



על הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

עמית מזרחי

כרך כז, תשפ"ג

על הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

עמית מזרחי*

"שעות עבודה" מוגדרות בסעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה כ"זמן שבו עומד העובד לרשות העבודה". לאורך השנים התקשו בתי הדין לעבודה בפרשנותה של הגדרה זו כאשר הגיעה לפתחם השאלה אם יש לראות כשעות עבודה את שעות משמרות הלילה שבמהלכן העובד מורשה לישון במקום העבודה אך נדרש להיות זמין לתגובה באירועי חירום. הכרעותיהם של בתי הדין מלמדות על פרשנות לא אחידה, ואף מוטית, של המונח "שעות עבודה". בחלק הראשון של המאמר אדרש למתכונת ההעסקה הנוהגת של משמרות השינה בעבודות הטיפול, וכן להלכה שנקבעה בעניין **חנודי** ביחס לשעות המשמרות האלה. לאחר מכן אראה, באמצעות עשרות פסיקות של בתי הדין לעבודה, כי האופן שבו בתי הדין מפרשים את המונח "שעות עבודה" מושפע באופן ישיר ממשלח היד של העובד. הממצאים המוצגים במאמר מראים כי באופן גורף בתי הדין אינם מכירים בשעות משמרות השינה של עובדות טיפול כשעות עבודה, בעוד פעם אחר פעם שומרים ורופאים זוכים בהכרה בשעות אלו. זאת, אף שנוכחותן של עובדות הטיפול נדרשת באותה מידה. בחלק השני של המאמר אבקש לטעון כי קיים קשר הדוק בין העובדה שעבודת הטיפול נתפסת מבחינה חברתית ותרבותית כעבודה "נשית" ו"משפחתית" לבין חוסר הנכונות של בתי הדין לעבודה להכיר באחריות הרבה המוטלת על כתפיהן של עובדות הטיפול אף בשעות הלילה. לבסוף, אבקש להציע כיוון ראוי לשינוי ההלכה שנקבעה בעניינן של עובדות הטיפול על ידי פרשנות פמיניסטית ותכליתית של הביטוי "עומד לרשות העבודה".

* מתמחה בלשכת היועצת המשפטית לממשלה; בוגרת תואר ראשון במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לד"ר עינת אלבין על הדרכתה בכתיבת המאמר, ולפרופ' גיא דוידוב ולעו"ד אורלי ארדלחובסקי על הערות מועילות. המאמר מוקדש לזכרה של אמי האהובה שהלכה לעולמה בטרם עת, ענת מזרחי ז"ל.

מבוא

פרק א: שעות שינה בעבודות טיפול – פסק דין חנדז'י

פרק ב: השוואה ענפית

1. נימוקי השופטים – ענף השמירה

2. נימוקי השופטים – ענף הרפואה

3. נימוקי השופטים – ענף הטיפול

פרק ג: בחינה היסטורית ומגדרית

1. סקירה היסטורית

2. הספירה הנשית בשוק העבודה והשפעתה על היחס לעבודות הטיפול

פרק ד: הצורך בשינוי ההלכה – פרשנות פמיניסטית ופרשנות תכליתית

1. פרשנות פמיניסטית

2. פרשנות תכליתית

(א) התכליות הכלליות של דיני העבודה

(ב) תכליות ספציפיות – חוק שכר מינימום

(ג) תכליות ספציפיות – חוק שעות עבודה ומנוחה

סיכום

מבוא

עובדים רבים במשק עובדים במתכונת עבודה הדורשת מהם לנכוח בשעות הלילה במקום העבודה. בשעות אלו העובדים רשאים לישון, אך בד בבד הם נדרשים להיות זמינים לתגובה באירועי חירום. סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, מגדיר שעות עבודה כ"זמן שבו עומד העובד לרשות העבודה". לאורך השנים נדרשו בתי הדין לעבודה פעם אחר פעם לפרשנותה של הגדרה זו, כאשר הגיעו לפתחיהם עובדים שביקשו להגדיר את שעות משמרות השינה כשעות עבודה, ולקבל בגינן תגמול כספי בהתאם.¹ בפסק דין משנת 2016, בעניין **חנדז'י נ' אחוזת רעים**, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי שעות משמרות השינה של מדריכת שיקום במעון לאנשים עם מוגבלות נפשית אינן נחשבות שעות עבודה, שכן היא לא העמידה את עצמה לרשות העבודה בשעות אלו.² קביעה זו השתרשה כהלכה בכל הנוגע בשעות משמרות שינה של עובדות טיפול, וזאת בניגוד להלכה שנקבעה בעניינם של שומרים ורופאים, שלפיה יש לראות

1 אציין כי במאמר זה אשתמש במונח "משמרת שינה" אך בשל הגדרת שעות משמרות הלילה על ידי הפסיקה כשעות שינה.

2 ע"ע (ארצי) 29712-08-13 **חנדז'י – אחוזת רעים, עמותה רשומה** (נבו 21.8.2016).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

את שעות משמרות הלילה שלהם כשעות עבודה.³ במאמר זה אבקש לטעון כי הלכת **חנדז'י** שגויה, בהפלותה את עובדות הטיפול; כי היא מבוססת בעיקרה על סיבות היסטוריות ומגדריות; וכי היא אף חוטאת לתכליותיהם של דיני העבודה. המאמר בנוי באופן הבא: בפרק א אדון במתכונת ההעסקה של משמרות שינה בעבודות טיפול, ואציג את ההלכה שנקבעה בעניין **חנדז'י** באשר לשעות המשמרות האלה. בפרק ב אראה, באמצעות עשרות פסיקות של בתי הדין לעבודה, כי בעוד הלכת **חנדז'י**, הקובעת אימתי יש לראות את שעות משמרות השינה כשעות עבודה, נראית ניטרלית לכאורה, בפועל היא שוללת באופן גורף את ראייתן של שעות משמרות הלילה של עובדות טיפול כשעות עבודה, בהיפוך להלכה שנקבעה בעניינם של שומרים ורופאים. בפרק ג אדון בסיבות ההיסטוריות והמגדריות העומדות בבסיס ההלכה, ובפרק ד אציע פרשנות פמיניסטית ותכליתית של הביטוי "עומד לרשות העבודה", כך שיחול גם על שעות משמרות שינה של עובדות טיפול. לבסוף אסכם.

פרק א: שעות שינה בעבודות טיפול – פסק דין חנדז'י

יש מקומות עבודה רבים שבהם רצוי או אף הכרחי שבמהלך הלילה ינכחו עובד או עובדת לצורך זמינות לתגובה במקרי חירום. אחת הדוגמאות הבולטות ביותר למקומות עבודה שבהם צורך זה עולה היא ענף הטיפול, שבו בעלים או מנהלים של מוסדות טיפוליים, מקלטים או מעונות מעוניינים בנוכחות של מעין "מנהל לילה" במקום למקרה שהשוהים בו יזדקקו לו במהלך הלילה. המקומות הרלוונטיים הם, למשל, מעונות לאנשים עם מוגבלות, לקשישים, לנשים נפגעות אלימות ולנוער בסיכון. בדרך כלל מדובר במסגרת מוסדרת ומוגדרת של "משמרת שינה", שבה מבחינת המעסיק העובדת אינה נדרשת לבצע מטלות כלשהן במשך רוב שעות הלילה.⁴ על כן המעסיק מספק לה לרוב חדר עם מיטה הנמצא בין כותלי מקום העבודה, ומרשה לעובדת לישון. העבודה של העובדת היא לנכוח במקום העבודה במהלך הלילה, ולהיות ברמת דריכות וערנות המאפשרת התמודדות עם מקרים חריגים, ככל שאלה עולים. משמרות שינה אלו מתווספות על עבודתן של העובדות במהלך היום, הכוללת אחריות נרחבת על שוהי

3 עינת אלבין "שעות עבודה נראות ושקופות בראי המשפט" (הרצאה בכנס "עבודות שקופות: עבודה, זמן ומגדר", מכון ון ליר בירושלים 7.12.2016) <https://www.youtube.com/watch?v=qj4WBDJs5i8&t=7s> (להלן: אלבין "שעות עבודה נראות ושקופות"). ד"ר אלבין תיארה בהרצאתה את הסיבות ההיסטוריות והמגדריות העומדות בבסיס הלכת **חנדז'י**, תוך השוואה להלכה הנוהגת בענף השמירה. בעקבות צפייתי בהרצאה זו בחרתי למקד את מאמרי במחקר לכיוון זה.

4 לאורך כל המאמר בחרתי להשתמש בלשון נקבה כאשר מדובר בעבודות הטיפול, שכן על פי נתונים מעודכנים הרוב המוחלט של המועסקים בעבודות אלו הן נשים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "לקט נתונים לרגל יום האישה הבין-לאומי 2020" 17 (הודעה לתקשורת 5.3.2020) (להלן: "לקט נתונים לרגל יום האישה").

המעון בתחומים רבים, המערבים, בין היתר, היבטים אינטימיים במיוחד, כגון עזרה באכילה ובשתייה, במקלחת, בהלבשה ובנטילת תרופות.⁵ בעוד אין חולק כי מערכת היחסים בין עובדות אלו למעסיקהן נחשבת מערכת יחסי עבודה, משמרות השינה הללו מעוררות קשיים לא מבוטלים, מנקודת המבט של דיני העבודה, באשר לשאלה אם הן נחשבות שעות עבודה, באופן המחיל עליהן את חוקי המגן, ובעיקר את חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ואת חוק שעות עבודה ומנוחה. חוק שעות עבודה ומנוחה מגדיר שעות עבודה כ"הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה, לרבות הפסקות קצרות ומוסכמות הניתנות לעובד להחלפת כוח ואויר ולרבות הפסקות לפי סעיף 20א(א), חוץ מהפסקות על פי סעיף 20".⁶ כיום קיימות שתי גישות משפטיות עיקריות כלפי עבודה בלילה שכוללת שינה. גישה אחת רואה בכל שעות השינה שעות עבודה – בחירה שמובילה לזכאות מלאה לשכר מינימום בעבור כל שעה שבה העובדת נדרשת לציית להנחיות מהמעסיק, וכן לזכאות לתשלום בעבור שעות נוספות, אף אם העובדת ישנה בחלק משעות המשמרת. לפי הגישה האחרת, שעות "משמרת השינה" כמכלול אינן נחשבות שעות עבודה, ולפיכך דיני העבודה אינם חלים עליהן. לבחירה באחת משתי הגישות הללו יש השלכות משמעותיות מאוד על רווחי העובדת, על אחרייתו של המעסיק לשלם תשלומים בגין שעות אלו, וככלל על מוכנותם של דיני העבודה להכיר בעיסוק מסוים כ"עבודה".

פסק הדין בעניין **חנודי** דן בסוגיה זו, וקבע כי שעות שינה אלו אינן נחשבות שעות עבודה, ועל כן, בין היתר, אינן מזכות בשכר ובתשלום בעבור שעות נוספות.⁷ עובדות המקרה היו כדלהלן: בחורה צעירה עבדה במשך כשנתיים כמדריכת שיקום במעון לאנשים עם מוגבלות נפשית. במהלך היום כלל תפקידה העברת פעילויות הדרכה לדיירי המעון וכן משימות של סדר, בישול וניקיון. כמו כן היא השתתפה בפגישות שונות עם אנשי מקצוע, בהדרכות ובישיבות צוות. בגין עבודתה במהלך שעות היום השתכרה המדריכה שכר מינימום. מכיוון שדיירי המעון שוהים בו עשרים וארבע שעות ביממה, ולנוכח צורכיהם הייחודיים, קיימת דרישה שגם בלילה ובסופי שבוע תנכח מדריכה מצוות המדריכות. משמרת הלילה התחילה בשעה 22:00 והסתיימה בשעה 8:00 בבוקר שלמחרת. בגין משמרת הלילה השתכרה המדריכה שכר של 170 ש"ח בעבור עשר שעות המשמרת. לאחר סיום עבודתה הגישה המדריכה לבית הדין האזורי תביעה נגד המעון,

5 להרחבה על האינטימיות המאפיינת חלק ניכר מעבודות הטיפול ועל השלכותיה ראו עינת אלבין "בין אינטימיות נדרשת ובלתי-מוגבלת לכפייה: המקרה של עובדות בית" **עיוני משפט** לט 369 (2016) (להלן: אלבין "המקרה של עובדות בית").

6 ס' 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה. ההגדרה רלוונטית גם לצורך תחולתו של חוק שכר מינימום. הפסקות לפי ס' 20 לחוק הן הפסקות למנוחה ולסעודה הניתנות ביום עבודה של שש שעות ומעלה, שמשכן הכולל צריך להיות 45 דקות לפחות ואשר חייבות לכלול הפסקה רצופה אחת לפחות של חצי שעה או יותר שבה העובד רשאי לצאת ממקום העבודה, או הפסקות לצורך קיום תפילה של העובד.

7 עניין **חנודי**, לעיל ה"ש 2. פסק הדין ניתן על ידי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, בהסכמת השופטים לאה גליקסמן ואילן איטח, ובהסכמתן של נציגת ציבור העובדים ונציגת ציבור המעסיקים.

שבמסגרתה ביקשה להגדיר את כל שעות שהייתה במעון, כולל שעות הלילה, כשעות עבודה, ובהתאם לכך תבעה לקבל הפרשי שכר, גמול שעות נוספות וגמול עבודה בימי מנוחה. לאחר שבית הדין האזורי קבע כי שעות משמרות הלילה אינן נחשבות שעות עבודה,⁸ ערערה המדריכה לבית הדין הארצי. בית הדין הארצי אימץ את מסקנותיו של בית הדין האזורי, וקבע כי העובדת אינה זכאית לשכר מינימום או לתשלום שעות נוספות בגין משמרות הלילה שעשתה, וכי הסידור שנהג בינה לבין המעסיק בנוגע לתשלום בגין שהייתה במעון במהלך הלילה, כפיצוי על אי-הנוחות הכרוכה בשינה מחוץ לביתה, נחשב הסדר חוזי מוסכם בין הצדדים, אשר דיני העבודה אינם חלים עליו.⁹

בית הדין סקר בהרחבה את ההלכה הפסוקה הנוגעת בהגדרת שעות נוכחות/שהייה כשעות עבודה, והדגיש כי אין די בדרישת המעסיק מהעובד לנכוח במקום העבודה על מנת להגדיר את כל שעות נוכחותו כשעות עבודה, ואף אין די בהפקת תועלת כלשהי מצד המעסיק מעצם שהיית העובד, אלא יש לבחון אם אכן נעשתה "עבודה" על ידי העובד באותן שעות, בהתאם למאפייניו של מקום העבודה ומהות משרתו של העובד.¹⁰ הובהר כי הבחינה אינה טכנית, אלא מהותית, וכי היא נעשית תוך התחשבות במכלול נסיבות המקרה ותוך שימוש במבחני העזר הבאים: מהי הגדרת תפקידו של העובד ומהן מטלותיו במקום העבודה? האם שהייתו של העובד במקום העבודה נלווית לביצוע עבודתו ותפקידו או שמא היא מהות עבודתו ותפקידו? האם העובד נדרש על ידי המעסיק לנכוח במקום העבודה? האם העובד חופשי לעשות כרצונו במהלך "שעות השהייה" (כל עוד אין מקרה חירום) או שמא הוא מוגבל? מה עיקר פעילותו של מקום העבודה? האם השהייה בשעות הלילה נדרשת לצורך הגשמת תכליתו של מקום העבודה? באיזו תדירות שנתו של העובד מופרעת? האם בשעות הלילה העובד נדרש לשנות מאורח חייו הרגיל? האם במהלך "שעות השהייה" העובד נדרש להפעלת אותם כישורים שלשמן הוא נשכר מלכתחילה ואשר משמשים אותו בשעות העבודה ה"רגילות"? והאם העובד נדרש במהלך "שעות השהייה" להשקעת משאבים פיזיים, קוגניטיביים או נפשיים, בהתאם למאפייני משרתו? כדוגמה ליישום מבחנים אלו בחרה השופטת דוידוב-מוטולה להשוות באופן ספציפי בין מקרים שבהם בחרו בתי הדין לראות את שעות משמרות השינה כשעות עבודה לבין מקרים שבהם נקבע אחרת:

"כדוגמא ליישום האמור לעיל ניתן להביא את עניינם של שומרים שנדרשו להישאר בשעות הלילה באתר השמירה עליו היו מופקדים, לצורך הרתעה וביצוע עבודה דומה לזו אליה נשכרו מלכתחילה. במקרים אלה נקבע כי יש לראות בכל שעות נוכחותם כשעות עבודה, גם אם התאפשר להם לישון (במידה כזו או אחרת) באתר השמירה... באותו אופן נפסק לגבי מאבטחי משלחות בחו"ל,

8 ס"ע (אזורי י-ם) 6667-05-11 חנדזי – עמותת "אחוות רעים" (נבו 22.7.2013).

9 עניין חנדזי, לעיל ה"ש 2, בפס' 14 ו-20. עם זאת, נקבע כי ניתן לבחון את ההסדר הזה במשקפיים של תקנת הציבור, חובות תום הלב וההגינות, ועוד. שם, בפס' 14.

10 שם, בפס' 15–18.

שהתאפשר להם לישון רק כשבגדיהם לגופם וכלי הנשק בהישג ידם, כי גם בשעות הלילה נדרשו לדריכות, לערנות ולאחריות אשר לשמן נשכרו, ולכן הוכרו לגביהם גם 'שעות השהייה/שינה' כשעות עבודה בפועל... מאידך כאשר עובד נדרש להגיע לאתר מסוים לצורך ביצוע עבודתו המקצועית ונדרש אף ללון שם, אך לא נדרש לבצע פעילות בשעות הלילה למעט במקרים חריגים – שעות השינה לא הוכרו עבורו כשעות עבודה... וזאת לרבות במצבים דומים לעניין שלפנינו שעסקו במדריכים חינוכיים במעונות לנערים שנדרשו ללון במעון יחד עם החניכים... זאת, אלא אם בית הדין שוכנע – בהתבסס על רמת הדריכות הנדרשת, תדירות הפרעות השינה, היקף הבעיות המתעוררות בשעות הלילה וכיו"ב – כי העובד 'עבד' גם בשעות אלו והעמיד עצמו מוכן לכל קריאה שתגיע...¹¹

כאשר יישמה השופטת דוידוב-מוטלה את מבחני העזר המתוארים על נסיבות העניין הנדון, היא קבעה כי המדריכה לא נדרשה לעשות עבודה כלשהי במהלך שעות משמרת השינה, שכן במהלך שעות אלו, שבהן הדיירים ישנים, לא נערכה כל פעילות במעון, והעובדת יכלה לישון במקביל אליהם או לחלופין לעשות כל דבר אחר כרצונה. כן נקבע כי יש הבדלים משמעותיים בין עבודת המדריכה בשעות היום לבין המטלות המינימליות שהיא נדרשה לבצע בשעות הלילה, שכן תפקיד העובדת לא היה השגחה על הדיירים, אלא הדרכה פעילה. עוד נקבע כי המקרים שבהם היא נדרשה להקיץ משנתה לצורך תגובה במקרי חירום היו חריגים, וכי שנתה במעון דמתה יותר לאורח חיים רגיל מאשר לעבודה.¹² לבסוף, השופטת דוידוב-מוטלה בחרה להדגיש כי קביעה זו מתייחסת לעובדות העניין הנדון, לרבות אופיו של המעון ועצמאות הדיירים, ועל כן אין להסיק ממנה באופן גורף כי שעות שינה של עובדים במקום העבודה אינן בגדר שעות עבודה.¹³ אף שניתן לטעון כי בעניין **חנדזי** סיכם למעשה בית הדין הארצי לעבודה את המבחנים שכבר נקבעו בפסקי דין קודמים, אני סבורה כי פסק הדין מהווה חידוש של ממש בכמה מובנים. ראשית, הוא מאגד לראשונה באופן מסודר את המבחנים שנהגו בפסקי דין אחרים שבהם נדונה הגדרתן של שעות משמרות שינה כשעות עבודה, ומקבעם כהלכה. יש להביא בחשבון בהקשר זה כי רוב המבחנים האלה נדונו בהקשר של ענפי עבודה אחרים, ורק מקצתם נדונו בהקשר הספציפי של ענף הטיפול, ופסק הדין

11 שם, בפס' 17. בפסקה זו מפנה השופטת דוידוב-מוטלה לפסקי דין שבהם נקבע כי יש להכיר בשעות משמרות השינה של העובדים כשעות עבודה: ע"ע (ארצי) 1302/04 **תמנון שירותי מיגון בע"מ – דנילוב** (נבו 12.7.2018); ע"ע (ארצי) 459/07 **יפה – ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ** (נבו 8.12.2009); ע"ע (ארצי) 211/10 **נדצקי – שמירה ובטחון הצפון בע"מ** (נבו 11.5.2012). לעומתם מאוזכרים באותה פסקה פסקי דין שבהם לא הוכרו שעות משמרות השינה של העובד כשעות עבודה: ע"א 566/70 **מחטאוי נ' חברת קו צינור אילת בע"מ**, פ"ד כה (2) 622 (1971); דיון (ארצי) מה/3-22 **"אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – קרץ**, פד"ע יז 21 (1985) (להלן: עניין **אגד**); דיון (ארצי) תשנ"ד/3-84 **מדינת ישראל – ראובן**, פד"ע כב 433 (1990).

12 עניין **חנדזי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 19-20.

13 שם, בפס' 20.

האחרון שבו דן בית הדין הארצי לעבודה בסוגיה זו בהקשר של ענף הטיפול ניתן בשנת 1990.¹⁴ שנית, בפסק הדין בוחר בית הדין להבחין באופן ספציפי את משמרות השינה של העובדות בענף הטיפול מאלה של העובדים בענף השמירה, ולמעשה משתמעת ממנו קביעה קטגורית כי משמרות השינה של העוסקים בענף השמירה זוכות ככלל במעמד של שעות עבודה בעוד משמרות השינה של העובדות בענף הטיפול אינן זוכות במעמד זה. שלישית, בית הדין מציע לראשונה כי המעסיק והעובדת רשאים להסכים על הסדר חוזי שבו תיקבע תמורה מוסכמת לשעות משמרות השינה ואשר דיני העבודה לא יחולו עליו. לנוכח כל האמור לעיל בחרתי להתייחס לעניין **חנדזי** כאל מקרה בוחן מרכזי במאמר. בהצאה שנשאה במסגרת הכנס "עבודות שקופות" בשנת 2016 התייחסה ד"ר עינת אלבין להשוואה שערכה השופטת דוידוב-מוטולה בין משמרות שינה שנחשבות שעות עבודה המזכות בשכר לבין אלה שאינן נחשבות כאלה, והצביעה על כך שבניגוד להערתה האחרונה של השופטת דוידוב-מוטולה בעניין **חנדזי**, אשר הגבילה את החלטתה לנסיבות המסוימות של העניין הנדון, נראה כי ההחלטה אם שעות שינה הן שעות עבודה, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה, תלויה למעשה במשתנה אחד עיקרי – סוג משלח היד.¹⁵ בעוד שבעניין **חנדזי** נקבע כי שעות משמרות השינה של מדריכה במעון אינן נחשבות שעות עבודה, פסקי הדין העוסקים בעניינם של שומרים הישנים בלילה במקום עבודתם קובעים באופן גורף כי שעות השינה הללו נחשבות שעות עבודה. בפרק הבא אבחן אם המבחנים שהובאו בעניין **חנדזי** אכן ניטרליים, ומיועדים ליישום בכל ענף שבו העובד נדרש לישון במקום העבודה, או שמא מדובר במבחנים חד-ממדיים שיישומם תלוי אך במשלח ידו של העובד.

פרק ב: השוואה ענפית

לצורך בחינת הטענה בדבר יישום פְּרִינִי (סלקטיבי) של המבחנים שנועדו לסייע בהחלטה אם יש להכיר בשעות משמרות השינה כשעות עבודה, אבחן את כל פסקי הדין שדנו בסוגיה, תוך השוואה בין אלה שדנו במשמרות שינה של עובדות המועסקות בענף הטיפול לבין אלה שדנו במשמרות שינה של עובדים המועסקים בענף השמירה ובענף הרפואה.¹⁶ על מנת לערוך השוואה מדויקת ועניינית בין פסקי הדין הללו, נבחנו רק

14 עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 11.

15 אלבין "שעות עבודה נראות ושקופות", לעיל ה"ש 3.

16 הבחינה נעשתה באמצעות יצירת בסיס נתונים שבו קודדו נתונים רבים בנוגע לכל פסקי הדין של בתי הדין האזוריים לעבודה, בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון שעסקו בסוגיה, החל בשנת 1951 – השנה שבה נחקק חוק שעות עבודה ומנוחה – ועד חודש אפריל 2020. בסיס הנתונים כלל את כל פסקי הדין הרלוונטיים שמצויים במאגר פסקי הדין של "נבו". בסך הכל נבחנו והושושו 39 פסקי דין שפורסמו. יודגש כי בסיס הנתונים אינו כולל פסקי דין הדנים בעובדות שמקום מגוריהן נמצא בין כותלי מקום העבודה – למשל, מטפלות סיעודיות אשר גרות ועובדות אצל מעסיקהן.

פסקי דין אשר פורשים מערכת עובדתית בעלת מאפיינים דומים למדי לזו שנדונה בעניין **חנדזי**. כלומר, נבחנו רק פסקי דין העוסקים בעובדים ועובדות שמועסקים במשמרות לילה המשלבות שינה כחלק משמעותי מהמשמרת, במקום העבודה, לבקשת המעסיק ובהרשאתו, וללא אפשרות לעזוב את מקום העבודה, ואשר המטרה המרכזית של שהייתם במקום העבודה באותן משמרות, כפי שהוגדרה על ידי המעסיק, היא מתן מענה לאירועי חירום העלולים להתעורר. זאת, להבדיל ממשמרות לילה "רגילות" שבהן העובדים נדרשים להיות ערים לאורך כל שעות המשמרת או לחלופין יכולים לצאת ממקום העבודה לבחירתם ולהיות בכוונות בביתם הפרטי. כמו כן, בכל פסקי הדין שנבחנו אין מחלוקת כי מתקיימת מערכת יחסי עבודה בין הצדדים,¹⁷ וכי משמרות השינה של העובדים אכן התקיימו לבקשת המעסיק.

ממצאי ההשוואה שנערכה מצביעים באופן מובהק על כך שמסקנתם הגורפת של בתי הדין הדנים בעניינן של עובדות הטיפול היא שאין לראות את משמרות השינה שלהן כשעות עבודה, בעוד בענף השמירה ובענף הרפואה מסקנתם הפוכה, כפי שאראה להלן.

1. נימוקי השופטים – ענף השמירה

מתוך 14 פסקי דין שעסקו בעניינם של שומרים שנדרשו לעשות משמרות שינה במקום העבודה, 12 פסקי דין קבעו באופן נחרץ כי השעות של אותן משמרות נחשבות שעות עבודה. בתי הדין ביססו את קביעתם באמצעות נימוקים חוזרים אלו: למעסיק יש אינטרס ותועלת בנוכחות השומר במקום העבודה, שכן היא מקפלת בתוכה את תכלית ההעסקה, שעניינה הרתעה והקטנת הסיכון לגנבות;¹⁸ עצם השהייה במקום העבודה היא ביצוע העבודה של השומר;¹⁹ אף שהשומר ישן, עליו להיות זמין לטיפול בכל אירוע חריג,²⁰ ולהקיץ באופן מיידי למשמע כל התרחשות;²¹ חופש התנועה שלו מוגבל

17 למען השלמת התמונה אציין לעניין זה כי קיימת מתכונת העסקה נוספת בענף הטיפול, שאלה לא התייחס המחקר בשל אופייה, והיא מתכונת העסקה שבה המעסיקה של עובדת הטיפול היא החברה המספקת את שירותי הטיפול או הסיעוד, ומשכך ההעסקה מתקיימת בחצר המשתמש (למשל, בית המטופל), ולא בחצר המעסיק.

18 ע"ב (אזורי ת"א) 6595/00 **רייכלין – תמנון – שרותי מיגון, אבטחה וכ"א בע"מ**, פס' 6 (נבו 4.3.2003); עניין **נדצקי**, לעיל ה"ש 11, בפס' 20; תע"א (אזורי ת"א) 8420/05 **פלוגי – מדינת ישראל**, פס' 11 (נבו 28.8.2012); סע"ש (אזורי י-ם) 11174-11-16 **GHEBREHIWET – סיגמא מוטורס בע"מ**, פס' 84 (נבו 26.3.2020); ע"ב (אזורי ת"א) 5624/01 **דנילוב – תמנון שירותי מיגון בע"מ**, פס' 23 ו-27 (נבו 18.5.2004).

19 שם, בפס' 27.2; עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 18; סע"ש (אזורי י-ם) 9770-08-16 **דוויק – גרר שי כהן בע"מ**, פס' 40–43 (נבו 20.2.2020).

20 תע"א (אזורי ת"א) 6191/07 **קפוב כגן – מוקד אדיר א. שמירה ואבטחה (2003) בע"מ**, פס' 9 (נבו 10.8.2011).

21 עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 18, בפס' 13.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

במידה משמעותית;²² גם בעת הלינה השומר עומד לרשות העבודה.²³ בעניין פלוני, שעסק במאבטחים של משלחות אישים בחו"ל שנדרשו לישון עם בגדיהם לגופם וכלי הנשק בהישג ידם, ביקש בית הדין להסיט את מרכז הכובד שבבסיס ההכרעה אל העובד עצמו, אל המאמץ והאחריות הנדרשים ממנו, להבדיל מהשאלה אם מדובר בעיקר עיסוקו או בפעילות נלווית בלבד, שכן באותו מקרה דובר בשמירה על חיי אדם, להבדיל משמירה על רכוש:

"...אין האחריות לחייהם ושלמות גופם של בני אדם דומה להיקף האחריות המוטל על זה המופקד על שמירה על נכסים והגנה מפני נזק לרכוש... מעבר לכך, אין דומה היקף האחריות המוטל על מי שמגן על חייהם ושלמות גופם של בני אדם המצויים תחת סכנה מתמדת לבין מי שמגן על בני אדם שרמת החשיפה שלהם לסכנה נמוכה היא... על בית הדין לבחון האם מוטל על העובד להקיץ משנתו בנסיבות מסוימות ואם כן באילו נסיבות ומה טיבן ושכיחותן, וכן ככל שהעובד נדרש להקיץ משנתו – מהן הפעילויות אותן הוא נדרש לבצע: האם עליו להיות נכון פיזית ונפשית לכל תרחיש שיהלום בהפתעה או שמא עליו להקיץ באופן מתוכנן על מנת לבצע פעולה רוטינית ידועה מראש. כמו כן יש לבחון מה היקף האחריות המוטל או המצופה מן העובד גם במהלך השעות בהן הוא רשאי 'לנוח' מעבודתו ומה עלולה להיות התוצאה במקרה בו הוא ימנע מביצוע משימה אותה הוא נדרש לבצע במהלך השעות שנועדו לשמש כשעות שינה. שכן, כפי שהוסבר לעיל, אין דומה תוצאה הכרוכה באובדן חיי אדם או בסכנה לשלמות גופם, לתוצאה הכרוכה באובדן או נזק לרכוש."²⁴

כמו כן הודגש בעניין זה כי רמת הדריכות, הערנות וגילויי האחריות שמאבטחי האישנים נדרשים לה מוגברת במיוחד.²⁵ לטעמי, דברי בית הדין בנוגע למאפייני עבודתם של המאבטחים נכונים גם לעניינן של עובדות הטיפול, כפי שידון בהרחבה בהמשך.

בכמה פסקי דין שעסקו בשומרים, לא נדרשו כלל שופטי בית הדין לניתוח מלא של שאלת הגדרתן של שעות משמרות השינה, אלא הסתפקו בציון ההלכה הפסוקה שלפיה מכיוון שמדובר בשומרים, יש לראות את שעות המשמרות הללו כשעות עבודה – סוף

22 שם, בפס' 12.

23 ע"ב דנילוב, לעיל ה"ש 18, בפס' 27.3; עניין נדצקי, לעיל ה"ש 11, בפס' 20–21; עניין יפה, לעיל ה"ש 11, בפס' 28.

24 עניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בפס' 12 (ההדגשות הוספו). ערעור המעסיק על קביעות פסק הדין נדחה. ראו ע"ע (ארצי) 54099-09-12 פלוני – מדינת ישראל (נבו 1.7.2015).

25 עניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בפס' 13.

פסוק.²⁶ בחלק מפסקי הדין הללו אף מצוין במפורש, כבדרך אגב, כי הלכה זו אינה חלה לגבי מדריכות במעונות.²⁷

שני פסקי הדין היחידים שבהם נקבע כי שעות משמרות השינה של השומרים אינן בגדר שעות עבודה הם שני פסקי דין משנות השבעים של בית המשפט העליון – פסק הדין בעניין **נימץ** ופסק הדין בעניין **מחטאוי**.²⁸ לנוכח 12 פסקי הדין המאוחרים יותר בנושא, אשר קבעו קביעה הפוכה, ברי כי אין מדובר בהלכה. שני פסקי הדין הללו קבעו אומנם כי שומרים אינם זכאים לשכר מינימום בעבור שעות משמרות השינה, אך עשו זאת ללא כל התייחסות להגדרת המונח "שעות עבודה" הקבוע בסעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה. בשני המקרים פסק בית המשפט העליון לפי מבחנים כלליים של המשפט האזרחי והמשפט המקובל, וכך הגיע לתוצאה שאליה הגיע. משום כך, פסקי דין מאוחרים יותר בנושא ביקרו את פסקי הדין הללו והתייחסו אליהם בביטול.²⁹

2. נימוקי השופטים – ענף הרפואה

בדומה לממצאי הבחינה שנערכה לעיל לגבי ענף השמירה, בכל ששת פסקי הדין העוסקים במשמרות שינה של רופאים, או אף של סטודנטים לרפואה, קבעו בתי הדין באופן גורף כי יש לראות בשעות המשמרות האלה שעות עבודה.³⁰ כך נפסק, למשל, בשני פסקי דין עוקבים שעסקו ברופאות שעבדו באותו בית חולים סיעודי לאנשים עם מוגבלות ותבעו את מעסיקיהן בתביעות נפרדות.³¹ בית הדין התייחס בביטול לטענת בית החולים כי מכיוון שברוב המשמרות לא הייתה הרפואה פעילה, ומכיוון שבית

26 ראו, למשל, עניין **יפה**, לעיל ה"ש 11, בפס' 28; סע"ש (אזורי נצ') 57266-10-13 ספרו – **מגן** – **אחים מויאל שרותי שמירה, אבטחה ונקיון בע"מ**, פס' 5 (נבו 14.8.2018); סע"ש (אזורי ת"א) 31044-03-14 לברוב – **ר.א.מ. בית ס.ח.ר. ניהול ואחזקה (1997) בע"מ**, פס' 12 (נבו 5.12.2016).
27 עניין **קפוב כגן**, לעיל ה"ש 20, בפס' 9; עניין **רייכלין**, לעיל ה"ש 18, בפס' 5.
28 ע"א 392/69 **נימץ נ' אחים משולם בע"מ**, פ"ד כד(1) 107 (1970); עניין **מחטאוי**, לעיל ה"ש 11.
29 לעניין זה ראו, למשל, עניין **אגד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 26.
30 סע"ש (אזורי ת"א) 12409-09-15 **אוגנסיאן – בית בלב בע"מ** (נבו 8.8.2018); סע"ש (אזורי ת"א) 14847-10-14 **דכין – בית בלב בע"מ** (נבו 31.12.2017); ס"ע (אזורי חי') 14347-10-10 **ביידן – אילנית מרכז לשיקום בע"מ** (נבו 5.7.2016); ס"ע (אזורי חי') 14460-10-10 **קונדרשין – אילנית מרכז לשיקום בע"מ** (נבו 5.7.2016); תע"א (אזורי י-ם) 2866/08 **מזרחי – נופי ירושלים דיור מוגן בע"מ** (נבו 28.6.2011); ע"ע (ארצי) 1111-10-16 **אילנית מרכז לשיקום בע"מ – ביידן** (נבו 12.3.2018).
אדגיש כי אין מדובר במשמרות "ערות" של רופאים הנמשכות אל תוך הלילה, אלא במשמרות לילה שבהן הרופאים מורשים לישון במקום העבודה, תוך זמינות מלאה למתן מענה לאירועי חירום.
31 ס"ע **ביידן**, לעיל ה"ש 30; עניין **קונדרשין**, לעיל ה"ש 30. למעט השינויים הנובעים מזהות התובעות, נימוקי פסק הדין זהים לחלוטין וניתנו על ידי אותו שופט – נוהאד חסן. ערעור המעסיק לבית הדין הארצי על הקביעות בפסקי הדין הללו נדחה. ראו ע"ע **אילנית מרכז לשיקום בע"מ**, לעיל ה"ש 30.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

החולים נחשב סיעודי, יש לגזור גזרה שווה מעניין גלוטן³² – שם נקבע כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על מטפלת סיעודית העובדת בביתו הפרטי של מעסיקה – ולקבוע כי שעות הלינה של הרופאה לא ייחשבו שעות עבודה:

"...קבלת טענה זו של הנתבעת, עלולה להוציא מתחולת החוק עובדים רבים מאוד, שלא יקבלו שכר בעבור שעות שהם שוהים במקום העבודה, כגון: מוכרנים בתחומים שונים, השוהים במקום העבודה בזמן שאין לקוחות... קופאיות – זמן העבודה יחשב רק כאשר מעבירות מוצרים בקופה. כל אלה ועוד, לשיטת הנתבעת, שכרם יקבע בהתאם לשעות עבודתם בפועל. הפסיקה קובעת, כי המגמה הברורה היא של גמישות, בדיקה לגופו של ענין ופרשנות מצמצמת לסעיף 30 לחוק, על מנת שלא להוציא עובדים רבים מתחולת החוק על מנת שכמה שיותר עובדים ייהנו מההגנות שמעניק החוק..."³³

בית הדין ביקש להבהיר כי "נקבע להלכה, כי עובד החייב להימצא במקום העבודה, זכאי לתשלום שכר עבור שעות אלו גם אם לא ביצע כל מטלה בפועל, וגם אם בחלק מהשעות הוא לן, ייחשבו לו כשעות עבודה", תוך שהוא מפנה לפסקי הדין הקובעים קביעה דומה בעניינם של שומרים,³⁴ ואף מתייחס באופן פרטני לכך שאין מדובר במקרה העוסק במטפלת סיעודית: "המדובר בתובעת אשר ביצעה את עבודתה כרופאה ולא כמטפלת סיעודית, על כל המשתמע מכך, שכן התובעת לא ביצעה עבודות סיעוד כגון, האכלה, רחיצה, הולכה, החלפת מצעים וכד'..."³⁵

גם בעניין אוגנסיאן, אשר עסק ברופאים שעבדו בבית חולים שיקומי ונדרשו לעשות מפעם לפעם משמרות שינה בבית החולים במהלך הלילה, נקבע כי שעות משמרות השינה האלה, אשר כללו כשתיים-שלוש קריאות במשך הלילה במוצא, נחשבות שעות עבודה.³⁶ בית הדין אף בחר לדחות את טענת בא הכוח של בית החולים שלפיה בהתאם להלכה שנקבעה בעניין חנדזי אין לראות שעות אלו כשעות עבודה, תוך שהוא מציין כי "אין באמור באותו פסק דין קביעה אבסולוטית לגבי המהות של העבודה בתורנות (שם)

32 דג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013). פסק דין זה יידון בהרחבה להלן בפרק ג.

33 ס"ע בידין, לעיל ה"ש 30, בפס' 46 (ההדגשות הוספו).

34 שם, בפס' 45 (ההדגשה הוספה). פסקי הדין שהשופט מפנה אליהם הם ע"ע (ארצי) 305/05 מאיר – החברה להגנת הטבע (נבו 1.2.2007); בג"ץ 3291/07 החברה להגנת הטבע נ' בית הדין הארצי לעבודה (אר"ש 16.5.2007); ע"ע דנילוב, לעיל ה"ש 11; עניין יפה, לעיל ה"ש 11. למעשה, עניין מאיר ובג"ץ החברה להגנת הטבע אינם עוסקים כלל במשמרות שינה, אלא במשמרות של עוזרי תחזוקה בבית ספר שדה אשר אינן מערבות פעילות אקטיבית לכל אורכן.

35 ס"ע בידין, לעיל ה"ש 30, בפס' 41 (ההדגשה הוספה).

36 עניין אוגנסיאן, לעיל ה"ש 30. יצוין כי ערעור המעסיק על פסק הדין נסגר בפשרה. ראו ע"ע (ארצי) 36011-09-18 אוגנסיאן – בית בלב בע"מ (נבו 18.2.2019).

לא מדובר בעבודה של רופאים אלא במדריכה בהוסטל לפגועי נפש³⁷. אף בעניין מזרחי, אשר עסק בסטודנטים לרפואה שעבדו ככוננים רפואיים לצורך מתן מענה רפואי ראשוני לדיירים במעון לקשישים, נקבעה קביעה דומה:

"מן הראיות שהציגה הנתבעת עצמה... עולה כי טיבה של העבודה היה 'כוננות'. מתברר מראיות אלה כי אכן הפניות היו מעטות מאוד, כטענת הנתבעת, אך הן התפזרו אקראית במהלך המשמרת כולה, לפיכך אין לחלק את זמן השעות של הכונן הרפואי באופן מלאכותי בין 'עבודה' ל'כוננות'. כבר נפסק כי עצם העמדת הזמן לרשות המעביד היא עבודה גם אם העובד אינו נדרש לבצע משימות אלא רק להמתין לקרות אירוע... לא ניתן ליצור שוני מלאכותי בין השעות השונות של המשמרת כאשר פניות הדיירים התפזרו על פני היממה כולה. לאור כל אלו אנו דוחים את טענת הנתבעת כי קיים הבדל בין שעות 'עבודה' ושעות 'כוננות'. עבודתם של התובעים במהותה הייתה השגחה, והמתנה לפניות מצד דיירי המעון. אין נפקות למספר הפניות, הקטן מאוד, שפנו אליהם במהלך המשמרת, או למספרם הקטן של אירועים בהם נדרשו לטפל. אין מחלוקת כי העבודה היא עבודה נוחה ומתאימה מאוד לסטודנטים אולם בכך אין די כדי למנוע מהם זכויות קוגנטיות."³⁸

3. נימוקי השופטים – ענף הטיפול

בדומה לתוצאה שאליה הגיע בית הדין בעניין חנדז'י, גם בכל יתר פסקי הדין שעסקו במשמרות שינה של עובדות בענף הטיפול נקבע כי שעות משמרות השינה אינן נחשבות שעות עבודה.³⁹ בתי הדין נימקו את פסיקותיהם בכך שברוב המשמרות עובדות הטיפול ישנות, שכן מספר אירועי החירום בלילה קטן;⁴⁰ שנוכחותן בשעות הלילה, שעיקרה

37 עניין אוגנסיאן, לעיל ה"ש 30, בפס' 12 (ההדגשה הוספה).

38 עניין מזרחי, לעיל ה"ש 30, בפס' 6 (ההדגשות הוספו). יצוין כי ערעור המעסיק לבית הדין הארצי על קביעות פסק הדין נמחק בהמלצת בית הדין. ראו ע"ע (ארצי) 39955-08-11 נופי ירושלים – מזרחי (נבו 12.12.2013).

39 יצוין כי בפסקי הדין ע"ב (אזורי ת"א) 3659/08 נסטרקו – א.ב. שיקום 1997 בע"מ (נבו 14.9.2012) וס"ע (אזורי י-ם) 39781-01-11 לוגבינסקי – עמותת "מרפא לנפש" (נבו 22.5.2013) נקבע כי יש לראות את שעות משמרות השינה של המטפלות כשעות עבודה, אך ערעור המעסיק על פסק הדין הראשון לבית הדין הארצי נסגר בפשרה ללא נימוק, ופסק הדין השני בוטל לנוכח הסכמת הצדדים להסדר מחוץ לכותלי בית המשפט, כך שאלה אינם רלוונטיים. ראו ע"ע (ארצי) 31684-10-12 א.ב. שיקום – נתניה 1997 בע"מ – נסטרנקו (נבו 10.7.2014); ע"ע (ארצי) 57398-06-13 עמותת "מרפא לנפש" – לוגבינסקי (נבו 13.1.2015).

40 סע"ש (אזורי ת"א) 47796-07-16 לוי – נתיב 2 בע"מ, פס' 38–40 (נבו 24.12.2019); סע"ש 35-11-16 (אזורי ת"א) בוקאן – עמותת מרפא לנפש, פס' 10 (נבו 11.9.2019); סע"ש (אזורי י-ם) 15605-08-14 מטווייב – הרשות לשיקום האסיר, פס' 23–24 לפסק הדין (נבו 15.4.2018); סע"ש (אזורי

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

השגחה, שונה באופן מהותי מהעבודה שנדרשת מהן בשעות היום, שכן בלילות אין הן נדרשות להפעיל את הכישורים שהן מפעילות במהלך היום, ואין הן נדרשות להשקיע משאבים פיזיים, קוגניטיביים או נפשיים;⁴¹ שהעובדות רשאיות לעשות ככל העולה על רוחן במקום שהועמד לרשותן לצורך השינה;⁴² ושנוכחותן בשעות אלו לא הייתה לצורך הגשמת פעילותו העיקרית של המעון.⁴³ משום כך נקבע, פעם אחר פעם, כי מבחינה מהותית אין מדובר ב"עבודה", שכן העובדות לא העמידו את עצמן "לרשות העבודה", כנדרש בהתאם להגדרת המונח "שעות עבודה" בחוק שעות עבודה ומנוחה.⁴⁴

בעוד בכמה מבין פסקי הדין הללו בתי הדין מנמקים באריכות את הכרעתם בנושא, בפסקי דין רבים הם מסתפקים בקביעה כי בכל הנוגע בעובדות טיפול במעונות ההלכה היא שאין לראות בשעות משמרות השינה שעות עבודה, מבלי לנתח כלל את העניין, ואף בוחרים להדגיש באותה נשימה ממש כי בעניינם של שומרים ההלכה הפוכה.⁴⁵

עוד אדגיש כי פסקי הדין שניתנו לאחר פסק הדין בעניין **חנודי** מאמצים את המודל שהוצע שם, שלפיו המעסיק והעובדת רשאים להסכים על תמורה חוזית מסוימת בגין שעות משמרות השינה, שאינה כפופה כאמור לחוק שכר מינימום או לחוק שעות עבודה ומנוחה, ואשר תפצה את העובדת על חוסר הנוחות בשל הלינה מחוץ לביתה הפרטי.⁴⁶

ח"י (35701-09-15 גרייזר – איל"ן איגוד ישראלי לילדים נפגעים, פס' 78 (נבו 10.10.2018); עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 437. להלן דוגמאות המובאות בעניין **ראובן** לאירועים חריגים המצריכים מתן מענה מצד המדריכות העובדות במעון לנוער בסיכון: "ניסיון בריחה; ניסיונות לעשן סמים; חניך שחוזר למעון; קטטה או מריבה; רעשים; השגחה על נער שאיים להתאבד; חניך חולה; חניך החייב לקחת גלולה בלילה בגלל מחלה או משום שלא חש בטוב; הודעה לחניך כי אחיו נהרג בתאונת דרכים ועוד. שם, בעמ' 436.

41 ע"ע (ארצי) 56763-05-17 **אפרימוב – הרשות לשיקום האסיר**, פס' 50–51 (נבו 23.8.2018); דיון לד/4-3 (ארצי) **יקואל – פלד**, פד"ע ה' 328, 334 (1974); סע"ש (אזורי י-ם) 2832-02-14 **חדד – הרשות לשיקום האסיר**, פס' 65 (נבו 26.6.2017); סע"ש (אזורי י-ם) 35592-09-13 **רומי – בן-עמי**, פס' 33 (נבו 14.9.2016); סע"ש (אזורי י-ם) 49684-02-17 **לונדון – משפחתוני חיים משה מרגלית**, פס' 55 (נבו 4.11.2019).

42 עניין **גרייזר**, לעיל ה"ש 40, בפס' 78; עניין **רומי**, לעיל ה"ש 41, בפס' 35–36; עניין **לונדון**, לעיל ה"ש 41; עניין **לוי**, לעיל ה"ש 40, בפס' 38.

43 עניין **חדד**, לעיל ה"ש 41, בפס' 65; עניין **מטווייב**, לעיל ה"ש 40, בפס' 25.

44 עניין **יקואל**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 335; סע"ש (אזורי ח"י) 1397-09-15 **ציבורטור – כפר הנוער רמת הדסה סאלד בע"מ**, פס' 42 (נבו 31.12.2017); סע"ש (אזורי י-ם) 48657-10-13 **נוקהי – קרן-אור אינק. ירושלים**, פס' 69 (נבו 13.8.2017).

45 ראו, למשל, עניין **ציבורטור**, לעיל ה"ש 44; סע"ש (אזורי ח"י) 30347-04-14 **מוחדינוב – איל"ן – איגוד ישראלי לילדים נפגעים**, פס' 69 (נבו 10.10.2017); עניין **לוי**, לעיל ה"ש 40, בפס' 37; ע"ב (אזורי י-ם) 2397/05 **קמפניינו – עמותת בית לכל ילד בישראל**, פס' 6–13 (נבו 23.7.2006); ת"פ (אזורי ת"א) 36668-12-10 **מדינת ישראל – א.ב. שיקום נתניה 1997 בע"מ**, פס' 21–24 (נבו 14.5.2015).

46 עניין **לונדון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 56; עניין **ציבורטור**, לעיל ה"ש 44; עניין **מוחדינוב**, לעיל ה"ש 45, בפס' 74; עניין **לוי**, לעיל ה"ש 40, בפס' 41.

* * *

לסיכום פרק זה, המסקנה הנובעת מן ההשוואה שנערכה בין פסקי הדין שעוסקים בענף השמירה ובענף הרפואה לבין אלה העוסקים בענף הטיפול היא שבתי הדין קובעים פעם אחר פעם כי אין לראות את שעות משמרות השינה של העוסקות בעבודות טיפול כשעות עבודה, ובד בבד מוכנים לראות באופן גורף את שעות משמרות השינה של רופאים ושומרים כשעות עבודה.

בכל הנוגע ברופאים ושומרים העושים משמרות שינה, בתי הדין מסתפקים בעצם זמינותם ושהייתם של העובדים במקום העבודה, ואף טורחים ומדגישים כי אין נפקות לכך שבפועל הם ישנים לאורך רוב שעות המשמרות ושמשפר הפניות אליהם במהלך הלילה מועט. עוד מדגישים בתי הדין את התועלת שהמעסיק מפיק מעצם שהייתם של העובדים במקום העבודה בשעות הלילה, את רמות הדריכות, הערנות והאחריות שהם נדרשים להן, ואת ההגבלה המשמעותית של חופש התנועה של העובדים. לעומת זאת, בעניינן של עובדות הטיפול בחינת בתי הדין מתמקדת – באופן תמוה ובסתירה לאמור לעיל – דווקא בכך שאין די בתועלת של המעסיק מעצם שהייתן של העובדות במקום העבודה, שמספר אירועי החירום בלילה קטן, שמדובר בהשגחה בלבד, שהעובדות אינן מוגבלות ובאפשרותן לעשות ככל העולה על רוחן במהלך הלילה, ושהן אינן נדרשות להשקעת משאבים פיזיים, קוגניטיביים ונפשיים. אופן בחינה זה מוביל, באופן גורף, למסקנה שהעובדות אינן מעמידות את עצמן לרשות העבודה, ולכן הזמן המושקע במשמרות השינה אינו בגדר ביצוע עבודה כלשהי. כמו כן, קביעת בתי הדין שהמעסיק והעובדת רשאים להסכים על הסדר חוזי בנוגע לגמול שישולם בגין שעות משמרות השינה, וכי הסדר זה אינו כפוף לחוקי המגן, עולה אך ורק בפסקי הדין העוסקים בעניינן של עובדות טיפול.

לנוכח נימוקיהם הסותרים של בתי הדין לעבודה, אני סבורה כי אין מקורן של קביעות אלו ביישום אובייקטיבי של מבחני העזר המשפטיים, אשר עובדות הטיפול פשוט אינן עומדות בהם, אלא בתוצר של הבניה חברתית ותרבותית, שנעוצה בסיבות היסטוריות ומגדריות, ואשר משפיעה על תפיסת משפט העבודה בנוגע לסוג זה של עבודה, כפי שאראה בהרחבה בפרק הבא.

פרק ג: בחינה היסטורית ומגדרית

1. סקירה היסטורית

כיום מערכת המשפט המערבית מקיימת הפרדה ברורה בין מערך הדינים החל על המשפחה והבית (דיני המשפחה), הנתפסים כספֶרה הפרטית, לבין מערך הדינים החל על עולם השוק והעבודה, הנתפס כספֶרה הציבורית. אף שהפרדה זו נראית לרבים מובנת

מאליה, כפי שמתארות בהרחבה ג'נט האלי וקרי ריטיץ' במאמרן *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, הפרדה זו לא התקיימה מאז ומעולם.⁴⁷ למשל, באנגליה ובארצות הברית, עד אמצע המאה התשע-עשרה, ביתו של האדם נחשב מעין יחידת משק כלכלית, שעסקה הן ברביית האדם והן בייצור טובין חומריים.⁴⁸ הפעילות הכלכלית שנעשתה בבית הייתה ענפה, החל בייצור והפקה מלאים של חומרי מזון ועד לתפירה ואריגה של הבגדים שנלבשו. המשק הביתי כלל לא רק בעל, אישה וילדים, אלא גם עבדים ומשרתים, שביניהם התקיימו מדרג משפטי ומערכת דינים מוסדרת.⁴⁹ במסגרת זאת הוכפפה האישה לבעלה, אשר נחשב מבחינה משפטית ראש משק הבית, בעל הסמכות הבלעדית לקבלת ההחלטות בו.⁵⁰

עם התפתחותו של השוק הקפיטליסטי, במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, הועברו אמצעי הייצור ממתחמי בתי המגורים אל בתי החרושת,⁵¹ מערכת הדינים שנהגה התמוססה בהדרגה יחד עם מוסד העבדות, היחסים המשפטיים המסדירים את יחסי השוק והתעסוקה מוסגרו מחדש כדיני החוזים, והבעל, האישה והילדים נותרו במרחב הבית, שנהיה כעת פרטי ואינטימי. בעוד שהמרחב השוקי החדש נשלט בעיקרו על ידי גברים, המגדר הדומיננטי במרחב המשפחתי החדש, אשר הוכפף מבחינה מדרגית למרחב השוקי, היה הנשי.⁵² במרחב המשפחתי החדש האישה היא שאחראית לניהול הבית ולגידול הילדים.⁵³

בתקופה זו החל להתפתח בהדרגה ענף דיני המשפחה – תחילה בגרמניה, ולאחר מכן ברוב העולם. דיני המשפחה הוחלו על הספירה הפרטית, ואילו דיני החוזים הוחלו על השוק, באופן שיצר מיסוך מוחלט ביניהם. הבית נחשב מקום פרטי, אלטרואיסטי, אינטימי ומוסרי, שנועד להוות מעין מקלט לרגשות ולספק לבני הבית חום ואהבה ללא גבול, ואשר מושלת בו האידיאולוגיה של העדר אינטרסים, ואילו דיני החוזים נחשבו אינדיווידואליסטיים, מונעים על ידי השוק וחופשיים, ונתפסו כחלים על מרחב תועלתני

Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753 (2010).

47 שם, בעמ' 755–756.

48 שם, בעמ' 756–757.

Martha Minow, "Forming Underneath Everything That Grows:" Toward a History of Family Law, 1985 WIS. L. REV. 819, 828.

Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497, 1499 (1983) (להלן: Olsen, *The Family and the Market*).

52 Halley & Rittich, לעיל ה"ש 47, בעמ' 757.

53 Lee E. Teitelbaum, *Family History and Family Law*, 1985 WIS. L. REV. 1135, 1142.

שאין בו מקום לשיקולים רגשיים.⁵⁴ התפיסה המשפטית שנהגה היא שיש להתערב בחיי המשפחה בזהירות ובצמצום.⁵⁵

כתוצאה מההפרדה בין המשפחה לשוק, אשר חלה עד היום, התפתחה תופעה של התעלמות מהפעילות הכלכלית שנעשית בתוך הבית – "עבודה שקופה".⁵⁶ במובן זה, המשפחה פועלת לפי "כלכלת המתנות", שבמסגרתה התגמול על הטובין החומריים והרגשיים שמספקות הנשים, אשר נותרו בתחומי הבית, אינו מתבטא בכסף, אלא במחווה הערכה שהמקבלים מעניקים להן בתמורה. על פי אידיאולוגיה זו, האישה ממלאת את החובות המשפחתיות מתוך רצון ושמחה, ולא מתוך רצון בגמול כספי. התגמול לאישה, סיפוקה ואושרה, נובעים מעצם העשייה, מממן השירות לבני משפחתה, ובאופן עקיף – מהישגי בעלה.⁵⁷

ההפרדה בין התחום הציבורי לתחום הפרטי, אשר התבססה היטב במאה התשע-עשרה, הובילה לכך שהעבודה הנעשית בתוך הבית אינה נחשבת עוד עבודה יצרנית.⁵⁸ כמו כן, ההפרדה השפיעה אף על נכונותו של המשפט להכיר במערכת יחסים מסוימת כמערכת יחסי עבודה, שכן תחולתם של דיני העבודה תלויה בהתקיימותם של יחסי עבודה בין עובד למעסיק.⁵⁹ הואיל ואי-אפשר לאתר מערכת יחסי עובד-מעסיק החוסה על הפעילות שנערכת בבית, אין תחולה לדיני העבודה על עבודת הבית, יהא ערכה הכספי והחברתי גבוה ככל שיהא.

54 Halley & Rittich, לעיל ה"ש 47, בעמ' 758.

55 Teitelbaum, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1145; איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" **האם המשפט חשוב?** 275, 278 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010). גישה זו עודנה נפוצה, בעיקר במשפט המקובל. להצדקות לגישה זו ראו Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 J.L. REFORM 835 (1985).

56 "עבודה שקופה" היא עבודה שאינה מוגדרת כעבודה ולפיכך אינה מזכה בשכר. מדובר בעבודה שנעשית בעיקרה – אך לא רק – בין כותלי הבית, ולפיכך נחשבת מובנת מאליה, וערכה הכלכלי אינו נספר. זאת, משום שהכלכלה מוציאה מכלל חישוביה את הייצור הביתי, שהינו חלק ניכר מעבודת הנשים. עבודת הנשים הנעשית בבית, הכוללת תמיכה ורגש, הינה בלתי נראית, משום שהיא אינה נחשבת חיונית – לא מבחינה חברתית ולא מבחינה שוקית. ראו, למשל, Arlene Kaplan Daniels, *Invisible Work*, 34 SOC. PROBS. 403 (1987); עמית קפלן ומהא כרכבי סבאח **עבודות שקופות בישראל: דוח מחקר למוסד לביטוח לאומי** (2017).

57 דפנה יזרעאלי "המיגדור בעולם העבודה" דפנה יזרעאלי ואח' **מין מיגדור פוליטיקה** 167, 180 (1999).

58 שם, בעמ' 179–180.

59 על מנת להגדיר מערכת יחסים מסוימת כמערכת יחסי עבודה, יש להידרש לשני מבחנים: האחד מגדיר "מיהו עובד", והאחר מגדיר "מיהו מעסיק". המבחן הראשון, שמכונה כיום "המבחן המעורב", בוחן בין היתר, מחד גיסא, אם מבצע העבודה משתלב בעסקו של נותן העבודה, ומאידך גיסא, אם מבצע העבודה מנהל עסק עצמאי משלו. ראו דיון (ארצי) לא/3-27 **עיריית נתניה – בירגר**, פד"ע ג 177 (1971); דנג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד (4) 817 (1998). המבחן השני, לקביעת מיהו המעסיק, מורכב משורה של מבחני עזר שונים הבוחנים תלות וכפיפות כלפי המעסיק. ראו דיון (ארצי) נב/3-142 **אלהרינאט – כפר רות**, פד"ע כד 535 (1992).

ניתן לחשוב על עובדת הטיפול כמייצגת מיזוג של תפיסות משפחתיות ושווקיות. אופי העבודה הנעשית על ידיה הוא פרטי, אינטימי ומשפחתי, אולם העסקתה דומה יותר במאפייניה לעסקה שוקית,⁶⁰ באופן היוצר טשטוש בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית. הטשטוש שנוצר מקשה פעמים רבות על דיני העבודה להכיר במצבים ייחודיים הנוצרים בין העובדת למעסיק כמערכת יחסי עבודה.

כדוגמה להשפעת הטשטוש שנוצר ניתן להביא את העניין שנדון בפסק דין ייחודי משנות השמונים – פסק דין סגל.⁶¹ התובעת והנתבעת גרו בשכנות באותו רחוב, בית מול בית. במשך שלוש שנים טיפלה התובעת בילדתה הבכורה של הנתבעת, בבית התובעת. לאחר שנים מספר, כאשר נולדה ילדתה השנייה של הנתבעת, הוסכם כי התובעת תטפל גם בה. באותה עת הייתה התובעת אם לשלושה ילדים, ועל כן טיפלה בעת ובעונה אחת בילדת הנתבעת ובילדיה שלה, נוסף על עבודה במשק ביתה. שנה לאחר מכן סוכם כי התובעת תעבור לעבוד בבית הנתבעת, הן בטיפול בילדתה והן בעבודות משק בית. לאחר כחצי שנה הסתיים סידור זה. התובעת פנתה לבית הדין האזורי בבקשה שיכריז על זכאותה לפיצויי פיטורים בעבור פרק הזמן שבו טיפלה בילדותיה של הנתבעת בבית התובעת נוסף על הטיפול בילדיה שלה. לאחר שתביעתה נדחתה, ערערה התובעת לבית הדין הארצי, אך גם הוא דחה את בקשתה. בית הדין קבע כי בעוד אין מחלוקת על כך שהתקיימו יחסי עבודה בין הצדדים בפרק הזמן שבו עבדה התובעת בבית הנתבעת, בפרק הזמן המכונה בפסק הדין "פרק הזמן השלישי", שבו נעשה הטיפול בבית התובעת, לא התקיימו יחסי עבודה ביניהן. את קביעתו זו נימק בית הדין באופן הבא:

"כתוצאה מכך, שבפרק הזמן השלישי טיפלה המערערת בתינוקה של המשיבה בביתה היא, היתה המערערת רשאית לעשות, באותן השעות, כל אשר עקרת בית עושה במשק ביתה, עת תינוקה בבית. כך גם לא קם אחד הנתונים שלהם ייחסו משקל בסיווג יחסים כיחסי עובד-מעביד – בלעדיות הפעילות בקטע הזמן שבו מדובר."⁶²

נימוק זה ממחיש כיצד כאשר העבודה "מתלכלכת" במעט "פנאי" ומשפחתיות, דיני העבודה מתקשים להגדיר את מערכת היחסים בין הצדדים כמערכת יחסי עבודה. המיסוך המשפטי והמדרג שנוצר בין המשפחה לשוק משפיעים גם על האופן שבו המשפט בוחר להתייחס לעבודה הנחשבת משפחתית, רגשית וטיפולית אף כאשר זו נעשית בתוך מערכת יחסי עבודה שדיני העבודה כבר מכירים בהם. כדוגמה להשפעה זו ניתן להביא את הדיון הנוסף בפרשת גלוטן.⁶³ גלוטן, מהגרת עבודה מהפיליפינים

60 Halley & Rittich, לעיל ה"ש 47, בעמ' 769.

61 דיון (ארצי) מב/3-123 סגל – גור, פד"ע יד 190 (1983).

62 שם, בעמ' 195 (ההדגשה הוספה).

63 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 32.

שהועסקה כמטפלת סיעודית של אישה קשישה, הגישה עם פיטוריה תביעה לבית הדין האזורי, שבמסגרתה ביקשה, בין היתר, לקבל גמול בעבור עבודתה בשעות נוספות.⁶⁴ רכיב זה בתביעתה נדחה, וערעורה לבית הדין הארצי נדחה גם הוא,⁶⁵ משקבעה דעת הרוב כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על עבודתה של גלוטן, שכן יש לראות את העסקתה כבאה בתחולתם של החריגים הקבועים בסעיפים 30(א) ו-30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה.⁶⁶ בתגובה על פסק דין זה עתרה גלוטן לבג"ץ, אשר קבע, מפי המשנה לנשיאה ריבלין, כי יש להותיר את פסק דינו של בית הדין הארצי על כנו.⁶⁷ בית המשפט ביסס את עמדתו על כך שענף הסיעוד אינו מותאם לתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, שכן "אופייה המיוחד של עבודת הסיעוד הנדונה חורג מעצם טבעו מן המתכונת שהחוק נדרש לה",⁶⁸ בשל העסקת העובדות במתכונת נפוצה של עשרים וארבע שעות ביממה. דעת הרוב בדיון הנוסף שנערך בבית המשפט העליון אישרה את הקביעה כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על העובדות בענף הסיעוד.⁶⁹

אדגיש כי השפעתו של המדרג שנוצר בין המשפחה לשוק אינה ייחודית למשפט הישראלי. כך, למשל, סוגיה דומה לפרשת **גלוטן** הובאה אך לאחרונה לפתחן של ערכאות השיפוט באנגליה, בשתי תביעות – של Tomlinson-Blake ושל Shannon – אשר נדונו במשותף.⁷⁰ Tomlinson-Blake היא אישה שהועסקה כמטפלת סיעודית על ידי חברה שמספקת שירותי טיפול וסיעוד. במשך עשר שנים טיפלה העובדת בשני אנשים עם מוגבלות בבייתם הפרטי, ונוסף על עבודתה במהלך היום היא נדרשה לעשות גם משמרות לילה בנות תשע שעות, שבהן היא הורשתה לישון אך נדרשה להיות זמינה לצורך תגובה במקרי חירום. Shannon הוא מטפל שעבד בבית אבות מדי לילה. עבודתו התבצעה בשעות הלילה בלבד, שבהן הוא נדרש לעשות משמרות בנות תשע שעות. בשעות אלו הוא הורשה לישון, אך נדרש להיות זמין לצורך מתן עזרה במידת הצורך

64 ע"ב (אזורי ת"א) 2237/01 **גלוטן** – **יעקב** (נבו 19.3.2003).

65 ע"ע (ארצי) 157/03 **גלוטן** – **יעקב** (נבו 1.1.2007).

66 החריג הקבוע בס' 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה מוציא מתחולת החוק "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי", והחריג הקבוע בס' 30(א)(6) לחוק מוציא מתחולת החוק "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".

67 בג"ץ 1678/07 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורמלי)**, פ"ד סג(3) 209 (2009).

68 שם, בפס' 25 (ההדגשה במקור).

69 דנג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 32. כך נקבע ברוב של שישה שופטים מול שלוש השופטות בהרכב – המשנה לנשיאה נאור, השופטת חיות והשופטת ארבל – שהיו בדעת מיעוט. ביקורת רבה נשמעה על הקביעה בפסק הדין. ראו, למשל, חני בן ישראל ומיכל תג'ר "באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל" **מעשי משפט** 69 (2015); דפנה ברק-ארו "פרשנות, שוויון והעצמה" **ספר יורם דנציגר** 503, 518–520 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019); אלבין "המקרה של עובדות בית", לעיל ה"ש 5; לילך לוריא "מעברים בין מעמדות תעסוקתיות (Status)" **דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת** 213, 241–242 (2013).

70 Royal Mencap Soc'y v. Tomlinson-Blake [2018] EWCA Civ 1641.

למטפלת הסייעודית האחראית באותה עת. בשני המקרים השתכרו המטפלים פחות משכר המינימום שחוק שכר המינימום האנגלי קובע, ועקב כך פנו לבית הדין לעבודה (Employment Tribunal) בבקשה שיכיר בשעות משמרות השינה כשעות עבודה. בפרשת Tomlinson-Blake קיבל בית הדין לעבודה את בקשת המטפלת, ואף ערעור המעסיק לבית הדין לערעורים תעסוקתיים (Employment Appeal Tribunal) נדחה; ובפרשת Shannon דחו הן בית הדין לעבודה והן בית הדין לערעורים תעסוקתיים את בקשתו של העובד. בדיון משותף שקיים בית המשפט לערעורים נקבע כי העובדים אינם זכאים לשכר מינימום בעבור שעות משמרות השינה, שכן שעות אלו אינן נחשבות שעות עבודה לצורך תחולתו של חוק שכר המינימום האנגלי.⁷¹ קביעת בית המשפט התבססה על כך שהעובדים לא היו פעילים בשעות הלילה, וישנו ברוב שעות המשמרת. כמו כן, בשני המקרים סיפק המעסיק לעובדים חדר עם מיטה שבו הם יכלו לישון כראוי, ומספר אירועי החירום שהתרחשו בלילה היה מועט.⁷² בשנת 2020 ערערו העובדים על קביעה זו לבית המשפט העליון באנגליה, אולם זה הכריע – כמו בית המשפט לערעורים ומנימוקים דומים – כי אין מדובר בשעות עבודה המאפשרות זכאות לשכר מינימום.⁷³ הכרעה זו נחשבת שנויה במחלוקת במשפט העבודה האנגלי.⁷⁴

טענתי היא כי כאשר סוג העבודה נחשב טיפולי ואינטימי, כלומר כאשר שורשי נטועים במיזוג המטושטש בין המשפחה לשוק, ואפילו כאשר ברור שבין המטפלות למעסיקהן מתקיימים יחסי עבודה, המשפט מייחס לסוג עבודה זה ערך פחות, ועל כן מתקשה להגדיר שעות עבודה של מטפלות כשעות עבודה המזכות בשכר, כפי שמשתקף מפסקי הדין בתביעותיהם של Tomlinson-Blake, Shannon, גלוטן, חנדז'י ואחרים. התפיסה הדיכוטומית בין מאפייני עולם השוק למאפייני עולם הבית אומצה למעשה אל תוך שוק העבודה. אף שענף הטיפול תפס את מקומו בתודעה כענף משמעותי בשוק

71 שם. פסק הדין שינה למעשה במידת מה את ההלכה שנהגה עד אז באנגליה באשר לראיית שעות שינה כשעות עבודה. אציין כי תק' 32 לתקנות שכר המינימום האנגלי מגדירה שעת עבודה כזמן שבו העובד זמין לביצוע עבודה, אך בד בבד קובעת חריג עמום בנוגע לשנתו של העובד במקום העבודה או בקרבה למקום העבודה. ראו, SI 2015/621, The National Minimum Wage Regulations 2015, reg. 32: "(1) Time work includes hours when a worker is available, and required to be available, at or near a place of work for the purposes of working unless the worker is at home. (2) In paragraph (1), hours when a worker is 'available' only includes hours when the worker is awake for the purposes of working, even if a worker by arrangement sleeps at or near a place of work and the employer provides suitable facilities for sleeping". התקנה התפרשה בעבר ככזו שאינה מדירה שעות של משמרות שינה מתחולתו של חוק שכר המינימום. לסקירת פסקי דין מוקדמים יותר בנושא ראו Guy Davidov, *A Purposive Interpretation of the National Minimum Wage Act*, 72 MOD. L. REV. 581, 600–602 (2009).

72 עניין Tomlinson-Blake, לעיל ה"ש 70, בפס' 93–101.

73 Royal Mencap Soc'y v. Tomlinson-Blake [2021] UKSC 8.

74 A.C.L. Davies, 'Sleep-in' Shifts and the National Minimum Wage: Royal Mencap Society v Tomlinson-Blake, Shannon v Rampersad, 47 INDUS. L.J. 553 (2018).

העבודה, התפיסה השלטת היא שהוא חלק מהספירה הפרטית והאינטימית, אשר מונעת ממניעים אלטרואיסטיים ומעניקה "סיפוק רגשי". זאת, בניגוד לתחומי העיסוק שמקומם בספירה הציבורית, שבמסגרתה היציאה לעבודה נעשית מתוך אינטרס אישי ברור ושאיפה לרווח. התוצאה בפועל היא ששעות עבודה של עבודות טיפול נחותות יותר ומתוגמלות פחות – הן מבחינה חברתית וכלכלית⁷⁵ והן מבחינת חוקי המגן – משעות עבודה של עבודות אחרות.

2. הספירה הנשית בשוק העבודה והשפעתה על היחס לעבודת הטיפול

עבודות הטיפול משויכות לא רק לספירה הפרטית והמשפחתית, אלא גם לנשים בפרט. כפי שכבר ציינתי וארחיב כעת, ההפרדה הרדיקלית בין המשפחה לשוק השפיעה על נשים ויצרה למעשה את "הספירה הנשית", אשר מזוהה לבלי הפרד עם הבית והמשפחה, ונבדלת בחדות מן השוק, הנחשב "ספירה גברית", כפי שתיארה בהרחבה פרופ' פרנסס אולסן (Frances Olsen) במאמרה *The Family and the Market*⁷⁶. הדיכוטומיה בין המשפחה לשוק עודדה נשים להיות אימהות ועקרות בית טובות, אך לא שחקניות בשוק. הבית, אשר נחשב ממלכתה של האישה, אומנם הואדר, ואף נחשב בעבר קדוש, אך בד בבד גם הופחת ערכו. אותה "ספירה נשית" עוררה לעיתים זלזול ובוז⁷⁷. הטיפול בילדים, בקשישים ובתלויים אחרים היה ועודנו מאורגן חברתית באופן מגדרי, ומתבסס באופן בלעדי כמעט על עבודת נשים, שאינה מוערכת ואינה מתוגמלת⁷⁸.

בשנת 2011 פרסם ארגון OECD מחקר שבמסגרתו נסקרו נתונים על "עבודה שקופה" בעשרים ושש מדינות החברות בארגון⁷⁹. בכל המדינות שנבדקו נמצא כי נשים עובדות יותר מגברים בבית⁸⁰ ופחות מגברים בשוק. אף שבשנים האחרונות נשים עוסקות יותר ויותר בעבודה בתשלום, ופחות בעבודה ללא תשלום, הממצאים מורים כי ככל שנשים משקיעות זמן רב יותר בעבודה ללא תשלום, הזמן שהן משקיעות בעבודה בתשלום פוחת⁸¹. בשנים האחרונות ניתן אומנם לראות כי גברים מעורבים יותר ויותר

75 להרחבה על המעמד החברתי הנמוך והתגמול הכלכלי הדל המאפיינים עבודות טיפול, ועל הסיבות לכך, ראו נוגה דגן-בוזגלו ויעל חסון **מחיר הטיפול: דוח על נשים בעבודות הטיפול בישראל** (מרכז אדוה 2011) <https://adva.org/wp-content/uploads/2016/01/costofcaringHEB1.3-1.pdf>.

76 Olsen, *The Family and the Market*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1498–1499.

77 שם, בעמ' 1500–1501.

78 אורלי בנימין "במורדות שוק העבודה: מסחור כוח-עבודה נשי בישראל" **תרבות דמוקרטית** 10, 63, 81–82 (2006).

79 Veerle Miranda, *Cooking, Caring and Volunteering: Unpaid Work Around the World* (OECD Social, Employment and Migration, Working Paper No. 116, 2011).

80 שם, בעמ' 11. המרחק המגדרי עמד על שעתיים ו-28 דקות ביום. ממצאים אלו אינם חדשים למעשה. מחקרים רבים משנים קודמות הצביעו על אותה חלוקה מגדרית מובהקת בין העבודה בבית לעבודה בשוק. ראו, למשל, Kaplan Daniels, לעיל ה"ש 56, בעמ' 406.

81 Miranda, לעיל ה"ש 79, בעמ' 13–14.

במטלות הבית, אולם ממצאי המחקר האמור מצביעים על חלוקה מגדרית אף בכל הנוגע במטלות הטיפול בילדים.⁸² המחקר חילק את מטלות הטיפול הללו לשלוש קטגוריות עיקריות: הראשונה, "טיפול פיזי", כוללת מטלות הנוגעות בצרכים הבסיסיים ביותר של ילדים, כגון האכלה, הלבשה, החלפת חיתולים, פיקוח והשגחה; הקטגוריה השנייה נקראת "טיפול חינוכי ופנאי", וכוללת מטלות כגון עזרה בשיעורי בית, הקראת ספרים ומשחק; והקטגוריה האחרונה מתייחסת להסעות – הסעת הילדים לבית הספר, לחוגים, לרופא וכדומה. נתוני המחקר מראים כי אימהות מעורבות יותר מאבות בטיפול הפיזי בילדים, וכי פעילויות אלו מהוות כ-60% מהזמן שהן מקדישות לטיפול בילדים. לעומת זאת, אבות משקיעים את מרבית זמנם עם הילדים בטיפול חינוכי ופנאי וכן בהסעות. מעבר לכך, באופן כללי, הזמן שנשים משקיעות בטיפול בילדים כפול מהזמן שאבות משקיעים, ונתון זה תקף לגבי כל אחת מעשרים ושש המדינות שנסקרו.⁸³

כניסתן של נשים רבות לשוק העבודה בשנות השבעים הובילה לתמורות משמעותיות באופני העבודה שלהן – מחוץ לבית ובתוכו. שיעור ההשתתפות הנשית בכוח העבודה בישראל עולה משנה לשנה, אך עדיין התפיסה הרווחת היא שהגבר נחשב "העובד האידיאלי",⁸⁴ ושמשכורתו אמורה להספיק לפרנסתה של משפחה שלמה.⁸⁵ נשים, אף שכיום הן מהוות שחקניות מרכזיות בשוק, נתפסות עדיין כאחראיות הבלעדיות על מטלות הבית.⁸⁶ בעיית התפקיד הכפול של הנשים טרם נפתרה, וברוב המדינות המערביות הן נתפסות עדיין כ"מפרנסות שניות" בלבד.⁸⁷ מחקרים מראים כי גם כאשר נשים וגברים עוסקים באותו משלח יד, מתקיימת סגרגציה מגדרית תוך-תעסוקתית בהיבטים של רמת השכר, הקידום ונתיב הקריירה. תפיסות מגדריות פועלות למעשה גם בתוך שוק העבודה, ומשפיעות על מעסיקים בכל הנוגע בהגדרת "העובד האידיאלי", שאותו יש לקדם, ובקישור האוטומטי בין גבריות לבין ערך מקצועי רב יותר.⁸⁸ לפי נתונים שפורסמו במרץ 2020 על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בישראל, בשנת

82 שם, בעמ' 19–20.

83 שם.

84 כאשר מעסיקים מדברים על העובד האידיאלי, לרוב כוונתם היא לאדם בעל רמת מחויבות גבוהה למקום עבודתו, שחייו מתמקדים בעבודה במשרה מלאה, דהיינו, גבר שרעייתו דואגת לצרכיו האישיים ולילדים. לעניין זה ראו יזרעאלי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 168.

85 נויא רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" **מחקרי משפט** כד 299, 300–301 (2008).

86 לילך לוריא "מעברים בין עבודה לבין הפסקות עבודה" **דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת** 161, 164 (2013).

87 חיה שטייר ונח לוין-אפשטיין "דפוס התעסוקה של נשים: השפעות ארוכות-טווח על שכרן" **סוציולוגיה ישראלית** א 239 (1999); סלביה פוגל-ביזאוי "אם טוב כל כך אז למה רע כל כך? ההיבטים המגדריים של הגאוליברליזם בשוק העבודה בישראל" **חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי** כרך א 183, 190–192 (אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג עורכים 2005).

88 ענת גיא ואבי שניידר "גלגול נשמות?" מאפיינים ישנים של הפליה מגדרית במבנה עבודה חדש" **מחקרי רגולציה** ג: תעסוקה ומגדר 97, 102–103 (2021).

2019 עמדה ההכנסה החודשית הממוצעת של אישה שכירה על 8,546 ש"ח, בעוד שהכנסתו הממוצעת של גבר שכיר עמדה על 12,498 ש"ח; מספר שעות העבודה בתשלום בשבוע עמד על 36.9 שעות בקרב נשים ועל 44.7 שעות אצל גברים; ושיעור הנשים העובדות בתשלום הגיע ל-59.8%, לעומת 68.2% מקרב הגברים.⁸⁹ כמו כן, יותר משליש מהנשים המועסקות הועסקו במשלחי יד "נשיים" מסורתיים – למשל, מטפלות סיעודיות, אחיות מוסמכות, סייעות למורים, עובדות סוציאליות, מטפלות ילדים ומורות לחינוך מיוחד. ברובם המוחלט של משלחי היד הללו היוו הנשים יותר מ-80% מהמועסקים, בעוד בתחום ההייטק, למשל, נשים מהוות 35.2% בלבד מכלל המועסקים בתחום. חלקן של המנהלות מכלל המנהלים במשק עומד על 30.3%⁹⁰. לפי ממצאים שהוצגו במקורות אחרים, גברים מהווים 85% מהמועסקים במשלחי יד בענפי השמירה והאבטחה⁹¹ ו-58.5% מכלל הרופאים בישראל.⁹²

כדי להתמודד עם המציאות המתוארת לעיל, הכביר המחוקק הישראלי לאורך השנים דברי חקיקה המכוונים להטמעת עקרון השוויון ולמיגור ההפליה. כך, למשל, בשנת 1964 נחקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, אשר אסר פערי שכר בין גברים לנשים העושים עבודות שוות או עבודות שוות בעיקרן.⁹³ עם זאת, מודל השכר השווה בעבור עבודות שוות ערך לא היווה שינוי של ממש בכל הנוגע במאבק לצמצום פערי השכר. זאת, בין היתר, עקב הגבלת יישומו לאותו מעביד ולאותו מקום עבודה, כך שאם אין מדובר באותה יחידת עבודה, אין זכות להשוואת שכר.⁹⁴ בהמשך לכך נחקק חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, אשר הסדיר באופן כולל את תחום ההפליה התעסוקתית, ובין היתר אסר הפליה בתנאי עבודה מחמת מין. ככל הנוגע בשילוב נשים במגזר הציבורי נחקקו לאורך השנים גם הוראות חוק שונות, כגון סעיפים 15א(א) ו-15א(ב)(2) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, שעיקרם ייצוג הולם בשירות המדינה ובממשלה; סעיף 136 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, העוסק בייצוג הולם לנשים בוועדות בדיקה ממשלתיות, בוועדות חקירה, בוועדות ציבוריות ובצוותים לעיצוב מדיניות לאומית; וכן סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות,

89 "לקט נתונים לרגל יום האישה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 16–17.

90 שם.

91 שוקי הנדלס **מאבטחים ושומרים בישראל 1995–2003** 8 (מינהל תכנון, מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה 2004).

92 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתון סטטיסטי לישראל 2019** 65 (2019).

93 ס' 1 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד-1964, ס"ח 166, קבע כי "מעביד ישלם לעובדת שכר שווה לשכרו של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה". בהמשך נחקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, כך שכיום הוא כולל איסור הפליה גם כאשר העבודות שוות בעיקרן.

94 לעניין זה ראו שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומנסטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" **הפרקליט** נ 501, 528–529 (2010).

העוסק בייצוג הולם בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות.⁹⁵ דומה כי החקיקה בישראל רואה כוונות טובות שמטרתן לאפשר לנשים להתייצב בחזית התעסוקה לצד הגברים. עם זאת, הנתונים שהובאו לעיל מלמדים כי על אף מכלול זה של דברי חקיקה, שוק התעסוקה בישראל רחוק מלהיות שוויוני.⁹⁶

במאמר "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" קוראת פרופ' נויה רימלט למיגור ההפליה המגדרית בשוק העבודה, המתבטאת בעיקר בפער בין רמות השכר הנמוכות הנהוגות בעיסוקים "נשיים" לבין רמות השכר הגבוהות הנהוגות בעיסוקים "גבריים". מאמרה מציג מחקרים רבים שנערכו לאורך השנים המצביעים על הבדלים בשאיפות המקצועיות בין גברים לנשים.⁹⁷ אחת הטענות המקובלות היא שהבדלים אלו נובעים בעיקרם מהבניה חברתית מגדרית אשר מעצבת בנים ובנות מינקות ומקבלת אישוש בשלב מאוחר יותר מן המבנה הממוגדר של שוק העבודה. ביחס לכך מצביעה פרופ' רימלט על תהליך השינוי שחל לאורך השנים בהעדפות המקצועיות של נשים, אך טוענת כי למרות תהליך זה נשמר עדיין מבנה מדרגי המזין תפיסות סטריאוטיפיות ביחס למשלחי יד שנחשבים "גבריים" ולכאלה הנחשבים "נשיים", וכי הספרה המקצועית ה"גברית" ממשיכה להתפס כנחשקת, ראויה ובעלת ערך גבוה יותר מהספרה המקצועית ה"נשית", ועל כן גם מזכה בשכר גבוה יותר במידה משמעותית.⁹⁸ עבודות שנחשבות חלק מהספרה הנשית הן אישיות יותר, נחשבות מורכבות פחות, ומבוססות על השכלה רק לעיתים רחוקות.⁹⁹ מכאן תפיסת הטיפול כ"עבודה נשית" – עבודה שכל אישה יכולה לעשות, בהסתמך על הנחות תרבותיות בדבר תכונות "נשיות",¹⁰⁰ בין שהן נחשבות טבעיות ובין שהן נוצרו

95 סעיפים דומים הוספו גם בהקשר של האוכלוסייה הערבית, האוכלוסייה החרדית, בני העדה האתיופית ואנשים עם מוגבלות. ראו בהקשר זה גם מיכל אגמון-גונן "לא עוד מועדון לגברים בלבד: חובתם של המשקיעים המוסדיים לקדם שוויון לנשים בדירקטוריון" **המשפט** כז 57 (2020).

96 גלית אהרון "קריירות מגדריות: מסלולי קריירה של נשים ושל גברים בישראל" **מגמות** נב 245 (2017); שרון הכטלינגר ואיתמר גתי "הבדלים מגדריים בתפיסות דיספונקציונליות הקשורות לבחירת מקצוע ותעסוקה ובאוריינטציה לעבודה" **מחקרי רגולציה** ג: תעסוקה ומגדר 35 (2021).

97 ראו רימלט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 314–318.

98 שם. מחקרים נוספים המוצגים במאמרה של רימלט מראים כי גם כאשר גברים ונשים מועסקים באותו משלח יד, מתקיימת סגרגציה מגדרית על בסיס תחום מקצועי, המלווה אף היא בפערי שכר משמעותיים. למשל, גברים מועסקים במשרות ניהוליות בכירות יותר מנשים. הטענה היא כי בשל תפיסות מגדריות, מעסיקים נוטים להעדיף גברים על נשים בתפקידים יוקרתיים, ובשל כך הם גם מתוגמלים יותר.

99 יורעאלי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 183.

100 למשל, מחקר איכותני שנערך באיטליה בשנת 2018, באמצעות ראיונות עם מנהלי עמותות המספקות שירותי סיעוד וטיפול למבוגרים, הראה כי מנהלים אלו – אשר רכשו ניסיון רב בשוק עבודות הטיפול ומעורבים ישירות בהספקת שירותי הטיפול – מתארים את תפקיד המטפלת כ"נשי באופן טבעי", ככזה שאינו מחייב מיומנות מסוימת ואשר כל אישה יכולה למלאו. המנהלים סיפרו בראיונותיהם כי דרישותיהם של מבקשי השירות הטיפולי מתאפיינות בתפיסות משפחתיות ומגדריות של הרעיון הטיפולי. ראו Francesca Scrizzi, *Beyond "Women's Work": Gender, Ethnicity, and*

בדרך של הבניה חברתית מגדרית.¹⁰¹ עבודות הטיפול, הכוללות היבטים של השגחה, דאגה, עידוד, ניחום ומתן אהבה ללא גבולות, מזוהות עם תכונות "נשיות", ואינן נחשבות כמחייבות למידה או מיומנות.¹⁰²

אף שחלו שינויים דרמטיים בהתנהגות הכלכלית של נשים, לעיסוקן בעולם העבודה יש בדרך כלל דמיון רב לעבודה השקופה שהן התרגלו לעשות בבית. נשים רבות מסתייגות מייחוס ערך כלכלי לעבודתן בבית, וכתוצאה מכך נכנסות לשוק העבודה עם יחס דו-ערכי כלפי הצורך להרוויח מן הפעולות שהן עושות בבית בחינם ולהצמיד ערך כספי למה שהן הורגלו לראות כמתנה שהן מעניקות.¹⁰³ מאפייני ההעסקה שתוארו תורמים לטשטוש שחל בין עולם העבודה לבית, שכן הם הופכים את העבודה הנשית לבלתי נראית אף בעולם העבודה, בהתבסס על הנטייה הנשית לעסוק בעבודות טיפול. הקישור המסורתי בין נשים למשפחה מוביל בפועל להפחתה בערך העבודה שנשים נוהגות לעשות.

טענתי היא כי תפיסת בתי הדין באשר לשאלה איזו פעילות נחשבת עבודה המזכה בתשלום של שכר מינימום ושעות נוספות, ואיזו אינה נחשבת עבודה כזו, מושפעת רבות מסוג משלח היד ומן האופן שבו משלח היד נתפס בחברה. ככל שמשלח היד נחשב בעל מאפיינים "גבריים" יותר, ומזוהה בחברה כמשתייך באופן טבעי יותר לתפיסה הקלאסית של השוק, כן גוברים הסיכויים שבתי הדין יכירו בשעות של משמרות שינה כשעות עבודה, באשר הן נחשבות חלק בלתי נפרד מהגדרת התפקיד. לעומת זאת, ככל שמדובר במשלח יד "נשי", המזוהה כמשפחתי, אינטימי ורגשי, הנטייה היא לא להכיר בשעות משמרות השינה כשעות עבודה.

the Management of Paid Care Work in Nonprofit Domiciliary Services in Italy, 17 J. IMMIGRANT & REFUGEE STUD. 441 (2019).

101 גישות פמיניסטיות אחדות מציעות הסברים לכך שעבודות הטיפול נחשבות באופן מובהק חלק מהספירה המקצועית הנשית. למשל, בהתאם לגישתו של זרם הפמיניזם התרבותי, המזוהה עם פרופ' קרול גיליגן (Carol Gilligan), קיימת שונות טבעית ואוטנטית בין גברים לנשים, ויש להגן על "הקול הנשי" ולהעריכו. אותו "קול נשי" מתאפיין באתיקה של דאגה לזולת, מוסריות, רגש וכיוצא בהם, ועל כן אף טבעי הוא שעבודות הטיפול, שמאפייניהן תואמים במידה רבה תכונות נשיות אותנטיות, ימשכו אליהן בעיקר נשים. ביקורת על כך הושמעה על ידי פרופ' קתרין מקינון (Catharine MacKinnon), הטוענת כי אותו "קול נשי" התפתח בצילו של עולם גברי, כתוצר של יחסי כוחות לא שוויוניים בין גברים לנשים. בהתאם לגישתה של מקינון, המזוהה עם זרם הפמיניזם הרדיקלי, העובדה שנשים רבות שואפות לעבודות טיפול ועוסקות בהן נובעת מכך שהן הוסללו למשלחי יד אלו מאז ומעולם על ידי העולם הפטריארכלי, ולפיכך אין לשמר את אותו "קול נשי", אלא דווקא לקעקע אותו. ראו רימלט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 319–320; קרול גיליגן **בקול שונה: החיבור הפסיכולוגי והתפתחות האשה** (נעמי בן-חיים מתרגמת 1995); קתרין מקינון **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה** (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת 2005); Ellen C. DuBois et al., *Feminist Discourse, Moral Values, and the Law—A Conversation*, 34 BUFF. L. REV. 11 (1985).

102 Kaplan Daniels, לעיל ה"ש 56, בעמ' 408–410.

103 יורעאלי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 182.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

עניין חנדז'י עוסק ב"עבודה שקופה", שאינה מוערכת ואינה נספרת, אף שהיא נעשית עקב דרישת המעסיק ובמסגרת מערכת מובהקת של יחסי עבודה. כיום דיני העבודה אינם חלים על "עבודה שקופה" שנעשית בין כותלי הבית. עם השנים הוכרו עבודות טיפול כחוסות תחת דיני העבודה, כל עוד ניתן לאתר בין המטפלת למעסיק מערכת יחסי עבודה על פי המבחנים המקובלים של דיני העבודה. עם זאת, בכל הנוגע ברובד ההשגחתי – שהינו חלק מהותי ובלתי נפרד ממשירות הטיפול, אשר נעשות ברובן על ידי נשים, הן בבית והן בעולם העבודה – רובד חשוב ומשמעותי זה נהפך לנחות, שקוף ובלתי מוערך, ובתי הדין מסרבים פעם אחר פעם להכיר בפעולות הנעשות במסגרתו כעבודה. למעשה, בתי הדין מצפים שהנשים "ינדברו" את עבודתן או את זמנן בשוק, ומסרבים לחשב את ערך עבודתן במונחים כספיים, כפי שנהוג לעשות במשלחי יד "גבריים", דוגמת שמירה ורפואה.

פרק ד: הצורך בשינוי ההלכה – פרשנות פמיניסטית ופרשנות תכליתית

לטעמי, בתי הדין מפרשים באופן שגוי את הביטוי "עומד לרשות העבודה", הקבוע בחוק שעות עבודה ומנוחה, בכל הנוגע בשעות משמרות השינה בעבודות טיפול, בניגוד לפרשנות הנוהגת לגבי שעות המשמרות האלה בענף השמירה ובענף הרפואה. כפי שהראיתי בפרק הקודם, הבדלי פרשנות אלו נעוצים בתפיסות מגדריות וחברתיות המובילות להגדרת עבודה כ"נשית" ו"משפחתית", ולפיכך לראייתה כפחותת ערך, באופן שמשפיע גם על תפיסתם של בתי הדין לעבודה. טענתי היא כי על בתי הדין לעבודה להגדיר את שעות משמרות השינה בעבודות טיפול כשעות עבודה, בדיוק כפי שהם עושים כאשר מדובר בעובדים העוסקים בענף הרפואה ובענף השמירה.

ניתן להגיע לתוצאה משפטית ראויה על ידי פירוש פמיניסטי ותכליתי של הביטוי "עומד לרשות העבודה". פרשנות היא אחת הדרכים המרכזיות שבהן המשפט מתפתח.¹⁰⁴ לשימוש בכלי הפרשנות יש ערך רב בתיקון הטיות לא צודקות הקיימות במשפט, ועל כן אני סבורה כי שימוש בו יועיל במיוחד בסוגיה הנדונה.

1. פרשנות פמיניסטית

פרופ' אוון מ' פיס (Owen M. Fiss) הגדיר פמיניזם כ"מערכת של אמונות ורעיונות המשתייכים לתנועה חברתית ופוליטית מקיפה, שמטרתה להשיג שוויון רב יותר

104 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

לנשים".¹⁰⁵ הביקורת הפמיניסטית על המשפט אינה אחידה.¹⁰⁶ היא מכילה מספר רב של זרמים, כיווני חשיבה ותפיסות עולם מגוונות, אשר כל אחד מהם מוסיף פרספקטיבות חשובות לזירה הפרשנית.¹⁰⁷ כל אחת מן האסכולות הפמיניסטיות עשויה להציע ניתוח שונה של כללים משפטיים, ואף להצביע על פתרונות שונים בתחומים מסוימים,¹⁰⁸ אך הנחת היסוד של הפמיניזם היא כי שיטת המשפט, אשר עוצבה על ידי גברים, משקפת בהכרח את עמדתה של קבוצה זו, תוך התעלמות מהיבטים אחרים, וכך תורמת לנחיתות חברתית ומשפטית של נשים.¹⁰⁹

אין ברצוני להכריע כעת בין האסכולות הפמיניסטיות השונות, שכן לדידי הבחנה זו אינה רלוונטית לצרכים הנוכחיים. אני סבורה כי המתודה הפמיניסטית המתאימה ביותר לשימוש בענייננו היא המתודה של "שאלת שאלת האשה", אשר השימוש בה מעמעם את הצורך בבחירת אסכולה מבין האסכולות השונות. מדובר באחת מהמתודות הפמיניסטיות שהציגה פרופ' קתרין ברטלט (Katharine Bartlett),¹¹⁰ ועיקרה הוא אתגור ההנחה של ניטרליות משפטית על ידי זיהוי וחשיפה של כללים משפטיים הנחזים כאובייקטיביים אך מוטים מבחינה מגדרית באופן מוסווה. לפי גישה זו, המשמעות של שאלת שאלת האשה בפריזמה המשפטית היא התבוננות מקיפה על ההקשר החברתי הרחב של מציאות חיייהם של נשים ושל גברים, וכן בחינת הדרכים שבהן המשפט נדרש להביא בחשבון את האופן שבו כללים משפטיים מסוימים עלולים להפלות נשים, להעמידן בעמדת נחיתות, ובאותה נשימה לקדם אינטרסים של גברים.¹¹¹ שאלת שאלת האשה אינה דורשת שכלל משפטי מסוים יעדיף נשים, אלא שקובעי הכללים יעניקו תשומת לב מיוחדת למערך של אינטרסים וחששות אשר מועלמים בדרך כלל מן העין.¹¹²

105 אוון מ' פיסס "מהו פמיניזם" **עיוני משפט** יח 5, 5 (1993).

106 ראו דיון על שני זרמים מרכזיים בפמיניזם בה"ש 101 לעיל.

107 אורית קמיר "מודל של ניתוח פמיניסטי רב ממדי: הצגתו, פיתוחו והחלתו על משפט ועל קולנוע" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 941 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות 2007).

108 לדוגמאות של דגשים פרשניים שונים הנובעים מיישומן של גישות פמיניסטיות שונות ראו דפנה ברק-ארוז "פרשנות פמיניסטית" **המשפט** טז 37, 39–49 (2011); ברק-ארוז "פרשנות, שוויון והעצמה", לעיל ה"ש 69, בעמ' 521–525.

109 יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" **המשפט** טז 97, 100 (2011).

110 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV. 829, 837–849 (1990).

111 ליישום שאלת האשה בפסיקה ראו, למשל, שם, בעמ' 842; רות הלפרין-קדרי ורויטל שביט ברששת "בראש(ה) ובראשונה: הנשיאה ביניש כשופטת אישה" **ספר דורית ביניש** 47, 81–83 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018). לדוגמה ספציפית של יישום שאלת האשה בפסיקה בהקשר של הפליה מגדרית בשוק העבודה ראו שם, בעמ' 87–88. ראו גם ניתוח בבג"ץ 1758/11 **גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ**, פ"ד סה (3) 593 (2012).

112 Bartlett, לעיל ה"ש 110, בעמ' 837.

במאמרה "פרשנות פמיניסטית" גורסת שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק-ארז כי על המשפט הישראלי להפנות זרקור מיוחד לשאלה זו, ולהרחיב את השימוש במתודה גם לשם דיון פרשני.¹¹³ ברק-ארז מוסיפה כי על פי עיקרון זה, יש להעדיף את החלופה הפרשנית שאינה כרוכה בהטלת נטל חברתי לא פרופורציונלי על נשים.¹¹⁴ לעמדתה של ברק-ארז, שאני מצדדת בה, יתרונותיה של גישה זו לסוגיות מגדריות נעוצים בכך שהיא מאפשרת לא להכריע בין הזרמים הפמיניסטיים השונים, שכן היא אינה מעוררת כמעט הבדלי השקפות בין הזרמים הפמיניסטיים, נמנעת מהנחות מוקדמות בנוגע לנשים כקטגוריה חברתית, מתאימה את עצמה להקשר הנדון ומתמקדת בעובדות.¹¹⁵ ברק-ארז מוסיפה כי שאילת שאלת האישה מתייחסת אף להחלטות שיפוטיות המפנות תשומת לב רבה יותר לנושאים אשר מעצם מהותם נוגעים יותר לנשים.

בהתאם לכך, אני סבורה כי שימוש במתודה של שאילת שאלת האישה כאשר נדרשים לפרשנות הביטוי "עומד לרשות העבודה" בכל הנוגע בעבודות טיפול יוביל למסקנה הבלתי-נמנעת כי יש לראות את שעות משמרות שינה כשעות עבודה, בדומה לנהוג בענף השמירה ובענף הרפואה. כאשר רוב מוחלט מקרב העוסקים בעבודות טיפול הן נשים, כפי שתואר בהרחבה בפרק הקודם, בתי הדין נדרשים להביא בחשבון שקיום כללים משפטיים נפרדים וסותרים בנוגע לראיית שעות שינה כשעות עבודה – דהיינו, כאשר הכלל המיושם באופן גורף כלפי העוסקות בטיפול הוא שאין לראות שעות אלו כשעות עבודה, בעוד הכלל המשפטי המיושם בנוגע למשמרות אלו בענפי השמירה והרפואה הוא הפוך – משפיע בפועל בעיקר על נשים, באופן שמפלה אותן ומעמיד אותן בעמדת נחיתות. במבט ראשוני הכללים נראים ניטרליים, אך יישום הכללים בפועל ובאופן גורף, פעם אחר פעם, בפסיקתם של בתי הדין לעבודה תורם לחלוקת נטלים חברתיים באופן לא פרופורציונלי.

לדוגמה, ההטיה המגדרית המצויה ביסוד עניין **חנרזי** אינה מתמצית בתחולתה הלא-שוויונית של ההלכה, אלא מתבטאת אף במהותם של חלק ממבחני העזר ששימשו בפסק הדין לקביעה אם שעות משמרות שינה נחשבות שעות עבודה, כפי שתואר בהרחבה בפרק א. למשל, נראה כי מבחן העזר הבוחן "השקעת משאבים פיזיים, קוגניטיביים ונפשיים" מצד העובדת מיושם בפועל באופן הבוחן את מורכבות העבודה בשעות שבמחלוקת. כפי שצוין בפרק הקודם, עבודות נשים נחשבות מורכבות פחות, ונתפסות כמצריכות כישורים פחותים ואחריות פחותה. במסגרת מחקר על שוויון בתעסוקה הצביעו חוקרים בארצות הברית על הטיה גברית חדה במשלחי יד הנתפסים כמורכבים

113 ברק-ארז "פרשנות פמיניסטית", לעיל ה"ש 108, בעמ' 49. לדיון דומה ראו ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה", לעיל ה"ש 69, בעמ' 526–527.

114 ברק-ארז מנתחת, למשל, את הבחירות הפרשניות הנוגעות בזכות להפיל, במעמדן החוקתי של זכויות חברתיות ובאיסורים פליליים בתחום האלימות במשפחה. ראו ברק-ארז "פרשנות פמיניסטית", לעיל ה"ש 108, בעמ' 49–52.

115 שם.

וכמחייבים מיומנות. משלחי יד שתוארו כמורכבים פחות או כמצריכים מיומנות פחותה קושרו עם נשים. למשל, התגלה כי מילון התארים המקצועיים (DOT) העריך כי עבודת מיילדת מורכבת פחות מזו של פקיד קבלה במלון, וכי עבודתה של מטפלת מורכבת פחות מנהיגה בעגלה רתומה לסוס.¹¹⁶ לדידי, ממצאי המחקר משליכים אף על הקשר בין מגדר לבין יישום הדרישה – הנראית ניטרלית לכאורה – שהעובדת תשקיע משאבים פיזיים, קוגניטיביים ונפשיים בשעות שבמחלוקת. אף שפסקי הדין שסוקרו עוסקים גם בשומרים ורופאים המורשים לישון ברוב שעות המשמרת שבמחלוקת, בדומה לעובדות הטיפול, ההקשר הנשי של העבודות הטיפוליות חלחל באופן סמוי והשפיע על הקביעה המשפטית בפועל. הרכבת משקפיה של שאלת האישות תוביל במקרה זה להחלת כלל משפטי המיועד ליישום באופן אחיד על כלל ענפי התעסוקה, ללא כל תלות בסוג משלח היד, ולפיכך ללא כל תלות מגדרית. כלל משפטי כזה יתרום לקידום השוויון ולשיפור מעמדה החברתי והכלכלי של נשים. למעשה, אני סבורה כי כלל משפטי כזה כבר קיים. בכל הנוגע בפרשנות הביטוי "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה" שבו בתי הדין והדגישו, בהקשר של משמרות שאינן מערבות שינה, כי המבחן הקובע לעניין זה הוא מבחן ה"מוכן ומזומן". לפי מבחן זה, כל השעות שבהן היה העובד מוכן וזמין לביצוע העבודה שהמעסיק הנחה אותו לעשות יוגדרו שעות עבודה המזכות בשכר, אף אם לא נעשתה עבודה בפועל בשל אי-יכולת אובייקטיבית של המעסיק לספק.¹¹⁷ וכך סוכמה ההלכה בנושא אך לאחרונה על ידי השופטת חני אופק גנדלר בעניין בן חור:

"...היקפן של שעות העבודה נקבע על יסוד הזמן בו היה מוכן ומזומן לביצוע עבודתו. זאת, אף אם לא היה בידי המעסיק לספק לעובד עבודה בפועל. תפישה זו באה לידי ביטוי הגדרת 'שעות עבודה' בסעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה... מבחן 'המוכן ומזומן' חל במצב בו המעסיק אינו יכול לספק לעובד עבודה בפועל, כשאין למי מהצדדים אשמה לאילוצי שנוצר. במצב דברים זה מחייב הדין את המעסיק לשאת בעלות סיכון חיצוני שהתממש אם וככל שהעמיד העובד את עצמו לרשות העבודה, קרי היה מוכן ומזומן לביצועה."¹¹⁸

כדוגמה ליישום הלכה זו ניתן להביא את עניין מאיר.¹¹⁹ הדיון באותו עניין נסב סביב עוזרי תחזוקה בבית ספר שדה השייך לנתבעת, החברה להגנת הטבע. עוזרי התחזוקה

¹¹⁶ יורעאלי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 180–183; Ronnie J. Steinberg, *Social Construction of Skill: Gender, Power, and Comparable Worth*, 17 WORK & OCCUPATIONS 449 (1990).

¹¹⁷ ראו, למשל, דיון (ארצי) תשנ"ב/32-3 קונפורטי – התאגדות לתרבות גופנית "הפועל" – מחוז תל-אביב, פד"ע כא 498, 494 (1990); סע"ש (אזורי ת"א) 47373-12-13 רוניקוב – עמישב שירותים בע"מ, פס" 33 (נבו 26.8.2015); סע"ש (אזורי ת"א) 272-01-14 בונן ינאי – נאמני, פס" 66 (נבו 1.2.2018).

¹¹⁸ ע"ע (ארצי) 27255-07-18 בן חור – בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פס" 23–22 (נבו 2.6.2019) (ההדגשות הוספו). באותו עניין נקבע כי השעות שבמחלוקת אינן נחשבות שעות עבודה, שכן העובדת לא התייצבה לתפקיד ולעבודה שהמעסיק הנחה אותה לעשות.

¹¹⁹ עניין מאיר, לעיל ה"ש 34.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

עשו מדי פעם תורנויות בימי חול ובשבת שבמסגרתן הם נדרשו להיות מוכנים ומזומנים לכל קריאה ולטפל בכל בעיה שתתעורר בזמן התורנות. בפועל, בחלק מהשעות לא נדרשה כל פעילות מצידם. בית הדין קבע כי יש לראות את כל שעות התורנות שבמחלוקת כשעות עבודה:

"בימי התורנות התנתקו המערערים מביתם, ובמקום לעשות לעצמם העמידו את זמנם לרשות בית הספר בתוך כותלי בית הספר. **העובדה, שבחלק משעות התורנות לא הייתה פעילות שהצריכה פעולה מצד המערערים, אינה גורעת ממהותן של שעות אלה כשעות עבודה, בהן בעל כרחם נאלצו להתנתק מביתם ומשפחתם, לשהות בבית הספר ולפעול לפי רשימת המטלות המופיעות בנוהל התורנות, ובזמן בו אין פעילות להימצא במקום מוכנים ומזומנים לכל קריאה שתבוא מצד האורחים, או גורם אחר, לבצע את המוטל עליהם... עצם החובה להימצא בבית הספר תוך התנתקות מביתם ומשפחתם במטרה להיענות לכל בעיה אם תתעורר, גם אם לא תתעורר כלל, פירושה בנסיבות הקיימות העמדת זמן לרשות בית הספר, וזו הגדרת המונח שעות עבודה בחוק שעות עבודה ומנוחה, דהיינו, 'הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה'."**

120

לתפיסתי, ראוי שמבחן ה"מוכן ומזומן" יחול גם בעניין שעות המשמרות המערבות שינה לפרקים. מדובר במבחן אובייקטיבי ופשוט, ומעל לכל נעדר הטיות מגדריות סמויות, ולפיכך גם ניתן ליישמו בקלות ובשוויוניות על כל סוג של משלח יד. אין מקום להחיל מבחן נפרד בנוגע למשמרות שינה, שכן אף שמשמרות אלו כוללות שינה לעיתים, גם בהן העובדות מוכנות ומזומנות לעשות כל עבודה. למעשה, אני סבורה כי בתי הדין אף מחילים בפועל מבחן זה ממש בכל הנוגע במשמרות השינה של שומרים ורופאים, שכן בפסקי דין רבים העוסקים בעניינם של אלה השופטים מסתפקים בעצם זמינותם של העובדים לעבודה, אף שבפועל הם ישנים. רבים מפסקי הדין הללו אף נשענים על ההלכה שנפסקה בעניין **מאיר**, אף שבעניין זה לא דובר כלל במשמרות שינה, ¹²¹ בעוד שבעניין **חננזי** נדחה במחי יד נסיונה של העובדת להישען על הלכת **מאיר**. ¹²² אין בנמצא כל טעם ענייני לאי-החלת מבחן זה גם בעניינן של עובדות הטיפול. עבודת הטיפול – ובפרט סוג העבודה שנדונה בעניין **חננזי**, כפי שהיא נעשית במעונות שונים – כוללת שלל סוגי אחריות. היא כוללת הן מתן תמיכה פיזית והן מתן

120 שם, בפס' 13 (ההדגשות הוספו). עוד הדגיש בית הדין בעניין זה כי החלטתו נשענת גם על העובדה שהקביעה בדבר נחיצותן של שעות התורנות היא של המעסיק, ולא של עוזרי התחזוקה, ועל כן אין הם אחראים לכך שהעבודה בפועל הייתה מועטה לעיתים. ערעור המעסיק על קביעות אלו נדחה בבג"ץ **החברה להגנת הטבע**, לעיל ה"ש 34.

121 לעניין זה ראו, למשל, עניין **קפוב כגן**, לעיל ה"ש 20, בפס' 9; ס"ע **בידין**, לעיל ה"ש 30, בפס' 45.

122 עניין **חננזי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 18. השופטת דוידוב-מוטולה ביססה את דחייתה על כך שבעניין **מאיר** לא דובר בשעות שינה.

תמיכה נפשית ופסיכולוגית. כמו כן, לעבודת הטיפול יש ערך כלכלי וחברתי רב לחברה, מאחר שיש לה השפעה מכרעת על בריאותם, רווחתם וחינוכם של חלקים רבים באוכלוסייה הזקוקים לה, כגון ילדים, קשישים, אנשים עם מוגבלות, מוחלשים כלכלית, נפגעי אלימות ועוד.¹²³ אחד הרבדים הבלתי־נפרדים מעבודת הטיפול הוא רובד ההשגחה. לא בכדי במעונות אלו קיימת דרישה מצד המעסיק – ובמקרים מסוימים אף מצד משרד הבריאות – לנוכחותה של עובדת טיפול גם במהלך הלילה, ולא בכדי עליה להיות זמינה בכל שעה. אף שבחלק מהמעונות הדיירים עצמאיים במידה כזו או אחרת, המשותף לכולם הוא הזדקקותם להשגחה במשך כל שעות היממה, לרבות שעות הלילה, שהרי זו תכלית שהייתם במעון. גם בשעות הלילה עובדת הטיפול נדרשת לתת מענה חיוני במידת הצורך, בדומה לתפקידם של השומרים והרופאים במשמרות השנייה. תפקידה של עובדת הטיפול במהלך הלילה, כמשתקף מפסקי הדין שנסקרו, הם רבים ומגוונים, וכוללים בעיקרם טיפול בהתרחשויות ובעיות שונות כאשר אלה מתהוות. על העובדות לוודא כי הדיירים נמצאים בחדרם, שכן לחלק מדיירי המעונות יש נטייה לצאת מחדרם; לפזר התקהלויות של דיירים בשעות אלו ולדאוג שהם לא יפריעו ליתר הדיירים; לטפל בחיכוכים, סכסוכים ואירועי אלימות בין הדיירים, אשר מתרחשים לא אחת בשעות הלילה; להיענות באופן מיידי לפנייתו של דייר אשר מתעורר או אינו מצליח להירדם ומבקש תשומת לב; לטפל בדיירים שאינם חשים בטוב ולהזמין להם אמבולנס לפינוים במקרה הצורך, וכן הלאה והלאה.¹²⁴ אירועים אלו אינם מאפשרים לעובדת מנוחה כפי שהייתה מתאפשרת לה בביתה. הם מחייבים את מלוא תשומת ליבה של העובדת, אשר ברוב המקרים נמצאת במעון כאחראית בלעדית לדיירים רבים.¹²⁵ אין מדובר בפעולות שרק נלוות למילוי תפקיד העובדת, אלא מדובר במהות עבודתה, הכוללת רבדים רבים, אשר חלקם באים לידי ביטוי בשעות היום וחלקם בשעות הלילה. כך גם נקבע בעניינם של הרופאים: אף שעבודתם כלילה, להבדיל מעבודתם השוטפת בשעות היום, מוגדרת כמתן מענה למקרי חירום בלבד, סברו בתי הדין, ובצדק, כי אין הדבר משפיע על שאלת ראייתן של שעות השנייה כשעות עבודה. עצם זמינותה

Paula England & Nancy Folbre, *The Cost of Caring*, 561 ANNALS. AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 39 (1999).

¹²⁴ ס"ע **לוגבינסקי**, לעיל ה"ש 39; ע"ב **נסטרקו**, לעיל ה"ש 39.

¹²⁵ ראו, למשל, את האופן שבו תיאר המטפל את עבודתו בעניין **מטוויב**, לעיל ה"ש 40, בפס' 24: "מתוקף תפקידי, עלי להיות בתוך ההוסטל כך שלא ניתן לצאת מתחומי ההוסטל בשעות הלילה ונדרשתי להיות זמין וערני לטיפול בכל אירוע המתרחש במהלך שעות הלילה להיענות לפניות המטופלים. לא למותר לציין, כי המטופלים בהוסטל הינם מכורי סמים לשעבר וקיימת אפשרות סבירה לאלימות כמו גם נסיבות אחרות בגינן נדרשת אחריות מרובה והשגחה צמודה בכל שעות היממה. כחלק בלתי נפרד מעבודתי, נדרשתי ליתן מענה לבעיות המתעוררות במהלך הלילה בין אם המדובר בלהרגיע מטופל שמתפרע, לתת מענה למטופל הנזקק לטיפול רפואי. בנוסף לכך, נדרשתי להתלוות למטופל שנוקק לפינוי לבית חולים ואם צריך להישאר עם המטופל גם אחרי שעות המשמרת... העבודה שלי הייתה כרוכה בערנות ודריכות, גם כלילה, למעשה לא הייתה לי שינה שם, האוכלוסייה הייתה קשה. דרישות של מדרוך היו גם בשעות הלילה."

משפט ועסקים כז, תשפ"ג הקשר בין משלח יד לבין הגדרת שעות "שינה" כשעות עבודה

של העובדת במקום העבודה בשעות אלו, תוך ניתוקה המוחלט מביתה וממשפחתה, במטרה להיענות לכל בעיה אם תתעורר – ואף שחלק מן הבעיות מתעוררות רק לעיתים נדירות – משמעה שהעובדת מעמידה את עצמה לרשות המעון, וזאת בהתאם להגדרת המונח "שעות עבודה" בחוק שעות עבודה ומנוחה, דהיינו, "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה". אלה במפורש שעות שבהן העובדות עומדות לרשות העבודה, אף שהן ישנות בחלק מהזמן, שכן הן מוכנות וזמינות לטפל בכל בעיה אם תיווצר. יש לתת משקל רב גם לעובדה שהעובדות אינן מתגוררות במעונות, כך שבכל עת שבה הן שוהות במעונות בשעות הלילה הן מתנתקות מביתן וממשפחתן, עובדה שבית הדין הארצי ייחס לה משקל רב בעניין מאיר.¹²⁶ כאמור, בהתאם לפסיקה הנוגעת בעניינם של השומרים, מלוא שעות הנוכחות של שומר באתר שמירה נחשבות שעות עבודה, אף שהוא רשאי לישון בחלקן. אני סבורה כי הטלת האחריות על העובדת, הדואגת לשלומם של דיירי המעון ובמקרים חריגים אף לחייהם, היא גדולה ומשמעותית לאין ערוך מהאחריות המוטלת על שומר באתר, האחראי לרוב על רכוש בלבד. אדגיש כי אין ברצוני לטעון כי שעות הנוכחות של שומרים אלו אינן צריכות להיחשב שעות עבודה, אלא להפך: משעה שאלה הוגדרו במפורש על ידי בתי הדין כשעות עבודה, אין כל ספק ששעות משמרות השינה של העוסקות בטיפול צריכות לזכות במעמד זהה.

2. פרשנות תכליתית

לתוצאה שאליה הגעתי, שלפיה יש להחיל את מבחן ה"מוכן ומזומן" גם על שעות שינה בעבודות טיפול, ניתן להגיע גם על ידי שימוש בכלי הפרשנות התכליתית. פרשנות המונח "שעות עבודה", בדומה לכל מונח אחר בכל חוק שהוא, נדרשת להיות תכליתית, דהיינו, לתאם הן את התכליות הכלליות של דיני העבודה והן את תכליותיהם של דברי החקיקה הרלוונטיים – חוק שכר מינימום וחוק שעות עבודה ומנוחה.

(א) התכליות הכלליות של דיני העבודה

במאמרו "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" מצביע פרופ' גיא דוידוב על הצורך לקדם את גישת הפרשנות התכליתית בפסיקתם של בתי הדין לעבודה, ובפרט על הצורך בפרשנות תכליתית של המונח "עובד", כחלק מבחינת השאלה הפרשנית "מיהו עובד".¹²⁷ בהמשך לרעיון זה אני סבורה כי יש לפרש באופן תכליתי גם את הביטוי "עומד לרשות העבודה". מתוך תכליותיהם הרבות של דיני העבודה¹²⁸ אתמקד לצרכים הנוכחיים בגישה הגורסת כי דיני העבודה נועדו להגן על כבודו של העובד כאדם, וכן

126 עניין מאיר, לעיל ה"ש 34, בפס' 13.

127 גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 261 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016) (להלן: דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה").

128 לדין נרחב בתכליותיהם של דיני העבודה ראו Guy Davidov, *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, 64 U. TORONTO L.J. 1 (2014).

בגישה המסורתית יותר שלפיה דיני העבודה נועדו להתמודד עם אי-השוויון בין הצדדים בכוח המיקוח.

בהתאם לגישה הראשונה שצינתי, על משפט העבודה להגן על כבודו החברתי של העובד, המגלם ככזה שני היבטים עיקריים: דאגה שיוקנה לעובד קיום כלכלי, ודאגה שקיום זה יהיה בכבוד אנושי. כינויו של משפט העבודה "משפט מגן" מבטא תכלית זו.¹²⁹ לדידי, במסגרת פרשנות הביטוי "עומד לרשות העבודה" יש להתחשב בשיקולים ערכיים ומטרות חברתיות הכרוכים בכבודו של האדם העובד ובחירותו, מעבר לשיקולי עלות צרים, באופן המתחייב מן העיקרון שהעבודה אינה מצרך.¹³⁰ אסביר בקצרה: ההתקשרות לביצוע עבודה היא עסקה מסחרית הכוללת עבודה תמורת שכר, אך מכיוון שנושא ההתקשרות הוא כוח העבודה של העובד, כלומר המשאב האנושי, אין להתייחס לעסקה רק על פי ערכה הכלכלי, אלא גם על פי ערכה המוסרי.¹³¹ טענתי היא כי כאשר הלכת **חנודי** קובעת כי שעות משמרות השינה של העוסקות בטיפול אינן נחשבות שעות עבודה, הפגיעה היא לא רק בערכן הכלכלי של שעות המשמרות האלה, אלא גם – אם לא יותר – בכבוד האנושי של המטפלות. הלכת **חנודי** מתעלמת מהעובדה שמאחורי רכישת שירותיהן של העוסקות בטיפול עומדות בנות אדם, וכי קביעה שאין להתחשב בשעות משמרות השינה כשעות עבודה פוגעת פגיעה אנושה באישיותן, בצורכיהן וברגשותיהן של העובדות. הלכת **חנודי** מחזירה בפועל את העבודה למעמד של לא יותר ממצרך. הא ותו לא.

לפי הגישה המסורתית יותר, תכליתו העיקרית של משפט העבודה היא לפתור את בעיית אי-השוויון שבין העובד למעסיק. ההנחה הרווחת היא שמתקיימים פערי כוחות משמעותיים בין העובד למעסיק, שכן העובד מצוי בעמדה נחותה במהלך המשא ומתן שהוא מקיים עם המעסיק על תנאי העסקה.¹³² על כן, על דיני העבודה לפעול כמכשיר לקידומו של השוויון בין הצדדים ליחסי העבודה, בדרך שתבטיח שגם עובד חלש ייהנה מקיום אנושי בכבוד ותמנע את המעסיק מלנצל את כוחו העודף לרעה.¹³³ מתוך תכלית זו צמח הכלל בדבר הקוגנטיות של חוקי המגן – אי-אפשר להתנות עליהם, שכן קיים חשש שבשל פערי הכוחות יסכים העובד בלית ברירה לתנאי העסקה שנתפסים בעיני החברה כבלתי ראויים.¹³⁴ אני סבורה כי עניין זה רלוונטי במיוחד לעבודות הטיפול, לנוכח מאפייניהן. עבודות הטיפול צבועות בגוון נשי ומשפחתי; הן מתאפיינות בהעדר

129 רות בן-ישראל **דיני עבודה** כרך א 33 (טובה צורף עורכת 2002).

130 עיקרון זה קיבל ביטוי מפורש בהצהרה של ארגון העבודה הבין-לאומי שהתקבלה בפילדלפיה בשנת 1944. להקשר ההיסטורי של השימוש שנעשה לראשונה בביטוי זה ראו Paul O'Higgins, 'Labour Is Not a Commodity'—An Irish Contribution to International Labour Law, 26 INDUS. L.J. 225 (1997).

131 בן-ישראל, לעיל ה"ש 129, בעמ' 36–38.

132 דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה", לעיל ה"ש 127, בעמ' 268.

133 בן-ישראל, לעיל ה"ש 129, בעמ' 40.

134 גיא דוידוב "התניה על סטטוס 'עובד' והשלכותיה" **משפטים** נ 87, 88 (2020); דיון (ארצי) לג-12/3 **ציבורי – אברהם**, פד"ע ד 173, 177 (1972).

ביטחון תעסוקתי, בתנאי עבודה לא פשוטים ובשכר נמוך במיוחד; העוסקות בהן מגיעות פעמים רבות מאוכלוסיות מוחלשות, ורק לעיתים רחוקות – אם בכלל – משתייכות לארגוני עובדים; ובאופן כללי מדובר בעבודות מוערכות פחות בחברה.¹³⁵ לנוכח מאפיינים אלו אני מוצאת כי קביעתו העמומה של בית הדין בעניין **חנודי**, שלפיה המעסיק והעובדת רשאים להסכים יחד על "הסדר חוזי כרצונם",¹³⁶ מתעלמת לחלוטין מפערי הכוחות המהותיים המתקיימים בין עובדות אלו למעסיקיהן. בית הדין אומנם מציין בקצרה כי ניתן לבחון הסדר זה מבעד למשקפיה של תקנת הציבור, אך לא ברור כיצד, אם בכלל, ובאיזה אופן, ייחשב הסדר חוזי כזה כבלתי סביר וכנוגד את תקנת הציבור.¹³⁷ בדיוק כדי למנוע מצבים שבהם מעסיק ועובדת יערכו הסכם בלתי הוגן לעניין התגמול בעבור עבודה, קיימים חוקי המגן של דיני העבודה, אשר מהווים רצפה לזכויות שאין לרדת אל מתחת לה. בעניינן של עובדות הטיפול, המעסיק למעשה מרוויח יתרונות משמעותיים מעבודתן של עובדות הטיפול בשעות הלילה, ולא חלה עליו שום חובה קונקרטית וברורה לשלם דבר בחזרה. לנוכח זאת, ניתן בקלות לחשוב על מצב שבו יאמר מעסיק לעובדות, בצורה רשמית או משתמעת, שמשמורת היום, שבעדן הן משתכרות לרוב שכר מינימום, מותנות במספר מסוים של משמורות שינה, שבעבורן הן לא יקבלו שכר כלל. לא סביר שעובדות אלו יוכלו לנהל משא ומתן על עסקה טובה יותר מבחינתן.¹³⁸ התעלמות מערך עבודתן של עובדות הטיפול הישנות לפרקים במהלך משמורות הלילה מרמזת כי עובדים מסוימים במשק נדרשים לעשות יותר מאשר להיות זמינים לעבודה כדי להרוויח את שכרם, ומגדילה את פערי הכוחות.

(ב) תכליות ספציפיות – חוק שכר מינימום

בעניין **שזיפי** בחר בג"ץ להגדיר את תכליתו של חוק שכר מינימום באופן הבא:

"שמו של החוק מלמד על תכליתו להבטיח תשלום חודשי לעובד שיענה על צרכיו הבסיסיים. המטרות העיקריות העומדות ביסוד החוק הינן מטרות חברתיות של הבטחת רמת שכר מינימלית לעובד על-מנת להביא לצמצום מעגל העוני והפערים החברתיים, לעודד העבודה ולקדם את השוויון בחברה. תכלית החוק היא להבטיח את זכותו של העובד להתפרנס מעבודתו בכבוד... החוק הוא חוק קוגנטי, אשר בדומה לחוקי המגן האחרים מניח כי על-פי רוב נמצא העובד בעמדת חולשה כלפי מעסיקו, ועל-כן הוא זקוק להגנת החוק כדי לקבל מן המעביד שכר הוגן. החוק מתערב ביחסי העבודה על-מנת למנוע ניצולו של

135 "לקט נתונים לרגל יום האישה", לעיל ה"ש 4.

136 עניין **חנודי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 14.

137 שם, בפס' 4.

138 Davies, לעיל ה"ש 74, בעמ' 564–565.

העובד על-ידי המעביד וכן על-מנת להגן על העובד מפני עצמו על-ידי שייתן הסכמתו לשכר שאינו הוגן ולתנאי עבודה בלתי ראויים...¹³⁹

בדומה לדיון שנערך בעניין התכליות הכלליות של דיני העבודה, גם בהתאם לתכליתו של חוק שכר מינימום אי-אפשר לקבוע כי הוא אינו חל על שעות השינה של עובדות טיפול, שכן מדובר בחוק קוגנטי. נקודת המוצא לדיון היא שאי-אפשר להתנות על חוקים קוגנטיים, ושנדרשים טעמים נכבדים על מנת לסטות מנקודה זו. טעמים כאלה אינם קיימים לראיית במקרה מושא דיונו. הנימוק שלפיו באפשרותן של עובדות הטיפול לישון לפרקים במהלך המשמרת אינו מהווה טעם ענייני להדרתן הגורפת מתחולתו של חוק שכר מינימום. מבחן ה"מוכן ומזומן", המשמש הלכה בכל הנוגע במשמרות שאינן מערבות שינה, אינו מעמיד כל תנאי שלפיו על מנת לקבל זכאות לשכר מינימום נדרש מן העובד להשקיע משאבים פיזיים, נפשיים או קוגניטיביים במשך כל שעות העבודה. אם חושבים על עבודות שאינן מצריכות נוכחות של עובד במהלך הלילה, קל לראות כי כמעט איש אינו עובד באופן פעיל במשך כל שעות עבודתו. למשל, יש מצבים שבהם עובד בשירות לקוחות טלפוני לא יקבל אפילו שיחת טלפון אחת במשך כל שעות עבודתו; באופן דומה, ייתכן שאיש לא ייכנס ביום מסוים למכולת שבה נכח קופאי לאורך כל שעות הפתיחה.¹⁴⁰ לגבי עובדים אלו לא ישללו בתי הדין את זכאותם לשכר מינימום בעבור אותן שעות אך בשל העובדה שאיש לא נזקק לשירותם בהן. כך ראוי שייקבע גם ביחס לשעות משמרות השינה של עובדות הטיפול, שכן הן מוכנות ומזומנות לביצוע עבודה בדיוק כמו שאר העובדים בשוק. אני סבורה כי מבחן ה"מוכן ומזומן" ישרת באופן מיטבי את המטרות העומדות ביסוד חוק שכר מינימום, שהן כאמור הבטחת רמת שכר מינימלית לעובד, צמצום הפערים החברתיים וקידום השוויון בחברה. כאמור, אין למעשה כל שוני רלוונטי לעניין מטרות החוק בין עובדות הטיפול לבין עובדים אחרים בשוק, ומשכך ראוי שגם על אלה וגם על אלה יחול החוק באופן שוויוני.

אחד המאפיינים שבהם שם בית הדין דגש מיוחד במסגרת הכרעתו לגבי הזכאות לשכר מינימום בעבור שעות משמרות השינה הוא מספר ההפרעות בלילה. בעניין **חנדרזי**, כמו גם בפסקי דין נוספים שעסקו בעבודות טיפול, הודגש כי העובדות הוערו לעיתים רחוקות מאוד, ואף נדירות. אולם העובדה שגם במקומות עבודה שבהם מועסקים שומרים מקרי החירום נדירים במיוחד לא הפריעה לבתי הדין לקבוע, פעם אחר פעם, כי שעות משמרות השינה של שומרים נחשבות שעות עבודה. בעניין של עובדות הטיפול לא שרטטו בתי הדין, בשום הזדמנות, קו גבול ברור במונחים של מספר ההפרעות בלילה או משכן אשר התקרבותן של העובדות אליו תעורר ספק בדבר ראייתן של שעות השינה כשעות עבודה. אני סבורה כי קשה ואף מלאכותי לנסות לקבוע קו גבול כזה: האם די

139 בג"ץ 3512/04 **שזיפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נט(4) 70, פס' 2 לפסק הדין של השופטת ארבל (2004).

140 Davies, לעיל ה"ש 74, בעמ' 560.

בשמונה הפרעות לאורך עשר שעות משמרת שינה, אשר משך כל אחת מהן כרבע שעה, להצדיק קביעה כי אין מדובר במשמרת שינה? ומה בנוגע לשתי הפרעות, אשר משך כל אחת מהן כשעה? חוסר היכולת הממשית לענות על שאלות אלו מוביל אף לחוסר ודאות בכל הנוגע בשאלה אימתי שעות משמרות השינה יוגדרו שעות עבודה. יתר על כן, יש לתת את הדעת גם להיתכנות התרחיש הסביר שבו תדירות ההפרעה בלילות תשתנה עם הזמן. כך, אפשר שבמשך תקופה מסוימת יזכו עובדות הטיפול במשמרות שינה ללא שום הפרעה, ואילו בתקופות אחרות תופרע שנתן לעיתים קרובות. חוסר האפשרות להגדיר מראש את אופיין של משמרות אלו בפועל נובע, בין היתר, מן הצרכים השונים והמשתנים של כל דייר ודייר במעונות. מאפיינים אלו של משמרות השינה של העובדות מקשים הן על העובדת והן על המעסיק את הקביעה מתי תחול זכאות לשכר מינימום.¹⁴¹ החלת מבחן ה"מוכן ומזומן" גם בעניינן של עובדות הטיפול תפתור בעיה זו, ותספק ודאות גבוהה הן למעסיק והן לעובדת.

טענה אפשרית נגד החלת חוק שכר מינימום על שעות משמרות השינה, שאלה התייחסה פרופ' אן דייוויס (Anne Davies) במאמרה *"Sleep-in" Shifts and the National Minimum Wage*,¹⁴² היא שאין זה הוגן לחייב מעסיק לשלם שכר מינימום בעבור שנתו של העובד, משום שהמעסיק אינו מפיק ממנה ערך כלכלי. על טענה זו יש להשיב, ראשית, שעקרון יסוד של משפט העבודה הוא שכבסיס נקבעת רצפת ההגנה, וכל המעסיקים חייבים "ליישר קו" לפיה, ללא כל התחשבות ביכולתם הכלכלית או בשיקולים אחרים שחיצוניים למערכת היחסים שבין העובד למעביד.¹⁴³ אין לסטות מעיקרון זה גם כאשר מדובר במשמרות המשלבות שינה של העובדת. שנית, יש לזכור כי גם במשמרות השינה העובדת זמינה לעבודה שהמעסיק ביקש ממנה לעשות, ומוכנה לציית להנחיות ולהגיב על אירועי חירום, והמעסיק הוא שקובע את משימותיה. בדומה לסוג העבודות האחרות שתוארו, גם בעניין עובדות הטיפול אין זו אחריותן להוכיח כי המעסיק "הרוויח" תמורה מסוימת מעבודתן. שלישית, אילולא היה ערך לעבודתן של המטפלות בשעות הלילה, הייתה נוכחותן בשעות אלו מתייתרת הלכה למעשה. אני סבורה כי בפועל המעסיק אכן מרוויח ממשמרות שינה אלו, שכן ללא נוכחותן של המטפלות בשעות הלילה לא יתמלאו צורכיהם הייחודיים של דיירי המעונות, המהווים בפועל לקוחות המקבלים שירות מסוים, הכולל זמינות מלאה של אנשי צוות במשך עשרים וארבע שעות ביממה. בעבור שירות זה בדיוק מקבלים המעסיקים תשלום מהלקוחות, ובמקרים מסוימים – מהמדינה.

141 שם, בעמ' 562.

142 שם, בעמ' 561.

143 שרון רבין מרגליות "נקודות מפנה במשפט העבודה האיש" *דין ודברים* ו 341, 346 (2011).

(ג) תכליות ספציפיות – חוק שעות עבודה ומנוחה

חוק שעות עבודה ומנוחה, שהינו נדבך מרכזי וחשוב במשפט העבודה הקונגנטי,¹⁴⁴ נחקק בתחילת שנות החמישים. החוק מסדיר מסגרת נורמטיבית מחייבת באשר לעניינים מרכזיים הנוגעים בעבודתו ומנוחתו של העובד, כגון אורכו של יום עבודה ואורכו של שבוע עבודה,¹⁴⁵ הזכות למנוחה שבועית ואורכה,¹⁴⁶ הזכות לגמול בעבור עבודה בשעות נוספות¹⁴⁷ ועוד. תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה הוגדרה בבג"ץ גלוטן כך:

"...מטרתו המרכזית של חוק שעות עבודה ומנוחה נסבה על השמירה על כבודו של העובד ועל רווחתו, על הבטחת האיזון המתאים בין שעות עבודה לבין שעות הפנאי ועל עיגון חירותו של העובד לעשות לעצמו בחלק משגרת יומו. הבטחת התשלום בעד השעות הנוספות היא, לכל היותר, מטרה משנית של החוק, כלי שנועד ליצור תמריץ שלילי להעסקה בשעות נוספות."¹⁴⁸

כמו כן, בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב, בין היתר, כי החוק המוצע הוא "מקיף וחל על כל עובד", לבד מאלה שנקבע במפורש כי החוק לא יחול לגביהם.¹⁴⁹ כשם שאי-אפשר להדיר את עובדות הטיפול מתחולתו של חוק שכר מינימום משום שהוא קונגנטי ולנוכח תכליתו, כך הדבר גם לגבי תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. החוק יועד לפרוש את כנפיו על כלל העובדים במשק. סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, הנוגע בתחולת החוק, מונה רשימה סגורה של חריגים שהחוק אינו חל על העסקתם. משמרות השינה בעבודות הטיפול אינן מוגדרות כאחד מהחריגים הללו. ניתן אף לתמוה על כך שבתי הדין לא דנו כלל בשאלת עצם חוקיותה של מתכונת העבודה של עובדות הטיפול במעונות השונים, בעוד שהשאלה המשנית בלבד, הנוגעת בתשלום בגין שעות נוספות, עלתה לדיון מספר רב של פעמים. בניגוד לתכליתו של החוק, בתי הדין בחרו לדון בשאלת התקיימותו או היעדרותו של הפן הכלכלי בלבד של שעות משמרות השינה. עניין הפגיעה האנושה במנוחתן ובחירותן של עובדות הטיפול לא זכתה כלל בדיון מעמיק, אף שכבודה, חירותה ורווחתה של העובדת מוגדרים כתכלית העיקרית והראשית של החוק. כך, למשל, חנדז'י העידה כי לעיתים, בשל ההמשכיות של משמרות היום ומשמרות הלילה, היא נאלצה לעבוד כארבעים שעות רצופות, אשר כמחציתן לא נחשבו כלל שעות עבודה.¹⁵⁰ קיימת פגיעה אנושה בחופש ובמנוחה של עובדות הטיפול: הן

144 בן ישראל ותגר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 70.

145 ס' 2–3 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

146 ס' 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

147 ס' 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

148 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 67, בפס' 21.

149 דברי הסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה, התש"י-1950, ה"ח 157, 163.

150 ס' 26–27 לתצהיר מטעם המעוררת בע"ע (ארצי) 29712-08-13 חנדז'י – אחוזת רעים, עמותה רשומה.

אינן חופשיות לעזוב את שטח המעסיק, אין ביכולתן לשהות במחיצת בני משפחתן, ואף אין הן יכולות לשמוע מוזיקה באוזניות. אי־אפשר לטעון ברצינות כי השינה בשטח המעסיק דומה לשינה בבית, שבה העובדת חופשייה לחלוטין מכל מחויבות לעבודה. אף שהעובדות ישנות לפרקים בחלק ממשמרות השינה, הן נדרשות עדיין להיות מוכנות ומזומנות בכל רגע נתון לכל קריאה, ועל כן אין הן זוכות במנוחה ראויה.

זאת ועוד, מכיוון שהלכת **חנדזי** הופכת את שעות משמרות השינה לבלתי נראות, יש לתת את הדעת לשתי אפשרויות בעייתיות מאוד הנוגעות בהגדרת אורך שבוע העבודה של עובדות הטיפול, ולהשלכותיהן הקשות. אפשרות אחת היא שמלבד עבודתן של עובדות הטיפול במשמרות השינה, שכאמור אינן מוגבלות באורכן או במספרן השבועי, הן עובדות משרה מלאה, כלומר, עושות משמרות יום מדי יום. במקרה כזה העובדות משקיעות בפועל בעבודתן הרבה יותר שעות מזמן החופשי מאשר עובדים רבים במשק, אך נחשבות עדיין כעובדות שבוע עבודה רגיל, שכן שעות הלילה אינן נספרות. האפשרות האחרת היא שעובדות הטיפול עובדות פחות במהלך שעות היום, ועל כן, אף שהן משקיעות מספר לא מוגבל ולא מפוקח של משמרות לילה, הן מוגדרות כעובדות חצי משרה בלבד ומתוגמלות בהתאם לכך. כלומר, עובדות הטיפול יוצאות קירחות מכאן ומכאן. בשתי האפשרויות האיוזן הראוי בין עבודה לפנאי מופר, באופן שאינו מביא בחשבון את השקעת הזמן האמיתית של עובדות הטיפול בעבודתן, ובאופן שאינו תואם את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה.

סיכום

"There is no such thing as a woman who doesn't work.

There is only a woman who isn't *paid* for her work."¹⁵¹

במאמר זה ביקשתי לעמוד על הקשר בין משלח יד לבין הגדרת השעות של משמרות שינה כשעות עבודה. עבודות הטיפול הן בעלות ערך חברתי רב, ויש להן תרומה מכרעת לאיכות חייהן של אוכלוסיות רבות. כמו כן, הן מחייבות השקעה רבה מצד העוסקות בהן, שכן הן מערבות תחומי אחריות רבים ומגוונים, הנוגעים בחיי אדם. הלכת **חנדזי** אינה משקפת הן את הערך החברתי של עבודת הטיפול והן את עבודתן המאומצת של העובדות. הקשר בין ראיית עבודת הטיפול כמשפחתית לבין העובדה שמרבית עבודות הטיפול נעשות על ידי נשים – כהמשך ישיר לעבודת הטיפול שהן עושות בבית ללא תשלום – מהווה גורם משמעותי למעמדם הנחות, לשכרן המופחת ולמוחלשותן של עובדות הטיפול. לגישתי, הוא שעומד בבסיס ההלכה שלפיה אין לראות את שעות

CAROLINE CRIADO PEREZ, INVISIBLE WOMEN: EXPOSING DATA BIAS IN A WORLD 151
(DESIGNED FOR MEN 75 (2019) (ההדגשה במקור).

משמרות השינה שלהן כשעות עבודה, בניגוד להלכה שהתפתחה בעניינם של שומרים ורופאים. על מנת לתקן את ההפליה שנוצרה, באופן שאף יעלה בקנה אחד עם תכליותיהם הכלליות של דיני העבודה וכן עם המגמה המשתקפת בדברי חקיקה שונים בנוגע לקידום מעמדם של נשים, אין מנוס משינוי ההלכה בעניינן של עובדות הטיפול, כך שגם עליהן יוחל מבחן ה"מוכן ומזומן". לטעמי, אין כל ספק שעובדות הטיפול מעמידות את עצמן לרשות העבודה גם במהלך שעות הלילה, שבהן הן מנותקות מביתן וממשפחתן ונדרשות להיות זמינות למתן מענה לשלל אירועי חירום אפשריים. פרשנות זו מתחייבת לאור העיקרון שלפיו העבודה אינה מצרך, ומהווה חלופה פרשנית שאינה כרוכה בהטלת נטל חברתי וכלכלי לא פרופורציונלי על עובדות הטיפול, שמצמצמת את אי־השוויון המובנה בין העובדות למעסיקהן, ואשר שומרת על הכבוד האנושי של העובדות – והכל בהתאם למתודה של "שאלת שאלת האישה" ולאור תכליותיהם של דיני העבודה, ובפרט של חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק שכר מינימום.

The Impact of Occupation on Defining Sleep-in Shifts Hours as Working Hours

Amit Mizrahi

The "Hours of Work and Rest Law" defines "Working hours" as "the period during which an employee is available for employment." Over the years, labor courts have struggled with the interpretation of this term whenever required to examine whether it is appropriate to consider sleep-in shift hours as working hours of employees who are required to sleep overnight in their workplace and, at the same time, be available to deal with emergencies and issues as and when they arise.

In the first part of this article, I will present an overview of the rulings of the labor courts, showing that the courts' interpretation of the term "working hours" is directly affected by the employee's occupation. The empirical findings presented in the article show that, as a rule, the courts do not acknowledge sleep-in shift hours of care workers as working hours, while they repeatedly consider sleep-in shift hours as working hours in the case of security guards and doctors, despite the fact that the presence of the former is equally required.

In the second part of this article, I will argue that there is a strong correlation between the way in which care work is perceived both socially and culturally as belonging to the women's sphere and the domestic sphere, and the court's lack of willingness to recognize the heavy responsibilities lying on the shoulders of the care workers. Finally, I would like to propose a befitting direction for amending the rule set in the matter of the care workers by using a feminist and purposive approach to the term "working hours."



The Impact of Occupation on Defining Sleep-in Shifts Hours as Working Hours

Amit Mizrahi

Volume 27, 2023