



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

ניתן ביום 17 אוקטובר 2021

המערער

אופיר ארגמן

-

המשיב

המוסד לביטוח לאומי

לפני: השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק, השופטת חני אופק גנדלר
נציג ציבור (עובדים) מר שמואל ויסמן, נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי טבצ'ניק

בשם המערער: עו"ד נטע יראוני

בשם המשיב: עו"ד אפרת לבנוני

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופטת הבכירה חנה טרכטינגוט ונציג הציבור מר משה כהנא; ב"ל 14632-08-18), במסגרתו התקבלה בחלקה תביעת המערער בנוגע לשיעור דמי הלידה שאושרו לו על ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: **המוסד**). המחלוקת נוגעת לשאלה אם גבר שהוא הורה עצמאי, אשר הביא לעולם ילד באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל (בהעדר אפשרות חוקית בתקופה הרלוונטית לבצע הליך כאמור בישראל), רשאי לקבל דמי לידה בגין תקופה בה חדל מעבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה.

הרקע לערעור

2. המערער הוא הורה עצמאי לבתו, ילידת 14.10.17 (להלן: **הבת** או **הילדה**), אותה הביא לעולם בהליך הפריה חוץ-גופית ופונדקאות שנערך בארצות הברית. המערער הוא אביה הביולוגי של הילדה.

3. בתקופה הרלוונטית להליך ונכון גם למועד כתיבת שורות אלה אין לגברים יחידים (שאינן להם בת זוג), דוגמת המערער, אפשרות חוקית לבצע הליך פונדקאות במדינת



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

ישראל. הטעם לכך הוא שהסדר הפונדקאות המעוגן בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק הסכמים לנשיאת עוברים**) ובהוראות הקשורות אליו בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 קבע בתקופה הרלוונטית כי "הורים מיועדים" הם "איש ואישה שהם בני זוג" בלבד. בשנת 2018 תוקן החוק גם ביחס לנשים יחידות כ"אם מיועדת יחידה", אך ללא מענה לגברים יחידים ובני זוג מאותו מין. לאחרונה הבהיר בית המשפט העליון כי הסדר זה אינו חוקתי, ומהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין לשוויון ולהורות. בהתאם נקבע כי ההגדרות המדירות אותם מגישה להסדר הפונדקאות בארץ תבוטלנה בתוך שישה חודשים מיום מתן פסק הדין (בג"צ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** - פסק דין חלקי והחלטה מיום 3.7.17, פסק דין חלקי שני מיום 27.2.20 ופסק דין משלים מיום 11.7.21; להלן: **פרשת ארד-פנקס**).

נקודת המוצא היא כי המערער אולץ לפיכך, ככל שביקש לממש את רצונו (וזכותו) להורות (בכלל, וגנטית בפרט) להיעזר בהליך פונדקאות במדינה שמתירה זאת, ובעניינו ארצות הברית.

4. פרק ג' לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: **חוק הביטוח הלאומי או החוק**) שכותרתו "ביטוח אימהות" כולל הוראות המסדירות את הזכויות המגיעות למבוטחות ומבוטחים בקשר להריון ולידה וביניהן הזכות למענק אשפוז, מענק לידה, קצבת לידה ודמי לידה. הזכאות ל"דמי לידה" - שהיא הרלוונטית לענייננו - קבועה בסימן ג' לפרק, ומטרתה להוות גמלה מחליפת הכנסה "**בעד פרק הזמן שלרגל ההריון או הלידה אין היא עובדת**" (סעיף 49 (א)), בהתאם לתנאים הנקובים בחוק ותוך זיקה שתידון להלן בין הזכאות לדמי לידה לבין "תקופת הלידה וההורות" הקבועה בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: **חוק עבודת נשים**).

הוראות החוק עוסקות אמנם ב"מבוטחת" (סעיף 49(א)), אך קובעות זכאות גם למבוטח שאשתו ילדה (סעיף 49(ב)-(ה)), והוחלו על ידי המוסד גם ביחס לאבות יחידים ובני זוג מאותו מין (כך ביחס לדמי לידה ומענק לידה; ולאחר הליך משפטי קודם - גם ביחס למענק אשפוז: ב"ל (אזורי ת"א) 20833-07-10 **רועי ראובני הורוביץ - המוסד לביטוח לאומי** (23.6.14); להלן: **עניין ראובני הורוביץ**). סימן ד' לפרק ממשיך וקובע הסדר ספציפי שכותרתו "גמלאות להורה מאמץ, להורה במשפחת אומנה ולהורה מיועד".



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

5. המערער הוא עורך דין במקצועו, בעלים ושותף מנהל במשרד עורכי דין (להלן: **המשרד**). כמו כן בבעלותו חברה הנושאת את שמו, המספקת שירותי ייעוץ למשרד (להלן: **החברה**) כשהמערער הוא עובד שכיר של החברה ומקבל ממנה תלושי שכר.
6. ביום 28.9.17 טס המערער לארצות הברית לקראת לידתה של בתו. המערער פירט כי הדבר נדרש לצורך ליווי האם הפונדקאית, לרבות השתתפות בפגישות עם הרופאה הגניקולוגית, כמו גם הכנה לקראת הלידה ושהייה עם בתו בארץ זרה למשך כחודש, שכן לאחר הלידה היה על המערער לנהל הליך משפטי המצהיר על אבהותו ולקבל דרכון עבור הילדה.
7. כאמור, ביום 14.10.17 נולדה במזל טוב בתו של המערער, וכפי שנמסר היה זה בדיוק בתאריך המשוער של הלידה. ביום 15.11.17 שב המערער ארצה עם בתו. זמן קצר לאחר מכן ובהדרגה, החל המערער להגיע למשרד.
8. ביום 7.11.17 הגיש המערער למוסד תביעה לתשלום דמי לידה. ביום 3.1.18 הגיעה למשרד נציגת המוסד לצורך חקירת המערער בקשר לתביעתו. ביום 9.1.18 הגיש המערער למוסד תביעה מתוקנת שבה ביקש שתקופת ההורות לצורך קבלת דמי הלידה תימנה החל מיום 28.9.17 - המועד שבו טס לארצות הברית לקראת לידת בתו (במקום ממועד הלידה).
9. בתכתובת פנימית של המוסד מיום 12.2.18, מטעם המשרד הראשי למחלקת אמהות סניף תל אביב בעניינו של המערער, נכתב "**מחומר החקירה נמצא כי לא הפסיק לעבוד גם במהלך תקופת הלידה וההורות. קביעה זו מגובה בהצהרתו... סעיף 56 לחוק מאפשר לנו להפעיל שיקול דעת במקרים בהם יש ספק כי המבוטח עבד במהלך תקופת הלידה וההורות... לאור זאת הוחלט לאחר הפעלת שיקול דעת... לשלול לנ"ל את דמי הלידה בשיעור של 50% החל מ-5.12.17. בנוסף, ביקש התובע להתחיל את תק' הלידה וההורות ב-28.9.17, יום הפסקת עבודתו עקב יציאתו לחו"ל ב-28.9.17 לצורך סידורים לקראת לידת בתו, באמצעות אם פונדקאית. סעיף 52 לחוק הקובע את תק' הזכאות לדמי לידה למבוטחת שילדה, בהתאם ליום הקובע, אינו חל על גמלאות**



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

להורה מיועד לפי סעיף 57א.ג) לחוק ולהורה מאמץ לפי סעיף 57ג). כאמור בסעיפים אלה דמי הלידה ישולמו בעד פרק הזמן בו הילד נמצא במשמורתם. לבקשתו אין כל אחיזה בחוק ולכן לא ניתן להיענות לה".

10. במכתב מטעם המוסד מיום 15.2.18 הודע למערער כי אושרה תביעתו לתקופה שהחל מיום 14.10.17 (במקום מיום 28.9.17 כפי שביקש בתביעתו המתוקנת) ועד ליום 26.1.18. בנוסף, בשל חזרתו לעבודה הופחתו 50% מהגמלה עבור התקופה שהחל מיום 5.12.17 ועד ליום 26.1.18.

11. ביום 12.3.18 הגיש המערער בקשה ל"ועדת התביעות" לבדיקה מחודשת של החלטת פקיד התביעות. יצוין כי סעיף 299 לחוק קובע כי **"ליד כל סניף של המוסד תוקם ועדת תביעות אשר לחוות דעתה רשאי פקיד תביעות להביא כל תביעה, וחייב הוא להביא כל תביעה שהחליט בה אם דרש זאת התובע"**. במכתב פירט המערער כי בתביעה שהגיש ביום 9.1.18 **"ביקשתי לתקן טעות בתאריכים לגביהם מתייחסת התביעה, וביקשתי להכיר בתביעה ככזו שתחילתה ביום 28.9.17 (היום בו בפועל הפסקתי לעבוד, ועזבתי את ישראל לארה"ב לקראת הלידה)**. מאליו ברור כי התחייבתי לתקן את תלוש השכר שלא בהתאם ככל שתביעתי תתקבל". המערער עתר לפיכך למנות את תקופת הלידה וההורות החל מיום 28.9.17 ועד ליום 11.1.18, וכי הגמלה תעמוד על 100%.

12. ועדת התביעות המליצה לשקול מחדש את החלטת פקיד התביעות. נימוקי הוועדה פורטו בפרוטוקול ועדת התביעות מיום 27.5.18 כדלקמן: **"המבוטח הינו בעליו של משרד עורכי דין ומטפל יחידני בבתו שנולדה מהפריה חוץ-גופית מאם פונדקאית מחוץ לגבולות ישראל. האם הפונדקאית אינה נוטלת חלק מהאחריות ההורית והילדה בחזקתו ובטיפולו הבלעדיים. המבוטח מפרט שהנו עובד כשכיר ב"אופיר ארגמן, חברת עורכי דין" המעניקה שירותים משפטיים ללקוחותיה, בד בבד עם שירותים משפטיים עם משרד עורכי דין בר - משרד עורכי דין נוסף. מהעולה מהמסמכים שלפנינו, המבוטח לא קיבל משכורת כבעבר בעת חופשת הלידה אותה נטל לצורך טיפול בבתו. מנגד, המבוטח ציין שהחל מיום 5.12.17 הפגין נוכחות מוגבלת במשרד עורכי הדין שבבעלותו כמפורט בסעיף 4 למכתבו מיום 12.3.18. ועדה זו בדעה שפקיד התביעות אמור לבחון האם המבוטח היה מבוטח בתקופת האכשרה בטרם חופשת**



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

הלידה והאם קיבל משכורת בתקופת הלידה והאם עבד כבעבר בתקופת חופשת הלידה. מהחומר שבפנינו עולה שהמבוטח לא קיבל משכורת, לא עבד כשכיר כבעבר בחופשת הלידה ואין בפנינו נתונים לגבי תקופת האכשרה (הגם שזו לא הועלתה על ידי פקיד התביעות, ולכן נניח כי סוגיה זו אינה על הפרק). לאור האמור לעיל, התעסקותו של המבוטח בשימור לקוחות כבעל עסק במובחן מעבודה כשכיר אינה מגעת, לדעת ועדה זו כדי עבודה השוללת את דמי הלידה ולפיכך, הוועדה בדעה שדין אחד לגבר המגדל את בתו לדינה של אישה המגדלת את בתה ומן הראוי לשקול מחדש את החלטת פקיד התביעות. הוועדה המליצה בחום להיעתר לבקשה".

13. במכתב המוסד מיום 8.7.18 הודע למערער כי המלצת ועדת התביעות לא התקבלה, ודחיית התביעה בעינה עומדת. הנימוקים לאי קבלת המלצת ועדת התביעות על פי מכתב זה הם: "מדובר בפונדקאות חו"ל, אתה הבעלים של החברה. מתברר כי עבדת במהלך תקופת חופשת הלידה. לכן הוחלט לשלול 50% בגין חזרה לעבודה החל מיום: 5.12.17 ועד 26.1.18".

14. ביום 7.8.18 הגיש המערער בבית הדין האזורי תביעה המכוונת נגד החלטת פקיד התביעות, שבמסגרתה הפנה בין היתר לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים הקובע כי "תקופת הלידה וההורות היא עשרים ושישה שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה". לטענתו החוק אינו מתייחס למצב שבו הגבר הוא הורה עצמאי והמטפל הבלעדי בילד ומשכך, עקרונות השוויון ותכלית החקיקה מחייבים פרשנות שלפיה גם אב ביולוגי יחיד זכאי לתקופת לידה והורות כבר מהיום הראשון לזכאות האם. לאור זאת ביקש להורות למוסד לתקן את תקופת הלידה וההורות כך שתחול מיום 28.9.17 ועד ליום 11.1.18 ולשלם לו גמלה בשיעור 100% לתקופה זו. לחלופין עתר המערער להורות למוסד לשלם לו גמלה בשיעור 100% לתקופה מיום 28.9.17 עד ליום 4.12.17 ועבור התקופה מיום 5.12.17 עד ליום 11.1.18 לשלם לו גמלה בשיעור התואם את היקף הפעולות שביצע בתקופה זו וכן הוסיף טענות לעניין השכר הקובע לצורך חישוב הגמלה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

פסק דינו של בית הדין האזורי

15. בית הדין האזורי דחה את התביעה לתשלום דמי לידה בגין התקופה שקדמה ללידת הבת אך קיבל בחלקה את התביעה לעניין ההחלטה להפחית 50% מהגמלה. אשר לתקופה, עמד בית הדין על הוראות החוק ובהן סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים הקובע כאמור כי תקופת לידה והורות תחל ביום הלידה או במהלך שבועת השבועות שלפניו לפי רצון העובדת; סעיף 9(2) לחוק עבודת נשים הקובע לגבי "הורה מיועד" כהגדרתו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים כי "על אף הוראות סעיף 6(ב)(1) סיפה... מועד תחילתה של תקופת הלידה וההורות הוא ביום קבלת הילד למשמורת ההורה המיועד"; וסעיף 9(2) לחוק עבודת נשים הקובע הוראה דומה בעניינו של הורה מאמץ. עוד הפנה לסעיף 52(א) לחוק הקובע כי "התקופה שבעדה ישולמו דמי לידה, תקבע כך שמחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית מבוטחת לדמי לידה לפי סעיף 50 תקדם ליום הלידה ויתרת פרק הזמן שבעדו היא זכאית לדמי לידה לפי סעיפים 50 ו-51 תהיה מיום הלידה..."; סעיף 57(ג) לחוק הקובע כי דמי לידה לאם מיועדת ישולמו "החל ביום שבו ניתן לה צו הורות... ובלבד שלא ישולמו דמי לידה אלא בעד פרק הזמן שבו הילד נמצא במשמורתה לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים"; והוראה דומה בסעיף 57 לגבי הורה מאמץ.

16. בית הדין מצא שלא ניתן להשוות את המערער לאישה שאינה נשואה והרתה מתרומת זרע אלא לאישה שאינה נשואה שהיא "אם מיועדת יחידה" לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים. זאת, הגם שהמערער אינו עונה על הגדרת "הורה מיועד" לפי חוק זה באשר אבות יחידים אינם כלולים בו. בית הדין פירט כי סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים מאפשר לעובדת להקדים את תקופת הלידה וההורות כרצונה אך סעיף 9(2) לחוק עבודת נשים המתייחס להורים מיועדים קובע כי מועד תחילתה של תקופת הלידה וההורות היא ביום קבלת הילד למשמורת. בית הדין הבהיר כי "בעוד שאישה שילדה יכולה לבחור להתחיל את תקופת הלידה וההורות טרם הלידה ואף תקבל דמי הלידה, בגין התקופה שקדמה ללידה, הרי שתקופת ההורות והלידה של אם מיועדת לפי חוק עבודת נשים היא ביום קבלת הילד למשמורת ולא לפני כן, וכך אף הזכויות לדמי לידה בהתאם להוראות חוק הביטוח הלאומי".



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

17. אשר לטענת המערער לפיה כגבר שהוא הורה יחיד נכפה עליו לבצע את הליך הפונדקאות בחו"ל ולא בארץ, ולפיכך נזקק להפסיק לעבוד לפני הלידה לצורך ההכנות - ציין בית הדין כי הגם שמדובר בטענה שובת לב היא נדחית, מאחר שעל פי חוק תשלום דמי לידה להורים מיועדים ייעשה רק ממועד קבלת הילד למשמורת. בית הדין הוסיף כי תכלית חופשת הלידה לפי חוק עבודת נשים היא כפולה: **"ראשית - לאפשר לאישה העובדת מימוש זכותה כהורה ואין מימוש מובהק יותר של ההורות מטיפול האם ברחם הנולד; שנית - לאפשר לתינוק לקבל לאחר היוולדו את טיפולה של האם, מתוך ראיית טובתו ולמען הבטחת תקינות התפתחותו"** (עב"ל (ארצי) 1337/00 המוסד לביטוח לאומי - דוד הורוביץ, פד"ע לו 564 (2002); להלן: עניין הורוביץ). לצד זאת, לחופשת הלידה תכלית נוספת בדמות מתן אפשרות לאם היולדת להחלים ולהתאושש מן הלידה, ובהתאם גם לאם הפונדקאית (האם הנושאת) כמה זכאות לחופשת לידה. מימוש הזכות טרם הלידה נועד להקל על האישה ההרה בשל מצבה הנובע מההיריון המתקדם. מסיבה זו, הטעים בית הדין, זכות זו לא ניתנה להורה מיועד (וגם לא להורה מאמץ) ובהתאמה לא משולמים דמי לידה לפני יום הלידה או יום קבלת הילד למשמורת. העובדה שהמערער נאלץ לבצע הליך פונדקאות בחו"ל אינה מאפשרת לו לבחור להתחיל את תקופת הלידה וההורות לפני הלידה שכן פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשון החוק וגם לא עם תכליתו.

18. בית הדין העיר ששכרו של המערער לא נפגע עד הלידה, וכי בבקשה שהגיש המערער לתיקון מועד חופשת הלידה הוא ציין: **"בכוונתנו בכפוף לקבלת בקשתי מכס לתיקון תאריך התביעה, לתקן אותה, ולהשיב לחברה את השכר ששולם בטעות מיום 28.9.17 ועד 23.10.17"**. בית הדין הבהיר כי מטרת דמי הלידה להוות גמלה מחליפת הכנסה רק למי שלרגל ההריון או הלידה אינה עובדת או עוסקת במשלח ידה, להבדיל מביצוע פעולות חשבונאיות רטרואקטיביות למי שבזמן אמת קיבל שכר.

19. בכל הנוגע להחלטת המוסד להפחית 50% מדמי הלידה התקבלה התביעה בחלקה. בית הדין סבר שהמוסד לא הפעיל שיקול דעת כדין עת לא בחן את הפעולות שהמערער ביצע לפני הטיסה לחו"ל ואחרי יום 5.12.17, והסתפק בבחינה מתמטית של שעות הנוכחות בעסק. זאת בפרט לאור הטענה כי הפעולות שביצע המערער נעשו לשימור ותחזוקה בלבד. לנוכח האמור נקבע כי יש להשיב לפקיד התביעות את עניינו של המערער לצורך שקילה מחדש של החלטתו אם להפחית את דמי הלידה מיום 5.12.17 ובאיזה שיעור,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

לאחר שיתייחס להמלצת ועדת התביעות; יתייעץ עם מנהל תחום גמלאות; ייקח בחשבון את מספר השעות בהן שהה המערער במשרד ואת מכלול תפקידיו לפני הנסיעה לחו"ל ולאחר יום 5.12.17; ויאפשר למערער להעלות את טיעוניו טרם קבלת ההחלטה. בכל הנוגע לחישוב בסיס הגמלה קיבל בית הדין את הסבריה של נציגת המוסד שהעידה בפניו. לנוכח האמור התקבלה התביעה בחלקה, תוך חיוב המוסד בהוצאות המערער בסך של 2,500 ₪.

טענות הצדדים בערעור

20. **המערער** סבור שתוצאת פסק הדין בצירוף התנהלות המוסד פוגעת בזכותו לשוויון ובזכות החוקתית להורות בכל הנוגע לגברים יחידנים הזכאים לזכויות המוענקות לאישה במצבם. לטענתו שגה בית הדין האזורי עת החיל עליו את ההסדר הקיים ביחס ל"הורה מיועד". החוק מסדיר את זכויותיהם של אם עובדת, הורים מאמצים והורים מיועדים ביחס לחופשת לידה וזכויות נלוות לפני ובמהלך חופשת הלידה אך ביחס לאבות המביאים בגפם ילד בהליך פונדקאות בחו"ל קיימת לקונה. בהעדר התייחסות ישירה בחוק - המוסד בוחר לעצמו איזה דין להחיל לגבי אבות יחידנים, אם בכלל ואימתי.

21. **המערער** מדגיש כי ההשוואה בין הדין החל על אב יחידני ובין הדין החל על "הורה מיועד" מהווה השוואה בין שונים, ולא בין שווים. הגם שלמקרא הגדרת "אם מיועדת יחידה" בחוק הפונדקאות נדמה לכאורה שזו קבוצת השוויון הרלוונטית, חוק ההסכמים מדיר מתחולתו באופן מפורש אבות יחידנים. בכך נוצר מצב שבו המערער נחסם על ידי המדינה עת ביקש לממש את זכותו החוקתית להורות באשר אינו עונה להגדרת "הורה מיועד", אך כאשר מבקש הוא להקדים את מועד תחילתה של תקופת ההורות הוא נחסם שוב, בטענה שיש להתייחס אליו כ"הורה מיועד". זאת ועוד: לא ניתן להשוות את המערער ל"הורה מיועד" שהוא חלק מזוג ושהמדינה מאפשרת לו להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות בארץ, שכן "הורים מיועדים" יכולים לעבוד לפרנסתם עד לרגע הלידה ואך הגיוני שתקופת ההורות תחל עם קבלת הילד למשמורתם. המערער לעומתם נאלץ לטוס בטיסה טרנס-אטלנטית על מנת לנכוח במעמד הלידה ולקבל את הילד למשמורתו, ומטבע הדברים אינו יכול לעבוד עד למועד הלידה עצמו - זהו שוני רלוונטי ומהותי. לכן, ועל מנת להשיג שוויון אמיתי, יש להשוות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

את המערער לאישה יחידנית שהרתה באמצעות תרומת זרע בארץ או לכל הפחות לאישה יחידנית שביצעה הליך פונדקאות בחו"ל.

22. עוד נטען כי שגה בית הדין האזורי בפרשנות שהעניק לסעיף 52(א) לחוק וסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים עת קבע כי הקדמת חופשת הלידה נתונה לאישה בלבד בשל מצבה הרפואי. בכל הנוגע לחוק עבודת נשים נטען כי לשון סעיף 6(ב)(1) ברורה, ועניינה הקדמת חופשת הלידה "כרצון העובדת". גם ההיסטוריה החקיקתית מלמדת שהמטרה היא לאפשר בחירה לצאת לחופשת לידה טרם הלידה, באם האישה זקוקה לכך ולא מטעמים רפואיים, המוסדרים בסעיפים אחרים בחוק (בהקשר זה הרחיב המערער והפנה בסיכומיו לפרוטוקולים של מליאת הכנסת ביחס להצעת חוק עבודת נשים, וכן בדברי ההסבר להצעת החוק שאושרה).

23. המערער הוסיף כי מטרת תשלום דמי הלידה היא לפצות את המבוטח בגין הפסקת העבודה בפועל. לפי היגיון זה הרי שגם הוא, בדומה לאישה, זכאי לדמי לידה עבור התקופה שבה נכרת מקור הכנסתו ובמקרה שלו הדבר אירע שבועיים טרם מועד הלידה בשל הכנת הנדרש ללידת בתו. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם המציאות החדשה של ההורות, עם היווצרותן של משפחות חדשות שקיבלו הכרה בזכויות הניתנות לאישה הן בדברי חקיקה והן בפסיקה. מכאן שהפרשנות שנבחרה על ידי בית הדין האזורי לפיה יש להבחין בין אישה הרה ובין גבר לצורך הזכות להקדמת חופשת הלידה - שגויה מיסודה. בהקשר זה טען המערער כי אין להתייחס לשוני הפיזי-גופני בין גברים ונשים כמצדיק בהכרח יחס שונה ביניהם בתחום הילודה וההורות (תוך שהפנה לפסק הדין בפרשת ארז-פנקס).

24. אשר לתכלית סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי נטען כי מסעיף 52(א) כמו גם סעיף 56 (שעניינו מצבים המצדיקים את שלילת דמי הלידה כגון במקרים שבהם המבוטחת עבדה) עולה שחופשת הלידה נועדה לשרת מספר תכליות ובעיקרן הטיפול בתינוק, מבלי שההורה יידרש לעבוד בתקופה זו. פרשנות תכליתית מובילה לפיכך למסקנה שהזכות להקדמת חופשת הלידה למועד טרם הלידה נתונה גם לאב יחידני "וכל תוצאה אחרת תחטא לתכלית החקיקה, ותהווה פגיעה בנושה בזכויות יסוד חוקתיות של גברים בכלל וגברים יחידנים בפרט". המערער הדגיש כי ממילא משכה של "תקופת הלידה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

וההורות" כמו גם משכה של התקופה בגינה כמה זכאות לדמי לידה אינו משתנה או מוארך, וכל מבוקשו הוא לאפשר לו כאב יחידני להקדים את תקופת ההורות ובהתאם גם לחזור לעבודתו זמן קצר יותר לאחר הלידה - עניין שעבורו כמפרנס יחיד הוא מהותי.

25. **המוסד** הסביר בסיכומיו כי חוק הביטוח הלאומי מנוסח בהתאם לדפוסי התא המשפחתי המסורתי, ובהתאם הוראותיו אכן לא מספקות מענה לתאי משפחה מגוונים. לאור נסיבות החיים המתפתחות החיל המוסד את הוראות פרק ג' לחוק גם על זוגות בני אותו מין וגברים יחידים; הדבר נעשה תוך אימוץ גישה פרשנית תכליתית לפיה אב יחיד או זוגות בני אותו מין מושווים להורים מאמצים, שבעניינם חלות הוראות סעיף 57 לחוק. הוראות החוק מבדילות בין זכות האם ההרה, שיכולה להקדים את חופשת הלידה, לבין הורה מאמץ, הורה מיועד והורה במשפחת אומנה שמעצם היותם הורים שלא נושאים בגופם את העובר, אין הם זקוקים לאפשרות הקדמת חופשת הלידה אך מעצם זכותם להורות זכאים לחופשת לידה מיום קבלת הילד לידהם.

26. לעניין טענת המערער כי יש להשוותו לאישה יחידה ללא בן זוג שנעזרה בהליך פונדקאות בחו"ל - הבהיר המוסד כי גם אישה כאמור אינה חוסה תחת המטריה של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים ומשכך גם אישה כזו, בדיוק כמו המערער, אינה זכאית להקדים את חופשת הלידה. אשר לבקשת המערער להשוותו לאם יחידנית שהרתה באמצעות תרומת זרע - אין מדובר בקבוצת שוויון רלוונטית שכן אישה זו נושאת בבטנה את ההיריון; חשופה לבעיות בריאותיות במהלך ההיריון; ועשויים להיות לה קשיים פיזיים בשל ההיריון ובמהלך עבודתה. הבחנה נוספת ניתן למצוא בכך שהמבוטחת ההרה זכאית לדמי לידה גם אם הילוד לא ייוולד חי, בעוד שבהליך הפונדקאות ההורה המיועד לא יהיה זכאי לחופשת לידה אם בסופו של ההליך לא יימסר הילד לידיו, לרבות במקרה של פטירת הילד.

27. **המוסד** הוסיף וטען כי טענות המערער אינן מתיישבות עם לשון הוראות החוק הרלוונטיות בחוק עבודת נשים ובחוק הביטוח הלאומי ותכליותיהן. לעניין חוק עבודת נשים פירט המוסד כי בתיקון 48 לחוק (שיפורט בהמשך) בוצעו התאמות המתייחסות להורה מאמץ, הורה מיועד והורה במשפחת אומנה. בתיקון נקבע כי בכל הנוגע להורה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

מיועד והורה מאמץ ייחשב יום הלידה כיום קבלת הילד, וכי תחילת תקופת הלידה וההורות היא ביום קבלת הילד למשמורת. בדברי ההסבר הובהר כי "ככלל, מטרת חופשת הלידה במקרים של אימוץ פונדקאות ואומנה היא לאפשר התקשרות עם הילד, ולעומת חופשת הלידה המוענקת עקב לידה, במקרים אלה אין השלכות פיזיות או רפואיות על היולדת". תכלית זו רלוונטית גם כשמדובר באימוץ בין ארצי שגם לגביו מועד קבלת הילד הוא המועד הקובע, הגם שהליך זה כרוך בבירוקרטיה עובר למועד קבלת הילד, בדומה לעניינו של המערער.

28. המוסד הטעים כי הדיונים בוועדות הכנסת שאליהם הפנה המערער אך מחזקים את עמדתו לפיה כוונת המחוקק בסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים הייתה להעניק לאם ההרה אפשרות להקדים את חופשת הלידה מטעמים בריאותיים, כוונה המשתלבת עם התכלית הכללית של חופשת הלידה עליה ביקש המחוקק להגן: הדאגה לאישה שילדה והדאגה לתינוק הנולד. מהדיונים הללו אף עולה כי אי התניית הקדמת חופשת הלידה באישור רפואי אינה מלמדת כי המחוקק התכוון להעניק למבוטחת ההרה אפשרות להקדים את חופשת הלידה מכל סיבה שהיא.

29. לעניין חוק הביטוח הלאומי נטען כי בהתאמה לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, סעיף 52(א) קובע את האפשרות להקדים את חופשת הלידה. המוסד מסביר כי ההשוואה בין המערער לבין הורה מאמץ היא הנכונה (ומשכך טעה בית הדין האזורי בהשוואתו את המערער ל"הורה מיועד"): סעיף 57(ג) לחוק הביטוח הלאומי מתייחס אמנם ל"מבוטחת לדמי לידה שקיבלה לאימוץ ילד" אך סעיף 57(ד) מתייחס לגבר המאמץ לבדו. לפי לשון החוק הורה מאמץ כולל לפיכך גם גבר יחיד המאמץ ילד בדומה למערער, שהביא את בתו לעולם בהליך של פונדקאות חו"ל. בשני המקרים הילדה היא בתו של המערער לכל דבר ועניין, ובשני המקרים קיים הליך ביורוקרטי שבסופו מוסדרת ההכרה באימוץ או פונדקאות. השוואת המערער להורה מאמץ על בסיס סעיף 57(ד) לחוק מתיישבת אף עם הוראות חוק עבודת נשים הנוגעות להורה מאמץ שגם הן לא מבחינות בין גבר יחידי לאישה יחידה, לבין בני זוג מאותו מין לבין בני זוג הטרוסקסואלים.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

30. עוד טוען המוסד כי על תכלית חופשת הלידה - המעניקה חשיבות מכרעת לטיפול בילד הנולד - ניתן ללמוד גם מהוראות החוק המסדירות את הזכויות לדמי לידה לאב בסעיף 49(ב) לחוק, הקובע כי דמי הלידה ישתלמו בעד "**פרק הזמן שלרגל תקופת הלידה וההורות ולצורך הטיפול בילדו הוא אינו עובד או אינו עוסק במשלח ידו...**". מכאן שגם כשמדובר בתשלום דמי לידה לגבר, ולא לבת זוגו, קבע המחוקק כי מטרת גמלת ההורות היא לרגל הלידה ולצורך הטיפול בילד, תוך דגש על טובת הילד להבדיל מטעמים כלכליים. המוסד סיכם לפיכך כי קריאת סעיף 52 לחוק הביטוח הלאומי בהרמוניה עם סעיף 57 לחוק זה, לצד תכליתו, ובהרמוניה עם סעיף 9ד(ב)(2) לחוק עבודת נשים שמסייג את סעיף 6(ב)(1) - אינה מאפשרת את החלתו של סעיף 52 בעניינו של המערער. טרם סיום העיר המוסד כי דומה שבקשת המערער לתיקון תקופת חופשת הלידה הוגשה מיד לאחר שנחקר על ידי המוסד בחשד ששב לעבודתו בזמן חופשת הלידה, בידעה שממצאי החקירה עלולים להשפיע על זכאותו לדמי הלידה.

31. **בסיכומי התשובה** חזר המערער וחידד כי לא ניתן להשוות את מצבו למצבם של "הורה מאמץ" או "הורה מיועד". אשר לתכלית הקדמת חופשת הלידה הטעים כי על אף שהתקיימו דיונים רבים ונשקלה האפשרות להוסיף לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים את צירוף המלים "באישור רופא", הוחלט להשאיר את הסעיף במתכונתו והיא: "לפי בחירתה" של האישה. אשר לעובדה שהגיש בקשה לתיקון מועד תחילת תקופת ההורות הסביר המערער כי לא היה מודע לאפשרות הקדמת חופשת הלידה ולא בכדי - שכן המוסד לא מציין באתר האינטרנט את האפשרות הזו. לכן רק לאחר שקיבל ייעוץ משפטי הגיש את בקשתו המתוקנת. לסיום העיר המערער כי אינו יכול להישאר אדיש לטון העולה מסיכומי המוסד מהם משתמע שעליו להודות על מזלו הטוב על כך שקיבל מהמוסד דמי לידה ותשלומים אחרים, וכי המוסד הלך "כברת דרך" תוך שערך "פרשנות מרחיבה" לקראתו ולקראת אותן קבוצות שחוקים רבים במדינה מדירים אותו.

32. עם הינתן פסק הדין המשלים בפרשת **ארז-פנקס**, ביקש המערער כי פסק הדין יילקח בחשבון והזכיר כי אילו החוק היה חל גם עליו בזמן אמת, הוא יכול היה להיעזר בפונדקאות בארץ וככל הנראה לעבוד עד יום הלידה - והתיק לא היה בא לעולם. עוד טען כי יש בפסק הדין המשלים כדי לשמוט את הקרקע תחת טענות המוסד בדבר



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

השלכות רוחב. המוסד מצדו סבור כי פסק הדין המשלים בפרשת **ארד-פנקס** מחזק את עמדתו שכן החלת תוצאתו על נסיבות המקרה משמעה כי המערער הוא "הורה מיועד".

דיון והכרעה

33. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים כפי שהובאו בפנינו בכתב ובעל פה ועיינתי בכל חומר התיק, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור.

הליכי פונדקאות - בארץ ובחו"ל

34. בשנת 1996 הסדיר המחוקק הישראלי לראשונה את נושא הפונדקאות בחקיקה מפורשת - חוק הסכמים לנשיאת עוברים - המאפשר ביצוע הליכי פונדקאות בישראל בתנאים הנקובים בחוק. עם חקיקתו ועד לשנת 2018 הגדיר החוק "הורים מיועדים" כ"**איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד**". בהתאם, במשך שנים רבות רק זוגות של איש ואישה יכולים היו להסתייע בהליכי פונדקאות בישראל. בשנת 2001 הוגשה עתירה בעניין הכללת נשים יחידות במעגל הזכאים להסדר פונדקאות בארץ (בג"צ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419 (2002)). הגם שבית המשפט העליון הכיר בקשיים החוקתיים שהעתירה עוררה, נמנע מהתערבות בחוק מן הטעם שמדובר בסוגיה "חדשה וסבוכה" שראוי שתפתח בהדרגה בהליכי חקיקה.

35. בשנת 2010 הגישו בני הזוג ארד-פנקס עתירה נגד החלטת הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים שלא לאשר להם הליך פונדקאות, מאחר שלא עמדו בהגדרת "הורים מיועדים" על פי החוק. העתירה נמחקה בהסכמה, לאור הקמתה הצפויה של "הוועדה הציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפריון וההולדה" (לשון פסק הדין בבג"צ 1078/10 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (28.6.10); הכוונה לוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל בראשות פרופ' שלמה מור יוסף, שהגישה את מסקנותיה בשנת 2012). בשנת 2015 הגישו בני הזוג ארד-פנקס עתירה נוספת. בשלב ראשון הוחלט להשעות את ההכרעה על מנת לאפשר מיצוי של הליך החקיקה (החלטה ופסק דין חלקי מיום 3.8.17). לצד זאת, ציין המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן את הדברים הבאים:



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

"מתקשה אני להסכין למצב דברים שבו נמנע מיחידנים ומזוגות חד-מיניים להגשים את זכותם להפוך להורים על ידי התקשרות בהסכמי פונדקאות, שעה שלאחיותיהם ולאחיהם ההטרוסקסואלים מוקנית זכות זו... זאת ועוד, אף מתקשה אני למצוא טעם רלוונטי בהבחנה בין נשים יחידניות לבין גברים יחידנים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה... הבחנה בין גברים לנשים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורים עלולה על פניה להשמיע, גם אם מבלי משים, את התפישה שלפיה יש להעדיף תאים משפחתיים חד-הוריים שבראשם עומדת אישה, ולהעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר לכמיהה להורות של יחידה לעומת זו של יחיד; עשויה לרמז בכך על הנחת מוצא שלפיה תצורה משפחתית זו ראויה ורצויה יותר; ויכולה להדהד תפישות חברתיות ארכאיות לפיהן תפקידה של האישה כהורה מרכזי יותר מתפקידו של הגבר כהורה... ובכך ייתכן שיש בה כדי לשקף הנחת מוצא מפלה... עינינו הרואות, אם כן, כי הסדר הפונדקאות הנוהג מעורר קשיים עקרוניים לא מבוטלים. עמדתי לעיל, בזהירות הנדרשת בשלב ביניים זה, על פגיעתו הניכרת בזוגות חד-מיניים ובגברים יחידנים, ועל הבסיס החברתי-מוסרי הרעוע שעליו ניצבות ההבחנות הקבועות בחוק" (ההדגשה אינה במקור).

36. בשנת 2018, זמן קצר לאחר מתן פסק הדין החלקי, תוקן החוק כך ש"הורים מיועדים" מוגדרים בו - מאז ועד היום - כ"הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה".

37. ביום 27.2.20 ניתן פסק הדין החלקי השני בפרשת ארז-פנקס. בחוות דעתה של הנשיאה אסתר חיות, שאליה הצטרפו יתר חברי ההרכב, נקבע כי הוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, ככל שהן נוגעות להסדר הפונדקאות, פוגעות בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון ואינן מידתיות (במובן זה שאינן עומדות במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) וכי הנזק הנגרם כתוצאה מן המניעה הגורפת הקיימת בהסדר הפונדקאות לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין, עולה לאין שיעור על התועלת השולית שניתן להפיק ממנו (המסתכמת בהקטנת הביקוש להסדרי פונדקאות וכפועל יוצא מכך, הקטנת החשש להאמרת מחירים ולפוטנציאל הפגיעה בפונדקאיות). לנוכח הפגיעה בזכות לשוויון ולהורות הנגרמת לגברים יחידים ולבני זוג מאותו מין קבעה הנשיאה שככל שהוראות החוק לא יתוקנו בתוך 12 חודשים יינתן פסק דין משלים אשר במסגרתו יינתן סעד אופרטיבי.

כלל חברי ההרכב הצטרפו לפסק הדין למעט השופט עוזי פוגלמן שנבדל לעניין הסעד, משסבר שכיוון שהיסוד המפלה בחוק היה גלוי, ידוע וברור בעת חקיקת התיקון (בעניין הוספת נשים יחידות) ואף על פי כן הוחלט "להותיר את הנגע המפלה בחוק, ולאמץ -



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

ביודעין - הסדר חקיקתי המדיר מגדרו גברים יחידים וזוגות גברים, הרי שיש להורות על בטלות החלקים הבלתי חוקתיים בהסדר הפונדקאות, תוך שבטלותם תיכנס לתוקף תוך 12 חודשים. במסגרת דבריו ציין השופט פוגלמן, בהתייחסו לפגיעה בכבוד האדם, כי "הגם שככלל, גברים אינה קבוצה הסובלת מהפליה "גנרית", וביחסי הכוחות החברתיים הכלליים דווקא הנשים זקוקות להגנתו המסורתית של איסור ההפליה החוקתית, הרי שכבר נקבע כי בנסיבות מסוימות תתכן הפליה כלפי גברים. בפרט כך בהקשר של חיי המשפחה, שבו עדיין שוררות תפיסות מושרשות ופטריארכליות ביחס לתפקידם ההורי "הטבעי" של כל אחד מהמגדרים" (פסקה 12 לחוות דעתו). בהמשך הוסיף: "בסופו של יום, בין אם הייתה זו כוונת המחוקק, בין אם לאו, ההסדר שאומץ מגלם בחובו תפיסות עומק חברתיות שלפיה "הורות נשית" עדיפה וראויה יותר על פני "הורות גברית", וכי משפחה המורכבת מאם ומאב או מאם בלבד היא משפחה "עדיפה" "ראויה" ו"רצויה" יותר ממשפחה המורכבת מגבר יחיד או משני גברים. זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (פסקה 16 לחוות דעתו).

38. ביום 11.7.21 ניתן כאמור פסק הדין המשלים מפי הנשיאה חיות, שלפיו הגדרות "הורים מיועדים" בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים יבוטלו בתוך שישה חודשים. בפסק הדין המשלים ציינה: "שש שנים התנהלה בפנינו העתירה שבכותרת ומשנקבע כי ההסדר אינו חוקתי, "העדר היתכנות פוליטית" אינו יכול להצדיק את המשך הפגיעה הקשה בזכויות יסוד... אשר על כן, אציע כי בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה תבוטלנה ההגדרות "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק ההסכמים, ולאחר ביטול ההגדרות תפורשנה הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמור בפסקה 6 לעיל" (היינו, ובין היתר, תוך ש"הורים מיועדים" יפורשו כבני זוג הטרוסקסואלים, בני זוג מאותו מין, אישה יחידה וגבר יחיד).

39. מהאמור עולה שנכון לתקופה הרלוונטית להליך (וגם נכון להיום), ככל שברצונו של גבר שאינו בזוגיות דוגמת המערער להביא ילדים לעולם (שיהיו ביולוגית שלו) שלא בדרך של הורות משותפת, עליו לפנות למסלול פונדקאות חו"ל - הגם שכבר נאמר ש"הדעת אינה נוחה מכך שהמדינה מפנה את אזרחיה להגשים את חלומותיהם וזכויותיהם



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

במדינות אחרות (השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין בבג"צ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (18.9.14)). אוסיף כי אפשרות השימוש בהליכי פונדקאות בחו"ל אינה מוסדרת בחקיקה הישראלית וככל הידוע גם לא באמנה בינלאומית כלשהי, אך גם אינה אסורה. בהתאם, אדם שביצע הליך פונדקאות מחוץ לישראל במדינה שמאפשרת זאת לפי חוקיה יוכר בישראל כהורה של היילוד (בכפוף לקיומה של זיקה גנטית; לפירוט ראו בבג"צ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (28.1.14)). עוד יש להבהיר כי "פונדקאות חו"ל" אינה עשויה מקשה אחת. כך למשל ישנם זוגות הטרוסקסואלים שבוחרים, מסיבות שלהם, להסתייע בהליך פונדקאות בחו"ל דווקא. אלא שבעוד שזוגות הטרוסקסואלים יכולים להיעזר בהליך כזה במדינות הנמצאות מרחק טיסה קצרה מישראל כגון גיאורגיה, אין הדבר כך במקרה של גברים יחידים וזוגות בני אותו מין, שכן במדינות אלה רק זוגות של איש ואישה יכולים להסתייע בפונדקאות. על כן עליהם לפנות למדינות רחוקות דוגמת ארצות הברית (לסקירה השוואתית של המצב החוקי במדינות העולם ראו בפסק הדין החלקי השני בעניין **ארד-פנקס**, בסעיף 4). מכאן שגם בכל הנוגע לפונדקאות חו"ל, מעבר להיבט יכולת הבחירה, יש "חו"ל" לזוגות הטרוסקסואלים ויש "חו"ל" לגברים יחידים (ונשים יחידות) ובני זוג מאותו מין.

40. טרם סיום פרק זה אבהיר כי התייחסות המדינה להליכי פונדקאות, בין אלו המבוצעים בארץ ובין אלו המבוצעים בחו"ל, מעלה לדיון סוגיות מורכבות (ראו למשל אצל נופר ליפקין ואיתי סממה, ממעשה הרואי למוצר מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל, **משפט וממשל** ט"ו 435 (2013)). עם זאת ענייננו אינו דורש להכריע בהן; השאלה המועלית לדיון בערעור היא ספציפית ונקודתית, ונוגעת לזכאותו של אב, המבוטח במסגרת חוק הביטוח הלאומי; הביא לעולם ילדה בסיועה של אם נושאת מחוץ לישראל; ואין חולק בדבר זכאותו לדמי לידה בגין התקופה במהלכה אינו עובד כתוצאה מהלידה - להחליט על המועד בו תתחיל (ותסתיים) תקופת זכאותו לדמי לידה, בהתאם לאפשרות הבחירה הבלתי-מסויגת הנתונה בחוק לאם. עם זאת בעת הדיון בשאלה הקונקרטית לא ניתן לטעמי להתעלם מנקודת המוצא לפיה הזכות להורות ולחיי משפחה הוכרה כזכות חוקתית, כאשר המערער חויב להיזקק להליך פונדקאות בחו"ל בשל הסדר חוקי שאינו חוקתי, שלא אפשר לו להיות מוכר כ"הורה מיועד" בארץ.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

הוראות פרק ג' לחוק הביטוח הלאומי ותכליתן

41. כאמור, פרק ג' לחוק - שכותרתו "ביטוח אימהות" - מגדיר את הזכאות ל"דמי לידה" ותנאיה, במקביל להסדרת זכויות נוספות מכוח החוק הקשורות להיריון ולידה (מענק לידה, קצבת לידה, מענק אשפוז, גמלת שמירת הריון ותשלומים מיוחדים). סעיף 49(א) לחוק קובע את הזכות הבסיסית, ולפיו **"המוסד ישלם למבוטחת דמי לידה, לפי סימן זה, בעד פרק הזמן שלרגל ההריון או הלידה אין היא עובדת או עוסקת במשלח ידה"**. "מבוטחת לדמי לידה" מוגדרת בסעיף 40(ב) לחוק, כ"**עובדת או עובדת עצמאית שמלאו לה 18 שנים והיא מועסקת בישראל, ואם היא ומעבידה הם תושבי ישראל וחווה העבודה נקשר בישראל, אף אם היא עובדת מחוץ לישראל"** (סעיף-קטן (1)), או כ"**אשה שמלאו לה 18 שנים והיא נמצאת בהכשרה מקצועית"** (סעיף-קטן (2)).

סעיף 50 ממשיך וקובע את פרק הזמן בגינו ישולמו דמי הלידה, העומד ככלל על חמישה-עשר שבועות (אך קיימת גם זכאות מקוצרת לשמונה שבועות ככל שתקופת האכשרה במהלכה שולמו דמי ביטוח קצרה יותר). סעיף 51 קובע זכאות לדמי לידה נוספים במקרים מיוחדים (דוגמת אשפוז של היולדת או הילוד אשר הביאו להארכת תקופת הלידה וההורות מכוח חוק עבודת נשים), וסעיף 56 מאפשר למוסד שיקול דעת לשלילת הזכות, כולה או מקצתה, במצבים הנקובים בסעיף לרבות עבודה של המבוטחת בתוך פרק הזמן בעדו משתלמים לה דמי הלידה.

42. על תכליתם של דמי הלידה נראה שאין חולק; הם נועדו לאפשר **"ליולדת שהיא עובדת או עובדת עצמאית, ליהנות מחופשת לידה, ולקבל בתקופה זו דמי לידה מהמוסד לביטוח לאומי, על מנת לאפשר לה לטפל בילדה או בילדתה בתקופה הראשונה שלאחר הלידה"** (דב"ע (ארצי) נב/13-0 לאה מירון - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד 82 (1992)). מדובר אם כך בגמלה מחליפת הכנסה, שנועדה ככלל **"למבוטחת שעבדה, ואשר לרגל ההריון או הלידה נכרת מקור פרנסתה, ואין היא עובדת יותר או עוסקת במשלח ידה... למבוטחת שכזאת משולמים דמי הלידה כתחליף הכנסה לשמירת רמת חייה בתקופת חופשת הלידה"** (עב"ל (ארצי) 1126/00 יוכבד לוי - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לח 193 (2002)). התכלית המרכזית אם כך היא הענקת פרק זמן סביר לאחר הלידה אותו תוכל אם שהיא אישה עובדת להקדיש לטיפול ברחל הנולד מבלי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

שתיפגע כלכלית כתוצאה מכך, כחלק מהדרכים בהן נקט המחוקק לצורך הבטחת שילובן השוויוני של נשים בשוק העבודה (עב"ל (ארצי) 165/08 **המוסד לביטוח לאומי - רחל בלומנטל** (10.9.09)).

תכלית נוספת היא מתן אפשרות ליולדת להתאושש מהלידה מבלי שתינזק כספית בגין אי אפשרותה לעבוד בתקופה זו (עב"ל (ארצי) 543/09 **פלונית - המוסד לביטוח לאומי** (4.5.11), להלן: **עניין פלונית**) - ובשל כך גם לאם נושאת מכוח חוק ההסכמים לנשיאת עוברים נתונה זכות לדמי לידה (להתייחסות עקיפה לכך ראו את סעיף 6(ה) לחוק עבודת נשים, הקובע כי אם נושאת זכאית לקצר את תקופת הלידה וההורות למינימום של שלושה שבועות) וכך גם במצב של לידה שקטה.

43. במקביל להקניית הזכות לדמי לידה ל"מבוטחת" בסעיף 49(א) לחוק, קובע החוק זכאות לדמי לידה גם למבוטח שאשתו ילדה, וזכאי לתקופת לידה והורות בהתאם להסדרים שנקבעו בקשר לכך בסעיף 6 לחוק עבודת נשים. התנאי הבסיסי הוא כי דמי הלידה ישולמו **"בעד פרק הזמן שלרגל תקופת הלידה וההורות ולצורך הטיפול בילדו הוא אינו עובד או אינו עוסק במשלח ידו"** (סעיף 49(ב) לחוק, ובאופן דומה בסעיפים-קטנים (ד1)-(ה)), ותנאי מרכזי נוסף הוא כי לבת הזוג לא שולמו דמי לידה בגין אותו פרק זמן (שככלל אינו יכול להתחיל טרם חלוף ששה שבועות רצופים ממועד הלידה). החוק מקנה לפיכך אפשרות גם לאב, בתנאים מסוימים, לשהות עם הרך הנולד בתקופה שלאחר הלידה, לצורך מתן מענה לצרכיו וחיזוק הקשר הורה וילד, ולקבל בגין כך "דמי לידה" בהתאם לתנאים הנקובים בחוק. נראה כי אין צורך להרחיב לגבי תכליתן של הוראות אלה, שנועדו לעודד אבות להשתתף באופן שוויוני בגידול הילדים גם בחודשים הראשונים לחייהם (לדילמות בקשר לכך ראו למשל אצל נויה רימלט, הפמיניזם המשפטי בישראל - מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים, **עיוני משפט** כ"ז 857 (2004)).

44. חוק הביטוח הלאומי ממשיך וקובע הסדר ספציפי בדבר "גמלאות להורה מאמץ" (סעיף 57), ומגדיר את התנאים לתשלום מענק לידה ודמי לידה (אך לא זכויות נוספות דוגמת מענק אשפוז) למבוטחים שקיבלו לאימוץ ילד עד גיל 10. ביחס לדמי לידה נקבע כי **"היום הקובע" (שחשיבותו לענייננו תוסבר להלן) הוא "היום שבו ניתנה הודעה לעובד**



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

סוציאלי כאמור בסעיף 6 לחוק האימוץ. יוער כי ההוראה הבסיסית העוסקת בדמי לידה להורה מאמץ מתייחסת ל"מבוטחת" (סעיף 57(ג)), ובסעיף נוסף (סעיף 57(ד)) נקבע כי הוראות הסעיף **"יחולו על עובד או עובד עצמאי שמתקיים בו האמור בסעיף 40(ב)(1), בשינויים המחויבים, ואולם לענין קביעת שיעור הגמלה יחולו הוראות סעיף 49(ד)"** (לפיו דמי הלידה למי שאשתו ילדה ייקבעו לפי שכר העבודה הרגיל, תוך החלת סעיפים 53-56 לחוק בשינויים המחויבים).

סעיף 57א', שהתווסף לחוק במקביל לחקיקתו של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, קובע הסדר ספציפי בדבר "גמלאות להורה מיועד", לרבות זכאות למענק אשפוז, מענק לידה ודמי לידה, תוך הבהרה כי "היום הקובע" יהא "היום שבו קיבלה האם המיועדת את הילד למשמורתה..." והבהרה נוספת לפיה דמי הלידה **"ישולמו לאם מיועדת החל ביום שבו ניתן לה צו הורות לפי סעיף 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים... ובלבד שלא ישולמו דמי לידה אלא בעד פרק הזמן שבו הילד נמצא במשמורתה לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים"**. עם זאת "אם מיועדת", הזכאית לזכויות מכוח סעיף זה, היא רק מבוטחת או אשת מבוטח **"שקיבלו למשמורתם ילד כהורה מיועד לפי הוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים"**. סעיף 57 ב' ממשיך וקובע הסדר ספציפי ביחס ל"גמלאות להורה במשפחת אומנה", וקובע זכאות לדמי לידה (בלבד) ל"מבוטחת שהיא הורה במשפחת אומנה", תוך הבהרה כי **"היום הקובע" יהא "יום קבלת הילד לביתה..."**. קיימים לפיכך הסדרים ספציפיים הקובעים זכויות להורים מאמצים, הורים מיועדים ומשפחות אומנה, אך אין חולק שהמערער אינו נופל לאף אחת מקבוצות אלה.

מועד "תקופת הלידה וההורות" והתקופה לתשלום דמי לידה

45. הזכות לדמי לידה הנקובה בחוק הביטוח הלאומי מתכתבת עם הזכות ל"תקופת לידה והורות" הנקובה בחוק עבודת נשים ומשלימה אותה, אך אינה זהה לה. כך, בעוד שהזכות לתקופת לידה והורות בחוק עבודת נשים נתונה לעובדת במערכת היחסים בינה לבין המעסיק, הזכות לדמי לידה משלימה את הזכות בהיבט הכלכלי באמצעות הענקת תשלום כספי מהמוסד, שהוא ככלל שווה ערך לשכר אותו אמורה הייתה העובדת להשתכר בתקופה זו (כך לפי סעיף 53 לחוק הביטוח הלאומי, אך בכפוף לתקרה הנקובה בו). במקביל נתונה הזכות לדמי לידה גם ל"עובדת עצמאית", שאינה עובדת שכירה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

במאמר מוסגר יצוין כי בעבר הייתה אחידות בין תקופת תשלום דמי הלידה לתקופת הלידה וההורות שנקבעה בחוק עבודת נשים, אך מאז תיקון 46 לחוק עבודת נשים (22.3.10) וכפי שיורחב להלן - תקופת הלידה וההורות לפי חוק עבודת נשים היא - ככלל - ארוכה יותר, ורק בגין חלקה קיימת זכאות לדמי לידה (וראו בקשר לכך בין היתר בעניין פלונית).

46. אשר למועדים בהם תחול "תקופת הלידה וההורות" מכוח חוק עבודת נשים קובע סעיף 6 לחוק זה כי **"עובדת שקרובה ללדת יתן לה מעבידה תקופת לידה והורות ולא יעבידה בתוך תקופת הלידה וההורות"** (סעיף-קטן (א)), וכי **"תקופת הלידה וההורות היא עשרים ושישה שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה"** (סעיף-קטן (ב)(1); למעט אם עבדה פחות מ-12 חודשים אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה, שאזי עומדת התקופה לפי סעיף-קטן (ב)(5) על **"חמישה עשר שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה"**; ההדגשות אינן במקור).

נובע מכך שהגם שהזכאות ל"תקופת לידה והורות" במערכת היחסים מול המעסיק היא לתקופה בת עשרים-ושישה שבועות (או חמישה-עשר שבועות ביחס לעובדת שטרם השלימה שנת עבודה), דמי הלידה מהמוסד משולמים בגין תקופה מרבית של חמישה-עשר שבועות בלבד (אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות דוגמת אשפוז, המאפשרות תשלום דמי לידה נוספים), וקיימות גם נסיבות - בתלות בתקופת האכשרה - בהן תעמוד הזכאות לדמי לידה על שמונה שבועות בלבד. במקביל קיימת גם אפשרות כי עובדת תהא זכאית ל"תקופת לידה והורות" מהמעסיק אך לא תהא זכאית לדמי לידה כלל, ככל שתקופת האכשרה שלה קצרה אף מהדרוש לצורך קבלת דמי לידה מופחתים, או ככל שאינה מקיימת תנאי אחר מתנאי החוק הנדרשים לצורך תשלום דמי הלידה (עניין הורוביץ). אופציה נוספת היא של עצמאית שאינה זכאית ל"תקופת לידה והורות" מכוח חוק עבודת נשים כלשונה, אך זכאית לדמי לידה מכוח סעיף 49(א) לחוק הביטוח הלאומי. יש אם כך קרבה רעיונית, השלמה וזיקה בין הזכאות לדמי לידה לפי חוק הביטוח הלאומי לבין תקופת הלידה וההורות לפי חוק עבודת נשים (ולא בכדי תיקוני החקיקה השונים בוצעו לאורך השנים במקביל בשני החוקים), אך אין זהות בין



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

התקופות וגם לא התאמה מלאה בין הזכויות (לדוגמא לקושי יישומי שעלה מהפער ראו למשל בעב"ל (ארצי) 5280-04-15 המוסד לביטוח לאומי - טלי פלס (23.2.16)).

47. הצדדים הרחיבו על תכלית ההוראה המאפשרת לעובדת לבחור את מועד יציאתה לתקופת לידה והורות בהתאם לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, אך למעשה אין זה הסעיף הרלוונטי לענייננו, שכן הוא עוסק בזכויותיה של האישה העובדת כלפי מקום עבודתה, בעוד שענייננו במערכת היחסים בינה לבין המוסד כמבוטחת. כאמור, למרות הזיקה הרעיונית והיותן זכויות משלימות, אין זהות בין הזכות ל"תקופת לידה והורות" לבין הזכות לדמי לידה. הסעיף הרלוונטי לענייננו הוא לפיכך סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי, הקובע את תקופת תשלום דמי הלידה מהמוסד, וזאת במילים הבאות:

"(א) התקופה שבעדה ישולמו דמי לידה תיקבע כך שמחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית מבוטחת לדמי לידה לפי סעיף 50 תקדם ליום הלידה ויתרת פרק הזמן שבעדו היא זכאית לדמי לידה לפי סעיפים 50 ו-51 תהיה מיום הלידה; חל היום הקובע בתקופת המחצית הראשונה האמורה או ביום הלידה, תחושב התקופה שבעדה ישולמו דמי הלידה מן היום הקובע.

(ב) הגישה המבוטחת תביעה לדמי לידה לפני יום הלידה, יראו לענין סעיף זה את יום הלידה המשוער כיום הלידה" (ההדגשות אינן במקור).

"היום הקובע" מוגדר בסעיף 48 לחוק כ"יום שבו הפסיקה המבוטחת לעבוד בהיותה בהריון שנסתיים בלידה שלגביה מוגשת התביעה לדמי לידה...". מכאן שהתקופה שבעדה ישולמו דמי לידה - בהתאם לסעיף 52 לחוק - מתחילה ביום שבו הפסיקה המבוטחת לעבוד לקראת הלידה שלגביה מוגשת התביעה לדמי לידה, כל עוד הפער שבין מועד זה ליום הלידה המשוער אינו עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית היא לדמי לידה. במילים אחרות - "תקופת הזכאות לדמי לידה על פי סעיף 52(א) לחוק נמנית החל משישה שבועות לפני יום הלידה ככל "שהיום הקובע" קדם לאותם שישה שבועות, ו"מהיום הקובע" - ככל שהוא חל בין ששת השבועות שלפני הלידה ויום הלידה" (עניין הורוביץ, כאשר כיום נוכח הארכת התקופה לחמישה-עשר שבועות אין מדובר עוד בשישה שבועות לפני יום הלידה אלא, במקרה הרגיל, בשבעה שבועות וחצי). סעיף 52(א) אינו קושר עצמו לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, בין במפורש ובין במשתמע, וחל גם על מבוטחת עצמאית.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

48. לטעמי עולה מהוראת סעיף 52(א) לחוק, המנוסח כהוראה טכנית, כי "היום הקובע" יהא המועד בו בחרה כל מבוטחת להפסיק לעבוד (או ככל שסיום עבודתה נכפה עליה מטעם חיצוני כלשהו, דוגמת פיטורים), ללא תלות בטעמים שהביאו להחלטתה להפסיק עבודתה דווקא במועד נתון. בחירתה יכולה להיעשות בהתאם למכלול נסיבותיה האישיות, הרפואיות והמשפחתיות, העדפותיה וצרכיה, מבלי שהמוסד רשאי להביע עמדתו אם לטעמו מוצדקת ההקדמה אם לאו - בין מטעמי "טובת הילד" ובין מכל סיבה אחרת.

קיימות לכאורה ארבע מגבלות בלבד בקשר לכך (המצוינות מבלי לקבוע מסמרות לגבי אף אחת מהן) - האחת, הקבועה בסעיף 48 לחוק, מבהירה כי המבוטחת אמורה להיות בהיריון במועד בו הפסיקה עבודתה. השנייה, הקבועה בסעיף 49(א) לחוק, מבהירה כי פרק הזמן בגינו ישולמו דמי לידה הוא "פרק הזמן שלרגל ההריון או הלידה אין היא עובדת או עוסקת במשלח ידה". השלישית, הנובעת מסעיף 52(א) עצמו, מבהירה כאמור כי התקופה המרבית שיכולה להימנות טרם מועד הלידה היא של "מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית מבוטחת לדמי לידה". מגבלה רביעית, שנקבעה בפסיקה, היא כי זכות הבחירה של יום הפסקת העבודה קמה רק לעובדת שאמורה הייתה להמשיך ולעבוד עד יום הלידה ובחרה לצאת לתקופת לידה והורות טרם לכן (עניין הורוביץ). מגבלה נוספת, הקבועה בסעיף 6 לחוק עבודת נשים ומשכך נוגעת רק למערכת היחסים בין המבוטחת למקום עבודתה ולא למערכת היחסים שבין המבוטחת למוסד, היא כי "תקופת לידה והורות" יכולה להתחיל לכל המוקדם שבעה שבועות טרם יום הלידה המשוער.

פרט למגבלות אלה (שהאחרונה ביניהן אינה רלוונטית למוסד), **המוסד אמור להיות אדיש לשאלה כיצד בוחרת מבוטחת לחלק את חמישה-עשר השבועות בגינם היא זכאית לדמי לידה - בין כולם לאחר הלידה ובין חלקם (עד מחצית כאמור) טרם הלידה**. למעשה הרישא של סעיף 52(א) יוצאת מנקודת מוצא שהיום הקובע עשוי להיות גם מוקדם משבעה שבועות וחצי טרם יום הלידה, ולכן קובעת שבמקרה כזה תחולק תקופת דמי הלידה באופן שווה בין התקופה שלפני יום הלידה לבין התקופה שלאחריו. כך מוודא המחוקק שתיוותר תקופה מספיקה לאחר יום הלידה במהלכה תקבל האם גמלה מחליפת שכר ותוכל להקדיש את זמנה לצורך טיפול בתינוק.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

החלת פרק ג' לחוק על המערער

49. סעיף 49(א) לחוק עוסק, כאמור, ב"מבוטחת" (המוגדרת בסעיף 40 כ"עובדת או עובדת עצמאית..."), אך אין חולק כי המוסד מחיל אותו גם על אבות יחידים ועל בני זוג ששניהם גברים. המוסד עושה כן בדרך של פרשנות, שכן הכיר ב"שינויים החברתיים שחלו במהלך השנים בכל הנוגע להרחבת התא המשפחתי על סוגיו השונים" וכן ב"מעמד הנכבד של הזכות לשוויון, הזכות לקיים חיי משפחה והזכות להורות" (סעיף 14 לסיכומיו) ולכן **"בחר להחיל את הוראות החוק העוסקות בזכאות לתשלום דמי לידה אף על תא משפחתי שאינו מסורתי"** (סעיף 15 לסיכומיו; כן ראו את עב"ל (ארצי) 15-05-19745 המוסד - אלמוני (31.3.16)).

50. טוב עשה המוסד בהחילו את פרק ג' גם על אב יחידני ובני זוג מאותו מין, שכן לשיטתי מחויב היה לעשות כן בדין ולא בחסד. מבלי צורך להרחיב בקשר לכך שכן עצם הזכאות אינה במחלוקת, אינני סבורה כי המחוקק נקט בלשון "עובדת" ו"מבוטחת" בסעיפים הנוגעים לדמי לידה מתוך כוונת מכוון להוציא מגדר הזכאות אבות יחידים ובני זוג מאותו מין, וסביר יותר שהשתמש במונחים אלה שכן נשים הן שיוולדות ובעת חקיקת החוק טרם עמדו על הפרק דרכים נוספות להולדה, לרבות תוך סיוע באם פונדקאית. המוסד הכיר בכך שהבאת ילד לעולם יכולה להיעשות גם בדרכים נוספות על אלה שהיו מקובלות בעת חקיקת החוק, ונותן לכך מענה בדרך של פרשנות. להסרת ספק אציין כי המוסד אינו מחיל על אבות יחידים (ובני זוג מאותו מין) את ההסדר הקבוע בסעיפים 49(ב)-(ה) לחוק ביחס ל"עובד שאשתו ילדה" - הסדר שנועד להסדיר את דרך תשלומם של דמי הלידה במצב בו קיימים שני בני זוג וביניהם אישה שילדה - אלא זה הקבוע בסעיף 49(א) ביחס ל"מבוטחת" שילדה בעצמה (ומשכך עליהם למלא אחר התנאים הקבועים בסעיף 40(ב)(1) לחוק המגדירים "מבוטחת לדמי לידה").

המוסד אמנם טען כי החיל על המערער את הוראות פרק ג' לחוק תוך השוואתו ל"הורה מאמץ", אך טענה זו מתעלמת מכך שאב יחידי ביולוגי אינו "הורה מאמץ", ובהתאם זכאי לא רק למענק לידה ודמי לידה כפי שקובע סעיף 57 לגבי הורה מאמץ, אלא גם למענק אשפוז בגין הוצאות אשפוז של לידה באמצעות פונדקאית בחו"ל (כפי שנקבע במפורש בעניין **ראובני הורוביץ** - ואציין כי אמנם מדובר בפסק דין אזורי, אך המוסד לא ערער עליו ואף הבהיר בדיון לפנינו כי הוא מיישם אותו באופן רוחבי ובהתאם שילם



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

מענק אשפוז גם למערער). לצורך החלת סעיף 49(א) על המערער אין צורך לפיכך "להשוותו" למאן שהוא, אלא להחיל עליו בשינויים המחויבים את ההסדר החוקי הרגיל כפי שבא לידי ביטוי בפרק ג' לחוק.

מעבר לצורך אוסיף כי דמי ביטוח אימהות אינם משולמים על ידי נשים בלבד אלא גם על ידי גברים (סעיף 335 לחוק), וכי הזכויות המוענקות בפרק ג' מכוונות בעיקרן לתא המשפחתי בכללותו ולא דווקא לאישה היולדת בגין עצם הפעולה הפיזית של הלידה. כך, מטרתו של מענק הלידה היא סיוע במימון רכישת ציוד לליוד והוצאות הראשונות הנדרשות לצורך טיפול בו; תכליתה של קצבת הלידה היא סיוע בהוצאות המיוחדות הנגרמות במצב של הולדת למעלה משני ילודים בלידה אחת; ותכליתו של מענק האשפוז לממן את עלויות האשפוז הכרוכות בלידה הן לילודת והן לילוד (עניין **ראובני הורוביץ**). גם דמי הלידה אינם משולמים רק בגין הלידה הפיזית אלא גם - ואולי בעיקר - על מנת לאפשר טיפול בתינוק בתקופת חייו הראשונה, ותכלית זו רלוונטית באותו אופן ובאותה מידה לגבי אב יחידני דוגמת המערער (או בני זוג מאותו מין) המגדל את בתו לבדו.

51. מעצם החלתו של סעיף 49(א) לחוק על המערער ואבות יחידים כמותו בדרך של פרשנות, גם אם בשינויים המחויבים - ממילא יש להחיל עליהם גם את סעיף 52(א) לחוק, המגדיר כאמור באופן טכני את הדרך בה ייפרשו חמישה-עשר השבועות בגינם משולמים דמי הלידה (או כל תקופה אחרת של זכאות כפי הנקבעת לפי הוראות החוק). זהו ההסדר הרגיל שקובע פרק ג' ביחס למועדיה של התקופה בגינה ישולמו דמי הלידה, ולפיכך אמור הוא לחול לטעמי כברירת המחדל ביחס לכל מקרה לגביו לא נקבע הסדר חלופי על ידי המחוקק. לא שוכנעתי ש"השינויים המחויבים" להחלת הזכאות לדמי לידה על אבות יחידים ובני זוג מאותו מין מצדיקים להחיל עליהם הסדר אחר, באשר אינם נופלים (כפי שיוסבר להלן) לאף אחד מההסדרים החלופיים שנקבעו על ידי המחוקק, ולא ראיתי קושי להחיל עליהם את ההסדר הראשוני והבסיסי שנקבע בסעיף 52(א) לחוק ומהווה לפיכך כאמור מעין "ברירת מחדל". בהתאם, גם ביחס למערער, תקופת זכאותו לדמי לידה אמורה להתחיל ב"יום הקובע" בו הפסיק עבודתו לרגל הלידה, גם אם בחר להפסיק את עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער, כל עוד ההקדמה אינה עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאי הוא לדמי לידה. החלה זו של



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

סעיף 52(א) לחוק אמורה לטעמי להתבצע באופן טכני ופשוט, מעצם החלת ההסדר החוקי המקנה זכאות לדמי לידה גם על אב ביולוגי שהוא הורה יחיד, בדיוק כשם שהוחלו על המערער שאר סעיפיו של סימן ג' לפרק ג', לרבות בנוגע לדרך חישוב דמי הלידה ששולמו לו ולרבות סעיף 56 לחוק מכוחו הופחתו דמי הלידה מחמת שעבד באופן חלקי.

אין בדברים אלה כדי לעצום עיניים מההבדלים הקיימים בין אם ביולוגית שנושאת את ההיריון בגופה על כל הכרוך בכך לבין אב ביולוגי דוגמת המערער. עם זאת, לא שוכנעתי כי הבדלים אלה רלוונטיים לצורך החלת סעיף 52(א) לחוק. סביר להניח כי תהא להם רלוונטיות במצבים חריגים דוגמת לידה שקטה, אך אין צורך כי נתייחס לכך במסגרת ההליך שלפנינו.

52. כתוצאה מהחלת סעיף 52(א) לחוק - שהוא כאמור ההסדר הרגיל שקובע פרק ג' ביחס למועדיה של התקופה בגינה ישולמו דמי הלידה - חלות על המערער (ואבות יחידים כמותו) ארבע המגבלות שפורטו בסעיף 48 לעיל, בשינויים המחויבים לעניינו. היינו, פרק הזמן בגינה ישולמו דמי הלידה הוא פרק הזמן שלרגל הלידה לא עבד המערער במשלח יד; התקופה המרבית שיכולה להימנות טרם מועד הלידה היא של מחצית מתקופת הזכאות לדמי לידה; זכות הבחירה של יום הפסקת העבודה קמה למי שאמור היה להמשיך ולעבוד עד יום הלידה ובחר לצאת לתקופת לידה והורות טרם לכן; והמגבלה האחרונה, הדורשת כי המבוטחת תהא בהיריון במועד בו הפסיקה עבודתה, תפורש אף היא בשינויים המחויבים נוכח שינוי העיתים באופן שאינו מחייב כי המבוטח יישא פיזית את ההיריון.

53. בית הדין האזורי סבר כי אין להחיל על המערער את סעיף 52(א) אלא את סעיף 57א', העוסק ב"הורה מיועד" כהגדרתו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. גם אם אין מניעה עקרונית להחיל על המערער את אחד ההסדרים הקונקרטיים שנקבעו בחוק ולא את "ברירת המחדל" (כחלק מהחלת החוק עליו "בשינויים המחויבים") - לא שוכנעתי כי סעיף 57א' מתאים לכך. הטעם לכך הוא שהמערער אִינּוּ "הורה מיועד" בהתאם להגדרה שבסעיף 57א', מן הטעם הפשוט שחוק ההסכמים לנשיאת עוברים לא חל על גברים יחידים כדוגמתו (וגם המוסד הסכים לכך, בסעיף 51 לסיכומיו). חוק ההסכמים



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

לנשיאת עובדים אף כלל אינו מכיר בפונדקאות חו"ל, והוראותיו מעוצבות ומותאמות לפונדקאות הנערכת בישראל בלבד.

54. האם אפשר לראות את המערער כ"הורה מיועד" על דרך הפרשנות? הנשיאה חיות הבהירה בפסק הדין החלקי השני בפרשת **ארד-פנקס** כי התשובה לכך שלילית, הן לאור לשון החוק והן בהתאם להיסטוריה החקיקתית: **"נראה כי הלשון הברורה שבה נוקט חוק ההסכמים בהגדירו 'הורים מיועדים' שהם בני זוג" כ"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד" ו"אם מיועדת יחידה" כ"אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד", אינה מאפשרת לראות בהחרגת עניינם של גברים ובני זוג מאותו המין לקונה הניתנת להשלמה בדרך פרשנית. מסקנה זו אף עולה, למרבה הצער, מן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון לחוק משנת 2018 ובין היתר נוכח שינויי הנוסחים של הצעת התיקון לחוק משנת 2014 שכללה התייחסות לגברים יחידים לעומת הצעת התיקון לחוק משנת 2018 ששמטה את ההתייחסות אליהם, וכן נוכח הדיונים בהצעת התיקון לחוק משנת 2018 בוועדת העבודה ובמליאת הכנסת והדברים שנאמרו במהלכם, אליהם הפנינו לעיל... במצב דברים זה, הניסיון להעניק פרשנות מקיימת להגדרת "הורים מיועדים" על פי נוסחו של החוק כיום יכפה על לשון החוק משמעות אשר היא אינה יכולה לשאת..." (פסקה 21 לפסק דינה).**

כפועל יוצא מכך, אין זה ראוי לטעמי שהמדינה תקבע שהמערער אינו יכול להיות "הורה מיועד", תוך הדרה מכוונת שלו מחוק ההסכמים לנשיאת עובדים; תפנה אותו **"להגשים את חלומותיו וזכויותיו"** במדינה רחוקה; וכאשר יבקש להקדים את תקופת דמי הלידה בהתאם לאפשרות הקבועה בסעיף 52(א) לחוק מחמת שהוכרח לנסוע לאותה מדינה רחוקה ובהתאם נאלץ להפסיק את עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער - ייטען כנגדו שהוא למעשה "הורה מיועד" ולכן אינו זכאי להקדמה המבוקשת. לאור זאת אינני רואה הצדקה להחיל על המערער את סעיף 57א' לחוק באופן שיצמצם את אפשרות הבחירה שלו ביחס לתקופת דמי הלידה, במצב דברים בו המחוקק הבהיר במפורש שאין להכיר בו כ"הורה מיועד". אין מדובר בשוני סמנטי בלבד אלא גם מהותי, שכן להבדיל מ"הורים מיועדים" מכוח חוק ההסכמים לנשיאת עובדים שיכולים להמשיך לעבוד בעבודתם הרגילה בארץ עד למועד הלידה, ומשכך



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

נקבע במפורש שתקופת זכאותם לדמי לידה תימנה מהמועד בו יהא הילד במשמורתם - המערער נדרש לצורך לידת בתו להפסיק את עבודתו כשבועיים טרם הלידה ולטוס לארצות הברית, הן לצורך הכנות שונות, והן על מנת להיות סמוך ובטוח כי ישהה לצד הפונדקאית תוך כדי הלידה כדי לקבל את בתו לעולם מיד עם היוולדה. משכך, המערער אינו "הורה מיועד" כהגדרתו בסעיף 57א' לחוק ואין להשוותו מכוח היקש ל"הורה מיועד" (כפי שהסכימו למעשה הן המערער והן המוסד).

55. אפשרות נוספת, לה טען המוסד, היא להשוות את המערער ל"הורה מאמץ" ובהתאם להחיל עליו את סעיף 57 לחוק, המבהיר - כסייג מפורש לסעיף 52(א) - כי ה"יום הקובע" לצורך חישוב תקופת דמי הלידה יהא "היום שבו ניתנה הודעה לעובד סוציאלי כאמור בסעיף 6 לחוק האימוץ".

אעיר בקשר לכך כי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד - (1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן; (2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ והוא בלתי נשוי". מכאן שהמערער כאב יחידני מודר גם מגדרו של חוק האימוץ. להשלמת התמונה אבהיר כי בפועל האפשרות לאימוץ על ידי הורה יחידני קיימת; על פי נוהלי השירות למען הילד מאמצים יחידים מועמדים לאמץ רק ילדים שאין זוג של "איש ואשתו" המעוניין לאמץ. בכך מודרות משפחות אלטרנטיביות ונוצרת היררכיה בין משפחות (צילי דגן וטליה פישר, על שווים ושווים יותר: על הרגולציה של האימוץ, משפט חברה ותרבות, מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (2016) בעמ' 109). בפסק הדין החלקי השני בפרשת ארז-פנקס פירטה הנשיאה חיות כי "מן הנתונים שהוצגו בהקשר זה על ידי המשיבה 1 בהודעתה המשלימה מיום 4.4.2017, עולה כי בין השנים 2012-2016 מתוך 548 מקרי אימוץ של ילדים שלא על ידי קרוב משפחה, רק 5 ילדים (0.9% מהמקרים) אומצו על ידי גברים יחידים או בני זוג מאותו המין. על כך יש להוסיף, כפי שאף ציינה המשיבה 1 בהגינותה, כי בהתאם להוראות הדין בעניין, בקשה לאימוץ ילד אשר אינה מוגשת על ידי בני זוג הטרנסקסואלים נבחנת רק מקום שבו לא ניתן למסור את הילד לאימוץ על ידי "איש ואשתו יחד", כלשון סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. כתוצאה מכך, לדברי המשיבה 1 "הלכה למעשה, מדובר בילדים בגילאים מבוגרים יחסית, וכן



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

בילדים מרקע מורכב או בעלי צרכים מיוחדים" (פסקה 17 להודעה המשלימה מטעם המשיבה 1 מיום 4.4.2017)... (פסקה 19 לפסק דינה; ההדגשה אינה במקור). כלומר הלכה ולמעשה גם יחד - המערער מודר גם מחוק האימוץ. בנסיבות אלה השוואתו ל"הורה מאמץ" מוקשית אף היא.

56. טעם מרכזי נוסף לכך שאין לראות במערער "הורה מאמץ" (מעבר לכך שהחוק אינו רואה בו כזה ואינו מאפשר לו להיות כזה או למצער לא באופן שוויוני) נעוץ בעובדה שהוא אינו הורה מאמץ. המערער הוא אביה הביולוגי של בתו. להבדיל מהורה מאמץ, המערער נטל חלק פעיל בכל שלבי ההיריון החל מתכנונו ועד הלידה, לרבות העלויות הכרוכות בכך. לכך אוסיף כי הוא אביה של הילדה מרגע לידתה (אם כי נדרשו פסקי דין הצהרתיים בקשר לכך, הן בארצות הברית והן בישראל). משכך אין כל רלוונטיות בעניינו ל"יום שבו ניתנה הודעה לעובד סוציאלי כאמור בסעיף 6 לחוק האימוץ", שהוא היום הקובע להורה מאמץ לפי סעיף 57(ג) לחוק. המוסד אמנם מציע החלה "מותאמת" של סעיף זה באופן שהיום הקובע "לעולם יהיה יום הלידה" (סעיף 63 לסיכומיו), אך הצורך ב"התאמה" זו אך מעיד כי אין סיבה לראות במערער הורה מאמץ דווקא. אוסיף מעבר לצורך כי בית המשפט העליון עמד בפסקי דינו על משמעות הזיקה הגנטית בהקשר של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים עת ציין: "סיווג זה בא אפוא ללמדנו כי הזיקה הגנטית מהווה אמצעי מבחין משמעותי בין פונדקאות לבין אימוץ" (המשנה לנשיאה ג'ובראן בחוות דעתו בפרשת ארד-פנקס (3.8.17); וראו גם את ההבחנה שערך השופט (כתוארו אז) חנן מלצר בין הזכות להורות (שאינה בהכרח ביולוגית) לבין הזכות להמשכיות (שהיא ביסודה גנטית) כאשר לדידו זו וגם זו הן זכויות חוקתיות (שם, בחוות דעתו)).

עוד יש לציין כי הורה מאמץ אמנם זכאי מכוח סעיף 57 לחוק למענק לידה ולדמי לידה (בתנאים הנקובים בחוק), אך אינו זכאי למענק אשפוז, בעוד שביחס לאבות יחידים ובני זוג מאותו מין - הוכרה כאמור לעיל זכאותם למענק אשפוז בגין לידה באמצעות אם נושאת מחוץ לישראל (עניין ראובני הורוביץ). לא ראיתי לפיכך הצדקה לראות במערער "הורה מאמץ" הגם שאינו כזה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

57. בהעדר סייג כלשהו החל על עניינו של המערער, וכאמור לעיל, אין אלא לחזור לסעיף הכללי - סעיף 52(א) לחוק - אשר מכוחו עומדת למערער זכות הבחירה המוקנית לכל מבוטח ומבוטחת (פרט לאותם מבוטחים שנקבע לגביהם הסדר ספציפי אחר), באופן המאפשר לו להקדים את תקופת זכאותו לדמי לידה ככל שיפסיק עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער או יום הלידה בפועל. לא ראיתי כאמור הצדקה להשוות את מצבו ל"הורה מיועד" או "הורה מאמץ", שכן אינו אף אחד מהם ואף קיימים הבדלים רלוונטיים בינו לבינם כפי שהוסבר לעיל.

ייתכן שהייתי סבורה אחרת לו מצב הדברים הכולל היה שונה, אך לא ניתן לטעמי להתעלם מהעדרו של הסדר חקיקתי כלשהו ביחס לתא משפחתי כשל המערער (כאשר גם השפה בקשר לכך טרם התגבשה ובהתאם מתייחסת הפסיקה לתאים משפחתיים כשל המערער במלים של: "אב יחידני", "גברים יחידים", "גברים יחידנים", "משפחה חד-הורית" או "הורה עצמאי"), כמו גם מהאפליה הברורה בגינה נאלץ מלכתחילה לפנות לפונדקאות בחו"ל. הדברים נכונים מכוח קל וחומר כאשר נושא הדיון הוא הקדמת התקופה לתשלום דמי הלידה שנדרשה משום שחויב לפנות לפונדקאות בחו"ל.

הקדמת תקופת הלידה וההורות לפי סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים

58. כפי שהבהרתי לעיל, שני הצדדים הרחיבו על הפרשנות הראויה לשיטתם לסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, הקובע כאמור כי **"תקופת הלידה וההורות היא עשרים ושישה שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה"** (ההדגשה אינה במקור). המוסד ניסה לשכנע כי התכלית היחידה למתן האפשרות להקדמת תקופת הלידה וההורות באופן שתחל טרם מועד הלידה, כרוכה בעצם הקושי הפיזי הנובע מהריון מתקדם, כאשר רק אישה "נושאת בבטנה את העובר בתקופת ההריון, היא שחשופה לבעיות בריאותיות במהלך ההריון ולה עשויים להיות קשיים פיזיים בשל ההריון ובמהלך עבודתה" (סעיף 53 לסיכומיו). כיוון שתכלית זו אינה רלוונטית לאב דוגמת המערער שאינו נושא את ההריון בגופו, אין להשוותו לשיטת המוסד ל"אם ביולוגית שקיבלה תרומת זרע, שאין עמה בן זוג", שכן קיים שוני רלוונטי ביניהם.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

כאמור, הסעיף הרלוונטי לענייננו כלל אינו סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, אלא סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי. גם אם קיימת זיקה בין הסעיפים, היא אינה הכרחית כפי שפורט לעיל. עוד הבהרתי לעיל שלטעמי אין צורך "להשוות" את המערער למאן שהוא, אלא להקנות לו את הזכויות מכוח עצמו. למרות זאת ולצורך השלמת התמונה, אתייחס בתמצית גם לטענות הצדדים בהקשר של חוק עבודת נשים.

59. שני הצדדים מצאו סימוכין לטענותיהם בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 6(ב)(1). כך, הפנה המערער לדברים שנשאה גולדה מאיר, אז שרת העבודה, בדיון שנערך בכנסת בעניין חוק עבודת נשים ביום 29.12.52, לפיהם **"לכל אשה עובדת מבטיח החוק המוצע חופשה של 12 שבועות. העובדת רשאית לחלק את הזמן לחופשה של ששה שבועות או פחות מזה לפני הלידה, והשאר אחרי הלידה, אך חופשה של ששה שבועות אחרי הלידה היא חובה"** - באופן השם דגש על בחירת העובדת להקדים את חופשת הלידה לפי שיקוליה. מאידך בדיון בוועדת המשנה לוועדת העבודה מיום 29.6.54 אמר עו"ד יוסף האוסמן מנציגי התאחדות בעלי תעשיה **"אנו מציעים למחוק בסעיף 6(ב) את המלים: "או פחות מזה כרצון העובדת". לדעתנו עובדת בהריון הממשיכה לעבוד גם בימים האחרונים של הריונה עלולה להזיק לבריאותה ולבריאות הילוד. מצד שני עובדת כזאת משמשת מכשול בעבודה, ואין להשאיר לשיקול דעתה את הרשות לקצר את חופשתה לפני הלידה..."**. מפרוטוקולים נוספים של ועדת המשנה עולה שהשיח העיקרי סב סביב השאלה אם לחייב עובדת להקדים את יציאתה לחופשת לידה טרם מועד הלידה המשווער, מתוך הנחה שהדבר נדרש לבריאותה ובריאות העובר, או שמא להשאיר זאת לבחירתה (ונציין כי שרידים לגישה זו נותרו עד היום בסעיף 56(2) לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר למוסד לשלול את הזכות לדמי לידה ככל שהמבוטחת עבדה בששת השבועות שטרם הלידה על אף שרופא שהסמך המוסד אסר עליה לעשות כן; ובסעיף 6(ו) לחוק עבודת נשים המסמך את שר העבודה לנקוב בתקנות עבודות מסוימות שבהן תהא תקופת הלידה וההורות שלפני יום הלידה המשווער פרק זמן שייקבע בתקנות, כל עוד לא יעלה על שבעה שבועות).

לבסוף אושר סעיף 6(ב)(1) במתכונתו הקיימת (פרט להארכת התקופה בתיקונים מאוחרים יותר), כשהאפשרות להקדים את היציאה לתקופת הלידה וההורות נותרה בהתאם ל"רצון העובדת", ובדברי ההסבר נכתב: **"החוק המוצע מעניק לכל עובדת זכות**



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

לחופשת לידה. חופשת הלידה היא 12 שבועות שמהם ששה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני הלידה והשאר אחרי הלידה. אולם רשאי שר העבודה לנקוב בתקנות עבודות שבהן חופשת הלידה שלפני הלידה תהיה לפרק זמן מסוים שייקבע בתקנות ושלא יעלה על ששה שבועות [כפי שקובע כאמור עד היום סעיף 6(ו) לחוק עבודת נשים, אך השר לא השתמש בסמכותו - ס.ד.מ.]. בנוסף לחופשת הלידה רשאית העובדת להיעדר מהעבודה במקרים ובפרקי זמן כמפורט בסעיף 7 של החוק המוצע" [שעניינו בין היתר היעדרות מהעבודה על רקע רפואי בזמן ההיריון].

60. ספק בעיני מהו המשקל שיש לתת כיום לתכלית הסובייקטיבית של סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, בהתחשב בשינויים המשמעותיים שחלו בתפיסות החברתיות והמשפטיות מאז חקיקתו ובהבנה הנוכחית של שוויון בכלל ושוויון מגדרי בפרט. בעניין פלונית הובהר כי "מטרותיה העיקריות של חופשת הלידה בעת חקיקתה היו לאפשר לאם התאוששות לאחר הלידה יחד עם טיפוח הקשר בינה לבין הרך הנולד, תוך דאגה לצרכי היילוד בשבועות הראשונים שהינם חיוניים להתפתחותו, כמו גם ראיית צרכי המשק אשר נזקק אותה עת לידיים עובדות... עם השנים והרחבת המודעות לשוויון מגדרי, חלו חידוד והדגשה בתפיסתו של פרק ג' לחוק, העוסק ב'ביטוח אימהות' ומקנה בין היתר את הזכאות לדמי לידה; כיום מכירים בו כחלק 'ממערך חקיקה של משפט העבודה המגן והביטחון הסוציאלי אשר נועד למגר אפליה מגדרית... במטרה להבטיח תעסוקת נשים ושילובן בשוק העבודה'".

לאור זאת גם אם בעבר "הלוגיקה שמאחורי החוק נועדה לקדם עבודת נשים, אך לא בהכרח להבטיח שוויון הזדמנויות מגדרי במשפחה או בעבודה" (דפנה הקר ומיכל פרנקל, הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה, **עבודה חברה ומשפט** י"א 275, 285 (2006)) - חלו בכך שינויים לאורך השנים ובהתאם נערכו תיקוני חקיקה רבים גם בחוק עבודת נשים (לרבות החלפתה של "חופשת הלידה" ב"תקופת לידה והורות"; החלפתה של "שעת הנקה" ב"שעת הורות"; ועוד). גם מטעם זה, ולמעשה גם מקריאת הפרוטוקולים ההיסטוריים, לא ניתן להשתכנע כי הטעם היחיד בגינו ניתנה אפשרות להתחיל את "חופשת הלידה" טרם הלידה נעוץ בטעמים רפואיים-בריאותיים-פיזיים בלבד. בפועל הושארה ההחלטה בדבר מועד תחילתה של "חופשת הלידה" לבחירת היולדת מכל סיבה שהיא, לפי צרכיה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

והעדפותיה, כאשר אלה יכולים לנבוע מקושי פיזי בשלביו האחרונים של ההיריון אך גם יכולים לנבוע מכל טעם או העדפה אחרים.

לאור זאת; בהתחשב בכך שלשון החוק חד-משמעית ונוקבת במילים המפורשות "**כרצון העובדת**", מבלי לסייג את רצונה לשיקולים רפואיים, בריאותיים או אחרים; כאשר הוראת החוק אינה מחייבת את העובדת לספק הסבר כלשהו לבחירתה או לצרף אישור רפואי או אחר ככל שהיא מבקשת להתחיל את תקופת הלידה וההורות טרם הלידה; וגם הפסיקה התייחסה לאפשרות להקדים את מועד היציאה לתקופת לידה והורות כאל זכות הנתונה לעובדת מתוך שיקוליה והעדפותיה שלה ("**זכות האישה העובדת, שקרובים ימיה ללדת, לבחור אימתי לפני הלידה תחל חופשת הלידה שלה בת שנים- עשר השבועות**" - עניין הורוביץ) - לא מצאתי ממש בטענת המוסד כי ההצדקה היחידה לאפשר את התחלתה של "תקופת הלידה וההורות" טרם יום הלידה היא הצדקה פיזית-רפואית הקשורה בהכרח בנשיאת ההיריון, או כי "טובת הילד" מקנה עדיפות לניצול תקופת הלידה וההורות לאחר הלידה.

61. המוסד הוסיף והפנה לתיקון 48 לחוק עבודת נשים, במסגרתו התווספו הוראות העוסקות בהורים מאמצים, הורים מיועדים (כהגדרתם בחוק הסכמים לנשיאת עוברים) והורים במשפחת אומנה. ככלל נקבע כי סעיף 6(ב) לחוק עבודת נשים (כמו גם סעיפים נוספים) יוחלו גם על הורים אלו, "**והכל בשינויים המחויבים וכן בשינויים ובהתאמות המפורטים בסעיף 9ד' עד 9ו'...**" (סעיף 9ג'(ב) לחוק עבודת נשים). בהמשך לכך מחריג סעיף 9ד'(ב) (2) במפורש את סעיף 6(ב) (1) ביחס להורה מאמץ וקובע כי "**על אף הוראות סעיף 6(ב) (1) סיפה... מועד תחילתה של תקופת הלידה וההורות הוא ביום קבלת הילד לביתו של ההורה המאמץ**". הוראות דומות נקבעו ביחס ל"הורה מיועד" (סעיף 9ה'(ב) (2)) ולהורה במשפחת אומנה (סעיף 9ו'(ב) (2)), תוך שהובהר בדברי ההסבר (אם כי ביחס לסעיף אחר - סעיף 9ז', שעניינו הודעת עובד למעסיקו על הפסקת הליך אימוץ/אומנה או הריונה של אם נושאת) - כי "**ככלל, מטרת חופשת הלידה במקרים של אימוץ, פונדקאות ואומנה היא לאפשר התקשרות עם הילד, ולעומת חופשת הלידה המוענקת עקב לידה, במקרים אלה אין השלכות פיזיות או רפואיות על היולדת**" (ה"ח 559 התשע"א בעמ' 397 (2011)).



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

כפי שהבהרתי לעיל, המערער אינו "הורה מאמץ", אינו "הורה מיועד" (כמשמעותו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים) ואינו הורה במשפחת אומנה. המערער הוא אב ביולוגי, שנזקק לצורך מימוש זכותו להורות להליך תרומת ביצית ופונדקאות בחו"ל. משכך אין סיבה להחיל עליו סעיפים שאינם עוסקים בו ויש בהם צמצום של זכויותיו. אמנם גם בעניינו של המערער, מטרתה העיקרית של תקופת הלידה וההורות היא טיפול בילד וחיזוק הקשר עמו, אך כאשר המערער נדרש לצורך כך לנסוע כשבועיים טרם הלידה למדינה בה שוהה הפונדקאית על מנת שיוכל להכין את כל הדרוש לצורך קבלת בתו לעולם ולהיות נוכח בלידה עצמה - לא שוכנעתי כי מוחטאת בכך מטרתה של תקופת הלידה וההורות. המערער אכן לא נשא את ההיריון בעצמו ולכן חלק מהתכליות של מתן האפשרות להקדים את "תקופת הלידה וההורות" אינו רלוונטי לגביו, אך באותה מידה חלק מהתכליות של עצם הענקתה של "תקופת לידה והורות" אינו רלוונטי לגביו - בעיקר התכלית של התאוששות פיזית מהלידה - ועדיין אין מחלוקת על זכאותו ל"תקופת לידה וההורות" מלאה כפי שניתנת הייתה לכל "עובדת", בהתבסס על שאר התכליות העומדות בבסיסו של ההסדר החוקי.

62. לכך ניתן להוסיף את המגמה העולה באופן ברור מתיקוני החקיקה שנערכו במרוצת השנים, לקדם תפיסה שוויונית של הורות בין אבות ואימהות ובתוך תאים משפחתיים מגוונים (והדבר עולה גם מדברי ההסבר לתיקון 48 עצמו: ראו בהצעת חוק עבודת נשים (תיקון מס' 48) (זכויות הורים מאמצים, הורים מיועדים והורים במשפחת אומנה), התשע"א-2011, ובדברים שנשא במליאה ח"כ עתניאל שנלר, מיוזמי התיקון, בהם הדגיש כי "אין נפקא מינה מהותית איזה סוג תא משפחתי - משפחה רגילה, או משפחה חד-הורית, או משפחה מסוג אחר. כל תא משפחתי, יש לו זכות משפחתית להורות... החוק מבטא את השוויון הנדרש בחברה מודרנית, תוך כיבוד הזכות להורות של כל אדם באשר הוא אדם"). גם בהתחשב בדברים אלה, לא סברתי שיש להשוות את המערער להורה מאמץ או "מיועד" באופן שיצמצם את אפשרותו לבחור להקדים את צאתו לתקופת לידה וההורות. כפי שהובהר לעיל, לא ניתן להתעלם מכך שאין הסדרה חוקית כלשהי לתא משפחתי דוגמת זה של המערער, ולכן אינני רואה הצדקה להחיל עליו חלק בלבד מהסדר חקיקתי אחר (וכדוגמא ניתן להביא את ההסדר המתייחס לאימוץ בין-ארצי, שאמנם אינו מאפשר - לכאורה - את הקדמת תקופת הלידה וההורות טרם יום קבלת הילד למשמורתו של המאמץ, אך מאידך מתיר להורה המאמץ להעדר



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66181-05-20

מעבודתו לצורך נסיעות לחו"ל למטרת האימוץ עד 45 יום, מבלי שהמוסד ניסה להוכיח כי אימוץ בין-ארצי דומה מספיק במאפייניו למאפייניו של הליך הפונדקאות מושא ענייננו). דברים אלה נכתבים מעבר לצורך, שכן כאמור לעיל אין צורך במסגרת הליך זה לקבוע מסמרות לגבי פרשנותו של סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים (או פרשנותם של סעיפים אחרים מחוק זה), ודי לנו בפרשנותו ויישומו של סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי.

סיכום

63. נוכח כל האמור לעיל, שוכנעתי כי לא הייתה סיבה שלא להחיל על המערער את סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי, באופן שתקופת זכאותו לדמי לידה תתחיל ב"יום הקובע" בו הפסיק בפועל את עבודתו ונסע לארצות הברית לצורך השתתפותו בלידת בתו. יוער כי אין להסיק מקביעה זו כי אב יחידני במצב דומה יהא רשאי להפסיק עבודתו מכל סיבה שהיא שבעה שבועות וחצי טרם יום הלידה המשוער ולבקש תשלום דמי לידה בגין תקופה זו, שכן עדיין נדרש שהפסקת העבודה תהא "לרגל ההריון או הלידה" (כלשונו של סעיף 49(א) לחוק). כיוון שפסיקתנו מתבססת על המצב החוקי שהיה רלוונטי בעת לידת בתו של המערער, אינני מביעה עמדה אם יחול בכך שינוי לאחר כניסתו לתוקף של ביטול ההגדרות בהתאם לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **ארז-פנקס**.

64. אשר לרמיזת המוסד כי המערער ביקש לתקן את תקופת ההורות רק לאחר חקירתו, אציין שאין פסול בהגשת בקשה מתוקנת לאחר קבלת ייעוץ משפטי, גם אם הדבר נעשה מטעמים כלכליים. כיוון שהמערער אכן הפסיק את עבודתו בפועל טרם יום הלידה ואין חולק כי הדבר נעשה "לרגל" הלידה, לא ראיתי קושי בבקשתו להקדים את תקופת דמי הלידה ל"יום הקובע" האותנטי בו אכן חדל לעבוד, על מנת שיוכל ליהנות מתקופה מרבית של דמי לידה כפי שמקנה לו החוק.

65. **סוף דבר** - ככל שתישמע דעתי, הערעור יתקבל. תקופת זכאותו של המערער לדמי לידה אמורה להימנות מהמועד בו הפסיק בפועל את עבודתו לרגל הלידה, היינו יום 28.9.17. על המוסד לשלם את הפרשי דמי הלידה הנובעים מכך תוך 45 יום. כן יישא המוסד בהוצאות המערער בערעור בסך של 8,000 ₪.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

השופט רועי פוליאק

אני מסכים לקבלת הערעור כמוצע על ידי חברתי השופטת ס' דוידוב – מוטולה בחוות דעתה המקיפה ומאירת העיניים.

לטעמי ניתן להגיע לתוצאה מהנימוק העיקרי של חברתי כמפורט בסעיף 51 לחוות דעתה, לפיו יש להחיל בגין המערער את ההסדר הרגיל המפורט בסעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה – 1995 (להלן - **החוק**) בהיעדר הסדר אחר בחוק החל בנסיבותיו של המערער. אציין, כי איני שולל אפשרות להשוות את מעמדו של מבוטח שעניינו לא הוסדר בחוק למעמדו של מבוטח שזכויותיו הוסדרו בצורה שונה מההסדר הרגיל לפי סעיף 52(א) לחוק (להלן – **מבוטחים בעלי הסדר פרטני**). ואולם, בנסיבות העניין לא שוכנעתי הן מהנימוקים שפורטו בחוות דעתה של חברתי והן בהיעדר כל תשתית עובדתית על מאפייני מבוטחים בעלי הסדר פרטני וצרכיהם, כי בעניינו של המערער, יש לסטות מההסדר הרגיל. ענייננו בהורה ביולוגי שבהתאם למצב המשפטי ששרר במועד הרלוונטי נאלץ להגשים את משאלתו להורות בדרך של פונדקאות מחוץ למדינה בהעדר אפשרות חוקית אחרת, ומשכך אף נאלץ להפסיק עבודתו תקופה קצרה טרם הלידה על מנת להיות שותף לאירוע המכונן של לידת בתו מחוץ למדינה.

נוכח מסקנתי איני נדרש למכלול הסוגיות שנדונו בחוות דעתה של חברתי ודי לי בנימוק שפורט לעיל.

השופטת חני אופק גנדלר

אני מצטרפת לתוצאת פסק דינה המקיף של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה וזאת מטעמיו של חברי השופט פוליאק.

נציג ציבור (עובדים) מר שמואל ויסמן

אני מצטרף לפסק דינה על שלל נימוקיו המלומדים של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ומסכים לקבלת הערעור.

נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי טבצ'ניק

הנני מצטרף לתוצאת פסק הדין מטעמיו של השופט פוליאק.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 20-05-66181

סוף דבר

על דעת כל חברי המותב, הערעור מתקבל כמפורט בסעיף 65 לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

ניתן היום, י"א חשוון תשפ"ב (17 אוקטובר 2021), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

רועי פוליאק,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת, אב"ד

מר צבי טבצ'ניק,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר שמואל ויסמן,
נציג ציבור (עובדים)