



בבית המשפט העליון

דנג"ץ 10007/09

לפני : כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרת : יולנדה גלוטן

נ ג ד

המשיבים : 1. בית הדין הארצי לעבודה
2. עזבון המנוחה לאה יעקב ז"ל
3. שושנה קרפט
4. אברהם יעקב
5. היועץ המשפטי לממשלה

המבקשים להצטרף כצד להליך : 1. יהונתן דוידוביץ'
2. יהודה דורון
3. עמותת מזור נכים לטובת נכים
4. ארגון נכי הפוליו בישראל
5. חנה שצייגל
6. עו"ד נפתלי גור אריה
7. עמותת "קו לעובד"

המבקשת להצטרף כידיד בית המשפט : מפלגת גיל – גמלאי ישראל לכנסת

דיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון
בבג"ץ 1678/07 מיום 29.11.2009 שניתן על-ידי
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין, והשופטים :
א' פרוקצ'יה, ח' מלצר

בשם העותרת ובשם המבקשת
7 להצטרף כצד להליך :

עו"ד חני בן ישראל

בשם המשיבים 2-4 :	מר אהרן צבי קרפט
בשם המשיב 5 :	עו"ד יעל ברלב
בשם המבקשים 1-4 להצטרף כצד להליך :	עו"ד יהונתן דוידוביץ'
בשם המבקשים 5-6 להצטרף כצד להליך :	עו"ד נפתלי גור אריה
בשם המבקשת להצטרף כידיד בית המשפט :	עו"ד יוסי כץ

פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. עניינו של הליך דיון נוסף זה בפסק הדין בבג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (29.11.2009), שניתן על ידי המשנה לנשיאה א' ריבלין, בהסכמת השופטים א' פרוקצ'יה ו-ח' מלצר (להלן – פסק הדין). במסגרת פסק דין זה נקבע כי חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן – החוק או חוק שעות עבודה ומנוחה), אינו חל בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד. בהחלטה מיום 29.4.2010, הורתה הנשיאה ד' ביניש על קיום דיון נוסף בפסק דין זה. בהתאם להחלטת הנשיאה, השאלה אשר עומדת לדיון במסגרת הדיון הנוסף הינה שאלת תחולתו של החוק על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד.

רקע עובדתי והליכים קודמים

2. ראשיתה של הפרשה העומדת ביסוד הליך זה בתביעה שהגישה העותרת, עובדת זרה מפיליפינים, נגד מעסיקתה לשעבר, המשיבה 2 (שנפטרה בינתיים), בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו. העותרת הועסקה אצל המשיבה 2 בעבודות סיעוד ומשק בית במשך כשנה. עיקר תפקידה היה השגחה על המשיבה 2, שהייתה מרותקת למיטתה, וזאת במהלך היממה כולה. העותרת התגוררה בביתה של המשיבה 2. במסגרת התביעה דרשה העותרת לקבל תשלום עבור שכר מולן, פדיון חופשה שנתית, הפרשי שכר מינימום, שעות נוספות ודמי הבראה. בית הדין האזורי לעבודה דחה את דרישותיה לקבלת תשלום עבור שעות נוספות ודמי הבראה. לצד זאת, קיבל בית הדין האזורי לעבודה את דרישותיה האחרות של העותרת.

3. על פסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה. בבית הדין הארצי לעבודה נחלקו הדעות באשר לזכאותה של העותרת לקבלת תשלום עבור שעות נוספות. עמדת הרוב (מפי כבוד השופט י' פליטמן, אליו הצטרפו נציג העובדים ש' חבשוש ונציג המעבידים י' בן יהודה) קבעה כי בעניינה של העותרת חלים החריגים הקבועים בסעיף 30(א)(5) ובסעיף 30(א)(6) לחוק, המוציאים מכלל תחולתו עובדים בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי, וכן עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם. לפיכך, קבעה דעת הרוב כי העותרת אינה זכאית לתשלום עבור שעות נוספות. יוער, כי דעת הרוב קבעה במפורש כי בעניינם של עובדי הסיעוד יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו, ואין לקבוע הלכה כללית לגבי תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה בעניינם. ההכרעה יוחדה, אם כן, לעניינה של העותרת בלבד. שני שופטי המיעוט סברו, מנגד, כי העותרת זכאית לתשלום בגין שעות נוספות, שכן החריגים האמורים לחוק אינם חלים בעניינם של עובדים סיעודיים. עם זאת, והגם ששניהם הגיעו לבסוף לתוצאה זהה, נחלקו שופטי המיעוט באשר לדרך חישוב מספר השעות הנוספות אשר העותרת תהא זכאית לתשלום בעבורן. כבוד השופט ע' רבינוביץ' סבר כי כל שעות ההשגחה על המשיבה 2 הינן שעות בהן עמדה המשיבה לרשות העבודה, ועל כן מהוות הן שעות עבודה. עם זאת, לבסוף הציע להעמיד את התשלום על ארבע שעות עבודה נוספות ביום. זאת, בהתאם למספר השעות שנתבקש בתביעה, ותוך שהוא מציין כי בהתחשב בנסיבות המקרה, המדובר בכמות שעות סבירה. לעומתו, כבוד הנשיא ט' אדלר סבר כי לגבי שעות העבודה בהן לא עסקה העותרת בהשגחה מלאה על המטופלת (כמו שעות במהלכן השגיחה העותרת על המשיבה 2 במקביל לעיסוק בפעילות פנאי, או שעות בהן השגחתה על העותרת הייתה פחותה) אין מקום לפסוק גמול בגין שעות נוספות לטובתה. תחת זאת, יש להעריך באופן כללי את מספר השעות הנוספות בגינן זכאית העותרת לתשלום, וזאת על פי מתכונת העבודה הכוללת. בענייננו קבע הנשיא אדלר כי יש להעניק לעותרת גמול על בסיס של ארבע שעות עבודה נוספות ביום.

4. כפי שנראה בהמשך, מחלוקת זו בין שופטי המיעוט אינה מחלוקת יישומית-נקודתית גרידא. מדובר במחלוקת המשקפת בעיה עמוקה ובסיסית הטמונה בניסיון ההתאמה של מתכונת עבודתם של עובדי הסיעוד המתגוררים בבית מעבידם אל המסגרת החוקית הקבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה, על הרציונלים העומדים בבסיסה. כפי שיוברר, בעטייה של בעיה זו אף לא ניתן להתוות במסגרת ההליכים השיפוטיים פיתרון מקיף וכולל לסוגיית עבודתם של עובדי הסיעוד המתגוררים בבית המטופל.

פסק הדין בבג"ץ 1678/07

5. על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. בפסק דין מיום 29.11.2009 קבע בית המשפט העליון (מפי המשנה לנשיאה א' ריבלין, ובהסכמת השופטים א' פרוקצ'יה ו-ח' מלצר) כי אין הצדקה להתערבות בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. אולם, בית המשפט העליון לא אימץ את הנמקתו של בית הדין הארצי לעבודה במלואה. פסק הדין הושתת על הנימוק כי תבנית ההעסקה הייחודית בתחום הסיעוד אינה עומדת מלכתחילה בקנה אחד עם תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה – הבטחת איזון ראוי בין השעות אותן מקדיש העובד לעבודתו לבין שעות הפנאי שלו. עוד נפסק, כי כפי שמתבקש מדברים אלה, מתכונת העסקה זו אף אינה מתיישבת עם הוראות מרכזיות בחוק, אשר תכליתן הסדרה בסיסית של אורכו וטיבו של יום העבודה ושבוע העבודה. כאלה הן, למשל, ההוראות הקבועות בסעיפים 3-5 לחוק, אשר מגבילות את מספר השעות במהלך יום ושבוע עבודה בהן המעביד רשאי להעביד את העובד. חובת התשלום המוגבר עבור העסקה בשעות נוספות הינה הוראה הנספחת וטפלה להוראות אלה. למעשה, היא כלי שנועד לסייע באכיפת האיסור המרכזי הקבוע בחוק, הוא האיסור על עבודה למשך שעות ארוכות.

6. בית המשפט העליון עמד על כך שמתכונת העבודה הנהוגה בתחום הסיעוד חורגת ממגבלת השעות היומית והשבועית הקבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה. זאת, מפני שחלק עיקרי מתפקידם של העובדים הסיעודיים הינו השגחה על המטופל במהלך כל שעות היממה. לצורך כך הם מתגוררים בביתו של המטופל, ועומדים לרשותו במשך מרבית שעות היממה. אומנם, חלק משעות אלה, בהן הצורך בהשגחה על המטופל או בטיפול בו הינו פחות, עשוי להיות מוקדש לפנאי; אך מכל מקום, מתכונת עבודה זו אינה תואמת, בבסיסה, את ההנחות עליהן מבוסס חוק שעות עבודה ומנוחה בדבר אופי וטיב העבודה אשר תוסדר באמצעותו. בשל כך קבע בית המשפט העליון בפסק-הדין כי השאלה שנתעוררה במסגרת הליך זה הינה משנית לבעיה העיקרית שמעוררת תבנית ההעסקה האמורה. הכרעה בשאלת השעות הנוספות כשהיא ניצבת לבדה תותיר את עיקר הקושי על כנו. נוכח כך, קביעתו העקרונית של בית המשפט העליון הייתה כי אין להחיל את החוק לשיעורין. מכיוון שמתכונת העבודה בכללה סותרת את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה ואת רוחו, יש לקבוע כי הוא כלל איננו חל בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד.

7. בפסק הדין אף הוסבר באריכות מדוע ההכרעה בשאלה המשנית, היא שאלת התשלום עבור העבודה בשעות הנוספות, תוך הותרת עיקר הקושי על כנו, עלולה להוביל להכרה ב"יציר כלאיים" נורמטיבי, אשר השלכותיו השליליות יפגעו בכל הצדדים המעורבים בדבר – הן אוכלוסיית המועסקים בתחום הטיפול הסיעודי, והן המטופלים הסיעודיים. בית המשפט העליון עמד על כך שחיוב בתשלום מלא בגין עבודה בשעות נוספות טומן בחובו משמעות כלכלית לא מבוטלת, אשר תשפיע באופן ישיר על יכולתם של המטופלים – שאף הם אוכלוסייה מוחלשת, כמו עובדי הסיעוד – להיזקק למטפלים סיעודיים. לצד זאת, תיתכן גם פגיעה באינטרסים של העובדים הסיעודיים עצמם, אשר הינם עובדים זרים ברובם, עם הצמצום שעשוי לחול במספר המעסיקים הפוטנציאליים. משום כך, נאמר בפסק הדין כי בבואו להתוות את הגישה המשפטית לעניין תחולת חוקי המגן, על בית המשפט להתחשב במציאות המורכבת בשוק העבודה. הדברים נדונו באריכות בפסק הדין, ואין צורך לחזור עליהם (ראו פסקאות 22-28 לפסק-הדין).

יוער, כי בית המשפט העליון לא הכריע באופן חד משמעי בשאלת תחולתם של החריגים המנויים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק בעניינם של עובדי הסיעוד, אם כי נטייתו הייתה לקבוע כי סעיפים אלה אינם חלים, כפשוטם, במקרה הנדון.

טענות העותרת בדיון הנוסף

8. העותרת טוענת כי פסיקתו של בית המשפט העליון אינה מתיישבת עם מעמדה של חקיקת המגן, ואינה משקפת את הדין החל על יחסי העבודה ישראל. לשיטת העותרת, שאלת תחולתם של חוקי העבודה הקוגנטיים אינה קשורה במבחן תוצאתי, במסגרתו נבחנת השפעת תחולתם על העובד, על רקע נורמות השכר המקובלות בארץ מוצאו. יש, לטענתה, לדבוק בסטנדרט הקבוע בחוקי העבודה מבלי להתחשב בהשלכות הכרוכות בכך.

9. עוד מציינת העותרת כי בהחרגתם של עובדי הסיעוד מתחולת החוק גלומות משמעויות קשות, מעבר לאי-הזכאות לתשלום בעד עבודה בשעות נוספות. כך, עם שלילת תחולתו של החוק, לא תחולנה גם המגבלות הקבועות בו על אורכו של יום העבודה ושבוע העבודה (מגבלות אלה קבועות בסעיפים 3-5 לחוק, שנזכרו לעיל), והמעביד לא יחויב במתן הפסקות במהלך יום העבודה (סעיף 20 לחוק); המעביד אף לא יחויב במתן מנוחה שבועית וימי מנוחה בחגים (סעיף 9 לחוק, וכן סעיף 18א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט). בטיעון משלים מטעמה (מיום 9.11.2011) סקרה העותרת מקרים שונים שהובאו בפני בית הדין לעבודה מאז מתן פסק הדין. העותרת

הצביעה על כך שנוכח ההלכה שנפסקה בפסק הדין, מעבידים אשר מצאו עצמם בעמדת נתבעים בבית הדין לעבודה החלו לטעון כי לא מוטלות עליהם החובות האמורות. לטענתה, הדברים קשים שבעתיים נוכח העובדה כי עובדי הסיעוד הינם עובדים מוחלשים ביותר, אשר בשל מצוקתם הכלכלית וחוסר התמצאותם בנוהגים המקומיים חשופים ביתר שאת לפגיעה בזכויותיהם. מצבם מחייב, לטענת העותרת, אכיפה נוקשה במיוחד של חוקי המגן.

10. בנוסף, טוענת העותרת כי בהלכה שהוציא בית המשפט מלפניו טמונה בעיה מוסדית. לעמדתה, משמעותה המעשית של הוצאה גורפת של עובדי הסיעוד מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה הינה "חקיקה שיפוטית" של חריג נוסף לחוק. לכן, העותרת סבורה כי אף משיקולים של שמירה על מערכת היחסים הראויה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, דין פסק הדין להתבטל.

בנוסף לאלה, חוזרת העותרת על הטענה שהועלתה בהליך מושא הדיון הנוסף, לפיה החרגת עובדי הסיעוד מתחולת החוק מהווה הפליה אסורה על רקע מגדר ולאום.

טענות המשיבים

11. המשיבים 2-4, עיזבון המטופלת, וכן ילדיה, שבו והדגישו בטיעוניהם את מצוקתם של המטופלים הסיעודיים, שאין בידם האמצעים לשלם את הסכומים הנוספים הנדרשים לפי טענות העותרת. במיוחד עומדים המשיבים על החשש לפיו יחויבו מטופלים סיעודיים רבים באופן רטרואקטיבי בתשלום עבור שעות נוספות לעובדים הסיעודיים אשר מועסקים אצלם. המשיבים מצביעים על כך שהשתתף התשלום עבור שעות נוספות על אוכלוסיית הקשישים והמטופלים הסיעודיים תיצור הפליה על בסיס כלכלי, שכן רק האמידים מביניהם יוכלו להיזקק לשירותיהם של המטופלים.

המשיבים מסכימים, אומנם, כי ייתכן וישנה בעייתיות בכך שאין מוטלת חובה על המעסיקים לשלם לעובדים הסיעודיים עבור עבודה בשעות נוספות, אך לעמדתם יש להסדיר את העניין בחקיקה, אשר תבהיר סופית את המצב המשפטי תוך התחשבות בכלל הגורמים המעורבים בדבר.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

12. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה מאמצת, בעיקרה, את עמדת העותרת. על כן, נציג את עיקריה בלבד, תוך התייחסות מיוחדת לטענות שלא הופיעו בטענות העותרת. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה אין לקבוע באופן גורף כי החוק

אינו חל על עובדי הסיעוד, כל עוד לא קיים מנגנון חלופי אשר ימנע את קיפוח זכויותיהם, תוך שהוא מביא בחשבון את אופייה המיוחד של העבודה בתחום הסיעוד הביתי. עמדה זו מושתתת, בין היתר, על הנחתו לפיה תבנית ההעסקה המיוחדת של עובדי הסיעוד הגרים בבית המטופל אינה נוגדת את תכליתו ואת הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה. אכן, היועץ המשפטי לממשלה עומד על כך שבתחום תעסוקתי זה קיים "טשטוש גבולות" בין שעות העבודה לבין שעות הפנאי של העובד, הנובע ממתכונת העבודה הייחודית לתחום; אלא, שאותו טשטוש גבולות עשוי להיות מופחת, לעמדתו, דווקא על ידי החלת חוק שעות עבודה ומנוחה בעניינם של העובדים בתחום. היועץ המשפטי לממשלה אינו מתעלם מכך שישנו קושי בהוכחת שעות העבודה, אך לעמדתו לצורך מיתונה של בעיה זו ניתן לחייב את המעסיק לשלם לעובד תגמול בגין שעות נוספות על בסיס מתכונת העבודה הכללית. חוסר הוודאות שייווצר בעניין זה ידעך, לראיתו, עם חלוף הזמן, כך שלא יהיה צורך לפנות לבתי הדין לעבודה לשם בירור גובה התגמול לו זכאי העובד, אלא במקרים קיצוניים.

ברמה הכללית יותר עומד היועץ המשפטי על כך שלשחיקת הקוגנטיות של חוק שעות עבודה ומנוחה עשויות להיות השלכות על כלל יחסי העבודה בישראל, משהיא עלולה לפתוח פתח ל"מרוץ לתחתית" בכל הנוגע לשכרם ולתנאי העסקתם של עובדים בכלל, ובמיוחד בעניינם של עובדים חלשים.

13. יובהר, כי לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה על המחוקק להידרש לסוגיה ולהסדירה. אלא, שלגישתו חקיקה לא תוכל להיות תחליף להכרעה של בית משפט זה בעתירה לדיון נוסף. זאת, משתי סיבות עיקריות. ראשית, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה הקביעות העקרוניות המופיעות בפסק הדין מעוררות קושי משפטי, החורג מעניינם של עובדי הסיעוד, כפי שפורט לעיל. בנוסף לכך, עומד היועץ המשפטי על כך שלעת הזו, כאשר אין בנמצא הסדר חקיקתי בעניינם של עובדי הסיעוד, ומשלא נראה כי הסדר כזה עומד להתגבש בזמן הקרוב, יש צורך בהסדרת התחום ובהכרעה שיפוטית לגבי המצב המשפטי הנוכחי.

התפתחויות שחלו לאחר הגשת כתבי הטענות

14. בדיון שהתקיים ביום 15.11.2011 הוחלט, בעקבות דין ודברים עם באי כוח הצדדים והיועץ המשפטי לממשלה, לבקש את עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (תמ"ת), בשאלה של קידום חקיקה שתסדיר את הסוגיה העומדת במוקד ההליך. ביום 10.1.2012 הגיש היועץ המשפטי לממשלה הודעה, במסגרתה פירט את המהלכים שנעשו לשם קידום החקיקה. ביום 15.5.2012

הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי טרם גובשה עמדת הצוות המקצועי האחראי להתוויית הסדר חקיקתי בתחום. הערכת היועץ המשפטי הייתה כי עבודת המטה הנדרשת לצורך כך תימשך עוד שלושה חודשים לפחות. כמו כן נאמר בהודעה, כי לדעתו של היועץ המשפטי העבודה הנעשית בנושא לא תייתר הכרעה שיפוטית.

15. עוד יצוין, כי בהודעתה מיום 9.1.2012 עדכנה באת-כוח העותרת כי הקשר עם העותרת ניתן, וכי לא ניתן לאתר את העותרת. חרף זאת, הודיעה באת-כוח העותרת כי תמשיך לייצג את העותרת בהליך הנוכחי. לצד זאת טענה באת-כוח העותרת כי נוכח חשיבותה של השאלה המשפטית הנדונה בהליך זה, יהיה זה מן הראוי לצרף את עמותת "קו לעובד" להליך, כעותרת ציבורית. בהמשך לכך הוגשה בקשה מטעם באת-כוח העותרת, הפעם בכובעה כפרקליטת עמותת "קו לעובד", להצטרפות להליך כעותרת.

דיון והכרעה

16. כפי שצוין בהרחבה בפסק הדין נושא העתירה לדיון נוסף, הסוגיה הניצבת לפתחנו בהליך זה הינה סוגיה קשה וסבוכה. היא קשורה בטבורה לשאלות מתחום המדיניות הסוציאלית והכלכלית. הדיון בשאלות שעלו, כמו גם התווית ההסדר הראוי בעניינן, מצריכים ידע מקצועי רחב ומקיף, שאינו מצוי בידי בית המשפט, ואשר לבית המשפט אין את הכלים לאספו ולעבדו. מעצם טיבן, שאלות מסוג זה אינן יכולות להתלבן כראוי בהליך שיפוטי. את הפיתרונות המתאימים יש לגבש בצורה מושכלת בזירה הפוליטית והציבורית, תוך העזרות בגורמים מקצועיים אשר יקדישו לכך את הזמן והמשאבים הנדרשים. המגוון הרב של מקרים אשר הובאו לפני בתי הדין לעבודה בסוגיה הנדונה וההכרעות המגוונות שניתנו, כפי שפורט בפסק הדין, מעידים על המורכבות הרבה הכרוכה בסוגיה שבמוקד הליך זה. המקרים הפרטניים, החוסים תחת ה"מטריה" של הסוגיה הכללית-עקרונית הנדונה בהליך זה, נבדלים האחד מהשני בצורה משמעותית, וכמתחייב מכך, גם בהסדר המשפטי הראוי להם. לבית משפט זה אין אפשרות לגבש הסדר שיענה על מגוון הבעיות שמעוררים מקרים אלה, ולעמוד על מכלול ההשלכות שיהיו לפסיקתו, המיוחדת, מטיבה, לדיון כללי בסוגיה העקרונית הבאה בפניו. תחום זה מצריך הסדרה יסודית ומקיפה, אשר תטפל בבעיה מן השורש (לעניין זה ראו: אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 854-857 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)).

17. זאת ועוד, ההתמודדות עם הסוגיה שעלתה בהליך דנא מציבה את בית המשפט בפני דילמה, שכן מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק. בהכרעה לכאן או לכאן טמונה, מטבע העניין, פגיעה באחת

מהקבוצות הללו. הדברים פורטו בפסק הדין. חזרנו על הדברים אף במסגרת הליך זה, עת ציינו בהחלטתנו מיום 15.11.2011 כי "החרגה גורפת של העובדים והעובדות הסיעודיים מתחולת חוקי המגן אינה הפיתרון להכרעה במצב בו נושאות קבוצות מוחלשות על גבן תוצאה שאינה הולמת את הצרכים הבסיסיים שלהן." אנו ערים לתוצאה הקשה הכרוכה בפסק הדין, אך למרבה הצער, דומה שאין מנוס מכך, נוכח היכולת המוגבלת של בית המשפט לגבש פיתרון מספק לבעיה אשר עומדת בבסיסו של הליך זה.

18. מנגד, כפי שצוין בפסק הדין (ראו שם, בפיסקה 11), אף הפיתרון שהוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה, לפיו עניין חישוב השעות ייתברר בכל מקרה לגופו בפני בית הדין לעבודה, נראה כבלתי מספק. זאת, ולו מן הטעם שפיתרון זה עלול ליצור מעמסה כבדה על המטופלים הסיעודיים; וכן, משום שכפי שנלמד מעיון בפסיקתו, דומה שבית הדין הארצי לעבודה עצמו לא גמר בדעתו מהי המסקנה המשפטית הראויה בענייננו, ואף במסגרת ההליכים שבאו בפניו עלה הקושי במתן מענה מתאים לבעיה במסגרת ההליכים המשפטיים.

19. דברים אלה הובילונו למסקנה לפיה הבעיה הקשה שבאה בפנינו בעתירה זו יכולה לבוא על פתרונה אך ורק במסגרת הסדר חקוק. בעקבות דברים שנאמרו בפסק הדין (ראו שם, בפיסקה 11, 28) שבנו וקראנו למחוקק לשים ליבו אל העניין, ולגבש פיתרון לבעיה הכאובה של תגמול ראוי לעבודתם של עובדי הסיעוד (ראו החלטתנו מיום 15.11.2011). כפי שפורט לעיל, עודכנו על ידי היועץ המשפטי, מעת לעת, בדבר התקדמות עבודת המטה שנתבצעה בניסיון לחתור לפיתרון כזה. יש לקוות שהליכים אלה יושלמו במהרה, וכי נזכה להסדרה מקיפה ומושכלת של הנושא בזמן הקרוב.

20. לשם השלמת התמונה נציין נתון נוסף, אשר נמצא אף הוא ברקע החלטתנו. כפי שצוין, הקשר בין העותרת לבאת-כוחה ניתק. ככל הנראה, העותרת אינה מצויה עוד בתחומי מדינת ישראל. דומה, שמצב דברים זה מדגים את הקושי הנעוץ בהליך דנא, במסגרתו נדחק בית משפט זה לקבל הכרעה אשר השלכותיה המעשיות – בכלל זה השפעתה על עניינה של העותרת עצמה – לוטות בערפל. הדיון בהליך זה נסחף, פעמים רבות, למחוזות עקרוניים ואידיאולוגיים; בסערת העיסוק בהם נשתכח עניינה הפרטני של העותרת, והדבר מעיד אף הוא על אופיו הכוללני של הדיון בעתירה זו.

21. לפיכך, ובשל מכלול הנסיבות האופפות הליך זה, הן אלה הקשורות באופייה של הסוגיה שנדונה לפנינו, והן אלה הנוגעות להתפתחות הדברים בהליך, ובמיוחד

מאחר שנעשים מאמצים להסדרת הנושא בחקיקה, וכך ראוי, באנו לכלל מסקנה כי אין לשנות מההכרעה שנתקבלה בפסק הדין.

22. לאור תוצאה זו, וכן נוכח טענותיהם של הצדדים בהליך זה, יובהר כי פסק דינו אינו מייסד הלכה עקרונית וגורפת, לפיה כל אימת שהמציאות בשוק העבודה אינה תואמת את רוח חוקי העבודה, המסקנה תהא כי אין לחוקים אלה תחולה. קביעותינו בפסק הדין מיוחדות לסוגיה הספציפית אשר באה בפנינו במסגרת הליך זה, אשר כפי שפורט בפסק הדין, מעלה בעיות ייחודיות וחריגות. אין בפסיקתנו זו כדי לפגום בקוגנטיות של חוקי המגן באופן כללי או להביא למהפכה בדיני העבודה, על דרך ערעור על מושכלות יסוד באשר למעמדן של חוקי המגן וכללי הפרשנות הנוגעים להם.

23. העתירה נדחית אפוא. לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתו של חברי הנשיא. אכן כשלעצמי אמנם איני נמנה על המצמצמים ביתר את אפשרות הפרשנות השיפוטית לכיוונים שיש בהם משום חרישת תלמים חדשים. העובדה שטחנות החקיקה טוחנות לאט, ושלעתים פרשנות שיפוטית יכולה ליתן מענה לצורך חברתי, ציבורי או אנושי דוחק – לא אחת שלושת אלה גם יחד – היא נר לרגלי. גם מובנת לי גישתו של היועץ המשפטי לממשלה, המבקש לתקן מה שנראה לו טעון תיקון במצב הקיים בהקשר עבודתם של עובדי סיעוד, ולסייע גם לתיקון עולם.

ב. ואולם, חוששני שהמקרה דנא מורכב ומציג שאלות שמסביב רבות מכדי שהליך שיפוטי יוכל לפתורן באופן מושכל ומקצועי. כפי שציין חברי, השאלות הספציפיות של שעות נוספות, שעלו בראשונה, הציפו את השאלה הרחבה של תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 בתחום הסיעוד. השאלות עולות בתחום חוזי העבודה, חקיקת המגן ותחולתה, נושאי המשפט הבינלאומי (האמנות), וכמובן הדיפרנציאציה בין עובדי סיעוד. ברי, למשל, כי לא הרי עובדי סיעוד המטפלים בנכים קשים ביותר שעבודתם דורשת התמסרות עתירת שעות, כהרי המטפלים בקשישים – בחלקם – או בבעלי מוגבלויות קלות יותר, שלעתים שעות עבודתם הממשיות אינן

רבות. עולות שאלות בעניין אמת המידה לקביעת השכר במקום שראוי להגדילו, האם בשכר הבסיסי או שמא בתוספת שעות נוספות, או אולי בדרכים אחרות, כגון "שכר גלובלי" מותאם, או "תוספת גלובלית" מותאמת. כל אלה אינם מסוג הדברים שבית המשפט יכול להכריע בהם ובודאי לא, אגב מקרה פרטני; התמונה הכוללת אינה לנגד עיניו, וגם לא ההתפרסויות הפרטניות. יהיו בעלי מוגבלויות שלגביהם כמעט כל תוספת לא תפצה את העובד הסיעודי על המסירות וההקרבה ללא שעות, ויהיו כאלה שיום העבודה לגביהם נינוח. אלה ואלה יידרשו ככלל לעבודה כזאת או אחרת גם בשעות ערב ולילה, ובסופי שבוע למעט יום המנוחה השבועי. הדעת נותנת כי יש משקל רב לדעה (דעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה) המחריגה את הסיעוד מן החוק על פי סעיפים 30(א)(5) – אמון אישי, ו- 30(א)(6) לחוק – חוסר אפשרות של פיקוח נוכח תנאי העבודה ונסיבותיה. אך גם לשיטה זו, עדיין עולות השאלות מהי "עבודתו הרגילה" של עובד סיעוד, מהו התגמול הראוי לעבודה מאומצת יותר, וכיצא בזה. לא ייפלא כי שופטים מנוסים מאוד של בית הדין הארצי לעבודה, שמומחיותם בכגון אלה, נחלקו כפי שנחלקו; ראו לעניין זה א' ברק-אוסוסקין, "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב", 99 אליקה ברק-אוסוסקין (תשע"ב-2012), 59, 95-99; וראו גם פסק דינה בע"ע (ארצי) 1267/04 זכריה נ' עזבון המנוחה ליזה קימלמן (2006). לכל אלה אין בידי בית משפט זה להשיב באופן מושכל בנסיבות תיק זה ולעת הזאת. אוסיף, כי שאלות תפקידם של בתי המשפט בנושאים מעין אלה אל מול תפקיד המחוקק עולות גם בארה"ב, כגון בשאלת ביטוח הבריאות (ראו, למשל, Neal A. Katyal, "A Pyrrhic Victory", New York Times 28.6.12).

ג. על כן, גם אם פורמלית-משפטית יכולנו להשיב על השאלה שהוצבה לדיון נוסף, קרי, תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד, התשובה הנדרשת והראויה לא תהא לאמיתה באמתחתנו: "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" אמרו חכמים (ברכות ס"א, א'). חברי הנשיא דיבר בשתי קבוצות מוחלשות; אכן כך הוא. מחד גיסא רואה אתה לנגד עיניך נכה קשה וקשיש חולה המוטלים במיטתם ותלויים כל כולם בעובד הסיעודי, ומאידך גיסא אתה רואה את העובד העלול לעתים, לא תמיד, לכרוע תחת הנטל; וכמות שנאמר בבג"ץ 4007/11 ליאנגי נ' הכנסת (2011) "על המחוקק, ואף עלינו, להפנות את פנינו אל כלל החלשים" (פסקה י"ג); שאלות המתח שבין זכויות העובדים הסיעודיים ורווחתם לבין זכויות המטופלים באות לידי ביטוי בהליכים שונים, כמו בבג"ץ 4007/11 הנזכר וכן בבג"ץ 1834/09 דורון נ' רשות האוכלוסין, החלטה מיום 25.6.12. העיקרון של החלת חוק שעות עבודה ומנוחה וטיפול בכל מקרה לגופו – וברי כי היועץ המשפטי לממשלה שוחר טוב – חוששני שאינו פותר חלק ניכר מן השאלות הקשות. על כן, כאמור, ראויה התערבות המחוקק. איני שולל גם כשלעצמי את

האפשרות (שהעלה חברי השופט מלצר) לשימוש בסעיף 4 לחוק שעות עבודה ומנוחה, המאפשר בין היתר קביעת תקנות לעניין "יום עבודה מופחת" לעובד בשל בריאותו או "יום עבודה יתר" לעניין מוסדות לטיפול בחולים, זקנים או ילדים. מכל מקום, זהו אתגרו של המחוקק.

ד. כאמור, מצטרף אני לחברי הנשיא. לקראת כנסת חדשה, יפה שעה אחת קודם לחקיקה ראויה.

ה. לאחר שנכתבו דברי הקצרים באו לעיוני חוות דעתם המקיפות של חברותיי השופטות ארבל וחיות וחברי השופט הנדל. חברותיי סבורות כי תוך חוק שעות עבודה ומנוחה חל בנידון דידן, ועל כן יש לשלם שעות נוספות לפי נסיבות כל מקרה, ואילו חברי אינו סבור שהחוק חל, אך לטעמו כל עוד לא עשה המחוקק מלאכתו יש מקום ל"הגנה מן הצדק" על עובדי הסיעוד הזרים, בדמות תוספת של 20% לשכר המינימום.

ו. חברתי השופטת ארבל מזכירה, כי מאז פסק דינו של בית משפט זה נשוא הדיון הנוסף לא עשה המחוקק מלאכתו, ובינתיים באי עשיה יש הטיה לטובת המטופלים כנגד העובדים הזרים; על כן, עם שראוי כי המחוקק יעשה מלאכתו, יש מקום לפתרון שיפוטי. השופטת ארבל אינה סבורה כי עסקינן בחריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה, הן לעניין אמון אישי והן לעניין אי אפשרות הפיקוח; נסקרה הפסיקה בעניין שעות נוספות, ונאמר כי יש לראות שעות שהות עם המטופל כשעות תורנות, למעט שעות הלילה ומנוחה ושעות אירוח. על כן לשיטת חברתי יש מקום להחלת החוק, וככל שהמדובר במטופלים אין ליתן בידם את המפתח, וניתן למצוא לגביהם פתרונות פרטיים ואף ציבוריים למזעור הקושי, הכל לפי המקרה. לטעמה, אילולא הוכרה חובת התשלום המשמעות היא העסקת 7 ימים בשבוע, 24 שעות, בתשלום שכר מינימום, ומכאן פגיעה קשה בעובדים.

ז. חברתי השופטת חיות סבורה, כי אין להוציא מגזר שלם של עובדים מגדר תחולת החוק בלא הוראה בחוק, וכי המציאות מקדימה את המחוקק ויש ליתן פתרונות; ואין לראות את הדברים כמאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, המטפלים והמטופלים. על המדינה לומר דברה וליטול אחריות. סוף דבר, דעת השופטת חיות כזו של השופטת ארבל.

ח. חברי השופט הנדל סבור כי אמנם חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל, לא בשל החריגים שבחוק אלא בשל קושי יישומי להחיל את החוק על תפקיד שאינו תואם את

הוראותיו הבסיסיות, והעדר התאמה של תנאי העסקה בסיעוד לתנאי החוק; ונחוץ איפוא הסדר מתאים לנושא על ידי המחוקק. ואולם, בינתיים נוצר "חור שחור" של קבוצה נעדרת קול וייצוג (אלא על ידי עמותות), ועל כן יש להפעיל את רוח חקיקת המגן בפתרון מן הצדק, וכפתרון ביניים יש מקום להעניק גמול של 20% שמעבר לשכר המינימום גם אם הוא גורף ואינו תואם כל מקרה. עוד נדרש חברי לפסיקה המשוה וגם למשפט העברי.

ט. דברי חברותיי וחברי שובי לב. הם נכתבו מתוך רגישות ודאגה כנה לעובד הזר שאכן מצוי בארץ שאינה ארצו, וכשם שבית המשפט הוא אבי יתומים, הוא צריך גם להיות אביו של "הגר הגר אתכם" (ויקרא י"ט, ל"ד). ד"ר מיכאל ויגודה ("הזיכרון והמשפט", פרשת השבוע, שמות, 79) מביא את דיני התורה ואמרותיה לענין ההגנה על החלשים "כי ה' אלהיכם הוא אלהי האלהים ואדני האדנים, האל הגדל הגבר והנורא אשר לא ישא פנים ולא יקח שחד. עשה משפט גר יתום ואלמנה, ואהב גר לתת לו לחם ושמלה" (דברים י', י"ז-י"ח). ואכן, העובד הזר הוא חוליה חלשה בחברה, וטוב ויפה וראוי שישנן עמותות התומכות בו. אלא שלטעמי הפתרונות שמציעים חבריי אין בהם כדי לפתור את בעייתו האמיתית של המעסיק המטופל במקרים רבים, ואדרבה, עלול להיות מוטל עליו נטל שלא יוכל לעמוד בו. בית משפט זה אוזנו צריך שתהא כרויה גם לכך; הוא גם אביהם של חולים וקשישים. דילמה זו אינה מצטמצמת למקרה דנא. היא תוצאה של מציאות חברתית מורכבת שאין בה "מרשם מחשב" לצדק מוחלט. בבג"צ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (2006) הגן בית המשפט על חרותו של עובד זר כדי להבטיח שלא ייכפה עליו לעבוד אצל מעביד פלוני, ולא ייכבל אליו; ובעקבות זאת בא תיקון חקיקה (תיקון מס' 21 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952). והנה באה זעקה ממטופלי סיעוד נוכח צרכיהם המיוחדים (בג"ץ 1834/09 דורון נ' משרד הפנים (ראו בין השאר החלטה מ-25.6.12)), ועניינה הגנה על מטופלים סיעודיים מפני נטישת מטפלים, ובמהלך הדיונים בו פורסם ביום 24.7.12 נוהל המטיל על העובד הזר בענף הסיעוד המבקש להתפטר חובת הודעה מראש של בין שבוע לחודש מראש, בהתחשב בתקופת ההעסקה; ובהמשך יותקנו תקנות לעניין זה. הסוגיה אינה איפוא חד כיוונית. אכן, לא על העובד הזר לפתור את בעיות המעסיק המטופל, והמדינה אינה פטורה מתרומתה שלה במישורים הרגולטוריים, ועליה המלאכה לקידום חקיקה או חקיקת-משנה מתאימה. ואולם, איני בטוח, והדברים נאמרים בכבוד לחברי, שבידינו הכלים הצודקים לפתרון הסוגיה, וחלילה לפתור קושי בעוולה, אף שכמובן אין איש מעמנו רוצה בכך.

י. לא אחזור על שכתבתי מעלה, אך אטעים כי לטעמי רחוקים אנו מאוד מן הכלים הנאותים להכרעה באורח צודק, כשהמדובר לא במקרה פרטני אחד אלא

בהשלכות רוחב על עשרות אלפים, ובגישה שנהגה לאורך שנים רבות (ראו בג"ץ 547/85 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי פ"ד מ(1) 113, 145-146, בחוות דעת השופט (כתארו אז) ברק)) משמעות החלתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד הזרים – כדעת חברותי – אינה יכולה להיות אלא תביעות עד אין קץ, בסוגיות פרטניות, שהוכחתן לעתים קרובות אינה פשוטה, לשון המעטה, ולא כל שכן כשמדובר בקשישים ובחולים שמצבם, אם הפיסי ואם הקוגניטיבי, מקשה עליהם להעיד. אכן, חקיקה מתאימה אמורה להידרש לדירוג הקושי שבו המטפל מצוי, אך בלעדית ובלעדי בחינה ראויה של הסוגיה, על-ידי ועדה ציבורית-מקצועית, האם נוכל אנו באמת ובתמים להגיע לתוצאה שהיא גורפת וצודקת בעת ובעונה אחת? לבי עם המטפל העובד הזר מקום שהוא כורע תחת הנטל (ויש גם כאלה), אך לבי גם עם המטופל שלא אחת אין לו פה של ממש, גם אם הוא ישראלי. האם המקרה הפרטני שלפנינו עצמו, שתואר על-ידי חבריי ולא אחזור, הוא מאפיין? מקרים פרטניים רבים אחרים מאפייניהם שונים בתכלית. אכן, על פניו תפקידים "הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי" נכרכים עם "עובדים בתפקידי הנהלה" בסעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, שנועד לכאורה למקרים של עובדים בכירים. אך מדוע נפרש זאת דווקא כך בעולם שהשתנה? בהצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, תש"י-1950, הצעות חוק תש"י 157, נדרשים דברי ההסבר במיוחד לשתי החלופות – של סעיף 30(א)(5), וסעיף 30(א)(6) שעניינו "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם". נאמר בדברי ההסבר, כי החרגתם באה "בגלל היותם נתונים, לרוב, במצב מיוחד, ואין הם נזקקים להגנת החוק בדבר שעות עבודה, ולעתים אין כל אפשרות מעשית לבצע ביחס אליהם את הפיקוח על שעות העבודה". אולם אמון אישי, במובן התכליתי – ופרשנות תכליתית היא מאשיות עיסוקנו השיפוטי – אינו מצטמצם לבכירים; העובד הסיעודי המטפל בקשיש ובאדם בעל המוגבלות בביתם אינו זהה לדוגמאות של רופא ואחות שאדם מפקיד גופו בידיהם בעת שהותו בבית חולים. במקרה של העובד הסיעודי הזר בבית המטופל לא אחת מדובר על הרבה מעבר לטיפול בגוף – העובד הזר במקרים רבים הוא גם הקניין לרכוש מצרכים לבית, והמחזיק בכספו של המעסיק (ולא לכולם יש משפחה תומכת ומעורבת).

יא. האם אין נדרש אמון אישי? והאם תמיד ניתן לפקח? אתמהה. ואשר לדעת חברי השופט הנדל, חוששני כי עמדתו, הנובעת מרצון לסייע נוכח מצוקת המחדל החקיקתי, עשויה לסייע במקרים מסוימים – ולהיות בעלת אפקט הפוך במקרים אחרים.

יב. אחר כל אלה באה לפני חוות דעתו המעניינת של חברי השופט ג'ובראן, הבא חשבון עם התנהלות המדינה. בין היתר הפנה זרקור להוראות חוק עובדים זרים,

תשנ"א-1991, ולרלבנטיות שלהן לסוגיה דנן. בעיני הערותיו מעצימות את הצורך בפעולת המחוקק או מחוקק המשנה בענייננו שלנו. אכן, לפי סעיף 1ג(ב)(7) לחוק עובדים זרים על חוזה העבודה של העובד הזר לקבוע את "אורכו של יום העבודה הרגיל או את שבוע העבודה הרגיל של העובד הזר, לרבות יום המנוחה השבועי". נזכור כי המחוקק החריג את עובדי הסיעוד מסמכות הממונה על עובדים זרים (סעיף 1לא(3)), תיקון מתש"ע, ובית משפט זה בפרשת ליאנג'י הנזכרת, לא התערב בכך לעת הזאת. הדבר מוסיף טעם לצורך בטיפול המחוקק בענייננו שלנו, תוך הוגנות כלפי כולי עלמא.

יג. עיינתי בדברי חברתי המשנה לנשיא נאור. בין היתר נאמר בה (פסקה 4), כי "אחריותנו כחברה לדאוג לחלש ולדל שבתוכנו". על כך לא יתכן חולק. אך החלש והדל במקרה זה איננו רק העובד הסיעודי; המטופל הסיעודי במקרים לא מעטים אף הוא בקטגוריה זו. חברתי מציינת כי חרף החשש לפגיעה במטפלים הסיעודיים, נטוע דיוננו בתוך דיני העבודה, אף שאין מדובר בתבנית העסקה "רגילה". לטעמי איננו יכולים להפריד בין דיני העבודה לבין המאטריה האנושית בה עסקינן כשהמדובר במעביד הסיעודי. עלינו להיות גם לפה לו ולהגן גם עליו; ולשיטתי, כפי שציינתי (פסקאות י' ו"א) ניתן להחיל אף את החריגים שבסעיף 30(א) לחוק. כך או אחרת, לטעמי פרשנותנו צריכה להיות כוללת, מגן לעובד אך גם מגן למטופל הסיעודי שאינו המעביד ה"רגיל", ואשר משתייך למי שהגנת החוק פרוסה עליהם, וצריכה להיות פרוסה עליהם, בהקשרים אחרים – בעלי מוגבלויות קשות או תשושי כוח.

יד. וגם משהגענו הלום עדיין מציקה וטורדת השאלה, הרי אין המחוקק עושה לפי שעה מלאכתו (ואף לא מחוקק המשנה כדברי חברי השופט מלצר שהוזכרו מעלה), ומה בדבר אותם עובדים סיעודיים שבכל זאת עובדים מעל ומעבר? האם "ואהבת את הגר, כי גרים הייתם בארץ מצרים" (דברים י', י"ט) אינו מחייב אותנו למזור כלשהו? התחבטתי מאוד בשאלה זו, אך שוב ושוב הגעתי לכלל מסקנה כי התיחסות גורפת עלולה לגרום עוול למטופלים, שגם כך חיהם עמוסי סבל ולא אחת קשיים כלכליים, ולכך לא אוכל ליתן יד. המחוקק, עורה! מחוקק המשנה, עורה! עורה ועשה מלאכתך, תוך הדירוג והסיווג הראוי. איני רוצה להגיע למצב שבו בית המשפט מתוך מצוקה של מחדל המחוקק, ינקוט צעד שיועיל לאלה אך יגרום חלילה עוול לאלה. במקרה זה מפתח הידע, הסיווג והצדק הוא בידי המחוקק, והיועץ המשפטי לממשלה, הפועל בקשר גומלין עם המחוקק, יתן בודאי דעתו לכך, ויפה שעה אחת קודם.

השופטת ע' ארבל:

“תורה אחת ומשפט אחד,
 ?היה לכם, ולגר, הגר אתכם”
 (במדבר טו, טז).

הסוגיה שהוצגה לדיון בפנינו היא שאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד, וכתוצאה מכך האם זכאים עובדים סיעודיים לגמול עבור שעות נוספות.

רקע והשתלשלות ההליכים

1. העותרת, עובדת זרה מהפיליפינים, הועסקה אצל המשיבה 2 (להלן: המשיבה), שהלכה בינתיים לעולמה, במשך שנה. כמחצית השנה הועסקה העותרת תמורת 500 דולר לחודש (כ-2,050 ₪), ובמחצית השנה השנייה תמורת 550 דולר לחודש (כ-2,255 ₪). בנוסף קיבלה 50 ₪ לשבוע עבור "דמי כיס" ונסיעות. העותרת התגוררה עם המשיבה ותפקידה המרכזי היה השגחה עליה בכל שעות היממה, מאחר שהאחרונה היתה מחוברת למכונת הנשמה. העותרת היתה צריכה לדאוג שצינור הנשימה לא יתנתק ממכונת ההנשמה, ולבצע פעולות ניקוז של הפרשות ריר מדי מספר שעות, כולל במהלך הלילה. כמו כן היתה העותרת עושה עבור המשיבה עבודות משק בית, כגון ניקיון וכביסה. מהות עבודתה חייב את העותרת להישאר צמודה לבית בכל שעות היממה. עם זאת, במהלך היום העותרת ישנה כשעתיים-שלוש בשעות המנוחה שלה, ושעה ביום הזמינה חברות להיות איתה בבית.

2. לאחר סיום העסקתה פנתה העותרת בתביעה לבית הדין האזורי לעבודה לקבלת פדיון ימי חופשה, דמי הבראה, הפרשי שכר מינימום לכל התקופה וכן שכר שעות נוספות עבור 4 שעות נוספות בכל יום. בית הדין האזורי (כב' השופטת ח' בן-יוסף ונציג הציבור מר ר' אבל) קיבל חלק מתביעתה של העותרת והורה על תשלום הפרשי שכר מינימום, אך זאת תוך התחשבות בהוצאות מגורים עבור העותרת ודמי הכיס ששולמו עבורה. באשר לתביעה הנוגעת לשכר שעות נוספות נקבע כי בין הצדדים שררו יחסי אמון, ולפיכך חל ס' 30(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951

(להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה או החוק) המוציא העסקה כזו מתחולת החוק. כן צוין כי עיקר עבודתה של העותרת היה השגחה על המשיבה, כך שהיתה יכולה לעסוק בענייניה מרבית שעות היום. לפיכך נדחתה תביעתה של העותרת לגמול עבור שעות נוספות.

3. על פסק הדין הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, שם נחלקו הדעות. דעת הרוב (מפי השופט י' פליטמן, בהסכמת נציג העובדים, מר ש' חבשוש, ונציג המעבידים, מר י' בן יהודה) סברה כי חלים החריגים הקבועים בס' 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק, ולפיכך העותרת אינה זכאית לגמול שעות נוספות. נקבע כי המשיבה לא יכלה לפקח על שעות העבודה של העותרת, וכי מדובר בתפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון. כן נקבע כי זמן העבודה הממשי של העותרת אצל המשיבה הגיע עד כדי שעתיים ליום, וכי ברוב שעות היום היא היתה פנויה לעסוק בענייניה כרצונה בבית המשיבה, שהיה גם ביתה. תעסוקה זו דומה יותר לכוננות ואינה מזכה בגמול שעות נוספות. השופט פליטמן עמד על הקושי והדואליות של העסקה המשלבת מקום עבודה ובית. כן ציין השופט פליטמן כי מסקנה לפיה כל שעות היום מעבר ל-8 שעות עבודה מצריכות תשלום עבור שעות נוספות, תגרום לכך ששירותי סיעוד יהיו נחלתם של העשירים בלבד, ולא תהיה משמעות לגמלת הסיעוד הניתנת על ידי המדינה בדיוק למטרה זו. לדעתו, בעיית שכרם של עובדי הסיעוד צריכה להיפתר בחקיקה מיוחדת.

4. דעת המיעוט (מפי השופט ע' רבינוביץ) סברה, לעומת זאת, כי החריגים של חוק שעות עבודה ומנוחה לא חלים על העניין דנן. נקבע כי לאור תכליתו של החוק אין מקום לקבוע כי החוק אינו חל על עובדי סיעוד. העבודה בביתו של אדם לא הופכת אותה לכזו הדורשת מידה מיוחדת של אמון. עבודות רבות דורשות מתן אמון גבוה בעובד, אך תכלית החוק לא חלה מקום בו מתכונת שעות העבודה ברורה ואינה שנויה במחלוקת. כמו כן הפיקוח על שעות העבודה יכול להתבצע פעמים רבות על ידי המטופל עצמו, ואם לא, בדרך כלל מבוצע על ידי בן משפחה אשר בודק בצורות שונות את נוכחותו של המטפל. השופט רבינוביץ בדק את מתכונת העבודה של העותרת, כפי שהוכחה בראיות שהוצגו בפני בית הדין, וקבע כי העותרת הקדישה את כל עיתותיה למשיבה, ככוננית וכמשגיחה, גם אם לא היתה עסוקה בביצוע משימות ספציפיות עבורה. כן נקבע כי מהות העבודה של העותרת היתה השגחה על המשיבה, ולפיכך ברי כי שעות אלו בהן שהתה לצד המשיבה יחשבו כשעות עבודה. מאחר שהעותרת העמידה את תביעתה על 4 שעות נוספות בלבד, סבר השופט רבינוביץ כי יש לקבל את תביעתה במלואה. הוא הוסיף והעיר כי אין להכיר בשעות השינה של העותרת כשעות

עבודה, וכן בשעה ביום בו קיבלה העותרת אורחים, כך שממילא נותרות לעותרת 5 שעות נוספות ביום אשר יש לשלם עבורן גמול.

5. הנשיא סטיב אדלר הצטרף אף הוא לעמדת המיעוט של השופט רבינוביץ. הוא הדגיש כי השגחה במקרה זה היא עבודה אקטיבית הדורשת נוכחות רצופה בבית, ובדיקה של תקינות מכשיר ההנשמה. עם זאת ציין הנשיא כי אין לראות בכלל שעות היממה כשעות עבודה של העותרת, שכן שעות השינה שלה, והשעה בה קיבלה אורחים, הן שעות המשלבות פנאי והשגחה גם יחד ואין להכיר בהן כשעות נוספות.

על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה הגישה העותרת את העתירה מושא הדיון הנוסף שבפנינו.

פסק הדין מושא הדיון הנוסף – בג"ץ 1678/07

6. בית המשפט (מפי המשנה לנשיאה א' ריבלין, ובהסכמת השופטת א' פרוקצ'יה והשופט ח' מלצר) בפסק דין מיום 29.11.09 דחה את העתירה. נקבע כי לא ניתן להכריע בשאלה המשנית שמתעוררת בתיק זה – בעניין גמול שעות נוספות – תוך הותרת הקושי העיקרי – שעניינו בתבנית ההעסקה באופן כללי – ללא התייחסות. לפיכך סבר בית המשפט כי יש להותיר את העיסוק בבעיה הכללית, הנוגעת הן לאוכלוסיית הנכים הסיעודיים והן לעניינם של העובדים בתחום הסיעוד, למחוקק. כן עמד השופט ריבלין על הקושי להכריע בכל עניין באופן פרטני, דבר אשר יצריך את המטופלים הסיעודיים להתדיין בבתי משפט בכל מקרה ומקרה.

7. בית המשפט סקר ארבע גישות שהועלו בבתי הדין לעבודה באשר לתשלום שעות נוספות לעובדים סיעודיים. הגישה הראשונה הינה כי חלים החריגים לחוק, ולפיכך אין חובת תשלום גמול שעות נוספות. בעניין זה קבע בית משפט זה כי נראה שאין חלים החריגים בחוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים סיעודיים, לא בהתאם לפרשנות המסורתית הניתנת לחריגים אלו, ולא בהתאם לתכלית החוק. למרות זאת קבע בית המשפט כי "אכן, אף אחד מן החריגים הקבועים בחוק אינו מציע מענה פשוט למצבים האלה, אך גם התעלמות מן הצורך לחרוג מפרשנותו המסורתית של חוק המתעלם מצדו ממציאות חדשה – אין בה כדי להועיל" (פסקה 15 לפסק הדין). הגישה השנייה הינה הוספת אחוז מסוים לשכר העובדים הסיעודיים בהתאם לטיב עבודתם. בית משפט פסל גישה זו לאור העובדה שלא קיים מקור חוקי ליישומה. הגישה השלישית גורסת כי החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה אינם חלים על עובדים סיעודיים, אך יש

להכיר רק בחלק משעות היממה כשעות עבודה, אותן שעות שבו מטפל העובד במטופל בפועל להבדיל מהשעות אותן הוא מקדיש לפנאי או לשינה. בית המשפט קבע כי גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההגדרה המקובלת של שעות עבודה, וכי היא עלולה להוביל לתוצאות קשות ומרחיקות לכת לגבי הגדרת שעות העבודה בתחומי עיסוק רבים נוספים. הגישה הרביעית הינה הגישה לפיה החריגים לחוק אינם חלים, וכי ככלל כל זמן שהעובד אינו חופשי לעשות כרצונו יש לחשב את השעות הנוספות כשעות עבודה. גישה זו, כך נקבע, מבקשת להחיל רק מקצת ההסדרים הקבועים בחוק על עניינם של העובדים הסיעודיים, שכן לכאורה כל מתכונת עבודתם של העובדים הסיעודיים עומדת בסתירה לחוק. מתכונת זו חורגת ממכסת השעות הקבועה בחוק, וכן לא ניתן במסגרתה תשלום עבור עבודה בשעות נוספות. על כך אמר השופט ריבלין:

”שאלת הזכאות לשעות נוספות אינה יכולה להידון בנפרד משאלות רחבות יותר, הנוגעות לתפיסות היסוד לגבי אופיה וטיבה של עבודת הסיעוד האמורה. מתן פתרון משפטי צר, אשר בוחן רק את שאלת הזכאות לתשלום עבור שעות נוספות ומותיר את השאלה המרכזית ללא פתרון, יוביל לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד האלה ועם מטרת חקיקתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. זהו פתרון צר ומוגבל אשר עלול לפגוע בעובדים הסיעודיים ובמטופלים גם יחד” (פסקה 20 לפסק הדין).

בית המשפט הוסיף ועמד על כך שככל הנראה אי העלאת סוגית חוקיות מתכונת העבודה של העובדים הסיעודיים נובעת מהתפיסה של הגורמים השונים כי מדובר במתכונת עבודה הכרחית המשרתת את עניינם של שני הצדדים – המטופלים והעובדים. בית המשפט הדגיש כי החוק הוא מקשה אחת ולא ניתן להפריד בין שתי הסוגיות. המסקנה היתה כי “עצם ההנחה שמתכונת העבודה בתחום הסיעוד כשלעצמה מותרת מלמדת, מנייה וביה, כי אין חוק שעות עבודה ומנוחה חל בתחום זה שעל-פי מהותו מבטא חריגה רבתי מן ההסדרים הקבועים בחוק” (פסקה 22 לפסק הדין). כן עמד בית המשפט על כך שהחלה בלתי קוהרנטית של החוק עלולה לפגוע באוכלוסיה החלשה ממילא של הקשישים ובעלי המוגבלויות, אשר תשלום שעות נוספות יוביל לכך שרבים מהם לא יוכלו לעמוד בעלות העסקתם של עובדים סיעודיים כלל. דבר זה יביא לכאורה לפגיעה גם באינטרסים של אוכלוסיית העובדים הזרים.

8. מסקנתו של בית המשפט היתה כי בית הדין הארצי לעבודה לא יכול היה להגיע לתוצאה אחרת מזו שהגיע אליה, וזאת בשל הקושי ביישום החוק במקרה דנן, לרבות יישום ההוראה בדבר גמול שעות נוספות. זאת, הן משום שלא ניתן ליישם את

החוק "לשיעורין", והן מאחר שהסטייה מהחוק עשויה להתיישב עם המדיניות הכללית הראויה באשר ליישום חוקי העבודה. לסיום הביע בית המשפט תקווה כי המחוקק יסדיר את הנושא בחקיקה ייחודית לסוגיה המיוחדת בהקדם.

הדיון הנוסף

9. ביום 29.4.10 הורתה הנשיאה ד' ביניש על קיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 1678/07 בהרכב מורחב של תשעה שופטים. השאלה שהוצבה לדיון הינה תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד. טענותיהם של הצדדים פורטו בחוות דעתו של חברי, הנשיא גרוניס, ולא מצאתי לנכון לחזור ולפרטן.

10. חברי, הנשיא גרוניס, סבור כי יש לדחות את העתירה ולהותיר את תוצאת פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה על כנה. נימוקו המרכזי של הנשיא הוא שיש להותיר את ההכרעה בעניין למחוקק. מדובר בסוגיה סבוכה המערבת שאלות מתחום המדיניות הסוציאלית והכלכלית, ומחייבת הכרעה שתפגע באחת משתי קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית. אף הפתרון של היועץ המשפטי לממשלה כי כל מקרה יבחן לגופו נדחה על ידי חברי בטענה שהוא עלול ליצור מעמסה כבדה על המטופלים הסיעודיים, וכן מאחר שבית הדין עצמו טרם גיבש מסקנה משפטית ראויה בעניין. נימוק נוסף הנזכר בפסק דינו של חברי הנשיא עניינו בניתוק הקשר בין העותרת לבא-כוחה.

לאחר שקראתי את פסק דינו של חברי אין בידי להצטרף לעמדתו. להלן אפרט את טעמי לכך.

על שיקולים מוסדיים והתערבות שיפוטית

11. כאמור, נימוקו המרכזי של חברי הנשיא מתבסס על שיקולים מוסדיים. לטעמו, הסוגיה שבפנינו סבוכה מדי להתערבותו של בית המשפט ויש להותירה בידי המחוקק שלו הכלים להכריע בעניין. אעיר בקשר לכך שתי הערות. ראשית, כבר בפסק דינו של בית משפט זה מפי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, שניתן בסוף שנת 2009, לפני כשלוש שנים, נקרא המחוקק להסדיר את הסוגיה הסבוכה. מאז, כידוע, טרם הוסדרה הסוגיה והעובדים הסיעודיים עדיין ממתנים להסדרת זכויותיהם הבסיסיות. יש לציין כי במצב הנורמטיבי הנוכחי, כאשר הקבוצה הנפגעת מפסק הדין היא קבוצת העובדים הזרים, יש חשש שהמחוקק לא יזדרז להסדיר את עניינם, ובידוע אין מאחוריהם קבוצת

לחץ חזקה שיכולה לפעול למענם (ראו בג"ץ 10843/04 מוקד טיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(3) 117, 158 (2007) (להלן: עניין מוקד טיוע)). העובדים הזרים עצמם, מיותר להגיד, אינם יכולים לקדם את עניינם אצל המחוקק בעצמם (ראו עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" משפט וממשל י 273, 289 (תשס"ז) (להלן: סיטבון)). וכלשונו של הנשיא ס' אדלר בע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – מעיין, פד"ע לט 409, 423 (2004) (להלן: עניין טודוראנג'אן):

"חברה נמדדת, בין היתר, על ידי התייחסותה לחלש ולזר. לעובדים דוגמת המערערת, אין נציגות ישירה בכנסת או בממסד וזאת בניגוד לבעלי הבית המעסיקים אותם. משכך, על בית הדין להכריע בעניינם של עובדים אלה על פי תכליתו של החוק ולא על-פי כוחן של קבוצות הנהנות מעבודה "זולה"."

שנית, אם המסקנה היא שאין להתערב בסוגיה ויש להותירה לפתרון המחוקק, התוצאה היתה צריכה להיות שיש להפעיל את הדין הנוהג וההלכות הפסוקות על העניין, מבלי להתחשב בשיקולי מדיניות. אלא שגם חברי הנשיא וגם המשנה לנשיא ריבלין לפניו בחרו בתוצאה שקשה לומר כי אין בה התערבות ו"בחירת צד". התוצאה אליה הגיעו חברי משמעה שעל אף שהחריגים של חוק שעות עבודה ומנוחה אינם חלים על הסוגיה, הרי שיש לקבוע שהחוק אינו חל, וזאת מטעמים של שיקולי מדיניות. בכך, כפי שטענו באי-כוח העותרת, יש משום חקיקה שיפוטית. יש בה גם משום העדפה מובהקת של האינטרסים של קבוצת המטופלים, הקשישים והנכים, על פני האינטרסים של קבוצת העובדים הזרים. משכך דומני כי לא ניתן לומר שהשארית הסוגיה למחוקק משמעותה אי התערבות ונראה לטעמי שההיפך הוא הנכון.

12. אוסיף ואציין כי לקביעותיו של חברי הנשיא בפסק דינו יש השלכות על זכויות העובדים אף מעבר לסוגית השעות הנוספות. כפי שצינו באי כוח העותרת, מאחר שחוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על העובדים הסיעודיים בהתאם לפסק דינו של בית משפט זה, הרי שגם זכויות אחרות המעוגנות בחוק זה אינן מגיעות להם לכאורה (ראו ע"ע (ארצי) 188/06 בוג'י – קל בניין בע"מ (לא פורסם, 28.11.10)). ואכן, בפועל נפסק לאחרונה בבתי הדין לעבודה כי עובדים סיעודיים אינם זכאים לגמול עבור עבודה במנוחה שבועית (ראו למשל תע"א (אזורי ת"א) PASCUAL 1407-08 נ' פלונית (לא פורסם, 20.6.12)). הלכות אלו עשויות לחול גם על עובדים סיעודיים ישראלים, שכן לא יהיה זה נכון להבחין בינם לבין עובדים זרים סיעודיים, והדבר יגרום אף לפגיעה בזכויותיהם ולירידה מקבילה בשכרם (עניין טודוראנג'אן, בעמ' 426). מכל

מקום, במצב הקיים, בו מצויים העובדים הזרים בקשיים ובמצוקה (על מקצת אלו ראו עניין מוקד סיוע, בעמ' 137-136), ראוי הוא כי בית משפט זה ימנע פגיעה משמעותית וחסרת תקדים בזכויותיהם הבסיסיות של העובדים הנמצאים במדרג החלש ביותר במדינת ישראל.

13. אכן, מדובר בסוגיה סבוכה ואין ספק שראוי היה שתיפתר על ידי המחוקק. בידי המחוקק הכלים לבחון ולאזן בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, ובעיקר היכולת והכוח ליצור הסדר חדש שלא קיים היום בחוק בעבור עובדים הנתונים במצבים ייחודיים ושאינם דומים במצבם לצורות ההעסקה הרגילות שאליהן מכוונות הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה. עם זאת, לא ניתן להתיר ללא מענה את תקופת הביניים (שלא ניתן לדעת מה אורכה) עד שיוסדר הנושא, כאשר זכויותיה הבסיסיות של קבוצה מוחלשת ביותר נפגעות באופן ממשי ללא כל הגנה של המשפט והחוק, וזאת למרות שברור שתכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה היא להגן גם, ואולי במיוחד, על עובדים מסוגם של אלו. מתחייבת מציאת פתרון מאוזן שיגשים את תכליתו של החוק, אך גם יביא לתוצאה צודקת שתמנע פגיעה לא מידתית בכל אחת מהקבוצות הרלוונטיות. למעשה, פסיקת בתי הדין לעבודה מתמודדת לא אחת עם סוגיות דומות המצריכות פתרונות החורגים ממשוטי של חוק שעות עבודה ומנוחה. בית הדין לעבודה לא קבע כי מקרים אלו לא ידונו על ידו ולא יזכו להגנתו עד שיוסדרו על ידי המחוקק. בתי הדין מצאו פתרונות משפטיים מיוחדים לכל מצב, ועל בסיס פסיקתם, כך לטעמי, ראוי שנקבע פתרון משפטי המבוסס על תכלית החוק גם לסוגיה שבפנינו. על בסיס האמור אפנה עתה לבחינת ההלכות הקיימות בסוגיה שבפנינו ובסוגיות הסמוכות לה, ולפתרונות שנמצאו על ידי בתי הדין לעבודה בסוגיות אלו.

חוק שעות עבודה ומנוחה והחריגים לו

14. חוק שעות עבודה ומנוחה מסדיר את תבנית ההעסקה המותרת, ובכלל זה קובע את מספר השעות ביום ובמהלך השבוע בהן מותר להעסיק אדם. החוק קובע את המנוחה השבועית וההפסקות שיש לאפשר לעובד לנצל. כן מסדיר החוק את המקרים בהם ניתן להעסיק עובד שעות נוספות, ומהו הגמול שינתן לעובד תמורת השעות הנוספות. החוק הינו חוק קוגנטי המהווה חלק ממערך חוקי המגן של משפט העבודה. מטרתו, ככזה, הינה להגן על העובד ועל זכויותיו הבסיסיות בהיותו הצד החלש, בדרך כלל, אל מול המעביד, הנתפס כצד החזק במשוואה זו. באופן ספציפי תכליתו העיקרית של חוק שעות עבודה ומנוחה היא לאפשר לעובד להתפנות למשפחתו ולעיסוקי פנאי אחרים ולהגן על איכות חייו ואיכות חיי משפחתו (בג"ץ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין

הארצי לעבודה בירושלים, פסקה 17 (לא פורסם, 22.4.09); דב"ע (ארצי) לז/2-4 הארגון הארצי של עובדי התעשייה האוירית לישראל – התעשייה האוירית לישראל, פד"ע ח 459, 468 (1977)). החוק מעניק גמול שעות נוספות מתוך רצון לפצות את העובד על המאמץ הנוסף והמיוחד שהשקיע (בג"ץ 613/79 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לד(2) 317 (1979)), כמו גם כדי לצמצם את דרישת המעסיקים לעבודה בשעות נוספות, על ידי חיובם בתשלום גבוה יותר מזה המשולם בשעות עבודה רגילות:

"את חוק שעות עבודה ומנוחה יש לפרש כחוק אשר נותן ביטוי למדיניות חברתית-סוציאלית ראויה. מדיניות זו קובעת מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק ומונעת מעובד ומעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד. החוק מגביל את חופש הפרט לקבוע את שעות עבודתו, אך המטרה בהגבלה זו היא הגנה על העובד מפני פגיעה בצלם האנוש שבו. המטרה הראשונית היא לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של מי שמבצע עבודה, על ידי כך שתוחמים את יום העבודה, ובכך למעשה מגדירים גם את שעות הפנאי. כך גם נמנע ניצול אפשרי של מעסיקים שלולא החוק המגביל את שעות ההעסקה, היו עלולים להעסיק עובד אחד במקום שני עובדים תוך דרישה למספר שעות רב וללא צורך לפצות את העובד על שעות העבודה הרבות. אין מטרתו של החוק להטיל מעמסה על המעסיקים או למנוע תבניות העסקה בלתי שגרתיות. אולם, החוק קובע מהו הפיצוי על שעות העבודה הנוספות מעבר לאלו שנקבעו בחוק" (ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – טל, פד"ע לה 703, 710 (2000) (להלן: עניין טפקו)).

15. סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה קובע רשימה של חריגים שעליהם לא יחול החוק. חריגים אלו, כך נקבע, יש לפרש בצמצום, כך שיותר עובדים יהנו מהגנתו של החוק (עניין טפקו, בעמ' 711; כן ראו שרון רבין מרגליות "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו 341, 343-344 (תשע"א) (להלן: רבין מרגליות)). לענייננו רלוונטיים החריגים הקבועים בס"ק 5 – עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי; ובס"ק 6 – עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם. מסכימה אני עם חברי, הנשיא גרוניס והמשנה לנשיאה ריבלין, כי מגישת הפסיקה לחריגים אלו ומתכלית החוק עולה כי הם אינם חלים על המקרה שבפנינו.

16. באשר לחריג שעניינו מידה מיוחדת של אמון אישי. נפסק כי הסממנים המרכזיים לבחינת תחולתו של חריג זה הינם: "עובד בכיר, בעל מידע מיוחד, בעל אחריות מיוחדת שמקבל שכר גבוה התואם את האמון האישי המיוחד לו הוא זוכה" (ע"ע (ארצי) 570/06 אגרון - כץ, פסקה 10 (לא פורסם, 14.10.07) (להלן: עניין אגרון)). תכליתו של חריג זה היא להוציא מתחולת החוק עובדים אשר אינם זקוקים להגנתו של חוק זה, "בגלל המידה המיוחדת של אמון אישי הכרוכה בתפקידם, והמתבטאת, בין היתר, בשכר גבוה ובשעות עבודה בלתי שגרתיות" (עניין אגרון, פסקה 10). ברי כי עובדי סיעוד אינם כלולים בהגדרות האמורות. הם אינם עובדים בכירים ושכרם הוא מהנמוך ביותר במשק, ולעיתים אף אינו מגיע לרף שכר המינימום. אכן, האמון הניתן בהם הוא רב מעצם הפקדת חייו של המטופל בידיהם, אך בכך אין הבדל ממקצועות רבים אחרים הזכאים להגנת החוק, כגון רופאים, אחיות, גננות, מאבטחים, מטפלות וכדומה (ראו בנוגע למטפלת בתינוק: ס"ע (אזורי ת"א) 12829-08 מדב – וילף שמש, פסקה 40.4 (לא פורסם, 10.11.10) (להלן: עניין מדב)). מבחינת תכליתו של החוק ברי כי זוהי קבוצת עובדים הזקוקה ביותר להגנתו של החוק, בהיותם עובדים חלשים אשר פעמים רבות עובדים ללא הפוגה ראויה וללא אפשרות לחיי פנאי, זאת כאשר זכויותיהם מופרות תדיר על ידי מעסיקיהם, והם מרוויחים את רמת השכר הנמוכה ביותר במשק, וכדבריו של הנשיא ס' אדלר:

"עצם העובדה שהעובד מתגורר בביתו של המעסיק אינה מעלה את תפקידו לרמה הנדרשת בסעיף 30 (א) (5) לחוק. אין לכחד, כי ביתו של אדם הוא מבצרו, ד' אמותיו שלו, המקום בו הוא מנהל את אורח החיים בו הוא חפץ, אוגר כוח ונמצא עם עצמו ועם בני משפחתו. כניסה של אדם 'זר' להתגורר בבית, עשויה לפגוע בפרטיות המשפחה ועל-כן דורשת אחריות. אולם, אין בכך כדי להפוך את העבודה המתבצעת בבית הפרטי לכזו הדורשת מידה מיוחדת של אמון.

[12] בה במידה, רופא המטפל באדם, ללא נוכחות אחרים, ניתן בו אמון המחויב מעצם מקצועו. אולם, אין לבלבל בין נאמנות המעוגנת בטיב המקצוע או בסוג העבודה לבין נאמנות בה חבים עובדים בכירים, בתפקידי הנהלה, המשתכרים סכומים גבוהים ושאינן זה הוגן או מעשי להחיל עליהם את חוק שעות עבודה ומנוחה. במקרה דנן, מדובר בעובדת המועסקת בשכר נמוך, המבצעת עבודה שחלקה, עבודה פיסית קשה שאינה כרוכה באמון אישי, ולפיכך אין הצדקה להרשות את העסקתה מעבר לשעות המקובלות במשק. ככל שהועסקה שעות נוספות הרי שהיא זכאית לתשלום בהתאם. זאת ועוד, היבטי עבודת המערערת הכרוכים באימון אישי הם אלה הנוגעים להישארותה בבית המשיבים בגפה והטיפול בבת הנכה. היבטים דומים

מתקיימים, כאמור, גם בעובדים אחרים, כגון אחיות, רופאים, עוזרות בית, שומר וגנן, ואין הצדקה להוציא את כל אלה מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה שתכליתו היא, בין היתר, להגן על קבוצות עובדים חלשות, שעובדות סיעוד, עוזרות בית ופועלות ניקיון נמנות עליהם" (עניין טודוראנג'אן, בעמ' 419-420).

17. גם החריג הנוגע לאפשרות הפיקוח על שעות העבודה של העובד אינו חל במקרה דנן. בנוגע לחריג זה נקבע כי לצורך תחולת החוק לא נדרש כי המעביד ידע על מעשיו של העובד בכל רגע ורגע, וכי לא בכל מקרה בו מסתמך המעביד על יושרו של העובד ייקבע כי החוק אינו חל. כמו כן אין לבחון את השאלה האם נעשה פיקוח בפועל של המעביד על שעות העבודה של העובד, אלא האם היה ניתן לפקח על שעות עבודה אלו (דב"ע (ארצי) לג/4-2 רון - המועצה המקומית מצפה רמון, פד"ע ד 386 (1973); עניין טפוק, בעמ' 711; דב"ע (ארצי) מט/7-2 רבות נ' הורמון שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא 117, 122 (1989) (להלן: עניין רבות); עניין טודוראנג'אן, בעמ' 420). דווקא ככל הנוגע לעובדים סיעודיים במקרים רבים ישנו פיקוח ממשי על שעות עבודתם של העובדים, שכן המטופלים יכולים לדרוש על היעדרותם. גם במקרים בהם אין המטופלים במצב בריאותי המאפשר דיווח שכזה הרי שלרוב מעורבים בני משפחה שיש באפשרותם להתקשר לעובד הסיעודי או לקפוץ לביקור פתע ובדרך זאת לפקח על נוכחותו של העובד במקום העבודה (עניין טפוק, בעמ' 714; ע"ע (ארצי) 1511/02 לאחאטו – עיזבון המנוחה ויקטוריה בן-בנימין ד"ל, פד"ע מ 371, 378 (2005) (להלן: עניין לאחאטו); עניין טודוראנג'אן, בעמ' 421; ובאופן מקביל ראו דברים דומים באשר למטפלת בתינוק- עניין מרב, פסקה 40.4).

18. גם הערוב המסוים בין שעות פנאי לשעות עבודה במסגרת העבודה של העובד הזר לא הצדיק את שלילת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על העובד, מקום בו ניתן להוכיח תבנית עבודה כללית המבחינה בין שעות אלו לאחרות. כך, בפסק דין של בית הדין הארצי לעבודה נקבע כי על עובד שהיה אחראי על ריכוז עבודות תחזוקה בבניין, ואשר אף התגורר שם רוב הזמן, ועבד שעות רבות ולא שגרתיות, יחול חוק שעות עבודה ומנוחה. נקבע כי "לא הוכח כי לא ניתן להפריד בין הזמן שבו המערער נח בדירתו או עשה פעולות שאינן קשורות לעבודתו לבין זמן העבודה בפועל" (עניין רבות, בעמ' 123; כן ראו עניין טודוראנג'אן, בעמ' 424).

19. לסיכום, נראה כי אף על חברי מקובל כי המדיניות החברתית הנכונה אינה יכולה לשלול את תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים סיעודיים מתוקף

תחולתם של החריגים הקבועים בו. לפני למעלה מעשור אמר הנשיא ס' אדלר דברים הנכונים גם כיום :

"בחמש-עשרה השנים האחרונות חלה עלייה תלולה במספר העובדים המועסקים בתבניות העסקה בלתי שיגרתיות. אין זה נכון מבחינה חברתית להוציא את העובדים הללו מתחולתו של החוק ובכך לשלול מהם את הזכות לאיכות חיים המקובלת הכוללת זמן חופשי שבו יוכל העובד לעשות ככל העולה על רוחו" (עניין טפוק, בעמ' 715-714).

גמול שעות נוספות עבור שעות תורנות או השגחה

20. הסיטואציה שנידונה לפנינו אינה ייחודית לעובדים סיעודיים, ויש לה השלכות מעבר לאוכלוסיה זו. בתי הדין לעבודה דנו בעבר במקרים בהם נדרשים עובדים למתכונת של כוננות או תורנות, במסגרתה נדרשים הם לשהות במקום העבודה, אך אין הם מבצעים עבודה אקטיבית, או לחלופין יכולים להימצא בביתם אך להיות מוכנים לכל קריאה. הפסיקה הבחינה בין כוננות, אשר לא נכללת במסגרת שעות העבודה ואינה מחייבת בתשלום לפי חוקי המגן, אלא בהתאם להסכמת הצדדים או להסכמים קיבוציים; לבין שעות תורנות או השגחה הנכללות במסגרת שעות העבודה ומזכות בשכר עבודה ובגמול עבור שעות נוספות.

21. חוק שעות עבודה ומנוחה מגדיר שעות עבודה כזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה. כמו כן קובע סעיף 20(ג) לחוק, בנוגע לחיוב ליתן הפסקות למנוחה ולסעודה לעובד, כי-

בעת הפסקה לפי סעיף קטן (א) הנמשכת חצי שעה או יותר רשאי העובד לצאת מהמקום שבו הוא עובד, אלא אם נוכחותו במקום העבודה היא הכרח לתהליך העבודה או להפעלת הציוד והשימוש בו, והעובד נדרש על ידי מעבידו להישאר במקום העבודה, ובמקרה זה ייחשב זמן ההפסקה כחלק משעות העבודה.

באופן כללי נפסק כי שהותו של העובד בביתו או בעבודה אינה מכריעה לעניין הקביעה האם מדובר בשעות עבודה. יתכן ששעות בהן שוהה העובד בביתו יחשבו כשעות עבודה, ומנגד יתכן ששעות בהן שוהה העובד במקום עבודתו לא יוכרו כשעות עבודה. כל מקרה בהתאם לנסיבותיו. השאלה המרכזית היא האם העובד עומד לרשות

העבודה או לרשות עצמו (דב"ע (ארצי) לד/4-3 יקואל - פלד, פד"ע ה 328 (1974) (להלן: עניין יקואל)). עם זאת, ניתן להצביע על מספר קווים מנחים בהקשר זה.

22. ראשית, כאשר עובד חופשי לעשות כרצונו, ללכת לכל מקום כרצונו, אבל צריך להיות מוכן להיענות לקריאה לעבודה לא יוכרו השעות שבין קריאה לקריאה כשעות עבודה, אלא כשעות כוננות. השעות בהן ביצע עבודה בפועל בשל קריאה יחשבו כמובן כשעות עבודה (ראו למשל ע"א (אזורי חיפה) 1991-06 עוזי – אמנון קיסריה שרותי אבטחה ומוקד בע"מ (לא פורסם, 22.11.09); ע"א (אזורי ב"ש) 1516-04 אליאס – עיריית שדרות (לא פורסם, 2.6.10)).

23. שנית, עובד ששוהה במקום עבודתו ומבצע פעולות שונות, ונדרש אף ללון שם, אך לא נדרש לבצע כל פעילות בשעות הלילה, למעט במקרים חריגים, שעות השינה לא יוכרו כשעות עבודה ולא ישתלם בגינן גמול שעות נוספות (ראו ע"א 566/70 מחטאוי נ' חברת קו צינוור אילת בע"מ, פ"ד כה(2) 622 (1971) (להלן: עניין מחטאוי); עניין יקואל, בעמ' 334; דב"ע (ארצי) שן/84-3 מדינת ישראל – רון, פד"ע כב 433 (1990); ע"ב (אזורי י-ם) 1659/05 תדד (אדרי) - בית היתומות הכללי ע"ש וינגרטן (לא פורסם, 19.2.09)). עם זאת, בנסיבות מסוימות תיתכן הכרה בשעות שינה כשעות עבודה בהתאם לנדרש מהעובד בשעות אלו, רמת הדריכות הנדרשת ממנו, תדירות הפרעת השינה וכדומה (תע"א (אזורי ת"א) 8420/05 פלוני – מדינת ישראל, פסקה 12 (לא פורסם, 28.8.12); ע"ע (ארצי) 211/10 נדצקי – שמירה ובטחון הצפון בע"מ (לא פורסם, 11.5.12)). כאשר לשעות היום בהן פנוי העובד לחלוטין לעיסוקיו גם אם נדרש הוא להישאר במתחם העבודה נראה כי שעות אלו לא יחשבו לשעות עבודה, אך במקרה בו ניתן להזעיק את העובד לפעילות כלשהי במהלך שעות אלו הרי שאין פסיקה חד-משמעית (ראו עניין מחטאוי אל מול דב"ע (ארצי) מה/22-3 "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – קרק, פד"ע יז 21 (1985), שם הוגדרה השאלה האם מדובר בשעות עבודה, כתלויה בשאלה האם מדובר בשעות בהן אם יידרש הנהג לפעולה מסוימת זכותו לסרב ולענות שאינו מצוי בעבודה; כן ראו ע"ע (ארצי) 1351/04 זרצקי – ש.א.ש. שירותי אבטחה ושמירה (תשמ"ו) בע"מ (לא פורסם, 6.4.06)).

24. שלישית, כאשר מהות העבודה כולה הינה השגחה או מעין כוננות, וכאשר העובד אינו יכול לצאת ולבוא כרצונו, הרי ששעות ההשגחה יוכרו כשעות עבודה לכל דבר ועניין ויזכו גם בגמול עבור שעות נוספות. כך הוזכרה בפסיקת בית משפט זה הדוגמא של אחות היושבת על יד מיטת החולה ורשאית לעסוק בשעות עבודתה בעיסוקיה הפרטיים. בית משפט זה הביע עמדתו כי במקרה זה ברי כי מדובר בשעות

עבודה (עניין מחטאוי, בעמ' 630; עמדת המיעוט שם של השופט י' כהן היתה נכונה לראות אף בשעות השינה של השומרים באותו עניין כשעות עבודה).

בבית הדין הארצי לעבודה הוכרו כשעות עבודה השעות בהן השגיח עובד במוסד לנערים על הנערים, כאשר עצם נוכחותו של העובד במקום הספיקה לרוב, ושולם לו עבורן גמול שעות נוספות. יצוין כי העובד אף נדרש ללון במוסד, אך שעות אלו לא הוכרו כשעות עבודה (עניין יקואל, בעמ' 334). גם באשר לכוננים רפואיים בדיוור מוגן, שכל עבודתם היתה להמתין לקרות אירוע, נפסק על ידי בית הדין האזורי לעבודה כי כל שעות התורנות יחשבו כשעות עבודה, גם כאשר לא בוצעה כל פעולה מצידם (תע"א (אזורי י-ם) 2866/08 מזרחי – נופי ירושלים דיוור מוגן בע"מ (לא פורסם, 28.6.11)).

במקרה אחר דן בית הדין לעבודה בעניינם של שני עוזרי תחזוקן בבית ספר שדה של החברה להגנת הטבע (ע"ע (ארצי) 305/05 מאיר - החברה להגנת הטבע (לא פורסם, 1.2.07) (להלן: עניין מאיר)) אשר נדרשו מדי פעם לבצע תורנויות במסגרת עבודתם. נקבע עובדתית כי ברוב שעות התורנות עמדו העובדים לרשות עצמם כשהם מוכנים לכל קריאה לטפל בכל בעיה שתתעורר בזמן התורנות. בית הדין הארצי לעבודה הכיר בשעות התורנות כשעות עבורם זכאים העובדים לגמול שעות נוספות, בקובעו כי-

"שעות נוכחות אלה בבית הספר הם "שעות עבודה" לכל דבר ועניין, ואין זה משנה אם בחלק מהשעות לא נקראו לבצע איזו שהיא מטלה, משום שלא הייתה כזו. עצם החובה להימצא בבית הספר תוך התנתקות מביתם ומשפחתם במטרה להיענות לכל בעיה אם תתעורר, גם אם לא תתעורר כלל, פירושה בנסיבות הקיימות העמדת זמן לרשות בית הספר, וזו הגדרת המונח שעות עבודה בחוק שעות עבודה ומנוחה, דהיינו, "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה". שעות אלה הם בדיוק השעות שבו עמדו המערערים לרשות העבודה, גם בזמן בו לא הייתה כל בעיה לטיפול, אך הם היו מוכנים וזמינים במקום לטפל בה אם תבוא" (עניין מאיר, פסקה 13).

יצוין כי עבור שמונה שעות שינה בלילה לא דרשו ולא קיבלו העובדים גמול שעות נוספות, וכי חלק מהגמול נוכה בשל ימי חופש שקיבלו העובדים בתמורה לתורנות שביצעו, וזאת בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק שעות עבודה ומנוחה. עוד יוער כי על פסק הדין הוגשה עתירה לבית משפט זה אשר נדחתה על הסף (בג"ץ 3291/07 החברה להגנת הטבע נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 16.5.07)). בית משפט זה העיר כי פסקי דין קודמים אשר לא הכירו בשעות תורנות כשעות עבודה דיברו על

שעות שינה של עובדים במקום העבודה, כאשר לא זה המקרה שעמד בפני בית המשפט.

בעניין נוסף הוכרו אף שעות השינה של שומר באתר הבנייה כשעות עבודה שכן מהות עבודתו היתה נוכחות במקום העבודה, והיתה חלק מהתחייבויותיו של המעסיק כלפי הלקוח (ע"ע (ארצי) 1302/04 תמנון שירותי מיגון בע"מ – דנילוב (לא פורסם, 31.5.05)).

25. את המקרה של עובדים סיעודיים יש להקביל לשעות תורנות המוכרות כשעות עבודה ולא לשעות כוננות. רוב מהות עבודתו של עובד סיעודי היא השגחה על המטופל, כך שלא ניתן לומר כי שעות אלו כולן הינן שעות כוננות שאינן נחשבות כשעות עבודה לצורך חוק שעות עבודה ומנוחה. קביעה אחרת עלולה להביא לתוצאה לפיה עובד סיעודי בחוזה של 24 שעות ביממה יהיה זכאי רק לשלוש או ארבע שעות עבודה מתוכן, בהן הוא נמצא בפעילות אקטיבית עם המטופל. כמו כן, אמנם מקום עבודתו של העובד הסיעודי הוא גם ביתו, אך עדיין אין הוא חופשי בשעות אלו לעשות כרצונו. כך, אין הוא רשאי לצאת מהבית, לפגוש בני משפחה וחברים, לערוך קניות וסידורים וכדומה, והוא כפוף באופן מתמיד להשגחה על המטופל ודאגה לצרכיו (ראו ע"ע (ארצי) BALOYO 1333/04 – לוגסי, פסקה 9 (לא פורסם, 6.2.06) (להלן: עניין לוגסי)). בכך דומה הוא לעובדים הנדרשים לתורנות במקום עבודתם ואינם רשאים לעזוב את מקום העבודה כל שעות התורנות, גם אם אין הם נדרשים לפעולות אקטיביות במהלך שעות תורנות אלו (כגון רופאים, אחיות, מאבטחים, מטפלות בתינוקות וכדומה). עם זאת, כאשר ישנן שעות ביממה בהן מרכיב הפנאי גובר על מרכיב העבודה לא יוכרו שעות אלו כשעות עבודה. כך למשל, שעות הלילה, שעות מנוחת צהריים הניתנות לעובד, וכן בדומה למקרה שלנו שעות בהן היתה רשאית העותרת לארח חברות בבית. איזון זה הוא ראוי, מתיישב עם פסיקת בתי הדין לעבודה לאורך השנים, ומביא לתוצאה ראויה.

פסיקת בית הדין לעבודה בעניין עובדים סיעודיים

26. לעניין עובדים סיעודיים התגלו שתי גישות מרכזיות בבית הדין הארצי לעבודה, הנסמכות על פסיקה קודמת בעניינים מקבילים של עובדים במקצועות אחרים. הגישה המרכזית והשלטת (מפי כב' השופטים ס' אדלר – נשיא, נ' ארד- נשיאה, ע' רבינוביץ, ש' צור, ר' רוזנפלד) הינה כי החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה אינם חלים על עובדים סיעודיים, ולפיכך זכאים עובדי הסיעוד לגמול שעות נוספות. כן נקבע

כי על העובדים יהיה להוכיח מתכונת העסקה כללית, שמתוכה תיגזר מכסת שעות העבודה הנוספת בגינה יהיו זכאים הם לגמול עבור שעות נוספות בהתאם לחוק (ראו ע"ע (ארצי) BODEIC 270/08 – דוני, פסקה 13 (לא פורסם, 12.2.09) (להלן: עניין דוני); ע"ע (ארצי) 1247/04 דאמשה – דוידוביץ (לא פורסם, 6.2.06) (להלן: עניין דאמשה); עניין לוגסי; ע"ע (ארצי) 405/05 סוריאנו – כלפון, פסק דינו של הנשיא אדלר (לא פורסם, 23.7.06) (להלן: עניין סוריאנו); עניין לאחאטו; עניין טודוראנג'אן, פסק דינו של הנשיא אדלר). יוער כי נטל ההוכחה עשוי להשתנות בתביעות שחל עליהם תיקון מס' 24 לחוק הגנת השכר. ראו סעיף 26 לחוק הגנת השכר). גישה נוספת (מפי כב' סגנית הנשיא השופטת א' ברק-אוסוסקין) הינה כי בשל נסיבותיו המיוחדות של העניין יש לקבוע כי החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה חלים. עם זאת, יש לקבוע תוספת גלובלית לעובד עבור השעות הרבות בהן הוא הועסק:

"בענייננו מדובר בזכות של עובד, העובד בדרך לא מקובלת ולא שגרתית. אין פירוש הדבר שעובד בתפקיד סעודי הנמצא 24 שעות אצל מטופל יקבל שכר מינימום מבלי להתחשב בתוספת העבודה המוטלת עליו. עובדים בכלל, ועובדים זרים שהם קבוצה חלשה בפרט, זכאים לזכויות ויש להגן על זכויותיהם אלו. הם זכאים לזכויות אדם בכלל, כגון הזכות שלא להיות מופלים, הזכות לשוויון. הם זכאים לזכויות מכוח משפט העבודה המגן. לזכויות רבות זכאים גם עובדים בלתי חוקיים שמספרם הולך וגדל בעולם ובארץ" (ע"ע (ארצי) 1267/04 זכריה - עזבון המנוחה ליזה קימלמן, פסק דינה של השופטת ברק-אוסוסקין (לא פורסם, 31.12.06) (להלן: עניין זכריה)).

במקרים שנידונו על ידי השופטת ברק-אוסוסקין נפסקו לעובדות הסיעוד בין 30% ל-40% מעבר לשכר המינימום בהתאם להיקף העבודה של עובדת הסיעוד (עניין זכריה; עניין טודוראנג'אן, בעמ' 431). יוער כי מעניין זכריה עולה כי ההבדל התוצאתי בין שתי הגישות אינו רב, שכן שם שופטי שתי הגישות הסכימו לאותה התוצאה.

27. מסקירת הפסיקה הקיימת הן באשר לעובדים סיעודיים והן באשר לעובדים מקבילים להם עולה כי מבחינת הסוגיה באופן משפטי טהור אין כל סיבה מדוע לא יוחל חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד, ומדוע לא יהיו זכאים הם לתוספת עבור השעות הנוספות בהן הם מועסקים. הסקירה מעלה כי גם שופטי בית הדין הארצי לעבודה שסברו כי אין להחיל את החוק על המקרה המיוחד של עובדים סיעודיים, קבעו כי יש לפסוק להם תוספת גלובלית עבור השעות הנוספות בגובה של כ-30% משכרם. דעתו של השופט פליטמן בענייננו הינה דעת יחיד שאינה מתיישבת עם

הפסיקה העניפה שהתגבשה בנושא לאורך השנים, ונראה כי היא מבוססת על שיקולי מדיניות, אליהם אתייחס כעת. יצוין כי לפי גישתו של השופט פליטמן היה צורך לכאורה לשלם לעותרת שכר של כשעתיים-שלוש ליום, ותו לא, שהרי מרבית עבודתה היתה השגחה על המשיבה ללא פעולות אקטיביות נוספות. לכאורה, בהתאם לגישתו אין להכיר בשעות השגחה אלו כשעות עבודה. ברי כי תוצאה כזו קשה היא ואינה יכולה להתקבל על הדעת.

נימוקים לסטייה מהדין הקיים

28. כפי שראינו, על פי ההלכות הקיימות המקרה שבפנינו אינו שונה ממקרים רבים דומים אשר בתי הדין לעבודה מצאו להם פתרונות שונים (ראו דבריו של הנשיא אדלר בעניין זכריה), שלא כללו את שלילת מטריית ההגנה החוקית מעליהם באופן גורף. הקו הדומיננטי הינו החלת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים מעין אלו, תוך הכרה בזכותם לגמול שעות נוספות. קו זה מתיישב עם תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה ועם ההלכה הפסוקה הקיימת בעניין. עם זאת, בתי הדין לעבודה קבעו כי הכרה בשעות עבודה תיעשה כאשר המרכיב הדומיננטי בשעות אלו אינו הפנאי כי אם עמידתו של העובד לצרכי עבודתו. לפיכך שעות שינה, למשל, לא הוכרו ככלל כשעות עבודה גם אם נדרש העובד לישון במקום עבודתו. פתרונות אלו ראויים, מאוזנים ומקובלים. למרות זאת סבורים חברי כי אין לאמצם, ונראה כי הנימוק המרכזי לכך הוא החשש מפגיעה במטופלים שלא יוכלו להרשות לעצמם להעסיק עובדי סיעוד בביתם בשל העלות הכוללת גמול שעות נוספות. לצד זאת עומד הנימוק של פגיעה בעובדים עצמם שהגדלת עלות העסקתם תצמצם את הביקוש לעבודתם. לנקודות אלו אבקש להתייחס כעת.

29. באשר לפגיעה בנזקקים לשירותי סיעוד בביתם. לא ניתן להקל ראש בסוגיה זו. אין חולק כי איכות חייהם של רבים מהנזקקים לשירותי סיעוד משתפרת בעקבות האפשרות להישאר בביתם ולהיעזר בעובד סיעוד תחת אשפוזם במוסד סיעודי. אינטרס חברתי וציבורי ממעלה ראשונה הוא לדאוג לתושבים הקשישים והחולים בקרבנו ולאפשר להם חיים בעלי איכות גבוהה ככל הניתן. עם זאת, צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסייה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסייה אחרת. לא ניתן להתייחס לסוגיה רק במונחים של עלות ותועלת ולהתעלם משיקולים של מוסר וזכויות (ראו גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז(2) 423, 426 (2003) (להלן: מונדלק)). יפים לכאן דבריו של השופט לוי בנושא כבילת העובד הזר למעסיקו בבג"ץ

4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 346, 399 (2006) (להלן: עניין "קו לעובד" הראשון):

"תכלית שהציבו המשיבים לעצמם - הבטחת רווחתם וכבודם של קשישים ונכים הנזקקים לשירותים סיעודיים - תכלית ראויה היא. למשפט נועד תפקיד בהגשמתה. אלא שזכותו של אדם לכבוד אין פירושה שלילתה הגמורה של זכות זו מהאחר. אין היא הזכות להעסיק אדם אחר בכפייה, בשכר נמוך וללא תנאים סוציאליים" (ההדגשה שלי - ע.א.).

רבין מרגליות במאמרה עומדת אף היא על נקודה זו, תוך הדגשת הפתח המסוכן שטענה זו מעניקה למעסיקים במגזרים אחרים:

"עקרון יסוד של משפט העבודה הוא שכבסיס נקבעת רצפת ההגנה, וכל המעסיקים חייבים ליישר קו ללא התחשבות ביכולת הכלכלית שלהם או בשיקולים אחרים החיצוניים למערכת היחסים שבין העובד למעביד. בג"ץ גלוטן מתעלם מכך שהחרגת עובדי הסיעוד מתחולת החוק, בהסתמך על שיקולים כלכליים של יכולת לממן את זכויות העובד, פותחת פתח לטענות דומות במגזרים אחרים להחרגת עובדים מתחולה נקודתית של חוק מגן זה או אחר" (רבין מרגליות, בעמ' 346).

30. נוסף על כך, בהיבט המעשי של הדברים דומני כי ניתן למצוא פתרונות שונים עבור חולה או קשיש הזקוק לעובד סיעודי בביתו. ראשית יש לציין כי אוכלוסיית הנזקקים לשירותי סיעוד אינה עשויה ממקשה אחת. חלקם אכן משתייכים לשכבות חלשות ואינם מסוגלים, גם ללא חיוב בתשלום עבור שעות נוספות, לממן עובד סיעודי בביתם. חלק אחר, עם זאת, משתייך לשכבות אוכלוסייה במעמד סוציו-אקונומי גבוה יותר אשר יכול להרשות לעצמו לשלם מעבר לשכר המינימום עבור עובד סיעודי, או שיש לו משפחה תומכת שיכולה לסייע במימון העובד. כן ישנם נזקקים לשירותי סיעודי אשר ביטוח משלם את צרכיהם. ברי כי עבור אלו אין כל הצדקה לפגוע בזכויותיהם של העובדים הסיעודיים לקבל שכר עבור שעות נוספות ותנאים סוציאליים בסיסיים.

31. כמו כן ניתן לחשוב על פתרונות שיאפשרו הפחתת עלויות של העסקת עובד סיעודי. ראשית, קיימת כיום גמלת סיעוד הניתנת על ידי המדינה לזכאים לכך לצורך העסקת עובד סיעודי בביתם. הגמלה המקסימאלית עומדת על כ-2,500 ₪ ויכולה בוודאי להקל על התשלום לעובד הסיעודי. כך גם ישנן קרנות המסייעות בעניינים אלו

(ראו למשל ע"א (אזורי חיפה) 3549-06 אטלקה - עזבון המנוחה זלוציבר פני ז"ל (לא פורסם, 11.8.09) (להלן: עניין אטלקה)).

שנית, מסקירת הפסיקה בעניין, כמו גם המקרה שבפנינו נראה כי החוזה הסטנדרטי הכתוב וכן זה המיושם בפועל לא יחייב את המטופל לשלם מעבר לשעתיים עד ארבע שעות נוספות ליום. יודגש כי ממילא מתכונת ההעסקה החוקית המותרת אינה עולה על 12 שעות עבודה יומיות. שעות השינה וכן שעות הפנאי המובהקות של העובד לא יחשבו כשעות עבודה (ראו למשל עניין לוגסי; עניין לאחאטו). משפחתו של הנזקק לשירותי סיעוד יכולה לעשות מאמץ על מנת להפחית ככל הניתן בשעות בגינן תחויב בתשלום לעובד הסיעודי. כך, ניתן להעניק לעובד שעות פנאי רבות יותר. אם מדובר במטופל שאינו זקוק להשגחה תמידית ניתן להעניק לעובד הסיעודי שעות פנאי בזמן שהמטופל לא נזקק לעזרתו (ראו למשל ע"ב (אזורי חיפה) 4288/04 לזרסקו – אברמוב (לא פורסם, 1.11.07); עניין אטלקה). כאשר מדובר במטופל הזקוק להשגחה תמידית, כמו במקרה דנן, ניתן למצוא פתרון באמצעות אחד מבני המשפחה שישימש כמשגיח ואחראי על החולה הסיעודי בשעות אלו. כמו כן, ניתן לוותר על שעות עבודה של העובד הסיעודי שלא מיועדות לרווחת הנזקק הסיעודי, אלא לרווחת בני משפחה אחרים (ראו למשל עניין טודוראנג'אן, בעמ' 413; ע"ב (אזורי ב"ש) 2284/00 אמפארד – רוטנברג, פסקה 5 (לא פורסם, 10.6.02)), או על עבודות שאין הכרח לעשותן ורבים מהמעסיקים מטילים אותם על העובד הסיעודי "שממילא" נמצא בבית או לרשות המעסיק (ראו למשל עניין דוני, פסקה 3; דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'יבוטרו – אטלקה, פד"ע ד 173 (1972) (להלן: עניין צ'יבוטרו); ומנגד- עניין דאמשה, פסקה 9). עוד ניתן לתת לעובד הסיעודי חופשת סוף שבוע ארוכה יותר בת יומיים בה בני משפחתו של הנצרך יתגייסו לעזרתו.

יוער כי באמצעות פתרונות אלו נשיג מטרה חשובה נוספת של עידוד המעסיק להעניק שעות פנאי ומנוחה לעובד הסיעודי מעבודתו, מטרה שעומדת בבסיס חוק שעות עבודה ומנוחה. כך תתאפשרנה לעובד הסיעודי הפוגות הכרחיות מעבודתו. המצב בו מועסק עובד 24 שעות ביממה, 6 או 7 ימים בשבוע, ברציפות ללא הפוגה, הוא מצב שאין לקבלו בחברה מודרנית ואין להשלים איתו. תשלום עבור שעות נוספות, מלבד התכלית העצמאית שבבסיסו, עשוי להשיג גם תכלית חשובה זו של הענקת שעות פנאי לעובד.

שלישית, ניתן ליצור מתכונת העסקה בה בחלק משעות היום יחליף עובד סיעודי נוסף את העובד הסיעודי הקבוע, כך שלא יהיה צורך לשלם למי מהם עבור עבודה בשעות נוספות.

רביעית, חלק מהתשלום יכול להיעשות בשווה כסף. כך למשל רשאים המעבידים לנכות מהשכר הוצאות בגין הספקת מגורים הולמים לעובד הסיעודי, וזאת בהתאם לקבוע בתקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים), התש"ס-2000, ובהתאם לקבוע בפסיקה. כמו כן ניתן להסכים על תשלום חלק משכר העבודה באוכל ומשקאות המסופקים לעובד, וזאת בהתאם לסעיף 3 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 (ראו עניין זכריה). הוצאות ביטוח רפואי עבור העובד, בהן מחויב המעסיק יכולות להיות מנוכות אף הן משכרו של העובד על לתקרה שנקבעה (תקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכוי מהשכר בעד דמי ביטוח רפואי), התשס"ב-2001).

32. באשר לטענה הנוגעת לטובתם של העובדים הזרים. ראשית, כפי שציינתי לעיל, פסיקתנו בעניין זה תחול במקביל על עובדים סיעודיים ישראלים ועל עובדים נוספים אשר תנאי העסקתם דומים למקרה שבפנינו. "הנכונות להתעלם מן הערך שבקיומם של יחסי עבודה הוגנים במשק אינה אלא חרב פיפיות, שלסופו של יום תכה גם בעובדים המקומיים" (עניין מוקד סיוע, בעמ' 171; עניין טודוראנג'אן, בעמ' 426). שנית, כידוע, חוקי המגן חלים על כל עובד ואין הוא יכול לוותר על הזכויות הנתונות לו מכוחם, וזאת מתוך שיקולים של תקנת הציבור (ראו עניין "קו לעובד" הראשון, בעמ' 404; עניין צ'יבוטרו, בעמ' 177). "כל כולה של תקנת הציבור מיוסדת על ההכרה בעליונותם של ערכים חברתיים, שבכוחם להכריע אפילו הסכמה חוזית חופשית ומרצון" (עניין מוקד סיוע, בעמ' 153). אל לנו לנהוג אחרת בעובדים הזרים. שלישית, וחשוב מהכל, טיעון זה הוא לטעמי טיעון שכרוך בו סיכון, שכן הוא יכול להצדיק גם אי תשלום שכר מינימום שכן אז יוכלו יותר מטופלים להעסיק עובדים סיעודיים, תוצאה שהיא לכאורה לטובת אוכלוסיית העובדים הזרים הנזקקת לעבודה. גם דמי הבראה, פיצויי פיטורין ועוד כהנה וכהנה תנאים סוציאליים יכול שיהיו ניתנים לויתור, שכן גם הם מהווים חסם בפני חלק מהאוכלוסייה הנזקקת מלהעסיק עובד סיעודי (ראו גם רבין מרגליות, בעמ' 346). טיעונים אלו עלולים להיות מופנים גם כלפי כלל

העובדים וגם עובדים ישראלים כמובן. דומני, אם כן, כי טיעון זה אינו יכול להיות תקף אף בהקשר שבפנינו.

33. נימוק נוסף שהוזכר על ידי חברי הנשיא להצדקת הסטייה מהדין הקיים הוא המעמסה הכבדה שטיפול על המטופלים הסיעודיים שיאלצו להתדיין בבתי הדין לעבודה עם עובדיהם. נימוק זה אף הוא אינו מצדיק לטעמי סטייה מהדין הקיים, כפי שאין הוא מצדיק סטייה מהדין הקיים בנוגע לזכויות אחרות להן זכאים העובדים הסיעודיים ובגינן מתקיימות התדיינויות בבתי הדין לעבודה. כמו כן דומני כי לאחר מספר תקדימים, שכבר קיימים בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, תתברר מסגרת השעות הנוספות הסטנדרטית וכיצד היא תחושב. כבר עתה נראה שישנו כיוון ברור בפסיקה כפי שתיארתי לעיל (ראו פסקה 31). כך עשויות להתייטר יש לקוות, התדיינויות רבות, אשר מכבידות אף על הצד התובע. יש לזכור כי אוכלוסיית העובדים הזרים היא בעלת נגישות מוגבלת ביותר אף היא לבתי הדין (עניין מוקד סיוע, בעמ' 160; עניין טודוראנג'אן, בעמ' 425-426). עוד אציין כי בעיה זו ניתנת לפתרון מסוים אם ישכילו הצדדים להגדיר ביניהם, באמצעות חברות כוח האדם, את כמות השעות הנוספות שתידרש ותשולם ואופן חישובן (ראו עניין זכריה, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ארד).

34. לבסוף אתיחס בקצרה לטעמו של הנשיא גרוניס לפיו העותרת כבר אינה מעורבת בעתירה דנן, לאחר שככל הנראה עזבה את הארץ, והדיון הפך לעקרוני ואידיאולוגי המנותק מעניין פרטני. לטעמי נימוק זה אינו מצדיק את אי ההתערבות בעתירה שבפנינו. אכן, ככלל בית משפט לא יזדקק לעתירה שאינה מתייחסת לתשתית עובדתית קונקרטית ולסכסוך קונקרטי על בסיס מערכת נסיבות נתונה. עם זאת, במקרים מסוימים נדרש בית משפט זה לעניינים עקרוניים שאינם מגובים בעניין פרטני כלשהו. הדבר נעשה לא אחת בעניינם של עובדים זרים שמשאביהם מוגבלים והם חסרים את הכלים והנגישות לבתי המשפט (ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 13.4.11) (להלן: "קו לעובד" השני)). יתרה מכך, בענייננו קיימת עותרת שעניינה הפרטני נידון בשלושה הליכים שונים החל משנת 2001. אנחנו מצויים בהליך הרביעי לאחר למעלה מעשור. כאשר מדובר בעובדת זרה אך הגיוני וטבעי הוא כי לאחר תקופת זמן כה ארוכה תעזוב העובדת את הארץ. בכך אין כדי להצדיק את משיכת ידינו מדיון בנושא כה חשוב ומשמעותי לזכויותיהם של העובדים הזרים.

35. אל מול כל הנימוקים הללו יש ליתן את הדעת לתוצאות המדיניות האמורה בנוגע לעובדי הסיעוד. משמעותה של מדיניות זו הינה כי עובדים סיעודיים יוכלו להיות מועסקים 7 ימים בשבוע, 24 שעות ביממה, כפי שאכן קורה לעיתים בפועל, וזאת בתשלום שכר מינימום בלבד, ולאחר ניכוי של הוצאות ביטוח, דיור וכלכלה ודמי כיס הניתנים לעובד (ראו למשל עניין צ'יבוטרו; עניין דאמשה). לטעמי תוצאה זו זועקת פגיעה קשה בזכויותיהם של העובדים הסיעודיים והיא עומדת כמשקל נגד משמעותי ביותר אל מול כל נימוק או שיקול מדיניות שמנגד. דווקא כאשר מדובר באוכלוסיה חלשה, ואף החלשה ביותר, במדינת ישראל, יש להגן עליה מפני ניצול והעסקה בתנאים שנראים לא הוגנים ואשר אינם מביאים בחשבון את זמן הפנאי שלו זכאי כל עובד וכל אדם (ראו גם עניין סוריאנו, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא אדלר).

על היחס לעובדים זרים

36. אי אפשר להתעלם מכך שלפסק דין זה תהיה השפעה בעיקר על חייהם וזכויותיהם של עובדים זרים. על התופעה של העסקת עובדים זרים והשלכותיה עמד בית משפט זה לא אחת. בין היתר צוינו הקשיים להם נחשפים עובדים זרים רבים, אשר נאלצים לשלם סכומים גבוהים על מנת להגיע לישראל, ובמהלך שהותם כאן עובדים קשה על מנת להחזיר סכומים אלו, ולכלכל את עצמם ואת בני משפחתם אשר נמצאים בדרך כלל בארץ מוצאם (עניין "קו לעובד" השני, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). לרוב ירוויחו עובדים אלו לא יותר משכר המינימום, ולעיתים אף פחות, למרות ששעות עבודתם רבות ואופי עבודתם קשה ותובעני. תנאי מחייתם לעיתים קרובות ירודים וקשים, והם חשופים להתעמרות, ניצול ועושק. "נוצרה פגיעה קשה בזכויות היסוד של העובדים הזרים, אשר נגרמה מצד חלק מן המעסיקים בהעדר נורמות ברורות המסדירות את מעמדם של העובדים הזרים, ונוכח אכיפה בלתי-מספקת של הנורמות הקיימות" (עניין "קו לעובד" השני, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין "קו לעובד" הראשון, בעמ' 376-377). בית משפט זה, אשר הנגישות אליו לעובדים הזרים נמוכה ביותר, אמור לשמש להם לפה ולמגן מפני עריצות הממשל או הציבור. קשה לקבל שדווקא בית משפט זה הוא שיפנה להם עורף. "ההגנה על זכויותיהם של העובדים הזרים, כפרטים חלשים ופגיעים השוהים בקרבנו, מתחייבת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והיא חיונית לשימור אופייה המוסרי של המדינה" (ע"ע (ארצי) 1064/00 קיניאנגו'י – אוליפקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פד"ע לה 625, 638 (2000)).

37. אחת החובות הבסיסיות המוסריות כלפי העובדים הזרים, המעוגנת גם באמנות בינלאומיות רבות, הינה החובה שלא להפלות בינם לבין תושבי הארץ. "העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות" (עניין "קו לעובד" הראשון, בעמ' 397; עניין "קו לעובד" השני, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין לאחאטו, בעמ' 374). אמנם, ישנן זכויות המוענקות רק לתושבים או אזרחים, כגון הזכות לבחור ולהיבחר וכדומה, אך דומני כי ככל האמור בחוקי המגן שנועדו להגן על כל עובד באשר הוא יש להחילם באופן שווה על עובדים ישראלים וזרים (ראו עניין מוקד סיוע, בעמ' 169; רבין מרגליות, בעמ' 348; מונדלק, בעמ' 458-459). כך למשל סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר אושרה על ידי ישראל ביום 3.10.91, קובע כי-

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של כל אדם להנאה מתנאי עבודה צודקים ונאותים, אשר יספקו במיוחד:
א. תשלום המבטיח לכל העובדים, בחינת מינימום: (1) שכר הוגן ותשלום שווה תמורת עבודה בעלת ערך שווה, בלא הפליה מכל סוג שהוא...

וכן בסימן ו' לאמנה 97 בדבר עובדים-מהגרים אשר אושרה על ידי ישראל

ביום 30.3.53:

1. כל חבר שלגביו עומדת אמנה זו בתקפה מתחייב לנהוג במהגרים הנמצאים בהיתר בתחומי ארצו, ללא הפליה מטעמי אזרחות, לאום, דת אן מין, יחס שלא יהא נופל מזה שהוא נוהג באזרחיו שלו בעניינים הבאים:
(א) במידה שעניינים אלה מוסדרים בחוק או בתקנות או כפופים לפיקוחן של רשויות מנהליות -
(1) שכר, לרבות תוספות משפחתיות - מקום שתוספות אלה מהוות חלק מהשכר - שעות עבודה, הסדרים של שעות עבודה נוספות, חופשה בשכר, הגבלות על עבודת בית, גיל תעסוקה מינימאלי, שוליות והכשרה, עבודת נשים ועבודת נערים.

תוצאה אחרת מזו שאליה הגעתי במקרה דנן משמעה אפליה בין העובדים הישראליים הזכאים להגנת חוק שעות עבודה ומנוחה, זכאים לתשלום הוגן על שעות העבודה הרבות שהם משקיעים בעבודתם, וזכאים ליום מנוחה שבועי ולשעות פנאי, לבין העובדים הזרים שלא יהיו זכאים לכל אלו. תוצאה שאותה לטעמי אין לקבל. "זכויותיו של האדם החלש, טבען שאין הן נישאות על גלים של פופולאריות ואהדה, כי אם נטועות בהשקפה ערכית מוצקה ומבוססת" (עניין מוקד סיוע, בעמ' 172; ראו גם סיטבון, בעמ' 288-289).

38. לסיום הדברים אין לי אלא להצטרף לחברי ולשוב ולקרוא למחוקק להידרש לעניין ולהסדיר אותו בחוק תוך איזון מתאים וצודק בין האינטרסים והזכויות שעל הפרק. כאמור, מדובר בשתי אוכלוסיות חלשות בחברה הישראלית, אשר אל לנו לקפח זכויותיה של מי מהן. בהעדר הסדרה חקיקתית ייחודית לסוגיה שעל הפרק אין מנוס ממצאת פתרון בדין הקיים שיהיה מאוזן וצודק. איני סבורה כי ניתן להותיר את העובדים הסיעודיים ללא הגנה בסיסית של חוקי המגן. משמעות הדברים היא כי עובד סיעודי, העושה לעיתים עבודת קודש קשה, מסורה ותובענית, אשר עובדים ישראלים רבים אינם מוכנים לה, לא יזכה להגנת הדין מעבר לשכר מינימום עבור מחויבות למטופל במשך 24 שעות ביממה, 6 או 7 ימים בשבוע, ללא כל תחולה של הזכויות המוענקות בחוק שעות עבודה ומנוחה. "נְגַר לֹא תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצְנוּ פִּי גֵרִים הַיִּתְּם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם" (שמות כב, כ). עם זאת, ברי כי המצב הרצוי הוא הסדרה חוקית של הסוגיה כולה ונקווה כי זו תיעשה בהקדם.

אם היתה נשמעת דעתי היינו קובעים כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על העסקתה של העותרת, וכי היא זכאית לתשלום בגין 4 שעות נוספות כל יום, כפי שנקבע על ידי הנשיא ס' אדלר והשופט ע' רבינוביץ בבית הדין הארצי לעבודה.

שׁוֹפֵט ת

השופטת א' חיות:

השאלה שהועמדה לבירור במסגרת הדיון הנוסף היא שאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה) על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד.

1. חוק שעות עבודה ומנוחה הוא אחד משורה של חוקי מגן שנחקקו בדין העבודה הישראלי כבר בראשית ימי המדינה, והוא מחיל עצמו על כלל העובדים במשק למעט אלה שהוצאו מגדר תחולתו במפורש על-פי איזה מין החלופות שבסעיף 30(א) לחוק או על-פי הוראת החרגה הכלולה לעניין זה בחוק אחר (ראו למשל סעיף 18 בחוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, התשכ"ח-1968; סעיף 26(ב) בחוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967; סעיף 57 בחוק אזורים חופשיים לייצור בישראל, התשנ"ד-1994).

וכך קובע סעיף 30(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה:

- חוק זה אינו חל על העבדתם של:
- (1) שוטרים במשטרת ישראל, וכן כל מי שנמנה עם שירות בתי הסוהר;
 - (2) עובדי המדינה שתפקידם מחייב לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות;
 - (3) יורדי ים ועובדי דיג;
 - (4) אנשי צוות אויר;
 - (5) עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי;
 - (6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.

הרציונלים שהנחו את המחוקק בהחרגת שישה סוגי העובדים המנויים בסעיף 30(א) הנ"ל פורטו בדברי ההסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, תש"י-1950 (ה"ח 43 בעמ' 163), וכך נאמר בהם:

"על שני הסוגים הראשונים - (שוטרים, פקידי מכס ועובדי המדינה שתפקידם מחייב כי יעמדו לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות) - אין החוק חל בגלל תפקידם המיוחד שאינו מאפשר להכניסם לתחום החוק ושעות עבודתם מוסדרות בדרך אחרת; על שני הסוגים שאחריהם - (יורדי ים, עובדי דיג ואנשי צוות אויר) - בגלל תנאי עבודתם המיוחדים, והסדר שעות עבודתם יבוא בחוק מיוחד בדבר יורדי-ים; על שני הסוגים האחרונים - בגלל היותם נתונים, לרוב, במצב מיוחד, ואין הם נזקקים להגנת החוק בדבר שעות עבודה, ולעיתים אין כל אפשרות מעשית לבצע ביחס אליהם את הפיקוח על שעות העבודה."

2. אחת השאלות אשר הוצבו לאורך כל ההליכים במקרה דנן היא האם עובדים המועסקים בתחום הסיעוד באים בגדר החרגה שבסעיף 30(א)(5) או החרגה שבסעיף 30(א)(6). דעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה מפי כב' השופט י' פליטמן קבעה כי שני החרגים מתקיימים במקרה דנן. אשר לתחולת החרגה הקבוע בסעיף 30(א)(5), ציין השופט פליטמן כי בנסיבות המקרה דנן "נדרשת מידה מיוחדת של אימון, שאולי אין למעלה ממנו, של המטופלת במטפלת". ואילו באשר לתחולתו של החרגה הקבוע בסעיף 30(א)(6) ציין השופט פליטמן כי בנסיבות המקרה ובהיות המטופלת כבת 80 המחוברת למכשיר הנשמה ותלויה לחלוטין בהשגחתה הצמודה של המטפלת "המצב לאמיתו הינו, שהמטפלת היא זו המשגיחה "ומפקחת" על חיי מעבידתה המטופלת,

הנעדרת מצידה אפשרות לפקח על אופן הפיקוח של שעות העבודה והמנוחה של המטפלת".

3. בית המשפט העליון בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (בג"ץ 1678/07) בחר שלא להכריע בשאלת תחולתם של החריגים על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד, וכדברי חברי הנשיא:

"בית המשפט העליון לא הכריע באופן חד משמעי בשאלת תחולתם של החריגים המנויים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק בעניינם של עובדי הסיעוד, אם כי נטייתו הייתה לקבוע כי סעיפים אלה אינם חלים, כפשוטם, במקרה הנדון". (ראו סעיף 7 לחוות הדעת)

באותו נתיב פסע גם חברי הנשיא בחוות דעתו ובחר שלא להידרש לשאלת תחולתם של החריגים הנ"ל על עובדי הסיעוד.

4. האם ניתן להחריג את העובדים המועסקים בתחום הסיעוד מגדר חוק שעות עבודה ומנוחה, בהעדר קביעה חד משמעית לעניין תחולתו של איזה מן החריגים המנויים בסעיף 30(א)?

המשנה לנשיא (בדימוס) א' ריבלין סבר כי ניתן לעשות כן וקבע בפסק הדין מושא הדיון הנוסף כי:

"הקביעה הנחרצת כי החריגים המוצעים בפסיקת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה אינם חלים היא, כאמור, פשטנית. אופיה המיוחד של עבודת הסיעוד הנדונה חורג מעצם טבעו מן המתכונת שהחוק נדרש לה. לא הייתי ממחר להתערב איפוא בפסיקת בית הדין הארצי על פיה קמה תחולה לחריגים המתייחסים לתחולת החוק. אלא שלשיטתי הייתי דוחה את העתירה מטעם אחר והוא שבית הדין לעבודה לא יכול היה להגיע לתוצאה אחרת, וזאת בשל הקושי שבעצם יישום החוק לרבות יישום ההוראה הכלולה בו בדבר תשלום עבור שעות נוספות. ראשית כך בשל שלא ניתן ליישם את החוק "לשיעורין" - את שוליו ולא את ליבתו - ושנית משום שהסטייה ממנו כאן עשויה להתיישב גם עם המדיניות הכללית הראויה באשר ליישום חוקי העבודה."

חברי הנשיא אימץ את עמדתו זו של המשנה לנשיא (בדימוס) וקבע כי אין לשנות ממנה בהדגישו כי הסוגיה הניצבת לפתחנו בהליך זה הינה קשה וסבוכה וכרוכה

בשאלות מתחום המדיניות הסוציאלית והכלכלית. עוד ציין הנשיא כי התוויית הסדר ראוי בסוגיה זו מצריכה "ידע מקצועי רחב ומקיף, שאינו מצוי בידי בית המשפט" ועל כן אף שעניין לנו "במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק" יכולתו של בית המשפט לגבש פתרון לבעיה העומדת בבסיסו של הליך זה הינה מוגבלת ויש להותיר את המלאכה בידי המחוקק.

5. דעתי שונה.

ראשית, וככל שהדבר נוגע לתחולת איזה מן החריגים שבסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, אני מצטרפת לדעתה של חברתי השופטת ע' ארבל הסבורה כי עובדים המועסקים בתחום הסיעוד אינם באים בגדר איזה מאותם חריגים ומקובלים עליי כל נימוקיה בהקשר זה אשר כל המוסיף עליהם גורע.

שנית, שלא כדעת חברי הנשיא, אני סבורה כי לא ניתן להוציא מגזר שלם של עובדים מגדר תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה בלא שנקבעה לכך הוראת החרגה מפורשת בחוק עצמו, דוגמת זו הקבועה בסעיף 30(א), או בחוק אחר הנוגע למגזר עובדי הסיעוד (לעניין היקף תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על כל סוגי העבודות והעובדים פרט לאלו שהוחרגו במפורש מתחולתו ראו סעיף 1 לדברי ההסבר, שם). אכן, יש להניח כי בראשית ימי המדינה ובעת שהיישוב בארץ חרט על דגלו אידיאלים של עבודה עברית ונאבק להגשמתם, לא ראה המחוקק לנגד עיניו בהכרח מתכונת העסקה כמו זו של עובדי הסיעוד, שהינם זרים ברובם המכריע, המטפלים בקשישים ובבעלי מוגבלויות שונות בביתם ואף מתגוררים עימם באותו הבית, אוכלים בו את ארוחותיהם ומבלים בו חלק משעות הפנאי שלהם. זו ככל הנראה הסיבה שבעת חקיקת החוק בשנת 1951 לא התייחס המחוקק למתכונת העסקה כזו ולא קבע הוראות מתאימות לגביה. אך כידוע, צורכי החיים יוצרים לא אחת מציאות המקדימה את תהליכי החקיקה. כך ארע שבעקבות תהליך שהתפתח במרוצת השנים האחרונות, קם ונוצר לנגד עינינו מגזר של עובדים, רובם המכריע עובדים זרים כאמור, המועסקים בארץ בתחום הסיעוד בהיתרים כדין שהוצאו לצורך כך על ידי רשויות המדינה ובהיותם עובדים לכל דבר ועניין אין בעיניי מקום לשלול מהם את הזכויות הבסיסיות שקבעה חקיקת המגן בהוראות קוגנטיות, לרבות אלה המוקנות לעובדים על פי חוק שעות עבודה ומנוחה. עוד אני סבורה כי החרגתם של עובדי הסיעוד מגדר חוק זה בלא שנקבעה בעניינם הוראת החרגה, אך בשל כך שמתכונת העסקה שלהם לא זכתה בו

עדיין להתייחסות מפורטת ומפורשת, היא בגדר חקיקה שיפוטית מרחיקת לכת השוללת מעובדי הסיעוד זכויות יסוד ומותירה אותם ב"שטח ההפקר" של דין העבודה הישראלי תוך המתנה - אשר אין לדעת כמה זמן תארך - למחוקק שיאמר את דברו בעניינם. זוהי תוצאה קשה ולא אוכל לקבלה.

שלישית, בניגוד לדעת חברי הנשיא ולדעת המשנה לנשיא (בדימוס) כפי שקיבלה ביטוי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, איני חושבת כי יהיה זה נכון להתייחס לעניין שבפנינו כ"מאבק" המתקיים בין המטפלים למטופלים הסיעודיים. חברי הנשיא ציין בהקשר זה כי "מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות" וכי בכל הכרעה טמונה "מטבע העניין, פגיעה באחת מהקבוצות הללו" (פסקה 17) והמשנה לנשיא (בדימוס) כתב אף הוא דברים באותה הרוח בפסק הדין מושא הדיון הנוסף באומרו:

"חיוב בתשלום מלא בגין עבודה בשעות נוספות טומן בחובו משמעות כלכלית לא מבוטלת, המשפיעה באופן ישיר על יכולתם של המטופלים להיזקק למטפלים סיעודיים. האוכלוסייה שמעסיקה ברגיל את העובדים הסיעודיים היא אוכלוסייה מוחלשת במיוחד וכוללת ברובה קשישים ובעלי מוגבלויות מסוגים שונים, לרבות נכות פיננסית קשה. תשלום בגין שעות נוספות יוביל לעלייה ניכרת בעלויות הכרוכות בהעסקת מטפל סיעודי, ויש להניח כי רבים מהנזקקים למטפלים אלה, לא יוכלו לעמוד בעלות העסקתם." (פסקה 23)

לגישתי ראייה זו של העובדים בתחום הסיעוד מזה והמטופלים הסיעודיים מזה כשתי קבוצות יריבות אשר כל הכרעה שתפעל לטובת קבוצה אחת תפגע בשניה, אין לה מקום. אכן, ההכרעה בשאלה העומדת בפנינו יש לה השלכות כלכליות על כל אחת מן הקבוצות אולם, בעוד שהאחריות על תשלום שכרם של העובדים בתחום הסיעוד מוטלת על מעסיקיהם - המטופלים, האחריות על כך שקבוצת המטופלים הסיעודיים ככזו, ולא רק בעלי היכולת הנמנים עימה, יקבלו טיפול נאות אינה מוטלת ואין מקום להטילה על כתפיי המטפלים. הותרת המטפלים והמטופלים כמי שנאבקים אלה באלה בזירה הכלכלית לבדם יש בה משום הסרת כל אחריות מעל כתפיי המדינה ומוסדותיה בהקשר זה וגישה כזו אינה נכונה ואינה ראויה בעיניי.

6. העובדה כי יישום הזכויות המוקנות לעובדים בחקיקת המגן שבדין העבודה הישראלי כרוך בעלויות כספיות, היא כשלעצמה אינה יכולה להצדיק פגיעה או גריעה

מזכויות אלה גם אם המעסיקים נמנים עם קבוצה מוחלשת. בה במידה, אמהות חד הוריות זקוקות במקרים רבים לשירותיהם של גני ילדים כדי שיוכלו לצאת לעבוד ולפרנס את משפחתן, אך אין לצפות לכך שמטפלות או גננות יקבלו שכר נמוך מהקבוע בחוקי המגן על מנת להקל על נשים אלה להשתתף בשוק העבודה. לעומת זאת ישנה ציפייה מהמדינה כי תעניק לאמהות חד הוריות קצבאות שיסייעו להן לגדל את ילדיהן או שתממן חוק חינוך חובה מגיל צעיר יותר. כמו כן אין לצפות מרופאים המטפלים במטופלים הסיעודיים שלא יקבלו שכר הולם עבור הטיפול או כי חברות התרופות יעניקו למטופלים הסיעודיים תרופות בחינם. עם זאת, אנו מצפים מהמדינה להסדיר ביטוח בריאות שיספק שירותים רפואיים ברמה סבירה גם למטופלים סיעודיים ולדאוג כי סל התרופות יכיל את מירב התרופות להן הם זקוקים.

לתפיסתי על המדינה ליטול אחריות על רווחת אוכלוסיית המטופלים הסיעודיים המוחלשת החיה בקרבה בדרך של מתן סיוע מתאים לצורך העסקת עובדים סיעודיים, על כל העלויות הכרוכות בכך מתוקף דיני העבודה, וזאת ככל שהמטופל הסיעודי אכן נזקק לסיוע מן המדינה. מתוך תפיסה זו לא אוכל לצערי להסכים עם דבריו של המשנה לנשיא (בדימוס) בפסק דין מושא הדיון הנוסף, באומרו:

”סברתה של העותרת כי על הקשישים להפקיד עצמם בידי המדינה שמחובתה לדאוג לדלים שבמטופלים - אין לה בסיס ולא רק בשל מגבלות משאביה של המדינה. כאמור, הטיפול הפיזי שמאפשר את עצם הישרדותם של המטופלים, ועמו המסירות המופלאה של העובדים ומעל כל אלה האפשרות הניתנת למטופל להישאר בביתו שלו ובסביבתו הטבעית, באחרית ימיו, משפיעים ישירות על תוחלת חייו ועל איכות חייו. לא נוכל לעצום עיננו מול אלה בשל יישום ערל-לב של הוראות הדין.” (פסקה 27; ההדגשה הוספה)

זאת משום שתפיסתו זו מטילה למעשה על עובדי הסיעוד את האחריות לדאוג לרווחתה של קבוצת המטופלים הסיעודיים, בין שידם משגת להעסיק עובד סיעודי ובין אם לאו תוך התעלמות מן העובדה כי הם משתכרים לרוב שכר מינימום בלבד תמורת עבודה קשה ומאומצת.

7. סיכומו של דבר- כחברתי השופטת ע' ארבל אף אני סבורה כי יש להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד. באשר לאופן חישוב השעות שעל המעסיק לשלם בגינן גמול שעות נוספות- נראה לי כי יש לקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהייתה הגישה השלטת בבית הדין הארצי לעבודה (ראו

לעניין זה הסקירה המובאת בפסקה 26 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל), ולפיה יש לשלם לעובדים שעות נוספות בגין הזמן שבו עמדו לרשות העבודה, לפי הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה ובהתאם למתכונת עבודתם בכללותה. אכן, מתכונת ההעסקה של העובדים בתחום הסיעוד מעוררת קושי אינהרנטי בהוכחת היקף שעות העבודה מדי יום, שכן מדובר בשעות לא שגרתיות וביום עבודה מקוטע המתנהל באותו המקום אשר בו העובד מתגורר בדרך כלל. אך יפים בהקשר זה דבריו של השופט ש' צור בע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן - מעיין, פד"ע לט 409, 432 (2004) אשר הייתה באותו עניין דעת מיעוט אך אומצה בהמשך בפסקי דין רבים של בית הדין לעבודה:

"הקושי ההוכחתי הוא טפל למהות ואין להקריב את הזכויות המהותיות על מזבח הפרוצדורה. לדעתי, ניתן להתגבר על קושי זה בכך שנוותר על הצורך להוכיח באופן פרטני את העבודה בפועל בכל אחד מימי העבודה ובכל אחת משעות העבודה, ונסתפק בקבלת עדות על מתכונת העבודה בכללותה. ניתן לקבוע את זכויותיה על-פי חוק של עובדת הבית (בענייננו – המערערת), על יסוד המבנה המוסכם של עבודתה מידי יום, תאור התפקידים המוטלים עליה והשעות בהן נדרשה לבצע אותם, בדרך כלל".

כמו כן, מקובלת על ידי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כי אף שאין לעצום עין נוכח הקושי שבהוכחת השעות הנוספות והקושי הנוסף לבחון בכל מקרה מחדש את היקפן, סביר להניח כי עם הזמן תמצא הדרך להסדיר את נושא התשלום עבור שעות אלה במסגרת הסכם ההעסקה של עובדי הסיעוד בהתאם להוראות החוק, באופן אשר יצריך פניה לבתי הדין לעבודה רק במקרים קיצוניים (פסקה 106 לסיכום טענותיו). ובאשר לעותרת הספציפית שבפנינו (אשר באת כוחה עמדה על הכרעה בעניינה גם במישור הפרטני על אף שלאחרונה נותק הקשר עימה - ראו סעיף 5 להודעתה מיום 9.1.2012), מקובלת על ידי עמדת כב' הנשיא (בדימוס) ס' אדלר וכב' השופט ע' רבינוביץ' אשר העריכו בארבע שעות מדי יום את היקף השעות הנוספות בגינן היא זכאית לגמול על פי חוק שעות עבודה ומנוחה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. במסגרת הדיון הנוסף נדרשים אנו להכריע בשאלה המורכבת בדבר תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: החוק) על עובדים המועסקים בתחום

הסיעוד. במבט ראשון - השאלה איננה מעוררת דילמה מיוחדת; חוק שעות עבודה ומנוחה מחיל עצמו על כל העובדים במשק למעט חריגים, שעובדי הסיעוד אינם מאוזכרים בהם מפורשות. עם זאת, כאשר מעמיקים אל תוך נבכי השאלה, נוכחים אנו כי היא אינה פשוטה כלל וכלל. הסוגיה בדיון הנוסף מעוררת קשיים משפטיים ממשיים בפרשנותו של חוק שעות עבודה ומנוחה; היא מבליטה את אזלת ידו של החוק אל מול המציאות שמולידה מדי יום צורות העסקה חדשות; היא נושאת בחובה השלכות חברתיות קשות עד הרות גורל על שתי אוכלוסיות חלשות בישראל; היא עוסקת בהגנה הבסיסית ביותר על זכויותיהם של עובדים.

הסוגיה הגיעה לפתחנו על-ידי העותרת, עובדת זרה מהפיליפינים שהועסקה בישראל אצל משיבה 2 כמטפלת סיעודית, וביקשה לקבל גמול בעד ארבע שעות עבודה נוספות ביום. עניינה של העותרת נידון זו הפעם השנייה לפנינו ובפעם הרביעית בפני הערכאות המשפטיות בכלל. הפרשה הונחה על שולחנם של לא פחות מחמישה עשר שופטים. העמדות שהובעו על-ידם בפרשה מייצגות קטבים שונים של פתרונות משפטיים. מתוכן נראה כי ניצבות שלוש גישות עיקריות החלוקות ביניהן באשר לדרך ולתוצאה. אומר כבר עתה כי לשיטתי בכל אחת מהן טמונים יתרונות וחסרונות – כבדי משקל.

הגישה הראשונה מוצגת בחוות דעתו של כב' השופט י' פליטמן אשר כתב את דעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. לגישתו החריגים בחוק שעות עבודה ומנוחה המעוגנים בסעיפים 30(א)(5) ו-6(6) חלים על עובדי סיעוד ומוציאים אותם מתחולת החוק. עסקינן בחריג ה"אמון אישי" והחריג הנוגע ל"עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם". בתי הדין לעבודה נוהגים לפרש את החריגים הללו בצמצום כדי שיותר עובדים ייהנו מהגנת החוק (ע"ע 300271/98 טפקו-ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה – טל, פד"ע לה 703, 711 (להלן: עניין טפקו)). דעת הרוב בפסק דינו של בית הדין לעבודה מרחיבה הלכה למעשה את הפרשנות המסורתית של החריגים. לגישת השופט י' פליטמן, אליו הצטרפו נציגי העובדים והמעבידים בבית הדין הארצי, העותרת אינה זכאית לגמול שעות נוספות מכוח החוק. לפי הגישה השנייה בה נוקטות חברותי השופטות ע' ארבל וא' חיות, החוק חל על העסקתם של עובדי הסיעוד היות שהם לא הוצאו ממנו מפורשות, ואין לעשות זאת בקביעה שיפוטית. זאת חרף ההכרה כי המדובר בסוגיה סבוכה שאין ספק שראוי היה שיתפתר על ידי המחוקק. לגישתן זכאית העותרת לתשלום בגין 4 שעות עבודה נוספות כל יום, בהתאם לדרישה בכתב תביעתה. בעמדה זו החזיקו כב' השופט ע' רבינוביץ והנשיא ס' אדלר בבית הדין

הארצי, אם כי השניים הגיעו לתוצאה זהה על בסיס חישוב שונה של שעות העבודה הנוספות. הגישה השלישית עולה מפסק הדין העומד במרכז הדיון הנוסף מפי המשנה לנשיא א' ריבלין, אשר דחה את עתירת העותרת נגד פסק דינו של בית הדין הארצי. בית משפט זה קבע שתבנית ההעסקה של עובדי הסיעוד חורגת מן ההסדרים הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה. על כן לא ניתן לאכוף את החוק לשיעורין רק בעניין סעיף יחיד הנוגע לשעות עבודה נוספות של עובדי הסיעוד. תוצאה זו לגישתו אינה ראויה או מתאימה. המענה צריך להינתן באמצעות חקיקה כוללת וקוהרנטית שתסדיר את תחום עבודת הסיעוד. בדיון הנוסף שלפנינו, חברי הנשיא א' גרוניס מאמץ עמדה זו. הוא סבור שעלינו להותיר את הסדרת הסוגיה למחוקק, נוכח מורכבות הסוגיה שמלמדת כי אין זה עניין לבית המשפט להכריע בו.

עיינתי בכובד ראש בשלוש הגישות ובחוות דעתם של חבריי. בפתח הדברים אקדים לומר כי באשר לדרך, מצטרף אני לדרכם של הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא א' ריבלין, לפיה אין מקום להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד. מאפייניה של עבודת הסיעוד סוטים מההסדרים בחוק במידה שאינה מאפשרת ליישם מבלי לחטוא למטרות החוק עצמן. ואילו באשר לתוצאה - עמדתי קרובה לגישת חברותיי. מצב בו עובדי הסיעוד לא חוסים תחת כנפי חוק שעות עבודה ומנוחה ובו זמנית אינם מוגנים באמצעות הסדרה אחרת יוצר פגיעה מן הצדק בזכויות עובדי הסיעוד. לשיטתי וכפי שאבהיר בהמשך אין להשלים עם פגיעה כזו בשלב הנוכחי של התפתחות דיני העבודה בישראל. לא ניתן להותיר את עובדי הסיעוד משוללי זכויות עד שהמחוקק יתפנה לומר את דברו. יש לטעמי לספק להם פתרון זמני בדמות תוספת תשלום מסוימת לשכרם. המסלול בו צעדתי בהגיעי למסקנה זו שונה ואינו בא לידי ביטוי בחוות הדעת האחרות בפרשה. כפי שאראה, נמצא עיגון לגישתי בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה.

2. סבורני כי חוק שעות עבודה ומנוחה איננו חל מעיקרו על עובדי הסיעוד. זאת לא מפני החריגים בו כדעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה. לפי גישה אחרונה זו, החריגים הרלוונטיים לענייננו שניים המה. האחד, תפקידים המחייבים "מידה מיוחדת של אמון אישי". ברי כי כל מערכת יחסי עבודה מושתתת על אמון ומהימנות (דב"ע (ארצי) מט/7 – 2 רבות נ' הורמן שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא 117 (1989)). ברם, עמדתי היא שהרמה הנדרשת של אמון אישי בסעיף 30(א)(5) אינה מתקיימת בכל תפקיד בו נותן המעביד אמון בעובדו ומסתמך עליו. על פי הפרשנות המקובלת של הדיבור בפסיקה, מדובר במידה גבוהה של אמון המושרשת בתפקיד וביחסים בין המעביד לעובדו עד כי העובד בו מוצא מתחולת החוק. מהם תפקידים אלו? עובדים

בעלי עצמאות רבה וחופש פעולה לקבוע את שעות עבודתם ומנוחתם. אלה מאפיינים תפקידים בכירים בדרגות ניהוליות שמשתכרים שכר גבוה ועובדים בשעות לא רגילות עד כי הם מחייבים אמון אישי מוגבר מטעם המעביד. כאשר לעבודת הסיעוד, אמנם התלות של המטופל בעובד הסיעודי ובעבודה המבוצעת על-ידו מצריכה מידה מסוימת של אמון אישי. ברם אין להגיד שהיא עבודה הכוללת שיקול דעת רחב בניהול שעות העבודה. לדעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, מערכת יחסים של תלות גבוהה בין המעביד לעובד מקיימת את המידה המיוחדת של אמון אישי. להשקפתי, פירוש הדיבור "אמון אישי" כהסתמכות גבוהה ככל שתהיה של המעביד על העובד עשוי לגרור השלכות מרחיקות לכת על תפקידים רבים נוספים. כך למשל אחות בבית חולים, שמעבידה סומך עליה כי תדאג לחולים במהלך משמרת עבודתה. האם יש לקבוע שתפקידה בעל מידה מיוחדת של אמון אישי עד כי יש להוציאה מגדר הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה? "אין לבלבל בין נאמנות המעוגנת בטיב המקצוע או בסוג העבודה לבין נאמנות בה חבים עובדים בכירים, בתפקידי הנהלה, המשתכרים סכומים גבוהים ושאינן זה הוגן או מעשי להחיל עליהם את חוק שעות עבודה ומנוחה" (ע"ע 1113/02 טודוראנג'אן – מעיין פד"ע לט' 409, 420 (להלן: עניין טודוראנג'אן). דברים אלה נכונים ביחס למטפל הסיעודי.

החריג השני שנידון בענייננו עוסק בעובדים שנעדרת יכולת פיקוח על שעות עבודתם. החריג מתייחס לתפקידים שבגלל מקום הימצאותם ומהותם אינם מאפשרים מעקב על שעות העבודה והמנוחה. תפקידים שהקשר עם מקום העבודה כמעט אינו קיים ולכן הם מצריכים מנגנון פיקוח מיוחד (ראו: עמ' 15-13 לפסק הדין מושא הדיון הנוסף וכן פסקאות 16-17 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל). כך הוא הדבר בעבודה מחוץ לחצריו של המעביד, שאין בינה ובין מקום העבודה כמעט קשר דב"ע נג/ד-188 אי.בי.סי. ניוז אינטרקונטיננטל - בנימין מור פד"ע כח 284, 292). דבר זה אינו מאפיין את עבודת העובד הסיעודי, שנמצא כידוע מרבית שעות היום בסמוך למטופל. הקפדה על שעות הנוכחות של העובד עומדת במהותה של עבודת הסיעוד. אף אם המעביד הינו קשיש או חולה, מטלות עבודת הסיעוד כרוכות בשהייה קרובה אליו וברציפות שעות העבודה. על כן, לא אוכל לראות במטפלים הסיעודיים כעובדים ש"תנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".

3. משהגעתי למסקנה כי החריגים הקבועים בחוק אינם מהווים בסיס לאי תחולתו על עובדי הסיעוד, אבהיר מדוע להשקפתי החוק אינו תקף כאשר לעובדי הסיעוד, כעמדת הנשיא גרוניס והמשנה לנשיא ריבלין. עיון בחוק שעות עבודה ומנוחה מעלה כי בחוק שלוש הוראות נורמטיביות שמהוות ציר מרכזי אשר סביבו נעים יתר סעיפי

החוק. ההוראה הראשונה עוסקת במשך שבוע העבודה ויום העבודה. הוראה זו מופיעה בסעיפים 2 ו-3 לחוק וקובעת יום עבודה של 8 שעות, ושבוע עבודה של 45 שעות. לצד תחימת שבוע העבודה, התיר המחוקק לשר העבודה (כיום שר התעשייה המסחר והתעסוקה) לקבוע בתקנות או באמצעות הסכם קיבוצי שבוע עבודה ויום עבודה קצרים או ארוכים מכך בנסיבות מיוחדות (סעיפים 4-5 לחוק). ההוראה השנייה מעגנת את הזכות ליום מנוחה שבועי לכל עובד, שיכיל לפחות 36 שעות מנוחה רצופות. ההוראה השלישית עוסקת בחובתו של מעביד לספק לעובד הפסקות במהלך יום העבודה והפסקה של 8 שעות לפחות בין יום עבודה אחד למשנהו (סעיפים 12-20).

ההסדרים המשלימים לשלוש הוראות אלו מתווים את האפשרויות בהן ניתן לחרוג מההוראות היסודיות, וקובעים את הגמול שיש לשלם עבור חריגה זו. במסגרת הסדרים משניים אלו מצויים הסעיפים הקובעים לעניין עבודה בשעות נוספות. סעיף 10 לחוק מאפשר העבדה בשעות נוספות במקרים המנויים בו. למשל, כשתאונה או מאורע בלתי צפוי מחייבים זאת. כמו כן, שר העבודה מוסמך להתיר עבודה בשעות נוספות במצבים מסוימים כגון "במקום שמטפלים בחולים, בבתי מרקחת, במוסדות החלמה, במוסדות לטיפול בזקנים או בילדים" (סעיף 11). מכוחה של הסמכה זו פרסם שר העבודה והרווחה היתר כללי להעסקת עובדים למשך מקסימאלי של 4 שעות נוספות ביום (היתר העבדה כללי מיום 06.01.74). ההוראה הרלוונטית לענייננו מגדירה את הגמול המשתלם עבור עבודה בשעות נוספות – משמע, בשעות שמעבר לשמונה שעות ביום עבודה אחד:

16. (א) "הועבד עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכר עבודה לא פחות מ-1¼ מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-1½ מהשכר הרגיל."

הקושי להחיל את החוק ככלל וסעיף 16 בפרט נובע מעצם הגדרת שעת העבודה של עובדי הסיעוד. החוק מגדיר שעת עבודה כ"זמן שבו עומד העובד לרשות העבודה" (סעיף 1). לפי תבנית ההעסקה המקובלת של העובד הסיעודי, הוא שוהה בביתו של המטופל כשישה ימים בשבוע כדי לסייע לו בביצוע פעולות היום-יום. נוכחותו נדרשת למשך מרבית שעות היממה, ובמקרים רבים לן העובד בבית מעבידו. אף כאשר העובד עוסק בענייניו הפרטיים, הוא זמין לצרכי המטופל (שרון רבין מרגליות, "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו' 341, 343 (תשע"א)). ביתו של המטופל הופך, הלכה למעשה, לביתו של העובד. אי לכך ההבחנה בין הזמן בו העובד עומד לרשות

עצמו ובין הזמן שהוא לרשות העבודה דקה עד מאוד (השוו: דב"ע (ארצי) לד/4-3 יקואל – פלד, פד"ע ה 328, 334 (1974)). חבריי המשנה לנשיא ריבלין וכב' השופטת ארבל הציגו בהרחבה את הפרשנויות השונות ל"שעת עבודה" בה עומד עובד לרשות מעבידו. יש הטוענים שתפקידם של עובדי הסיעוד הוא השגחה על המטופל. לכן כל שעה בה העובד שוהה בבית המטופל כמוה כשעת עבודה (חוות דעתם של שופטי המיעוט ע' רבינוביץ וס' אדלר בבית הדין הארצי). לפי גישה זו הרי שמסגרת שעות עבודתם של המטפלים הסיעודיים סוטה ממספר שעות העבודה המותרת בחוק, וגם ממגבלת השעות הנוספות. על פי גישות אחרות, אין לכלול את שעות הלינה של עובד במקום עבודתו כשעות עבודה (ע"א 566/70 מחטאוי נ' חברת קו צינור אילת, פ"ד כה(2) 622 (1971); דב"ע (ארצי) שן/84-3 מדינת ישראל – רון, פד"ע כב 433 (1990)). זאת הגם שהעובד נקרא לעתים לעבוד בשעות אלו. אחרים אינם רואים בשעות בהן העובד הסיעודי ישן, קורא, או צופה בטלוויזיה בבית המטופל כעבודה, להבדיל משעות הטיפול בפועל (פס' 17 לעמדת הרוב בעניין טודוראנג'אן). קושי נוסף נובע מכך ששעות הפנאי של עובד הסיעוד פעמים רבות נושקות ואף חופפות לשעות עבודתו. העותרת מתארת כי משיבה 2 הייתה מחוברת בקביעות למכונת הנשמה ביתית, באופן שהצריך השגחה תמידית וביצוע פעולת ניקוז מדי כמה שעות. העותרת הייתה צריכה להיות ערנית למצבה של משיבה 2 גם כשעסקה בענייניה הפרטיים, למשל כשאירחה את חברותיה (פס' 18 לחוות דעתו של השופט ע' רבינוביץ' בפסק הדין של בית הדין הארצי).

אין עסקינן בקושי הוכחתי גרידא להגדיר את היקף שעות העבודה היומיומי של העובד הסיעודי. המדובר בקושי יישומי אמיתי להחיל את החוק על תפקיד שבמהותו אינו תואם את הוראותיו הבסיסיות. החובה לשלם גמול שעות נוספות נקבעה על מנת להטיל על המעבידים עומס כלכלי שיהווה תמריץ שלילי להעסיק עובדים בשעות הנוספות-היתרות-החורגות מעבר לשעות העבודה הרגילות (דב"ע מט/2-7 מישל רבות - הורמן שירותי אחזקה (אילת), פד"ע כא, 117, 121). אלא ששעות העבודה הרגילות של עובדי הסיעוד טרם הוגדרו. וכן, מסגרת העבודה של עובדי הסיעוד, על פי טיבה הרגיל, כלל איננה תחומה לשמונה שעות עבודה רגילות ביום. עבודת הסיעוד מקוטעת, אך גם רציפה, ושעות העבודה אינן שגרתיות. מכאן ברור הקושי לפנות לחישוב שעות העבודה הנוספות. במצב דברים כזה החלת סעיף השעות הנוספות על עובדי הסיעוד תוביל ליישום חלקי, שרירותי ומקרי באופן שיפגום במטרות החוק גופו. בכל תיק יקבעו שעות עבודה אחרות, והתשלום בגין שעות נוספות ישתנה ממקרה למקרה ללא קו אחד מנחה. ייתכן שהתוצאה תהיה סבירה במקרים אחדים, כמו בתיק שמונח לפנינו. במקרים אחרים החישוב עלול להסתכם לסכומים גבוהים ולגרור תוצאות קשות

מנשוא. אף בעניינה של העותרת שני שופטי המיעוט הציעו גישות חישוב שונות. כב' השופט ע' דבינוביץ פסק לעותרת ארבע שעות נוספות בשל העובדה שכך דרשה, למרות שבחינת הנתונים העובדתיים הצביעה על חמש שעות נוספות ליום (פס' 25 לחוות דעתו). הנשיא ס' אדלר הגיע למסקנה זהה באמצעות הערכת שעות העבודה הנוספות של העותרת על בסיס מתכונת עבודה כללית, מאחר שהתקשה לקבוע שעות עבודה מדויקות (פס' 3 לחוות דעתו).

צא ולמד, הסיבה להוצאת עובדי הסיעוד מתחולת החוק איננה השלכותיו הכלכליות. הטעם המרכזי הוא היעדר ההתאמה של תנאי ההעסקה בתחום הסיעוד לתנאי החוק. השאלה שניתן היה לשאול איננה האם זכאי עובד סיעודי לקבל גמול בגין שעות העבודה הנוספות, אלא האם כלל מותר לו לעבוד שעות רבות אלו, ללא הפסקה, במסגרת ההעסקה שלו? אינני קובע עמדה בסוגיה זו. העניין מורכב אף יותר במציאות הישראלית. רובם המכריע של המטפלים הסיעודיים הם עובדים זרים שלעתים רבות מתגוררים בבית המעביד. על רקע זה - שליפת לבנה אחת בלבד מתוך המסד השלם של חוק שעות עבודה ומנוחה תוך התעלמות מהנותר מהווה מימוש מלאכותי של החוק. ברי כי אין בכך ביקורת על בקשת העותרת לקבל תשלום עבור שעות נוספות; יחד עם זאת, בעת פרשנות הדין, לא יהא זה נכון לדון בסוגית השעות הנוספות כסעיף בודד במנותק מהסביבה החקיקתית שלו. כדברי המשנה לנשיא א' ריבלין:

"יש קושי בהתעלמות ממתכונתו של החוק על ידי הכרה בלגיטימציה של חריגה מן ההסדרים הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה ובה בעת לבקש לאכוף הסדרים אחרים הקבועים בחוק. לא ניתן לאכוף את החוק לשיעורין. הלגיטימיות או היעדר הלגיטימיות של מתכונת ההעסקה של העובדים הסיעודיים, משליכה באופן ישיר גם על האפשרות לחייב את המטופלים בתשלום שעות נוספות בעניינם. כאמור, התשלום המוגבר בגין עבודה בשעות נוספות נועד במידה רבה לקבוע מסגרת של שעות וימים להעסקת העובד על מנת לשמור על האיזון הראוי בין פנאי לעבודה. אלא שבעבודות שמעצם טבען מחייבות העסקה שאין לה שיעור, יש קושי בהחלת הוראות החוק לעניין התשלום המוגבר עבור שעות "שמעבר" לאותו שיעור." (פס' 22 לחוות דעתו).

4. ישאל השואל: כלום אין מקצועות נוספים הדורשים מהעובד נוכחות במקום העבודה שעות רבות אשר עולות על המספר המותר לפי החוק? כך הוא מצבם של עובדים הנדרשים לתורנות או לשעות כוננות במקום עבודתם כגון רופאים, מאבטחים ומדריכים במוסדות. בפסק דין שדן במדריכים בפנימיית נוער נקבע ששעות הלילה בהן

לנו בפנימייה לא היוו שעות עבודה (דב"ע שן/3-84 מדינת ישראל - רון, פד"ע כב 433).
 אכן, מרכיב השהייה הממושכת והלינה במקום העבודה משותף לעבודות אלה ולעבודת
 הסיעוד. עם זאת, השונות של עבודת הסיעוד אינה נובעת אך ורק משעות העבודה
 הארוכות. עובד הסיעוד אינו עובד במשמרות ארוכות פעמים ספורות בשבוע; הוא
 עובד יום-יום אצל אדם אחד. הוא אמון באופן אישי על הטיפול השוטף באדם קשיש
 ולעתים אף חולה. הוא מטפל בצרכיו הגדולים והקטנים ביותר. בין המטופל הזקוק
 לליווי סיעודי ובין המטפל בו נוצר קשר הדוק עד כי לעתים העובד הסיעודי הוא היחיד
 אשר יכול להיענות לצרכיו. מתכונת ההעסקה הייחודית של עובדים בתחום הסיעוד
 מבארת כי מהות התפקיד מחייבת אותם לעבוד במהלך יום עבודה ממושך, בו
 מיטשטשים הקווים בין יום ובין ליל, בין שעת עבודה להפסקה, בין תורנות ובין סיום
 יום העבודה. זהו אינו בגדר חריג עבור העובד הסיעודי, אלא בגדר הכלל.

יישום חוק שאינו תואם את מציאות העובד ודרישות המעביד איננו הפתרון
 הראוי לטעמי, אלא יש ליצור הסדר מתאים ומפורש לתחום הסיעוד. בהקשר זה נזכיר
 כי "אין מטרתו של החוק... למנוע תבניות העסקה בלתי שגרתיות" (עניין טפקו, 710).
 זהו קושי עקרוני ממשי. המחלוקות השונות שהובעו בפסיקה ועל-ידי מלומדים בסוגיה
 זו ממחישות את המשוכה המשפטית הגבוהה. היא נובעת מהתכונות הייחודיות של
 העסקת עובדים בתחום הסיעוד. מאפייני העבודה חורגים מההוראות היסודיות בחוק
 עד כי קשה ליישב את אלו עם אלו ללא הנחייה מפורשת מאת המחוקק.

5. הנני מצטרף לקריאת חבריי אל המחוקק להסדיר את תנאי העבודה הייחודיים
 של עובדי הסיעוד. לעמדת המשנה לנשיא א' ריבלין, הבעיה המרכזית היא עצם
 חוקיותה של תבנית ההעסקה של עובדי הסיעוד ואילו זכאותם לשעות נוספות היא
 שאלה משנית. בהיעדר מסגרת נורמטיבית ראויה להעסקת עובדי סיעוד, יש להמתין
 לדעתו להסדר חקיקתי מפורש. חברי הנשיא א' גרוניס מדגיש גם את הקושי הניצב לפני
 בית המשפט בבואו להתוות דרך סדורה ומקיפה במסגרת הליכים משפטיים היות שאינו
 הגורם המקצועי המתאים לתפקיד. אף אני מסכים שאין להחיל את חוק שעות עבודה
 ומנוחה על עובדי הסיעוד. ואולם שאלתי היא: האם זהו סוף פסוק? האם בהכרח המצב
 העובדתי העגום מוביל לתוצאה כי אין להעניק כל הגנה לעובדים הסיעודיים, ובענייננו
 – לעותרת?

חוק שעות עבודה ומנוחה מסדיר את שעות ההעסקה של רוב ציבור העובדים
 בישראל. נוכח מסקנתי שאין להחיל את החוק על עובדי הסיעוד, התוצאה הישירה הינה
 כי הם נותרים נעדרי כל הגנה. אמנם המחוקק מכיר בסוגי תפקידים בהם יש לסטות

ממסגרת התעסוקה שקבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה. סעיף 30(א) לחוק מוציא מגדרו שישה סוגי תפקידים. שניים מתוכם, אשר נדונו לעיל, הם חריגים אינדיווידואליים שתחולתם תלויה באופי התפקיד – תפקיד שמצריך מידה גבוהה של אמון אישי ותפקיד שאינו מאפשר למעביד פיקוח על שעות העבודה (סעיף 30(א)(5)–(6)). שניים אחרונים אלה נתונים במצב מיוחד בשלו אינם נזקקים להגנת החוק (דברי הסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה). ארבעת החריגים הנותרים מייצגים מגזרי עובדים מסוימים כגון עובדי דייג ואנשי צוות אוויר (סעיף 30(א)(1)–(4)). באשר להעסקתם של אלו נכתב בהצעת חוק שעות עבודה ומנוחה: "תפקידים המיוחד שאינו מאפשר להכניסם לתחום החוק ושעות עבודתם מוסדרת בדרך אחרת" (הצעת החוק שעות עבודה ומנוחה (ה"ח 43, 160 (21.05.50)). כך נעשה ביחס לשעות העבודה והמנוחה של שוטרים (פקודת המטה הארצי מס' 09.06.01 (עדכון 07.08.12); כן ראו: הסכם קיבוצי מיוחד עם רשות שדות התעופה מיום 15.06.1977). חקיקת המגן פרשה את כנפיה אף על עובדים אשר הוצאו מחוק שעות העבודה והמנוחה ושעדיין נזקקו להגנה. זכויותיהם הובטחו. ואילו, הוצאתם של עובדי הסיעוד מתחולת החוק יוצרת חור שחור לגבי תנאי עבודתם. הייתכן שלעובדי הסיעוד אין זכויות ולמעסיקיהם אין חובות בתחום המוגן על ידי החוק? ריק זה איננו מאפשר לנו להמתין ל"טיפול שורש" חקיקתי. הוא זועק ומחייב להעניק הגנה מסוימת כבר בשלב זה על בסיס העקרונות המוכרים היטב והמושרשים במשפט העבודה.

יודגש כי שאיפת חוק שעות עבודה ומנוחה הינה לפרוש כנפיה על כל העובדים במשק "בין בעבודת הגוף ובין בעבודת הרוח, בין בתעשייה במסחר או בשירותים ובין בחקלאות" (הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, בעמ' 163). החריגים לחוק המנויים בסעיף 30(א) נותרו זהים רובם ככולם לאלו שנכללו בשנת 1954, עם חקיקת חוק שעות עבודה ומנוחה. צורות ההעסקה התפתחו והשתנו באופן משמעותי במהלך העשורים האחרונים. תופעת עובדי הסיעוד נפוצה במחוזותינו מזה כחמש עשרה שנים. יש לתמוה אפוא על המחוקק שלא מצא לנכון להתמודד עם הקשיים בהחלת החוק עד כה. מה נפקות התובנה שהחוק לא הותאם לתבנית ההעסקה של עבודת הסיעוד?

אמרה שגורה בפי כל היא כי חוסנה של חברה נמדד בין היתר ביחסה לחוליות החלשות בשרשרת. שאיפתנו כחברה היא להבטיח שלא רק אמרה תישאר. עבודת הסיעוד נמנית על המשרות המצויות בדרגות השכר הנמוכות בישראל ומתאפיינת בהיקף רחב של העסקת עובדים זרים למן תחילת שנות התשעים (ד"ח הועדה הבינמשרדית לבחינת ענף הסיעוד, עמ' 7 (03.09.06)). העובדים הזרים משתכרים שכר נמוך משמעותית מעובדים ישראלים. שכר החודשי של עובדי הסיעוד נע בין 500-600

דולרים בשנים 2000-2001 הרלוונטיות לעותרת (סכום הנאמד על סך 4014 ש"ח בחודש ינואר 2001). כיום המעביד מחויב על פי חוק לשלם לעובד לכל הפחות שכר מינימום עבור משרה מלאה, שעומד החל מיום 01.10.12 על סך של 4,300 ש"ח (ד"ר גלעד נתן "עלות העסקת עובד זר" מרכז המחקר והמידע בכנסת (מאי 2011)). זאת בעד שישה ימי עבודה, ועבודה הנמשכת מרבית שעות היום. ממשכורתו של העובד ניתן לנכות כדין עד 25 אחוזים בגין הוצאות לינה, כלכלה וביטוח רפואי (תקנה 3 לתקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכויים מהשכר בעד דמי ביטוח רפואי), התשס"ב-2001). כידוע לנו, לא שולם לעותרת גמול בגין עבודתה בשעות נוספות.

בהיות מרביתם עובדים זרים המקובצים לישראל מארצות רבות, עובדי הסיעוד מהווים קבוצה נעדרת קול וייצוג לפני מוסדות המדינה. הקבוצה מתקשה לדרוש את זכויותיה במישור המשפטי, בין היתר בשל היעדר התקציב הנדרש לניהול הליך משפטי (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל פס' 27 (30.03.2006) (להלן: עניין קו לעובד)). העותרת מתארת בעתירתה עבודה פיזית קשה, בתנאי מינימום. עבודתה חייבה מגורים בבית מעסיקתה, דבר שלוהו בכידוד חברתי.

6. אי תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על תחום הסיעוד אינו מונע לתפיסתו דיון בשאלת הזכאות לגמול שעות נוספות תחת משטר חקיקת המגן בכללותו. חוק שעות העבודה והמנוחה הינו אחד הביטויים של משטר קוגנטי זה. החוק נשען על עקרונות יסוד ממשפט העבודה. אף אם החוק אינו חל, העקרונות עודם עומדים על מכונם. עקרונות אלו מיועדים להגן על העובד אשר נתון באופן מובנה בעמדה חלשה במערכת יחסיו עם המעביד (עניין קו לעובד, פס' 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין). אכן, ההצדקה המסורתית של חקיקת המגן מושתתת על חוסר השוויון הבסיסי בין כוח המעביד לכוח העובד (בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד נא(2) 63, 102)). מטרתה של חקיקת המגן, אפוא, היא לתת כלים בידי קבוצת עובדים חלשה שימנעו את אפשרות הפגיעה בה. חוקי העבודה הקוגנטיים מציבים מערך זכויות שהינן הכרחיות לא רק עבור העובדים החלשים במשק אלא לכל עובד ועובד, יהא עיסוקו אשר יהא. אופייה הקוגנטי של חקיקת המגן נועד להבטיח, בין השאר, את זכותו המהותית של העובד לתנאי מחייה מינימאליים ללא תלות בכוח השוק שלו (גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423, 458 (התשס"ג)). יש הטוענים כי המימד הקוגנטי של חקיקת המגן הינו קונקרטיזציה של זכויות המעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (חני אופק "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט

העבודה", משפטים ל"ז 63, 83 (תשמ"ז)). אין חולק כי עובדים זכאים לזכויות אדם ככלל, כגון הזכות לשוויון (ראו: ע"ע (ארצי) 1267/04 זכריה – עזבון המנוחה ליזה קימלמן (31.12.06) (להלן: עניין זכריה)). ברי בעיני שהם זכאים גם לזכויות מכוח משפט העבודה המגן. הזכות לשכר ראוי בגין עבודה נכללת ברשת ההגנה המינימאלית של העובד. זכות זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוראות המבטיחות תשלום שכר מינימום (חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987), תשלום גמול בגין שעות נוספות (חוק שעות עבודה ומנוחה), והפרדה בין רכיב השכר הרגיל לרכיב השעות הנוספות (סעיף 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958). הזכות לשכר ראוי מוכרת וקיימת.

חוקי המגן האמורים; התפתחות הפסיקה במשפט העבודה במאה ה-21; חוקי היסוד – כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק; כל אלה מלמדים כי לעובד זכויות מן הצדק שעומדות על רגליהן הן. יש מקום לממש זכויות אלו באמצעות תשלום גמול בגין עבודה בשעות נוספות בהיקף שמאפיין את עבודת הסיעוד. סקירת המשפט המשווה שתובא בהמשך מדגישה כי מחוקקים בארצות העולם יצרו מודלים שונים של פתרונות להעסקת עובדים סיעודיים, לרבות ביחס לתגמול השעות הנוספות. כל מודל על יתרונותיו וחסרונותיו. ואולם, היעדרה של כל התייחסות לסוגיה איננה מקובלת עליי. אי תחולת שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד מובילה לתוצאה כי אין בנמצא נורמה משפטית מחייבת על פי דין. במצב זה, שתיקת המחוקק משמעותה שלילת זכויותיהם הבסיסיות של המטפלים הסיעודיים. אפשרות אחת היא להמתין לדבר המחוקק. הקושי הוא שההמתנה מתמשכת ולעת הזו לא נראה פתרון באופן. הגד זאת בצורה אחרת: הפתרון כיום אינו נראה קרוב יותר משהיה במועד מתן פסק הדין מושא הדיון הנוסף שניתן בשנת 2009. פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה ניתן כבר לפני למעלה משש שנים. בפסק דינו קרא בית משפט זה בריש גלי למחוקק לקדם הסדר חוקי שיבטיח תנאי עבודה הולמים למטפלים הסיעודיים. על פי התגובות העדכניות שהוגשו עד כתיבת חוות דעתי וחרף עבודת המטה המבורכת שהתבצעה, לא ברור מתי יושלם החסר. אפשרות אחרת היא להכיר בזכאות העובדים לזכויות מכוח העקרונות הכלליים של משפט העבודה. זכויות אלו הן נחלת הכלל, והן כוללות תשלום בגין שעות עבודה נוספות ויום מנוחה שבועי. לדעתי עלינו לנקוט באפשרות השנייה. חוקי המגן מחייבים זאת. לא רק זו, הותרת הריק הנורמטיבי שהשאיר אחריו חוק שעות עבודה ומנוחה מהווה גזירה שציבור העובדים אינו יכול לעמוד בה, או ליתר דיוק - אין לחייב אותו לעמוד בה. כך ראוי בעידן של זכויות אדם ככלל וזכויות עובדים בפרט.

הכיצד יש להבטיח את זכותה של העותרת בענייננו? תיק זה מלמד לא רק על הקשיים העקרוניים ביישום חוק שעות עבודה ומנוחה לגבי עובדי סיעוד, אלא גם על

ההיבטים המעשיים. תשלום בעד 4 שעות עבודה נוספות - כפי שנפסק בידי דעת המיעוט בבית הדין הארצי לעבודה ואומץ על-ידי השופטות ע' ארבל וא' חיות - נראה כפתרון סביר. אולם, תוצאה זו נוחה הייתה במקרה דנא מפני שהעותרת הסתפקה בבקשת גמול לארבע שעות עבודה. התוצאה לא תאמה את השעות שהוכח בפועל כי בהן עמדה העותרת לרשות העבודה. אם החוק חל כלשונו וככתבו, חישוב השעות הנוספות המדויקות שעבד כל עובד - מלבד האתגרים הכרוכים בחישוב גופו - עשוי להוביל לתוצאות כלכליות שתקשינה על ציבור המעבידים מאד.

קושי מעשי נוסף מצוי בפתרון לפיו בתי הדין לעבודה יגדירו את התשלום הראוי בגין השעות הנוספות על פי נסיבות כל מקרה. מהפסיקה שהוגשה לפנינו ונסקרה גם בחוות דעתה של השופטת ארבל למדים אנו כי ננקטו עמדות שונות בשאלה כיצד להכיר בגמול עבור שעות העבודה הנוספות של עובדי הסיעוד. בתי הדין לעבודה הגיעו לתוצאות אחרות, בדרכי חישוב שונות. במקרים אחדים, נקבע כי יש לתגמל עובד סיעודי בשעות נוספות משוערות על בסיס מבחן "מתכונת העבודה בכללותה" של העובד (ע"ע 1511/02 ארמילנדה לאחאטו נ' עזבון המנוחה ויקטוריה בן-בנימין מ (2005) 371). בעניין טודוראנג'אן שנידון בבית הדין הארצי לעבודה, סברה דעת הרוב כי אין להעניק לעובדת סיעודית שעות נוספות היות שהיא מקיימת את החריג המצוי בסעיף 30(א)(6) בדבר חוסר יכולת לפקח. לצד זאת נקבע שעדיין זכאית העובדת לזכויותיה ונפסקה לה תוספת שכר בשיעור של 30% מעל שכר המינימום על בסיס היקף עבודתה (שם, עמ' 431). בדומה, בעניין נוסף עובדת סיעודית שטיפלה באישה קשישה במשך כל שעות היום עד פטירתה ובנוסף בעבודות משק הבית קיבלה תוספת של 40% מעבר לשכר ששולם לה (עניין זכריה - עזבון המנוחה ליזה קימלמן (31.12.06) (להלן: עניין זכריה)). מן העמדות השונות ניתן לראות כי קביעת הגמול שינתן בגין השעות הנוספות על בסיס שיקול דעת ללא הנחיה מהמחוקק היא משימה מורכבת. היא יוצרת היעדר אחידות בפסיקה. בהיבט זה מקובלים עליי דברי הנשיא א' גרוניס:

"את הפתרונות המתאימים יש לגבש בצורה מושכלת בזירה הפוליטית והציבורית, תוך העזרות בגורמים מקצועיים אשר יקדישו לכך את הזמן והמשאבים הנדרשים" (פס' 16 לחוות דעתו).

עם זאת, דעתי היא כי לא ניתן להשלים עם מצב משפטי בו זכויות בסיסיות של קבוצת עובדים חלשה תישללנה לחלוטין. מוטב בעיני להתוות פתרון ביניים. במקום קביעת פתרונות שונים תלויי נסיבות התיק ופרשנויות אפשריות, נכון בעיני לקבוע פתרון אחיד שיחול על כל עובדי הסיעוד עד להסדרת הנושא בחקיקה. מטרת הפתרון להבטיח את זכויותיהם של עובדי הסיעוד, ובמקרה הנדון לפנינו - להעניק לעובד

הסיעודי גמול שכר מעבר לשכר המינימום המשולם לו בעד השעות הנוספות. הגמול אינו מותנה בהכרח במספר השעות הנוספות המדויק במהלכן יגע העובד. הוא מייצג את תובענות יום העבודה של המטפל והאתגרים הכרוכים בעבודת הסיעוד ככלל, אשר שעות העבודה הארוכות הן אך אחד מהם. כך תישמר אופייה הקוגניטי של חקיקת המגן, הגם שלא במלואה. אין להתעלם מחוות דעתו החדה והכנה של חברי השופט א' רובינשטיין לפיה לא כל עובדי הסיעוד ניצבים בשורה אחת מבחינת היקף וסוג עבודתם. לדעתו, בית המשפט נעדר יכולת להגדיר תוספת שכר אחידה לעובדי סיעוד שונים. ברי כי הפתרון המוצע על-ידי הינו כוללני ואינו מקיים בחינה פרטנית של כל עובד. זהו טיבו של פתרון פסיקטי גורף. ואולם, אם הבחירה היא בין תשלום שיעור אחיד עבור השעות הנוספות ובין אי תשלום תוספת גמול כלל – קולי ניצב לצד האפשרות הראשונה. זו מהווה פתרון ביניים ראוי לתקופת הביניים עד ההסדרה החקיקתית.

מן הצד השני של אותו מטבע, ניצבת הסתייגותה של המשנה לנשיא מ' נאור בדבר אופייה הגורף של התוצאה אליה הגעתי. אכן, הפתרון הוא גורף. ברם בחולשתו טמון גם חוזקו. בהיעדר חקיקה מפורשת מעדיף אני פתרון גורף שמכיר בזכויות עובדי הסיעוד, מפתרון פרוץ. תחילתו בפרשנות גורפת - כלשון חברתי - לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה חל על עובדי הסיעוד, וסופו מי ישורנו? החוק, וזה עיקר לטעמי, אינו נותן מענה או מתווה פיצוי לעובדים ששוהים אצל מעסיקיהם יום וליל, חרף ייחודה של מסגרת ההעסקה שלהם. הכיצד אם כן, ניתן יהיה לקבוע את מספר השעות הנוספות שיש לשלם לכל עובד? המנגנון המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה ושאומץ על ידי חברותי השופטות חיות ונאור, הוא שבתי הדין לעבודה ייחשבו את מספר השעות הנוספות בכל מקרה על פי נסיבותיו. הסדר כזה ידרוש מהם לקבוע כללים רבים, ספציפיים ושונים אשר אינם נובעים מסעיפי החוק שאינם בנמצא, עבור שלל המצבים שיובאו לפניהם. מלאכה מעין זו יפה ונכון שתיעשה בידי המחוקק. עד אז - הצעתי את אשר הצעתי. לתקופה זו, עדיף פתרון גורף וזמני שאינו שואף להוות תחליף לשיקול דעתו של המחוקק, אלא בכל זאת להכיר בזכויותיו מן הצדק של עובד.

לאור הנתונים שאינם עומדים במחלוקת בדבר גובה שכרם של עובדים בענף הסיעוד, נראה לי שראוי להוסיף גמול של 20% מעבר לשכר המינימום בגין השעות הנוספות, ולשכר עבודתה של העותרת בכללם. מודע אני לכך שקביעת תוספת גלובאלית לשכר המינימום בשיעור קבוע מסוים מהווה בחירה שרירותית מבין אפשרויות הגמול הסבירות. זאת אסביר: הקו המנחה הוא יצירת מנגנון לתשלום תוספת בשיעור שיאפשר יישום קל וברור, שישקף סכום בעל משמעות עבור העובד, אך לא במידה שתיצור זעזוע או תטלטל את הדינאמיקה הכלכלית בענף הסיעוד. השיעור

המוצע עונה על אמות מידה אלו. ויודגש - הפתרון זמני הוא. לתפיסתי היה ויחלפו מספר שנים בלא התוויית דרך חקיקתית ברורה, אין לשלול את שקילת העניין מחדש. לעתים החשיבות בעשיית משפט היא שהרכבת תצא מהתחנה וגלגליה יתחילו לנוע. לגישתי, כמתואר לעיל, נמצא עיגון בפסיקת בתי הדין לעבודה (ראו: עניין טודוראנג'אן; ע"ע 405/05 אלבה טוריאנו נ' מרגרטה כלפון (23.07.06)). בעניין זכריה פסקה השופטת א' ברק-אוסטוסוקין תוספת גלובאלית מעבר לשכר המינימום שקיבל העובד, ודבריה מקובלים עליי:

"בענייננו מדובר בזכות של עובד, העובד בדרך לא מקובלת ולא שגרתית. אין פירוש הדבר שעובד בתפקיד סעודי הנמצא 24 שעות אצל מטופל יקבל שכר מינימום מבלי להתחשב בתוספת העבודה המוטלת עליו. עובדים בכלל, ועובדים זרים שהם קבוצה חלשה בפרט, זכאים לזכויות ויש להגן על זכויותיהם אלו. הם זכאים לזכויות אדם בכלל, כגון הזכות שלא להיות מופלים, הזכות לשוויון. הם זכאים לזכויות מכוח משפט העבודה המגן."

במאמר מוסגר אציין כי אי החלת חוק שעות עבודה ומנוחה איננה מונעת קביעת תגמול בגין זכויות נוספות, כגון עבודה ביום המנוחה השבועי (השוו: ע"ב (ת"א) Bishnu Prasad Timalsina 9490/06 – יוסף אפללו (02.12.09)).

7. גישתי התומכת בהוספת סכום גלובאלי לשכר העובד הסיעודי נובעת ממיזוג בין ההכרה כי מציאות החיים אינה מתאימה לחוק ובין אי ההשלמה עם היעדר הגנה על עובדים חלשים במשק. הנני מודע לקושי להחיל את החוק על עובדי הסיעוד, ובו זמנית רואה את הקושי שלא להחיל אף הגנה על עובדי הסיעוד. נקודת מבט מורכבת זו מובילה לכאורה לכיוונים נגדיים שבסופם תוצאות סותרות. אך למעשה, היא שהובילה אותי לפתרון המוצע על ידי. ניתן למצוא עוגן לגישתי בתיאוריה השיפוטית המכונה Legal Realism, "ריאליזם משפטי". התיאוריה התפתחה בארצות הברית בתחילת המאה העשרים. לפי התפיסה הריאליסטית, התפקיד השיפוטי אינו תחום למציאת פתרון על-ידי שימוש בתכנים הפנימיים של המשפט, קרי הכללים והתקדימים המשפטיים. אלא, כאשר השופט דן בשאלות משפטיות העוסקות בבני אדם וביחסים בין בני אדם, עליו לדון במשמעויות הנורמטיביות של החלטותיו החלופיות ובהשלכותיהן החברתיות על בני האדם (חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" 314-315 דורנר (2009)). המבחן של פסיקת השופט הוא בתוצאות שהמשפט מחולל בחיי בני אדם (מני מאוטנר, "שלוש גישות על משפט ותרבות" הרצאה באקדמיה הלאומית למדעים (06.03.07)). על פי התפיסה של הריאליזם המשפטי, המאפיין השזור בלב המשפט הינו שינוי מתמיד:

"Law is not static but dynamic. It changes as society changes, both forever in equilibrium precarious and unstable... Change is the only constant." (Grant Gilmore, "Legal Realism: Its Cause and Cure" 70 YALE L. J 1037, 1038 (1960)).

אף כאן, בבחינת הסוגיה המשפטית שמתדפקת על דלתותינו, נדרשים אנו להתבונן נכוחה במושאי הכרעתנו: עובדי הסיעוד הזרים ששכרם אינו משקף תמורה הוגנת של עבודתם החשובה וארוכת השעות מחד גיסא; הקשישים והמטופלים החולים הנזקקים לשירותי הסיעוד מאידך גיסא. הפתרון המשפטי לפיו החוק אינו חל על עובדי הסיעוד פוגע פגיעה קשה בזכויותיהם הבסיסיות של עובדים חלשים. הפתרון לפיו החוק חל ויש ליישמו כלשונו מעורר קשיים משפטיים ממשיים שאינם ניתנים לגישור ועשוי לפגוע באוכלוסיית המטופלים. אכן, הסוגיה שלפנינו סבוכה ובעלת השלכות רבות. מסיבה זו היא מצריכה שבית המשפט ידון בה, גם אם אינו שואף לכך. הפתרון שהצעתי עשוי, לעניות דעתי, לתת מענה מסוים למצוקת העובדים תוך הימנעות מהשלכות חריפות על תחום הסיעוד ועל המעסיקים-המטופלים. כאמור זהו בגדר פתרון זמני שלא נועד להגביל את המחוקק. נהפוך הוא: עליו לסיים את המלאכה.

8. טרם סיום, יוצגו מספר מודלים הנהוגים בשיטות משפט שונות ביחס להסדרה חקיקתית של העסקת עובדים סיעודיים. הקריאה אל המחוקק להסדיר את הסוגיה איננה משום שהפתרון המתבקש יחיד או ברור הוא. יעידו על כך השיטות השונות שהגיעו לתוצאות מגוונות. על פי חוקי העבודה בדרום אפריקה, עובד סיעודי (domestic worker) שמטפל בחולים, ילדים או מוגבלים בביתם זכאי לפיצוי בגין עבודה בשעות נוספות. לא ניתן לחייבו לעבוד מעבר לתשע שעות עבודה ביום, ומעל 45 שעות עבודה שבועיות. בנוסף, חל איסור על עבודה מעבר ל-15 שעות הנוספות בשבוע ו-12 שעות ביום. הפיצוי בגין עבודה נוספת הוא בשיעור של 150% מהשכר הרגיל או לחלופין באמצעות חופשה בתשלום בהסכמת העובד (Sectoral Determination 7, Proc R1068 (in GG2372 of 15 August 2002, ¶11(b),(c) (S. Afr.)). שנחקק לפני 75 שנים, קובע כלל של תשלום שכר מינימום ופיצוי בגין עבודה בשעות נוספות (Fair Labor Standard Act 29 U.S.C – FLSA). אולם, חריג שנכנס לתוקף בשנת 1974 מוציא מתחולת החוק עובדים שעוסקים בסיעוד וטיפול (Companionship - services Exemption). משרד העבודה הגדיר בתקנות את גבולות החריג שתקף כלפי עובדים שנותנים שירותי סיעוד לאנשים שבגלל מצבם הפיזי, הנפשי או גילם המתקדם אינם יכולים לדאוג לצרכיהם בעצמם. החריג כולל הן מטופלים המועסקים

ישירות על-ידי המשפחה הן באמצעות סוכנות כוח אדם (29 C.F.R. § 552.109(a)). בתי המשפט הפדראליים ובית המשפט העליון הכירו בסמכות משרד העבודה ובמומחיותו לפרש את החריג (Long Island Care at Home, Ltd v. Coke, 551 U.S. 158 (2007)). בשנת 2011 משרד העבודה הגיש הצעות חקיקה שמטרתן לצמצם את תחולתו של החריג. על פי ההצעה, רק עובדי סיעוד המועסקים על-ידי המטופל או משפחתו ישירות לא יהיו זכאים לשכר מינימום ושעות נוספות, להבדיל מעובדי סוכנויות. כמו כן, הוצע כי עובדים המבצעים שירותים משניים לעבודת הטיפול למשך למעלה מ-20% משעות עבודתם לא יכנסו תחת החריג. הצעת החוק עדיין מצויה בדיונים ובשלבי הכנה וניסוח שעתידים להסתיים באפריל 2013.

בקנדה, הסמכות להסדיר את תנאי העסקתם של עובדי הסיעוד מצויה בידי המחוזות, ואלו קבעו מנגנונים שונים. בחלק מהמחוזות, כגון ניו ברונסוויק ונובה-סקוטיה, החוקים לעניין שעות נוספות מחריגים את עובדי הסיעוד (caregivers) מתחולתם במפורש. במחוזות אחרים, נקבעו הסדרים ייחודיים שמחייבים תשלום שעות נוספות לעובדים סיעודיים (לדוגמא באונטריו Employment Standards Act, O. Reg. 285/01, §11.1; בקולומביה הבריטית Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, §1(1)). מחוזות אחדים קבעו חובת תשלום גמול שעות נוספות רק לעובדים סיעודיים אשר מועסקים על ידי סוכנות כצד שלישי, להבדיל מהעסקה ישירה על-ידי המטופל (למשל באלברטה: Employment Standards Regulation, A.R. Reg. 14/1997, §6), ובמחוזות אחרים נקבע תשלום בעד שעות נוספות לעובדים סיעודיים למעט אלו שמתגוררים בבית המטופל (בקוויבק: An Act Respecting Labour Standards, R.S.Q. c. 54, §1.1-N). בבריטניה נקבע הסדר חוקי דומה לאחרון. הוראות הדין קובעות מגבלה על שעות עבודה בשבוע וחובה לשלם שעות נוספות ביחס לכל העובדים במשק. אמנם אלו אינן חלות על עובדים סיעודיים בתנאי שהם מתגוררים בבית מעבידיהם (Minimum Wage Regulations, 1999 S.I. 584, art. 4, §§ 36, 37 (U.K.)).

כפי שניתן לראות, המודלים שונים זה מזה. בחלקם העובדים הסיעודיים הוצאו באופן מפורש מתחולת החקיקה לעניין שכר מינימום ושעות נוספות ואילו תנאי העסקתם נקבעו בחקיקה נפרדת. באחרים, עובדי הסיעוד נכנסים תחת החוק הכללי שמסדיר את תנאי העבודה של כל העובדים במשק. יושם אל לב כי בכל המודלים החריגה מהחקיקה הכללית ברורה ומבוארת וישנה התייחסות לקבוצת העובדים הסיעודיים. האבחנות בתוך אוכלוסייה זו באשר למקום מגורי העובד וזהות המעסיק מתחשבות בהיבטים כלכליים של ההעסקה ובהשלכות על המעסיקים. ההבדלים בין המדינות מעידים כי המלאכה המוטלת על המחוקק הישראלי איננה פשוטה. ברי כי

המודלים שהוצגו אינם בגדר רשימה ממצה של הפתרונות האפשריים. הדרך פרושה לפני המחוקק לעצב הסדר שיטפל בסוגיה תוך התחשבות בכל מרכיביה והשלכותיה. רצוני להדגיש שניים אלה: האחד, בהיעדר הוראה מפורשת של המחוקק לא ניתן לשלול לגמרי את זכותם המהותית של עובדי הסיעוד לגמול שעות נוספות. זאת לנוכח עקרונות משפט העבודה. השני, הפתרון עומד לפתחו של המחוקק. עיצובו מצריך מקצועיות ומיומנות, עריכת מחקר, אסיפת נתונים ובחינת השלכות רוחב ועומק. מלאכה זו היא למחוקק ולא לבית המשפט. נדמה כי כל פתרון יהיה חייב לתת את דעתו למאפייני המדינה שבתחומה הוא נועד לפעול. מהחומר עולה שמאפיין ייחודי של עובדי הסיעוד בישראל הוא שרובם המכריע הינם עובדים זרים, אשר מגיעים לבדם לישראל, לתקופות קצובות, ומקום מגוריהם הוא במקום עבודתם. נדמה כי אף את נתונים אלה יש לקחת בחשבון בעת קביעת ההסדרה הרצויה. בעיקרו של דבר אינני משמיע מה יש לעשות, אלא כי יש לעשות.

9. ההכרה בזכויות עובדים כשזורות ביסודות הדין מוצאת את שורשיה גם במשפט העברי. די להפנות לקשר בין זכויות אלו ובין שני אירועים מכוננים בהיסטוריה – בריאת העולם ויציאת מצרים. באשר לאירוע הראשון, השבת הינה זכר לכך ש"ששת ימים עשה...[בורא העולם] את השמיים ואת הארץ את הים ואת כל אשר בם וינח ביום השביעי". כתוצאה מכך האדם מצווה לנוח ולהימנע ממלאכה ביום השביעי, הוא וכל משפחתו ו"גרך אשר בשעריך" (שמות כ, י-יב, פרשת יתרו עשרת הדיברות). כך נולדה ההוראה המחייבת מתן יום מנוחה שבועי לעובד. שנית, כלל גדול שנלמד מאירוע יציאת עם ישראל ממצרים הוא "כי לי בני ישראל עבדים – עבדי הם ולא עבדים לעבדים" (תלמוד בבלי, בבא מציעא י ע"א). העניין אינו בגדר תיאולוגיה דתית בלבד. זהו הבסיס לאיסור המוטל על העובד להתחייב לעבודה שאיננה קצובה בזמן – שהרי היא כעבדות (ראו למשל: הרמב"ם, יד החזקה, הלכות עבדים, פרק א הלכה ו). יש מפוסקי ההלכה שהגבילו את האיסור האמור לתקופה של שלוש שנים (הרמ"א (רבי משה איסרליס, פולין המאה ה-16) בהגהותיו על השולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג).

אשר לנושא הרלוונטי לענייננו – מסגרת השעות ביום עבודה רגיל - המשפט העברי שאב את ההגדרה מדברי המשורר בספר תהלים: "תזרח השמש יאספון ואל מעונותם ירבצון, יצא אדם לפועלו ולעבדתו עדי ערב" (תהלים קד, כג). מכאן למדו חז"ל שיום העבודה הוא "משיזרח השמש עד הערב" (אור זרוע, בבא מציעא פג, ע"ב, רעט). זאת אלמלא הסכימו אחרת הפועל ומעבידו יחדיו (מיכאל ויגודה, "הזכרון והמשפט" פרשת השבוע - ספר שמות, 83 (התשע"ב)). הסכמה זו כורכת עימה את זכות

הפועל לדרוש תוספת שכר בגין השעות הנוספות (שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט סימן מ"ב). התשובה האחרונה מאפיינת את פסיקת המשפט העברי במאה ה-20 עם תקומתה של מדינת ישראל כשחכמי הדור נדרשו להתמודד עם יחסי העבודה בתקופה המודרנית. הראשון לציון (הרב הספרדי הראשי הראשון של מדינת ישראל) הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שתשובתו הובאה לעיל, הביע את עמדתו כי יש לאתר "יודעי משפט התורה ואנשי מדע שיודעים פרק בתורת האקונומיה הכלכלית ותנאי השוק החברתי והם בצרופם יקבעו חקת העבודה לפרטיה ולמנות אח"כ דיינים קבועים שידונו על יסוד חקה זו בכל הסכסוכים שיפלו... בין הפועלים ובעלי הבית בנוגע ליחסיהם ההדדיים" (שם, שם). ואילו הפוסק הרב שלמה זלמן אויערבאך שהלך לעולמו לפני כשמונה עשרה שנים, ציין שבמקומות "שהרבנים ותלמידי חכמים שבעיר אינם מכניסים את ראשם בעסקי פועלים ושכר עבודה... כאילו אין שם חבר עיר" (שו"ת מנחת שלמה, חלק א, תשובה פז). דהיינו, בהיעדר דיון ופיתוח של זכויות העובדים במציאות השוררת, כאילו הציבור לא אמר את דברו.

הצבת גישותיהם של שני החכמים האחרונים זו מול זו מחזקת את העמדה שהוצגה בחוות דעתי. מצד אחד, המצב הרצוי הוא שדיני העבודה יקבעו בידי מומחים בתחומים הרלוונטיים – משפט וכלכלה – לעומת הסכסוכים הקונקרטיים שידונו על ידי השופטים. מצד שני, אי קיומם של דיון והכרעה בנושאים רגישים אלה, אין משמעותם קביעה פוזיטיבית לשלילה, אלא חוסר קביעה – ויש להשלימו.

10. סוף דבר, דעתי היא כי יש לקבל את העתירה באופן הבא: חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על עובדי הסיעוד, לרבות העותרת. לצד זאת ומהנימוקים שפורטו יש להעניק לעותרת תוספת של 20% מעבר לשכר המינימום.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

1. פלוני מתקשר בחוזה עבודה עם אלמוני. אין הוא עושה זאת במישרין, אלא באמצעות מערכת מסועפת של גופים העוסקת בשידוך בין שני הצדדים. מערכת זו היא גם המערכת המציגה בפני הצדדים את חובותיהם ההדדיות הקמות מכוח החוזה. לא לפלוני, גם לא לאלמוני, הכלים להבין על בוריין את הוראות החוק הנוגעות לחוזה העבודה ביניהם, והם נסמכים על המערכת הבירוקרטית שעיצבה את החוזה ואשר אמורה להקפיד על הוראות החוק גדולה כקטנה. בחלוף הזמן, מתברר כי חוזה העבודה

מעורר קשיים רבים. או אז, מתייצבים נציגי המתווכים ומבקשים, בניטרליות חשודה, כי בית המשפט יכריע לטובת מי מהצדדים, תוך הוצאת החוליה המקשרת מהסוגיה. עתה, עומדות על הפרק שתי חלופות בלבד, פגיעה לא מוצדקת בפלוני, או פגיעה לא מוצדקת באלמוני, הא ותו לא.

2. זהו סיפורו של ההליך הנוכחי, בו מתנערת המדינה מכל אחריות למצב פרי ידיה שלה. במסגרתו מועמדות זו מול זו שתי אוכלוסיות מוחלשות – אוכלוסיית הקשישים מחד ואוכלוסיית מהגרי העבודה מאידך. כך, מבקשת המדינה מבית המשפט שיבטל את ההסדר שעיצבה היא עצמה. זאת, לאחר שבמשך שנים ארוכות, לרבות שנות ניהולו של ההליך הנוכחי, לא הצליחה לקדם כל פתרון חקיקתי ממשי לקשיים המתעוררים במסגרתו, חרף התחייבויות חוזרות לבית המשפט. יתר על כן, במהלך כל שנותיו של ההליך הנוכחי, שעניינו שכר עבודה בגין עבודה שבוצעה בשנת 2000, לא עשתה המדינה כל ניסיון, ולו מזערי, לצמצם את הנזקים שיגרמו לאוכלוסיית הקשישים אם יקבל בית המשפט את עמדתה שלה.

גדר המחלוקת בדיון זה

3. עיינתי בחוות דעתם של חבריי, הנשיא א' גרוניס והשופט א' רובינשטיין, אשר לשיטתם, בדומה לעמדת המשנה לנשיא (בדימוס) א' דיבלין בפסק הדין נושא דיון נוסף זה, אין מקום להחיל את הוראות את חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה) על העותרת. במסגרת זאת, גישתו של חברי הנשיא מבוססת על העמדה כי לבית המשפט אין את הכלים לפרש את חוק שעות עבודה ומנוחה באופן שייתן מענה מספק לקשיים הנובעים ממתכונת ההעסקה של עובדות הסיעוד. עמדתו של חברי השופט א' רובינשטיין דומה בעיקרה, ובמרכזה הדגש על כך שכל הכרעה בסוגיה המתעוררת בהליך זה תפגע בקבוצה מוחלשת אחרת, כמו גם על הקשיים המעשים שעלולים להתעורר מיישום החוק על עובדות הסיעוד. לעמדה זו הצטרף גם חברי השופט י' דנציגר.

4. מנגד, עומדת חוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל. לגישתה, אין זה ראוי שבית המשפט יחרוג מגבולות החוק בשל שיקולי מדיניות כלליים. משכך, לגישתה, מקום בו אין כל מחלוקת שהחוק אמור לחול, ובו מוסכם על הכל שאין עובדות הסיעוד מוחרגות מתחולת החוק, על בית המשפט ליישם את החוק כלשונו, חרף הקשיים המתעוררים במסגרת יישום זה. בתוך כך, לגישתה, אין מדובר בהליך הנוכחי בסיטואציה ייחודית או נדירה, וכי ניתן למצוא דוגמאות למכביר בתחום יחסי העבודה

של עבודה במשמרות או כוננויות המעוררות קושי דומה. לבסוף עומדת השופטת ע' ארבל על הפתרונות שניתן לאמץ במסגרת החוקית הקיימת, שיפחיתו את עלויות הסיעוד. לעמדה זו הצטרפה גם חברתי השופטת א' חיות.

5. דרך שלישית להכרעה בהליך זה הוצעה על ידי חברי השופט נ' הנדל. לגישתו, אין מקום להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה, שכן החוק אינו מתאים למתכונת ההעסקה של עובדות הסיעוד. יחד עם זאת, לגישתו, יש מקום לקבוע תוספת גלובאלית בגין שעות נוספות, ללא הוכחת היקף השעות הנוספות בפועל. זאת, מכוח העקרונות הכלליים של משפט העבודה, וכדי שלא להותיר את עובדות הסיעוד ללא הגנה על זכויותיהן (אשר בממוצע משתכרות משכורות נמוכות ביותר).

6. לאחר ששקלתי את העמדות השונות שהציגו חבריי, מצאתי לנכון לבסוף להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא א' גרוניס, שעל פיה נדחה את העתירה לדיון נוסף. יחד עם זאת, משהדרך המובילה אותי לאותה התוצאה שונה, אפרט טעמי.

הערות מקדמיות

7. בטרם דיון אציין כי גם לגישתי, בדומה לגישת חברתי השופטת ע' ארבל, אין בעצם העובדה שהסוגיה סבוכה ודורשת פרשנות מורכבת של החוק כדי להוביל למסקנה שאין ליישם את החוק. אמנם, מדובר באוכלוסיה גדולה של עובדות סיעוד שיש לדון בעניינן, ואפשר שבאופן זמני דיונים אלו יובילו לעומס מסויים על הערכאות הדיוניות. יחד עם זאת, מרגע שיקבעו ההלכות המרכזיות הנוגעות לעניין לא יהיה הדבר שונה ממאות אלפי תיקי הביטוח הלאומי, תיקי הלנת השכר ותיקי הפיטורין המתנהלים בבתי הדין לעבודה יום יום. ברי, כי אף בכל הנוגע להליכים אלו, בתחילת הדרך הייתה עמימות רבה, אשר הלכה והתבהרה ממקרה למקרה. יתר על כן, חלק משמעותי מהעומס שעלול להיווצר אם יוחל חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות הסיעוד נובע מהעובדה שתיקים אלו לא התבררו במשך השנים הארוכות שעברו מיום תחילתו של ההליך הנוכחי ועד ליום זה. לאחר פסק דינו זה, אין סיבה להניח שהחלת החוק על עובדות הסיעוד תוביל לריבוי חריג של תיקים עתידיים. להיפך, מאחר שחוזי ההעסקה העתידיים של עובדי הסיעוד צפויים להיות מעוצבים לאור פסיקתנו, סביר שפסיקה ברורה תוביל לצמצום ההתדיינות בנושאים אלו. מכל מקום, אף לו היה ההליך הנוכחי מעורר מורכבות פרשנית יוצאת דופן, נדמה שאין די בכך כדי לאפשר לבית המשפט להתפרק מתפקידו כפרשן המוסמך של החוק, חובה הנעוצה היטב בעקרונות היסוד של השיטה, ומהווה בסיס לדיאלוג בין הרשויות.

8. בהמשך לאמור, לגישתי, אין לקבל את העמדה כי מקום בו קיים חוק החל על המקרה, ניתן שלא להחילו בשל שיקולי מדיניות שונים, שאינם מעוגנים בכל נורמה חוקתית. יצוין בהקשר זה כי אף אם ישנם מקרים בהם ניתן לפנות לעקרונות היסוד של השיטה, ולקבוע שחוק לא יחול מכוח עקרונות אלו, על מקרים אלו להיות נדירים שבנדירים, ואין לשלול את תחולתו של חוק רק בשל העובדה שישומו יוביל לעומס מסוים על בתי המשפט או שליישומו השלכות כלכליות רחבות (וראו לעניין זה בג"ץ 8730/03 שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2000); בג"ץ 2344/98 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר (21.6.2012)).

9. עוד יצוין כי לגישתי, אין מקום להציג את ההליך כהתנגשות בין שתי קבוצות מוחלשות. נדמה, כי אם המדינה חשה מחויבות לספק שירותי סיעוד אישיים לקשישיה, עליה לשאת בנטל לכך, ואם אינה חשה במחויבות זו, הרי שאין להטיל את הנטל על העובדים. היגיון זה הוא ההיגיון המנחה אותנו בדיון בכלל ענפי המשק הנוגעים לדיני נפשות, דוגמת תחום הרפואה והרווחה. ברי, כי לא נקבל את הטיעון שבשם זכויות החולים יש לפגוע בזכויות הרופאים ולא נקבל את הטיעון כי בשם זכויות דרי הרחוב יש לפגוע בזכויות עובדים סוציאליים. אם ישנה חובה על המדינה לדאוג לשירות ציבורי כזה או אחר, הנטל הכלכלי למתן השירות צריך להיות לפתחה. עוד יצוין בהקשר זה כי מהלכה האמור של המדינה, המבקשת למעשה לטעון שבשם זכותם של קשישים לשירותי סיעוד יש לצמצם את זכויות עובדות הסיעוד, בעייתית במיוחד דווקא נוכח צורת ההעסקה הנוכחית של עובדות הסיעוד. כך, אף קשישים הזכאים לסיוע מהביטוח הלאומי במימון שירותי הסיעוד מקבלים סיוע חלקי בלבד, ונאלצים לשלם אלפי שקלים מידי חודש מכיסם (ובתקופה של מספר שנים, מדובר על סכום עתק). מכאן, שגם במתכונת ההעסקה הנוכחית, רק קשישים שידם משגת, בין אם במישרין ובין אם באמצעות סיוע ממשפחותיהם, זוכים ליהנות משירותי סיעוד פרטיים. דווקא הקשישים המוחלשים ביותר, בני המעמדות הסוציו-אקונומיים הנמוכים, אינם זוכים לשירותי סיעוד אישיים. תמונה זו נהיית מטרידה אף יותר בהתחשב בקורלציה הקיימת בין מעמדות סוציו-אקונומיים נמוכים לבין קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית על רקע אתני ולאומי. יצוין בהקשר זה כי על פי מחקר של מכון המחקר של הכנסת עולה כי: "כ-15% מבני ה-25 ומעלה בישראל אינם מבוטחים בביטוח סיעודי כלשהו. מכיוון שחברות הביטוח אינן מחויבות לקבל כל פונה, בדרך כלל האוכלוסייה הנזקקת ביותר, זו של המבוגרים והחולים, נותרת ללא הגנה ביטוחית (ראו מיכל קורא ודב צ'רניחובסקי קווים לרפורמה בניהול ובמימון של הטיפול הממושך בקשישים בישראל, מכון המחקר של הכנסת, 27 (2007)). במילים אחרות, המדובר הוא בשתי סוגיות

מנותקות זו מזו. הסוגיה הראשונה היא היקף זכאותם של קשישים סיעודיים לשירותי סיעוד, מקום בו ידם אינה משגת. שאלה זו אינה עומדת בפנינו, ואיננו נדרשים לדון בה. השאלה השניה היא שאלת זכויותיהם של אלו העוסקים בסיעוד, הזהות לזכויותיהם של כלל העובדים במשק. הניסיון של המדינה לטעון שישנה זכות לאוכלוסיית הקשישים לסיעוד "בר השגה" ובו בזמן לטעון כי אין לה מחויבות לסייע במידה מספקת למי שעבור שירותי הסיעוד אינם בהישג יד, הוא ניסיון בעייתי ביותר.

10. נוכח כל האמור, גם לגישתי, בדומה לגישתו של חברי השופט נ' הנדל, השאלה הרלבנטית היחידה היא האם על פי תכליתו חל חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות הסיעוד. לשאלה זו אפנה עתה.

תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה

11. אין מחלוקת כי לחוק שעות עבודה ומנוחה תכלית סוציאלית, היא הגבלת היקף שעות העבודה של העובדים במשק (וראו לדוגמא רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) (2003)); בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1), 337 (1970); בג"ץ 5073/91 תיאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192 (1993)). הנחת המוצא של החוק היא כי השילוב הנוצר בין חוקי המגן המגנים על שכרו של העובד (בהם חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, וצו ההרחבה משולב לפנסיה חובה, 2011) לבין חוקים המונעים העסקה נצלנית, וראשם חוק שעות עבודה ומנוחה (לצד חוקים נוספים, כחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004, וראו לעניין זה את הדיון בתכליתו הסוציאלית של החוק בפסקה 23-24 לפסק דיני בבג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציבות שירות בתי הסוהר (27.8.2012)) מאפשרים לעובד קיום בכבוד. בתוך מערכת נורמטיבית זו נחקקו שורת חוקים שעניינם הגנה פרטנית על קבוצות מוחלשות במיוחד בשוק העבודה (דוגמת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים) וכדומה).

12. ברקע להגנה זו עומדת המחויבות של כל הרשויות להגנה על זכויות האדם החוקתיות, לרבות הזכויות החברתיות-כלכליות, בהן הזכות לשכר הוגן, חובה העומדת בראש ובראשונה לפתחה של הרשות המחוקקת. כך, ציינתי בהקשר זה כי:

"מלאכת האיזון שבין זכויות האדם השונות, ובין זכויות האדם לבין ערכים חברתיים אחרים, אינה פשוטה. מלאכת איזון זו עומדת, חדשות לבקרים, לפתחה של

הרשות המחוקקת, המבצעת את תפקידה תוך שהיא מעמידה לנגד עיניה את כלל הנורמות החוקתיות הנוגעות לעניין, כמו גם את האינטרסים הציבוריים. הרשות המחוקקת היא בעלת היכולת לאסוף את הנתונים ולבחון את הסוגיה באופן נרחב ומעמיק, תוך התחשבות בכלל ההשפעות הישירות והעקיפות שיהיו להחלטתה, והיא הרשות המשקפת באופן הנאמן ביותר את רצונו של הציבור בנקודת זמן נתונה. במסגרת זו, אין זה תפקידו של בית המשפט להעמיד עצמו בנעליה של הרשות המחוקקת. תפקידו של בית המשפט צר הוא, וכל שמוטל לפתחו הוא הבחינה כי פעולת החקיקה נעשתה תוך כיבוד העקרונות החוקתיים של המשפט, המשקפים את תפיסת העולם הבסיסית של הציבור הישראלי" (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (28.2.2008), פסקה 3 לפסק דיני, וראו גם לעניין הזכות לעבודה את פסק דיני ברע"א 7204/06 ארליך נ' ברטל (22.8.2012)).

13. בתוך כך, קובע החוק מערך הגנה משולש. ראשית, הוא מגביל את היקף ההעסקה המותרת במשק (סעיפים 1-3 לחוק). הגבלה זו היא קשיחה, ואין מעסיק רשאי על דעת עצמו להפר אותה, אף אם הסכים לכך העובד. שנית, החוק מאפשר במקרים מסוימים לחרוג מהגבלת השעות האמורה באופן ענפי, וזאת מכוח תקנות המותקנות על ידי שר התמ"ת (הנכנס בנעליו של שר העבודה הקבוע בחוק) (סעיף 4 לחוק, וראו לדוגמא בעניין זה ע"ב (חי) 2486/05 שלומי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (7.11.2007)). כמו כן, מאפשר החוק לשר התמ"ת, בתנאים הקבועים בו, לקבוע שבוע עבודה שונה מזה הקבוע בחוק. כן מאפשר החוק בתנאים מסוימים לשר התמ"ת להתיר עבודה בשעות נוספות (סעיף 11 לחוק). ברי, כי תקנות אלו כפופות לכללי המשפט החוקתי והמנהלי, ועליהן להיות מידתיות וסבירות. שלישית, החוק מאפשר למעביד להעסיק עובד בשעות נוספות בנסיבות חריגות כתאונה או אירוע בלתי צפוי, באירועים יוצאי דופן כספירת מלאי וכן, בהיקף מוגבל, במקרים של עבודה במשמרות (סעיף 10(א) לחוק). במישור זה, של היחסים בין העובד למעביד, שאינו מפוקח על ידי הרשות המבצעת, מתחם שיקול הדעת הנתון למעסיק הוא המצומצם ביותר – הוא אינו יכול לשקול שיקולים כלליים, ואף לא שיקולים הנובעים מצורך בהיקף עבודה כזה או אחר. כל שהוא רשאי לשקול הוא את התקיימותן של אותן נסיבות חריגות המאפשרות לו להעסיק את עובדו שעות נוספות. יתר על כן, מקום בו הועסק עובד בשעות נוספות מאחד הטעמים האמורים לעיל, חובה על המעביד לדווח על כך למחרת היום למפקח עבודה אזורי (סעיף 10(ב) לחוק).

14. המנגנון המשולש האמור משקף את הכרת המחוקקים כי ישנם פערי כוחות מובנים בשוק העבודה, בין מעבידים לעובדים, גם מקום בו העובדים משתכרים שכו

גבוה מהשכר המינימאלי. יתר על כן, המבנה של החוק משקף את החשש כי גם כאשר ישנה הסכמה של הצדדים, עלולה העסקה במתכונת החורגת מהוראות החוק ליצור "מירוץ לתחתית", ובטווח הארוך לפגוע בביטחון הסוציאלי של כלל המשק. משכך, קבעו המחוקקים את האיזון הראוי שבין עבודה לפנאי בחקיקה הראשית, התירו מרחב שיקול דעת רחב יחסית לשר העבודה לחרוג מאיזון זה, בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת, ולמעסיקים הותירו שיקול דעת מצומצם בלבד להעסיק עובדים בשעות נוספות רק במקרים ייחודיים וחריגים.

15. בהמשך לאמור, לצד האיסור על העסקה מעבר לשעות המותרות, מייצר החוק תמריץ למעסיקים שלא להעסיק עובדים בשעות נוספות אף מקום בו רשאים הם לעשות זאת, על ידי קביעת שיעורי משכורת גבוהים מהמשכורת הבסיסית. ודוק, אין משמעות לעניין זה אם המשכורת הבסיסית עומדת על שכר מינימאלי לשעה, או גבוהה ממנו. זאת, שכן כאמור, תכלית החוק אינה רק להבטיח את שכרו של העובד, אלא לצמצם העסקה מעבר לשעות העבודה הקבועות בחוק. שמכך, על מעביד החובה לשלם בגין כל שעה ושעה מעבר לשעות העבודה הרגילות את התוספת לשכר השעתי הקבוע בחוזה העבודה, והוא אינו רשאי לערוך אומדנים כאלה או אחרים, לקזז את המשכורת הנוספת משכרו הבסיסי של העובד וכדומה.

תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות סיעוד.

16. על רקע מסגרת נורמטיבית זאת, עלינו לבחון האם חל חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות סיעוד.

17. הנחת המוצא של הדיון כולו היא כי דיני העבודה חלים במלואם על כלל העובדים במשק, ללא תלות באזרחותם ובתושבותם. אמנם, לשום עובד אין הזכות לדרוש לעבוד בישראל, אך מרגע שהוא עובד וחי בישראל ברשות, עומדות לו זכויות העובדים, הנגזרות מזכויות האדם הבסיסיות לכבוד ולשיוויון, במלואן. כך, ציינתי בעבר כי:

"לטעמי ניתן לומר [...] כי מדינת ישראל, בדומה למדינות רבות בעולם, היא מדינה אשר לצד אזרחיה ותושביה, חיים בתוכה אוכלוסיות שונות שאין להם מעמד של קבע כגון, העובדים הזרים. אולם על כל אחד מבני אוכלוסיות אלו הנמצא בתוך שטחי המדינה ונתון למרות המדינה נפרסת מטריית הנורמות הבסיסיות של המשפט הישראלי. אמת, זכות מיוחדת לכניסה לבית תנונה לאזרחי המדינה (ראו סעיף 6(ב) לחוק יסוד כבוד

האדם וחירותו) וזכות מיוחדת לעבודה בבית פנימה ניתנת לאזרחי המדינה ותושביה (ראו חוק יסוד חופש העיסוק), אך משמצוי אדם, כל אדם, בבית כדין, הוא נהנה מהזכויות בסיסיות וממושכלות היסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (13.4.2011) וראו גם בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (30.6.2006)).

18. מכאן, שהשאלה שעלינו לשאול עצמנו בהליך הנוכחי היא האם יש מקום להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על כל מי שמועסק באותה המתכונת ובאותן הנסיבות של עובדות הסיעוד.

19. בתוך כך, נדמה כי עובדים רבים במשק מועסקים במתכונת העסקה דומה למתכונת העסקתן של עובדות הסיעוד. הקושי הנוצר בשל השילוב בין מקום העבודה למגורים והמחיה של העובד הוא קושי ידוע ומוכר המתעורר בענפים שונים של המשפט, לרבות משפט העבודה (ויצוין בהקשר זה כי חוק עובדים זרים מסדיר במישרין את עלויות המגורים שרשאי מעסיק לגבות מעובדו). גם הקושי המתעורר משלל מצבי ביניים של עבודה, דוגמת כוננות בבית, כוננות במקום העבודה, ועבודה ופנאי המשולבים זה בזה מתעוררים בהקשרים החורגים מעניינם של עובדי הסיעוד. קשיים אלו בישום החוק הצריכו לא פעם פרשנות תכליתית על ידי בית המשפט, אך אין בהם די כדי להביא לאי החלתם של חוקי המגן.

20. יתר על כן, אם היינו קובעים כי מקום בו מעביד ועובד מסכמים באופן וולונטרי על תעסוקה במתכונת הנוגדת בצורה חריפה את החוק, לא יחול החוק על יחסי העבודה, היה בכך כדי לתמרץ מעסיקים לאמץ מתכונות העסקה פוגעניות. נדמה שאין מקום לתת פרס בדמות שלילת תחולת חקיקת המגן מעובדים למעסיקים רק מהטעם שהם, מרצונם העצמאי, מפרים את החוק ברגל גסה. בהקשר זה, גם במישור הלשוני, איני מוצא עיגון בחוק הקיים המאפשר קביעה כי צדדים רשאים בדרך של העסקה שלא כדין להיכנס למסגרת העסקה ייחודית עליה לא חל החוק. משכך, איני מוצא מקום לייצר יש מאין מסגרת העסקה שכזו באמצעות העקרונות הכלליים של משפט העבודה, ולעצב מנגנון פיצוי גלובאלי (במנותק משעות העבודה בפועל) בדרך של פסיקה.

21. יתר על כך, גם לו היה מקום לתת סעד של פיצוי גלובאלי בגין הפרת חוק שעות עבודה ומנוחה שהתרחשה בעבר, בית משפט זה אינו יכול להתיר במבט צופה

פני עתיד העסקה במתכונת העומדת בניגוד לחוק. יצוין בהקשר זה כי מתכונת ההעסקה האמורה של עובדות הסיעוד מעוררת קושי לא רק על רקע חוק שעות עבודה ומנוחה, אלא אף על רקע חוק עובדים זרים. כך, סעיף 1א לחוק עובדים זרים קובע כי: "לא יעסיק מעביד עובד זר אלא אם כן מילא אחר הוראות סעיפים 1ב עד 1ה". סעיף 1ג לחוק עובדים זרים קובע מפורשות כי ישנה חובה על מעביד לפרט בחוזה העבודה את: "אורכו של יום העבודה הרגיל או שבוע העבודה הרגיל של העובד הזר לרבות יום המנוחה השבועי". בהמשך לכך, סעיף 1ג(ג) לחוק מעגן את תחולת חוקי המגן על עובדים זרים. אמנם, בדומה לחוק שעות עבודה ומנוחה, גם בחוק עובדים זרים קבוע מנגנון המאפשר לשר התמ"ת החרגה של סוגי עובדים מסויימים מחלק מהוראותיו (סעיף 6ג לחוק), אך כל החרגה שכזו בפועל לא בוצעה. נדמה שגם בחינת תכליתו של חוק זה, כפי שעולה מדברי ההסבר הנלווים לו, חושפת את הקושי המגולם במתכונת ההעסקה הנוכחית של עובדות הסיעוד. כך, ציינו המחוקקים במסגרת תיקון מספר 3 לחוק כי: "במקרים רבים תנאי המחיה של העובדים הזרים אינם הולמים מדינה נאורה [...] רבים מהעובדים הזרים אינם זוכים לתנאי שכר הוגנים ולזכויות סוציאליות. במציאות כזו יש כדי לפגוע בתדמיתה של מדינת ישראל כמדינת חוק" (ה"ח תש"ס מס' 2824 עמ' 68). כאמור, תכלית זו צריכה לעמוד לנגד עינינו בכל עת.

22. יחד עם זאת, בבואנו לבחון את תחולת החוק על עובדות הסיעוד חובה עלינו לבחון לא רק את מאפייני ההעסקה, אלא אף את נסיבות ההעסקה. העסקתן של עובדות סיעוד נעשית בתיווך של המדינה, על פי כללים המוכתבים על ידי המדינה, ולא פעם בסיועה של המדינה. אמנם, המעסיק הוא הקשיש או בן משפחתו, אך קשר ההעסקה אינו מעוצב על ידם כי אם על ידי המדינה כרגולטורית. במילים אחרות, זהו אחד מאותם המקרים בהם נוצרת התקשרות משולשת. הקשר בין העובד והמעביד מתווך באופן ישיר על ידי הרגולטור (בשונה מהסדרה כללית של תחום עיסוק). כך, קובעת המדינה את היקף עובדי הסיעוד שיכנסו לארץ, את תנאי כניסתם ושהותם (ראו למשל סעיף 1א לחוק עובדים זרים המסדיר את חובות המעביד לכיסוי הוצאות נסיעתו של העובד), ואת המגבלות החלות עליהם ועל המעסיק (ויודגש כי למדינה בהקשר זה הסמכות לקבוע תנאים אף בענייניו של עובד ספציפי זה או אחר, ולא רק תנאים כלליים לקבוצת העובדים הזרים כולה או לתחומי עיסוק מסויימים). כמו כן, מממנת המדינה חלק לא מבוטל משירותי הסיעוד באמצעות המוסד לביטוח לאומי (לרבות בתיק הקונקרטי שלפנינו). כמו כן, המדינה מפקחת במישרין על הסוכנויות השונות האמונות על יצירת הקשר שבין הקשיש לעובדת הסיעודית והסדרת ההתקשרות (ראו בין היתר סעיפים 1ח-1 לחוק עובדים זרים; יצוין בהקשר זה כי לעניין בירור תלונות של עובדים הוחרגו עובדות סיעוד המועסקות במישרין על ידי הקשיש, וראו בג"ץ

4007/11 ליאנגי נ' הכנסת (6.10.2011)). יתר על כן, המדינה מנחה את הצדדים באשר לאופן ההתקשרות ביניהם (וראו לדוגמא את הפירוט המצוי באתר משרד התמ"ת באשר למצב החוקי החל על העסקת עובדים זרים – [http://www.moital.gov.il/\(NR/exeres/B55CB9D4-AB37-409B-AB74-0B124BF71D6B.htm\)](http://www.moital.gov.il/(NR/exeres/B55CB9D4-AB37-409B-AB74-0B124BF71D6B.htm).

23. יצוין בהקשר זה כי מעורבותה האקטיבית של המדינה בהסדרת חוזי העבודה האינדיבידואלים של עובדים זרים אינה ייחודית למקרה של עובדות הסיעוד. כך למשל, בתחום החקלאות קבעה המדינה כי השכר המינימאלי של העובדים הזרים יהיה גבוה מהקבוע בחקיקת המגן, קביעה שאושרה על ידי בית משפט זה נוכח סמכותה של הממשלה מכוח חוק עובדים זרים לקבוע תנאים בהיתר ההעסקה של העובד (בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (7.12.2006)).

24. העולה מכל האמור הוא שדרך שליטתה במשטר ההיתרים הניתנים לעובדים זרים, ויכולתה לקבוע בהם תנאים שונים מעבר לתנאים הנוגעים לעצם שהותם בישראל, הופכת המדינה לגורם פעיל בעיצוב וכינון יחסי ההעסקה שבין המעסיק לעובד.

25. תופעה זו, בה הרגולטור מעורב באופן פעיל בהתקשרות פרטית בין שני צדדים לחוזה עבודה, והופך למעין "מעסיק למחצה", היא תופעה נדירה יחסית בתחום העבודה. היא מהווה חריגה מעקרון חופש החוזים המקובל השולט בשוק זה ומשקפת מצב ביניים שבין שליטה מלאה של המדינה בשירות הניתן לציבור לבין הפרטתו המלאה של השירות והעברתו לידי השוק. בתוך כך, יוצרת האנומליה האמורה מצב בו עלול המעסיק לפגוע בזכויות עובדים לא בשל פערי הכוחות שבין המעביד לעובד, כי אם בשל המדיניות הרגולטורית (ראו למקרה דומה בג"ץ 640/11 צוברי נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (8.8.2012)). כפי שיוסבר להלן, לא עם מצב זה נועד חוק שעות עבודה ומנוחה להתמודד.

26. כך, אין מחלוקת כי לשר התמ"ת סמכות להתקין תקנות הנוגעות לתעסוקה בענף הסיעוד ולהחריגו מחוק שעות עבודה ומנוחה. תקנות כאלו, לו היו מתוקנות, ודאי לא היו מאפשרות לעובדות הסיעוד לתבוע זכויות על פי החוק עצמו ממעסיקיהן. עיקר הטענות בהקשר לתקנות מסוג זה היו יכולות להישמע במישור המנהלי, ואפשר שהיו העובדות מעלות טענות מענפי משפט אחרים כנגד המדינה. מכל מקום, מבלי לקבוע כל מסמרות באשר לסוגי ההליכים שיכולות היו העובדות לנהל כנגד המדינה,

ודאי שבמצב דברים זה לא הייתה להן יכולת לדרוש מהמעסיק לשלם פיצוי בגובה ההפסד שנגרם להן מכוח התקנות.

27. במקרה הנוכחי, לא התקין השר תקנות מכוח הסמכות הקנויה לו. יחד עם זאת, המדינה יצרה ביודעין מצג שעל פיו המצב המשפטי הוא העדר תחולה לחוק שעות עבודה ומנוחה. מצג זה של הרגולטור, ולא יחסי הכוחות שבין המעסיקים ועובדות הסיעוד, הוא שהוביל לתוצאה שבמסגרתה מועסקות עובדות הסיעוד במתכונת העסקה שאינה תואמת את החוק.

28. כפי שהסברתי בפתח הדברים, לב ליבו של החוק נוגע להגנה על עובדים במישור שבינם לבין המעבידים. החוק לא נועד להגן על עובדים מפני התנהלות מנהלית לא תקינה. זאת, ממש כפי שלא ראוי היה להטיל על המעסיקים עלויות שנגרמו לעובדות הסיעוד בשל התנהלות הרשות המנהלית בתחומים אחרים, גם מקום בו זו לא הייתה תקינה. כך לדוגמא, אם היה שר הפנים פוטר מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 1ה(ג)(1) לחוק עובדים זרים מעסיק מתשלום שכר מגורים עבור עובד זר, וכדיעבד התברר כי החלטת השר לא הייתה תקינה ולא היה מקום לפטור האמור, ספק אם היה יכול העובד לדרוש פיצוי עבור ההפסד שנגרם לו מהמעביד עצמו. יצוין, בשולי הדברים, כי השאלה האם נוכח מעורבותה של המדינה בתשלום השכר ובעיצוב חוזה העבודה ניתן לראות בה מעסיקה במשותף אינה נדונה בהליך הנוכחי, שכן העותרת לא העלתה טענות לעניין זה, ואף שהמדינה התייצבה להליך, היא לא עמדה בו כנתבעת.

סוף דבר

29. מהמרוובה, העולה הוא כי לגיştתי, אין מקום להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות סיעוד בעת הנוכחית. זאת, שכן תכלית החוק הינה להגן על העובד במישור החוזי, שבין העובד למעביד. במקרה הנוכחי, הפגיעה בעובדות הסיעוד, ככל שישנה, נגרמה בשל פעילותה של המדינה. משכך, ככל שישנן טענות לעובדות הסיעוד באשר להתנהלותה של המדינה, נראה שאין להליך הנוכחי, שעניינו תביעת עובדת את מעבידה, מתאים להן. ברי, כי אין בקביעתי זו כדי להוות כל קביעה באשר לסוגי הטענות שיוכלו להישמע על ידי עובדות הסיעוד נגד המדינה בעתיד בהקשרים המתעוררים בהליך הנוכחי.

30. בסוף הדברים יצוין, כפי שצוין בתחילתם, כי ההליך הנוכחי מעלה תחושת אי נוחות קשה מהתנהלות המדינה, הטוענת למעשה כנגד עצמה. כך, טוענת המדינה בפה

מלא כי ההסדר שהיא עצמה מעודדת, ולו היא נותנת יד, הוא הסדר פסול. מן הראוי הוא כי ככל שאין ביכולתה של המדינה להסדיר את סוגית העסקתן של עובדות הסיעוד, תפעל היא להפסקת מתכונת ההעסקה הנוכחית. ברי, כי מרגע שהמדינה תצהיר, כפי שהצהירה באולם בית המשפט, כי עמדתה היא שאין להעסיק עובדות סיעוד אלא על פי הקבוע בחוק שעות עבודה ומנוחה, יעבור הנטל בגין הפרת החוק לידי המעסיקים (בדומה לכל מעסיק אחר המעסיק שלא כדין).

על בסיס כל האמור, מצטרף אני לתוצאתו של חברי הנשיא א' גרוניס.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. עיינתי בחוות הדעת של חבריי. הסוגייה קשה היא, אך החלטתי בסופו של דבר להצטרף אל המסקנה אליה הגיעו חברותיי השופטות ע' ארבל ו-א' חיות לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה או החוק) חל על עובדי סיעוד.

2. חבריי עמדו על כך שראוי היה ששאלת תחולתו של החוק על עובדי סיעוד תוסדר בחקיקה, ואני שותפה לעמדה זו. עם זאת, הליך החקיקה מתעכב, ולא ברור היכן הוא עומד כיום. על הקשיים בקידום חקיקה בנושא עמדה באת כוח היועץ המשפטי לממשלה בדיון על פה, וההודעות המעדכנות שהוגשו בעניין מאז רק חיזקו את הרושם כי הסדרה חקיקתית של הנושא איננה קרובה, וזאת בלשון המעטה.

הסוגייה שלפנינו היא, אכן, סוגייה מורכבת. אין ספק שרצוי היה שהיא תוסדר על ידי המחוקק ב"הסדרה יסודית ומקיפה, אשר תטפל בבעיה מן השורש", כלשונו של חברי הנשיא. מכלול היבטיה החברתיים והכלכליים של הסוגייה שלפנינו אכן חורג מן הכלים הרגילים המצויים בידי בית המשפט. אולם, הגעתי למסקנה כי בשאלה המשפטית אם חוק שעות עבודה ומנוחה חל על עובדי סיעוד – עלינו להכריע בכלים המשפטיים הרגילים. גם חברי הנשיא מכריע למעשה בשאלה זו, והתוצאה המשפטית מפסק דינו היא כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על עובדי סיעוד. השלכותיה של הקביעה כי החוק אינו חל, כפי שעולה מפסק דינו של חברי, רחבות-היקף הן בדיוק כמו אימוץ הגישה ההפוכה, לפיה החוק חל על עובדי הסיעוד. ביטוי להשלכות אלו ניתן למצוא בחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל, אשר נוכח ההשפעות הקשות של

הקביעה כי החוק אינו חל על עובדי סיעוד, ביקש למצוא פתרון מעשי שירכך אותן במעט. הפתרון המוצע על ידו נשמע קוסם, אך הוא אינו מתאים למגוון המצבים המצריכים הסתייעות בעובד זר. פתרון כזה יעודד עובדים זרים לעבוד אצל מעסיקים "קלים", תוך בריחה ממעסיקים הנזקקים לשעות עזרה מרובות.

3. בשאלה המשפטית העומדת להכרעתנו – אם חל החוק, אם לאו – הגעתי כאמור לכלל מסקנה כי יש להצטרף לדעתן של חברותיי השופטות ע' ארבל ו-א' חיות, ולקבוע כי החוק חל עובדי הסיעוד. כדעתן, אף אני סבורה כי חריגי החוק שעניינם תפקידים המחייבים "מידה מיוחדת של אמון אישי" או "אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה" אינם חלים על עובדי סיעוד לפי האופן בו התפרשו בהלכה הפסוקה. בהיעדר תחולה לחריגי החוק – הנמנה על חקיקת המגן הקוגנטית – נקודת המוצא לדיון היא כי החוק הוא אשר חל. דרושים טעמים נכבדים על מנת לסטות מנקודת מוצא זו, שכן בכך יש, כפי שהדגישו חברותיי, משום חקיקה שיפוטית.

4. נראה כי הטעם העיקרי ביסוד פסק הדין מושא הדיון הנוסף הוא החשש מפני פגיעה בציבור המטופלים הסיעודיים. החשש הוא, בתמצית, כי שירותי הסיעוד יתיקרו במידה שלא תאפשר דווקא למטופלים חסרי-האמצעים להסתייע בעובדי סיעוד. ואולם, בסופו של יום דיוננו נטוע בתוך דיני העבודה. מקובל עליי כי איננו עוסקים בתבנית העסקה "רגילה", אך יש להשקיף על תבנית זו באספקלריה של דיני העבודה, לרבות עקרונותיה הידועים של חקיקת המגן העומדת ביסודם. כפי שמציינת שרון רבין מרגליות במאמרה "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו 341, 346 (התשע"א), "עקרון יסוד של משפט העבודה הוא שכבסיס נקבעת רצפת ההגנה, וכל המעסיקים חייבים ליישר קו ללא התחשבות ביכולת הכלכלית שלהם או בשיקולים אחרים החיצוניים למערכת היחסים שבין העובד למעביד". השקפה זו חוצה את משפט העבודה לאורכו ולרוחבו, והיא מגנה על עובדים באשר הם, הן מפני מעסיקהם והן מפני ויתורים שיתפתו לעשות העובדים בעצמם (ראו: בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 404 (2006); דב"ע נה/3-145 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1, 6 (1997)).

לא בכדי הוזכר בהחלטתנו מיום 15.11.2011 כי החרגה גורפת של העובדים הסיעודיים מתחולת חקיקת המגן אינה הפיתרון למצב שבפנינו, והיועץ המשפטי לממשלה עמד על כך גם כן בעמדה מטעמו. עוסקים אנו, כאמור, בחקיקה קוגנטית הנמצאת בלב משפט העבודה. חברתי השופטת א' חיות הדגימה היטב מדוע אין לערוך איזון "אופקי" לחלוטין בין הרצון להקל על צרכניו של שירות פלוני לבין תנאי עבודתו

של בעל המקצוע אשר מספק את אותו שירות (ראו בפסקה 6 לחוות דעתה). איזון שכזה איננו מתיישב עם עקרונותיה של חקיקת המגן ועם תפיסה ראויה של תפקיד המדינה בדאגה לאוכלוסיות מוחלשות. זוהי אחריותנו כחברה לדאוג לחלש ולדל שבתוכנו, וככל שיידרש המחוקק לסוגייה – וראוי שיידרש – יבחר הוא את הדרך הראויה בעיניו לעשות כן. מדובר בסיטואציה ייחודית, אך הדרך המשפטית בה עלינו לבחור היא החלת דיני העבודה.

5. אשר לאופן חישוב הגמול עבור השעות הנוספות שמבצעים עובדי הסיעוד, מצטרפת אני לדעתה של חברתי השופטת א' חיות לפיה הגמול ייקבע בבתי הדין לעבודה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו, על יסוד השעות בהן עומד העובד לרשות העבודה ועל פי מתכונת העבודה בכללותה כפי שתוכח בבית הדין. על מגוון המצבים המחייבים העסקת עובד סיעודי עמד בית משפט זה בפסיקתו בעניין פיצויי נזיקין, למשל בפסק הדין המנחה – ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, 456-460 (2000) (דיון נוסף נדחה במסגרת דנ"א 6702/00 אקסלרד נ' צור-שמיר, חברה לביטוח בע"מ (7.12.2000)). עמדת השופטת א' חיות עולה בקנה אחד עם דעתו של הנשיא ס' אדלר בפסק הדין מושא העתירה, וזו גם שיטת החישוב השלטת בבית הדין הארצי לעבודה (ראו בפסקה 26 לחוות דעתה של חברתי השופט ע' ארבל). אף היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו לפנינו תומך בה. עם הזמן יתגבשו כללים מנחים שיפחיתו את ההתדיינות, וייתכן כי גם המחוקק יידרש לעניין.

6. אכן, יש טעם רב בדברי חברי השופט א' רובינשטיין, כי אין בידינו את הכלים הנאותים והצודקים לפתור את הסוגייה שהונחה לפתחנו על כל היבטיה. מטעם זה אינני מסכימה לפתרון שהציע חברי השופט נ' הנדל, שהוא לטעמי גורף יתר על המידה. עם זאת, משנוכחנו כי לא נוכל להציע פתרון, שבים אנו ל"דרך המלך" של מלאכתנו השיפוטית, היא פרשנות החוק. פתרון גורף איננו ראוי בענייננו, אולם מפרשנות גורפת אין מנוס: בין אם נקבע כי החוק חל ובין אם נקבע כי החוק איננו חל, תהא פרשנותנו לחוק גורפת.

כאמור, מצטרפת אני לקביעת חברותיי כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על עובדי סיעוד, ולמסקנה האופרטיבית של חברתי השופטת א' חיות.

המשנה לנשיא

השופט ח' מלצר:

1. הנני מצרף קולי לעמדתו של הנשיא, השופט א' גרוניס ולהערותיו של חברי, השופט א' רובינשטיין. עם זאת נוכח ההדגשים והגישות השונות שהציגו כאן כל שופטי ההרכב – הנני מרשה לעצמי לפרט את תפיסתי שלי.

2. נראה לי שמתכונת ההעסקה של מי שמעניקים שירותי סיעוד בביתם של המטופלים אגב מגורים אצלם והתקשרות ישירה עימם (או עם בני משפחתם) – איננה מתאימה להחלת חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (להלן: החוק, או חוק שעות עבודה ומנוחה) עליהם, שכן מדובר בהסדר מיוחד במינו, הראוי ל-Lex Specialis. הדבר הוסבר בשעתו בחוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין בפסק הדין, מושא הדיון הנוסף, אליה ראיתי להצטרף יחד עם חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה.

המחוקק הישראלי הכיר אף הוא במיוחדות של מתכונת ההעסקה האמורה, בדברו בסעיף 225א(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 על שירותי סיעוד הניתנים למטופל "בידי מטפל, ברוב שעות היממה, לפחות שישה ימים בשבוע" (ההדגשה שלי – ח"מ).

גם בארה"ב ננקטה גישה דומה, שם הוחל פטור מפורש – משכר המינימום ומתשלום שעות נוספות – על:

"any employee employed on a casual basis in domestic service employment to provide babysitting services, or any employee employed in domestic service employment to provide *companionship services for individuals who (because of age or infirmity) are unable to care for themselves (as such terms are defined and delimited by regulations of the Secretary)*" (29 U.S.C. § 213(a)(15) (2012)).

(ההדגשה שלי – ח"מ).

Long Island Care at Home, LTD v. Coke, 551 U.S. 158 (2007); Salyer v. Ohio Bureau of Workers' Comp., 83 F.3d 784 (6th Cir. 1996); McCune v. Or. Senior Servs. Div., 894 F.2d 1107 (9th Cir. 1990); Dep't of Labor, Wage and Hour Advisory Memorandum No. 2005-1, *Application of Section 13(a)(15) to Third Party Employers* (Dec. 1, 2005)

זה המקום לציין כי לאחרונה ממשל הנשיא אובמה יזם הליך לצמצום הפטור האמור רק ככל שהוא חל על עובדי סיעוד המועסקים – באמצעות חרות כוח אדם – אצל המטופלים. הרעיון האמור נתקל, בשלב זה, בביקורת רבה, וטרם קודם. עיינו: Home Care Aides Await Decision On New Labor Rules, Nat'l Pub. Radio (Feb. 3, 2013), <http://m.npr.org/news/Health/171000803>; Editorial, Home Care Rules in the Home Stretch, N.Y. Times, Feb. 28, 2013, at A22, available at <http://www.nytimes.com/2013/03/01/opinion/home-care-rules-in-the-home-stretch.html>.

גם באנגליה החריגו את ה-Home Care Workers ביחס להגבלות על שעות העבודה וגמול שעות נוספות. עיינו: UK Government Website, Guide to maximum working hours/overview <http://www.gov.uk/maximum-weekly-working-hours/overview> (נכון לתאריך 12.3.2013); ראו: National minimum wages regulations (UK), Art 2, 4(1), s.l 1833, 1999.

זה המצב אף בחלקים מקנדה, בפינלנד, ביפן, בהודו, ביוון ובשווייץ. הטעם שניתן לכך הוא "המשפחתיות", שנוצרת בסוג מיוחד זה של העסקה. ראו: International Labor Conference, 99th session, 2010, 'Decent work for domestic workers', Report IV(1), International Labor Office, Geneva, pp. 12-14 http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/99thSession/reports/WCMS_104700/lang-en/index.htm (נכון לתאריך: 12.3.2013).

3. לחילופין מוכן אני לקבל גם את הטיעון שבנסיבות כמו אלה שלפנינו ניתן לעגן את התוצאה, שאני מצדד בה, אף בפטורים שבסעיף 30(א) (5) או (6) לחוק, המורים שהחוק אינו חל על העבדתם של:

- "(5) עובדים בתפקידי הנהלה, או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמן אישי.
- (6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".
- (ההדגשות שלי – מ"מ).

ראו: הנמקותיה של סגנית הנשיא, השופטת א' ברק-אוסטוסקין, בדעת הרוב ב-
ע"ע 1113/02 טודוראנג'אן נ' מעיין, פד"ע ל"ט 409, 431-430 (2004) (להלן: עניין
טודוראנג'אן), שם היא התבטאה, בין השאר, כך:

"בספרו פרשנות תכליתית במשפט מציין אהרן ברק,
בפרק על תיאוריה חוקתית ותפקיד השופט, כי לשפיטה
תפקיד כפול, שהראשון שבהם הוא ... 'לסייע לגשר בין
המשפט לבין צרכיה המשתנים של החברה'.

הנה-כי-כן, אין בידי לקבל את הגישה לפיה יש לשמוע
ראיות באשר למספר השעות בהן עבדה המערערת.
בעיניי אלו המקרים שיש לראותם כחריגים הנכללים
בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה. ודוק. אף
המחוקק סבר שישנם מקרים בהם יש להתקין תקנות
לעיסוקים שקשה להחיל עליהם את הוראות החוק.
המחוקק כלל הסמכה לשר להתקין תקנות 'לעבודות
במקום שמטפלים בחולים, בבת-מרקחת, במוסדות
החלמה, במוסדות לטיפול בזקנים או בילדים'.
השאלה אם השר התקין תקנות אם לא אינה רלוונטית
על-פי פרשנותי את הנסיבות ואת סעיף 30 לחוק.
התכלית היא החשובה. המחוקק ראה בטיפול בחולים,
זקנים וילדים חריג שיש לקבוע לו כללים מיוחדים, כמו
לגבי שמירה, חקלאות וכדומה".

עיינו גם: הנמקת השופט י' פליטמן בדעת הרוב בע"ע 157/03 גלוטן נ' יעקב
(01.01.2007).

בהקשר זה אוסיף כי המטפל הסיעודי איננו עובד בלבד. לרוב הוא מקבל
במהלך העסקתו גם אש"ל (אכילה, שתיה, לינה) בבית המטפל. הוא הופך לעיתים
קרובות למעין בן-משפחה ולמצער בן-בית, ונוכח המסירות ושירותי הסיעוד שהוא
מעניק למטופל, שלרוב אין להם שיעור – נוצרת מידה מיוחדת של אימון אישי ביניהם. זו
הסיבה שהמחוקק איפשר למטפל סיעודי שכזה, שהוא עובד זר, לקבל הארכה של
רשיון ישיבת הביקור שלו מעבר לתקופה הכוללת "הרגילה" של חמש שנים הקצובה
בחוק לשהה כזה בארץ – על מנת שלא תהיה הפסקת העסקה שתגרום לפגיעה קשה
במטופל (ראו: סעיף 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952).

4. לחילופי חילופין – מקובלת עלי אף הדרך עליה הצביע חברי, השופט ט'
ג'ובראן, שהפנה לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן- חוק עובדים זרים), ואולם נתיב
זה מתייחס רק לעובדים זרים, כמשמעם בחוק האמור, העוסקים בתפקידי סיעוד (אלה,

על פי המציאות הישראלית, מרכיבים, כידוע, את מרבית הקבוצה שמדובר בה, אך לא בהכרח את כולה).

5. המסקנה העולה מן המקובץ מלמדת שלעת הזו – חוק שעות עבודה ומנוחה איננו חל, לתפיסתי, על שירותי הסיעוד, שמתכונתם הובאה בפנינו. עם זאת, מקובלת עלי הקביעה אותה הדגשנו בהחלטתנו מתאריך 15.11.2011 על פיה:

”החרגה גורפת של העובדים והעובדות הסיעודיים מתחולת חוקי המגן – אינה הפתרון להכרעה במצב בו נושאות שתי קבוצות מוחלשות על גבן תוצאה שאינה הולמת את הצרכים הבסיסיים שלהן” (ההדגשה שלי – ח”מ).

במאמץ למצוא פתרון שכזה הציעו חברותי: השופטת ע’ ארבל, השופטת א’ חיות (אליה הצטרפה המשנה לנשיא, השופטת מ’ נאור), וחברי, השופט נ’ הנדל, גישות והנמקות שונות. המשותף לתפיסת חברותי היא העמדה שיש כאן תחולה לחוק, ואולם הן נחלקו במקצת בשאלת היישום. חברתי, השופטת א’ חיות, ועמה חברתי, המשנה לנשיא, השופטת מ’ נאור, סברו כי את גמול השעות הנוספות יקבע בית הדין לעבודה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו, על יסוד השעות בהן עומד העובד לרשות העבודה ועל פי מתכונת העבודה בכללותה, הכל כפי שיוכח בבית הדין. לשיטתן, עם הזמן יתגבשו כללים מנחים שיפחיתו את ההתדיינויות ויתכן כי גם המחוקק יידרש לעניין.

חברתי, השופטת ע’ ארבל אף היא צידדה בבדיקה פרטנית, אך סייגה את הגמול בכך שהוא לא יחייב את המטופל בתשלום מעבר לשעתיים עד ארבע שעות נוספות לכל יום עבודה.

חברי, השופט נ’ הנדל, שהגיע למסקנה שאין תחולה לחוק, הציע – בדרך של “חקיקה שיפוטית” – “תוספת גלובלית” של 20% מעבר לשכר המינימום (בדומה לסגנית הנשיא, השופטת א’ ברק-אוסוסקין, שהביעה עמדה קרובה בעניין טודוראנג’אן, אך קבעה תוספת של 30% מעל לשכר המינימום).

6. כפי שעולה מהאמור לעיל, הנני חלוק על גישת חברותי לגבי תחולת החוק, ומכאן שממילא אף אינני יכול לקבל את הצעתן באשר לדרך ישומו ההדרגתית “ממקרה למקרה”. הדבר עלול לעורר קשיים אנליטיים וממשיים כאחד, כפי שהצביע עליהם הנשיא בחוות דעתו. התנהלות שכזו תפגע גם בהרמוניה הדרושה בין המטופל (ובני

משפחתו) לבין המטפל ותגרור את הצדדים (ומי שיבואו מטעמם) להתדיינות משפטיות אינסופיות. במצב דברים זה יחסי האמון יעורערו (ולו בדיעבד) ויזכרו, בטענות של המעסיקים שהם שילמו, או משלמים, או נדרשים לשלם, מעבר לנדרש, כאשר המועסקים יטענו מאידך גיסא שיש לראותם כמי שעבדו יותר מהשעות שבהן שימשו בפועל את המטופל. היטיבה לתאר את הסיטואציה האמורה סגנית הנשיא, השופטת א' ברק אוסוסקין בעניין טודוראנג'אן בהסבירה כדלקמן:

" הדרישה כי עובד מסוג זה יוכיח את שעות העבודה אינה מציאותית. כך לדוגמה אם המטופל זקוק לעזרה בלילה על-מנת להגיע לשירותים יהיה על המטפל לקום למשך כעשר דקות לעזור לו. האם על המטפל להוכיח זאת? ומה אם המטפל יטען שבמשך מחצית השעה לאחר מכן הוא לא נרדם? האם נכלול מחצית שעה זו בשעות העבודה שלו? האם נכלול חלק ממנה? מטפל מסוג המערערת בפנינו נמצא בבית גם כאשר אינו עושה דבר. כיצד נחשב שעות אלו? האם כאשר היא צופה בטלוויזיה או קוראת ספר אלו שעות עבודה? הוא מחויב להיות נוכח אך אינו מבצע כל עבודה בזמן זה. האם נראה זאת ככוננות דוגמת רופאים בכוננות הצריכים להיות זמינים?"

עיינו גם: אלישבע ברק אוסוסקין, הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב, ספר אליקה ברק אוסוסקין 59, 92-99, 134 (תשע"ב-2012) (להלן: מאמר אלישבע ברק).

מנגד אף גישתו של חברי, השופט נ' הנדל, הסבור שיש לפנות פה ל-"חקיקה שיפוטית", מעוררת בעיות (והשוני שבין הצעתו להצעתה של סגנית הנשיא, השופטת א' ברק-אוסוסקין – מדגימה את הדבר). על כל אלה ועל נתיב חלופי שניתן ללכת בו – אעמוד מיד בסמוך.

7. התנהלויות אנושיות וזיקות גומלין משפטיות שנוצרות במצבים כמו אלה שאנו דנים בהם כאן – הן באופן עקרוני בנות-הסדרה במספר דרכים בסיסיות (שלעיתים הן גם מצטברות חלקית):

- א. על בסיס חוזי.
- ב. על יסוד דיני העבודה הקיבוציים.
- ג. בחקיקה ראשית (הרשות המחוקקת).
- ד. בחקיקת משנה (הרשות המבצעת).

ה. בפסיקה, או "בחקיקה שיפוטית" (הרשות השופטת).

8. במקרה שלפנינו – הגישה החוזית, שחוק עובדים זרים נוקט בה (כאשר קבע שמעביד לא יעסיק עובד, אלא אם כן הסדיר בחוזה עבודה כתוב את כל תנאי עבודתו), והמגמות החדשות בתחום זה בעולם מצדדות בה (עיינו: Einat Albin & Virginia Mantouvalou, *The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light*, 41 IND. L.J. 67, 70 (2012) – דומה שאיננה נותנת פתרון מספק. הטעם לכך כפול:

(א) לעתים מזומנות יש "חוסר שיווי משקל" בין המעסיק (המטופל, או בני משפחתו, או חברת כח האדם) לבין המטפל. עיינו: שרון רבין מרגליות, נקודות מפנה במשפט העבודה האישי, דין ודברים 341 (תשע"א).

(ב) הדבר מעורר קשיי יישום ואכיפה ניכרים (ואי מימוש הוראות חוק עובדים זרים, בהקשרים שלנו – מוכיח).

9. אף דיני העבודה הקיבוציים לא יכולים לתת בשלב זה – מזוור לבעיה (כל עוד לא תהיה התארגנות של העובדים הסיעודיים, שהם עובדים זרים ברובם).

עומדים אנו, איפוא, בפני מצב המתאפיין ב"כשלי שוק" מרובים ועל מנת להתגבר עליהם יש צורך בחקיקה (של הרשות המחוקקת, או של הרשות המבצעת, או של הרשות השיפוטית – לפי סדר זה). חלופות אלה תיבחנה מיד בסמוך.

10. דומה עלי כי הפתרון האולטימטיבי פה הוא חקיקה ראשית (ונראה שלעמדה זו שותפים כל חבריי), שכן לכאורה מתחייב פה הסדר ראשוני כולל. השוו לחוות דעתי ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012) (להלן: עניין הפרימיר ליג). זה המקום להזכיר כי נציגי המדינה והיועץ המשפטי לממשלה הודיעו כי הם שוקדים על קידום חקיקה שכזו ולפיכך אין לי אלא להצטרף לקריאת חברי, השופט א' דובינשטיין, שראוי כי היוזמה האמורה תבשיל במהרה. אציין כי לאחרונה יש אף יוזמות בכיוון דומה באירופה.

11. מבלי לגרוע מהאמור בפסקה 10 שלעיל יתכן ואף חקיקת משנה עשויה להועיל חלקית כאן. ואכן הן בחוק שעות עבודה ומנוחה (בסעיפים: 4(א)(2), 4(א)(4)),

והן בחוק עובדים זרים (סעיף ג1(3)) – הוסמך שר התעשייה המסחר והתעסוקה (להלן – השר) להתקין תקנות, שקיומן עשוי לפטור מקצת מהסוגיות שהתעוררו במכלול. דא עקא שהשר לא פעל כנדרש ונוכח זאת – הקושיה העומדת בפנינו היא – מה תוצאתה של אי-עשייה זו. על כך להלן.

12. כאשר יש בנמצא חוק שלא הוצאו תקנות הדרושות לביצועו, או כאשר קיים "ריק חקיקתי". באין תקנות – שאלת יישומו של החוק תיגזר מלשונו, ממבנהו וממטרותיו ומהמכשלה הצפויה לציבור מאי התקנת התקנות (ראו: בג"צ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות פ"ד מט(3) 804, 816-815 (1995) והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן – עניין צרפתי)).

התרופה הרגילה והישירה למצב דברים שכזה היא הגשת עתירה לבג"ץ ודרישת סעד של התקנת התקנות (עיינו: בג"צ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(ו), 309 (1996); בג"צ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד ס(1) 238 (2005); בג"צ 8313/02 אייזן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נ"ח(6) 607 (2004); דפנה ברק ארז, משפט מינהלי, כרך א', 221-222 (2010)). היה ולא הולכים בדרך האמורה והחוק נותר ללא תקנות משלימות – לרוב החוק איננו ניתן להפעלה (ראו: בג"צ 303/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד י"ח (ג), 356 (1964); בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק (12.12.2006)). לכלל זה יש גם חריגים (עיינו: בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נג(5) 317, 331 (1991), זמיר הסמכות המנהלית כרך א' 210 (2010)). עמדת חברותי מבקשת לבוא בגדר החריגים והן סבורות שניתן להשלים את החסר בדרך של פסיקה קזואיסטית, בעוד חברי, השופט נ' הנדל, אוחז בדעה שיש לבצע כאן "חקיקה שיפוטית".

לי נראה שהסיטואציה שלפנינו, נופלת בגדר הכלל (ולא נכנסת לחריגיו), והטעמים שהעלה כאמור הנשיא בחוות דעתו מחזקים עמדה זו (עיינו גם בהנמקה של סגנית הנשיא, השופטת א' ברק-אוסוסקין בעניין טודוראנג'אן ובמאמר אלישבע ברק, שם, שם). יתר על כן, העמימות שבמצב – בהנחה שמדובר ביחסים חוזיים – איננה מאפשרת גם השלמה מכח נוהג, או דין. השוו: פסק דינו של השופט א' גרוניס (כתוארו אז) בע"א 10859/07 חברת קדישא גחש"א ת"א נ' לוי (22.01.2012).

למען הסר ספק אבהיר עם זאת שאין באמור כדי להצדיק את אי התקנת התקנות ומתבקש שהשר יקח הדבר לתשומת לבו המיידית.

13. זאת ועוד – אחרת. לשיטתי אין אף מקום ליצור פה, במועד הנתון, "חקיקה שיפוטית". במקרה זה עדיף לחכות לדבר המחוקק, שכן הוא מצויד בכלי המחקר הנדרשים ובאפשרות לראיה כוללת של הבעיה והשלכות הרוחב שלה, תוך מתן הזדמנות לכל הנוגעים בדבר להשמיע קולם בעת הליך החקיקה (השוו: פסקה 5 לחוות דעתי בעניין פרימייר ליג). תוצאה זו מתבקשת אף מן הטעם ש"חקיקה שיפוטית" עלולה "לשנות לאחור" את ההסדרים שנהגו, בו בזמן שחקיקה תחול ככלל מכאן ולהבא.

אוסף ואעיר כי יש אמנם מקרים ש"חקיקה שיפוטית" – ראוייה היא (לצד חסרונות מסויימים הטבועים בה). ראו: אהרון ברק, חקיקה שיפוטית, משפטים י"ג 25 (תשמ"ד); אמל ג'בארין ויצחק כהן, חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית, מחקרי משפט כ"ח 7 (תשע"ב – 2012), ואולם הליכה בדרך זו טעונה תמיד גם עילה משפטית ומידה (השוו לחוות הדעת של חברי, השופט נ' הנדל בעניין פרימייר ליג).

פה ההצעות בדבר "תוספת אחוזית גלובאלית" על שכר המינימום, או "תוספת שעתית" – אין להן הנמקה ושיעור משפטיים. הנה כי כן, רק אם המחוקק הראשי, או מחוקק המשנה ימשיכו ויתמידו בחוסר המעש שלהם יהיה מקום לפנות ל"חקיקה שיפוטית". לצורך זה תידרש בניית פרופוזיציה משפטית מתאימה (גזירת הזכאות מהזכות החוקתית לחירות, או לכבוד; שכר ראוי; דיני עשיית עושר ולא במשפט; עקרון תום הלב), ואם זו לא תצלח – ניתן יהיה לפנות לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם – 1980, המורה אותנו כדלקמן:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה,
ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או
בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות,
הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"

תפיסתי הנ"ל קרובה לעמדת הרוב, אשר בוטאה על ידי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש ב-דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרוייקטים וכח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל (1.9.2005), בהסכמת: המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין, השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' א' לוי, והשופט (כתוארו אז) א' גרוניס. גישה זו היא שתרמה, בין השאר, לקידום חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006,

שהכל מתברכים בו היום, בהשוואה למצב המשפטי שקדם לו והיא מדגימה את הדרך הראויה שיש לצעוד בה במכלול מעין זה שלפנינו.

14. לא נותר לי אלא לסיים באמירתו של מרטין לותר קינג, שקרא לפעולה – נוכח מצב שבו:

“יש לנו רבבות בני אדם שעובדים במשרות מלאות ומקבלים שכר חלקי”
(נאומו באטלנטה, ג'ורג'יה, בתאריך 15.01.1968 שכותרתו: מדוע עלינו ללכת לווינגטון; התרגום מאוצר הציטטות, בעריכת איתן בן נתן 588; 05 (מאגנס – 2009).

“בדרך המלך” – הפעולה הנדרשת על מנת להביא תרופה לרבבות הללו – איננה בריבוי תביעות, או בציפייה ל“חקיקה שיפוטית”, אלא בשינוי חברתי ובחקיקה המתבקשת הימנו.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

1. עיינתי בחוות הדעת של חברי וחברותי, שלא הותירו אבן שלא נהפכה וקרקה שלא נחרשה בסוגיה שלפנינו. מחד, מצויים חברי, הנשיא א' גרוניס והשופטים א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן וח' מלצר, שתומכים בדחיית העתירה לדיון נוסף ותומכים בפסק הדין שניתן פה אחד בבג"ץ 1678/07 על ידי המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין, השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה והשופט ח' מלצר. מאידך, מצויות חברותי, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטות ע' ארבל וא' חיות, שתומכות בקבלת העתירה. בתוכם מצוי חברי השופט נ' הנדל שמציע דרך שלישית. חלוקה זו משקפת במידה רבה את מגוון הדעות של שופטי בית הדין לעבודה שדנו בסוגיה במרוצת השנים.

2. על אף המחלוקות שהתגלעו בין חברי וחברותי באשר לפיתרון הסוגיה שלפנינו, נראה שמוסכם על הכול כי מדובר בסוגיה שזועקת להסדרה חקיקתית מפורשת מצידם של המחוקק ומחוקק המשנה. למותר לציין כי זוהי גם דעתי, לנוכח המורכבות של הסוגיה אשר חורגת במובהק מהמישור המשפטי ואשר הינה בעלת השלכות כלכליות וחברתיות ברורות. אלא שלמרבית הצער הסדרה זו מתעכבת שנים רבות, אף לאחר שבית משפט זה קרא במפורש לכך במסגרת פסק הדין בבג"ץ 1678/07, וכפי שצינו כל חברי וחברותי לא מדובר בעיכוב זניח כלל ועיקר. לנוכח הקצב האיטי והבלתי מספק של ההליך החקיקתי, ניתן לומר שבסופו של יום חברי

וחברותי נחלקים במענה לשאלה כיצד על בית המשפט לנהוג מקום שבו המחוקק לא עושה מלאכתו ולא מסדיר את הסוגיה. כל אחד משלושת הפתרונות אליהם הגיעו חברי וחברותי הינו, בתורו, ניסיון להתמודד עם שתיקת המחוקק ואף ניסיון לתמרץ את המחוקק לפעולה.

3. לאחר שעיינתי היטב בכל חוות הדעת, אני מצרף קולי לעמדת חברי, הנשיא א' גרוניס והשופטים א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן וח' מלצר. בפסק הדין בבג"ץ 1687/07 בחן המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין את הסוגיה מכל היבטיה ועמד בהרחבה על הקשיים הייחודיים שמעורר כל אחד מהפתרונות שהועלו בבית הדין לעבודה במרוצת השנים. חברי שבו והדגישו במסגרת הדיון הנוכחי, כל אחד על פי דגשיו וסגנונו, את הקשיים שבקבלת העתירה. אני מוצא טעם להאריך בדברים ולחזור על דברים שכבר נכתבו. טעמיהם ונימוקיהם של חברי מקובלים עלי במלואם. הסוגיה זועקת לטיפולו של המחוקק, והינה מורכבת וסבוכה באופן שאינו מאפשר לטעמי הסדרתה בדרך של פיתרון גורף במסגרת עתירה נקודתית בבית המשפט.

4. חברותי השופטות ע' ארבל וא' חיות קובעות בחוות הדעת המקיפות והנוקבות שלהן כי מעת שהמחוקק לא הסדיר את הסוגיה, עלינו לבחון אם נכנסים העובדים הסיעודיים לגדרי אחד מהחריגים הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: החוק). חברותי קובעות כי אף אחד מהחריגים הקבועים בחוק אינו מתקיים כאן. בנקודה זו אני מצטרף בהסכמה לעמדת חברותי. גם אני סבור שעניינם של העובדים הסיעודיים לא נכנס לגדרי אף אחד מהחריגים הקבועים בחוק, לרבות החריגים הקבועים בסעיף 30(א)(5) ובסעיף 30(א)(6) לחוק. חברותי ממשיכות וקובעות כי מעת שלא חלים החריגים הקבועים בחוק, יש לקבל את העתירה ולהורות על תשלום שעות נוספות לעובדים הסיעודיים. חברתי המשנה לנשיא מ' נאור מצטרפת לעמדה זו. למסקנה זו אין בידי להצטרף, על אף שמוכן לי היטב הרציונאל שהנחה את חברותי. מקובלת עליי קביעת המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין בבג"ץ 1687/07 ועמדת חברי בדיון הנוכחי כי החוק הוא מקשה אחת וכי צורת ההעסקה של העובדים הסיעודיים אינה עולה בקנה אחד עם החוק כמכלול. לפיכך מקובלת עלי המסקנה כי לא ניתן לאכוף את החוק לשיעורין, תוך הפרדה מלאכותית של "שולי" החוק מ"ליבתו" (כדברי המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין), דהיינו תוך הפרדה של שאלת השעות הנוספות מיתר ההסדרים הקבועים בחוק (אותה כינה המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין: "סימון ב'עפרון כחול"). כאמור, הרציונאל שהנחה את חברותי מובן לי, ועמדתן שובת לב ברגישותה החברתית והאנושית. לא אכחיש כי לאחר קריאת חוות הדעת של חברותי שבה והתעוררה בי התלבטות, ובמיוחד לנוכח שתיקת המחוקק וההתארכות

הבלתי נסבלת של ההסדרה החקיקתית. ואולם, בסופו של יום נותרתי בדעתי. עודני סבור כי הניסיון להחיל חלק מהוראות החוק על עובדים סיעודיים שאין חולק שצורת העסקתם אינה עולה בכלל בקנה אחד עם החוק כמכלול נדמה בעיניי כניסיון "לרבע את המעגל".

5. אשר לפיתרון המוצע על ידי חברי השופט נ' הנדל, סבורני כי על אף ההיגיון הטמון בו לא ניתן לאתר בסיס חוקי להחלתו. חברי השופט נ' הנדל סבור אמנם כי החריגים הקבועים בחוק לא חלים על העובדים הסיעודיים, וכי לא ניתן להחיל את החוק כמכלול על עובדים אלו לנוכח צורת העסקתם הייחודית. כלומר, עמדתו של השופט נ' הנדל בשתי הנקודות הללו עולה בקנה אחד עם פסק הדין בבג"ץ 1687/07 ועם עמדת חברי בדיון הנוכחי. יחד עם זאת, השופט נ' הנדל צועד צעד נוסף ומציע דרך שלישית, בניסיון לרכז את התוצאה הקשה, בדמות תוספת גלובלית בסך 20% מעבר לשכר המינימום. מצטרף אני בנקודה זו לדברי חברתי המשנה לנשיא מ' נאור, אשר ציינה כי בית המשפט נעדר סמכות ליצור מנגנון כזה יש מאין, ולדברי חברי השופט א' רובינשטיין, אשר ציין כי פיתרון זה עלול בסופו של יום ליצור קשיים חדשים.

6. אחר כל אלו, אני מבקש לשוב ולהפנות לדבריו הממצים של המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין בסיום פסק דינו בבג"ץ 1687/07, אשר מיטיבים לסכם גם את עמדתי בסוגיה:

"פסק דין זה עוסק בסוגיה סבוכה וקשה, אשר זכתה לפרשנויות שונות ואף סותרות בבית הדין הארצי לעבודה. במסגרת החקיקתית הקיימת אין הסדר המתאים למצב הדברים הייחודי בעניינם של העובדים הסיעודיים, ופרשנות צרה וחלקית של הדין ביחס לחובת התשלום עבור שעות נוספות, ללא התמודדות עם מכלול השאלות הכרוכות בעצם תבנית העסקתם הייחודית, עשויה להוליך לתוצאות קשות מאד. לפיכך, התוצאה היא שאין להתערב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה; כך בין אם נניח כי קיימת תחולה לחריגים הקבועים בחוק ובין, ולכך אני נוטה יותר, משום שאין להחיל את הוראות החוק לעניין התשלום עבור עבודה בשעות נוספות בענייננו בהיעדר כל יכולת ליישמו לשיעורין ובהתקיים הסכמה כוללת כי אין לחוק תחולה בכל חלקיו העיקריים הנוגעים למתכונת העבודה עצמה" (פסקה 29 לפסק הדין).

7. בטרם סיום, מצטרף אני לקריאתם של חברי וחברותי למחוקק לשבת על המדוכה ולהסדיר בהקדם את הסוגיה בפיתרון חקיקתי מקיף שייתן מענה וביטוי לכל היבטיה. במבט צופה פני עתיד, ומבלי לקבוע מסמרות, אעיר כי ככל שהמחוקק לא יאחז את השור בקרניו וככל שהזמן ימשיך לנקוף, יש להניח שהסוגיה תשוב ותגיע לפתחם של בתי המשפט וייתכן שלא יהיה מנוס בעתיד מהתערבות בית המשפט (על אף כל הקשיים שמתלווים להתערבות כזו ושעומדים בבסיס קביעתנו הנוכחית). המציאות מקדימה את המחוקק במקרים רבים, ואין ספק שזהו אחד מהם, אולם אל לו למחוקק לסבור כי בית המשפט לא יתערב אף פעם וימשיך לחכות עד בוש לפעולת המחוקק.

8. אשר על כן, לוי תישמע דעתי, אין מקום בנקודת זמן זו לשנות מפסק הדין שניתן בבג"ץ 1687/07. בכך אני מצרף קולי לעמדת חברי, הנשיא א' גרוניס והשופטים א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן וח' מלצר.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס והשופטים א' רובינשטיין, ס' ג'ובראן, ח' מלצר ו-י' דנציגר לדחות את הדיון הנוסף ולהותיר על כנו את פסק-הדין בבג"ץ 1678/07.

ניתן היום, ז' בניסן התשע"ג (18.3.2013).

ה נ ש י א	ה משנה לנשיא	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט