



## **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 1678/07

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט ח' מלצר

העותרת : יולנדה גלוטן

נ ג ד

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

### **עתירה למתן צו על-תנאי**

תאריך הישיבה : כ"ד בתשרי התשס"ט (23.10.08)

בשם העותרת : עו"ד חני בן ישראל; עו"ד עודד פלר

בשם המשיבה 3 : אהרון בצי קרפט  
קשור 1 : עו"ד נפתלי גור אריה  
קשור 2 : עו"ד יהונתן דוידוביץ

### **פסק-דין**

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. יש ותקצר ידו של בית-המשפט מלהסדיר נכוחה מצב דברים שהמחוקק ממאן להסדירו, והעתירה הזו – תוכיח. העתירה מבקשת להיטיב עם קבוצה חלשה וראויה להגנה, קבוצת עובדי הסיעוד הזרים, והיא עשויה לפגוע, שלא מרצון כמובן, בקבוצה זו עצמה ובקבוצת אוכלוסין חלשה לא פחות. הדין שאותו מבקשת העתירה לא רק נוקב את ההר, הוא עשוי גם, אם נאטום אוזנינו מלשמוע תוצאותיה המבוקשות של העתירה, לשפוך במדקרת חרב, את דמם של חלשים. במרכזה של העתירה ניצבת השאלה אם

זכאים עובדים סיעודיים, החוברים למטופל בביתו, לתשלום עבור שעות עבודה נוספות. מדובר בשאלה שאינה פשוטה במישור המשפטי הטהור, ובענייננו, כאשר ברקע הדברים ניצבות סוגיות אנושיות קשות וכבדות משקל הכרוכות בתנאי ההעסקה של עובדים זרים, ההכרעה קשה אף יותר.

2. העותרת, עובדת זרה מהפיליפינים, המיוצגת על ידי עמותת "קו לעובד", הועסקה כעובדת סיעודית על-ידי המנוחה – המשיבה 2 – במשך כשנה. עיקר אחריותה היה לדאוג לכך שצינור הנשימה של המשיבה 2 לא יתנתק ממכונת ההנשמה שחוברה לגופה ולבצע פעולות ניקוז של הפרשות ריר מדי מספר שעות וזאת במהלך היממה כולה. במקרה שהצינור היה מתנתק נשמע קול צפצוף, ומשום כך לא היה צורך שהעותרת תשהה בקביעות לצד המשיבה 2. העותרת העידה כי היא עסקה גם בעבודות משק בית בביתה של המשיבה 2. עבודות אלה באו לכלל ביטוי, בעיקרן, בעבודות כביסה ובניקיון הבית, שכן עובדת אחרת הייתה מגיעה לדירה כדי לרחוץ את המשיבה 2 ואילו בתה של המשיבה 2 הייתה מכינה את מזונותיה; המשיבה 2 הייתה מסוגלת לאכול בכוחות עצמה.

העותרת הגישה תביעה נגד המשיבה 2 בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב ובמסגרתה דרשה לקבל תשלום שכר מולן עבור עבודתה בחודש דצמבר 2000; דמי הבראה; פדיון חופשה שנתית; הפרשי שכר מינימום; ותשלום עבור שעות נוספות. בית הדין האזורי קיבל את תביעתה של העותרת פרט לדרישה לקבל דמי הבראה ותשלום עבור שעות נוספות. העותרת הגישה ערעור לבית הדין הארצי לעבודה על פסק דינו של בית הדין האזורי בעניין זכאותה לתשלום שעות נוספות.

פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה

3. שלושה מבין חמשת חברי ההרכב בבית הדין הארצי לעבודה הציגו, כל אחד מטעמו, עמדה שונה בשאלת זכאותה של העותרת לתשלום עבור שעות נוספות. השופט י' פליטמן, בדעת רוב שאלה הצטרפו נציג העובדים ש' חבשוש ונציג המעבידים י' בן יהודה, סבר כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו ואין לקבוע הלכה כללית לגבי תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א 1951 (להלן: החוק או חוק שעות עבודה ומנוחה) בעניינם של עובדים סיעודיים. בנסיבות המקרה סבר השופט פליטמן כי אין מקום לתשלום שכר עבור שעות נוספות, וזאת בשל מספר טעמים. ראשית, כך קבע השופט פליטמן, לא היה באפשרותה של המטופלת הסיעודית לפקח על שעות העבודה של העותרת ומשום כך, מכוח הוראת סעיף 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, אין חלה

בעניינה חובת תשלום שעות נוספות. לדבריו, "העובדה, כי צורכי העבודה כשלעצמם מחייבים השגחה מתמדת, אין משמעה כי גם יכולת ההשגחה והפיקוח על ביצוע העבודה על פי צרכיה, היא כזאת. הרי בשל העדר יכולת השגחה עצמית זקוקה המטופלת למטפלת, שתעשה זאת עבורה ואין איש מלבדם בבית". שנית, השופט פליטמן סבר כי בענייננו חל גם סעיף 30(א)(5) לחוק, שכן מדובר בעבודה שבה נדרשת מידה מיוחדת של אמון, וגם מטעם זה אין תחולה לחובה לשלם שעות נוספות בענייננו. לבסוף, קבע השופט פליטמן כי גם אם הוראות סעיפים אלה אינן חלות במקרה זה – אין מקום לתשלום בגין שעות עבודה נוספות. לשיטתו, אין לראות בכל שעות השגחתה של המטפלת שעות עבודה, שהרי אלמלא כן היה צורך לשלם לעובדים סיעודיים שכר בגין עשרים וארבע שעות עבודה ביממה והדבר אינו סביר. עמדתו היא כי יש מקום לראות בשעות שבהן עסקה המערערת בענייניה היא שעות הדומות במהותן לשעות כוננות ולא לשעות עבודה; משלא הוכח כי היא עבדה בפועל שעות נוספות אין להעניק לה – על פי עמדתו – תשלום בגינה.

השופט פליטמן ציין כי פרשנותו לחוק נובעת במידה רבה מן התוצאות שאליהן מוליכה הגישה ההפוכה. לדבריו, הכרה בכל שעות היממה כשעות העבודה של העובדים הסיעודיים תוביל לכך שזכאי הסיעוד לא יוכלו לעמוד בתשלום ולא יוכלו להעסיק עוד מטפלים סיעודיים, וזו תוצאה שיש לשאוף להימנע ממנה ככל האפשר.

תוצאה זו נתקבלה, כאמור, על-דעת רוב שופטי בית-הדין הארצי לעבודה.

4. שני שופטי המיעוט סברו לעומתם, כי יש מקום להעניק תשלום לעותרת בגין עבודתה בשעות נוספות, מכיוון שהחריגים הקבועים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק אינם חלים לדעתם בעניינם של עובדים סיעודיים. עם זאת, נחלקו שופטי המיעוט באשר לדרך חישוב מספר השעות הנוספות של העובדים בתחום הסיעוד. השופט ע' רבינוביץ' סבר כי יש להעניק לעותרת תשלום בגין מלוא השעות הנוספות שהיא ציינה בתביעתה. השופט רבינוביץ' ציין כי שעות העבודה הן השעות שבהן העובד עומד לרשות העבודה. לדבריו, בענייננו "עצם הנוכחות בדירה לצורך ההשגחה על המשיבה היא מהות העבודה, ולכך בעיקר נשכרה. בנסיבות אלה, אין לתמוה על כך שהמערערת קראה ספרים ושוחחה עם חברות בזמן העבודה" (ההדגשה במקור). בהתאם לכך, הציע השופט רבינוביץ' לקבל את הערעור ולהעמיד את התשלום על ארבע שעות עבודה נוספות ביום – כמספר השעות שנתבקש בתביעה. עם זאת, חזר בו השופט רבינוביץ' ו"ריכך" מעט את עמדתו לגבי שעות העבודה לאחר שקרא את דבריהם של יתר שופטי

ההרכב, וציינ כי שעות השינה של העותרת והשעה האחת ביום שבה אירחה חברות אינן צריכות להיחשב שעות עבודה.

הנשיא ס' אדלר סבר גם הוא כי יש לראות בשעות ההשגחה של העותרת שעות עבודה. עם זאת, לשיטתו, לגבי השעות שבהן הייתה ההשגחה פחותה, כגון שעות השינה של העותרת, או השעות שבהן עסקה בענייניה, אין מקום לפסוק לה גמול בגין שעות נוספות. לדבריו, במקרים מסוג זה יש מקום להעריך באופן כללי את מספר השעות הנוספות על פי מתכונת העבודה, ובענייננו יש להעניק גמול בסכום השווה לארבע שעות נוספות ביום. יצויין כי, הנשיא אדלר הסתייג מטענתו של השופט פליטמן כי תשלום שעות נוספות יפגע בצורה משמעותית בציבור זכאי הסיעוד.

#### טענות הצדדים

5. העותרת, המיוצגת כאמור על ידי עמותת "קו לעובד", מדגישה כבר בפתח דבריה כי עניינה קשור בטבורו לשאלה כללית יותר הנוגעת לתנאי העבודה הקשים של העובדים הזרים בשוק העבודה הישראלי. העותרת מתייחסת בהרחבה לעניין זה. כך, למשל, מציינת העותרת כי העובדים הזרים מועסקים ברוב המקרים במסגרת שוק העבודה "השניוני" הכולל בעיקר עבודות כפיים שאינן מצריכות השכלה משמעותית. בעבודות מסוג זה מרבית ההעסקה נעשית בתנאי מינימום ללא משא ומתן משמעותי, ללא ביטחון תעסוקתי וללא אפשרות לקידום מקצועי. עוד מציינת העותרת כי פעמים רבות משלמים העובדים הזרים "סכומי עתק (במונחי מדינות מוצאם)" למתווכים שונים תמורת האפשרות לעבוד בישראל ובשל כך מצויים הם במצוקה כלכלית קשה. העותרת מדגישה בדבריה את הקושי הנובע מזרותם של העובדים בחברה, עובדה הנובעת, בין השאר, מחוסר היכרות עם התרבות והמנהגים המקומיים, קשיי שפה, ופחד מפני הרשויות.

העותרת מדגישה עוד גם את הקושי המיוחד של העובדים והעובדות בתחום הסיעוד. בעניין זה היא מציינת כי בתחום זה מאוישות המשרות כמעט לחלוטין על ידי עובדים זרים. לדבריה, העבודה בתחום זה כרוכה במאמץ פיסי ניכר הנמשך על פני שעות רבות מהיממה, ונדרשת זמינות תמידית של העובדים, אשר לרוב מחויבים גם לגור בביתם של המטופלים. טיב העבודה – כך על-פי העותרת – גורם במקרים רבים לניצול של העובדים; לעתירה מצורפים מספר תצהירים של עובדים סיעודיים המעידים, בין השאר, על תופעות כגון אלימות, מניעת מזון, עיכוב דרכונים בידי המעסיקים, ניצול מיני ושימוש בעובד בצורה בלתי-חוקית על ידי בני משפחה אחרים.

אנו סבורים כי בכך לא ביקשה העמותה להסיט תשומת-ליבנו מן השאלות שבמחלוקת – והלאה; אין לנו ספק כי העבריינים צריכים לשאת את עונשם ואין לנו ספק כי הכנסת מעשי העבירה האלה למסגרת העתירה לא נועדה להכתיים את כלל המטופלים. העותרת סבורה כי את ההחלטה במקרה זה יש לקבל מתוך מודעות להקשר הרחב כפי שצויין. לטענתה, אי הכרה בזכאותם של עובדי הסיעוד לגמול בגין עבודה בשעות נוספות מהווה הפליה אסורה על רקע לאום ומגדר שכן מרבית המועסקים בתחום הן נשים ממדינות זרות.

6. לגוף העניין, סבורה העותרת כי פרשנותו הנכונה של החוק היא כי עובדים בתחום הסיעוד זכאים לקבל תשלום בגין שעות העבודה הנוספות שבהן הם מועסקים. העותרת טוענת כי החריגים לתשלום שנקבעו בסעיף 30(א)(5), הקובע כי החוק אינו חל על עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי, ובסעיף 30(א)(6), הקובע כי החוק אינו חל על עובדים שתנאי עבודתם אינם מאפשרים כל פיקוח על שעות העבודה שלהם, אינם מתקיימים בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד. לטענתה, התכלית הסוציאלית שביסוד החוק מחייבת פרשנות מצמצמת של החריגים שבו, ואכן זו דרכה של פסיקת בתי הדין לעבודה לכל אורך הדרך.

אשר לחריג הקבוע בסעיף 30(א)(5) לחוק, טוענת העותרת כי לא בכדי נכרכו יחדיו בהקשר זה תפקידי ההנהלה ותפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי. לטענתה, הוראת הסעיף עוסקת בעובדים בכירים שהשכר המשולם להם גבוה גם כך ולא מתעורר חשש לפגיעה ניכרת בזכויותיהם הסוציאליות עקב אי-תשלום שעות נוספות. אשר לחריג הקבוע בסעיף 30(א)(6) לחוק, טוענת העותרת כי בגדרו נכללים רק עובדים שאין כל אפשרות פיקוח על עבודתם, ובעיקר עובדים אשר החלק הארי של עבודתם מתבצע שלא במקום העבודה עצמו. לשיטתה, עבודתם של עובדים סיעודיים אינה נכללת באלה כיוון שהיא מתבצעת בביתו של המטופל והתרשלות בטיפול, הכרוך בדאגה לצרכיו הבסיסיים ביותר של המטופל, מורגשת מיד. עוד מדגישה העותרת בהקשר זה כי בדרך כלל מופעל פיקוח בפועל על טיב עבודתו של המטפל על ידי קרובי משפחתו של מטופל. לפיכך סבורה העותרת כי אין מקום להוציא את העובדים הסיעודיים באופן גורף מתחום החוק וכי יש להעניק להם גמול עבור השעות הנוספות שבהן עבדו.

העותרת סבורה כי שעות ההשגחה של העובדים הסיעודיים צריכות להיחשב שעות עבודה לכל דבר. היא מציינת כי המבחן שנקבע בעניין זה הוא אם העובד עומד "לרשות העבודה" או "לרשות עצמו". לאמור, יש לבחון אם העובד חפשי לעשות

כרצונו אם לאו. בענייננו, העותרת נדרשה לשהות בבית המשיבה 2 במהלך מרבית שעות היממה, כאשר לא היה איש בבית מלבדה. שעות אלה – כך על-פי העותרת – הן שעות שבהן העותרת עמדה לרשות העבודה ומשום כך יש לראות בהן שעות עבודה לכל דבר ועניין.

לבסוף, סבורה העותרת כי הישענותה של דעת הרוב בפסק הדין על ההשפעה של הענקת תשלום בגין שעות נוספות על יכולתם של הזקוקים לסיעוד לעמוד בתשלום אינה שיקול רלוונטי בענייננו. לדבריה, האחריות להבטיח את זכותם של הנזקקים לשירותי הסיעוד לקיום בכבוד מוטלת על המדינה, ואין זה לגיטימי לסבסד את שירותי הסיעוד על חשבון העובדים הזרים ועל חשבון זכויותיהם הסוציאליות הבסיסיות. העותרת מדגישה בהקשר זה כי חוקי המגן הם חוקים קוגנטיים ואין להפר אותם גם לא לאור מצבם הכלכלי הקשה של המטופלים והצורך שלהם בטיפול.

8. המשיבה 2 המנוחה, באמצעות בתה, סומכת ידה על דעת הרוב של בית הדין הארצי לעבודה. היא טוענת כי קבלת העתירה תפגע בצורה קשה במטופלים שלא יוכלו לעמוד בתשלומים הגבוהים ויוותרו ללא תמיכה. עוד מדגישה המשיבה 2 כי קבלת העתירה תפגע דווקא בעובדים הזרים שכן אפשרויות ההעסקה שלהם בארץ יצטמצמו, בעוד שבמצב הנוכחי – על פי ניסיונה – הם מרוצים מתנאי ההעסקה שלהם.

9. היועץ המשפטי הודיע על התייצבותו בהליך והגיש חוות דעת שבה נטען כי דעת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה "אינה מתיישבת עם הוראות החוק כפי שראוי לפרשן, בהתחשב בתכליתו ובמדיניות ציבורית ושיפוטית ראויה". לדבריו, יש לפרש את החריגים שבחוק בצמצום ואין מקום לקביעה גורפת כי עובדי הסיעוד נכללים בחריגים אלו. נהפוך הוא, לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה הגישה הראויה היא להחיל את החוק על עניינם של עובדי הסיעוד. היועץ המשפטי לממשלה מציין כי משרד התעשייה והמסחר עוסק "בימים אלו" בתיקוני חקיקה "לצורך התאמת דיני העבודה החלים על עובדים בסיעוד המתגוררים בבית המעסיק כך שיותאמו למציאות הן מבחינת היקף וסוגי שעות העבודה למיניהן והגמולים המגיעים בעדם והן מבחינת התשלומים שניתן לשמם בשווה כסף ו/או לנכותם משכר העובדים, והכל בהתחשב במאפיינים הייחודיים של צורת העסקה זו". עם זאת, ציין היועץ המשפטי לממשלה כי שינויי החקיקה הצפויים לא יחולו על המקרה הנדון ולכן, לשיטתו, בית המשפט צריך לקבל את העתירה ולפסוק לעותרת תשלום בגין שעות נוספות. היועץ המשפטי לממשלה הפנה למספר פסקי דין שניתנו בבית הדין הארצי לעבודה בעניינים דומים

וטען כי עולה מהם גישה התומכת במתן גמול בגין שעות נוספות לעובדים בתחום הסיעוד.

אשר לדרך חישוב מספר השעות הנוספות, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש לשלם לעובדים שעות נוספות בגין הזמן שבו הם "עמדו לרשות העבודה", לפי "הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה". היועץ המשפטי לממשלה מדגיש כי לא כל השעות שכן שוהה העובד הסיעודי במקום העבודה יחשבו זמן עבודה, ויש להבחין בין זמן עבודה לבין זמן מנוחה של העובד. בשל הקושי בחישוב שעות העבודה בתחום סבור היועץ המשפטי לממשלה כי "אין מניעה כי בית הדין יכריע בעניין זה על פי 'מתכונת העבודה בכללותה', כפי שאף נעשה על ידו בעבר". בהקשר זה יש להתחשב – כך על פי היועץ המשפטי לממשלה – ב"פעילויות של העובד שאין להגדירן כעבודה, שעות של השגחה מופחתת, ושעות המשלבות פנאי והשגחה יחד".

10. במהלך בירור העתירה וגם לאחריו הוגשו בקשות על ידי גורמים שונים להצטרף להליך – בצורות שונות. שתי בקשות הוגשו ערב הדיון על-ידי עורך הדין נפתלי גור אריה ועל ידי עורך הדין יהונתן דוידוביץ', ובמסגרתן עתרו מספר גורמים להצטרף לעתירה במעמד של משיבים, מקצתם אנשים פרטיים ומקצתם עמותות וארגונים. מטרת ההצטרפות המבוקשת – להציג את עמדתם של המטופלים הסיעודיים בשאלה נשוא העתירה. במרכז הדברים ניצבת העלות הכלכלית הגבוהה של הכרה בחובת תשלום שעות נוספות לעובדים הסיעודיים – עלות שלטענת המבקשים אין המטופלים הסיעודיים יכולים לעמוד בה. המבקשים טענו עוד כי סעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק חלים בעניינם של עובדים סיעודיים ולפיכך לא קמה חובת תשלום שעות נוספות. עוד הצביעו המבקשים על הקושי המהותי הגלום בתבנית העסקה בת עשרים וארבע שעות ביממה, והעלו ספקות באשר לשאלה אם עולה היא בקנה אחד עם הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה.

מפלגת גיל (להלן: "גיל") ביקשה להצטרף להליך במעמד של "ידידת בית המשפט" לאור ההשלכות של ההכרעה בעתירה על "עשרות אלפי קשישים גמלאים במדינת ישראל, המקבלים בדירת הקבע שלהם טיפול סיעוד, במתכונת דומה". בהחלטה שניתנה בעניין נקבע כי "גיל" תוכל לפרט את טענותיה בכתב בהודעה שתוגש מטעמה. ואכן, בהודעה שהוגשה נטען כי תקציב המדינה מאפשר מתן גמלת סיעוד בסכום מוגבל וזאת – רק לחלק מאוכלוסיית הקשישים. העלאת התשלום לעובד הסיעוד, כך נטען, תיפול על שכמם של הקשישים. קבלת העתירה – כך נטען עוד – תוביל לכך שאלה שלא יוכלו לעמוד בהוצאות הגבוהות של מתן גמול שעות נוספות

לעובדים הסיעודיים, לא יזכו לסיעוד וכל מערכת הסיעוד במדינת ישראל תתמוטט. עוד נטען כי קבלת העתירה תרע גם את מצבם של מהגרי העבודה מכיוון שמספר הקשישים שיוכלו להעסיק עובדים סיעודיים יקטן בצורה ומשמעותית. לבסוף, טוענת "גיל" כי מטפלי הסיעוד אינם מצפים לקבל תשלום עבור שעות נוספות והשכר שהם מקבלים בישראל גבוה בשיעור ניכר מן המקובל בארצות המוצא שלהם. לאור כל זאת, נטען בבקשה כי יש לאמץ את דעת הרוב בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה ולדחות את העתירה. הבאנו בחשבון החלטתנו את הטענות כולן, בין אם באו מפי צדדים לתיק ובין אם הושמעו בכתב או בעל-פה על-ידי אחרים, שביקשו לצרף עצמם לעתירה.

#### דין העתירה

11. יאמר מייד, כי לאחר שבחנו את טענות הצדדים באנו לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. עם זאת, לאור מורכבות הנושא, כפי שיפורט להלן, סבור אני כי מן הראוי כי המחוקק והרשויות הרלוונטיות ידרשו אליו ויקדמו פתרון שיענה על הקשיים האמיתיים הכרוכים במציאות המורכבת בסוגייה זו.

הכלל הוא כי בית המשפט הגבוה לצדק יתערב בפסק דין של בית הדין הארצי לעבודה רק כאשר מתקיימים שני תנאים מצטברים – האחד, קיומה של טעות משפטית מהותית בפסק הדין; השני, הצדק מחייב את התערבות בית המשפט בנסיבות העניין (ראו: בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 634 (1996); בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673, 693 (1986)). בעניין שלפנינו, מתעוררת שאלה משפטית מורכבת בעלת השלכות רחבות היקף, שניתנו לה פתרונות שונים ואף סותרים, חדשות לבקרים, על ידי בית-הדין הארצי לעבודה.

יהא זה פשטני ובלתי רציני להתעלם מכך שהשאלה העומדת להכרעה במקרה שלפנינו – זכותם של העובדים הסיעודיים לשעות נוספות – אינה עומדת לעצמה. היא תוצר של בעיה כללית יותר, הנוגעת הן לאוכלוסיית הנכים הסיעודיים והן לעניינם של העובדים בתחום הסיעוד – וזאת בשל תבנית ההעסקה הייחודית בתחום זה, הסותרת, על פני הדברים, כשלעצמה, את חוקי המגן. הכרעה בשאלה המשנית (השעות הנוספות), תוך הותרת עיקר הקושי ללא התייחסות (תבנית ההעסקה באופן כללי), עלולה להוביל להכרה ביציר כלאיים שאינו מציע מענה לקושי העקרי ואף עלול לפגוע בעניינם של העובדים הזרים עצמם. בנסיבות אלה, כפי שעוד יפורט, נראה כי אפילו סברנו כי מתקיים התנאי הראשון להתערבותו של בית המשפט העליון בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה, הרי שלא מתקיים התנאי השני. מטבע הדברים בית המשפט



נדרש רק לשאלות המובאות לפניו, כפי שהן מובאות. לפיכך, במקרה זה, נראה שהדרך הראויה לפתרון הסוגיה העקרונית הניצבת בפנינו היא הכרעה מושכלת ומקיפה של המחוקק במכלול השאלות הקשורות לתבנית ההעסקה הייחודית של עובדים זרים בתחום הסיעוד. בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה נאמר כי תהליך זה נמצא כבר בעיצומו, ותקוותי היא כי הוא אכן יסתיים במהרה. אין תוחלת, במקרה זה, בהצעתו של היועץ המשפטי, לפיה עניין חישוב השעות הנוספות יבחן על-פי הנסיבות הרלבנטיות. יש קושי להביא את המטופלים הסיעודיים לפתחן של ערכאות משפט בכל מקרה פרטני. בכך לבד יש כדי לקצר את חייהם. קל וחומר כך מקום בו בית-הדין הארצי לעבודה עצמו לא גמר בדעתו מהי המסקנה המשפטית הראויה.

אבקש לעמוד על עיקריו של הקושי הניצב בפנינו, ועל השאלות המרכזיות שבהן נדרשנו להכריע.

פסיקותיו של בית הדין הארצי לעבודה

12. אין זו הפעם הראשונה שבה נדונה השאלה הקשה שלפנינו לפני בית הדין הארצי לעבודה. לראשונה עלתה השאלה לדיון בבית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – מעיין, פד"ע לט 409 (2004) (להלן: עניין טודוראנג'אן). באותו מקרה הועסקה עובדת זרה מרומניה בסיעוד ילדתם של מעסיקיה ובעבודות משק בית. העובדת הגישה תביעה נגד מעסיקיה לתשלום בגין עבודה בשעות נוספות. סגנית הנשיא א' ברק-אוסטוסקין, בדעת רוב, סברה כי עבודה מסוג זה נכנסת לחריג המצוי בסעיף 30(א)(6) לחוק, ולפיכך אין מקום להעניק לעובדת תשלום בגין שעות עבודה נוספות. לשיטתה, הסמכות המסורה לשר העבודה, מכוח סעיף 4 לחוק, להתקין תקנות המשנות את ההסדרים הקבועים בחוק במגזרים הנושקים במהותם לעבודה בסיעוד, רומזת על כך כי מדובר בסוג עבודה שאין הוראות החוק מתאימות לאופיו. עם זאת, קבעה סגנית הנשיא ברק-אוסטוסקין כי "יש לדאוג לכך שהיא תקבל יום מנוחה שבועי, חופשות כדין, ולקבוע אחוז מסוים מעל שכר מינימום כשכרה"; אחוז זה הועמד על-ידה על שיעור של 30% משכר המינימום. לעמדתה של סגנית הנשיא הצטרפו נציג העובדים ע' כרמי ונציג המעבידים ה' דודאי. הנשיא ס' אדלר והשופט ש' צור הציגו עמדה זהה לזו שהביע הנשיא אדלר בפסק הדין נשוא העתירה. לשיטתם, החריגים המצויים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק אינם חלים בענייננו. הנשיא אדלר סבר כי אין לראות בכל שעות השהות של העובד הסיעודי בביתו של המטופל שעות עבודה. כך, למשל, בנסיבות המקרה הספציפי קבע הנשיא אדלר כי "משנמצאה המעוררת במחיצת הילדה, כשהכינה והגישה אוכל, לרבות לאורחים, ניקתה את הבית או עסקה

בעבודות בית אחרות הרי שביצעה עבודה בגינה היא זכאית לתשלום. לעומת זאת, כשישנה, צפתה בטלוויזיה או קראה לא עבדה". במקרים שבהם קשה להוכיח את שעות העבודה בפועל של העובד הסיעודי, סברו שופטי המיעוט כי ניתן יהא להוכיח את מתכונת העבודה בכללותה חלף הוכחת שעות העבודה מדי יום ביומו. עמדה דומה לעמדת הרוב בעניין טודוראנג'אן הובעה בע"ע (ארצי) 1267/04 זכריה – עיזבון המנוחה קימלמן (לא פורסם, 31.12.2006).

13. פסקי דין מאוחרים יותר נקטו בגישה שונה. כך, בפסק הדין בע"ע (ארצי) 1511/02 לאחאטו – עיזבון המנוחה בן-בנימין, פד"ע מ 371 (2005) הוכרה זכותה של עובדת סיעודית לגמול עבור שתי שעות עבודה נוספות ביום. פסק הדין (מפי כבוד השופטת נ' ארד ובהסכמתם של כבוד השופטים ע' רבינוביץ' וש' צור, נציגת העובדים א' ביטי ונציג המעבידים ז' אבלס) התבסס על עמדה קרובה לעמדתו של השופט רבינוביץ' בפסק הדין נשוא העתירה. בפסק הדין נקבע כי למעשה שעות עבודתה של העובדת הסיעודית התפרשו על פני היממה כולה, שכן זהו הזמן שבו עמדה לרשות המטופלת, אך נפסק לה פיצוי בגין שתי שעות נוספות ביום מכיוון שזהו הגמול שנדרש בכתב התביעה. לתוצאה דומה הגיע בית הדין הארצי גם בע"ע (ארצי) 1333/04 Baloyo – לוגאסי (לא פורסם, 6.2.2006). בע"ע (ארצי) 1247/04 דאמשה – דוידוביץ' (לא פורסם, 6.2.2006) נקבע אמנם עקרונית כי יש להעניק לעובדים סיעודיים גמול בגין שעות עבודה נוספות, אך בנסיבות המקרה נפסק כי לא הוכח שמתכונת העבודה הייתה כזו שבה העבודה חרגה משעות העבודה הרגילות. גם לאחר מתן פסק הדין נשוא העתירה עלתה שאלת זכותם של עובדים סיעודיים לגמול בגין שעות נוספות לדיון בבית הדין הארצי לעבודה. בפסק הדין שניתן בע"ע (ארצי) Bodeic 270/08 – דוני (לא פורסם, 12.2.2009) אומצה עמדתם העקרונית של שופטי המיעוט בעניין טודוראנג'אן, אולם בנסיבות המקרה נמצא כי לא הוכחה מתכונת עבודה שממנה עולה חובת תשלום שעות נוספות.

מסקירה זו, ומפסק הדין נשוא העתירה, עולה כי בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה קיימות ארבע גישות עקרוניות שונות לעניין חובת התשלום בגין שעות נוספות לעובדים סיעודיים. האחת, עמדת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה, כי החריגים הקיימים בסעיף 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק חלים לגבי עובדי סיעוד ולפיכך אין חובת תשלום שעות נוספות בעניינם; השנייה, עמדת הרוב בעניין טודוראנג'אן, כי החריגים חלים אולם יש להוסיף אחוז מסוים לשכר העובדים לאור טיב העבודה; השלישית, עמדת המיעוט בעניין טודוראנג'אן, עמדתו של הנשיא אדלר בפסק הדין נשוא העתירה והעמדה העולה מפסק הדין בעניין דוני, כי החריגים אינם חלים בעניינם של עובדי

סיעוד, כי שעות העבודה נקבעות על-פי המאפיינים של כל מקרה ספציפי לאור התפקידים שמבצע העובד, וכי כל עוד הוכחה מתכונת עבודה הכוללת שעות נוספות – יש לשלם בגינן; הרביעית, עמדתו של השופט רבינוביץ בפסק הדין נשוא העתירה, שעולה גם מפסק הדין בעניין לאחאטו, כי החריגים לא חלים בעניינם של עובדי סיעוד וכי ככלל, כל זמן שהעובד אינו חפשי לעשות כרצונו יש לחשב כשעות עבודה.

ארבע גישות שונות אלה, המתייחסות כולן אך ורק לשאלת חובת התשלום בגין שעות נוספות, אינן חפות, כל אחת כשלעצמה, מקשיים משפטיים, חלקם בעלי השלכות רוחב קשות.

מהי הגישה הראויה?

14. עמדת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה ובעניין טודורנג'אן מניחה, כאמור, כי החריגים הקבועים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה חלים על עובדים סיעודיים. עמדה זו אינה עולה, לכאורה, בקנה אחד עם הפרשנות המסורתית לחריגים אלה, עם תכליתם של חוקי המגן בכלל, ועם תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה כפי שהוא מיושם במקרים הרגילים להם נתכוון מלכתחילה.

תכליתו המרכזית של חוק שעות עבודה ומנוחה, כפי שמעיד עליו שמו, היא להבטיח כי יתקיים איזון ראוי בחייו של אדם בין השעות שאותן הוא מקדיש לעבודתו לבין שעות הפנאי. החוק יוצא חוצץ נגד המגמה הרווחת בשוק העבודה, של עבודה לאורך שעות ארוכות ביותר, ומבקש לשמור על כבודם של העובדים. שתי הגבלות מרכזיות הקבועות בחוק נוגעות לחובה ליום מנוחה שבועי ולמשכו של יום העבודה ושבוע העבודה. ענייננו עוסק בהגבלה אחרונה זו; חובת התשלום המוגבר עבור העסקה בשעות נוספות היא כלי שנועד בעיקרו לאכוף אותה. כפי שציין הנשיא אדלר בע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ – טל, פד"ע לה 703 (2000) (להלן: עניין טפקו):

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.

עם זאת, מכיר החוק במקרים שבהם החלת ההגבלות המופיעות בחוק על שעות העבודה אינה אפשרית ובצורך לחרוג מן ההוראה העקרונית. כך, למשל, סעיף 4(א)(2)(ii) לחוק מאפשר לשר העבודה לקבוע יום עבודה ארוך יותר "לעבודות במקום שמטפלים בחולים, בבתי-מרקחת, במוסדות החלמה, במוסדות לטיפול בזקנים או בילדים". סעיף 30(א) מוציא מתחולת החוק עובדים מסוימים וביניהם עובדי דיג, שוטרים ואנשי צוות אוויר. בין החריגים נמנים גם שני החריגים הרלוונטיים לענייננו שהם סעיף 30(א)(5): "עובדים...בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי"; וסעיף 30(א)(6): "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".

פרשנות החוק צריך שתיעשה בהתחשב בתכליתו. במקרים הרגילים, יש לפרש את החריגים לו בצמצום הראוי לאור הצורך להגן על תכליתו הסוציאלית. עם זאת הפרשנות צריכה להתחשב גם ברציונל העומד בבסיס קיומם של החריגים לחוק. החריגים האלה נובעים, כולם, מנסיבות מיוחדות, שבהן קשה עד בלתי אפשרי להחיל את ההסדרים הקבועים בחוק. כך, עיסוקם של עובדי דיג, לדוגמא, מחייב גמישות בשעות העבודה, גמישות שאינה עולה בקנה אחד עם ההסדרים הקבועים בו. לפיכך הוצאה העבודה בתחום זה מתחולתו של החוק. בדברי ההסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, התש"י-1950, הוסבר העניין וצויין כי "הסדר שעות עבודתם יבוא בחוק מיוחד" (אשר טרם נחקק). כך גם בהקשרים נוספים המצוינים בחוק. מתכונת העבודה הייחודית בתחום הסיעוד, כפי שיפורט להלן, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדרים הקבועים בחוק, אך עד כה טרם נפנה המחוקק להידרש גם להסדרים המיוחדים המתבקשים לאור אופייה המיוחד של עבודת הסיעוד, והיא אינה נכללת, באופן מפורש, באחד החריגים לחוק. לאורם של דברים אלה, יש לבחון כצעד ראשון אם העבודה בתחום הסיעוד נכללת באחד החריגים הקבועים בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

האם עבודה בתחום הסיעוד דורשת מידה מיוחדת של אמון אישי?

15. פרשנות התיבות "מידה מיוחדת של אמון אישי" צריך שתיעשה תוך שמירה על קשר הדוק עם התכלית הכללית העומדת כאמור ביסוד החריג לחובת התשלום של שעות נוספות. עם זאת, אין היא יכולה להתעלם מן המציאות שבה פועל החוק. ברי, מצד אחד, כי לא מדובר, ככלל, בנתינת אמון במשמעותו היומיומית, שכן אין לך כמעט עבודה שאינה דורשת אמון בעובד (ראו עניין טפקו הנ"ל, בעמ' 713). כך, למשל, אמון רב ניתן בגננת אשר מופקדים בידיה ילדים רכים, או בנהג אוטובוס שחייהם של נוסעים נתונים בכפו, אך אין זו מידת האמון המיוחדת הנדרשת, בדרך כלל, בחוק. האמון הנדרש בסעיף 30 הנ"ל קשור לטיבה של העבודה המוטלת על העובד. מדובר באמון הקשור למימד הזמן בעבודה, לגמישות המסורה לעובד בניהול שגרת יומו ותפקידיו. אכן, במרבית המקרים מדובר בתפקידי הנהלה או בתפקידים שבהם קיים חופש פעולה רב לעובד ואין בהם לוח זמנים סדור שעל פיו מגיע העובד למקום העבודה ויוצא ממנו (ע"א 268/68 מכמורת חברת פיתוח בתי-מלון בע"מ נ' שורץ, פ"ד כב(2) 703, 705 (1968)). בסוגי תפקידים אלה קיים קשר הדוק בין האמון שניתן בעובד לבין היעדר היכולת להחיל בעניינו את חוק שעות עבודה ומנוחה כפשוטו. הגמישות המסורה לעובד בתפקידים אלה מעניקה לו, ברגיל, את האפשרות לנהל בעצמו את המתח שבין עבודה לפנאי, כך שמטרת החוק לכאורה נפגעת פחות במקרים אלה. יש לציין גם כי תנאי העבודה של עובדים אלה בדרך כלל טובים מן הממוצע, כך שהפיצוי שמעניק החוק על עבודה בשעות נוספות מגולם, ולו בצורה חלקית, במשכורתם (אף כי ספק בעיני אם יש בתנאי עבודה משופרים משום תשובה מלאה לשינוי האיזון שבין עבודה ופנאי). מדובר בעובדים מועצמים אשר נזקקים פחות להגנת החוק. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר מפורשות כי חריג האמון האישי נועד לחול על עובדים ש"אין הם נזקקים להגנת החוק בדבר שעות עבודה".

על פני הדברים, איפוא, לא נתכוון המחוקק, בהציעו חריג זה, להחילו על קבוצות עובדים הנזקקים להגנת חוקי העבודה. ברגיל יש קושי בהחלת החריג בעניינם של עובדים הזקוקים להגנה ושעבודתם אינה מאפשרת להם גמישות מלאה בבחירת הדרך שבה תבוצע המטרה העיקרית של העבודה – כאשר ניהולו האיזון בין שעות הפנאי לשעות עבודה אינו נשלט תמיד בידי העובד. אך אין זו כל התמונה. כאשר מדובר במטפלי הסיעוד, האמון שהמטופל נותן בהם הוא האמון האישי האולטימטיבי – בכך אין ספק. אף שאין מדובר באמון אישי כמשמעו במרבית המקרים שבהם חל החריג, גם אין מדובר באמון אישי מן הסוג שניתן בגננת או בנהג אוטובוס. מהות

האמון האישי בענייננו קשורה באופן הדוק להיגיון העומד בבסיס הפרשנות הרגילה הנוגעת להחלת ההסדרים הקיימים בחוק. בענייננו, יש מקום לסברה כי מתכונת העבודה הייחודית בתחום הסיעוד, שאינה עולה כאמור בקנה אחד עם הפרשנות הכללית להוראות החוק, היא הכרחית. מתכונת העבודה כפי שהיא מתקיימת לאורך כל השנים משרתת בצורה הטובה ביותר את האינטרסים של המטופלים. קיימת הבנה שרבים מתוך ציבור המטופלים הסיעודיים, המהווים גם הם קבוצה מוחלשת, נזקקים להשגחה תמידית. הטיפול בהם דורש קרבה גדולה ואמון רב ביחסים שבין המטפל והמטופל; אלה הם יחסי אמון הנבנים והולכים במשך שנים. יש לפיכך עדיפות לכך שהטיפול יינתן ככל האפשר על ידי אותו מטפל. בעובד סיעודי ניתן אמון כה רב עד שפעמים רבות הוא הגורם היחיד שיכול לטפל במטופל בצורה המיטבית. לפיכך קיים צורך שהוא ימצא בחברת המטופל שעות ארוכות. הבנה זו עמדה בבסיס תיקון חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וחקיקתו של סעיף 3א(ב) לחוק, שמאפשר הארכה של אשרת השהייה של העובדים הזרים בתחום הסיעוד כדי לא לפגוע במטופל (ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 13) (הארכת אשרה לעובד זר), התשס"ד-2004, ה"ח הכנסת 41, בעמ' 75). ניתן בהחלט לסבור כי הצורך בקיומה של מתכונת עבודה כזו, שבה העובד הסיעודי נמצא בחברת המטופל שעות רבות החורגות מן ההסדרים הקבועים בחוק, מצדיק את הכנסת העובדים הסיעודיים לגדרי החריג, שהרי, תכלית החריגים היא להוציא מתחולת החוק סוגי העבודות שלגביהן יש קושי משמעותי לקיים את ההסדרים הרגילים הקבועים בחוק. המחוקק כאמור טרם נתן דעתו למצבים המורכבים והחדשים שיצרה מציאות הסיעוד בישראל. בנסיבות אלה שומה על בתי המשפט להתמודד עם הקושי המובנה באמצעות הכלים הקיימים. 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.

האם עבודה בתחום הסיעוד אינה מאפשרת למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה?

16. בדומה לחריג האמון האישי גם חריג הפיקוח צריך להתפרש תוך שמירה על קשר ישיר לתכלית של זיהוי סוגי עבודות מסוימות שבהן לא ניתן או לא ראוי לקיים את חובת התשלום של שעות נוספות. היעדר אפשרות לפיקוח על העבודה קיים ברגיל במקום שבו גמישותו של התפקיד ואי היכולת של המעביד לעקוב אחר השעות שבהן מבוצעת עבודה יוצרים מצב שבו החלת החוק אינה אפשרית. מצב דברים כזה עשוי להיווצר כאשר מדובר בעבודה הנעשית ברובה מחוץ למקום העבודה ואין אמצעים

להבטחת הביקורת על מעשיו של העובד בזמן זה (עניין טפקו הנ"ל, בעמ' 711; דב"ע (ארצי) לג/4-2 דון – המועצה המקומית מצפה רמון, פד"ע ד 386, 390 (1973)).

אין זה המצב בענייננו. במרבית המקרים תבנית העבודה של עובדים סיעודיים הינה קבועה והיא מתרחשת רוב הזמן בכיתו של המטופל. אין בעבודה זו גמישות וניתן לדעת ברגיל אם העובד נמצא במקום העבודה. בחלק מן המקרים המטופל עצמו מסוגל להבטיח כי העובד יימצא במקום העבודה, ובמקרים אחרים הפיקוח עשוי להתבצע על ידי קרובי משפחה או על ידי אחרים. ודוק: החריג לא נתכוון לעסוק בביקורת על איכות העבודה שאותה מבצע העובד. ביקורת כזו אינה מתקיימת כפשוטה בעבודות רבות. הפיקוח משמעו השגחה על היקף שעות העבודה, על היקף הזמן שבו העמיד העובד את עצמו לרשות העבודה. לכאורה, אין לומר כי אין כל אפשרות לפיקוח על עניין זה לגבי עובדים סיעודיים.

התשובה הפשוטה לשאלה אם ראוי לאמץ את הגישה הראשונה באשר לקיום החריגים לחוק היא לכאורה שלילית. אלא שתשובה זו תהא גם תשובה פשטנית העוצמת עיניה מן המציאות, מהסדרי העבודה המיושמים בישראל ובמקומות אחרים בעולם מזה שנים, ומן ההכרה, שהחוק עצמו נותן לה ביטוי, בדבר הצורך להחריג תבניות עבודה מסוימות מגדר ההוראות הכלליות של החוק.

הגישה השנייה והשלישית

17. הגישה השנייה שהוצגה בפסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה מבקשת כאמור להוסיף "אחוז מסוים" לשכר העובדים הסיעודיים בהתאם לטיב עבודתם. אף כי ייתכן שמדובר בפתרון ראוי לגוף הדברים, המצדדים בעמדה זו לא הצביעו על מקור חוקי המקנה לבית המשפט עילה להורות על תוספת השכר שנקבעה בפסק הדין, ומכאן שאין ללכת בדרך זו. בכך אין בשום פנים כדי לומר כי השכר המשתלם לעובדים אלה הוא שכר ראוי.

הגישה השלישית בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה סבורה, כאמור, כי החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה אינם חלים בעניינם של עובדים סיעודיים, אך יש להכיר רק בחלק משעות היממה כשעות עבודה. המצדדים בגישה זו סבורים כי שעות העבודה של העובדים הסיעודיים הן השעות שבהן מטפל העובד במטופל בפועל, להבדיל מהשעות שאותן מקדיש העובד לפנאי או לשינה. עמדה זו מקימה קשיים משלה ואינה עולה בקנה אחד עם ההגדרה המקובלת של שעות עבודה. היא עלולה

להוביל לתוצאות קשות ומרחיקות לכת לגבי הגדרת שעות העבודה בתחומי עיסוק רבים נוספים.

הגישה הרביעית קשה לא פחות – לכך עוד נשוב. גם גישתו של היועץ המשפטי לממשלה אינה מציעה פתרון מעשי וישים לקשיים הניצבים בפני העובדים הסיעודיים והמטופלים הסיעודיים כאחד. הקושי הכרוך בגישות השונות אותן תארנו נובע מעצם הגדרת שעות העבודה של העובדים הסיעודיים הזרים, שבינם הוא בית המטופל, וממילא מעצם הגדרתן של השעות הנוספות. הגדרה פשטנית מסבה עוול לעובדים הסיעודיים שקושרים חייהם עם המטופלים.

שעות העבודה של עובדים סיעודיים

18. נקודת המוצא לקביעת שעות עבודתם של עובדים סיעודיים היא הגדרת שעות העבודה שבסעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה. הגדרה זו קובעת כי שעות עבודה הן: "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה, לרבות הפסקות קצרות ומוסקמות הניתנות לעובד להחלפת כוח ואויר, חוץ מהפסקות על פי סעיף 20".

השאלה מהן שעות העבודה של עובדים סיעודיים טרם לובנה בבית משפט זה, אך שאלות דומות נדונו בו כבר לפני מספר עשורים. בע"א 392/69 נימץ נ' אחים משולם בע"מ, פ"ד כד(1) 107 (1970), נקבע כי שומר שנדרש להישאר בשטח המחסנים של החברה שבה הועסק בין השעה 16:00 לשעה 7:00 בכל יום, אינו זכאי לתשלום בגין שעות נוספות. בפסק הדין נקבע כי "אלה לא היו 'שעות עבודה' אלא השעות שבהן הוא היה חייב להימצא בשטח המחסנים של המשיבה, ולא הרי זה כהרי זה" (שם, בעמוד 110). בפסק הדין נקבע כי אין לראות בשעות השינה של השומר שעות עבודה, וכי עבודתו כללה אך ורק את פרקי הזמן המוגדרים שבהם עסק בפועל בשמירה וכן את פרק הזמן הקצר שבו עסק בניקוי וביתר התפקידים שהוטלו עליו. בע"א 566/70 מחטאוי נ' חברת קו צינור אילת בע"מ, פ"ד כה(2) 622 (1971) (להלן: עניין מחטאוי), שדעת הרוב בו התבססה במידה רבה על פסק הדין בעניין נימץ, נקבע בדומה כי בנסיבות המקרה אין מקום לתשלום שעות נוספות. פסק הדין עסק בעניינם של שומרים במתקן לשאיבת נפט, ששמרו בשתי משמרות נפרדות אך נדרשו לשהות במקום העבודה, לצורך כוננות, לכל אורך שתי המשמרות (11 שעות). דעת הרוב סברה שיש להפריד בין שעות השמירה לשעות הכוננות, תוך מתן דגש לכך שההסתברות שתפרוץ דלקה או שיארע מקרה שיצריך פעולה מצד הכוננים נמוכה ביותר. עם זאת, נקבע כי ייתכנו מקרים שבהם גם שעות שינה עשויות להיחשב שעות עבודה. בעניין זה



ציין השופט א' ויתקון: "כך, למשל, האחות היושבת על-יד מיטת החולה; ברור שאף אם מותר לה, בשעות עבודתה, לקרוא עיתון, להסתכל בטלוויזיה או לסרוג אפודה, אין עיסוקים פרטיים כאלה מוציאים אותה מכלל שעות עבודתה" (שם, בעמוד 630).  
השופט י' כהן בדעת מיעוט סבר כי:

אין לשלול כבלתי-הגיונית, את האפשרות, ששעות שבהן עובד ישן תיחשבנה לשעות עבודה, ואף לשעות עבודה נוספות. נראה לי שבענין זה הכל תלוי במהות התעסוקה ובתנאי ההסכם שבין המעביד והעובד. אם לדוגמה אחות צריכה להשגיח על חולה בשעות הלילה ותפקידה הוא להגיש עזרה לאותו חולה בכל עת שהוא יעיר אותה משנתה, אין אני רואה כל סיבה מדוע שעות השינה לא תיכללנה בשעות העבודה ואף לא תזכינה את העובדת בתשלום בעד שעות נוספות. הוא הדין ברופא, שנמצא בתורנות לילה בבית-חולים, ולפי תנאי עבודתו מותר לו לישון, אך הוא חייב להגיש עזרה לחולים בעת הצורך כשיעירו אותו משנתו. גם שנתו של שומר יכולה בנסיבות מסויימות להיחשב כעבודה, אשר לפי תנאי ההסכם מותר לשומר לישון. יש מקרים לא מעטים שעצם נוכחותו של השומר במקום, גם כשהוא ישן, משמשת אמצעי יעיל למילוי מטרות השמירה. על-כן אין אני מוכן לקבל ללא סייג את דברי השופט פרקר, שצוטטו לעיל, על חוסר ההגיון בכך ששעות שינה תיחשבנה כשעות עבודה נוספות. נראה לי שבכל מקרה יש לבדוק את תנאי העבודה ואת יתר הנסיבות, על-מנת להכריע, אם השעות, שבהן נמצא העובד במקום עבודתו, לפי החובה המוטלת עליו בהסכם, ואינו עובד בפועל, תיחשבנה ל"שעות עבודה". אין לקבוע בענין זה מסמרות, ובוודאי יהיו לא מעט מקרי גבול שההכרעה בהם לכאן או לכאן לא תהיה פשוטה. במקרים כאלה, כמו בהרבה שאלות המובאות להכרעה לבית-משפט, המבחן הטוב ביותר הוא מבחן השכל הפשוט ונסיון החיים.

לגופו של עניין סבר השופט כהן כי כל שעות שהותם של השומרים במתקן התדלוק הן שעות עבודה וכי יש לשלם להם בגינן גמול מתאים.

19. במשך שנים ארוכות לא שב בית-המשפט העליון להידרש לשאלת הגדרת שעות העבודה. לא מכבר התעוררה השאלה פעם נוספת בבג"ץ 3291/07 החברה להגנת הטבע נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 17.5.2007) (להלן: עניין החברה להגנת הטבע). באותו מקרה, נסבה העתירה סביב קביעתו של בית הדין הארצי לעבודה כי עובדים שעסקו בתורנות בבית ספר שדה אילת זכאים לגמול שעות נוספות

עבור כל שעות התורנות למעט שעות השינה (שלא נתבעו על ידם). בית המשפט העליון דחה את העתירה על הסף וקבע כי עמדתו של בית הדין הארצי לעבודה מתבססת על המקרה הקונקרטי ואינה קובעת מבחן גורף. עוד קבע בית המשפט העליון כי פסק הדין של בית הדין הארצי אינו עומד בסתירה להלכה בעניין מחטאוי ולפסקי דין אחרים של בית הדין הארצי, שכן קיימת אבחנה בין תשלום בגין שעות שינה במקום העבודה, שנתבעו בפסקי הדין הקודמים, לבין שעות שהייה וזמינות לעבודה שאינן שעות שינה.

בית הדין הארצי לעבודה נדרש גם הוא לשאלה זו יותר מפעם – שלא בעניינם של עובדי הסיעוד. כך, למשל, בפסק הדין בדב"ע (ארצי) מה 3-12 "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – קרן, פד"ע יז 21 (1985) (להלן: עניין אגד) נדונה השאלה אם נהג אוטובוס שעסק בהובלת חיילים זכאי לתשלום עבור השעות שבהן חויב לישון באוטובוס בין יום עבודה אחד למשנהו. בית הדין סבר כי מלשון הסעיף עולה שיש לבחון את השאלה בהתאם לכל סוג עבודה והתפקידים אשר מוטלים ברגיל על העובד. בכל מקרה ומקרה, השאלה שאותה יש לשאול – כך נקבע – היא אם העובד "עומד לרשות עצמו, דהיינו אם הוא חופשי לעשות לעצמו". בית הדין קבע כי בנסיבות המקרה, שבהן מדובר בשעות שבהן חייב הנהג לישון ואין המעסיק יכול לחייבו לנהוג בהן, לא קמה חובת תשלום. בפסק הדין בדב"ע (ארצי) שן/3-84 מדינת ישראל – וון, פד"ע כב 433 (1990) נקבע כי אין חובת תשלום שכר למדריכים במעונות חסות לעבריינים בגין השעות שבהן ישנו במוסד ונאלצו, לעיתים נדירות, לטפל בבעיות שהתעוררו במוסד. בית הדין ציין כי בשעות הלילה לא הוטלו על המדריכים תפקידים כלשהם למעט טיפול במקרים חריגים שהוא בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. לעומת זאת, בפסק הדין בע"ע (ארצי) 305/05 מאיר – החברה להגנת הטבע (לא פורסם, 1.2.2007) (נשוא פסק הדין בעניין החברה להגנת הטבע הנ"ל) נקבע, כאמור, כי העובדים זכאים לגמול עבור כל שעות הכוננות שבהן עמדו לרשות העבודה – גם אם לא ביצעו עבודה בפועל.

במרבית המקרים שבהם עסקו בתי המשפט בשאלה של הגדרת שעות העבודה נבחן הקשר בין מעשיו של העובד בשעות שבמחלוקת לבין הגדרת תפקידיו בשעות העבודה. ככל שקיים קשר חזק יותר בין השניים כך תהא נטייה גדולה יותר להכיר בשעות אלה כשעות עבודה. כך היה הדבר בעניין החברה להגנת הטבע או באותה דוגמא של אחות היושבת בסמוך למיטתו של חולה, שהובאה באמרת אגב בפסקי הדין בעניין נימץ ומחטאוי. לעומת זאת, מקום בו קיים ריחוק מהותי בין הגדרת תפקידיו של העובד לבין מעשיו בשעות שבמחלוקת, אפשר ששעות אלה לא יוכרו כשעות עבודה, כפי שאכן נקבע בעניין אגד הנ"ל. הגישה הרביעית המוצאת ביטוי בפסיקת בית-הדין

לעבודה, ואשר נפנה אליה מייד, יוצאת מן ההנחה לעניין זה כי תפקידם המרכזי של העובדים הסיעודיים הוא להשגיח על המטופל. תפקיד זה נמשך על פני היום כולו ואין מקום להבחנה בין "עבודה בפועל" לבין "השהות במקום העבודה", שכן העובד מבצע את תפקידו העיקרי, שהוא ה"עבודה בפועל", כל זמן שהותו בבית המטופל. גישה זו ממחישה את הקושי הכרוך ביישום הפשטני של החוק.

#### הגישה הרביעית

20. הגישה הרביעית סוברת, כאמור, כי החריגים הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה אינם חלים בעניינם של העובדים הסיעודיים ויש לראות בכל השעות שבהן אין הם חופשיים לעשות כרצונם שעות עבודה. נראה שגישה זו עולה בקנה אחד עם הפרשנות באשר לאותם חריגים, כפשוטה, אולם דווקא בה טמונים הקשיים הגדולים ביותר. ואכן, העותרת עצמה אינה מחזיקה בגישה זו, אף שזו הגישה שלכאורה משרתת בצורה הטובה ביותר את עניינה. הקושי המרכזי בגישה הרביעית נובע מכך שהיא מבקשת להחיל רק מקצת מן ההסדרים הקבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה על עניינם של העובדים הסיעודיים. בהנחה שהחריגים לחוק אינם חלים על העובדים הסיעודיים, אזי מתכונת עבודתם – כל כולה – עומדת בסתירה לחוק בשני מובנים – ראשית, היא חורגת ממכסת שעות העבודה הקבועה בו, גם לאחר קביעתו של ההיתר הכללי להעבדה בשעות נוספות לכלל העובדים, התשל"ד-1974; שנית, לא ניתן במסגרתה תשלום עבור עבודה בשעות נוספות. מבין שתי החריגות הקושי העיקרי, ביחס לעובדים הסיעודיים, טמון, כאמור, בתבנית ההעסקה עצמה, שבמסגרתה מצויים העובדים הסיעודיים במקום עבודתם במשך שישה ימים ולילות בשבוע. חרף זאת אין העותרת מתייחסת לקושי הראשון והעתירה נתמקדה בשאלת הזכאות לתשלום עבור שעות נוספות, שאלה שהיא אך תוצר לוואי של השאלה העיקרית ונגזרת ממנה. 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.

21. כאמור, מטרתו המרכזית של חוק שעות עבודה ומנוחה נסבה על השמירה על כבודו ורווחתו של העובד, על הבטחת האיזון המתאים בין שעות עבודה לשעות הפנאי, ועל עיגון חירותו של העובד לעשות לעצמו בחלק משגרת יומו. הבטחת התשלום עבור

השעות הנוספות היא, לכל היותר, מטרה משנית של החוק, כלי שנועד ליצור תמריץ שלילי להעסקה בשעות נוספות. תבנית ההעסקה הנוכחית של עובדים בתחום הסייעוד לא מאפשרת לשמור על האיזון המתבקש בחוק, משום שהיא יוצרת מצב שבו חייו של העובד קשורים קשר בל יינתק אל מקום העבודה במשך החלק הארי של שגרת ימיו (ולילותיו). מדובר בתבנית עבודה שבה, לא פעם, "קשור" העובד הסייעודי למטופל עשרים וארבע שעות ביממה במשך שישה ימים בשבוע. כבילה זו, כלומר הצורך של העובד להיות זמין בכל רגע נתון, שוללת מהעובד את חירותו לעשות לעצמו ומטילה עליו מגבלות משמעותיות מאד בחיי היומיום. היעדר החירות מהווה מחיר לא מבוטל שמשלם העובד עבור האפשרות להתפרנס. מספרם המועט של אזרחי המדינה שמוכנים לשמש עובדים סיעודיים במתכונת העבודה הנוכחית מהווה אינדיקציה מסוימת למחיר הכבד הכרוך בעבודה זו ולנכונות החריגה של מקצת העובדים הזרים לעשות ימיהם ולילותיהם בחברתו של מטופל הסובל מנכות קשה.

ניתן לתמוה על כך ששאלת עצם חוקיותה של מתכונת העבודה הזו לא הועלתה לפני הערכאות השונות, בעוד שהשאלה המשנית של התשלום בגין שעות נוספות עלתה לדיון מספר רב של פעמים. תמיהה זו עשויה להתגבר לאור העובדה שהעותרת, המיוצגת כאמור על ידי ארגון קו לעובד, העלתה בעתירתה טענות לא רק לגבי פרשנותו הצרה של חוק שעות עבודה ומנוחה, אלא גם לגבי תנאי העבודה הקשים של העובדים הזרים הסייעודיים, ואף הקדישה חלק נרחב מן העתירה לתיאור פגיעות שמהן סובלים העובדים הזרים הסייעודיים, ואשר אינן קשורות לתנאי ההעסקה שלהם. יתר על כן, גם בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לא הוזכרה כל הסתייגות ממתכונת עבודתם של העובדים הסייעודיים (וראו בהקשר זה של מתן יד להעסקה בלתי חוקית בג"ץ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (לא פורסם, 22.4.2009)).

אין זאת כי אם שאי ההתייחסות לשאלת התאמתה של מתכונת העבודה למכסת השעות הקבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה נובעת מתוך אמונה של הגורמים השונים שהופיעו לפנינו כי המדובר במתכונת עבודה הכרחית. אמונה זו נובעת מתפיסה שמתכונת העבודה של העובדים הסייעודיים משרתת במידה רבה את עניינם של העובדים ושל המטופלים גם יחד. על חשיבותה של מתכונת העבודה לציבור המטופלים הסייעודיים עמדתי בדברי ביחס לחריג ה"אמון האישי". אשר לעובדים הסייעודיים, מדובר, כאמור, ברוב המוחלט של המקרים, בעובדים זרים. עובדים אלה עוצרים את מהלך חייהם הרגיל לפרק זמן קצוב שבו הם מבקשים להשתכר סכום גדול יחסית ככל האפשר על מנת לשפר את מצבם הכלכלי, לחסוך כסף ולאחר מכן לשוב, בדרך כלל, לארצות המוצא. מתכונת עבודה המשלבת בין מגורים, פנאי ועבודה עשויה

להיות במקרים רבים מתכונת רצויה, שכן היא חוסכת עבורם חלק משמעותי מעלויות הדיור והמזון (ראו בהקשר זה בתקנות עובדים זרים) (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים), תש"ס-2000 (להלן: תקנות עובדים זרים)). בכך מאפשרת העבודה בתחום הסיעוד לעובדים הזרים לממש את המטרה המרכזית של שהותם בארץ – שיפור גדול ככל האפשר של מצבם הכלכלי לעתיד.

22. 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. ואכן, באותם מקרים להם נדרש המחוקק בעבר נקבע (בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה) כי החוק אינו חל על "עובדי המדינה שתפקידם מחייבם לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות", על "יורדי ים ועובדי דיג" ועל "אנשי צוות אוויר". ודוק: עבודות אלה, המחייבות עבודה במשך שעות ארוכות, הוצאו מתחולת החוק כולו, כולל ההוראות לעניין חובת התשלום עבור שעות נוספות, ולא רק מגדר ההגבלות על היקף שעות העבודה המותרות.

החוק הוא מקשה אחת, בעל מטרות משותפות המושגות על ידי שילוב של כלל ההסדרים הקבועים בו. זו העמדה העולה מההוצאה של החריגים בסעיף 30 מתחולת החוק כולו, ואין לנקוט בגישה אחרת בענייננו. ייתכן כאמור כי העובדה שאיש מבעלי הדין אינו משיג על מתכונת העבודה בתחום הסיעוד נובעת מתחושה שהעבודה בתחום זה, במתכונתה הנוכחית, היא הכרחית לאור מכלול השיקולים וכי היא נמנית על סוג העבודות שההסדרים לגבי היקף שעות העבודה בחוק אינן נותנות להם מענה ראוי. בענייננו לא התבקשנו, כאמור, להכריע בשאלת התאמתה של מתכונת העבודה הכוללת לחוק שעות עבודה ומנוחה. אולם עצם ההנחה שמתכונת העבודה בתחום הסיעוד כשלעצמה מותרת מלמדת, מניה וביה, כי אין חוק שעות עבודה ומנוחה חל בתחום זה שעל-פי מהותו מבטא חריגה רבתי מן ההסדרים הקבועים בחוק. הנחה זו עצמה חייבת להשליך גם על שאלת "תשלום בגין השעות הנוספות", שאין לסמנה "בעיפרון כחול"

ולהחילה על תחום הסיעוד בעוד ששאלת עצם תחולת החוק בסוגייה זו עומדת בספק. תכופות מקדימה המציאות, ובענייננו המציאות התעסוקתית, את החקיקה והדרך לגשר על הפער הזה היא באמצעות חקיקה כוללת וקוהרנטית.

23. החלה בלתי קוהרנטית של מקצת מהוראת החוק מתעלמת גם מן התוצאות הקשות הכרוכות בגישה זו. המשיבים העלו שיקולים חשובים כנגד הטלת חיוב לתשלום שעות נוספות במתכונת העבודה שבפנינו. 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 אוכלוסיה 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. החשש מפני הפקרת המטופלים הסיעודיים לגורלם עמד בבסיס עמדתו של השופט פליטמן בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה.

24. אכן, הצורך להתחשב באינטרסים ובצרכים של המטופלים הסיעודיים אינו יכול, כשלעצמו, להצדיק פגיעה בקבוצה מוחלשת אחרת. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' א' לוי בבג"ץ 4542/05 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.3.2006) (להלן: עניין קו לעובד):

התכלית 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. היא איננה הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בחירותו של האחר (שם, פסקה 60 לפסק-דינו).

בה בעת, נראה כי אין ולא יכולה להיות מחלוקת במקרה זה, כי יישום הגישה הרביעית שבפסיקת בתי-הדין לעבודה מעוררת חשש ממשי מפני פגיעה באינטרסים של העובדים הסיעודיים עצמם, שכאמור, הם ברובם המוחלט עובדים זרים. אפשר שברקע העמדה המשפטית שהוצגה על-ידי העותרת והמסתייגת מן הגישה הרביעית עומדת האפשרות שמספר המעסיקים הפוטנציאליים של עובדים סיעודיים יקטן לאור השאת

העלויות הכרוכה בהעסקה זו (זו העמדה שעולה מדו"ח הצוות הבין משרדי לבחינת ענף הסיעוד משנת 2006, אשר צורף כנספח לעתירה). אפשרות זו עשויה לפגוע לכאורה באינטרסים של העובדים הזרים אשר תנאי ההעסקה הנוכחיים שלהם עולים, ברגיל, על תנאי ההעסקה בארצות מוצאם. אפשר גם שמתכונת ההעסקה הנוכחית, שספק כאמור אם היא עולה בקנה אחד עם הוראות החוק, רצויה עבור עובדים זרים רבים המבקשים לחסוך עלויות מגורים ומחיה, ולעבוד במשך פרק זמן קצוב על מנת לשגר לשלוח סכומים משמעותיים מבחינתם למשפחתם שנשארה בארצם.

מכל האמור לעיל עולה כי התפיסה שיש לחייב בתשלום שעות נוספות בעניינם של העובדים הסיעודיים בהעדר התייחסות לעצם חוקיותה של תבנית העסקתם – אין לה מקום.

חוקי המגן, עובדים זרים סיעודיים והצורך בחקיקה

25. 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 ממהר 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.

העמדה המקובלת ביחס לחוקי המגן היא כי מדובר בחוקים קוגנטיים ואין לסטות מהם גם אל מול טענה כי יש בהחלתם כדי לפגוע "בטובתו" של העובד (ראו דברי השופט מ' חשין בעניין קו לעובד, בפס' 6 לפסק-דינו). התפיסה של חקיקת המגן כמגינה על ערכים אוניברסליים שאין אפשרות לסטות מהם הובעה לא אחת גם בספרות המשפטית (ראו גיא מונדק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423 (2004); עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" משפט וממשל י 273 (2006)). גם אמנה 97 של ארגון העבודה העולמי בדבר עובדים מהגרים (שנחתמה ואושרה ביום 30 במרץ 1953) קובעת כי אין להפלות מהגרי עבודה ביחס לאזרחי

המדינה בהסדרי השכר ובאופן ספציפי מצויינים בהקשר זה, בין השאר, הסדרים הנוגעים לשעות עבודה נוספות.

26. כשלעצמי, איני משוכנע שמדובר בעמדה אשר לעולם אין להרהר אחריה. אנו חיים במציאות מורכבת ובלתי אידיאלית ויש להתחשב בכך כאשר ניגשים לבחינת אפשרות החריגה מהוראות חוקי המגן כשזו נדרשת לשם הגנה על האינטרסים של העובדים הזרים עצמם. אינטרסים אלה והמציאות הייחודית של העבודה בתחום הסיעוד, עשויים לשמש בסיס לעמדה כי כינונו של הסדר שונה בעניינם נובע מהבחנה מותרת ולא מאפליה אסורה. יש לזכור כי המדינה יכולה לפקח על שוק העבודה המקומי אך אין לה כל אפשרות לפקח על שוק העבודה העולמי ועל תנאי העבודה הצפויים לעובדים הזרים בארצות מגוריהם. חובה עליה להביא לתוצאה המיטבית מבחינת עניינם של העובדים הזרים ובעניין זה יש להתחשב גם במבחן התוצאה ובמתן האפשרות לעובד לבחור בתנאי העבודה המיטביים בהשוואה לכל אופציה אחרת.

על הבעייתיות הכרוכה באלטרנטיבה הצפויה לעובדים הזרים שלא יעבדו בישראל עמדתי בבג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 19.9.2007), וצינתי כי:

לבסוף אציין כי בחינת נפקותה האופרטיבית של חוות דעתו של חברי מעלה את השאלה אם אמנם תתקבל התוצאה המוצעת, האם יוטב מצבם של עובדי יילמזלר? מאחר שביטול מדיניות השמים הפתוחים אינה עומדת עוד על הפרק, קבלת עמדתו של חברי משמעה ביטול הסכם האופסט, וכפועל יוצא מכך – שלילה מוחלטת של האפשרות, שניתנה בידי עובדי יילמזלר, להרוויח את מטה לחמם בישראל. דומני, בהתחשב במצבו הקשה של שוק התעסוקה התורכי, עליו עמד גם חברי בחוות דעתו, כי פגיעתה הממשית של החלטה כזו בעובדי יילמזלר תהא קשה ביותר, ותעלה עשרות מונים על החששות התיאורטיים שמעלה חברי בחוות דעתו. עניינם של העובדים הזרים וטובתם הם שעומדים בראש מעייניה של החלטתי (שם, פס' 18 לפסק-דין).

ישום חוקי המגן באופן הגורע בפועל מרווחתם של המועסקים הוא יישום שיש בו ממידת האבסורד. יש לציין בהקשר זה כי לאור חוקי ההגירה הנוכחיים במדינת ישראל אין מדובר במהגרי עבודה אלא בעובדים הבאים לתקופה קצובה; לאור הסיטואציה הייחודית הקיימת במדינה ספק אם מציאות זו תשתנה בקרוב. משפחותיהם



של העובדים הסיעודיים הזרים שוהות ברגיל בארצות מגוריהם. גם לעבודה זו יש השפעה הן על הנטל הכלכלי הנוגע לדאגה לרווחתם הן על האיזון הנדרש בין פנאי לעבודה. אכן, מציאות זו משקפת הסדרים שאינם אידיאליים, והשאיפה היא שהסדרים אלה ישופרו בדרך של חקיקה מתאימה.

ברי כי אין לתת בשום פנים לגיטימציה לחוזי התעמרות, אף אם תנאי העבודה תחתיהם טובים מן האלטרנטיבה הצפויה לעובד בארץ מוצאו. לעומת זאת, אין לראות בהכרח במספר שעות העבודה הקבוע בחוק אמת מידה המייצגת את האיזון המוחלט או היחיד בין פנאי לעבודה. החוק עצמו כולל חריגים המשקפים את הצורך בגמישות מסוימת בקביעת שעות העבודה. עם זאת, ייתכן שטשטוש מוחלט בין עבודה לפנאי פוגע בעובד פגיעה כה קשה עד כי אין להתיר זאת. קו הגבול במקרים אלה אינו חד, ויש ללכת במשעול זה בזהירות רבה, על מנת שלא ייפגעו כבודם וזכויותיהם של העובדים מעבר לגבול הסבירות. יש לזכור בהקשר זה כי ההסדרים בחוקי המגן הם פטרנליסטיים באופיים, ומדובר בחריג לגישה הליברלית השלטת בתחום הפרטי. הדבר מצביע מצד אחד על החשיבות הרבה שבהבטחת תנאי עבודה ראויים ועל החולשה המובנית של העובדים אל מול המעסיקים, אך מצד שני הוא גם רומז לנו כי עלינו לבחון את ההסדרים השונים במשנה זהירות – כל הסדר לגופו.

האיזון המדויק בין הצורך בהבטחת תנאי עבודה נאותים לעובדים הזרים בתחום הסיעוד לבין ההכרה בחשיבות השמירה על האינטרסים של העובדים והמטופלים, צריך להיקבע במסגרת הסדר חקיקתי מפורש בסוגיה העומדת על הפרק, אשר כפי שהודיע היועץ המשפטי לממשלה, שוקדים בימים אלה על הכנתו במשרד התמ"ת, ויפה שעה אחת קודם. בהסדר שייקבע ניתן יהיה ליצור גם פתרונות ביניים, כגון זה שנקבע בעניין טווראנג'אן, ואשר היום אין להם עיגון בחקיקה הקיימת. יצוין בהקשר זה כי המחוקק כבר נדרש בעבר לתבנית ההעסקה הייחודית של עובדים זרים ולקשיים הכרוכים בה, בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ובתקנות שהותקנו מכוחו. כך, למשל, נקבעו סכומים מקסימליים לניכוי הוצאות המגורים משכרו של העובד הזר בתקנות עובדים זרים. ניכוי זה נמוך, בדרך כלל, משיעור הניכוי המקסימאלי המתאפשר, בהסכמה, לפי ההסדר בסעיף 3 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. ההסדר החקיקתי שיקבע בעניין, כפי שעולה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יסדיר את הסוגיה בכללותה ויביא בחשבון גם את השכר המגולם במגורים ובמחייה המסופקת לעובדים.

27. ההתייחסות לסוגיה שבפנינו כאל סוגיה "רגילה" של יחסי עובדים ומעסיקים עושה עוול ל"עובדים" ול"מעסיקים" כאחד. תרומתם של המטפלים הסיעודיים הזרים

לחברה הישראלית בכלל, ולמטופלים הסיעודיים, ברובם קשישים, בפרט, לא תסולא בפז. בעבור רבים מן המטופלים אותם מטפלות ומטפלים הם החוט השברירי המקשר אותם אל החיים עצמם. מלאכי ארץ אלה, שבצד הקושי שהם עצמם חווים מחמת הניתוק מארצם וממשפחתם, משכילים, במזגם הטוב ובמסירותם, להקל ממצוקתם של המטופלים הנאחזים בהם כקש על מנת לשרוד. הם שמבטיחים את שארית איכות החיים ממנה נהנים המטופלים. סעד פיזי ונפשי זה מתאפשר ל"מעסיקים", המטופלים הקשישים, שמרביתם נאבקים גם על עצם קיומם הכלכלי, כל עוד יש בכוחם לשאת בעלות הכספית הכרוכה בסיעוד. 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. למותר לומר, כי כשיתמעטו מטופלים שידם משגת לשאת בהוצאות הסיעוד, תחסם גם בפני המטופלים הסיעודיים אפשרות העבודה בישראל.

28. ראוי שימצא איפוא הסדר חוקי שיבטיח שכר הולם ותנאי עבודה מיטיבים למטופלים הסיעודיים. כשלעצמי סבור אני כי עובדים אלה זכאים לשכר שאינו נגזר משכר המינימום המשתלם בגין יום עבודה רגיל. ההסדר המתבקש צריך שיביא בחשבון את המציאות החורגת מן המסגרת הרגילה של יחסי העבודה. ראוי כי המחוקק שבידיו הכלים לכך, יציע, כפי שהדבר נעשה ברבות מהמדינות היום, מסגרת חוקית מתאימה, קוהרנטית שאינה נזקקת לפרושי דרש, המביאה בחשבון גם את הצורך לשמור הן על עניינם של העובדים והן על עניינם של המטופלים, והמתאימה עצמה לסוג מיוחד זה של "עבודה" – עבודת קודש.

ואכן, בדרך זו, של חקיקה מפורשת המסדירה את הנושא, הלכו מספר מדינות שנדרשו לעניין. כך, למשל, בארצות הברית הוצאו העובדים הסיעודיים במפורש מתחולת החוק לעניין שעות נוספות ושכר מינימום בהוראה מפורשת: 29 U.S.C. § 213(a)(15), אשר קובעת:

(a) Minimum wage and maximum hour requirements:

The provisions of section 206 (except subsection (d) in the case of paragraph (1) of this subsection)

and section 207 of this title shall not apply with respect to—

(15) 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);

בקנדה ההסדרה החקיקתית בנושא שונה בכל אחד מן המחוזות. עם זאת, נראה כי באף אחד מן המחוזות לא הוכרה האפשרות שעובדים סיעודיים לא יקבלו שעות נוספות מכוח החריגים הכלליים בלבד. כך, אף על פי שבמספר מחוזות קבועים חריגים הדומים לאלה הקבועים בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, כאשר הוצאו העובדים הסיעודיים מתחולת החוק נעשה הדבר במפורש, בסעיף ספציפי. במחוז קוויבק, למשל, נקבע כי החוק אינו חל על עובדים סיעודיים בסעיפים 3(2) ו-54(9) ל-An Act Respecting Labor Standards; במחוז אלברטה הותקנו תקנות הקובעות הסדר ספציפי בעניינם של עובדים סיעודיים, המאפשר את העסקתם בשעות נוספות ומעניק להם תשלום חלקי עבור שעות אלה (סעיפים 43.1-43.6 ל-Employment Standard Regulation (Alberta Regulation 14/97)); גם במחוז מניטובה נקבע הסדר ספציפי של תשלום חלקי בעניינם של עובדים סיעודיים (ראו: סעיף 16 ל-Employment Standard Regulation (Manitoba regulation 6/2007)).

29. סיכומו של דבר: 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. מדברים אלה עולה, כאמור, כי ספק אם מתקיים בענייננו התנאי הראשון להתערבותו של בג"ץ בפסקי דין של בית הדין לעבודה ומכל מקום, לא מתקיים התנאי השני – שכן נראה

שהצדק מחייב דווקא שלא נתערב בפסק הדין. העתירה נדחית ובכך מתפנה המקום הראוי למחוקק שכאמור "בימים אלה" שוקד על הסדרת הסוגיה על כל היבטיה.

העתירה נדחית. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

**המשנה-לנשיאה**

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

**ש ו פ ט ת**

השופט ח' מלצר:

אני מסכים לפסק דינו הממצה של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין.

**ש ו פ ט**

**הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.**

**ניתן היום, י"ב בכסלו התש"ע (29.11.2009).**

**ש ו פ ט**

**ש ו פ ט ת**

**המשנה-לנשיאה**