

## שוויון והפליה בעבודה לקהילה הלהט"בית

מאת

אמיר פז-פוקס ורויטל טרנר\*

### א. מבוא

המאבק לשוויון אזרחי וחברתי של קהילות מופלות התחיל במדינות שונות בתחומים שונים. בארצות הברית היו מאבקים עזים על שוויון גזעי בתחום הדיור והתחבורה; באנגליה התמקד המאבק לשוויון מגדרי בתחום החינוך בבתי הספר ובאוניברסיטאות; בישראל, השוויון התעסוקתי – בקבלה לעבודה, בשכר ובתנאים, בקידום ובהחלטה לסיים העסקה – ניצב בחזית מאבקה של התנועה לשוויון על רקע דת, גזע, מין, השקפה וגם – נטייה מינית. כך, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 היה הראשון לקבוע הוראה כללית האוסרת הפליה במשפט הפרטי בישראל.<sup>1</sup> לכאורה, הדבר אינו אמור להפתיע. "מבין המוסדות החברתיים שעשויים לעצב את מדינת הרווחה או להיות מעוצבים על ידה", מסביר אספינג-אנדרסון, "עבודה, תעסוקה ושוק העבודה הם כנראה החשובים ביותר".<sup>2</sup> חשיבותה של עבודה לאדם ברורה מאליה. לרוב המכריע של האנשים היא המקור העיקרי להכנסה חומרית. נוסף על כך, רוב האנשים העובדים מבלים את החלק המכריע של שעות הערות שלהם במקום העבודה; מכוח עובדה זו, במקום העבודה מעוצב קשר משמעותי בינם לבין החברה בכללותה. השאלה "מה אתה עושה בחיים?" מובנת בדרך כלל, בעברית ובשפות אחרות, כזוהי לגמרי ל"במה אתה עובד?". תשובה כגון "אני אוהב ללכת להופעות של להקת אינדי", "אני מפסל בחימר" או "אני רץ מרתונים" תישמע לא מספקת. העבודה והשכר שבצדה מעידים, על כן, לא מעט על הזהות החברתית של האדם: האם היא בפנים או בחוץ (insider or outsider)? האם הוא מתקדם או נסוג בסולם החברתי? האם הוא חלק מהזרם המרכזי (עובד מגזר ציבורי)? ביקורתי כלפי האתוס הכללי (מנהלת עמותה לזכויות אדם)? ועוד.

תופעה זו כללית למדי, ולו במדינות המערב, ואינה ייחודית לישראל. כך, בספרה הקצר אך החשוב על אזרחות (citizenship) מציינת ג'ודית שקלאר שתי פעולות – הצבעה והכנסה מעבודה – כיסודות

\* בהתאמה: מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת סאסקס; רשמת בית הדין לעבודה בנצרת. הכותבים מודים לעינת אלבין, לגיא דוידוב ולאלון הראל על הערות חשובות ומועילות. כמו כן, תודה מיוחדת לחברי המערכת על הסבלנות, הרצינות והתרומה המשמעותית לקידומו של הפרק.

1 נילי כהן "שוויון" מול חופש החוזים" המשפט א 131, 142 (1993).

2 GOSTA ESPING-ANDERSEN, THE THREE WORLDS OF WELFARE CAPITALISM 141 (1990).

המכוננים את האזרחות האמריקנית.<sup>3</sup> לא מקרה הוא ששקלאר בחרה במודע במונח "הכנסה מעבודה" (earning) ולא, למשל, "עבודה" (work, labour). עבודה מחוץ ל"שוק העבודה" – בבית, בטיפול בילדים או בהורים קשישים, בהתנדבות – אינה עומדת בקריטריון הנדרש ל"הכלה חברתית" (social inclusion).<sup>4</sup> לדברי שקלאר, הכנסה מעבודה היא הצד המשלים של הצבעה בבחירות – שניהם סימנים של אוטונומיה ועצמאות.<sup>5</sup> כך, לא במקרה נשללה באנגליה הוויקטוריאנית הזכות להצביע מעניים אשר נסמכו על קצבאות, בנימוק שהם תלויים (dependent) ולא עצמאיים (independent).

מה מסביר את החשיבות של עולם העבודה במסגרת המאבק לשוויון בישראל? ייתכן שההסבר טמון בחלקו בכך שמראשית ימי הציונות, ובראשית ימי המדינה, לא התבססה התפיסה שלפיה אדם מצופה להתמודד ככל יכולתו עם התנאים והאילוצים של "השוק החופשי". המוסדות הציוניים, ולאחר מכן רשויות המדינה, לא בחלו בהצהרה וביישום של מדיניות תעסוקתית, קרי עיצוב שוק העבודה באופן שיגשים מטרות חברתיות וערכים ציבוריים. ערכים אלו היו לעתים פטרנליסטיים ופטריוארכליים, כמו במקרה של חוקי המגן בשנות החמישים אשר אסרו על העסקת נשים בלילה, למעט במקומות עבודה מוגדרים.<sup>6</sup> כמו כן, נשמעו קולות חזקים וברורים הדוגלים בהעמדת חופש החוזים כזכות חוקתית, הכוללת בקרבה גם את "הזכות להפלות".<sup>7</sup>

אנו מוצאים אפוא שגם תפיסה מתקדמת פחות קיבלה ביטוי במסגרת ההסדרים הנוהגים בשוק העבודה. מכאן שניתן היה להסביר בדיעבד גם תוצאה הפוכה, קרי שכוחות שמרניים ימנעו את החלתו של עקרון השוויון דווקא בעולם העבודה ושאוכלוסיות מודרות, ובהן מי שמופלה על רקע מין ונטייה מינית, לא יצליחו לחדור את החומה הבצורה של השמרנות החברתית דווקא בספרה המשפטית-כלכלית, שבמסגרתה באים ערכי הרוב לידי ביטוי מובהק. ואולם, לא כך התפתחו הדברים.

ככדי לעמוד על הסוגיות המרכזיות שבבסיסו של פרק זה נסקור תחילה בקצרה את הוראות החוק ופסקי דין מרכזיים העוסקים באיסור על הפליה מינית ביחסי עבודה. לאחר מכן נדון בפרשת דנילוביץ'

3. JUDITH SHKLAR, AMERICAN CITIZENSHIP: THE QUEST FOR INCLUSION 84 (1991)

4. Guy Mundlak, *The Right to Work – The Value of Work*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS 341, 351 (2008).

5. SHKLAR, לעיל ה"ש 3, בעמ' 64.

6. חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954.

7. ראו הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" משפטים לא 269, 275 (2001). ראוי לציין כי השופט ויתקון כתב כי אדם פרטי רשאי, במסגרת חופש ההתקשרות, "להפלות בין בני דת, גזע, ולאום למיניהם ובין גבר לאשה, ואין איש פוצה פה ומצפצף" (אלפרד ויתקון "הרשות הציבורית בפעולותיה בתחום המשקי-האזרחי" משפטים יא 304, 306 (1981)). ודברים דומים כתב גם השופט אלון, בפרשת בית יולס: "אזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני [...] ואפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים" (ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, פס" 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1989)). ואולם, אם נעביר את הדיון מההקשר הכללי (תחולת עקרון השוויון במשפט הפרטי) אל ההקשר הקונקרטי של חוזה העבודה, ייתכן שגישתם של השופטים ויתקון ואלון הייתה שונה. כך, לשם ההשוואה, מעולם לא נכתבה בפסק דין ישראלי העוסק בשוויון בתחום העבודה קביעה הדומה לזו של לורד דייווי: "An employer may refuse to employ [an individual] for the most mistaken, capricious, but [that individual] has no right malicious or morally reprehensible motives that can be conceived, of action against him" (Allen v. Flood [1898] A.C. 1 (H.L) 172 (appeal taken from Eng.)).

כציר מרכזי של הדיון בנטייה מינית בתוך מקומות עבודה.<sup>8</sup> החלק הבא עניינו הטמעת עקרון השוויון אל הוראות החוק העוסקות בזכויות הוריות. המחוקק הישראלי עיגן במשך השנים זכויות רבות המאפשרות לנשים ולגברים לאזן בין רצונם בהקמת משפחה לבין רצונם או הצורך שלהם להשקיע זמן לא מועט בשוק העבודה. זכויות אלו מנוסחות לעתים באופן המתנה את הזכויות בהתנהלות מצד בן הזוג, בעוד הזוגיות לצורך העניין מוגדרת כזוגיות של בני זוג הטרוסקסואלים. אם כן, נדרשת מלאכת פרשנות על מנת להתאים את הוראות החוקים השונים לזוגיות הלהט"בית בכדי לאפשר לבני זוג בני אותו המין ליהנות מאותן זכויות באופן שווה. לבסוף, בחלק האחרון של הפרק נדונים שלושה אתגרים עתידיים של המאבק לשוויון על רקע נטייה מינית ביחסי עבודה: הפליה על בסיס זהות מגדרית, הפליה במקומות עבודה קטנים והפליה על בסיס מראה.

### ג. החיים לפני פרשת דנילוביץ': היסטוריה קצרה של איסור הפליה מינית ביחסי עבודה

הדרך הארוכה לשוויון על רקע נטייה מינית התחילה כמובן במאבק לשוויון בין המינים, קרי בשוויון בין גברים לבין נשים. תחילת הדרך הייתה מבטיחה. האימוץ של אתוס שוויוני בתחום העבודה בין גברים לנשים (יהודים ויהודיות) בשנים הראשונות למדינה בא לידי ביטוי בהקמת מוסדות ובחקיקה ראשית. הוא הוביל להקמת נעמ"ת במסגרת ההסתדרות הכללית, אחד מארגוני הנשים הגדולים ביחס לאוכלוסייה שהוא משרת, וככלל – מיצב את ישראל בחזית המדינות המקדמות שוויון על רקע מין.<sup>9</sup> עוד יש לציין כי כבר בשנת 1959 קבע חוק שירות התעסוקה איסור הפליה (של לשכת התעסוקה) על רקע גיל, מין, גזע, לאום, ארץ מוצא, השקפה או מפלגה.<sup>10</sup> אמנם תחולת סעיף זה הייתה מוגבלת רק לקשירת חוזה העבודה ולא לתנאי העבודה, אולם העילות המהוות הפליה (בעיקר גיל והשקפה) הקדימו מדינות אחרות בעשרות שנים. שנים מספר מאוחר יותר עיבה את תחומי השוויון חוק נוסף, שקבע דרישת שכר שווה לעובדת ולעובד "באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה".<sup>11</sup> ואולם, התקדמות מהירה זו בתפיסת השוויון ובהגנה עליו הואטה, ואולי אף נעצרה, דווקא בשעה שמדינות אחרות אימצו חקיקה ומדיניות עקבית ובוטחת המקדמות שוויון תעסוקתי בסוף שנות השישים ובשנות השבעים.<sup>12</sup> התפתחות דיני החוזים בישראל, והקשר ההדוק בינם לבין דיני העבודה (שהרי חוזה העבודה הוא, ככלות הכול, חוזה, גם אם בעל מאפיינים מיוחדים), הביאה אתה את

8. במובן מסוים, פרשה זו סתמה את הגולל על הפליה ישירה על רקע נטייה מינית, ובשנים שעברו מאז נדמה שהתקבעה התודעה החברתית והמשפטית שהפליה ישירה במקום העבודה על רקע נטייה מינית היא פסולה. ברם, מובן שאין בכך כדי לומר שפסק הדין טיפל באופן מקיף בכלל הסוגיות הרלוונטיות לנטייה מינית, זהות מינית וזהות מגדרית במקום העבודה, ונראה שגם אין לצפות זאת מפסק דין אחד, ואולי אף מהמערכת המשפטית בכללותה. על כן, בחלק זה נבחנות העמדות שהובעו בו בערכאות השונות כדי לעמוד על האופן שבו ניתן להבינן לקראת האתגרים העתידיים אשר כבר החלו להגיע לפתחם של בתי הדין לעבודה.

9. פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241, 247 (1994).

10. ס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.

11. חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964.

12. משל באנגליה: Sex Discrimination Act, 1975, c. 65 (Eng.); Race Relations Act 1965, c. 73 (Eng.).

הפזילה ל"גישה הקלאסית" ואת העצמת החשיבות של "חופש החוזים", הכולל את האפשרות של צדדים שלא לכרות חוזים כלל, בין השאר מטעמים מפלים.<sup>13</sup> חוק השוויון הכולל והמשמעותי הבא – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה<sup>14</sup> – פיצה, במידה מסוימת, על שני עשורים אבודים. הוא הוגבל כמובן לעולם העבודה וכן אסר הפליה בין עובדים ובין דורשי עבודה רק במספר מצומצם של עילות: מין, היותם נשואים והיותם הורים.<sup>15</sup> התיקון הראשון להסדר זה, והרלוונטי לענייננו, התקבל כבר בימים הראשונים של שנת 1992, אז הוסף האיסור על הפליה מחמת נטייה מינית לרשימת העילות המהוות הפליה בעבודה.<sup>16</sup> אף שההוראה חלה, כמובן, רק בתחום דיני העבודה, ניתן ללמוד על מרכזיותם של אלו לחיי האדם בכלל גם מדברי מציעיה. כך, ציינה יושבת ראש ועדת העבודה והרווחה, אורה נמיר:

קבלת הצעת החוק תתרום, כך אני מקווה, למתן יחס שיוויוני לנשים ולגברים ללא תלות בנטייתם המינית, תאפשר להם לחיות לפי נטיותיהם המיניות כאזרחים שווים לכל דבר, ותעניק להם את ההגנות המשפטיות שזוכה להן כל ציבור אחר.<sup>17</sup>

על רקע חקיקה זו הגיעה לבתי הדין לעבודה, ולימים לבית המשפט העליון, תביעתו של יונתן דנילוביץ'.

### ג. הפרשה הטרוויאלית והמונומנטלית של יונתן דנילוביץ'

פרשת דנילוביץ' נכללת בדברי הימים של המשפט החוקתי הישראלי כמקרה מופתי, חגיגי, של יישום עקרון השוויון. בתוך כך, היא הוצאה לחלוטין מההקשר הקונקרטי שלה, הכולל תביעה במסגרת יחסי עבודה, על רקע הסכם קיבוצי מפלה, מחד גיסא, וחקיקה האוסרת הפליה, מאידך גיסא. עם זאת, דווקא במקומות שבהם להלכת דנילוביץ' הייתה יכולה להיות השפעה ממוקדת יותר (בהקשר להט"ב, וברדני העבודה), תחולתה אינה מורגשת בעוצמה שניתן היה לשער. כדי לעמוד על תהליך מעניין זה, ראוי לנצל את ההזדמנות ולפרוס את השתלשלות העניינים בפרשה.

13 כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 132. אמנם בדב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר נ' חזין, פד"ע ד 365 (1973) פסל בית הדין הארצי הוראה בהסכם קיבוצי אשר הגבילה את איוש התפקיד של דייל-כלכל אך ורק לגברים, אך רק יותר מעשור מאוחר יותר אמר בית המשפט העליון את דברו בהקשר זה. בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) קלט בית המשפט העליון את עקרון השוויון אל תוך המשפט הפרטי בפוסלו הוראה בהסכם קיבוצי של הסוכנות היהודית הקובעת גיל פרישה שונה לגברים ולנשים, בהיותה סותרת את תקנת הציבור.

14 אם כי קדם לו חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987.

15 ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

16 שם (ההדגשה הוספה). מאז תיקון זה, התרחב סעיף 2 באופן ניכר, בכמה תיקונים, ונוסחו העדכני הוא: "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים [...] לרבות מחמת תדירותו או משכו [...]".

17 ד"כ 109, 109 (התשמ"ח).

על פי ההסכם הקיבוצי בחברת אל-על ניתנה לכל עובד זכות לקבל כרטיס טיסה חנים, אחת לשנה, עבור "בן/בת זוגו". בשנת 1988 פנה יונתן דנילוביץ', דייל בחברה, למעסיקתו בבקשה לקבל כרטיס טיסה כאמור עבור בן זוגו, שעמו ניהל משק בית משותף. חברת אל-על סירבה בתחילה, ולאחר מכן נעתרה "לפנים משורת הדין" ו"באופן חד-פעמי". ואכן, החברה עמדה במילתה: ההטבה ניתנה באופן חד פעמי – רק לשנת 1988.

רק לאחר שסירבה לבקשותיו בשנת 1989 פנה דנילוביץ' לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב. בית הדין הכיר בכך שכוונת הצדדים להסכם הקיבוצי הייתה להרחיב את הזכויות רק לבני זוג שאינם בני אותו המין. כוונה זו נלמדה מכך שהתיבה "ידועים בציבור" אינה מופיעה בהסכם הקיבוצי לברדה, אלא נכללת בגדר המונח "ידועים בציבור כבעל/אישה"<sup>18</sup>. עם זאת, במהלך הדיון בבית הדין האזורי התקבל התיקון האמור לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר אסר מפורשות על הפליה על רקע נטייה מינית. במצב דברים זה, קל היה לבית הדין לקבל את תביעתו של דנילוביץ', תוך שהוא קובע שההבחנה שעשתה החברה, במסגרת "הוראות מקצועיות", בין פסולי חיתון מסוג אחד (ידועים בציבור, כגון כוהן וגרושה) הזכאים להטבה לבין פסולי חיתון מסוג אחר (בני זוג מאותו המין) – הפליה פסולה היא. כבר בנקודה זו ראוי לציין שאין זה מובן מאליו שחברת אל-על, שעדיין הייתה חברה ממשלתית בבעלות מלאה של מדינת ישראל, החליטה להגיש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה על "זכותה להפלות". בית הדין הארצי לעבודה דחה את הערעור בקבלו, ככלל, את הניתוח של בית הדין האזורי לעבודה, ובהיותו מודע למקרה התקדימי שעומד לפניו. הוא מצייץ בפסק דינו כי "בפני בית-משפט בישראל טרם הועמדה השאלה, האם עקרון איסור ההפליה אוסר הפליה מחמת נטייה מינית. לדעתנו, העקרון הכללי רחב דיו כך שהוא חל על כל צורות ההפליה באשר הן, יהיו טעמיהן אשר יהיו ובכלל זה נטייה מינית"<sup>19</sup>. ועל אף דברים אלה, בית הדין מדגיש כי לא היה די באיסור הכללי אילולא נתפסה תביעת דנילוביץ' בגדרי התיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בלשון בית הדין הארצי, עד לתיקון לא היה ניתן "להפעיל את עקרון השוויון אף לגבי בני זוג מאותו המין ולזכות את המשיב בסעד שהתבקש על ידו"<sup>20</sup>. לאחר התיקון לחוק, לעומת זאת, המצב פשוט למדי, ובית הדין מקצר בדברים ודוחה את ערעורה של חברת אל-על.

אם ערעורה של חברת אל-על לבית הדין הארצי לעבודה בפרשה זו מפתיע, הרי שעתירתה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה מתמיהה ממש. במסגרת זו התעקשה חברת אל-על שהתיקון לחוק אינו חל על הטבות אשר עובד לא היה זכאי לקבלן עובר לחוק. בבוחנו את תביעת דנילוביץ' הבחין המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בין "הקונסטרוקציה הפרשנית" לבין "הקונסטרוקציה הסטטוטורית"<sup>21</sup>. לפי הקונסטרוקציה הפרשנית, ניתן לקרוא את זכותו של התובע אל תוך ההסכם הקיבוצי. כאמור, קונסטרוקציה זו נדחתה על ידי בתי הדין לעבודה, ובשלב הדיון בפני בית המשפט העליון נזנחה על ידי דנילוביץ'. על פי הקונסטרוקציה הסטטוטורית, ההסדר החוזי הנו הסדר מפלה, ועל רקע הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כפי שתוקן – אינו חוקי.

18 תב"ע מט/03-1503 דנילוביץ' נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (לא פורסם, 26.1.1993).  
 19 ע"ע נג/160-3 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ' פ"ד עו כו 339, פס' 9 (ב) לפסק הדין (1993).  
 20 שם, פס' 9 (ח) לפסק הדין.  
 21 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994).

בניגוד לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק, הנשען אך ורק על המטריה המשפטית הדוקטרינרית, פסקי הדין של השופטים קדמי ודורנר מתמודדים עם הסוגיה, כל אחד בדרכו, תוך בחינת מקומה של הזוגיות החד-מינית בהקשר החברתי הישראלי בזמן הנתון. פסק דינו של השופט קדמי, בדעת מיעוט יחידה מבין כלל השופטים שהחוו דעתם בתיק זה בשלוש הערכאות, היה אנכרוניסטי במידה לא מעטה כבר בשעה נכתב, והשנים שעברו לא עשו עמו חסד. את יהבו השית השופט קדמי על ההבחנה "הלשונית" בין המילה "זוג", השמורה למי שיכולים, ולו בכוח, להקים משפחה, לבין המילה "צמד" (כמו בביטוי "צמד רעים"), פסגת השאיפות האפשרית של בני זוג בני אותו המין. כיוון שמדובר בתופעות לשוניות שונות מסיק השופט קדמי מניה וביה שמדובר בתופעות חברתיות שונות. מכיוון שאין לך הפליה אלא בין שווים, ולא בין שונים – הדיון בסוגיית השוויון וההפליה אין מקומו כאן. כדבריו:

כאשר תגיע החברה לכלל מסקנה, כי גם זוג חד-מיני ראוי לשמש "תא" בסיסי של המבנה החברתי לצדו של הזוג הדר-מיני, וכאשר תקבע כללים להיווצרותו, למתן הכרה פורמאלית בקיומו ולהבטחת המחויבות ההדדית בין מרכיביו לשיתוף וליציבות – כי אז תשתנה משמעותו הלשונית המושגית של הדיבור "זוג" ו"משפחה" בהקשר זה, והזוג החד-מיני ידור במסגרת לשונית חדשה לצד הזוג הדר-מיני.<sup>22</sup>

עד לנקודה זו יכול היה פסק דינו של השופט קדמי להצטרף לפסקי הדין הקשים של ההיסטוריה, המעידים על מוגבלותה של נוסחת השוויון האריסטוטלי (יחס שווה לשווים, אך מיהם השווים?<sup>23</sup>) בכך שהם מצדיקים הבחנה בין גברים לנשים, בין שחורים ללבנים, בין בעלי מוגבלות לשאינם בעלי מוגבלות, בנימוק שמדובר ביחס שונה "בין שונים". ואולם, חשיבותו של הדיון הפילוסופי-חברתי מתגמדת אל מול היותו של פסק דין זה דוגמה זועקת לשמים לאחת התובנות הריאליסטיות הבסיסיות, ולפיה שופט יכול להכריע כרצונו בכל תיק, בלא כל תלות ברקע החוקי הרלוונטי. שהרי השאלה המתבקשת היא: כיצד התמודד השופט קדמי עם איסור ההפליה על רקע נטייה מינית, כקבוע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה? התשובה הפשוטה להפליה היא שהוא פשוט התעלם משאלה זו. זהו נשק יום הדין של שופט שהחליט שברעתו להגיע לתוצאה נתונה. אכן, אף על פי שהשופט הזכיר את החוק עצמו בכותרת פרק 5 לפסק דינו, הדיון בפרק זה היה המשך הבחינה הלשונית המבחינה בין "זוג" לבין "צמד", ובכך "חיזק" את חוסר הרלוונטיות של החוק למקרה הנדון. מובן שהתמודדות עם לשונו הברורה של החוק הייתה מחייבת מאמץ ניכר יותר מצד השופט קדמי. בכך קיבלנו דוגמה לשילוב שנתפס, לפחות בעיני מבקריו של בית המשפט כיום, כסתירה פנימית: פסק דין אקטיביסטי באופן קיצוני (התעלמות בוטה מחוק מפורש), שתוכנו שמרני במובהק.

22 שם, בעמ' 775.

23 Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982); Kent Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 COLUM. L. REV. 1167 (1984).

גם השופטת דורנר, כאמור, מצביעה על כך כי "אי-אפשר להכריע בעתירה שלפנינו ללא התייחסות לשינויים שחלו בנורמות החברתיות בישראל ביחס להומוסקסואליות".<sup>24</sup> לתפיסתה, זכותו של התובע אינה נובעת אך ורק מהחוק. במילים אחרות, גם בהיעדר החוק הייתה זכותו שרירה וקיימת, לאור עקרון השוויון ותחולתו הרחבה בדיני העבודה. לתפיסה זו השלכה אופרטיבית, אשר השופטת דורנר אינה מתחמקת ממנה: אם התיקון לחוק רק "נותן ביטוי" לעקרון השוויון, אשר קדם לו, הרי שזכותו של דנילוביץ' התגבשה כבר משנת 1989, עם הגשת תביעתו, ואולי אף קודם לכן (ברגע התגבשות זוגיותו).<sup>25</sup> השופטת דורנר בוחנת את השינויים החברתיים, אשר באו לידי ביטוי בהכרה המשפטית בזוגיות הומוסקסואלית בשנים שקדמו לפסק הדין: החל בביטול העבירה הפלילית במדינות אירופה, דרך הסדרי מס וחלוקת רכוש, וכלה בהסדרי רישום המקבילים לנישואין בדנמרק (באותה עת). גם בישראל ניכרה התקדמות של ממש בתחומים רלוונטיים, והתקדמות זו מחייבת גם את החלתו של עקרון השוויון במקרה הנדון. הרגישות של השופטת דורנר למציאות החברתית באה לידי ביטוי בפן נוסף: תוך שהיא מאזכרת ממצאים שלפיהם 27% מהכנסתו של עובד מגולמים בהטבות ובתנאים נלווים לשכר, היא מצביעה על הצורך לראות את שלילת הטבות כהקטנת שכר.

את פרשת דנילוביץ' ניתן לראות אפוא כמקרה מבחן מעניין למדי באשר להשלכות החברתיות והמשפטיות של פסקי דין. מצד אחד, מדובר בפסק דין פשוט, כמעט טריוויאלי, בכמה מובנים. ראשית, מבחינת הסעד: דנילוביץ' לא פוטר מעבודתו בשל נטייתו המינית. הוא אף לא טען שהוא מקופח בשכרו הישיר או שקידומו נפגע מסיבה זו. הוא "בסך הכול" ביקש שהטבה אשר ניתנת לעובדי אל-על הטרוסקסואלים – כרטיס טיסה חנינם, אחד לשנה, לבני ובנות זוג – תינתן גם לו עבור בן זוגו; שנית, בשל הבסיס להפליה: גם אם כוונת אל-על הייתה להבחין בין בני זוג שהם בבחינת "בעל ואישה" לבין בני זוג מאותו המין, הרי שהבחנה זו נקבעה בהסכם קיבוצי ולא בחוזה אישי. והנה, עוד קודם לחקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בפרשת חזין, הבהיר בית הדין הארצי לעבודה כי הפליה בהסכם קיבוצי תיבדק בחומרה יתרה, בהשוואה להפליה בחוזה אישי, כיוון שבהסכם קיבוצי יש ממד ציבורי, ויש לראותו כקרוב יותר להוראה מנהלית מאשר לחוזה בין פרטים;<sup>26</sup> ושלישית, וחשוב מכול, בשל הרקע החקיקתי: כפי שנאמר, עניינו של דנילוביץ' הגיע לבית הדין הארצי לעבודה לאחר התיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר קובע מפורשות, כאחת מארבע עילות בלבד, את איסור ההפליה על רקע נטייה מינית בקבלה לעבודה, בתנאי עבודה, בקידום ובהכשרה מקצועית, בפיתורים או בהטבות הנוגעות לפרישה.

מכלל השופטים, דווקא המשנה לנשיא ברק בחר לבחון את הסוגיה בפרספקטיבה דוקטרינרית, תוך התעלמות מופגנת מההשלכות החברתיות הכוללות שלה. לעומתו, בית הדין הארצי לעבודה הבהיר שהוא מודע להקשר החברתי ולתקדים המשפטי העומד בפניו, אולם נשען על הרקע הסטטוטורי בהגיעו למסקנה המשפטית. ולסיום, הן השופט קדמי והן השופטת דורנר ביססו את מסקנתם המשפטית כפועל יוצא של תפיסותיהם החברתיות-ערכיות, השונות למדי זו מזו.

24 כג"ץ דנילוביץ', לעיל ה"ש 21, בעמ' 778.

25 שם, בעמ' 779.

26 פרשת חזין, לעיל ה"ש 13, בעמ' 378.

מצד אחר, מדובר כאמור בפסק דין מונומנטלי, אשר נתפס, בכתיבה האקדמית ובפסיקה כאחת,<sup>27</sup> כאסמכתא מרכזית להחלתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי, לא רק בהקשר להט"בי ולא רק במסגרת של דיני העבודה. אף שהמצע הדוקטרינרי אפשר פסק דין פשוט של בית דין אזורי לעבודה, התקדמותו של פסק דין זה עד לפתחי בית המשפט העליון הובילה לאמירה ברורה וחד-משמעית באשר להגנה על עובדים מפני הפליה על רקע נטייה מינית. עמדה זו, כפי שראינו בדברי המבוא, הקדימה בשנים לא מעטות התפתחויות מקבילות במדינות אחרות. הדברים נכונים בפרט בקשר לפסיקתה של השופטת דורנר, המאפשרת בחינה של הרחבת ההגנה גם מעבר ללשונו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, באופן שתיתן מענה לאתגרי העתיד אשר חומקים מתחולת החוק. אם כן, ניתן להבין את הלכת דנילוביץ' ברמות שונות של הפשטה, מהצרה אל הרחבה, כדלקמן:

א. הפליה תהיה פסולה אם נקבעה בהסכם קיבוצי בעילה אשר נקבעה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (הלכה המתבססת על הנסיבות המשפטיות הקונקרטיות);

ב. הפליה תהיה פסולה אם נקבעה בחוזה עבודה, קיבוצי או אישי, בעילה אשר נקבעה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (גישת בית הדין הארצי לעבודה והמשנה לנשיא ברק);

ג. הפליה בדיני עבודה תהיה פסולה אם היא נוגדת תפיסות ערכיות של החברה (גישת השופטת דורנר);

ד. הפליה במשפט הפרטי (בעיקר בדרך של כריתת חוזים) תהיה פסולה אם היא נוגדת תפיסות ערכיות של החברה (גישה שלא עלתה בפסיקה, אך נדונה בספרות המשפטית).<sup>28</sup>

ההשלכות של הגישות השונות, ובפרט של ההבדל בין גישה (ב) לגישה (ג), חשובות למדי, בעיקר במקרים שבהם לא ניתן להיזקק לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כפי שנאמר בפתח חלק זה, הלכת דנילוביץ' נתפסת בקרב ציבור המשפטנים, ואולי גם בקרב ציבורים נוספים, כמונומנטלית, ככזו אשר עיגנה את איסור ההפליה במשפט הפרטי. אלא שרטוריקה ותקדימיות לחדוד, ומציאות משפטית לחדוד. זו האחרונה אפרורית בהרבה ומבהירה שישנן זירות נוספות לא מעטות למאבק לשוויון עבור הקהילה הלהט"בית במסגרת יחסי העבודה.

#### ד. סקירה להט"בית אחרי דנילוביץ' – הורות כאתגר נוכחי

אחת הזירות החשובות ביותר למאבק לשוויון של חברי הקהילה היא כיום המאבק לשוויון זכויות הורות. חוקים אלו נבנו סביב המודל המשפחתי המסורתי של "בעל ואישה", ולכן הזכויות המוקנות לעובדת ולעובד מוגדרות לעתים באופן המעורר שאלות פרשניות שעה שבני זוג מאותו מין מבקשים

27 ראו למשל קרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280–281; אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית", משפט נוסף א 47 (2001); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94 (2001); ישראל (איסי) דורון "זכויותיהם של חברי הקהילה הגאה בזקנה בישראל" בספר זה. הפסיקה המאזכרת את עניין דנילוביץ' כאסמכתא כללית לעקרון השוויון ענפה מאוד. חיפוש במאגר נבו מצא כמעט 300 פסקי דין כאמור.

28 טמיר (יצחקי), לעיל ה"ש 27, בעמ' 119–122.



כיום, במידה הולכת וגוברת, לממש זכויות אלו. להלן נעסוק באתגר זה, אך בטרם נוכל לבחון את הפרשנות הראויה לשאלות אלו, עלינו להגדיר בראש ובראשונה מהן "זכויות הוריות".

## 1. זכויות הוריות

הציפייה מצד מעסיקים לשעות עבודה ממושכות<sup>29</sup> מציבה קושי ברור בפני עובדים המבקשים לחלק את שעות היממה בין עבודה לבין פעילויות אחרות, כגון טיפול בילדיהם. בשנת 2008 פרסם בנק ישראל נייר עמדה ביחס לתופעה של העסקת עובדים בשעות עבודה ממושכות. על פי נתוני בנק ישראל, עובדים המועסקים שעות ממושכות בשכר גבוה מתקשים בביצוע מטלות משפחתיות ומקדישים פחות זמן, לעתים מתוך בחירה, לעבודות הבית. אותו נייר עמדה גם הציג נתונים בדבר שיעור השכירים המועסקים 60 שעות בשבוע ויותר, לפי חלוקה מגדרית ובהשוואה למדינות OECD, ועל פי נתונים אלו, ישראל מדורגת בנושא זה במקום הרביעי בשיעור הגברים ובמקום החמישי בשיעור הנשים.<sup>30</sup>

התא המשפחתי בישראל עדיין מתאפיין בחלוקה לא שוויונית בין בני הזוג בכל הנוגע לנטל גידול הילדים. חוקרים ומחקרים רבים מצביעים על כך כי הנשים הן שנושאות בעיקר האחריות המשפחתית ודואגות למטלות הבית, השגחה על הילדים, סיוע בהכנת שיעורים, הסעות לפעילויות שונות אחרי שעות הלימודים, ליווי לטיפולים רפואיים וכו'. מחקרים גם מראים כי חלוקה בלתי שוויונית בין בני הזוג אינה נובעת בהכרח מבחירה אישית של ההורים, אלא בעיקר מהדרך שבה מובנה התא המשפחתי, כלומר מן הציפייה החברתית בדבר היות הגבר המפרנס העיקרי והאישה מפרנסת משנית בלבד, המשקיעה את זמנה במשפחה. במילים אחרות, למרות הדרך הארוכה שעשו הנשים בישראל בעשורים האחרונים מבחינת היקף השתלבותן בשוק העבודה, הרי שהספרה הפרטית עדיין נתפסת כמחוזן העיקרי של הנשים, והימצאותן בספרה הציבורית תלויה במידה רבה ביכולת שלהן לשלב עבודה בשכר עם עבודה בבית.<sup>31</sup>

29 שוק העבודה בישראל מתאפיין, בין היתר, בציפייה ברורה מצד המעסיק שהעובד ישקיע שעות עבודה ארוכות לביצוע העבודה, בין שמדובר בנוכחות פיזית במקום העבודה ובין שמדובר בהשלמת ביצוע המטלות בביתו לאחר שעות העבודה הרגילות. המסגרת הקבועה בחוק היא של שמונה שעות עבודה יומיות, והמסגרת השבועית מוגדרת בחוק ב-45 שעות, והיא קוצרה ל-43 שעות עבודה שבועיות (ראו ס' 2-3 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, וכן ההסכם הקיבוצי הכללי בדבר הנהגת שבוע עבודה מקוצר במגזר העסקי). החוק מתיר למעסיק להעסיק את העובד 15 שעות עבודה שבועיות נוספות, כלומר כ-60 שעות נוספות חודשיות (ראו ס' 10-11 לחוק שעות עבודה ומנוחה. כן ניתן להתר כללי של שר העבודה והרווחה להעבדת שעות נוספות לכל העובדים, התשל"ד-1977, י"פ 553). מעסיקים רבים אכן דורשים מהעובדים לבצע שעות נוספות רבות, לעתים תוך חריגה ממסגרת השעות המותרת בחוק ולעתים אף ללא תשלום של מלוא תוספת השכר הקבועה בחוק.

30 בנק ישראל עובדים שעות ממושכות (2008) זמין ב: [www.boi.org.il/press/heb/080613/080613h.pdf](http://www.boi.org.il/press/heb/080613/080613h.pdf).

31 יש כתיבה ענפה בנוגע להיבטים המגדריים של חלוקת נטל האחריות המשפחתית. ראו לדוגמה רות בן ישראל שוויץ הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה 593-600 (2008); סילביה פוגל-ביזאוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מיגדר פוליטיקה 107 (דפנה יזרעאלי ואח' עורכות, מהדורה שנייה, 2006); סילביה פוגל-ביזאוי "אם טוב כל כך אז למה רע כל כך? ההיבטים המגדריים של הנאו-ליברליזם בשוק העבודה בישראל" עיונים בתקומת ישראל – חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי 183 (אבי בראלי, דניאל גוטוויץ וטוביה פרילינג עורכים, 2005).

נוכח החלוקה המגדרית של האחריות המשפחתית, מתאפיין שוק העבודה הישראלי גם ברתיעה מהעסקת נשים, בעיקר נשים צעירות בגילאי הפוריות. אינספור תביעות מתבררות מדי שנה בבתי הדין לעבודה שעניינן פיטורים של עובדות בהיריון, בטיפולי פוריות או לאחר חופשת הלידה. מעסיקים מסוימים גם בוחרים שלא להעסיק נשים צעירות מלכתחילה, וזאת כדי להימנע ממצב שבו העובדת תיעדר מעבודתה בשלבי הורות הראשוניים.<sup>32</sup>

כל הגורמים האמורים, המקשים על עובדים ועובדות לשלב הורות פעילה עם המחויבות למקום העבודה והצורך לשמור על יציבות כלכלית, הובילו את המחוקק בישראל לאמץ מגוון של "זכויות הוריות" אשר מטרתן לאפשר לעובדים איזון מסוים בין משפחה לבין עבודה וכן להבטיח את הישארותם של עובדים בשוק העבודה למרות הפיכתם להורים. בשנים המוקדמות, עם קום המדינה ולאחריה, ההתמקדות הייתה בחקיקתן של זכויות יתר לנשים, זאת מתוך תפיסה פרו-נטליסטית אשר ביקשה להבטיח כי נשים תמשכנה למלא את תפקידן האימהי מבלי לוותר על השתלבותן בשוק העבודה.<sup>33</sup> חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, כלל זכויות והגנות רבות לנשים, כגון הזכות להיעדר בתקופת ההיריון מטעמי בריאות, הזכות לצאת לחופשת לידה, הזכות לחופשה ללא תשלום לאחר תום חופשת הלידה והאיסור על פיטורי עובדת בהיריון או בחופשת הלידה. בשלב מאוחר יותר נחקק חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, אשר כלל הסדר ייחודי לנשים שלפיו התפטרות תוך תשעה חודשים ממועד הלידה כדי לטפל בילד תיחשב כפיטורים. רק לקראת שנות התשעים החל המחוקק הישראלי להרחיב את הזכויות ההוריות לגברים עובדים, כאשר הפעם השיח התבסס על נרטיב של שוויון הזדמנויות בין המינים (כגון מתן אפשרות שווה לאמהות ולאבות להתפטר על מנת לגדל את הילד). ואולם, נרטיב זה לוה ברצון ברור להעניק את הזכויות ההוריות לגברים כדי לאפשר לנשים להשתחרר מכבלי האחריות המשפחתית ולו במעט, ובכך להשתלב באופן מלא יותר בשוק העבודה.<sup>34</sup> תיקון לחוק עבודת נשים משנת 1988 העניק לאבות את הזכות לחל"ת לאחר שנולד להם ילד, ותיקון נוסף משנת 1997, ביוזמת שדולת הנשים, העניק לאבות את הזכות לחלוק את חופשת הלידה עם בנות זוגן.<sup>35</sup> חוק

32 פסקי הדין אשר עוסקים בנושא הם כאמור רבים. ראו את פסקי הדין הבאים (ואת אלו המאוזכרים שם): ע"ע (ארצי) 627/06 מורי נ' מ.ד. פ ילו בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.20089); ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב נ' פואמיקס בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2010); ע"ע (ארצי) 1353/02 אפלבוים נ' הולצמן, פד"ע לט 495 (2003); ע"ע (ארצי) 1633/04 אופטיק דורון נ' זכאי (פורסם בנבו, 6.6.2006).

33 הכתיבה אודות רצונה של המדינה להבטיח כי נשים אינן מוותרות על תפקיד האמהות נוכח הצורך לעבוד ולהתפרנס הינה רחבת היקף. ראו למשל רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 248; דפנה יזרעאלי "המיגדור בעולם העבודה" מין מיגדר פוליטיקה 167 (דפנה יזרעאלי ואח' עורכות, מהדורה שנייה, 2006); ניצה ברקוביץ' "אזרחות ואמהות: מעמדן של הנשים בישראל" ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? 206 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001).

34 לדיון על המעבר מרטוריקה המקדמת את מוסד האמהות לרטוריקה המצדדת בשוויון זכויות בין ההורים ראו מיכל פרנקל, דפנה הקר ויעל ברוידא "משפחות עובדות במשפט הישראלי: בין נאו-ליברליזם לזכויות אדם" מגדר בישראל – מחקרים חדשים על מגדר ביישוב ובמדינה ב 682 (מרגלית שילה וגדעון כ"ץ עורכים, 2011); אריאן רנן-ברזילי "הורים/עובדים: רב מימדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל" עיוני משפט לה 307 (2012).

35 ישנן כיום מספר הצעות חוק אשר מבקשות להרחיב את זכאותו של בן הזוג לחופשת לידה. כך למשל, הצעת חוק עבודת נשים (תיקון – חופשת לידה לבן זוגה של יולדת), התשע"ג-2013, פ/19/725, מבקשת להעניק לבן הזוג חופשת לידה של שבעה ימים אשר תחל במועד הלידה ותהיה מקבילה לחופשת הלידה של היולדת. הצעת חוק עבודת נשים (תיקון – חופשת לידה לגבר), התשע"ג-2013, פ/19/103, מבקשת

דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג–1993, העניק לשני ההורים את הזכות להיעדר מהעבודה כדי לטפל בילד חולה ולהשגיח עליו, ותיקון לחוק פיצויי פיטורים משנת 1988 העניק גם לאבות את הזכות להתפטר בדין מפוטר כדי לגדל את הילד.

עם זאת, יש לציין כי זכויות הוריות מסוימות ניתנות באופן שונה לאמהות ולאבות. הדוגמה הבולטת היא בעניין חופשת הלידה. עובדת זכאית לצאת לחופשת לידה בת 26 שבועות (שכיום 14 שבועות מתוכם הם במימון המוסד לביטוח לאומי על דרך של תשלום דמי לידה); עובד זכאי לצאת לחופשת לידה (אף היא מלווה בתשלום דמי לידה) לאחר שבת זוגו מימשה שישה שבועות של חופשת לידה בעצמה, וזאת בהתקיים שני תנאים: הראשון, בת הזוג זכאית לחופשת לידה והיא הסכימה בכתב לוותר על חלק מחופשת הלידה המגיעה לה בתקופה שנותרה מתום ששת השבועות הראשונים שלאחר יום הלידה, והשני, בת הזוג חזרה לעבודתה לאחר תום ששת השבועות האמורים.<sup>36</sup>

עוד ראוי להזכיר כי אין כיום בישראל חובה מפורשת על מעסיקים לבצע התאמות במקום העבודה עבור עובדים שהנם הורים לילדים. כך למשל, המעסיק אינו מחויב לאפשר להורים עבודה בשעות גמישות או עבודה מהבית. סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אמנם קובע איסור להפלות בין עובדים מחמת היותם הורים, וכך קובע כי הגדרת התפקיד בצורה המפלה לרעה הורים (או כל קבוצה מוגנת אחרת) הנה פסולה אלא אם כן היא הכרחית לביצוע התפקיד, אולם אין בחוק קביעה חדה משמעות בדבר חובתו של מעסיק לבצע התאמות בדרישות התפקיד.<sup>37</sup>

להאריך את חופשת הלידה ל-16 שבועות, כאשר השבועיים הנוספים ל-14 ינוצלו על ידי האב, ובלבד שמשך הזמן הכולל שישהה האב ב"חופשת לידה" לא יעלה על שמונה שבועות. הצעת החוק מחייבת את המעסיק להוציא את האב ל"חופשה" בת שבועיים.

36 ייתכן שיש טיעונים מבוססים להבחנה האמורה, ונדון בהם בחלקו הבא של הפרק אולם ברור כי ההבחנה בין זכויות הוריות של עובדת לבין אלה של עובד, כפי שהיא מנוסחת כיום בחוקי העבודה, יוצרת קושי פרשני ויישומי כאשר מדובר בזוגות בני אותו המין. כך למשל, האם עובדת שבת זוגה ילדה נכנסת בנעליו של בן הזוג ונהנית אף היא מהזכות לחופשת לידה חלקית? האם שתי בנות הזוג זכאיות לזכויות שוות ביחס לחופשת הלידה או שמא יש לשמר את השוני בזכויות גם בנוגע אליהן? האם בני זוג הומוסקסואלים זכאים שניהם לצאת לחופשת לידה לאחר אימוץ ילד? האם אחד מהם יידרש לצאת לחופשה של שישה שבועות ראשונים בטרם יוכל גם האחר ליהנות מחופשת לידה?

37 שיטות משפט אחרות אינן מסתפקות בבחינת נחיצותה של הדרישה המפלה, אלא דורשות כי המעסיק יראה שאינו יכול לבצע התאמות לאותה דרישה שאינן מטילות עליו נטל כבד בלתי סביר. באוסטרליה לדוגמה, מדינת ויקטוריה קובעת ב-Equal Opportunity Act, 2010 (Vic) (Austl.) כי מעסיק אינו יכול לסרב באופן בלתי סביר להתאמות הנדרשות לטובת מי שהוא הורה או מטפל. ראו שם, בס' 17(1): "An employer must not, in relation to the work arrangements of a person offered employment, unreasonably refuse to accommodate the responsibilities that the person has as a parent or carer" בקנדה, החוק בפרובינציית אונטריו קובע כי הפליה משמעותה הימנעות מביצוע התאמות סבירות אשר היו יכולות לנטרל את הדרישה המפלה, ולכן מוטלת על המעסיק החובה הפוזיטיבית לבצע את אותן התאמות במקום העבודה. ראו Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, sec. 24 (Can.). כמו כן ראוי לציין כי בית המשפט הפדרלי בקנדה קבע שזכויות ההורים להתאמות במקום העבודה נכללות בהגנה מפני הפליה על בסיס "מצב משפחתי" ב-Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6 (Can.). ראו Attorney General (Canada) v. Johnstone, [2013] F.C.R. 113 (Can.) – קביעת משמרות קשיחות; Canadian National Railway v. Seeley, [2013] F.C.R. 117 (Can.) – הימנעות מהעברת העובדת למקום מרוחק. אצלנו בחר המחוקק לאמץ את חובת ההתאמות בנוגע למעסיקים המעסיקים אנשים בעלי מוגבלויות, אך לא לקבוצות מוגנות אחרות (על חובת ההתאמות בנוגע לאנשים עם

אם כן, נראה שאימוצן של הזכויות ההוריות בחקיקה עדיין אינו מעיד על שינוי מהותי בדפוסי העסקתם של הורים, במיוחד של אמהות, אשר מרביתן נושאות בעיקר האחריות המשפחתית, ועובדות רבות בוחרות במשרות חלקיות או בתפקידים אשר מטבעם מאופיינים בשעות עבודה גמישות או נוחות יחסית. מצב זה משפיע בסופו של דבר על אפשרויות הקידום ורמת השכר של הנשים בשוק העבודה ומעצים את הפער ביניהן לבין הגברים. הדיון בהשפעות אלה חורג ממסגרת הפרק הזה, אך כל פרשנות אשר תיבחר עת מיישמים את הוראות החוק על זוגות בני אותו המין צריכה להביא בחשבון הן את ההיבטים המגדריים של שוק העבודה והן את היכולת המוגבלת של הזכויות ההוריות לחולל שינוי בדפוסי העסקתם של הורים. כמו כן, ברי כי נוכח הקושי הברור של זוגות בני אותו המין לקבל הכרה כמשפחה ולהפוך להורים, נדרשת רגישות מיוחדת מצד המערכת המשפטית לבקשתם לממש זכויות הוריות במקום העבודה. במילים אחרות, אם הצליחו בני זוג להתגבר על כל החסמים והקשיים העומדים מולם בדרך למימוש הזכות למשפחה והזכות להורות, הרי שיש לסלול בפניהם את הדרך גם למימוש זכויות הוריות הטבועות ביחסי עבודה בישראל, גם אם ניסוח הוראותיהם של החוקים הרלוונטיים אינו עולה בקנה אחד עם דפוס המשפחה החדשה.

## 2. התאמת הוראות החוק העוסקות בזכויות הוריות לתא המשפחתי הלהט"בי

להלן נבקש להתמקד בהצגת הזכויות ההוריות מכוח חוקי העבודה השונים ובאיתור הקשיים הפרשניים שעשויים לצוץ כאשר זוגות בני אותו המין מבקשים לממש זכויות אלו. קשיים אלו טרם נדונו בפסיקה, אך ניתן להקיש לענייננו מדרך הטיפול בזכאות בני זוג מאותו מין לזכויות סוציאליות אחרות הנובעות מיחסי עבודה.

זכאותם של בני זוג בני אותו המין לזכויות הוריות במקום העבודה נשענת על שתי התפתחויות בפסיקה. הראשונה היא הכרה משפטית בתא המשפחתי עצמו, הן בזוגיות והן בהורות המשותפת, והשנייה היא ההכרה בזכאותם של בני זוג מאותו מין לזכויות סוציאליות הניתנות לבני זוג הטרוסקסואלים. ההכרה העקרונית בזוגיות הלהט"בית ניתנה בכמה פרשות ידועות, החל מפרשת בן-ארי, אשר במסגרתה חויבה המדינה לרשום במרשם האוכלוסין בני זוג בני אותו המין כנשואים על

מוגבלויות ראו נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); שרון רבין-מרגליות "עריכת התאמות במקום העבודה: דרך נוספת לקדם קבוצות מוגנות" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 439 (ענת מאור עורכת, 2004).

ראוי להזכיר כי לפני שנים מספר נחקק החוק לעידוד של שילוב וקידום של נשים בעבודה ושל התאמת מקומות עבודה לנשים, התשס"ח–2008. בס' 1 לחוק נקבע, כי מטרתו "להביא לשינוי התרבות העסקית, לטפח מודעות ציבורית במטרה לעודד שילוב וקידום של נשים בעבודה, ולהתאים את מקומות העבודה לנשים ולהורים" (שם). החוק אינו מטיל חובה אקטיבית על מעסיקים לבצע התאמות כלשהן במקום העבודה, אלא מקנה סמכות לשר הכלכלה [אז התמ"ת] להעניק מענקים ואותות הכרה למעסיקים שנקטו צעדים כלשהם אשר מטרתם לאפשר לנשים להשתלב במקום העבודה, בין היתר על דרך של ביצוע התאמות שונות, כגון התאמה של סביבת העבודה, של דרישות התפקיד, של שעות העבודה, של נוהלי העבודה, ושל הכשרה מקצועית והדרכה. רשימת המעסיקים שהוענקו להם מענקים ואותות הכרה אמורה להתפרסם באתר האינטרנט של משרד התמ"ת ובאתר האינטרנט של הרשות לקידום מעמד האישה.

בסיס תעודת נישואים שהופקה מחוץ לישראל,<sup>38</sup> ועד לפרשה הידועה בעניין ירוס-חקק, שבמסגרתה נקבע כי שתי נשים המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת כשירות על-פי דין לאמץ, הדדית, האחת את צאצאי רעותה, וזאת אף על פי שחוק האימוץ קובע עקרונית כי אימוץ ייעשה על ידי "איש ואשתו יחד".<sup>39</sup> בד בבד עם ההכרה המשפטית העקרונית בתא המשפחתי החד-מיני החלו בתי הדין לעבודה להכיר בזכאותם של בני זוג בני אותו המין לזכויות סוציאליות מכוח היותם בני זוג. כאמור, בפרשת דנילוביץ, נקבע כי סירוב מעסיק להעניק טובת הנאה לעובד רק בשל נטייתו המינית, כאשר ההטבה ניתנת לעובדים אחרים הטרוסקסואלים, מהווה פגיעה בשוויון, ובלשונו של המשנה לנשיא (כתוארו דאז) ברק, "הנטייה המינית השונה שיש לבני אדם, אסור לה שתהא רלוונטית בעבודה, אלא אם היא מתחייבת ממהות התפקיד. אכן לעניין תנאי עבודה, על המעסיק לנקוט עמדה ניטראלית כלפי הנטיות המיניות של עובדיו. עליו לקבוע את תנאי העבודה, אך לאור אמות מידה המתבקשות ממהות התפקיד".<sup>40</sup> בפסקי דין מאוחרים, השתרשה התפיסה כי בני זוג בני אותו המין זכאים לזכויות סוציאליות בעולם העבודה כאשר הם מקיימים את התנאים להיותם ידועים בציבור. כך למשל, בכל הנוגע לקצבאות שאירים מכוח חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, הכירו בתי הדין לעבודה בזכאות בן הזוג הנותר בחיים אם הוכח כי הוא ובן זוגו המנוח ענו להגדרת הידועים בציבור, וזאת על בסיס המבחנים הידועים למוסד הידועים בציבור על זוגות בני אותו המין.<sup>41</sup>

- 38 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006).
- 39 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). עוד בעניין אימוץ על ידי בני זוג בני אותו המין ראו רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2007); חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוססת של משפחת ישראל" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217 (2002).
- 40 בג"ץ דנילוביץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 762-763.
- 41 בעניין אדרי נקבע כי התובע ובן זוגו המנוח ניהלו משק בית משותף והתגוררו יחדיו במשך פרק הזמן הנחוץ בהתאם להוראות החוק (שלוש שנים טרם הפטירה), ולכן הכיר בית הדין בזכאותו של התובע לקבל קצבת שאירים מן הערייה, כידוע בציבור של המנוח (ראו ק"ג (ת"א) 3438-09 אדרי נ' עיריית תל אביב, פורסם בנבו, 16.8.2010). בעניין מויאל-לפלר ניהלה התובעת מערכת יחסים זוגית עם בת זוג אשר הייתה מבוטחת של "מבטחים", ולאחר פטירת בת הזוג ביקשה התובעת להכיר בה כ"אלמנה" לצורך קבלת קצבת שאירים בגובה 40% ממשכורתה הקובעת של המנוחה. המוסד הביטוחי הסכים להכיר בתובעת כידועה בציבור של המנוחה ולהכיר בזכאותה העקרונית לגמלת שאירים, אך טען כי יש לראות אותה כ"אלמן" של המבוטחת, ולכן כזכאית לגמלת שאירים בגובה 20% בלבד, הואיל ויש לראותה כמי שנכנסת בנעליו של האלמן במערכת יחסים הטרוסקסואלית. בית הדין לא קיבל טענה זו וקבע כי במקרה של פטירת בן זוג כאשר שני בני הזוג הם מאותו מין, יש לסווג את בן הזוג שנותר בחיים כ"אלמן" או "אלמנה" בהתאם למינו. במקרה דנן היה אפוא על מבטחים להכיר בתובעת כ"אלמנה" של בת זוגה, ולהעניק לה גמלת שאירים בגובה 40%. בית הדין היה מודע לחוסר הסימטריה שנוצר במצב זה, שבו בנות זוג יהיו זכאיות שתיהן לסטטוס של "אלמנה" ולקצבה בגובה 40% במקרה שבו אחת מהן הולכת לעולמה, בעוד זוג גברים יוכלו לקבל הכרה כ"אלמן" ולקצבה בגובה 20% בלבד. יחד עם זאת קיבל בית הדין את עמדתה של התובעת וכן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין זה בעבר, שהעדרת בנות הזוג בסיטואציה האמורה נובעת מן המציאות הסוציו-אקונומית השוררת במדינה, שבה נשים עדיין מתמודדות עם נחיתות כלכלית ועם רמות שכר נמוכות יותר, ולכן קיימת הצדקה להעניק לבת הזוג תמיכה כספית גבוהה יותר מאשר לבן הזוג. ראו עב' (חי') 1758/06 מויאל-לפלר נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים (פורסם בנבו, 19.4.2007). להרחבה בנוגע לזכויות הסוציאליות של בני זוג בני אותו המין ראו עירא הדר "זכויות כלכליות לזוגות מאותו המין" בספר זה.

הלגיטימציה המשפטית לתא המשפחתי החד-מיני משפיעה כמובן גם על הזכאות של בני הזוג לזכויות הוריות במקום העבודה. יש כאמור הכרה הולכת וגוברת בצורך להתאים את הזכויות ההוריות הקבועות כיום בחוקי העבודה השונים לתא המשפחתי החדש, והקושי העיקרי נובע מניסוח החוקים, אשר מגדירים את זכאותו של בן הזוג, הגבר, כתלויה בזכאותה של בת זוגו, האישה.<sup>42</sup> ואולם, מכוח סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה האוסר על מעסיק להפלות בין עובדיו מחמת נטייה מינית, בין היתר בקובעו את תנאי עבודתם, וכן מכוח עקרון השוויון המהותי, כפי שהתפתח בפסיקתם של בתי המשפט השונים, הזכאות לזכויות הוריות אינה תלויה בנטייה המינית של ההורה, אלא בעצם היותו הורה. הפרשנות הראויה להוראות החוק העוסקות בזכויות ההוריות צריכה אפוא להיות כזו התואמת את עקרון השוויון התוצאתי, שלפיו הורים ייהנו בסופו של דבר מזכויות הוריות שוות ומיכולת שווה לשלב עבודה עם משפחה, ללא תלות בזהותם המינית או בהרכב המשפחתי שלהם.

#### (א) זכויות הנוגעות לפיריון ותכנון המשפחה

חוק עבודת נשים מעניק לעובדת שלל זכויות הנוגעות לרצונה להפוך לאם, והן מקיפות את תקופת טיפולי הפוריות, ההיריון, חופשת הלידה והתקופה הסמוכה לחזרה לעבודה.<sup>43</sup> פרט למגוון הסיטואציות שבהן רשאית העובדת להיעדר בתקופות טיפולי הפוריות, בתקופת ההיריון ולאחריה, קובע החוק איסור על פיטוריה של העובדת בתקופות האמורות; פיטורים בתקופות אלה אפשריים אך ורק לאחר קבלת היתר של משרד הכלכלה, משזה שוכנע כי אין קשר בין הפיטורים לבין היות העובדת

42 ראוי לציין בשלב זה כי הקושי הפרשני אליו מתייחס פרק זה נובע מהעובדה כי בני הזוג שאליהם מתייחסת החקיקה הנוכחית הנם "גבר ואישה", והנחה זו יוצרת קושי לעתים להתאים את הזכויות ההוריות לבני זוג שאינם עונים להגדרה זו. הפרק מתמקד בפרשנות הרצויה ביחס למודל משפחתי חד-מיני הכולל שתי בנות זוג או שני בני זוג. קיים כיום גם מודל משפחתי "משולש" של הורות משותפת בין שני גברים ואישה, או שתי נשים וגבר. לכאורה מודל זה נפוץ פחות ביחס לזוגיות החד-מינית, ולכן לא תהיה התייחסות מיוחדת אליו במסגרת הפרק הזה (מה גם שהגדרת ההורות המשותפת כמודל "משולש" אינה בהכרח מדויקת, שכן לכל אחת מן הצלעות תיתכן זוגיות נפרדת אשר תוסיף "הורים חורגים", שמעמדם בשלב זה אינו ברור). זאת ועוד: בהורות משותפת כזו, סביר להניח כי מיישמי החוקים יראו את ההורים הביולוגיים כאלו הזכאים לזכויות ההוריות הקבועות כיום בחוק, והמחלוקת העיקרית תהיה בשאלת מעמדו של ההורה המשותף השלישי ביחס לילד וכן זכאותו לזכויות הוריות. אם ההורה המשותף השלישי, שאינו ההורה הביולוגי, יזכה במעמד של הורה מאמץ, ניתן יהיה להחיל עליו את הזכויות ההוריות אשר חלות על כל הורה בישראל.

43 כך למשל זכאית העובדת להיעדר מעבודתה בתקופה שבה היא עוברת טיפולי פוריות לרבות טיפולי הפריה חוץ-גופית, אם אישר רופא כי הטיפול מחייב היעדרות כזו (ס' 7(ג)4 לחוק עבודת נשים). נוסף על כך זכאית העובדת להיעדר מעבודתה בחודשי ההיריון, אם אישר רופא כי מצבה הרפואי בשל ההיריון מחייב זאת (ס' 7(ג)1 לחוק עבודת נשים). העובדת גם רשאית להיעדר מעבודתה בחודשי ההיריון אם מקום העבודה, סוג העבודה או אופן ביצוע העבודה מסכנים אותה או את העובר, או אינם מאפשרים לה לבצע את עבודתה (ס' 7(ג)1א-7(ג)1ב לחוק עבודת נשים). לאחר הלידה או בסמוך למועד המשוער שלה זכאית העובדת לצאת לחופשת לידה בת 26 שבועות (ס' 6 לחוק עבודת נשים). החוק מקנה לעובדת זכויות נוספות לאחר תום חופשת הלידה, כגון הזכות להיעדרות מפאת מצב בריאות (ס' 7(ג)2 לחוק עבודת נשים), הזכות להיעדר שעה אחת ביום למשך ארבעה חודשים (היעדרות הידועה בשם "שעת הנקה") (ס' 7(ג)3 לחוק עבודת נשים), והזכות לצאת לחופשה ללא תשלום לתקופה המחושבת בהתאם לוותק שלה במקום העבודה (ס' 7(ד) לחוק עבודת נשים).

בטיפולי פוריות, בהיריון, בחופשת לידה, או בחל"ת לאחר לידה.<sup>44</sup> איסור פיטורים זה נחשב לגולת הכותרת של החוק, והוא משקף את העמדה החד־משמעית שפיטוריה של עובדת, או פגיעה בתנאי עבודתה, בנסיבות האמורות הנם חסם משמעותי בפני האפשרות שלה להמשיך את השתלבותה בשוק העבודה, ולכן מדובר הלכה למעשה בהפליה מחמת מין והורות.<sup>45</sup>

בשנים האחרונות תוקן חוק עבודת נשים פעמים מספר על מנת להעניק זכויות הוריות גם לבני הזוג אשר לוקחים חלק בתהליך הפיריון. בעוד ההוראות המעניקות זכויות הוריות לנשים נועדו למלא שתי מטרות – עידוד ילודה ועידוד השתלבותן של נשים בשוק העבודה כחלק מרעיון השוויון המהותי – הרי שהוראות החוק המעניקות זכויות לגברים נועדו, כאמור, לאפשר לאבות לקחת חלק בגידול הילדים ולהגביר את החלוקה השוויונית בין גברים לבין נשים בתוך התא המשפחתי.<sup>46</sup>

44 ס' 9 לחוק עבודת נשים.

45 לדיון ברציולנים של איסור פיטורי עובדת בנסיבות האמורות ראו למשל ע"ע (ארצי) 627/06 מורי נ' מ.ד.פ. ילו בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2008); ע"ע (ארצי) 44309-05-11 להב נ' מדינת ישראל משרד החוץ (פורסם בנבו, 22.1.2013); ע"ע (ארצי) 285-09 פרופ' אריאל בן עמר שירותי רפואת שיניים והשקעות בע"מ נ' פלדמן (פורסם בנבו, 28.12.2010); ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב נ' פואמיקס בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2010).

46 כיום, עובד זכאי להיעדר מעבודתו אם הוא עובר טיפולי פוריות, והוא זכאי לצאת לחופשת לידה לאחר שבת זוגו מימשה שישה שבועות של חופשת לידה בעצמה, וזאת כאמור כאשר בת זוגו זכאית לחופשת לידה והסכימה בכתב לוותר על חלק מחופשת הלידה המגיעה לה בתקופה שנותרה מתום ששת השבועות הראשונים שלאחר יום הלידה, וגם חזרה בפועל לעבודתה לאחר תום ששת השבועות האמורים (ס' 6(ח1) לחוק עבודת נשים). העובד זכאי לחופשת לידה חלקית של 14 שבועות בלבד, וצריכים להתקיים בנוגע אליו גם התנאים הבאים: הוא עבד אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה לא פחות מ-12 חודשים עד יציאתו לחופשת הלידה, ובת הזוג עבדה בעצמה 12 חודשים לפחות אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה לפני יציאתה לחופשת הלידה (ראו סעיף 6(ח1א) לחוק). נוסף על כך זכאי העובד לצאת לחופשה ללא תשלום (חל"ת), בדומה לבת הזוג שילדה, אם מתקיים אחד משני המצבים הבאים: בת זוגו הועסקה כעובדת במשך שישה חודשים רצופים לפחות בסמוך לפני תחילת החל"ת (ומשמעות הדבר היא שעל בת הזוג לחזור מחופשת הלידה לעבודה של שישה חודשים רצופים בטרם יכול בן הזוג לצאת לחל"ת), או כאשר הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית או בטיפולו הבלעדי של בן הזוג מחמת נכות או מחלה של בת זוגו. שני בני הזוג רשאים כאמור לצאת לחל"ת, אולם לא בו־זמנית, וסך תקופת החל"ת של שניהם יחדיו אינו יכול לעלות על תקופת החל"ת המקסימלית שהעובדת זכאית לה בהתאם לוותק שלה במקום העבודה (ס' 7(ד1) לחוק עבודת נשים).

האיסור על פיטורים בתקופת טיפולי פוריות, חופשת הלידה והחל"ת חל גם על בן זוג אשר בוחר לממש את זכאותו האמורה מכוח חוק עבודת נשים (ס' 9(ג) ו-9(ה) לחוק עבודת נשים). ראוי לציין כאן הבחנה מעניינת בין אבות לאמהות ביחס לאיסור הפיטורים, אשר נדונה בתע"א (ת"א) 9410/09 קפלן נ' ג'נגו בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2013), שם העובד היה מהנדס תוכנה אשר פוטר מעבודתו לאחר שהודיע על כוונתו לצאת לחופשת לידה לאור מועד הלידה הקרב של בתו. החברה טענה כי הפיטורים נבעו מסיבות ענייניות ולא בשל רצונו לנצל את זכאותו לחופשת לידה. בית הדין ניתח את הוראות ס' 9(ג) ו-9(א) לחוק עבודת נשים וקבע כי בשונה מאישה עובדת, אשר לא ניתן לפטרה ללא היתר מתחילת ההיריון ועד לאחר תום חופשת הלידה (ופיטורים ללא היתר הנם שלא כדין ובטלים), לא קיימת הוראת חוק מפורשת בנוגע לגבר המבקש לנצל חופשת לידה בטרם הגיע המועד החוקי לכך, שכן חוק עבודת נשים אינו קובע איסור פיטוריו של עובד שטרם יצא לחופשת לידה. בית הדין קבע כי אין להחיל על גבר את ההגנה מכוח ס' 9(ג) לחוק עבודת נשים גם בתקופת הביניים – בין המועד שבו הודיע לראשונה על הכוונה לצאת לחופשת לידה ובין יציאתו בפועל לחופשת הלידה – ואת הליך הפיטורים יש לבחון לאור הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כלומר האיסור להפלות לרעה מחמת הורות. לאור זאת הפיטורים אינם בטלים

בכאן להחיל הוראות אלה על בני זוג מאותו מין, יש להבחין בין זוג נשים, אשר מביא ילד לעולם כאשר אחת מבנות הזוג נושאת את ההיריון, לבין זוג נשים או זוג גברים שהופכים להורים על דרך של אימוץ או פונדקאות. כאשר מדובר בתהליך הולדה שבו אחת מבנות הזוג נושאת את ההיריון, היא זכאית כמוכן מכוח הדין לכל אותן זכויות הקשורות בהולדה, ויש לראות את בת הזוג שלה, זו שאינה נושאת את ההיריון, כנכנסת בנעליו של "בן הזוג" לצורך הזכויות המוקנות לו בחוק.<sup>47</sup> כאשר מדובר בתהליך של הורות על דרך של אימוץ או פונדקאות, הזכויות ההוריות הרלוונטיות קיימות ממועד קבלת הילד למשמורת ההורים (יום מסירת הילד על ידי האם הנושאת בהליך של פונדקאות או יום קבלת הילד לביתו של ההורה המאמץ), והן כוללות את הזכות לחופשת לידה, הזכות לקיצור יום עבודה והזכות לחל"ת, וכן האיסור על פיטורים בתקופות האמורות.<sup>48</sup> שני בני הזוג, אם שניהם מוגדרים כהורים מאמצים או הורים מיועדים, זכאים לחלוק ביניהם את הזכויות ההוריות, ובתנאי שתקופת הזכאות של שניהם ביחד לא תעלה על התקופות הקבועות בחוק. הואיל והוראות אלה מנוסחות בלשון ניטרלית ומבלי להבחין בין האם המאמצת/מיועדת לבין האב המאמץ/מיועד, הרי שיישומן בנוגע לבני זוג בני אותו המין פשוט יחסית, זאת אם הזוג כבר עבר כאמור את המחסום הראשוני שעמד בפני בני זוג בני אותו המין אשר ביקשו לאמץ ילד או להפוך להורים בהליך של פונדקאות.

עוד יש לציין בהקשר זה כי הליך פונדקאות מלווה בטיפולי פוריות שעוברים בני הזוג, או אחד מהם, לצורך נטילת ביציות או דגימת זרע. במצב זה, הזכות להיעדר מהעבודה לצורך טיפולי פוריות או האיסור לפטר עובד או עובדת במהלך טיפולים אלו תקפים גם בנוגע לבני הזוג בני אותו המין, שכן החוק אינו מגדיר את הזכות ההורית כתלויה בזהות המינית של העובד או העובדת. העובדת והעובד זכאים אפוא לאותן זכויות הוריות ללא תלות במאפייני התא המשפחתי שאותו הם עתידים להקים. מבחינה פורמלית מקנה החוק זכויות הוריות להורים בתהליך פונדקאות המתקיים בישראל. אין התייחסות בחוק עבודת נשים להורים מיועדים בתהליך פונדקאות המתרחש מחוץ לישראל, אולם כפי שנקבע בפסיקה, בני זוג בני אותו המין אינם יכולים לקחת חלק בהליך פונדקאות בישראל, שכן הדין מגדיר הורים מיועדים כבני זוג הטרוסקסואלים בלבד.<sup>49</sup> כיום עומדות על הפרק הצעות חוק לשינוי

אוטומטית בהיעדר היתר ממושרד התמ"ת, אלא יש לבחון אם העובד הוכיח שלא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטורים, ואזי על החברה יחול הנטל להוכיח שהפיטורים לא נעשו בקשר עם בקשת העובד לצאת לחופשת לידה.

47 יש לציין כי בשנים האחרונות הוגשו כמה הצעות חוק לתיקון חוק עבודת נשים, כך שההוראות החלות מכוח החוק על בן הזוג יחולו גם על בת הזוג של עובדת, ובת הזוג תוכל גם היא לחלוק את חופשת הלידה. ראו למשל הצעת חוק עבודת נשים (תיקון – חופשת לידה חלקית לבת זוגה של עובדת שילדה), התשע"ג–2013, פ/19/62. ראו גם הצעת חוק עבודת נשים (תיקון – חופשת לידה לבנות זוג מאותו מין), התשע"א–2011, פ/18/3208.

48 החוק תוקן פעמים מספר במהלך השנים 2011–2012 והוספו לו הוראות המקנות זכויות הוריות להורים מאמצים והורים המקבלים למשמורתם ילד בתהליך של פונדקאות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996. נוסף על כך, בס' 9 לחוק עבודת נשים יש התייחסות להורים במשפחת אומנה.

49 נושא הפונדקאות מוסדר בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), אשר מגדיר את ההורים המיועדים כ"איש ואישה שהם בני זוג" (שם, בס' 1). נכון להיום, הפרשנות שאומצה על ידי בג"ץ



הגדרות החוק כך שבני זוג בני אותו המין יוכלו אף הם לקחת חלק בהליך פונדקאות בישראל,<sup>50</sup> אך עד תיקון החוק עומד לרשותם רק הליך של פונדקאות בארץ זרה, ובמידת הצורך תידרש פרשנות מרחיבה של הוראות חוק עבודת נשים על מנת לכלול גם הורים אשר מבצעים הליך של פונדקאות בחו"ל, בין שמדובר בבני זוג בני אותו המין או בבני זוג הטרוסקסואלים.

תחולתן של זכויות הוריות מכוח חוק עבודת נשים על בני זוג בני אותו המין אינה מסתיימת רק במתן הגנות בעת היעדרויות מהעבודה, אלא גם במתן תמיכה כספית מן המוסד לביטוח לאומי, במיוחד כאשר מדובר בחופשת לידה.<sup>51</sup> המוסד לביטוח לאומי מכיר במוסד הידועים בציבור כבסיס להענקת זכויות הנובעות מהתא המשפחתי, ולאחרונה הצהיר המוסד כי הוא מכיר גם בזוגיות חד-מינית ככל שהיא עונה לתנאים של הגדרת הידועים בציבור. בחוזרים כלליים שפורסמו בשנת 2009 הכיר המוסד לביטוח לאומי בזכאותם של בני זוג בני אותו המין לזכויות סוציאליות, ולאור ההבחנה בין גבר לבין אישה לעניין היקף הזכאות לזכויות אלה אימץ המוסד שורה של המלצות לעניין הפרשנות הנכונה לסעיפי החוק שמהם נגזרות זכאויות לבני זוג. כך למשל קובע החוזר כי מענק לידה ישולם גם במקרה של זוג גברים, אם מדובר בתובע שהנו ההורה הטבעי ובתנאי שבן הזוג השני לא קיבל מענק לידה כהורה מאמץ; דמי לידה ישולמו לבני זוג בני אותו המין המוכרים כידועים בציבור, והם יכולים להתחלף ביניהם במהלך תקופת חופשת הלידה המוכרת בחוק. מכוח נהל זה משלם המוסד לביטוח לאומי דמי לידה לבני זוג מאותו מין אשר ביצעו הליך של פונדקאות בחו"ל.<sup>52</sup>

#### (ב) התפטרות של הורה על מנת לטפל בילד

סעיף 7 לחוק פיצויי פיטורים מקנה לעובדת את הזכות להתפטר תוך תשעה חודשים מיום שילדה, והיא תיחשב כמי שפוטרה מעבודתה אם בבסיס ההתפטרות עומד רצונה לטפל בילדה. הוראה זו תקפה גם בנוגע לעובדת אשר קיבלה לאימוץ ילד שטרם מלאו לו 13 שנים, ובתוך תשעה חודשים מיום קבלתו לאימוץ התפטרה כדי לטפל בו, וכן עובדת אשר קיבלה למשמורתה ילד אשר נולד בהליך פונדקאות או הפכה לאם במשפחה אומנת, וברצונה להקדיש את זמנה באופן מלא או חלקי לגידול הילד.

אינה מרחיבה את החוק על בני זוג בני אותו המין או הורים יחידים. ראו בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002).  
50 ראו למשל הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (תיקון – הורים מיועדים), התשע"ב–2012, פ/18/4266, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, ה"ח 916.

51 מבין הזכויות ההוריות הנדונות פה, חופשת הלידה היא בתשלום חלקי של 14 שבועות באמצעות דמי הלידה, שאותם משלם המוסד לביטוח לאומי. היעדרויות אחרות הן על חשבון ימי מחלה או ימי החופשה, כלומר בתשלום על דרך שכר עבודה, שאותו משלם המעסיק, ויציאה לחל"ת הנה על חשבון העובדים, כלומר ללא כל תשלום תומך מצד גורם כלשהו.

52 חוזר המוסד לביטוח לאומי מס' 116/090 "בני זוג מאותו המין" (23.7.2009) [www.btl.gov.il/benefits/HozrimGimlaot/Documents/HozerGimlaot410-09.pdf](http://www.btl.gov.il/benefits/HozrimGimlaot/Documents/HozerGimlaot410-09.pdf); חוזר המוסד לביטוח לאומי – אגף גמלאות משפחה מס' 71/09 (חוזר אמהות 1411) "תשלומי גמלאות אמהות לבני זוג מאותו המין" (1.4.2009) [www.btl.gov.il/benefits/HozrimGimlaot/Hozrim/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%A8%20%D7%AA%D7%A9%D7%9C%D7%95%D7%9D%20%D7%92%D7%9E%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%AA%20%D7%9C%D7%91%D7%A0%D7%99%20%D7%96%D7%95%D7%92%20%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA%D7%95%20%D7%9E%D7%99%D7%9F.pdf](http://www.btl.gov.il/benefits/HozrimGimlaot/Hozrim/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%A8%20%D7%AA%D7%A9%D7%9C%D7%95%D7%9D%20%D7%92%D7%9E%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%AA%20%D7%9C%D7%91%D7%A0%D7%99%20%D7%96%D7%95%D7%92%20%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA%D7%95%20%D7%9E%D7%99%D7%9F.pdf).

לעובד לא נתונה זכות זהה, וזכותו להתפטר בדין פיטורים כדי לגדל את הילד מותנית בהתקיים אחת מהנסיבות הבאות: בת זוגו של העובד הועסקה בעצמה כעובדת במשך שישה חודשים רצופים לפחות בסמוך לפני יום התפטרותו; בת הזוג הייתה עובדת עצמאית במשך 12 חודשים רצופים לפחות בסמוך לפני יום הלידה או בסמוך לפני קבלת הילד לאימוץ, למשמורת או לאומנה ולא הפסיקה את עיסוקה לצורך טיפול בילד; כאשר הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית, או בטיפולו הבלעדי מחמת נכות או מחלה של בת הזוג. בכל מקרה קובע החוק חד-משמעית כי בני הזוג אינם יכולים לנצל שניהם את הזכות להתפטר בדין פיטורים כדי לגדל את הילד.<sup>53</sup>

ההבחנה בין הזכות המוחלטת של העובדת לבין הזכות המותנית של העובד נוצרה, כנראה, מההשתלשלות ההיסטורית של הוראת החוק. הזכאות של העובדת להתפטר כדי לגדל את הילד הייתה חלק מהוראות החוק המקורי, אשר נחקק כאמור בתחילת שנות השישים, ואילו זכותו של העובד הוספה לחוק רק בשנת 1988, כאשר עקרון השוויון המהותי צבר תאוצה בחקיקה ובפסיקה הישראלית. סביר להניח כי כאשר הוספה זכאותו של העובד לחוק, ביקש המחוקק להבטיח כי ניצול הזכאות להתפטרות בדין פיטורים ייעשה רק כאשר העובד אכן מתכוון להקדיש את זמנו לגידול הילד, ולכן נקבעו הנסיבות המצביעות על כך שבת הזוג אינה פנויה לעשות כן במקומו או יחד עמו, וגם סביר להניח שזכאותה המוחלטת של העובדת לא צומצמה באופן דומה כדי להימנע מדיון ציבורי ופוליטי אשר עשוי היה לעכב את תיקון החוק.<sup>54</sup> לעומת זאת, העובד זכאי להתפטר כדי לגדל את הילד רק בהתקיים נסיבות המצביעות על כך שזוגתו אינה פנויה לגדל את הילד בעצמה.

ככלל, ראוי לערוך דיון מחדש בהוראות החוק על מנת לאמץ הסדר שוויוני יותר, אשר אינו מעגן תפיסה מגדרית שאמורה הייתה כבר לעבור מן העולם, אפילו במחיר הגבלת זכאותה של העובדת לאותם תנאים החלים על העובד, אך דיון זה חורג מן הנושא שבבסיס פרק זה. אנו נתמקד אפוא בשאלה, כיצד יש ליישם את הוראות החוק הנוכחיות על בני זוג בני אותו המין?

נבחן לדוגמה בנות זוג. אם הן הפכו לאמהות בתהליך של הולדה "טבעית", דהיינו היריון ולידה ולא אימוץ או פונדקאות, הרי שבת הזוג זכאית להתפטר בדין מפורטת על מנת לגדל את הילד. אם בת זוגה תאמץ את הילד כאמו השנייה, הרי שיישום דווקני של הוראות החוק יאפשר גם לה להתפטר בדין מפורטת כמו האם הביולוגית, שכן אם מאמצת זכאית לאותה זכות מוחלטת להתפטרות בדין פיטורים בדומה לאם הביולוגית. במילים אחרות, במצב דברים זה שתיהן אוחזות באותה זכות ושתייהן יכולות לכאורה להתפטר בסמוך ללידת הילד ואימוצו. לא זו הייתה כוונת המחוקק, אשר ביקש

53 לדיון בהוראת החוק בפסיקת בתי הדין לעבודה ראו תב"ע (ארצי) נה/3-51 חבה נ' סופר דרינק בע"מ, פד"ע כח(1) 471 (1995); ער"מ 300022/98 חזן נ' "אורטל" שירותי כוח אדם בע"מ, פד"ע לו 172 (2000); תע"א (נצ') 3189/09 לוי נ' מוקד גשש (פורסם בנבו, 11.8.2011); עב' (ת"א) 11733/07 לוי נ' 012 סמייל תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 4.11.2009).

54 אין כמובן בהסבר זה כדי להפחית מעוצמתה של התפיסה המגדרית העומדת בבסיס ההבחנה המצויה בחוק כיום, המשקפת סטריאוטיפים ישנים נושנים בדבר הדרך שבה פועל התא המשפחתי, שבו האישה מתמקדת בגידול הילדים והבעל עוסק בשאר המטלות הקיומיות. יתרה מכך, כאשר העובדת מעוניינת להתפטר כדי לגדל את הילד, המחוקק אינו מייחס חשיבות לשאלה אם בן זוגה שכיר או עצמאי, אם הוא עובד או מובטל. גם אם בן הזוג חסר מעש ותעסוקה, עדיין זכאית העובדת להתפטר כדי לגדל את הילד, וההנחה הסמויה פה היא שהעובדת בכל מקרה היא שתשקיע את מרצה וזמנה בגידול הילד, גם אם בן זוגה אינו עובד.

כי בני הזוג ינצלו לסירוגין ולא בר-זמנית את הזכות להתפטר למטרת גידול הילד. לכן, הפרשנות האפשרית האחרת היא להחיל על בת הזוג שלא ילדה את אותה הזכות הנתונה לעובד שבת זוגו ילדה. אם מדובר בבנות זוג אשר קיבלו למשמורתן ילד שנולד בהליך פונדקאות או בהליך של אימוץ, גם פה ההיגיון מחייב שרק אחת מהן תיכנס בנעליה של "האם היולדת" ותינה מהזכאות המוחלטת להתפטר תוך תשעה חודשים מיום האימוץ או קבלת הילד, ובת הזוג האחרת תינה מהזכות המסויגת הניתנת כיום לעובד.

מה דינם של בני זוג הומוסקסואלים בסיטואציה האמורה? מצבם זה למצבן של בנות הזוג בדוגמה מעלה, אשר קיבלו לרשותן ילד בהליך של אימוץ או פונדקאות, הואיל והפיכתם לאבות אינה אפשרית בדרך של היריון שאינו דורש סיוע.<sup>55</sup> גם במקרה כזה, הפרשנות הנכונה לגישתנו היא לאפשר לאחד מהם להיכנס בנעליה של "האם היולדת" ולבחור להתפטר בדין פיטורים תוך תשעה חודשים ממועד הפיכתם להורים. יחד עם זאת, יש לשים לב כי פרשנות זו יוצרת נחיתות של עובדת שבת זוגה ילדה, שכן לפי הפרשנות המוצעת, היא תהא זכאית לזכות המסויגת של העובד, ואילו בני זוג מאותו מין אשר הפיכתם להורים נעשית על דרך של אימוץ או פונדקאות, יוכלו לבחור מי מביניהם ינצל את הזכות המוחלטת להתפטר בדין מפוטר כדי לקבל את הילד. מצב זה כמובן אינו רצוי, אך הוא נובע מחוסר הסימטריה הבסיסי הגלום בחוק בין העובדת לבין העובד, אשר יצר הגנת יתר לאמו של הילד. באופן פרדוקסלי, הפרשנות המוצעת פה מובילה בסופו של דבר למתן זכויות יתר לבני זוג הומוסקסואלים לעומת בנות זוג לסביות, מצב הנוצר כאמור בשל ההבחנה הבעייתית בין זכותה של האם לבין זכותו של האב להתפטרות בדין פיטורים.

#### (ג) זכויות יתר להורים במקום העבודה

מקומות עבודה רבים בוחרים להיטיב עם עובדות שהן אמהות ולבצע התאמות מסוימות למסגרת שעות העבודה, או להעניק הטבות מסוימות אשר אמורות להקל את שילוב ההורות עם עבודתן. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע כי מעסיק המעניק לעובדת "זכות בקשר להורות"<sup>56</sup> מחויב להעניק זכות זו גם לעובד שבת זוגו היא עובדת או עצמאית, אם אינה מנצלת בעצמה זכות דומה במסגרת עבודתה שלה, או כאשר הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית. השוואת הזכויות ההוריות בין גברים לנשים במקום עבודה מסוים נועדה לאזן את חלוקתו של נטל המחויבות ההורית בתוך התא המשפחתי מבחינת חלוקת הזמן שמקדישים בני הזוג לטיפול בילדים ולהעביר נטל זה גם אל האבות, ובכך להקל את השתלבותן של נשים בשוק העבודה.

הסעיף מרחיב את הזכאות ל"זכויות בקשר להורות" רק בנוגע לעובד שהנו אב ואשר הסטטוס האישי שלו הוא אחד משניים: יחיד (אב חד-הורי, אב אלמן או אב גרוש שהילד הוא בהחזקתו הבלעדית), שאז ניצול הזכאות אינו תלוי בהתנהלותו של בן הזוג, או זוגי, שאז הגדרת הסעיף מפנה אותנו לבחינת התנהלותה של "בת הזוג". לכאורה, לאור הרחבת מוסד הזוגיות לזוגות בני אותו המין,

55 למעט כאמור האפשרות של מודל ההורות המשותפת של שני גברים ואישה.

56 "זכות בקשר להורות" מוגדרת בחוק כאחת מארבע: (1) היעדרות מעבודה בשל מחלת ילד; (2) יום עבודה מקוצר; (3) זכות להשתמש בשירותי מעון שהמעסיק מעמיד לרשות ילדי העובדים; (4) השתתפות המעסיק בעלות החזקתו של הילד במעון (ס' 4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

כפי שהוסבר בחלקים הקודמים, יש לצפות שבתי הדין לעבודה יחילו את הזכאות ל"זכות בקשר להורות" גם כאשר מדובר בעובד הומוסקסואל, אשר בן זוגו אינו מנצל זכות זהה במקום עבודתו שלו. במילים אחרות, השוואת הזכויות ההוריות בין עובדת לבין עובד במקום עבודה מסוים לא תהיה תלויה בנטייתו המינית של העובד ובדרישה הדווקנית שמדובר בעובד שיש לו "בת זוג" דווקא, אשר אינה מנצלת זכות הורית אף היא.

גם בסיטואציה זו של השוואת הזכויות ההוריות באותו מקום עבודה נוצר חוסר סימטריה בין זוגות של לסביות לבין זוגות של הומוסקסואלים, שכן זכות העובדת היא מוחלטת, לעומת הזכות של העובד אשר מותנית בהתנהלות בן/בת הזוג. נקודת המוצא של התרחיש הנדון היא שמעסיק מעניק הטבה לנשים במקום העבודה, והטבה זו בדרך כלל אינה מותנית בהתנהלות בן זוגן. כך למשל, מתן אפשרות ליום עבודה מקוצר ניתן לאמהות המועסקות בשירות המדינה, ללא קשר לשאלה אם בני הזוג שלהן מנצלים זכות דומה במקום עבודתם. אם כן, אם בנות זוג מועסקות שתיהן אצל מעסיקים המעניקים זכות ליום עבודה מקוצר, שתיהן תוכלנה לסיים את יום עבודתן מוקדם מהרגיל.<sup>57</sup> לעומת זאת, במקרה של בני זוג גברים, רק אחד מהם יוכל לנצל את הזכות ליום עבודה מקוצר, גם אם שני מקומות העבודה מעניקים הטבה זו. מכך עולה כי דווקא הדוגמה של בני הזוג ההומוסקסואלים תואמת את הרציונל של סעיף 4 האמור, שכן הענקת הזכויות ההוריות לעובדים גברים במקום העבודה נועדה לאפשר חלוקת זמן טובה יותר בין בני הזוג על בסיס ההנחה, והדרישה, שרק אחד מבני הזוג ההטרסקסואלים נהנה מזכות היתר במקום עבודתו ומממש אותה בפועל.

הסוגיה של זכויות הוריות, והשוני בדרך שבה יכולים גברים ונשים לממשן, הגיעה לפתחו של בית הדין הארצי לעבודה כמה פעמים בשנים האחרונות.<sup>58</sup> פרשת לוי, עניינה בזכאות של עובדים גברים לממש זכויות יתר הוריות אשר ניתנות לנשים החברות בהסתדרות המורים או בארגון המורים, ואשר אינן נופלות בהכרח בגדר סעיף 4 לחוק.<sup>59</sup> מערך ההסכמים הקיבוציים החל על עובדי משרד החינוך קובע כי עובדות הוראה שהן אמהות לילדים עד גיל 14, ואשר מועסקות כעובדות קבועות במשרה מלאה והן גם חברות בהסתדרות המורים או בארגון המורים, זכאיות להטבה שמכונה "תוספת אם".<sup>60</sup> בית הדין הארצי נדרש אפוא להכריע אם עובדי הוראה שהם אבות זכאים אף הם ל"תוספת אם" כספית, ותשובתו הייתה שלילית. תחילה קבע בית הדין כי רשימת הזכויות ההוריות המנויה בסעיף 4 לחוק הנה רשימה סגורה, הכוללת את הזכות בעין לקיצור יום העבודה אך לא את הזכות לפיצוי כספי תחת קיצור

57 לדוגמה, נניח שבת זוג אחת מועסקת בשירות המדינה ובת הזוג האחרת מועסקת באינטל (ושתייהן מוכרות על פי חוק כאמהות של הילד, אחת אם ביולוגית והשני אם מאמצת), ושני מקומות העבודה מאפשרים לעובדות יום עבודה מקוצר, הרי שעל פי החוק שתיהן תוכלנה לממש את הזכאות ליום עבודה מקוצר במשכורת מלאה, ללא קשר לשאלה אם קיימת חפיפה בין שתיהן במימוש הזכות.

58 מדינת ישראל, משטרת ישראל נ' יהב, פד"ע לח 26 (2002); ע"ע (ארצי) 361/08 מדינת ישראל נ' בהט (פורסם בנבו, 18.4.2010); ע"א (ארצי) 1155/02 מדינת ישראל נ' מוסקלנקו, פד"ע לט 337 (2003).

59 ע"ע (ארצי) 547/08 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' לוי (פורסם בנבו, 27.2.2013).

60 תוספת זו משמעותה אפשרות לקיצור שבוע העבודה של עובדות אלה על פי היקף משרתן, מבלי ששכרן יופחת; לחלופין, עובדות אשר בוחרות שלא לנצל את זכאותן לקיצור שבוע עבודה ועובדות שבוע עבודה מלא זכאיות לתוספת כספית בגובה ההשלמה שאמורה הייתה להשתלם לשכרן אילו קיצרו את שבוע העבודה. במילים אחרות, הטבה זו ניתנת לניצול כתוספת כספית או בעין, כקיצור בפועל של שבוע העבודה. הטבה זו ניתנה בעבר לעובדות בלבד, אולם בשנים האחרונות הוגשו כמה תביעות של עובדי הוראה, אבות לילדים עד גיל 14, אשר ביקשו אף הם לנצל את הזכות ל"תוספת אם".

שעות העבודה; נוסף על כך, קבע בית הדין, הזכות ל"תוספת אם" כהטבה כספית מוגנת על ידי סעיף 3 לחוק, אשר מתיר למעסיק להעניק לנשים זכויות יתר במקום העבודה מבלי שהדבר ייחשב כהפליה של שאר העובדים הגברים. הרציונל לקביעה האמורה נעוץ במהות ההטבה ובמטרה שאותה היא אמורה להגשים. כפי שהסביר בית הדין, התשלום הכספי לעובדת הוראה אם שבחרה שלא לקצר את שעות עבודתה נועד ליצור תמריץ לאמהות להשקיע זמן נוסף במקום העבודה ובכך להתקדם לתפקידים בכירים, וכן נועד לאפשר תשלום עבור מסגרת השגחה חלופית לילדים (כגון מטפלת, מעון או חוגים). האפשרות של קיצור שבוע העבודה בעין לעובדי הוראה אבות נועדה אף היא לאפשר לבנות הזוג לבחור להישאר בעבודתן. לעומת זאת, אם תינתן האפשרות של הטבה כספית חלף קיצור יום העבודה, תסוכל תכלית החוק, שהנה כאמור להקל על האם העובדת.<sup>61</sup>

התוצאה המעשית של פסק הדין הנה שאבות אינם זכאים להשוואת זכויות הוריות פרט לאלו המוזכרות במפורש בסעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ההבחנה שנוצרה בין אמהות לבין אבות היא פועל יוצא של התכלית הגלומה בהוראת החוק: עידוד שוויון (פורמלי) בין ההורים בתא המשפחתי מבחינת חלוקת נטל הטיפול בילדים, והעמקת השוויון (המהותי) לנשים אשר תוכלנה להשתלב במעגל העבודה ביתר קלות כאשר בני זוג נושאים אף הם באחריות המשפחתית. במילים אחרות, עידודם של האבות לשאת באחריות המשפחתית ולהגדיל את משך שהותם עם ילדיהם הנו מכשיר לקידום השתלבותן של נשים בשוק העבודה, ולא דווקא מטרה העומדת בפני עצמה.

מה המשמעות של פסיקה זו לזוגות בני אותו המין? בדוגמה של ההטבה הכספית ובעין של "תוספת אם" לעובדי הוראה, למשל, אם שתי בנות הזוג הן עובדות הוראה, או אחת מהן היא עובדת הוראה והשנייה עובדת במקום עבודה אחר המעניק הטבה דומה, שתיהן תוכלנה לבחור אם לקצר את שבוע העבודה או לקבל את התוספת הכספית, ואף עומדת בפניהן האפשרות לבחור בזמנית את הארכת שעות העבודה וקבלת הפיצוי הכספי. תוצאה זו אינה סותרת בהכרח את הרציונל של הלכת לוי האמורה, משום שהסדר של עובדי ההוראה מתייחס, הלכה למעשה, גם לסיטואציה שבה עובדת הוראה מקבלת פיצוי כספי על כך שלא קיצרה את שבוע העבודה בעוד בן זוגה, המועסק במקום אחר, עובד גם הוא שעות ארוכות. במקרה כזה, הפיצוי נועד להקל את העול הכלכלי של מציאת סידור חלופי לילדים, ומצב זה נכון גם בנוגע לבנות זוג אשר מנצלות שתיהן את ההטבה לפיצוי כספי בגין אי-קיצור שעות עבודה. בכל הנוגע לבני זוג הומוסקסואלים, הרי שיישום הלכת לוי עליהם מוביל לכך שהם אינם יכולים ליהנות מזכויות יתר הניתנות לנשים במקום העבודה, ואשר אינן בגדר הרשימה הסגורה של סעיף 4 האמור, וההנחה במקרה זה היא שאינם זקוקים להגנה המיוחדת הניתנת לנשים המעוניינות להשתלב בשוק העבודה. יש לזכור כי לאור הפרשנות המוצעת לעיל, את הזכויות הניתנות מכוח סעיף 4 לחוק עדיין אפשר להחיל על בני זוג הומוסקסואלים, למשל כך שאחד מהם יוכל ליהנות משבוע

61 עניין לוי, לעיל ה"ש 58, פס' 55 לפסק דינה של הנשיאה ארד: "רציונאל עקרון ההתאמה שביסוד חוק השוויון ומטרתו, לפתוח בפני האם העובדת אפשרויות לקידום ולהשתכרות במשרה מלאה ולשילובה בחיי העבודה, המשק והכלכלה. לשם הגשמתה של מטרה זו, הכיר המחוקק בזכאותו של העובד האב לקיצור שעות העבודה, כך שיפנה את האם העובדת ממטלותיה המשפחתיות המסורתיות, ויעמיד עצמו לרשות ילדי המשפחה ומחויבויותיה. הרחבת ההכרה בזכאותו של האב העובד לתשלום כספי תחת מיצוי זכותו לקיצור שעות עבודה, תגרום להשבת הגלגל לאחור, ולכלל היותר תמשיך בקיבוע חלוקת התפקידים המסורתית, והאם היא זו אשר תצמצם שעות עבודתה ותחזור לשאת בנטל גידול הילדים".

עבודה מקוצר אם בן זוגו אינו מנצל זכות דומה באותה עת. לעומת זאת, הם לא יהיו זכאים לפיצוי הכספי שניתן לעובדות הוראה בגין אי־קיצור שבוע העבודה, ובכך נוצר המצב שבו אף לא אחד מבני הזוג נהנה מהטבה זו, אך בה בעת אנו מונעים מצב שבו בני הזוג, בהיותם גברים שמהם מצפה המעסיק להשקיע שעות עבודה ארוכות, יקבלו תמריץ נוסף לעמוד בציפייה זו. במילים אחרות, אם אחד מבני הזוג מעוניין לקצר את שבוע העבודה כדי להקדיש זמן רב יותר למטלות משפחתיות, הוא יהא זכאי לעשות זאת במסגרת סעיף 4 לחוק; ואולם, הוא לא יוכל לקבל את ההטבה הכספית כאשר הוא מאריך את יום עבודתו, שכן בכך ייווצר תמריץ שלילי לאותו הורה להאריך את שבוע עבודתו כאשר יש סבירות גבוהה לכך שגם בן זוגו עובד שעות ארוכות, ולפיכך התא המשפחתי ייפגע. לא זו הייתה כוונת המחוקק בסעיף 4 לחוק שוויון הזדמנויות, ולא לתוצאה זו כיוון פסק דין לוי, ולכן חוסר הסימטריה במקרה זה משרת לכאורה מטרה חברתית ראויה.

#### (ד) היעדרות בשל מחלת ילד

לפני סיום, נזכיר כי חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד) מקנה לעובד את הזכות לזקוף על חשבון תקופת המחלה הצבורה שלו עד שמונה ימי היעדרות בשנה בשל מחלת ילדו. זכות זו נתונה לעובד אשר בן זוגו הוא עובד שכיר או עובד עצמאי שלא נעדר בעצמו, מעבודתו או מעסקו, כדי לטפל בילד בתקופת המחלה.<sup>62</sup> בניגוד לשאר הזכויות ההוריות ה"זוגיות" אשר תוארו לעיל, המחוקק לא השתמש בסממנים של "בעל ואישה" או בני זוג הטרוסקסואלים לצורך הגדרת הזכות להיעדרות בשל מחלת ילד, והחוק נוקט לשון ניטרלית של "עובד" ו"בן זוגו". ספק אם המחוקק חזה בתחילת שנות התשעים את הצורך להחיל את החוק גם על בני זוג בני אותו המין, אולם לאור לשונו של החוק ניתן לצפות שלא תידרש מלאכת פרשנות מורכבת כדי להחיל את החוק גם עליהם.

#### ה. אתגרים לעתיד

בחינת ההתפתחויות עד כה נגעה לעבר ולהווה, ויש מקום לבחון את האתגרים העתידיים של המאבק לשוויון על רקע נטייה מינית ביחסי עבודה. כפי שיובהר ויודגם להלן, קיימים כמה מכנים משותפים לאתגרים שנבחנו. ראשית, מדובר במקרים אשר החלו להגיע להכרעות בתי הדין, בעיקר בערכאות הנמוכות; שנית, הטיפול בסוגיות אלו, לעת עתה, נעשה באופן ממוקד ונמנע מהחלת עקרונות חוקתיים ועקרונות לבר־משפטיים (מוסריים וחברתיים) כוללים; שלישית, לטיפול עקרוני כאמור עשויה, ואף צפויה, להיות השפעה לא מבוטלת על הזכות לשוויון של קהילות אחרות, בעולם העבודה ומעבר לו. נעבור לבחון שלושה אתגרים כאלה: ראשית, אף שהתיקונים לחוק הביאו להחלתו על קבוצות לא מעטות באוכלוסייה, הפליה של טרנסג'נדרים על רקע זהותם המינית אינה נכללת מפורשות ברשימת ההפליות הפסולות. אם נשוב לטיפולוגיה שהוצעה לעיל באשר לפרשת דנילוביץ',<sup>63</sup> הרי שגישה (ג)

62 כאשר מדובר בעובד שהנו הורה יחיד או כאשר הילד נמצא בחזקתו הבלעדית, נתונה לו הזכות לזקוף עד 16 ימי היעדרות על חשבון תקופת המחלה הצבורה.

63 ראו את הטקסט הצמוד לה"ש 25.

(של השופטת דורנר, ולא גישה (ב) (של המשנה לנשיא ברק ושל בית הדין הארצי לעבודה) עשויה (תלוי בתפיסה החברתית של בית המשפט או בית הדין) להרחיב את איסור ההפליה גם למקרים אלו. שנית, במקרים שבהם אישה מופלית מחמת נטייתה המינית במקום עבודה שבו מועסקים פחות משישה אנשים, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו חל.<sup>64</sup> במקרה כזה גישה (ב) לא תסייע לה, בעוד גישה (ג) תוכל לעקוף את המגבלה האמורה. שלישית, הפליה על בסיס מראה אינה מופיעה ברשימת ההפלות הפסולות, ועל כן מראה "גיי", "קווירי", או כזה שאינו תואם, ככלל, את מינו של העובד, עשוי להיות בסיס לסנקציה מטעם המעסיק, בלא הגנת החוק. בהחלט ייתכן, ואולי אף צפוי, שסוגיות נוספות יאתגרו את בתי הדין לעבודה בעתיד, במסגרת המאבק הלהט"בי לשוויון ביחסי העבודה. עם זאת, כמה מקרים שכבר הגיעו לפתחם של בתי הדין, והחשיבות העקרונית של כל אחת מהקטגוריות, מצדיקות התייחסות נקודתית אליהן במסגרת זו.

### 1. זהות מגדרית

אחד האתגרים בעולם העבודה לא/נשי הקהילה הלהט"בית עניינו הפליה של טרנסג'נדרים/ות וטרנסקסואלים על רקע זהותם המגדרית.<sup>65</sup> במסגרת סקר מקיף על הפליה בעבודה על רקע נטייה מינית שנערך באוניברסיטת שיקגו, טרנסג'נדרים דיווחו על שיעורי הפליה הגבוהים באופן ניכר מאלה שדווחו על ידי הומואים, לסביות וביסקסואלים.<sup>66</sup> כך, 78% מהטרנסג'נדרים דיווחו כי חוו לפחות סוג אחד של הפליה (הטרדה מינית, יחס בלתי הולם וכו'), ו-47% מהם דיווחו על הפליה בקבלה לעבודה, בקידום או בתנאי עבודה.<sup>67</sup> שיעורים דומים למדי התפרסמו בסקר של נציבות שוויון ההזדמנויות לעבודה באשר להפליה של טרנסג'נדרים בישראל, אשר נערך בתחילת שנת 2014.<sup>68</sup>

שאלת הפלייתם של טרנסג'נדרים עלתה בעניין משל, שבו הבחינה השופטת איצקוביץ בין שתי שאלות משפטיות: הראשונה, האם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, במתכונתו הנוכחית, חל גם על זהות מגדרית? השנייה, ואם התשובה לשאלה הראשונה שלילית, האם חובת השוויון הכללית מחייבת מניעה של הפליה על רקע זהות מגדרית גם בהיעדר אפשרות להיזקק לפרשנות המרחיבה? בית הדין ענה בחיוב לשאלה הראשונה, תוך שהוא נסמך, בין השאר, על עמדת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, שלפיה "המונח 'מין' שבחוק השוויון אינו מוגבל למינו הביולוגי של האדם אלא הוא מתייחס בנוסף לכך גם לזהות המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות

64 ס' 21(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

65 להרחבה בנושא זה ראו עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" בספר זה.

66 נתונים אלו עולים מנתוני נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, אשר הוצגו במסגרת סע"ש (ת"א) 13-06-791 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (פורסם בנבו, 13.5.2014), שם פוטר אשה מעבודתה כחונכת במתמטיקה בבית ספר דתי, לטענתה על רקע היותה טרנסקסואלית לסבית.

67 שם.

68 לפי הסקר, טרנסג'נדרים דיווחו על הפליה בשיעורים הגבוהים ביותר בקהילת הלהט"ב, ביחס אליהם (68%), בקבלה לעבודה (66%), בתהליך חיפוש העבודה (64%) ובקידום בעבודה (60%). ראו אורי ישראל פו "משרד הכלכלה: ממצאים מדאיגים על אפליית הומואים ולסביות בשוק העבודה" תקדין .www.takdin.co.il/Pages/Article.aspx?artId=4530788 (26.3.2014)

מגדרית".<sup>69</sup> ואכן, בית הדין קבע חד־משמעית כי הגנה מחמת זהות מגדרית היא "חלק בלתי נפרד מההגנה מפני אפליה 'מחמת מין'".<sup>70</sup> באשר לשאלה השנייה: באופן המתקשר עם האמור לעיל, בית הדין נסמך (בין השאר) על עניין דנילוביץ' ומציין ש"גם ללא תחולת חוק שוויון ההזדמנויות", הנורמות שנקבעו בפסיקה, הנוגעות לתחולתו של עקרון השוויון כזכות יסוד, "רלוונטיות לענייננו".<sup>71</sup> אף שלא הייתה מחלוקת באשר לניתוח המשפטי, שני נציגי הציבור חלקו על דעת השופטת איצקוביץ' באשר ליישומה לעובדות המקרה. השופטת איצקוביץ' ראתה בפיתורי התובעת הפליה על בסיס מין, משיקולים שאינם ענייניים. מנגד, נציגי הציבור קבעו שהזמן שהיא הקדישה לשיחות עם תלמידותיה בנושאי מין, דת ופוליטיקה, כמו גם סירובה להקליט את שיעוריה (בניגוד להנחיית המעסיק), הם סיבה מוצדקת לפיטורים. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה ובמהלכו הגיעו הצדדים להסכמה שפסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה יבוטל, וכי בית הדין הארצי לא יביע דעתו באשר לשאלת ההפליה. עם זאת, בית הדין הארצי הוסיף כי –

"מעבר לזה ייאמר כי בית דין זה אכן סובר שעל פני הדברים אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית".<sup>72</sup>

מן האמור לעיל עולה כי מתגבש קונצנזוס פרשני שלפיו בגדר האיסור על הפליה מחמת מין נכללת גם הפליה על רקע זהות מגדרית. באופן מעט פרדוקסלי, עמדה זו משמשת, בשעת כתיבת דברים אלו, את מי שמתנגד לתיקון לחוק ולהוספה של עילה חדשה, של זהות מגדרית. הצעה כזו הועלתה על ידי

69 פס' 29 לעמדת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה בעניין משל, לעיל ה"ש 66.  
 70 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ'. גם במדינות אחרות אנו מוצאים הרחבה של ההגנה מפני הפליה מטעמי מין גם לזהות מגדרית. כך, בפסק הדין האמריקני המנחה בעניין *Price Waterhouse* נקבע כי הפליה מינית הנה "רצף רחב של התנהגות שונה כלפי גברים ונשים הנובעת מסטריאוטיפים מיניים". ראו *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989). בעקבותיו נקבע, בעניין אחר, כי כבאי אשר פוטר מעבודתו לאחר שהודיע על כוונתו להתחיל בניתוח לשינוי מין נהנה מהגנת החוק האוסר על הפליה על רקע מין. ראו *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566 (6<sup>th</sup> Cir. 2004). בעניין *Case C-13/94 P v. S* and *Cornwall County Council*, [1996] E.C.R I-02143 בחן בית הדין האירופי את תחולת הדירקטיבה המחייבת יחס שוויוני (Council Directive 76/207/EEC, 1976 O.J (L 39)) על מקרה של עובד במוסד חינוכי בבריטניה, אשר פוטר לאחר שהודיע כי הוא מתעתד לעבור ניתוח לשינוי מין. בית הדין קבע כי הדירקטיבה אינה מוגבלת רק לאדם המשתייך למין זה או אחר, ופורסת את תחולתה גם למקרים של ניתוח לשינוי מין. במקרה המעניין של *A v. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2004] UKHL 21, [2004] 1 A.C. 51 (H.L.) (appeal taken from Eng.) דן בית הלורדים בסירוב המשטרה להעסיק גבר שעבר ניתוח לתיקון מין. לטענת המשטרה, הקושי היה טמון בכך שלפי המשפט המקומי היא נחשבת לגבר, אבל נראית כאישה לכל דבר ועניין. השילוב האמור מוביל לכך שלא תוכל לבצע חיפוש על גופו של חשוד או חשודה, היות שהחוק קובע כי מי שעורך חיפוש חייב להיות מאותו המין של החשוד. בית הלורדים סמך ידו על פסק הדין בעניין *P v. S*, וכן על הצעת חוק אשר קודמה, באותה עת, בפרלמנט הבריטי ואשר חייבה להעניק למי שאימץ "מגדר נרכש" (acquired gender) יחס זהה, לכל דבר ועניין, לבעלי או בעלות מגדר היעד. ראו *Gender Recognition Act, 2004, c. 7 (U.K.)*. בית הלורדים קבע כי אין לראות בשינוי מין נסיבה מוצדקת לחריגה מעקרון השוויון הכללי, ויש לראות את מי שעברה ניתוח, ואין הבדל חזותי או אחר בינה לבין מי שאינם טרנסקסואלים מאותו המין, כמי שרכשה מיניות חדשה.  
 71 עניין משל, לעיל ה"ש 66, פס' 7 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ'.  
 72 ע"ע 23372-06-14 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (פורסם בנבו, 2.6.2015).



חברת הכנסת מרב מיכאלי,<sup>73</sup> אולם נכשלה בוועדת השרים לענייני חקיקה, בנימוק שלא זו בלבד שאין בה צורך, אלא היא עלולה לגרום נזק, שכן משמעותה תהיה שקרטריון "מין" אינו כולל באופן אינהרנטי גם איסור הפליה על בסיס זהות מגדרית, אם האיסור לא יופיע באופן מפורש, ועל כן תחייב תיקון של כל חקיקת ההפליה בישראל.<sup>74</sup>

## 2. מקומות עבודה קטנים

בשנת 2011 היו בישראל 493,000 עסקים רשומים. עם זאת, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו חל על עסקים אשר מספר המועסקים בהם קטן משישה.<sup>75</sup> מתוך 493 אלף עסקים אלו, שליש מוגדרים כ"עסק זעיר", שבו עד ארבעה מועסקים.<sup>76</sup> החשיבות של נתון זה לענייננו אינה מבוטלת: הגדרת העסקים הזעירים בישראל אינה כוללת, כאמור, את העסקים אשר בהם חמישה מועסקים, אשר חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו חל עליהם. מכאן, העסקים שהחוק אינו חל עליהם מעסיקים יותר משליש מכלל העובדים, שיעור גבוה ביותר. חיזוק להנחה זו אנו מוצאים בסקר שערכה הרשות לעסקים קטנים ובינוניים, המהווים 99.3% מכלל העסקים בישראל ומעסיקים 55% מכלל המועסקים. מהסקר עולה שבכמעט 86% מכלל העסקים הללו מועסקים עד חמישה עובדים.<sup>77</sup>

- 73 הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון – איסור הפליה בשל זהות מגדרית), התשע"ג–2013, פ/1336/19.
- 74 דני זאק "נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה: טרנסג'נדרים כבר מוגנים בחוק" MAKO (15.09.13) [www.mako.co.il/pride-news/local/Article-d81b64e8b102141006.htm](http://www.mako.co.il/pride-news/local/Article-d81b64e8b102141006.htm)
- 75 ס' 21(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.
- 76 החלטה 2190 של הממשלה ה-31 "ייעול ומיקוד הסיוע לעסקים קטנים" (12.8.2007), זמין ב: [www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2007/Pages/des2190.aspx](http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2007/Pages/des2190.aspx); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל 64, לוח 18.3 (2013). יש מקום להדגיש שהגדרת עסק זעיר במדינות ה-OECD כוללת עסקים אשר בהם עד תשעה מועסקים. כיוון שכך, נאספים נתונים גם לפי קטגוריה זו, וכך אנו למדים ששיעור העסקים המעסיקים עד תשעה מועסקים עומד על 92.32% מכלל העסקים בישראל, וכי שיעור זה גבוה אך במעט מהממוצע ב-OECD (העומד על 91.75%). ראו משרד הכלכלה – הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים דו"ח מצב תקופתי בנוגע לעסקים קטנים ובינוניים בישראל 39 (2013) זמין ב: [www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/02C691F7-E642-4D10-AD4B-A02AFA5D1913/0/doh.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/02C691F7-E642-4D10-AD4B-A02AFA5D1913/0/doh.pdf). נקודת מבט השוואתית מלמדת שההחגה של עסקים זעירים מחקיקה האוסרת הפליה אינה אחידה. כך, בארצות הברית עדיין עומד בתוקפו החריג השולל את תחולתו של איסור ההפליה במקומות עבודה על מקומות עבודה אשר בהם פחות מ-15 עובדים. לעומת זאת, בבריטניה בוטל חריג זה, וגודלו של העסק אינו מהווה בסיס להגנה מפני החוק. עם זאת, יש לציין שהחוק הבריטי כולל חריג משמעותי למדי לענייננו: לפי החוק, הימנעות מלהעסיק אדם על רקע דת, מין או נטייה מינית אינה מהווה הפרה אם מקום העבודה הנו מוסד דתי (Equality Act, 2010, c. 15, sch. 9, para. 2 (U.K.)). בכך הוא מיישם את הדירקטיבה האירופית בעניין: Council Directive 2000/78/E, art. 4(2), 2000 O.J (L. 303) 16 (EU). עם זאת, יש לציין שבתו המשפט פירשו חריג זה בצמצום רב, כך שסירוב של כנסייה להעסיק מנקה הומוסקסואל בנימוק שייגע בחפצי קודש – נדחה: R v. Secretary of State for Trade and Industry, [2004] EWHC 860 (Admin). שנומקו במערכת יחסים לסבית שניהלה; וכן סירוב של מוסד אסלאמי להעסיק ספרן אשר "נראה למעסיק כהומוסקסואל" (מצוטטים שם).
- 77 משרד הכלכלה – הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים ממציא סקר העסקים הקטנים והבינוניים, זמין ב: <http://sba.economy.gov.il/about/snews/documents/seker%20asakim.pdf>

על פני הדברים, ההצדקה לחריג זה מובנת. עסקים זעירים קרובים יותר, בוודאי לפי ההגדרה הישראלית, לאנשים פרטיים, ולכן נראה שחווה העסקה במסגרת עסק זעיר יהיה קרוב יותר, למשל, לחווה מכר רגיל, בין שני אנשים פרטיים. במסגרת זו אין תחולה כללית לעקרון השוויון, לפי הדין הנוהג. יתר על כן, במקרה אחד שבו נתקל בית הדין בטענה להפליה על רקע נטייה מינית, הוא פטר את עצמו מבחינה מהותית של הטענה וקיבל את הטענה המקדמית לדחיית התביעה, אשר לפיה החוק כלל אינו חל.<sup>78</sup> האומנם כך הוא, ואם כן – האם יש לכך הצדקה?<sup>79</sup>

ראשית, כאמור, ניתן להבין את דברי השופט דורנר בעניין דנילוביץ' כך שהיא אינה מגבילה את תחולתו של עקרון השוויון למקרים שבהם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה חל. נכונותה לפרוס את זכאותו של יונתן דנילוביץ' גם לתקופה שקדמה לקבלת התיקון לחוק מצביעה, כמעט מפורשות, על נכונות לקבוע את הכפיפות של הצדדים לחווה, ולכלל הפחות לחווה עבודה, לעקרון השוויון. שנית, לפחות במקרה אחד בחר בית הדין הארצי לעבודה לעקוף את המגבלה האמורה. בעניין הולצמן נבחנו פיטוריה של אישה, על רקע הריונה, ממשרד פרסום שהועסקו בו חמש עובדות.<sup>80</sup> בית הדין הארצי, מפי הנשיא אדלר, קיבל את עמדת הערכאה הדיונית וקבע כי אף שהחוקים הרלוונטיים אינם חלים במקרה זה,<sup>81</sup> הרי שפיטוריה של אישה בהיריון מהווים הפליה פסולה ואסורה, ובכך – הפרה של עקרון תום הלב.<sup>82</sup>

ניתן לציין שני טיעונים העשויים לתמוך בפרשנות אקטיביסטית מסוג זה. הטיעון הראשון קשור במידה רבה לנתונים הסטטיסטיים. אף על פי שלא נאספים נתונים מדויקים על אודות מספר העסקים הזעירים המעסיקים עד חמישה עובדים, ידוע כי שיעור זה עולה על שליש מכלל העסקים, ומועסקים במסגרתם לפחות מחצית ממספר המועסקים בישראל. אמנם פרשנות מעין זו צפויה להיתקל, לפחות בשלב ראשון, בהתנגדותם של מעסיקים, אך (וזה הטיעון השני) הניסיון במדינות אחרות מעיד שמעסיקים מכירים בתועלת של שוויון בשוק העבודה. כך, משרד העסקים הבריטי פרסם דוח הסוקר את הממצאים המגבים את הטיעון העסקי (the business case) לקידום שוויון בשוק העבודה.<sup>83</sup> הדוח

78 עב' (ת"א) 6577/06 מורד נ' אביר פרוייקטים בשילוט בע"מ (פורסם בנבו, 28.4.2008).

79 מובן שהדיון להלן רלוונטי גם לעובדים השייכים לקבוצות אחרות, המוזכרות בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר לא יהיו מוגנים כל עוד יועסקו במקומות עבודה קטנים.

80 ע"ע (ארצי) 1353/02 אפלבוים נ' הולצמן, פד"ע לט 495 (2003).

81 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לא חל, כאמור, בשל מספר המועסקים; ההגנה המוענקת לנשים בהיריון במסגרת ס' 9 לחוק עבודת נשים נפרסת על נשים המועסקות לפחות שישה חודשים. במקרה זה חסרו לעובדת שמונה ימים כדי ליהנות מהגנת החוק.

82 עניין אפלבוים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 507. לקריאה אקדמית לפעול בכיוון זה ראו קרן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 317; כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138. על רקע העובדה שבית הדין הארצי פתח את השער לעקיפת המגבלה של מספר העובדים במקרה אחד, מעניין לראות שבית הדין האזורי לעבודה בעניין מורד, לעיל ה"ש 78, בחר שלא לצעוד בדרך זו ולבחון את התביעה לגופה, במקרה של טענת הפליה על רקע נטייה מינית. בית הדין האזורי לעבודה הביע שם ספק בדבר קיומו של קשר סיבתי בין נטייה מינית של התובעת לבין פיטוריה, אולם, כאמור, לא נכנס לגוף השאלה בשל קביעתו שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה לא חל.

83 Department for Business, Innovation & Skills, *The Business Case for Equality and Diversity – A Survey of the Academic Literature* (BIS Occasional Paper no. 4, 2013), available at [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/49638/the\\_business\\_case\\_for\\_equality\\_and\\_diversity.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49638/the_business_case_for_equality_and_diversity.pdf); Mustafa Ozbilgin & Ahu Tatli, *Mapping Out the Field of Equality and Diversity: Rise of Individualism and Voluntarism*, 64 HUMAN RELATIONS 1229 (2011);

מסיק כי המחקר האקדמי בתחום תומך ביחס החיובי בין כוח עבודה מגוון ומכיל (inclusive) לבין רווחיות של הפירמה.<sup>84</sup> בדומה לכך, דוח ועדת הכלכלה של המפלגה הדמוקרטית בקונגרס האמריקני לעניין הפליה בשוק העבודה המבוססת על נטייה מינית וזהות מגדרית כולל כמה ממצאים בכיוון זה.<sup>85</sup> הרחבת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה למקומות עבודה קטנים, ואולי צמצום הגבלתו, מעוררים שאלות עקרוניות, פילוסופיות, חברתיות ומשפטיות באשר למשפטיות (juridification) של יחסים חברתיים,<sup>86</sup> לתפיסה של יחסי עבודה כשייכים לתחום ה"פרטי" או ה"ציבורי"<sup>87</sup> ולתועלת שעשויה לצמוח מהרחבת חוקי השוויון.<sup>88</sup> עם זאת, נראה שיש הצדקה לא מבוטלת לשקול, לכל הפחות, הורדה של ה"פטור" למקומות עבודה המעסיקים מספר קטן יותר של עובדים. כך תימנע הטענה המבקשת למנוע החלה של עקרון השוויון על מערכת יחסים בין פרטים בודדים, מחד גיסא; מאידך גיסא, לאור הנתונים שהוצגו בתחילת חלק זה, צמצום הפטור לארבעה אנשים, למשל, התואם את הגדרת "עסק זעיר", עשוי להקטין את שיעור העסקים המוצאים מתחולת החוק מ-86% לכדי שליש ממספר העסקים בישראל. ההשפעות על עובדים מאוכלוסיות מודרות, ובכלל זה עובדים/ות להט"ביות, ברורות מאליהן.

### 3. הפליה על בסיס מראה

האם מעסיק יכול לדרוש מעובד לספר את שערך הארוך?<sup>89</sup> להסתיר את קעקועיו?<sup>90</sup> האם הוא יכול לדרוש מעובדת להתלבש באופן "נשי" (קרי ללבוש שמלה)?<sup>91</sup> סוגיית "קוד הלבוש", או המראה החיצוני בכללותו, מגיעה לבתי המשפט בתדירות הולכת וגוברת בשנים האחרונות. גם כאן, כמו בדין לעיל בעניין מקומות עבודה קטנים, השלכותיו רלוונטיות לא רק לעובדים להט"ביים. עם זאת, "אי-

- David Subeliani & George Tsogas, *Managing Diversity in the Netherlands: a Case Study of Rabobank*, 16 INTER. J. OF HUMAN RESOURCE MANAGEMENT 831 (2005)  
 עם זאת, הדוח מציין כי הממצאים באשר לנטייה מינית וזהות מגדרית מוגבלים למדי, שכן החברות אינן אוספות נתונים על עובדיהן בהקשרים אלו. 84
- The US Congress Joint Economic Committee Democratic Staff, *The Economic Consequences of Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity* (2013), available at [http://www.jec.senate.gov/public/?a=Files.Serve&File\\_id=82ab1377-99ee-41bc-a99a-fced35ca578c](http://www.jec.senate.gov/public/?a=Files.Serve&File_id=82ab1377-99ee-41bc-a99a-fced35ca578c). 85
- Spiros Simitis, *Juridification of Legal Relations*, in JURIDIFICATION OF SOCIAL SPHERES ראו למשל 86  
 113 (Gunther Teubner ed., 1987); Jon Clark & Lord Wedderburn, *Juridification: A Universal Trend? The British Experience in Labor Law*, in JURIDIFICATION OF SOCIAL SPHERES 163 (Gunther Teubner ed., 1987)
- Karl E. Klare, *The Public/Private Distinction in Labour Law*, 130 U. PA. L. REV. 1358 ראו למשל 87  
 (1982).
- גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" האם המשפט חשוב? (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010). 88
- Smith v Safeway Plc, [1996] IRLR 456 (Cal. Ct. App.); Dansie v. Commissioner Metropolitan Police, [2009] All ER (D) 117 (EAT) 89
- תע"א (ת"א) 8345-09 משה נ' פינות קפה בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.2012). 90
- Schmidt v. Austicks Bookshop, [1977] IRLR 360, [1978] ICR 85; Cootes v. John Lewis Plc, [2001] All ER (D) 395 (EAT) 91

ההתאמה" בין המראה החיצוני לבין הציפייה החברתית המגדרית עשויה להיות רלוונטית למדי עבור חברי הקהילה הגאה. יתר על כן, היא עשויה להיות רלוונטית גם עבור הטרנסקסואלים אשר סובלים מהתנכלות, מצד מעסיקים או מצד חברים לעבודה, בשל מראה אשר נתפס "גיי", למשל.<sup>92</sup> כמו במקרה של הפליה על רקע זהות מגדרית, ניתן לבחון את השאלה בשני שלבים: הראשון, האם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה מגן מפני הפליה על בסיס מראה? השני, אם התשובה שלילית, האם עקרון השוויון הכללי יכול לסייע לעובדת המופלית על בסיס מראה חיצוני? על אף הדיון שלעיל, נדמה שבמקרה זה האתגר קשה יותר.

אשר לחלקה הראשון של השאלה: בניגוד לאפשרות של "זהות מגדרית" להישען על קטגוריה של "מין" ולהרחיבה, הפליה מטעמי מראה אינה קשורה באופן טבעי לקטגוריה מסוימת המנויה ברשימת האוכלוסיות המוגנות. אמנם, כפי שנראה להלן, מראה מסוים יכול להיות נגזרת ישירה של שייכות דתית (למשל: לבישת רעלה<sup>93</sup> או ענידת צלב<sup>94</sup>), אך במקרים אחרים, כמו הפליה בשל משקל עודף, לא ניתן להישען על קטגוריה מידית כאמור.<sup>95</sup> השאלה אם הפליה של חברי קהילה להט"בים על בסיס מראה תהיה קרובה יותר למקרה הראשון (למשל כנגזרת של הפליה על בסיס מין או נטייה מינית) או למקרה השני (היעדר קטגוריה) תיבחן כמובן בכל מקרה לגופו.

פרשנות יצירתית עשויה לראות דרישות הנוגעות למראה של עובד "קביעת תנאים שלא ממין העניין"<sup>96</sup> ועל כן – הפליה פסולה.<sup>97</sup> עם זאת, נראה שדרך זו מבקשת לעקוף את רשימת הקטגוריות בסעיף 1(א) לחוק ולהרחיב את האיסור על הפליה ישירה לקטגוריות נוספות באופן מלאכותי למדי, בעוד מטרת סעיף 1(ב) לחוק הייתה למנוע הפליה עקיפה הנסמכת על הקטגוריות לעיל. כך, דרישת שירות צבאי כאשר אינה נדרשת ממין העניין תהיה הפליה עקיפה על בסיס לאום ועל בסיס מוגבלות, קטגוריות המצוינות במפורש בחוק.

מה בדבר האפשרות להידרש לערכים החוקתיים שבבסיס השיטה המשפטית הישראלית, ובהם עקרון השוויון וכבוד האדם, כדי לעודד את ההגנה מפני הפליה על בסיס מראה? מבט על הפסיקה הקיימת, בישראל ובעולם, אינו מאיר עיניים לגישה זו, אולם גם אינו נעדר תקווה. ככלל, ניתן לציין שאלה מרכזית אחת אצל המעסיק ושאלה מרכזית אחת אצל העובד, והצלבת התשובות הרלוונטיות תכריע את הסוגיה. אצל העובד, השאלה העיקרית תהיה אם בחירת המראה החיצוני היא "רק" העדפה אסתטית, או שמא היענות לנורמה מוסדית (בעיקר: דתית); אצל המעסיק, השאלה תהיה אם הדרישה לקוד לבוש (או ההתנגדות למראה חיצוני של העובדת) מקורה רק בדאגה רק למוניטין של העסק

92 השוו: חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167, 170 (2011).

93 Azmi v. Kirklees Metropolitan Borough Council, [2007] ICR 1154, [2007] UKEAT 0009\_07\_3003, [2007] ELR 339, [2007] IRLR 484.

94 Eweida v. The United Kingdom, 57 Eur. Ct. H.R. (2013).

95 DEBORAH RHODE, THE BEAUTY BIAS: THE INJUSTICE OF APPEARANCE IN LIFE AND LAW 102 (2010); Yofi Tirosh, *The Right to be Fat*, 12 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 264, 326–332 (2012).

96 ס' 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

97 הצעת עו"ד אסף ברנזון, כמצוטט אצל קרן צוריאל הררי "הגנה נגד אפליה בישראל" כלכליסט 21.9.2010 ([www.calcalist.co.il/local/articles/1,7340,L-3418164,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/1,7340,L-3418164,00.html)).

ולרווחיותו (קרי לא להרתיע לקוחות), או שמא מדובר גם בשיקולים מקצועיים אובייקטיביים, כגון בטיחות וגהות.<sup>98</sup>

ואולם, כאשר עובדים נשענים אך ורק על העדפה אסתטית, כגון שיער ארוך, קעקועים או מכנסים (הימנעות מלבישת שמלה), לפררוגטיבה של המעסיק ניתן משקל ניכר, ואין הוא חייב להיזקק לטעמים אובייקטיביים כאמור. עמדה זו מעניינת לאור העובדה שמקרים אלו מעידים, לעתים, על הפליה ישירה וחד-משמעית: גברים יכולים ללבוש מכנסים, אך נשים לא;<sup>99</sup> נשים יכולות לגדל את שערן, אך גברים לא.<sup>100</sup> עם זאת, כיוון שאין מדובר בדרישה אובייקטיבית, מוסדית, טענות העובדים במקרים אלו לא צלחו. לאור האמור, נראה כי הדרך היחידה שבה תביעה על בסיס מראה תצלח תהיה, ראשית, על ידי הרחבה עקרונית של ההגנה לא רק למקרים של דרישה כאמור, אלא גם למקרים שבהם ניתן להראות קשר לקטגוריות מוגנות אחרות; שנית, על ידי הוכחת הקשר בין המראה החיצוני למיניות של העובד. אף שהנבואה לא ניתנה בדינו, ניתן לומר כי בעוד סיכויי ההרחבה העקרונית נראים טובים, הקישור בין מראה חיצוני לקטגוריה של מיניות עלול להתקל בקשיים משפטיים לא מבוטלים.

## ו. סיכום

פרק זה עניינו האתגרים אשר מעמיד שוק העבודה בפני חברי קהילת הלהט"ב. מעסיקים עדיין מפלים לרעה עובדים על רקע נטייה מינית, למרות העמדה הנחרצת של פסק דין דנילוביץ' בדבר חובתם של מעסיקים להעניק יחס שוויוני להומוסקסואלים ולסביות. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע, כאמור, איסור מפורש על הפליה על רקע נטייה מינית, ובתי הדין לעבודה נדרשו בשנים האחרונות לפתח את הוראות החוק על מנת להתמודד עם השאלה אם איסור זה חל גם על זהות מגדרית (כמו בעניין משל) וכדי להרחיב את תחולת החוק על מקומות עבודה קטנים. שאלה מעניינת, העשויה להגיע לפתחם של בתי הדין, עוסקת בהפליה על בסיס מראה, כאשר עובדת היא בעלת חזות "לסבית" או עובד הנו בעל חזות "הומוסקסואלית". לכאורה, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו עוסק בהפליה על בסיס מראה, אולם אם מעסיק אכן יפגע בתנאי העבודה של עובד או עובדת בשל מראה חיצוני המתקשר להיותם בעלי נטייה מינית מסוימת, ייתכן שפרשנות מרחיבה של החוק תאפשר לקבוע כי מדובר בהפליה אסורה.

98 ההצלבות האמורות ניכרות באופן ברור בפסק דין שניתן לאחרונה בבית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר איחד, למעשה, ארבעה מקרים שונים. שניים מהם רלוונטיים לענייננו כאן (השניים האחרים, McFarlane ו-Ladele, מאירים פן מרתק אחר הקשור למפגש בין אוכלוסיית להט"ב לעולם העבודה, שכן מדובר בהם בעובדים אשר סירבו, מטעמים דתיים, להעניק שירות טיפולי ואדמיניסטרטיבי, בהתאמה) לאנשי קהילה (זו). בעניין Eweida, לעיל ה"ש 94, קיבל בית הדין את ערעורה של דיילת קרקע אשר חברת בריטיש איירווייס אסרה עליה לענוד צלב. לעומת זאת, בעניינה של Chaplin דחה בית הדין את ערעורה של אחות אשר בית החולים אסר עליה לענוד צלב, מטעמי בטיחות (ראו שם). נמצא שדרישה זוהי אצל העובדת נבחנה באופן שונה, כתלות בהצדקה שהשמיע המעסיק. בדומה לכך, בפרשת Azmi, לעיל ה"ש 93, נקבע כי האיסור על לבישת רעלה מוצדק, כיוון שמדובר במורה ללימוד שפות, והאפקטיביות של לימוד השפה נפגעת כאשר תלמידים אינם רואים את כלל ההבעות של המורה.

99 עניין Schmidt, לעיל ה"ש 91; עניין Cootes, לעיל ה"ש 91.

100 עניין Smith v. Safeway, לעיל ה"ש 89; עניין Dansie, לעיל ה"ש 89.

על אף העובדה שמשפט העבודה עשה צעדים משמעותיים כדי לקדם את השוויון של בני ובנות הקהילה הלהט"בית, ראינו כי הזכויות ההוריות המעוגנות בחוקי העבודה מנוסחות ברובן על בסיס ההנחה שבני הזוג הם הטרוסקסואלים, ולכן לעתים זכאותו של העובד תלוי בהתנהלותה של בת זוגו, כגון הסכמתה לוותר על חלק מחופשת הלידה או החלטתה שלא לנצל זכאות לקיצור יום העבודה. הפרשנות הלשונית להגדרת הזכויות ההוריות דורשת לעתים אך ורק את שינוי מינו של "בן הזוג". כך למשל, בת זוגה של עובדת שילדה תיכנס בנעליו של בן הזוג שעליו מדבר חוק עבודת נשים לצורך חופשת הלידה. לעומת זאת, במקרים אחרים שתוארו בפרק זה, יישומן של ההוראות בדבר זכויות הוריות על בני זוג בני אותו המין יוצר תוצאות בעייתיות שמבחינות באופן לא-שוויוני בין זוגות לסביות לזוגות הומוסקסואלים, או בינם לבין זוגות הטרוסקסואלים. הקושי נובע מכך שהזכויות ההוריות של האב מצומצמות יחסית לזכויות ההוריות של האם, כפועל יוצא של הרצון לקדם את מעמד הנשים בשוק העבודה. רציונל זה, אף שהוא ראוי ביותר, יוצר כאמור קושי פרשני כאשר מנסים להתאים את הוראות החוק למודל המשפחה הלהט"בית. המחוקק ובתי הדין לעבודה יצטרכו אפוא, ככל הנראה, לבחון בשנים הקרובות אם ראוי במקרים מסוימים לקדם פרשנות של הוראות החוק אשר אינה תואמת בהכרח את הרציונל שליווה את עיצובן של הזכויות ההוריות בראשית הדרך.