; עמדת המדינה יוצרת תמריץ לעובדת המצויה בהליך טיפולי להיעדר מעבודתה על מנת לזכות בהגנה ממושכת יותר; יש ליתן יותר משקל לדברי חברי הכנסת בוועדה, בהיותם "המחוקק", מאשר לדברי היועצים המשפטיים שלה; מהדברים בוועדה, גם של יועמ"שית הוועדה, עולה כוונה ברורה ליצור שוויון אמיתי ומהותי בין עובדת נעדרת ובין עובדת שאינה נעדרת, ולא לתחום בזמן את ההגנה הניתנת לעובדת מהסוג האחרון; האיזון בסעיף 9(ה)(3) לחוק, בין ההגנה על העובדת ובין הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, בא לידי ביטוי בקביעת תקופת ותק בת 6 חודשים לפחות אצל המעסיק כדי לזכות בהגנה; בנוסף, הסעיף אינו אוסר על פיטורים באופן גורף וניתן לקבל היתר מהממונה; פירוש המדינה לסעיף מרוקן מתוכן את התיבה "בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה" המכוונת

²³ פרוטוקול מס' 138 של הוועדה, מיום 30.11.2009 (הכנה לקריאה הראשונה) (להלן – פרוטוקול 138 בוועדה).

²⁴ פרוטוקול 185 בוועדה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

להגנה לכל תקופת הטיפול; אין יסוד לטענה שלפיה נדרשת הגנה רחבה יותר דווקא לגבי עובדת נעדרת; הפניית המדינה לסעדים שונים שיכולים להינתן במסגרת חוק השוויון אין בהם כדי להצדיק את הפירוש שלה לסעיף.

36. החברה תומכת בעמדת המדינה. לדבריה, לפי כללי השפה העברית, התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת בהכרח לחלק האחרון במשפט שקדם לה ולא לתחילת המשפט. כמו כן, פירוש העובדת מותיר את החלופות "תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית" ללא התייחסות באשר ליחס ביניהן וזו תוצאה בלתי סבירה. עוד נטען כי אין מקום ליתן הגנה "כה אקטיבית ויוצאת דופן" לעובדת שאינה נעדרת, "שכן הטיפולים לא יוצרים בעיה מבחינת מקום העבודה ו/או מבחינת ביצוע התפקיד על ידי העובדת".

עמדת שדולת הנשים והתייחסות הצדדים אליה

37. ביום 8.1.2020 ביקשה שדולת הנשים בישראל (להלן – השדולה) להגיש עמדתה בהליך, כ"ידיד בית משפט". בהחלטה מיום 20.1.2020 התאפשר לשדולה להגיש עמדתה בהליך ולצדדים ניתנה האפשרות להתייחס לעמדתה במעמד הדיון בערעור. השדולה תומכת בעמדת העובדת שלפיה החלטת המרכזת אינה כדין. ואלה הם עיקרי עמדתה:

- א. צדק בית הדין קמא בקבעו כי ההגנה הנתונה בסעיף 9(ה)(3) לחוק חלה על עובדת שאינה נעדרת הן בתקופת הטיפול והן בתקופת 150 הימים.
- ב. מבחינה לשונית, הפירוש שניתן על ידי העובדת והפירוש שניתן על ידי המדינה לתיבה "לפי המאוחר" שבסעיף הם אפשריים. יתר על כן, לטענת השדולה אפשרי פירוש שלישי שלפיו התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת לכל התקופות שפורטו קודם אליה. מכל מקום, כך לטענתה, לשם הכרעה בהליך זה אין כל משמעות להכרעה בשאלה אם יש להעדיף את פירוש העובדת או את פירוש המדינה, שהרי גם אם תתקבל עמדת האחרונה, שלפיה את התיבה "לפי המאוחר" יש לייחס לסוגי הטיפול – טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית – אין בכך כדי לאיין את ההגנה הנתונה לעובדת במסגרת "תקופת הטיפולים".
- ג. אף מבחינת תכלית החקיקה יש להעדיף את פירוש העובדת. חוק עבודת נשים נועד ליתן הגנה לנשים עובדות בנסיבות כגון הריון ולידה, שבהן מתעצמים הקשיים שנשים חוות ממילא בשוק העבודה. לשם כך קבע המחוקק הגבלות





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

שונות בנוגע לפיטורי עובדת בנסיבות שונות, שעיקרן דרישה לקבלת היתר הממונה לפיטורים.

מבחינת התכלית הסובייקטיבית, עם "הגברת מספר טיפולי הפוריות" והרצון לעודד ילודה, החליט המחוקק לתת לעובדים המצויים בהליך טיפולי הגנה מפני פיטורים, בדומה לזו הניתנת לעובדות בהריון. הגנה זו מטרתה גם להגן עליהם מפני פיטורים הנובעים מפגיעה זמנית בכושר התפקוד שלהם. מדברי ההסבר לתיקון 45 עולה בבירור כי ההגנה הקבועה בסעיף נועדה לחול הן בתקופת הטיפוליים והן בתקופת 150 הימים, וללא מגבלת השנתיים הקבועה בסעיף 9(ה)(2) לחוק. האבחנה שעשה המחוקק בין עובדים נעדרים לעובדים שאינם נעדרים איננה מקרית, שכן להיעדרות של עובדים²⁵ יש השפעה גדולה על העבודה ועל המעסיק ולכן רק לגבי עובדים נעדרים נדרשת הגבלת תקופת ההגנה. הכוונה להעניק הגנה נרחבת לעובדים שאינם נעדרים ולא לתחום אותה בזמן עולה במובהק גם מפרוטוקול הדיון מיום 30.11.09 בוועדה. עוד עולה מהפרוטוקולים של הוועדה כי לצד ההגנה הרחבה לעובדים שאינם נעדרים הוחלה הגנה זו רק לאחר 6 חודשים העסקה ובכך בא לידי ביטוי האיזון בין זכויותיהם ובין חובותיהם של עובדים כאמור.

מבחינת התכלית האובייקטיבית של החקיקה – חזקה שהמחוקק מתכוון בדבר החקיקה להגשים את מטרות השיטה, להשיג צדק, תוצאות סבירות והרמוניה חקיקתית. פירוש המדינה לסעיף אינו מתיישב עם תכלית זו משום שהוא יוצר הפליה בין עובדים נעדרים לעובדים שאינם נעדרים, יוצר תמריץ שלילי לעובדים העוברים הליך טיפולי להיעדר מעבודתם על מנת לקבל הגנה רחבה יותר וגורר פגיעה בפרטיות עובדים שאינם נעדרים (שייאלצו לחשוף את דבר הטיפוליים כדי לזכות בהגנה).

ד. הגנת הסעיף אין פירושה איסור פיטורים לעד. ראשית, משום שטיפוליים פוריות לא נמשכים לנצח וכעולה מהדיונים בוועדה "שנתיים הן זמן סביר" לכניסה להריון. שנית, הגנת הסעיף משמעה שמעסיק המבקש לפטר עובדת שאינה נעדרת נדרש לקבל היתר מהממונה. על פי הנתונים שבידי השדולה, כ-10% בלבד מבקשות המעסיקים לפיטורים (לא רק ביחס לעובדים העוברים הליך טיפולי) נדחות, כך שאין לחשוש מפני השלכות רוחב והגנת יתר.

²⁵ לפי הוראות תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופרייון), התשנ"א-1990, רשאים עובדים בהליך טיפולי להיעדר מהעבודה עד 64 ימים בשנה ועד 128 ימים בשנתיים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

ה. יש להקפיד על ההגנה הניתנת בחוק מאחר שבניגוד לעמדת המדינה, יתר אמצעי האכיפה – הפליליים והמינהליים הקבועים בחוק השוויון – אינם מספקים. אכיפה פלילית כלל אינה עומדת לרשות העובדת הנפגעת ומדו"ח מנהל ההסדרה והאכיפה לשנת 2018 עולה כי כמעט לא נעשה שימוש באמצעים הללו – בכל שנת 2018 ניתנה התראה אחת בלבד, הוטלו 7 עיצומים כספיים בלבד ולא הוגש אפילו כתב אישום אחד בגין עבירה על חוק עבודת נשים. לחוק זה ולחוק השוויון רציונאליים שונים. בעוד שחוק השוויון מטרתו ליתן סעד מפני פיטורים שלא כדין לאחר שאלה כבר נעשו, מטרתו של חוק עבודת נשים היא למנוע את הפיטורים, אלא בהיתר.

38. ככלל, במסגרת הדיון בערעור חזרו הצדדים על עמדותיהם. בא כוח המדינה ניסה להסביר, במענה לשאלת בית הדין, איך פירוש המדינה מתיישב עם המילים "בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה" שבסעיף 9(ה)(3) לחוק, וציון, בין היתר, כי "כנראה יש סרבול בסעיף" אך יש ליתן לו פרשנות תכליתית. לעמדתו, לפי פירוש העובדת שאומץ על ידי בית הדין קמא, הסיפה של הסעיף מיותרת, שהרי אם ההגנה היא לכל תקופת הטיפולים ממילא נכללת בה תקופת 150 הימים. באת כוח העובדת הדגישה כי ההגנה שבסעיף 9(ה)(3) לחוק אינה לשנים רבות, משום שההליך הטיפולי הממוצע נמשך כשנתיים והוסיפה כי בכל מקרה אפשר לפנות לממונה בהליך פשוט וזו מאשרת את הפיטורים ב-90% מהמקרים. לדבריה, כשמדובר בעובדים שאינם נעדרים הסיכוי לקבל היתר מהממונה אף גדל משום שלרוב המעסיק לא יודע שהעובד מצוי בהליך טיפולי ולכן לא מתקשה להפריך קשר סיבתי בין עובדה זו לפיטורים.

דיון והכרעה

39. יצוין תחילה כי בנסיבות העניין, נוכח שינוי הנסיבות בשל הריונה של העובדת, הפך הליך הערעור בעניינה במידה רבה לתיאורטי. יחד עם זאת, לאור השאלה המשפטית העקרונית שעלתה בו, שהיא בעלת חשיבות רבה והשלכות החורגות במידה משמעותית מעניינה המסוים של העובדת, ומאחר שמבחינה מעשית סוגיה ממין זה, שבו נתקף ההליך המינהלי תקיפה ישירה, הופכת לרוב לתיאורטית במועד הדיון בה (קל וחומר בערכאת הערעור) – ראינו לנכון להוסיף ולדון בו על מנת להעמיד הלכה על מכונה²⁶.

²⁶ השו: ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, בסעיף 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (25.8.2014); ע"מ 1137/04 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' ליבנד (24.11.2005).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

40. לאחר שעיינו בכלל החומר הרלוונטי ובטענות הצדדים לפנינו בכתב ובעל פה, הגענו למסקנה כי צדק בית הדין האזורי בקבעו כי יש לבטל את החלטת המרכזת. יחד עם זאת, דרכנו לתוצאה זו שונה, כפי שנבאר להלן.
41. בפתח הדברים נציין כי בית הדין האזורי בחן את הפירוש שנתנה המרכזת לחוק בראי של ביקורת על החלטה מינהלית. לדידנו אין לבחון את הפירוש שהמרכזת, ולמעשה המדינה, טוענת לו כהחלטה מינהלית, קרי בראי הסבירות וכיו"ב שאלות מתחום המשפט המינהלי. שכן, ביקורת שיפוטית של שיקול הדעת המינהלי נעשית במקרים שבהם אכן הופעל שיקול דעת שכזה, ואילו בענייננו החלטת המרכזת קובעת למעשה, על יסוד הפירוש לחוק, כי היא אינה מוסמכת לדון בעניינה של העובדת ולפיכך כלל לא הפעילה שיקול דעת מינהלי. עסקינן אפוא בשאלה משפטית גרידא – פירוש הוראת חוק – סעיף 9(ה)(3) לחוק – ומשכך יש לבחון את טענות הצדדים בראי הכללים לפירוש חקיקה²⁷.

פירוש דבר חקיקה - כללי

42. כאמור, במוקד הערעור שלפנינו – פירוש הוראת חוק. "פרשנות החוק עניינה מתן מובן לחוק, כלומר – קביעת תוכנו של החוק והיקף התפרסותו"²⁸. לעולם נקודת המוצא היא הלשון של דבר החקיקה, ו"מטרת הפרשנות היא להבין את הלשון וגבול הפרשנות הוא גבול הלשון"²⁹. מלאכת הפרשנות מוטלת על בית הדין והיא נעשית בהליך דו שלבי: "בשלב הראשון - יש לאתר את כל המשמעויות שלשון הטקסט יכולה לאצור, קרי אלה שיש להן נקודת אחיזה – ולו מינימאלית – בלשון החקיקה", ובשלב השני - יש לאתר את תכליותיו של דבר החקיקה ולבחור מבין כל האפשרויות הפרשניות שאותרו את הפרשנות אשר מגשימה תכליות אלה באופן המיטבי ביותר'. ... המעבר מהשלב הראשון לשלב השני יעשה רק כאשר לשון הטקסט יכולה לסבול כמה משמעויות"³⁰ (הדגשה הוספה – א.א.).
- כאמור, לשון החוק היא נקודת המוצא וככלל יש לפרש אותה לפי מובנה הטבעי, היום-יומי והרגיל³¹. אלא שלעתים, בין אם בשל מגבלות הטבעיות בלשון ובין אם בשל אופן ניסוח הטקסט, "נוצר מרחב תמרון", שבו לאותו דיבור מיוחסות

בסעיף 31 לפסק הדין וההפניות שם. לפסיקה בסוגיה ראו גם: עב"ל (ארצי) 33838-02-17 המוסד לביטוח לאומי – פלוגית, בסעיפים 35 – 37 לפסק הדין (ניתן ביום 13.1.2020, הותר לפרסום ביום 21.1.2020).
 השוו: ע"ע (ארצי) 7758-10-11 משטרת ישראל – בהג'ת, בסעיפים 31-32 לפסק הדין (1.1.2014).
 א' ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית, בעמ' 33 (להלן – ברק).
 שם, בעמ' 225.
 עב"ל (ארצי) 28017-10-18 המוסד לביטוח לאומי – קרפלו, בסעיף 44 לפסק הדין (15.1.2020).
 ע"ע (ארצי) 20139-09-15 מכבי שירותי בריאות – קוצ'ינסקי, בסעיף 66 לעמדת הח"מ (26.6.2018).

27
28
29
30
31



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

משמעויות שונות³² ועולה הצורך בפרשנות. פרופ' אהרן ברק מונה את ריבוי המשמעויות עם המקרים המצריכים פרשנות בשל מגבלות הלשון. כך גם במקרה שלפנינו, שבו בסעיף 9(ה)3 לחוק יש **"רב-משמעות סינטקטית"**³³, כלומר רב-משמעות של המשפט הנובעת ממבנה המילים בו או הסדר שלהן בתוכו. פרופ' ברק מביא דוגמה לכך, שכבדרך אגב ממחישה את הבעייתיות המובנית, כפי שעולה אף בעניין שלפנינו, בשימוש במילה "או":

"הפסוק 'מוסדות או תאגידים לצרכי ציבור' הוא רב-משמעי, שכן הוא עשוי להתפרש באחד משני האופנים הבאים: 'מוסדות לצרכי ציבור או תאגידים לצרכי ציבור', או 'מוסדות, או תאגידים – לצרכי ציבור'."³⁴

במקרים כאלה ניתן לעתים קרובות להסיר את רב המשמעות על ידי בחינת ההקשר של דבר החקיקה שאותו יש לפרש; הן ההקשר הפנימי, כלומר **"הפסוקים האחרים המצויים 'בקרבת' הפסוק המתפרש"**, והן ההקשר החיצוני, הכולל, בין היתר, את ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה ואת עקרונות היסוד של השיטה. הקשרים אלה מסייעים לחשיפת תכליתו של דבר החקיקה, ובכך לסייע להגשמתו, וזוהי מטרת הפרשנות במשפט.

43. אם כן, מבין הפירושים השונים שלשון החוק יכולה לשאת, יש להעדיף את זה המגשים את תכלית דבר החקיקה בצורה הטובה ביותר. וכך כותב על כך פרופ' ברק:

"שיקולים של דמוקרטיה... מחייבים, כי בפרשנות החוק יתן השופט ביטוי לרצון המחוקק, כלומר לתכלית שהמחוקק ביקש להשיג ולמטרה אותה שאף להגשים... חובתו של השופט היא ליתן ביטוי לדבר המחוקק כפי שמצא ביטוי בחוק... אין ליתן למילות החוק משמעות שמבחינה לשונית היא בלתי אפשרית. המחוקק חוקק את החוק תוך שימוש במילים מסוימות. מילים אלה קובעות את המקסימום ואת המינימום לכל פרשנות אפשרית"³⁵ (הדגשה הוספה – א.א.).

ובהמשך –

"לעתים יש לחוק כמה תכליות... השופט צריך להתחשב, בגיבוש תכלית החקיקה, לא רק בתכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק ההיסטורי, אלא גם בתכלית האובייקטיבית שהחוק צריך להגשים בחברה הדמוקרטית בת זמננו... ההנחה הפרשנית הינה, כי כל נורמה משפטית נועדה להגשים את עקרונות-היסוד של השיטה..."³⁶

32 ברק, בעמ' 231.

33 שם, בעמ' 234.

34 שם, שם.

35 שם, בעמ' 274 – 277.

36 שם, בעמ' 289 – 290 ו-301.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

44. על יסוד כללי פרשנות אלה נעבור לבחון מהו הפירוש הראוי לסעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים.

פירוש הסעיף

45. זהו החלק של הסעיף – סעיף 9(ה)(3) לחוק, הרלוונטי לענייננו:

"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה, או במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר..."

המחלוקת, הלכאורה מרכזית, בין הצדדים היא בשאלה על מה מוסבת התיבה "לפי המאוחר" שבסוף הקטע המצוטט. המחלוקת המשמעותית יותר היא תכליתו של הביטוי "בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה". לפיכך, נתחיל ממחלוקת זו.

א. "בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה" – מדוע נכללו מילים אלו בסעיף?

46. בעוד העובדת והשדולה סבורות כי ההגנה משתרעת על כל תקופת הטיפול, אף אם חלפו 150 הימים שמתחילת ההליך הטיפולי – יהא אשר יהא, המדינה סבורה כי ההגנה משתרעת רק על תקופת 150 הימים של המאוחר מבין סוגי ההליך הטיפולי, ותו לא. העובדת והשדולה מבססות את טענתן על התיבה "בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה". בעוד שהמדינה טוענת לפירוש שתוצאתו אחרת, שלא ברור בסיסו הלשוני (קרי, מדוע נכללו המילים הנ"ל בסעיף).

47. להבנת המחלוקת נחלק את הסעיף לפסקאות הבאות:

"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, (להלן – החלק הראשון של הסעיף)

בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה, או במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר..." (להלן – החלק השני של הסעיף)

48. העובדת והשדולה טוענות כי הפירוש שהמדינה טוענת לו יכול לעלות על הדעת רק אם גורעים מהסעיף את המילים "בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה, או" מהחלק השני של הסעיף, כך שהסעיף כולו נקרא על ידיה כך: "הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר...". לפי גישה זו של המדינה, החלק השני של הסעיף (שלמעשה נשמטות ממנו שש מילותיו הראשונות) עונה על השאלה באיזה תקופות יחולו על "עובדת או עובד שלא נעדר מעבודה" הוראות פסקה (1). לשיטת העובדת והשדולה, ברי כי תוצאה פרשנית זו הנדרשת למחיקתן של מילים מהסעיף אינה אפשרית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

49. יש אפשרות נוספת להבין את עמדת המדינה, אף היא כרוכה בהשמטת מילים וסימני פיסוק מלשון הסעיף. לדידנו, ייתכן שהמדינה קוראת את הסעיף תוך השמטת הפסיק שבסוף החלק הראשון של הסעיף וה"או" הראשונה בחלק השני של הסעיף, כלומר כך: **"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה, במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר..."**. לפי גישה זו, ההוראה בחלק השני של הסעיף עונה על השאלה באיזה תקופות ה"עובדת או עובד" "לא נעדרו מעבודה". אלא שגם תוצאה פרשנית זו הנדרשת למחיקת מילה מהסעיף – המילה "או" – ולכן אינה אפשרית.

50. לטעמנו, מבחינה לשונית אין דרך סבירה לקרוא ולהבין את הסעיף מבלי להחיל את ההגנה הקבועה בו גם בתקופת הטיפולים, יהא משכה אשר יהא. לא בכדי התקשינו לרדת לסוף דעתה של המדינה באשר לאופן שבו יש לקרוא את לשון הסעיף, כך שיעלה ממנו הפירוש המבוקש על ידה – כי ההגנה לא תשתרע גם על תקופת הטיפולים. מובנן הטבעי של המילים **"בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה, או"** בקריאתן עם הסעיף כולו, הוא כי הוראות סעיף 9(ה)(1) לחוק, לרבות הצורך בקבלת היתר הממונה לפיטורים, חלות – לגבי עובדים שאינם נעדרים – גם בתקופת הטיפולים וגם בתקופת 150 הימים. לפיכך, באופן מעשי, עובדת שאינה נעדרת, שסיימה את תקופת 150 הימים (שנספרים מתחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר) אך עודנה מצויה בהליך טיפולי – יחולו עליה הוראות סעיף 9(ה)(1) לחוק.

51. תמיכה למסקנתנו ניתן למצוא גם בסעיף 14(א)(11) לחוק עבודת נשים (להלן – **סעיף העונשין**). סעיף זה קובע כך (החלוקה של ס"ק (11) לפסקאות היא לנוחות הקורא):

"(א) מי שעשה אחד מאלה, דינו – מאסר שישה חודשים או כפל הקנס האמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977...:

...

(11) פיטר, בלא היתר,

עובדת או עובד שעברו טיפולי פוריות או טיפולי הפריה חוץ-גופית, לפי העניין, לקראת שתי לידות, בימי היעדרם מעבודה לפי סעיף 7(ג)(4) או (1), או במשך תקופה של 150 ימים שלאחר תום ימי ההיעדרות כאמור, בניגוד להוראות סעיף 9(ה)(1),

או עובדים כאמור שחלה הגבלה על פיטוריהם בתקופת הטיפולים או במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת הטיפולים, בניגוד להוראות סעיף 9(ה)(3);

"... (הדגשה הוספה – א.א.)"



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

הסיפה של סעיף העונשין (הפסקה המודגשת), העוסק בסעיף 9(ה)(3), מבחין בצורה ברורה מאד (וכנראה בניסוח חד משמעי יותר ומסורבל פחות מאשר הניסוח של סעיף 9(ה)(3)) בין עובדים שחלה הגבלה על פיטוריהם – (א) בתקופת הטיפולים או (ב) בתקופת 150 הימים. זאת כפי הפירוש שנותנת העובדת לסעיף 9(ה)(3). סעיף העונשין נוסף לחוק עבודת נשים במסגרת תיקון 45, אותו התיקון ממש שבו נוסף לחוק סעיף 9(ה)(3). לפי העיקרון הפרשני שלפיו יש ליתן להוראת חוק את הפירוש המקיים הרמוניה בין יתר דברי החקיקה, ודאי כאלה המצויים באותו חוק, ודאי וודאי כאלה שנוספו באותו הליך חקיקה ממש, יש לומר כי לסעיף 9(ה)(3) ולסעיף העונשין יש ליתן את אותו הפירוש³⁷. בהתאם לכך ומשהוראת סעיף העונשין אינה משתמעת לשתי פנים, ועולה ממנה במובהק כי ההגנה חלה ביחס לשתי תקופות – (א) תקופת הטיפולים (ב) תקופת 150 הימים – יש ליתן גם לסעיף 9(ה)(3) משמעות זהה המעניקה הגנה בשתי התקופות בהתאמה.

52. מסקנה זו, שלפיה הוראות סעיף 9(ה)(1) לחוק חלות – לגבי עובדים שאינם נעדרים – גם בתקופת הטיפולים וגם בתקופת 150 הימים, נתמכת גם מעיון מעמיק בהליך החקיקה כולו שהוביל לתיקון 45. אמנם, כטענת המדינה, בדיון המוקדם במליאת הכנסת עמדה נציגת הממשלה, סגנית שר התמ"ת, חה"כ אורית נוקד, על כך שההגנה המוצעת בתיקון 45 לעובדים שאינם נעדרים היא "רחבה מאוד בהשוואה למצב הקיים", והציעה, כדי שהחוק יהיה מאוזן, לתחום את ההגנה בדומה להגנות הקבועות בחוק במקרה של פיטורי עובדת בהריון או יוצאת לחל"ת אחרי חופשת לידה, "שניתנות בהתאם לוותק של העובדת אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה". לפיכך התנתה את תמיכת הממשלה בחוק בתיאום נוסח החוק עם משרדי הממשלה. אלא שהמשך הליך החקיקה, כמו גם המילים המודגשות לעיל, מצביעים על כך שהממשלה נתנה הסכמתה לנוסח החוק, והאיזון – בניגוד לעמדת המדינה כיום – בא על תיקונו באמצעות הוספת סייג לתחולת ההגנה, כך שתחול רק על עובדים שאינם נעדרים בעלי ותק של ששה חודשים לפחות (להלן - **סייג ששת החודשים**).

המחלוקת העיקרית בהמשך הליך החקיקה התייחסה בעיקר לשאלה מתי יידרשו עובדים שאינם נעדרים להודיע למעסיק על דבר הימצאותם בהליך הטיפולי ומתי יידרשו להציג אישור רפואי התומך בכך. כמו כן, התקיים דיון באפשרות לקבוע בחקיקת-משנה סוגים של טיפולי פוריות שבגינם תינתן ההגנה, תוך הבעת עמדה

³⁷ ראו בהקשר זה גם אזכור של תיקון הוראת העונשין שבסעיף 14 לחוק עבודת נשים בפרוטוקול 185 בוועדה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

שאם מדובר "רק" בעובדת הנדרשת למדוד חום מדי יום, אין מדובר בהליך טיפולי המצדיק הגנה³⁸. שאלה נוספת שעלתה התייחסה לאפשרות שבה מעסיק כלל לא יידרש לקבל היתר הממונה לפיטורי עובדת שאינה נעדרת במצב שבו במועד החלטתו לפטר אותה הוא כלל לא ידע על היותה בטיפולי פוריות³⁹.

יתר הדברים שנאמרו במסגרת הליך החקיקה תומכים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, בעמדת העובדת, הן במובן זה שהכוונה היתה ליתן הגנה גם בתקופת הטיפולים וגם בתקופת 150 הימים, והן במובן זה שבכוונה תחילה הגנה זו לא הוגבלה בזמן אלא אך נקבע לה סייג ששת החודשים. והנה הדברים:

א. בדיון בוועדה ביום 30.11.09, בהכנה לקריאה הראשונה⁴⁰, שואלת יועמ"שית הוועדה את חברת הכנסת שלי יחימוביץ, יוזמת החוק (לצד חבר הכנסת חיים אורון), אם בחלופה המוצעת, בנוגע לעובדים שאינם נעדרים, היא מוכנה "ללכת לכיוון הזה ולאפשר הגנה לאישה. הכוונה בתקופת הטיפולים, וב-150 ימים מיום תחילת הטיפולים" (הדגשה הוספה – א.א.). חה"כ יחימוביץ משיבה בחיוב ונציגת התמ"ת מוסיפה "להצעה הזאת אנחנו נתנו את תמיכתנו, הממשלה נתנה את תמיכתה". מהדיון כולו עולה שהתנאי של הממשלה להסכמה לתיקון 45 היה סייג ששת החודשים ולא הגבלת ההגנה בזמן, כפי שנעשה בסעיף 9(ה)2 לגבי עובדים נעדרים.

ב. על רקע זה, גם את דברי נציגת התמ"ת עו"ד דבורה אליעזר, המובאים בסעיף 34(ב) לעיל כתמיכה לעמדת המדינה, יש להבין בראי ההסתייגות של חה"כ נוקד וגם לגביהם יש לומר כי הם קיבלו מענה בסייג ששת החודשים⁴¹.

ג. יושם אל לב, כי נוסח תיקון 45 שהונח לפני הוועדה במסגרת הישיבה מיום 30.11.09 היה מעט שונה מנוסחו הסופי: "הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה בתקופה [כך במקור – א.א.] הטיפולים כאמור באותה פסקה, ובמשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ גופית, לפי המאוחר..." (הדגשה הוספה – א.א.). כתוב "ובמשך" ולא "או במשך". מובן שאף נוסח זה תואם את המסקנה שאליה הגענו.

³⁸ פרוטוקול 138 בוועדה. ראו גם פרוטוקול 185 בוועדה.

³⁹ פרוטוקול 138 בוועדה.

⁴⁰ שם.

⁴¹ שם, ראו במיוחד בעמ' 9-10 לפרוטוקול הישיבה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

ד. נכון הוא שבמענה לקריאות להשוות את ההגנה לעובדים שאינם נעדרים להגנה הניתנת לעובדת בהריון עלו קולות המסתייגים מכך בנימוק שמשכו של הריון הוא קצוב, בניגוד לטיפול פוריות⁴². אלא שההסתייגות היתה בעיקר בקשר למועד ההודעה למעסיק על דבר טיפולי הפוריות ומועד מסירת האישור הרפואי התומך בכך. כך למשל אמרה חה"כ יחימוביץ שהקבלה לעובדת בהריון היא נכונה, משום שגם עובדת בהריון שלא סיפרה למעסיק על דבר הריונה זוכה להגנה. גם יועמ"שית הוועדה בהמשך אותו דיון מסתייגת מההשוואה להריון, והסתייגותה נובעת מכך שלא ידוע משכם של טיפולי הפוריות, אולם לצד זה היא מוסיפה כי **"צריך לשים לב שהתוספת שאנחנו מדברים עליה עכשיו היא לא מוגבלת בשנים, ויש לזה יתרון משמעותי, וזה דבר חשוב"**. כלומר, יותר משדברי יועמ"שית הוועדה בהקשר זה נשמעים כמסתייגים מאי הגבלת ההגנה לעובדים שאינם נעדרים בזמן, הם נשמעים כתמיכה בכך.

ה. בדיון בוועדה מיום 11.1.2010, בהכנה לקראת הקריאה השנייה והשלישית, אמרה יועמ"שית הוועדה⁴³: **"אנחנו מדברים על הגנה של טיפולי הפוריות ו-150 הימים שאחריהם"** (הדגשה הוספה – א.א.). ובהמשך: **"אבל צריך לזכור שכנגד זה [הכוונה היא כנגד מתן ההגנה גם לטיפולים "קלים" – א.א.] אנחנו נותנים הגנה מאוד רחבה, לא רק בזמן טיפולי הפוריות. זאת אומרת, אם אישה צריכה לקחת את הכדור הזה פעם בחודש במשך 3 חודשים, ובכל אחד מהחודשים האלה היא מקבלת עוד 150 ימים הגנה מפני פיטורים, זאת הגנה מאוד רחבה"** (הדגשה הוספה – א.א.). יו"ר הוועדה, חה"כ חיים כץ הגיב לכך במילים: **"מצוין. אנחנו יודעים, ואנחנו עושים את זה במודע"**.

ו. אשר לדברי יועמ"שית הוועדה בישיבת הוועדה מיום 11.1.2010, המצוטטים בסעיף 33 לעיל כתמיכה לעמדת המדינה – הרי שתמיכתם בעמדת המדינה מוגבלת לפירוש התיבה "לפי המאוחר" בלבד, ואין בהם כדי למחוק את יתר מילות הסעיף.

ז. דברי יו"ר הוועדה, חה"כ כץ, בדיון במליאת הכנסת בקריאה השנייה והשלישית לתיקון החוק, ביום 25.1.2010⁴⁴: **"הצעת החוק המונחת בפניכם באה להוסיף על ההגנה מפני פיטורים, הניתנת כיום בחוק עבודת נשים, לעובדת ולעובד העוברים טיפולי פוריות או טיפולי הפריה חוץ-גופית. מוצע כי העובדים יהיו**

42 ש.ס.

43 פרוטוקול 185 בוועדה.

44 פרוטוקול ישיבה מס' 102 של מליאת הכנסת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

מוגנים מפני פיטורים גם אם אינם נעדרים באופן מלא או חלקי ממקום העבודה, וזאת בעת שהם עוברים את הטיפולים וכן במשך 150 ימים מעת תחילת הטיפולים...".

53. לא זו אף זו, דברי ההסבר כפי שהובאו בסעיף 6 לעיל, אף הם אינם מותירים ספק כי תיקון 45 הציע לעובדים שאינם נעדרים הגנה הן בתקופת הטיפולים והן בתקופת 150 הימים. וכך נאמר בדברי ההסבר "בעת הטיפולים לקראת ילדם הראשון או השני, וכן במשך 150 ימים מעת תחילת טיפולי הפוריות או מעת תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי העניין" (הדגשה הוספה – א.א.). עוד עולה מדברי ההסבר כי המחוקק היה ער לחלוטין לכך שההגנה הנתונה לעובדים שנעדרים מעבודתם מוגבלת לתקופה בת שנתיים ובאופן ברור וחד משמעי בחר שלא להחילה (בין אם בהכפפתה לסעיף 9(ה)(2) לחוק ובין אם בדרך קלה ופשוטה אחרת) על עובדים שאינם נעדרים.

54. מכל האמור עולה בבירור כוונת המחוקק לפרוש את ההגנה על עובדים שאינם נעדרים הן בתקופת הטיפולים והן בתקופת 150 הימים. עוד עולה בבירור הכוונה שלא לתחום הגנה זו בזמן כפי שנעשה לגבי עובדים נעדרים.

55. המדינה סבורה כי תוצאה זו היא בלתי סבירה, ולעניין זה נסמכת, בין היתר על הנפסק בעניין **מלכה**. באותו עניין עלתה השאלה מאימתי יש למנות את תקופת 150 הימים הקבועה בסעיף 9(ה)(3) לחוק – מהיום הראשון של סדרת הטיפולים האחרונה שעברה העובדת שם, או שמא ממועד תחילת טיפולי הפוריות, כלומר מהיום הראשון של סדרת הטיפולים הראשונה, כטענת המדינה שם. בית הדין ציין כי יש ממש בעמדת המדינה והסביר ש"ככל שייקבע כי תחילתו של מניין הימים הוא הטיפול האחרון, עשויה תקופת ההגנה להשתרע על פני תקופה ממושכת מאד...". לטעמנו, אין המדינה יכולה להבנות מהנפסק בעניין **מלכה**. ראשית, הסוגיה שעלתה בעניין **מלכה** אמנם נוגעת לחוק עבודת נשים ואפילו לסעיף 9(ה)(3) הניצב אף במוקד ההליך דנו, אך היא נפרדת ונבדלת מהסוגיה שלפנינו כפי שהוגדרה בפסק דין זה. שנית, קביעת בית הדין בעניין **מלכה** היתה לכאורית בלבד, על רקע הסכמת הצדדים, בין היתר, "כי בית דין זה יתייחס לשאלות השנויות במחלוקת כפי שהוצגו מבלי לקבוע עמדה נחרצת לגביהם [כך במקור – א.א.]". בהתאם לכך נקבע כי "איננו רואים מקום לקבוע מסמרות בכל הנוגע לפרשנות סעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים", והקביעה המצוטטת לעיל נכתבה "על פני הדברים". כלומר, לא יכול להיות ספק כי הדברים בעניין **מלכה** נכתבו לא כעמדה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

מבוררת ומנומקת שנועדה לקבוע הלכה, אלא כ"התייחסות" ראשונית בלבד, לא ממצה ולא מחייבת.

56. כך או כך, המדינה סבורה כי ההגנה לעובדים שאינם נעדרים אינה חלה "בתקופת הטיפול" ומוסיפה כי כל פירוש אחר הוא בלתי סביר, מאחר שהוא מעניק לעובדים שאינם נעדרים הגנה שאינה מוגבלת בזמן. למעשה, והגם שהמדינה אינה טוענת זאת במפורש, בעמדתה מובלע הטיעון שלפיו המילים "בתקופת הטיפול כאמור באותה פסקה" (או הפסיק וה"או" – לפי קריאה אפשרית אחרת) הן מיותרות. זהו טיעון מוקשה משהוא עומד בניגוד לחזקה הפרשנית שלפיה המחוקק אינו משחית מילותיו לריק ומשהוא מבקש כי בית דין זה יגרע מדברי המחוקק. נראה כי לא בכדי התקשה בא כוח המדינה להשיב לשאלת בית הדין בעניין זה, ביקש להתמקד בתכלית הסעיף ואך הפטיר כי "כנראה יש סרבול בסעיף".

עמדה זו מוקשית משום שגלומה בתוכה הטענה כי בחקיקת סעיף 9(ה)(3) נפלה טעות. הקושי אינו בעצם הטענה שנפלה טעות בדבר חקיקה, שהרי המחוקק, הפועל באמצעות בשר ודם, עשוי לטעות. הקושי הוא בכך שהמדינה מבקשת כי בית הדין הוא שיכריז על טעות זו ואף יתקן אותה. ברם, החזקה שהמחוקק אינו משחית את מילותיו לריק מנחה את בית הדין בעשותו במלאכת הפרשנות "לשאוף לפירוש המוצא לכל הוראה והוראה שבחוק את מקומה ותכליתה הראויים לה, ויש להימנע מפירוש המביא לידי מסקנה שהמחוקק הכניס לתוך החוק דבר שהיה מיותר ושאינו לו תכלית משלו... וכל עוד קיימת אפשרות של פרשנות סבירה אחרת, לא יניח בית-המשפט שהמחוקק הוציא דברו לשוא"⁴⁵. אמנם, אם בית המשפט מגיע בלית ברירה למסקנה שנפלה טעות בחקיקה, הוא רשאי לתקנה באמצעות שינוי נוסח החקיקה, אולם עליו "לעשות כל מאמץ סביר" להימנע מכך "וחלף זאת, למצוא את הפתרון לאתגר שמציב נוסח החקיקה בגדר פרשנותו של הנוסח כפי שנחקק"⁴⁶, וזאת כנגזרת מעקרון הפרדת הרשויות במדינה דמוקרטית. וכך נאמר בהקשר זה בעניין פריד⁴⁷:

"מלאכת החקיקה, לרבות הכנסת תיקונים בדברי חיקוק, מופקדת בידי הרשות המחוקקת, ותפקידה של הרשות השיפוטית היא לפרש חוקים ולא לשנותם. תפקידו של פרשן הוא לגלות את דעת המחוקק, ואותה הוא חייב למצוא, בראש ובראשונה, בדברי החיקוק שהוא מפרשו. אין הפרשן רשאי להוסיף על דברי המחוקק או לגרוע מהם אלא באותם מקרים יוצאי

⁴⁵ ע"א 461/61 מנהל אגף המכס והבלו נ' לוינסון, פ"ד טו 2226, 2236 (1961); ראו גם ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, בסעיף 21 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2.2.2012) (להלן – עניין עיריית חיפה).

⁴⁶ שם, בסעיף 21 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2.2.2012).

⁴⁷ ע"א 126/79 פריד נ' ועדת העררים לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לד(2) 27, 28 (1979).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

דופן שבהם מביא הנוסח לתוצאה אבסורדית שאין הדעת סובלתה"
(הדגשה הוספה – א.א.).

על פי הפסיקה, "טעות בולטת" העשויה להצדיק תיקון של דבר חקיקה על ידי בית המשפט כוללת גם מצב שבו "ניתן להוציא משמעות לשונית מהטכסט החקיקתי, אולם משמעות זו סותרת באופן ברור את תכלית החקיקה". מכל מקום, תיקון טעות כאמור ייעשה רק כמוצא אחרון.

57. האמנם נפלה בסעיף 9(ה)3 לחוק טעות המביאה לתוצאה אבסורדית העשויה להצדיק התערבות של בית הדין לתיקונה? אנו סבורים כי בחינת לשון הסעיף על רקע ההיסטוריה החקיקתית שלו, כפי שפורטה לעיל בהרחבה, מובילה בלי היסוס למסקנה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה, שכן המשמעות העולה מהסעיף כפי שקבענו לעיל, שלפיה ההגנה לעובדים שאינם נעדרים חלה הן בתקופת הטיפולים והן בתקופת 150 הימים, לא זו בלבד שאינה "סותרת באופן ברור את תכלית החקיקה"⁴⁸, אלא שהיא מתיישבת איתה היטב.

58. יחד עם זאת, אפשר להבין את תחושת חוסר הנוחות המתעוררת למקרא הסעיף כנוסחו כיום, לאחר תיקון 45. זאת כתוצאה מהשוני בהיקף ההגנה הנתונה כיום לעובדים נעדרים לעומת היקף ההגנה לעובדים שאינם נעדרים. בעוד שהליך החקיקה של תיקון 45 נועד להשוות, מבחינת מהותית, את מצבם של האחרונים למצבם של הראשונים, נמצא כי התוצאה התהפכה, ועתה שוב יש שוני אך לכיוון ההפוך. חוסר שוויון זה, חרף השוני בין קבוצות ההשוואה, וודאי בשים לב לפער המשמעותי בהיקף ההגנה, מעורר קושי שכן לא ברור אם יש לו הצדקה עניינית. מעבר לכך, עלולה תוצאה זו לתמרץ עובדים בהליך טיפולי להימנע מלממש את זכותם להיעדר מעבודתם כדי לזכות בהגנה הרחבה יותר, ובכך לפגוע בבריאותם. חוסר הנוחות בא לידי ביטוי גם כלפי מעסיקים, שהפררוגטיבה הניהולית שלהם נפגעת בצורה משמעותית לפרק זמן בלתי מוגבל. בהיבט זה, עצם הצורך להידרש לפנייה לממונה לקבלת היתר ובכך שההחלטה בנושא אינה נתונה לשליטתו מהווה פגיעה בפררוגטיבה הניהולית של המעסיקים. נזכיר בהקשר זה כי נכון הוא שמהדיונים השונים בכנסת עולה כי המחשבה היתה "להצמיד" את ההגנה הניתנת לעובדים שאינם נעדרים להגנה הניתנת לעובדות בהריון, שאינה מוגבלת. אלא שב"הצמדה" זו כפי שמשקפת בנוסח הסעיף כיום לא ניתן ביטוי לעובדה שהריון,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

- מעצם טיבו וטבעו, ובניגוד לטיפול פוריות או טיפולי הפריה חוץ-גופית, הוא "אירוע" תחום ומוגבל בזמן ואינו נמשך מעבר לכתשעה חודשים.
59. אלא שנוכח לשונו המפורשת של הסעיף ובהינתן דברי ההסבר וההיסטוריה החקיקתית שלו, איננו סבורים כי חוסר הנוחות המסוים שהסעיף בנוסחו הקיים מעורר, עולה כדי "תוצאה אבסורדית שאין הדעת סובלתה" המצדיקה התערבות שיפוטית. בנסיבות אלה, עמדת המדינה שלפיה תוצאה זו היא בלתי סבירה יכולה לקבל מענה בתיקון החוק באמצעות המחוקק, אם ירצה בכך, ולא באמצעות בית דין זה.
60. מכל האמור עולה כי המילים "בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה" (או, לפי קריאה אפשרית אחרת, הפסיק שבסוף החלק הראשון של הסעיף וה"או" הראשונה בחלק השני שלו) נכתבו בסעיף בכוונה תחילה ואינם כשלעצמם בבחינת טעות. לפיכך, הפירוש הסביר היחיד לסעיף הוא כי ההגנה הנתונה בסעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים לעובדים שאינם נעדרים נפרשת הן על "תקופת הטיפולים" והן על תקופת 150 הימים, והיא אינה תחומה בזמן, להבדיל ממגבלת השנתיים לגבי עובדים נעדרים, כקבוע בסעיף 9(ה)(2) לחוק.
- ב. הביטוי "לפי המאוחר" – לאילו תקופות הוא מתייחס?
61. משהגענו למסקנה כי הגנת הסעיף משתרעת הן על תקופת הטיפולים והן על תקופת 150 הימים, נותר לנו להכריע במחלוקת המשנית – לאילו תקופות מתייחס הביטוי "לפי המאוחר"?
62. נזכיר שהעובדת סבורה כי התיבה "לפי המאוחר" מוסבת על המאוחרת מבין שתי התקופות הבאות:
- (א) תקופת הטיפולים;
- (ב) 150 ימים שלאחר מועד תחילת ההליך הטיפולי, וזאת בין אם מדובר על טיפולי פוריות ובין אם מדובר על טיפולי הפריה חוץ גופית.
- לעמדת המדינה, התיבה "לפי המאוחר" מוסבת אל סוג ההליך הטיפולי, כלומר אל המאוחר מבין שתי התקופות הבאות:
- (א) 150 יום לאחר תחילת טיפולי הפוריות;
- (ב) 150 יום לאחר תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית.
63. בית הדין האזורי קיבל את פירוש העובדת. דעתנו שונה. אמנם במבט ראשון נראים שני הפירושים – הן של העובדת והן של המדינה – אפשריים. למעשה, מבחינה לשונית תיתכן אפשרות נוספת, שהשדולה טענה לה, והיא כי התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת למאוחרת מבין משלוש תקופות ההגנה שנמנו קודם לה: (א) תקופת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

הטיפוליים; (ב) תקופה של 150 יום לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות; (ג) תקופה של 150 יום לאחר מועד תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית. נציג את העמדות השונות באופן הבא:

- לשיטת המדינה – לאחר שדחינו את טענתה כי ההגנה בסעיף אינה חלה בתקופת הטיפולים – יש לקרוא את הסעיף בדרך הבאה (מילים לא מודגשות מחליפות את המקור או נוספו על המקור; סוגריים מרובעים משקפים את חלוקת המשפטים; הדגשות הוספו):

"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, [בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה], או [במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית, לפי המאוחר...]"

דהיינו, התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת אך ורק לשתי תקופות-המשנה של ההליך הטיפולי.

- לשיטת העובדת יש לקרוא את הסעיף כך:

"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, [בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה], או [במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי ההפריה החוץ-גופית], לפי המאוחר..."

דהיינו, התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת לתקופת הטיפולים ולתקופת 150 הימים בכללותה.

- לפי האפשרות השלישית יש לקרוא את הסעיף כך:

"הוראות פסקה (1) יחולו גם על עובדת או עובד שלא נעדרו מעבודה, [בתקופת הטיפולים כאמור באותה פסקה], או [במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות] או [במשך תקופה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית], לפי המאוחר..."

דהיינו, התיבה "לפי המאוחר" מתייחסת הן לתקופת הטיפולים והן לשתי תקופות-המשנה של ההליך הטיפולי.

64. אילו היו עומדים לפנינו פירושי העובדת והמדינה בלבד, היה מקום לדידנו להעדיף את פירוש המדינה. ראשית, ייחוס התיבה "לפי המאוחר" לאחת משתי התקופות הנוגעות להליך הטיפולי ונמנות בימים (150 ימים) מסבירה בצורה ברורה את היחס בין שתי תקופות אלה, בעוד שלפי פירוש העובדת אין כל הוראה לגבי היחס בין שתי תקופות אלה באופן שמתיר את הסעיף עמום מדי (מעבר לעמימות העולה ממילא



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

מלשוננו). הדבר לא סביר בעינינו. שנית, דברי יועמ"שית הוועדה, שעמם הסכים יו"ר הוועדה, חה"כ חיים כץ, תומכים בעמדת המדינה. נזכיר את הדברים⁴⁹:

"נועה בן שבת: רק עוד הבהרה אחת. אנחנו מדברים על הגנה של 150 ימים לאחר מועד תחילת טיפולי הפוריות או טיפולי הפריה חוץ גופית, לפי המאוחר. הכוונה היא שאם העובדת קיבלה בהתחלה טיפולי פוריות ואחר כך נדרשת לקבל את טיפולי ההפריה החוץ גופית, ההגנה ניתנת לה 150 ימים מיום שהתחילה את טיפולי ההפריה החוץ גופית, זאת אומרת, המועד המאוחר מבין המועדים האלה. שיהיה ברור למה אנחנו קובעים את ההוראה הזאת.
היו"ר חיים כץ: כן. הקראה." (הדגשה (לא של שמות הדוברים) הוספה – א.א.)

65. אלא מאי? שעמדות העובדת והמדינה לא ניצבות לבד. לפנינו אפשרות נוספת – האפשרות השלישית המפורטת לעיל – ואנו סבורים כי היא האפשרות הנכונה יותר. אפשרות זו מתיישבת טוב יותר הן עם לשונו של הסעיף והן עם תכליתו – לפרוש על עובדים שאינם נעדרים הגנה רחבה ככל האפשר – על פני שלוש התקופות שנמנו לפני הביטוי "לפי המאוחר": בתקופת הטיפולים, בתקופה של 150 ימים לאחר תחילת טיפולי הפוריות ובתקופה של 150 ימים לאחר תחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית. ממילא, עיון בסעיף כולו כמקשה אחת, אלמלא הופיעה בו התיבה "לפי המאוחר", מוביל לאותה התוצאה שאליה הגענו לעיל, והיא, כי ההגנה על עובדים שאינם נעדרים חלה הן בתקופת הטיפולים והן בתקופת 150 הימים מתחילת טיפולי הפוריות והן בתקופת 150 הימים מתחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית. שכן, טול מקרה שבו מעסיקו של עובד שאינו נעדר מבקש לפטרו במועד שבו שתיים משלוש התקופות חלפו זה מכבר אך מצוי בתקופה השלישית, ממילא תחול עליו ההגנה.

66. למען הסר ספק יצוין כי אין בדברים האמורים משום קביעת ממצא כלשהו ביחס לאיזו מהסוגיות שעלו בהערת אגב שלא היתה דרושה להכרעה לנוכח הסכמת הצדדים לתוצאה בעניין **מלכה**.

ג. בשולי הדברים

67. בית הדין האזורי דחה את טענת המדינה לפגיעה במעסיק הגלומה בעמדת העובדת, ונימק זאת בכך שעובדים שאינם נעדרים ממילא לא פוגעים במעסיק. לדידנו, הפגיעה במעסיק אינה חייבת לקבל ביטוי בהיעדרות מהעבודה דווקא. עובד יכול להתייצב לעבודה מדי יום ובכל זאת עשוי המעסיק לבקש לפטרו, למשל בשל ירידה בתפקודו המקצועי או בשל עבירות משמעת שאינן קשורות להיעדרות מהעבודה

⁴⁹ פרוטוקול 185 בוועדה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 19-11-4333

וכיו"ב. בהקשר זה, ומכיוון נוסף, לא מקובלת עלינו טענתה הגורפת של החברה שלפיה לגבי עובדים שאינם נעדרים "הטיפולים לא יוצרים בעיה מבחינת מקום העבודה ו/או מבחינת ביצוע התפקיד על ידי העובדת" ולכן אין מקום ליתן להם הגנה "כה אקטיבית ויוצאת דופן". כאמור, גם עובדים שאינם נעדרים עוברים תהליך מורכב ביותר שנדרשים בו כוחות גוף ונפש אדירים וברי כי הדבר עשוי להשפיע על עבודתם, אף אם הם לא נעדרים ממנה.

68. למעשה, במקרה של עובדת המצויה בהליך טיפולי, החשש הוא מפני פיטוריה לא רק בשל היעדרות ולא רק בשל ירידה בתפקוד כתוצאה מהטיפולים אלא גם בשל כך שהמעסיק "מבין" שאם ההליך הטיפולי יעלה יפה, הוא לא יוכל לפטר אותה במשך תקופה ארוכה למדי, בשל ההגנה הנתונה לה בתקופת ההיריון ובתקופה המוגנת שלאחר מכן (תקופת הלידה וההורות ו-60 הימים שלאחר תום תקופת הלידה וההורות). נראה שזו אחת מהסיבות שבעטיין נקבעה בסעיף הגנה מפני פיטורים, גם אם אינם קשורים להיעדרות אלא אם הם "בקשר לטיפולים", כאמור בדברי ההסבר.

מכל מקום, ברי כי הגבלת אפשרות המעסיק לפטר מי מעובדיו – בין אם הוא נעדר מעבודתו ובין אם לאו – באמצעות הפנייתו לקבלת היתר פיטורים מהממונה, פוגעת בפררוגטיבה הניהולית שלו.

מן הכלל אל הפרט

69. לאור המסקנה האמורה, שלפיה ההגנה הנתונה לעובדים שאינם נעדרים חלה הן בתקופת הטיפולים והן בתקופת 150 הימים, לפי המאוחר, ומאחר שבמועד הגשת בקשת ההיתר ובמועד החלטת המרכזת היתה העובדת מצויה בהליך טיפולי, כלומר "בתקופת הטיפולים", הרי שחלות עליה ההוראות הקבועות בסעיף 9(ה)(1) לחוק לגבי עובדים נעדרים, לרבות הצורך בקבלת היתר הממונה לפיטורים. לפיכך, שגתה המרכזת בקבעה כי בנסיבות העניין לא נדרש היתר לפיטורי העובדת ובדין נקבע כי החלטתה מבוטלת.

70. בנסיבות העניין ולאור שינוי הנסיבות, מובן כי מבחינה אופרטיבית אין עוד מקום שעניינה של העובדת יוחזר למרכזת לקבלת החלטה חדשה בעניינה, והסעד שנקבע בפסק דינו של בית הדין האזורי לעניין זה התייתר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 4333-11-19

סוף דבר

71. ערעור המדינה על תוצאת פסק דינו של בית הדין האזורי נדחה. המדינה תישא בהוצאות העובדת ובשכ"ט עו"ד בגין הליך זה בשיעור של 8,000 ₪.

ניתן היום, ד' ניסן תש"פ (29 מרץ 2020) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.



רועי פוליאק,
שופט

אילון איטח,
סגן נשיאה

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר יוסי רחמים,
נציג ציבור (עובדים)