



### Boost engagement.

מודעה Learn how workflows can make even the most complex process easy and automa

ServiceNow

[Learn more](#)

**עב"ל (ארצי) 20-05-66181 אופיר ארגמן - המוסד לביטוח לאומי**

**בית הדין הארצי לעבודה**

עב"ל 20-05-66181

ניתן ביום 17 אוקטובר 2021

המערער

המשיב

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

ר: עו"ד נטע יראוני

עו"ד אפרת לבנוני

מנייזם המשפטי בישראל - מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של ארית קמיר "פמיניזם, זכויות ומשפט", עיוני משפט, כרך כז (תשס"ג-תשס"ד) 857 פרנקל, "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה", עבודה, חברה ומשפט, כרך יא (תשס"ו) 275 ישר, "על שווים ושונים יותר: הרגולציה של האימוץ", משפט, חברה ותרבות, מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (2016) 93 סמחה, "ממעשה הרואי למוצ'רמדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל", משפט וממשל, טו (ספטמבר 2013) 435

כרה:

שיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996

ות, תש"ע-2010

אומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995: סע' 40, 40(ב), 40(ב1), 48, 49(א), 49, 49ב, 49ג, 49ד, 49ה, 50, 51, 52, 52(א), 53, 54, 55, 56, 56(2), 57, 57(ג), 57(ד), 57(ז), 57(ח), 299, 335, פרק ב', ג', ד'

תשי"ד-1954: סע' 6, א(ב), 6(ב), 6(ב1), 6(ב2), 6(ב3), 6(ה), 6(ו), 6(ז), 6(ז1), 6(ז2), 6(ז3), 6(ז4), 6(ז5), 6(ז6), 6(ז7), 6(ז8), 6(ז9)

תשמ"א-1981

ק כי יש להחיל את ההסדר הרגיל הקבוע בסעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי (במגבלות ובשינויים המחוייבים) על גבר שהוא הורה עצמאי, לעולם ילד באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל (בהעדר אפשרות חוקית בתקופה הרלוונטית לבצע הליך כאמור בישראל), כך שתקופת זכאותו תימנה מהמועד בו הפסיק עבודתו לרגל הלידה ("היום הקובע"), גם אם בחר להפסיק את עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער, כל ה אינה עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאי הוא לדמי לידה.

מי – דמי לידה – זכאות

יטוח לאומי – דמי לידה

הורות – זכאות

סק דין של ביה"ד האזורי, במסגרת התקבלה בחלקה תביעת המערער בנוגע לשיעור דמי הלידה שאושרו לו על ידי המשיב. המערער הוא מי לבתו אותה הביא לעולם בהליך הפרייה חוץ-גופית ופונדקאות שנערך בארצות הברית. המערער הוא אביה הביולוגי של הילדה. המשיב ער תשלום דמי לידה לתקופה שהחל ממועד לידת בתו – 14.10.2017, (במקום כשבועיים קודם לכן – 28.9.17 – המועד בו טס לארה"ב לקראת בנסוף, בשל חזרת לעבודה הופחתו 50% מהגמלה עבור חלק מהתקופה. המחלוקת נוגעת לשאלה אם גבר שהוא הורה עצמאי, אשר הביא באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל (בהעדר אפשרות חוקית בתקופה הרלוונטית לבצע הליך כאמור בישראל), רשאי לקבל דמי לידה בגין חדל מעבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה.

ארצי לעבודה (מפי השופטת ס' דוידוב-מוטולה ובהסכמת השופטים ר' פוליאק, ח' אופק גנדלר ונציגי הציבור ש' ויסמן, צ' טבצ'ניק) קיבל את ק כי:

ק הביטוח הלאומי שכותרתו "ביטוח אימהות" כולל הוראות המסדירות את הזכויות המגיעות למבוטחות ומבוטחים בקשר להריון ולידה, לידה הקבועה בסימן ג'; הזכות לדמי לידה הנקובה בחוק הביטוח הלאומי מתכתבת עם הזכות ל"תקופת לידה והורות" הנקובה בחוק

ומשלימה אותה, אך אינה זהה לה, כאשר סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים אינו הסעיף הרלוונטי לענייננו. הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 6(ג) הביטוח הלאומי לפיו "היום הקובע" הנקוב בו יהא המועד בו בחרה כל מבוטחת להפסיק לעבוד (או ככל שסיום עבודתה נכפה עליה), ללא תלות בטעמים שהביאו להחלטתה להפסיק עבודתה דווקא במועד נתון.

על מגבלות בלבד בקשר לכך: המבוטחת אמורה להיות בהיריון במועד בו הפסיקה עבודתה. פרק הזמן בגינו ישולמו דמי לידה הוא "פרק הזמן יוני או הלידה אין היא עובדת או עוסקת במשלח ידה"; התקופה המרבית שיכולה להימנות טרם מועד הלידה היא של "מחצית מפרק הזמן ת מבוטחת לדמי לידה"; זכות הבחירה של יום הפסקת העבודה קמה רק לעובדת שאמורה הייתה להמשיך ולעבוד עד יום הלידה ובחירה פת לידה והורות טרם לכן. מגבלה נוספת נוגעת רק למערכת היחסים בין המבוטחת למקום עבודתה ולא למערכת היחסים שבין המבוטחת כי "תקופת לידה והורות" יכולה להתחיל לכל המוקדם 7 שבועות טרם יום הלידה המשוער. פרט למגבלות אלה, המשיב אמור להיות אדיש ד בוחרת מבוטחת לחלק את 15 השבועות בגינם היא זכאית לדמי לידה – בין כולם לאחר הלידה ובין חלקם (עד מחצית) טרם הלידה; רישת לחוק יוצאת

-- 3

נא שהיום הקובע עשוי להיות גם מוקדם מ-7.5 שבועות טרם יום הלידה, ולכן קובעת שבמקרה כזה תחולק תקופת דמי הלידה באופן שווה שלפני יום הלידה לתקופה שלאחריה.

ת פרק ג' לחוק על המערער, סעיף 49(א) לחוק עוסק ב"מבוטחת" ("עובדת או עובדת עצמאית"), אך המשיב מחיל אותו גם על אבות יחידים ששניהם גברים בדרך של פרשנות, שכן המשיב הכיר בכך שהבאת ילד לעולם יכולה להיעשות גם בדרכים נוספות על אלה שהיו מקובלות ע החוק. מעצם החלת סעיף 49(א) לחוק על המערער ואבות יחידים כמותו בדרך של פרשנות, גם אם בשינויים המחויבים, ממילא יש להחיל את סעיף 52(א) לחוק, המגדיר באופן טכני את הדרך בה ייפרשו 15 השבועות בגינם משולמים דמי הלידה (או כל תקופה אחרת של זכאות ת לפי הוראות החוק).

יל שקובע פרק ג' ביחס למועדיה של התקופה בגינה ישולמו דמי הלידה, אמור לחול כברירת מחדל ביחס לכל מקרה לגביו לא נקבע הסדר י המחוקק. לא נמצא כי "השינויים המחויבים" להחלת הזכאות לדמי לידה על אבות יחידים ובני זוג מאותו מין מצדיקים להחיל עליהם באשר אינם נופלים לאף אחד מההסדרים החלופיים שנקבעו על ידי המחוקק, ואין קושי להחיל עליהם את ההסדר שנקבע בסעיף 52(א) ה לפיכך מעין "ברירת מחדל". בהתאם, גם ביחס למערער, תקופת זכאותו לדמי לידה אמורה להתחיל ב"יום הקובע" בו הפסיק עבודתו, גם אם בחר להפסיק את עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער, כל עוד ההקדמה אינה עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאי ידה. החלה זו של סעיף 52(א) לחוק אמורה להתבצע באופן טכני ופשוט, מעצם החלת ההסדר החוקי המקנה זכאות לדמי לידה גם על אב א הורה יחיד, בדיוק כשם שהוחלו על המערער שאר סעיפיו של סימן ג' לפרק ג', לרבות בנוגע לדרך חישוב דמי הלידה ששולמו לו ולרבות וק מכוחו הופחתו דמי הלידה מחמת שעבד באופן חלקי. כתוצאה מהחלת סעיף 52(א) לחוק – שהוא ההסדר הרגיל שקובע פרק ג' ביחס ל התקופה בגינה ישולמו דמי הלידה – חלות על המערער (ואבות יחידים כמותו) ארבע המגבלות שלעיל, בשינויים המחויבים.

ל הוא סעיף 52(א) לחוק, מכוחו עומדת למערער זכות הבחירה המוקנית לכל מבוטח ומבוטחת (פרט למבוטחים שנקבע לגביהם הסדר ר), באופן המאפשר לו להקדים את תקופת זכאותו לדמי לידה ככל שיפסיק עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער או יום הלידה ערער אינו "הורה מאמץ", אינו "הורה מיועד" (כמשמעותו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים) ואינו הורה במשפחת אומנה. המערער הוא אב קק לצורך מימוש זכותו להורות להליך פונדקאות בחו"ל. משכך אין סיבה להחיל עליו סעיפים שאינם עוסקים בו ויש בהם צמצום של נגם גם בענייניו של המערער, מטרתה העיקרית של תקופת הלידה וההורות היא טיפול בילד וחיווק הקשר עמו, אך כאשר המערער נדרש סוע כשבועיים טרם הלידה למדינה בה שוהה הפונדקאית על מנת שיוכל להכין את כל הדרוש לצורך קבלת בתו לעולם ולהיות נוכח בלידה לומר כי מוחטאות בכך מטרת תקופת הלידה וההורות. לסיכום, יש להחיל על המערער את סעיף 52 לחוק, באופן שתקופת זכאותו לדמי לידה ה הקובע" בו הפסיק בפועל את עבודתו ונסע לארצות הברית לרגל לידת ביתו (28.9.17).

## פסק דין

גל דוידוב-מוטולה

-- 4

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

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

זוונטית להליך ונכון גם למועד כתיבת שורות אלה אין לגברים יחידים (שאינו להם בת זוג), דוגמת המערער, אפשרות חוקית לבצע הליך פונדקאות במדינת ה ככך הוא שהסדר הפונדקאות המעוגן ב**חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק הסכמים לנשיאת עוברים**) קשורות אליו ב**חוק תרומת ביציות**, התש"ע-2010 קבע בתקופה הרלוונטית כי "הורים מיועדים" הם "אישה ואישה שהם בני זוג" בלבד. בשנת 2018 תוקן

ס לנשים יחידות כ"אם מיועדת יחידה", אך ללא מענה לגברים יחידים ובני זוג מאותו מין. לאחרונה הבהיר בית המשפט העליון כי הסדר זה אינו חוקתי, הבלתי מידתית בזכויותיהם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין לשוויון ולהורות. בהתאם נקבע כי ההגדרות המדירות אותם מגישה להסדר בארץ תבוטלנה בתוך שישה חודשים מיום מתן פסק הדין (בג"צ 781/15 ארז-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים [פורסם בנבו] - פסק דלטת מיום 3.7.17, פסק דין חלקי שני מיום 27.2.20 ופסק דין משלים מיום 11.7.21; להלן: פרשת ארז-פנקס).

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

-- 5

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

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

א עורך דין במקצועו, בעלים ושותף מנהל במשרד עורכי דין (להלן: **המשרד**). כמו כן בבעלותו חברה הנושאת את שמו, המספקת שירותי ייעוץ למשרד (ה) כשהמערער הוא עובד שכיר של החברה ומקבל ממנה תלושי שכר.

28 טס המערער לארצות הברית לקראת לידתה של בתו. המערער פירט כי הדבר נדרש לצורך ליווי האם הפונדקאית, לרבות השתתפות בפגישות עם יקולוגית, כמו גם הכנה לקראת הלידה ושהייה עם בתו בארץ זרה למשך כחודש, שכן לאחר הלידה היה על המערער לנהל הליך משפטי המצהיר על כל דרכון עבור הילדה.

14.10.17 נולדה במזל טוב בתו של המערער, וכפי שנמסר היה זה בדיוק בתאריך המשוער של הלידה. ביום 15.11.17 שב המערער ארצה עם בתו. זמן קצר הדרגה, החל המערער להגיע למשרד.

הגיש המערער למוסד תביעה לתשלום דמי לידה. ביום 3.1.18 הגיעה למשרד נציגת המוסד לצורך חקירת המערער בקשר לתביעתו. ביום 9.1.18 הגיש

-- 6

סד תביעה מתוקנת שבה ביקש שתקופת ההורות לצורך קבלת דמי הלידה תימנה החל מיום 28.9.17 - המועד שבו טס לארצות הברית לקראת לידת בתו עד הלידה).

ימית של המוסד מיום 12.2.18, מטעם המשרד הראשי למחלקת אמהות סניף תל אביב בעניינו של המערער, נכתב "מחומר החקירה נמצא כי לא הפסיק מהלך תקופת הלידה וההורות. קביעה זו מגובה בהצהרתו... סעיף 56 לחוק מאפשר לנו להפעיל שיקול דעת במקרים בהם יש ספק כי המבוטח עבד את הלידה וההורות... לאור זאת הוחלט לאחר הפעלת שיקול דעת... לשלול לנ"ל את דמי הלידה בשיעור של 50% החל מ-5.12.17. בנוסף, ביקש התובע תק' הלידה וההורות ב-28.9.17, יום הפסקת עבודתו עקב יציאתו לחו"ל ב-28.9.17 לצורך סידורים לקראת לידת בתו, באמצעות אם פונדקאית. סעיף יבע את תק' הזכאות לדמי לידה למבוטחת שילדה, בהתאם ליום הקובע, אינו חל על גמלאות להורה מיועד לפי סעיף 57א. (ג) לחוק ולהורה מאמץ לפי באמור בסעיפים אלה דמי הלידה ישולמו בעד פרק הזמן בו הילד נמצא במשמורתם. לבקשתו אין כל אחיזה בחוק ולכן לא ניתן להיענות לה".

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

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

-- 7

המליצה לשקול מחדש את החלטת פקיד התביעות. נימוקי הוועדה פורטו בפרוטוקול ועדת התביעות מיום 27.5.18 כדלקמן: "המבוטח הינו בעליו של דין ומטפל יחידני בבתו שנולדה מהפריה חוץ-גופית מאם פונדקאית מחוץ לגבולות ישראל. האם הפונדקאית אינה נוטלת חלק מהאחריות ההורית לתנו ובטיפוליו הבלעדיים. המבוטח מפרט שהינו עובד כשכיר ב"אופיר ארגמן, חברת עורכי דין" המעניקה שירותים משפטיים ללקוחותיה, בד בבד עם פטיים עם משרד עורכי דין בר - משרד עורכי דין נוסף. מהעולה מהמסמכים שלפנינו, המבוטח לא קיבל משכורת כבעבר בעת חופשת הלידה אותה יפול בבתו. מנגד, המבוטח ציין שהחל מיום 5.12.17 הפגין נוכחות מוגבלת במשרד עורכי הדין שבבעלותו כמפורט בסעיף 4 למכתבו מיום 12.3.18. ועדה פקיד התביעות אמור לבחון האם המבוטח היה מבוטח בתקופת האכשרה בטרם חופשת הלידה והאם קיבל משכורת בתקופת הלידה והאם עבד כבעבר ושת הלידה. מהחומר שבפנינו עולה שהמבוטח לא קיבל משכורת, לא עבד כשכיר כבעבר בחופשת הלידה ואין בפנינו נתונים לגבי תקופת האכשרה הועלתה על ידי פקיד התביעות, ולכן נניח כי סוגיה זו אינה על הפרק). לאור האמור לעיל, התעסקותו של המבוטח בשימור לקוחות כבעל עסק במובחן יזר אינה מגעת, לדעת ועדה זו כדי עבודה השוללת את דמי הלידה ולפיכך, הוועדה בדעה שדין לגבר המגדל את בתו לדינה של אישה המגדלת את יו לשקול מחדש את החלטת פקיד התביעות. הוועדה המליצה בחום להיעתר לבקשה".

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

הגיש המערער בבית הדין האזורי תביעה המכוונת נגד החלטת פקיד התביעות, שבמסגרתה הפנה בין היתר [לסעיף 6\(ב\)\(1\)](#) לחוק עבודת נשים הקובע כי דה וההורות היא עשרים ושישה שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה". ק אינו מתייחס למצב שבו הגבר הוא הורה עצמאי והמטפל הבלעדי בילד ומשכך, עקרונות השוויון ותכלית החקיקה מחייבים פרשנות שלפיה גם אב זכאי

-- 8

ה והורות כבר מהיום הראשון לזכאות האם. לאור זאת ביקש להורות למוסד לתקן את תקופת הלידה וההורות כך שתחול מיום 28.9.17 ועד ליום 11.1.18 לה בשיעור 100% לתקופה זו. לחלופין עתר המערער להורות למוסד לשלם לו גמלה בשיעור 100% לתקופה מיום 28.9.17 עד ליום 4.12.17 ועבור התקופה יעד ליום 11.1.18 לשלם לו גמלה בשיעור התואם את היקף הפעולות שביצע בתקופה זו וכן הוסיף טענות לעניין השכר הקובע לצורך חישוב הגמלה.

#### בית הדין האזורי

הוועדה דחה את התביעה לתשלום דמי לידה בגין התקופה שקדמה ללידת הבת אך קיבל בחלקה את התביעה לעניין ההחלטה להפחית 50% מהגמלה. אשר ד בית הדין על הוראות החוק ובהן [סעיף 6\(ב\)\(1\)](#) לחוק עבודת נשים הקובע כאמור כי תקופת לידה והורות תחל ביום הלידה או במהלך שבעת השבועות

צוון העובדת; [סעיף 9ה\(2\)](#) לחוק עבודת נשים הקובע לגבי "הורה מיועד" כהגדרתו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים כי "על אף הוראות סעיף 6(ב)(1) תחילתה של תקופת הלידה וההורות הוא ביום קבלת הילד למשמורת ההורה המיועד"; [וסעיף 9ד\(2\)](#) לחוק עבודת נשים הקובע הוראה דומה בעניינו של עוד הפנה [לסעיף 52א\(א\)](#) לחוק הקובע כי "התקופה שבעדה ישולמו דמי לידה, תקבע כך שמחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית מבוטחת לדמי לידה לפי סעיף 52א(א) לחוק הקובע כי "החל ביום שבו ניתן לה צו הורות... ובלבד שלא ישולמו דמי לידה אלא בעד פרק הזמן שבו הילד נמצא במשמורתה לפי חוק ההסכמים לנשיאת הורות דומה [בסעיף 57](#) לגבי הורה מאמץ.

אם לא ניתן להשוות את המערער לאישה שאינה נשואה והרתה מתרומת זרע אלא לאישה שאינה נשואה שהיא "אם מיועדת יחידה" לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, זאת, הגם שהמערער אינו עונה על הגדרת "הורה מיועד" לפי חוק זה באשר אבות יחידים אינם כלולים בו. בית הדין פירט כי [סעיף 6\(ב\)\(1\) לחוק](#) מאפשר לעובדת להקדים את תקופת הלידה וההורות כרצונה אך [סעיף 9ה\(2\)](#) לחוק עבודת נשים המתייחס להורים מיועדים קובע כי מועד תחילתה של

--- 9

הורות היא ביום קבלת הילד למשמורת. בית הדין הבהיר כי "בעוד שאישה שילדה יכולה לבחור להתחיל את תקופת הלידה וההורות טרם הלידה ואף לידה, בגין התקופה שקדמה ללידה, הרי שתקופת ההורות והלידה של אם מיועדת לפי [חוק עבודת נשים](#) היא ביום קבלת הילד למשמורת ולא לפני כן, ודמי לידה לידה בהתאם להוראות [חוק הביטוח הלאומי](#)".

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

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

החלטת המוסד להפחית 50% מדמי הלידה התקבלה התביעה בחלקה. בית הדין סבר שהמוסד לא הפעיל שיקול דעת כדין עת לא בחן את הפעולות

--- 10

שביצע המערער לפני הטיסה לחו"ל ואחרי יום 5.12.17, והסתפק בבחינה מתמטית של שעות הנוכחות בעסק. זאת בפרט לאור הטענה כי הפעולות שביצע המערער ותחזוקה בלבד. לנוכח האמור נקבע כי יש להשיב לפקיד התביעות את עניינו של המערער לצורך שקילה מחדש של החלטתו אם להפחית את דמי הלידה ב-5 באיזה שיעור, לאחר שיתייחס להמלצת ועדת התביעות; יתייעץ עם מנהל תחום גמלאות; ייקח בחשבון את מספר השעות בהן שהה המערער במשך הפקידיו לפני הנסיעה לחו"ל ולאחר יום 5.12.17; ויאפשר למערער להעלות את טיעונו טרם קבלת החלטתה. בכל הנוגע לחישוב בסיס הגמלה קיבל בית הדין את הצעת המוסד שהעידה בפניו. לנוכח האמור התקבלה התביעה בחלקה, תוך חיוב המוסד בהוצאות המערער בסך של 2,500 ₪.

#### סיכום בערעור

בית הדין בצירוף התנהלות המוסד פוגעת בזכותו לשוויון ובזכות החוקתית להורות בכל הנוגע לגברים יחידים הזכאים לזכויות המוענקות להורים. לטענתו שגה בית הדין האזורי עת החיל עליו את ההסדר הקיים ביחס ל"הורה מיועד". החוק מסדיר את זכויותיהם של אם עובדת, הורים מאמצים

דיס ביחס לחופשת לידה וזכויות נלוות לפני ובמהלך חופשת הלידה אך ביחס לאבות המביאים בגפם ילד בהליך פונדקאות בחו"ל קיימת לקונה. בהעדר שירה בחוק - המוסד בוחר לעצמו איזה דין להחיל לגבי אבות יחידנים, אם בכלל ואימתי.

יש כי ההשוואה בין הדין החל על אב יחידני ובין הדין החל על "הורה מיועד" מהווה השוואה בין שונים, ולא בין שווים. הגם שלמקרא הגדרת "אם ה" בחוק הפונדקאות נדמה לכאורה שזו קבוצת השוויון הרלוונטית, חוק ההסכמים מדייר מתחולתו באופן מפורש אבות יחידנים. בכך נוצר מצב שבו ס על ידי המדינה עת ביקש לממש את זכותו החוקתית להורות באשר אינו עונה להגדרת "הורה מיועד", אך כאשר מבקש הוא להקדים את מועד תחילתה הורות הוא נחסם שוב, בטענה שיש להתייחס אליו כ"הורה מיועד". זאת ועוד: לא ניתן להשוות את המערער ל"הורה מיועד" שהוא חלק מזוג ושהמדינה להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות בארץ, שכן "הורים מיועדים" יכולים לעבוד לפרנסתם עד לרגע הלידה ואך הגיוני שתקופת ההורות תחל עם למשמורתם. המערער לעומתם נאלץ לטוס בטיסה טרנס-אטלנטית על מנת לנכוח

--- 11

ה ולקבל את הילד למשמורתו, ומטבע הדברים אינו יכול לעבוד עד למועד הלידה עצמו - זהו שוני רלוונטי ומהותי. לכן, ועל מנת להשיג שוויון אמיתי, יש המערער לאישה יחידנית שהרתה באמצעות תרומת זרע בארץ או לכל הפחות לאישה יחידנית שביצעה הליך פונדקאות בחו"ל.

שגה בית הדין האזורי בפרשנות שהעניק לסעיף 52(א) לחוק וסעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים עת קבע כי הקדמת חופשת הלידה נתונה לאישה בלבד בשל 2. בכל הנוגע לחוק עבודת נשים נטען כי לשון סעיף 6(ב)(1) ברורה, ועניינה הקדמת חופשת הלידה "כרצון העובדת". גם ההיסטוריה החקיקתית מלמדת א לאפשר בחירה לצאת לחופשת לידה טרם הלידה, באם האישה זקוקה לכך ולא מטעמים רפואיים, המוסדרים בסעיפים אחרים בחוק (בהקשר זה ער והפנה בסיכומיו לפרוטוקולים של מליאת הכנסת ביחס להצעת חוק עבודת נשים, וכן בדברי ההסבר להצעת החוק שאושרה).

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

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

--- 12

או מוארך, וכל מבוקשו הוא לאפשר לו כאב יחידני להקדים את תקופת ההורות ובהתאם גם לחזור לעבודתו זמן קצר יותר לאחר הלידה - עניין שעבורו הוא מהותי.

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

המערער כי יש להשוותו לאישה יחידה ללא בן זוג שנעזרה בהליך פונדקאות בחו"ל - הבהיר המוסד כי גם אישה כאמור אינה חוסה תחת המטריה של ים לנשיאת עוברים ומשכך גם אישה כזו, בדיוק כמו המערער, אינה זכאית להקדים את חופשת הלידה. אשר לבקשת המערער להשוותו לאם יחידנית צעות תרומת זרע - אין מדובר בקבוצת שוויון רלוונטית שכן אישה זו נושאת בבטנה את ההיריון; חשופה לבעיות בריאותיות במהלך ההיריון; ועשויים

שיים פיזיים בשל ההיריון ובמהלך עבודתה. הבחנה נוספת ניתן למצוא בכך שהמבוטחת ההרה זכאית לדמי לידה גם אם הילוד לא ייוולד חי, בעוד  
תקפות ההורה המיועד לא יהיה זכאי לחופשת לידה אם בסופו של ההליך לא יימסר הילד לידיו, לרבות במקרה של פטירת הילד.

פוטען כי טענות המערער אינן מתיישבות עם לשון הוראות החוק הרלוונטיות ב**חוק עבודת נשים** וב**חוק הביטוח הלאומי** ותכליותיהן. לעניין **חוק עבודת נשים**  
כי בתיקון 48 לחוק (שיפורט בהמשך) בוצעו התאמות המתייחסות להורה מאמץ, הורה מיועד והורה במשפחת אומנה. בתיקון נקבע כי בכל הנוגע להורה  
מאמץ ייחשב יום הלידה כיום קבלת הילד, וכי תחילת תקופת הלידה וההורות היא ביום קבלת הילד למשמורת. בדברי ההסבר הובהר כי "**ככלל, מטרת**  
**ה במקרים של אימוץ פונדקאות ואומנה היא לאפשר התקשרות עם**

--- 13

**ת חופשת הלידה המוענקת עקב לידה, במקרים אלה אין השלכות פיזיות או רפואיות על היולדת**". תכלית זו רלוונטית גם כשמדובר באימוץ בין ארצי  
עד קבלת הילד הוא המועד הקובע, הגם שהליך זה כרוך בבירורקריטיה עובר למועד קבלת הילד, בדומה לעניינו של המערער.

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

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

וסד כי על תכלית חופשת הלידה - המעניקה חשיבות מכרעת לטיפול בילד הנולד - ניתן ללמוד גם מהוראות החוק המסדירות את הזכאות לדמי לידה לאב  
לחוק, הקובע כי דמי הלידה ישתלמו בעד "**פרק הזמן שלרגל תקופת הלידה וההורות ולצורך הטיפול בילדו הוא אינו עובד או אינו עוסק במשלח ידו...**".  
שמדובר בתשלום דמי לידה לגבר, ולא לבת זוגו, קבע המחוקק כי מטרת גמלת ההורות היא לרגל הלידה ולצורך הטיפול בילד, תוך דגש על טובת הילד  
מים כלכליים. המוסד סיכם לפיכך כי קריאת **סעיף 52 לחוק הביטוח הלאומי**

--- 14

**סעיף 57 לחוק** זה, לצד תכליתו, ובהרמוניה עם **סעיף 9(ב)(2) לחוק עבודת נשים** שמסייג את **סעיף 6(ב)(1)** - אינה מאפשרת את החלתו של **סעיף 52**  
מערער. טרם סיום העיר המוסד כי דומה שבקשת המערער לתיקון תקופת חופשת הלידה הוגשה מיד לאחר שנחקר על ידי המוסד בחדש ששב לעבודתו  
הלידה, בידיעה שממצאי החקירה עלולים להשפיע על זכאותו לדמי הלידה.

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

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



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

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

אות - בארץ ובחול

--- 15

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

הגישו בני הזוג ארד-פנקס עתירה נגד החלטת הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים שלא לאשר להם הליך פונדקאות, מאחר שלא עמדו בהגדרת דים" על פי החוק. העתירה נמחקה בהסכמה, לאור הקמתה הצפויה של "הוועדה הציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפריץ וההולדה" (לשון פסק הדין 1078/10 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים [פורסם בבנו] (28.6.10); הכוונה לוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא לדה בישראל בראשות פרופ' שלמה מור יוסף, שהגישה את מסקנותיה בשנת 2012). בשנת 2015 הגישו בני הזוג ארד-פנקס עתירה נוספת. בשלב ראשון יעות את ההכרעה על מנת לאפשר מיצוי של הליך החקיקה (החלטה ופסק דין חלקי מיום 3.8.17). לצד זאת, ציין המשנה לנשיאה סלים גיבראן את יים:

שה אני להסכין למצב דברים שבו נמנע מיחידנים ומזוגות חד-מיניים להגשים את זכותם להפוך להורים על ידי התקשרות בהסכמי פונדקאות, שעה זיותיהם ולאחיהם הטרוסקסואלים מוקנית זכות זו... זאת ועוד, אף מתקשה אני למצוא טעם רלוונטי בהבחנה בין נשים יחידניות לבין גברים יים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה... הבחנה בין גברים לנשים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורים עלולה על פניה להשמיע, גם אם מבלי את התפישה שלפיה יש להעדיף תאים משפחתיים חד-הוריים שבראשם עומדת אישה, ולהעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר לכמהיה להורות של ה לעומת זו של יחיד; עשויה לרמז בכך על הנחת מוצא שלפיה תצורה משפחתית זו ראויה ורצויה יותר; ויכולה להדהד תפישות חברתיות ארכאיות תפקידה של האישה כהורה מרכזי יותר מתפקידו של הגבר כהורה... ובכך ייתכן שיש בה כדי לשקף הנחת מוצא מפלה... עיינו הרואות, אם כן, כי הפונדקאות הנוהג מעורר קשיים עקרוניים לא מבוטלים. עמדתי לעיל, בהירות הנדרשת בשלב ביניים זה, על פגיעתו הניכרת בזוגות

עמוד 16 ---

ייניים ובגברים יחידנים, ועל הבסיס החברתי-מוסרי הרעוע שעליו ניצבות ההבחנות הקבועות בחוק" (ההדגשה אינה במקור).

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

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

הרכב הצטרפו לפסק הדין למעט השופט עוזי פוגלמן שנבדל לעניין הסעד, משסבר שכיוון שהיסוד המפלה בחוק היה גלוי, ידוע וברור בעת חקיקת התיקון ת נשים יחידות) ואף על פי כן הוחלט "להותיר את הנגע המפלה בחוק, ולאמץ - ביוזעין - הסדר חקיקתי המדיר מגדרו גברים יחידים זוגות גברים", ורות על בטלות החלקים הבלתי חוקתיים בהסדר הפונדקאות, תוך שבטלותם תיכנס לתוקף תוך 12 חודשים. במסגרת דבריו ציין השופט פוגלמן,

פגיעה בכבוד האדם, כי "הגם שכלל, גברים אינה קבוצה הסובלת מהפליה "גנרית", וביחסי הכוחות החברתיים הכלליים זקוקים זקוקות ורותית של איסור ההפליה החוקתי, הרי שכבר נקבע כי בנסיבות מסוימות תתכן הפליה כלפי גברים. בפרט כך בהקשר של חיי המשפחה, שבו עדיין סות מושרשות ופטרוארכליות ביחס לתפקידים ההורי "הטבעי" של כל אחד מהמגדרים" (פסקה 12 לחוות דעתו). בהמשך הוסיף: "בסופו של יום, בין כוונת המחוקק, בין אם לאו, ההסדר שאומץ מגלם בחובו תפיסות עומק חברתיות שלפיה "הורות נשית" עדיפה וראויה יותר על פני "הורות גברית", המורכבת מאם ומאב או מאם בלבד היא משפחה "עדיפה" "ראויה" ו"רצויה" יותר ממשפחה המורכבת

--- 17

ו משני גברים. זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (פסקה 16

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

ה שנוון לתקופה הרלוונטית להליך (וגם נכון להיום), ככל שברצונו של גבר שאינו בזוגיות דוגמת המערער להביא ילדים לעולם (שיהיו ביולוגית שלו) שלא רות משותפת, עליו לפנות למסלול פונדקאות חו"ל - הגם שכבר נאמר ש"הדעת אינה נוחה מכך שהמדינה מפנה את אזרחיה להגשים את חלומותיהם במדינות אחרות" (השוטף (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין בבג"צ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים [פורסם בנבו] (18.9.14)). שרות השימוש בהליכי פונדקאות בחו"ל אינה מוסדרת בחקיקה הישראלית וככל הידוע גם לא באמנה בינלאומית כלשהי, אך גם אינה אסורה. בהתאם, הליך פונדקאות מחוץ לישראל במדינה שמאפשרת זאת לפי חוקיה יוכר בישראל כחורה של היילוד (בכפוף לקיומה של זיקה גנטית; לפירוט ראו בבג"צ 5771/12-מגד נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (28.1.14)). עוד יש להבהיר כי "פונדקאות חו"ל" אינה עשויה מקשה אחת. כך למשל ישנם זוגות הטרוסקסואלים סיבות שלהם, להסתייע בהליך פונדקאות בחו"ל דווקא. אלא שבעוד שזוגות הטרוסקסואלים יכולים להיעזר בהליך כזה במדינות הנמצאות מרחק טיסה אל כגון גיאורגיה, אין הדבר כך במקרה של גברים יחידים וזוגות בני אותו מין, שכן במדינות אלה רק זוגות של איש ואישה יכולים להסתייע בפונדקאות. לפנות למדינות רחוקות דוגמת ארצות הברית (לסקירה השוואתית של המצב החוקי במדינות העולם ראו בפסק הדין החלקי השני בעניין [ארז-פנקס](#),

--- 18

כל הנוגע לפונדקאות חו"ל, מעבר להיבט יכולת הבחירה, יש "חו"ל" לזוגות הטרוסקסואלים ויש "חו"ל" לגברים יחידים (ונשים יחידות) ובני זוג מאותו

רק זה אבהיר כי התייחסות המדינה להליכי פונדקאות, בין אלו המבוצעים בארץ ובין אלו המבוצעים בחו"ל, מעלה לדיון סוגיות מורכבות (ראו למשל [בג"צ 5771/12-מגד נ' משרד הפנים](#), [ממעשה הרואי למוצר מדף: נורמטיביזציה](#). זוחלת של פונדקאות בישראל, [משפט וממשל](#) ט"ו 435 (2013)). עם זאת ענייננו אינו דורש להכריע ה המועלית לדיון בערעור היא ספציפית ונקודתית, ונוגעת לזכאותו של אב, המבוטח במסגרת [חוק הביטוח הלאומי](#); הביא לעולם ילדה בסיועה של אם לישראל; ואין חולק בדבר זכאותו לדמי לידה בגין התקופה במהלכה אינו עובד כתוצאה מהלידה - להחליט על המועד בו תתחיל (ותסתיים) תקופת לידה, בהתאם לאפשרות הבחירה הבלתי-מסויגת הנתונה בחוק לאם. עם זאת בעת הדיון בשאלה הקונקרטיית לא ניתן לטעמי להתעלם מנקודת המוצא להורות ולחיי משפחה הוכרה כזכות חוקתית, כאשר המערער חויב להיזקק להליך פונדקאות בחו"ל בשל הסדר חוקי שאינו חוקתי, שלא אפשר לו להיות ה מיועד" בארץ.

[ג' לחוק הביטוח הלאומי ותכליתו.](#)

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

שיך וקובע את פרק הזמן בגינו ישולמו דמי הלידה, העומד ככלל על חמישה-עשר שבועות (אך קיימת גם זכאות מקוצרת לשמונה שבועות ככל שתקופת הלידה, כולה או מקצתה, במצבים הנקובים בסעיף לרבות עבודה של המבוטחת בתוך פרק הזמן בעדו משתלמים לה דמי הלידה.

--- 19

דמי מיוחדים (דוגמת אשפוז של היולדת או הילוד אשר הביאו להארכת תקופת הלידה וההורות מכוח [חוק עבודת נשים](#)), וסעיף 56 מאפשר למוסד שיקול הזכות, כולה או מקצתה, במצבים הנקובים בסעיף לרבות עבודה של המבוטחת בתוך פרק הזמן בעדו משתלמים לה דמי הלידה.

של דמי הלידה נראה שאין חולק; הם נועדו לאפשר "ליולדת שהיא עובדת או עובדת עצמאית, ליהנות מחופשת לידה, ולקבל בתקופה זו דמי לידה טוח לאומי, על מנת לאפשר לה לטפל בילדה או בילדתה בתקופה הראשונה שלאחר הלידה" (דב"ע (ארצי) נב/0-13 לאה מירון - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד 82 (1992)). מדובר אם כך בגמלה מחליפת הכנסה, שנועדה ככלל "למבוטחת שעבדה, ואשר לרגל ההריון או הלידה נכרת מקור פרנסתה, ואין יותר או עוסקת במשלה ידה... למבוטחת שכזאת משולמים דמי הלידה כתחליף הכנסה לשמירת רמת חייה בתקופת חופשת הלידה" (עב"ל (ארצי) בד לוי - המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו] פד"ע לח 193 (2002)). התכלית המרכזית אם כך היא הענקת פרק זמן סביר לאחר הלידה אותו תוכל אם עובדת להקדיש לטיפול בך הנוול מבלי שתיפגע כלכלית כתוצאה מכך, כחלק מהדרכים בהן נקט המחוקק לצורך הבטחת שילובן השוויוני של נשים ה (עב"ל (ארצי) 165/08 המוסד לביטוח לאומי - רחל בלומנטל [פורסם בנבו] (10.9.09)).

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

קניית הזכות לדמי לידה ל"מבוטחת" [בסעיף 49\(א\)](#) לחוק, קובע החוק זכאות לדמי לידה גם למבוטח שאשתו ילדה, וזכאי לתקופת לידה והורות בהתאם קבעו בקשר לכך [בסעיף 6 לחוק עבודת נשים](#). התנאי הבסיסי הוא כי דמי הלידה ישולמו "בעד פרק הזמן שלרגל תקופת הלידה וההורות ולצורך הטיפול ונו עובד או אינו עוסק במשלה ידו" ([סעיף 49\(ב\)](#) לחוק, ובאופן דומה בסעיפים קטנים [\(17\)-\(ה\)](#)), ותנאי מרכזי נוסף הוא כי לבת הזוג לא שולמו דמי לידה ק זמן (שככלל אינו יכול להתחיל טרם חלוף ששה שבועות רצופים ממועד הלידה).

--- 20

לפיכך אפשרות גם לאב, בתנאים מסוימים, לשהות עם הרך הנוול בתקופה שלאחר הלידה, לצורך מתן מענה לצרכיו וחיזוק הקשר הורה וילד, ולקבל בגין ה" בהתאם לתנאים הנקובים בחוק. נראה כי אין צורך להרחיב לגבי תכליתן של הוראות אלה, שנועדו לעודד אבות להשתתף באופן שוויוני בגידול הילדים הראשונים לחייהם (לדילמות בקשר לכך ראו למשל אצל נויה [רימלט, הפמיניזם המשפטי בישראל](#) - מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין י משפט כ"ז 857 (2004)).

לדאומי ממשיך וקובע הסדר ספציפי בדבר "גמלאות להורה מאמץ" ([סעיף 57](#)), ומגדיר את התנאים לתשלום מענק לידה ודמי לידה (אך לא זכויות נוספות אשפוז) למבוטחים שקיבלו לאימוץ ילד עד גיל 10. ביחס לדמי לידה נקבע כי "היום הקובע" (שחשיבותו לענייננו תוסבר להלן) הוא "היום שבו ניתנה י סוציאלי כאמור בסעיף 6 לחוק האימוץ". יוער כי ההוראה הבסיסית העוסקת בדמי לידה להורה מאמץ מתייחסת ל"מבוטחת" ([סעיף 57\(ג\)](#)), ובסעיף [57\(ד\)](#) נקבע כי הוראות הסעיף "יחולו על עובד או עובד עצמאי שמתקיים בו האמור בסעיף 40(ב)(1), בשינויים המחויבים, ואולם לענין קביעת שיעור הוראות סעיף 49(ד)" (לפיו דמי הלידה למי שאשתו ילדה ייקבעו לפי שכר העבודה הרגיל, תוך החלת [סעיפים 53-56](#) לחוק בשינויים המחויבים).

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

### ת הלידה וההורות" והתקופה לתשלום דמי לידה

לידה הנקובה [בחוק הביטוח הלאומי](#) מתכתבת עם הזכות ל"תקופת לידה והורות" הנקובה [בחוק עבודת נשים](#) ומשלימה אותה, אך אינה זהה לה. כך, בעוד תקופת לידה והורות [בחוק עבודת נשים](#) נתונה לעובדת במערכת היחסים בינה לבין המעסיק, הזכות לדמי לידה משלימה את הזכות בהיבט הכלכלי באמצעות סכסי מהמוסד, שהוא ככלל שווה ערך לשכר אותו אמורה הייתה העובדת להשתכר בתקופה זו (כך לפי [סעיף 53 לחוק הביטוח הלאומי](#), אך בכפוף לתקרה במקביל נתונה הזכות לדמי לידה גם ל"עובדת עצמאית", שאינה עובדת שכירה. במאמר מוסגר יצוין כי בעבר הייתה אחידות בין תקופת תשלום דמי לידה והורות שנקבעה [בחוק עבודת נשים](#), אך מאז תיקון 46 לחוק עבודת נשים (22.3.10) וכפי שיורחב להלן - תקופת הלידה וההורות לפי חוק עבודת נשים - ארוכה יותר, ורק בגין חלקה קיימת זכאות לדמי לידה (וראו בקשר לכך בין היתר בעניין [פלונית](#)).

ס בהם תחול "תקופת הלידה וההורות" מכוח [חוק עבודת נשים](#) קובע [סעיף 6](#) לחוק זה כי "עובדת שקרובה ללדת יתן לה מעבידה תקופת לידה והורות ולא תוך תקופת הלידה וההורות" (סעיף-קטן (8)), וכי "תקופת הלידה וההורות היא עשרים ושישה שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה" (סעיף-קטן (ב)1); למעט אם עבדה פחות מ-12 חודשים אצל אותו מעסיק או באותו מקום עבודה, התקופה לפי סעיף-קטן (ב)5) על "חמישה עשר שבועות, מהם שבעה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה המשוער אינן במקור).

גם שהזכאות ל"תקופת לידה והורות" במערכת היחסים מול המעסיק היא לתקופה בת עשרים ושישה שבועות (או חמישה-עשר שבועות ביחס לעובדת משה שנת עבודה), דמי הלידה מהמוסד משולמים בגין תקופה מרבית של חמישה-עשר שבועות בלבד (אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות דוגמת אשפוז, תשלום דמי לידה נוספים), וקיימות גם נסיבות - בתלות בתקופת האכשרה - בהן תעמוד הזכאות לדמי לידה על שמונה שבועות בלבד. במקביל קיימת גם זכאות לתקופת לידה והורות" מהמעסיק אך לא תהא

לידה כלל, ככל שתקופת האכשרה שלה קצרה אף מהדרוש לצורך קבלת דמי לידה מופחתים, או ככל שאינה מקיימת תנאי אחר מתנאי החוק הנדרשים ס דמי הלידה (עניין [הורוביץ](#)). אופציה נוספת היא של עצמאית שאינה זכאית ל"תקופת לידה והורות" מכוח [חוק עבודת נשים](#) כלשונה, אך זכאית לדמי [סעיף 49\(א\)](#) [לחוק הביטוח הלאומי](#). יש אם כך קרבה רעיונית, השלמה וזיקה בין הזכאות לדמי לידה לפי [חוק הביטוח הלאומי](#) לבין תקופת הלידה וההורות לפי [ש"מ](#) (ולא בכדי תיקוני החקיקה השונים בוצעו לאורך השנים במקביל בשני החוקים), אך אין זהות בין התקופות וגם לא התאמה מלאה בין הזכויות שיש יישומי שעלה מהפער ראו למשל בעב"ל (ארצי) [5280-04-15 המוסד לביטוח לאומי - טלי פלס](#) [פורסם בנבו] (23.2.16)).

זיבו על תכלית ההוראה המאפשרת לעובדת לבחור את מועד יציאתה לתקופת לידה והורות בהתאם [לסעיף 6\(ב\)1](#) [לחוק עבודת נשים](#), אך למעשה אין זה ניטי לעניינו, שכן הוא עוסק בזכויותיה של האישה העובדת כלפי מקום עבודתה, בעוד שעניינו במערכת היחסים בינה לבין המוסד כמבוטחת. כאמור, ההרעיונית והיותן זכויות משלימות, אין זהות בין הזכות ל"תקופת לידה והורות" לבין הזכות לדמי לידה. הסעיף הרלוונטי לעניינו הוא לפיכך [סעיף הביטוח הלאומי](#), הקובע את תקופת תשלום דמי הלידה מהמוסד, וזאת במילים הבאות:

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

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

ע" מוגדר [בסעיף 48](#) לחוק כ"יום שבו הפסיקה המבוטחת לעבוד בהיותה בהריון שנשתיים בלידה שלגביה מוגשת התביעה לדמי לידה...". מכאן בעדה ישולמו דמי לידה - בהתאם [לסעיף 52](#) לחוק - מתחילה ביום שבו הפסיקה המבוטחת לעבוד לקראת הלידה שלגביה מוגשת התביעה לדמי לידה, כל יום מועד זה ליום הלידה המשוער אינו עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאית היא לדמי לידה. במילים אחרות - "תקופת הזכאות לדמי לידה על פי לחוק נמנית החל משישה שבועות לפני יום הלידה ככל שהיום הקובע" קדם

ה שבועות, ו"מהיום הקובע" - ככל שהוא חל בין ששת השבועות שלפני הלידה ויום הלידה" (עניין הורוביץ, כאשר כיום נוכח הארכת התקופה שבועות אין מדובר עוד בשישה שבועות לפני יום הלידה אלא, במקרה הרגיל, בשבעה שבועות וחצי). [סעיף 52\(א\)](#). אינו קושר עצמו [לסעיף 6\(ב\)\(1\)](#) לחוק בין במפורש ובין במשתמע, וחל גם על מבוטחת עצמאית.

מהוראת [סעיף 52\(א\)](#) לחוק, המנוסח כהוראה טכנית, כי "היום הקובע" יהא המועד בו בחרה כל מבוטחת להפסיק לעבוד (או ככל שסיום עבודתה נכפה עליה) כשהיא עובדת, ללא תלות בטעמים שהביאו להחלטתה להפסיק עבודתה דווקא במועד נתון. בחירתה יכולה להיעשות בהתאם למכלול אישיות, הרפואיות והמשפחתיות, העדפותיה וצרכיה, מבלי שהמוסד רשאי להביע עמדתו אם לטעמו מוצדקת ההקדמה אם לא - בין מטעמי "טובת כל סיבה אחרת.

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

ת אלה (שהאחרונה ביניהן אינה רלוונטית למוסד), המוסד אמור להיות אדיש לשאלה כיצד בוחרת מבוטחת לחלק את חמישה-עשר השבועות בגינם היא לידה - בין כולם לאחר הלידה ובין חלקם (עד מחצית כאמור) טרם הלידה. למעשה הרישא של [סעיף 52\(א\)](#) יוצאת מנקודת מוצא שהיום הקובע עשוי קדם משבעה שבועות וחצי טרם יום הלידה, ולכן קובעת שבמקרה כזה

--- 24

ת דמי הלידה באופן שווה בין התקופה שלפני יום הלידה לבין התקופה שלאחרי. כך מוודא המחוקק שתיוותר תקופה מספיקה לאחר יום הלידה כל האם גמלה מחליפת שכר ותוכל להקדיש את זמנה לצורך טיפול בתינוק.

[לחוק על המערער](#)

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

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

ט טען כי החיל על המערער את הוראות [פרק ג' לחוק](#) תוך השוואתו ל"הורה מאמץ", אך טענה זו מתעלמת מכך שאב יחידי ביולוגי אינו "הורה מאמץ", וי לא רק למענק לידה ודמי לידה כפי שקובע [סעיף 57](#) לגבי הורה מאמץ,

--- 25

בגין אשפוז בגין הוצאות אשפוז של לידה באמצעות פונדקאית בחו"ל (כפי שנקבע במפורש בעניין **ראובני הורביץ** - ואציין כי אמנם מדובר בפסק דין אזורי, אך ערער עליו ואף הבהיר בדיון לפנינו כי הוא מיישם אותו באופן רוחבי ובהתאם שילם מענק אשפוז גם למערער). לצורך החלת **סעיף 49(א)** על המערער כדך "להשוותו" למאן דהוא, אלא להחיל עליו בשינויים המחויבים את ההסדר החוקי הרגיל כפי שבא לידי ביטוי ב**פרק ג' לחוק**.

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

והנה של **סעיף 49(א)** לחוק על המערער ואבות יחידים כמותו בדרך של פרשנות, גם אם בשינויים המחויבים - ממילא יש להחיל עליהם גם את **סעיף 52(א)** וכך כאמור באופן טכני את הדרך בה ייפרשו חמישה-עשר השבועות בגינם משולמים דמי הלידה (או כל תקופה אחרת של זכאות כפי הנקבעת לפי הוראות ההסדר הרגיל שקובע **פרק ג'** ביחס למועדיה של התקופה בגינה ישולמו דמי הלידה, ולפיכך אמור הוא לחול לטעמי כברירת המחדל ביחס לכל מקרה לגביו בדרך חלופי על ידי המחוקק. לא שוכנעתי ש"השינויים המחויבים" להחלת הזכאות לדמי לידה על אבות יחידים ובני זוג מאותו מין מצדיקים להחיל עליהם באשר אינם נופלים (כפי שיוסבר להלן) לאף אחד מההסדרים החלופיים שנקבעו על ידי המחוקק, ולא ראיתי קושי להחיל עליהם את ההסדר הראשוני שקבע **בסעיף 52(א)** לחוק ומהווה לפיכך כאמור מעין "ברירת מחדל". בהתאם, גם ביחס למערער, תקופת זכאותו לדמי לידה אמורה להתחיל ב"יום הקובע" ויודתו לרגל הלידה, גם אם בחר להפסיק את עבודתו לרגל הלידה

--- 26

לידה המשוער, כל עוד ההקדמה אינה עולה על מחצית מפרק הזמן שבעדו זכאי הוא לדמי לידה. החלה זו של **סעיף 52(א)** לחוק אמורה לטעמי להתבצע פשוט, מעצם החלת ההסדר החוקי המקנה זכאות לדמי לידה גם על אב ביולוגי שהוא הורה יחיד, בדיוק כשם שהוחלו על המערער שאר סעיפיו של **סימן ג'** וכן בנוגע לדרך חישוב דמי הלידה ששולמו לו ולרבות **סעיף 56 לחוק** מכוחו הופחתו דמי הלידה מחמת שעבד באופן חלקי.

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

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

זאורי סבר כי אין להחיל על המערער את **סעיף 52(א)** אלא את **סעיף 57(א)**, העוסק ב"הורה מיועד" כהגדרתו בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. גם אם אין ית להחיל על המערער את אחד ההסדרים הקונקרטיים שנקבעו בחוק ולא את "ברירת המחדל" (כחלק מהחלת החוק עליו "בשינויים המחויבים") - לא **סעיף 57(א)** מתאים לכך. הטעם לכך הוא שהמערער **אנע** "הורה מיועד" בהתאם להגדרה שב**סעיף 57(א)**, מן הטעם הפשוט שחוק ההסכמים לנשיאת עוברים רים יחידים כדוגמתו (וגם המוסד הסכים לכך, בסעיף 51 לסיכומיו). חוק ההסכמים לנשיאת עוברים אף כלל אינו מכיר בפונדקאות חו"ל, והוראותיו תאמות לפונדקאות הנערכת בישראל בלבד.

--- 27



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

לכך, אין זה ראוי לטעמי שהמדינה תקבע שהמערער אינו יכול להיות "הורה מיועד", תוך הדרה מכוונת שלו מחוק ההסכמים לנשיאת עוברים; תפנה אותה תחילה ל"חלומותיו וזכויותיו" במדינה רחוקה; וכאשר יבקש להקדים את תקופת דמי הלידה בהתאם לאפשרות הקבועה בסעיף 52א' לחוק מחמת שהוכרחה מדינה רחוקה ובהתאם נאלץ להפסיק את עבודתו לרגל הלידה טרם יום הלידה המשוער - ייטען כנגדו שהוא למעשה "הורה מיועד" ולכן אינו זכאי לבקשת. לאור זאת איני רואה הצדקה להחיל על המערער את סעיף 57א' לחוק באופן שיצמצם את אפשרות הבחירה שלו ביחס לתקופת דמי הלידה, בו המחוקק הבהיר במפורש שאין להכיר בו כ"הורה מיועד". אין מדובר בשוני סמנטי בלבד אלא גם מהותי, שכן להבדיל מ"הורים מיועדים" מכוח חוק נשיאת עוברים שיכולים להמשיך לעבוד בעבודתם הרגילה בארץ עד למועד הלידה, ומשכך נקבע במפורש שתקופת זכאותם לדמי לידה תימנה מהמועד בו נשמורתם - המערער נדרש לצורך לידת בתו להפסיק את עבודתו כשבוועיים טרם הלידה ולטוס לארצות הברית, הן לצורך הכנות שונות, והן על מנת להיות כי ישהה לצד הפונדקאית תוך כדי הלידה כדי לקבל את בתו לעולם מיד עם היוולדה. משכך,

--- 28

"הורה מיועד" כהגדרתו בסעיף 57א' לחוק ואין להשוותו מכוח היקף ל"הורה מיועד" (כפי שהסכימו למעשה הן המערער והן המוסד).

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

לכך כי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ - (1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימוץ אותו לפני כן; (2) אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ והוא בלתי נשוי". מכאן שבמבט יחידני מודר גם מגדרו של חוק האימוץ. להשלמת התמונה אבהיר כי בפועל האפשרות לאימוץ על ידי הורה יחידני קיימת; על פי נוהלי השירות למען ילדים מועמדים לאמץ רק ילדים שאין זוג של "איש ואשתו" המעוניין לאמץ. בכך מודרות משפחות אלטרנטיביות ונוצרת היררכיה בין משפחות ה"פישר, על שווים ושווים יותר: על הרגולציה של האימוץ, משפט חברה ותרבות, מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (2016) בעמ' 109). בפסק הדין החלקי ארז-פנקס פירטה הנשיאה חיות כי "מן הנתונים שהוצגו בהקשר זה על ידי המשיבה 1 בהודעתה המשלימה מיום 4.4.2017, עולה כי בין השנים 2016-54 מקרי אימוץ של ילדים שלא על ידי קרוב משפחה, רק 5 ילדים (0.9% מהמקרים) אומצו על ידי גברים יחידים בן בני זוג מאותו המין. על כך יש שאף ציינה המשיבה 1 בהגיונותה, כי בהתאם להוראות הדין בעניין, בקשה לאימוץ ילד אשר אינה מוגשת על ידי בני זוג הטרוסקסואלים נבחנת רק אם ניתן למסור את הילד לאימוץ על ידי "איש ואשתו יחד", כלשון סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. כתוצאה מכך, לדברי המשיבה 1 "הלכה נדרש בילדים בניגודים מבוגרים יחסית, וכן בילדים מרקע מורכב או בעלי צרכים מיוחדים" (פסקה 17 להודעה המשלימה מטעם המשיבה 1 מיום 19 לפסק דינה; ההדגשה אינה במקור). כלומר הלכה ולמעשה גם יחד - המערער מודר גם מחוק האימוץ. בנסיבות אלה השוותו ל"הורה מאמץ" היא.

--- 29

נוסף לכך שאין לראות במערער "הורה מאמץ" (מעבר לכך שהחוק אינו רואה בו כזה ואינו מאפשר לו להיות כזה או למצער לא באופן שוויוני) נעוץ גם אצל הורה מאמץ. המערער הוא אביה הביולוגי של בתו. להבדיל מהורה מאמץ, המערער נטל חלק פעיל בכל שלבי ההיריון החל מתכנונו ועד הלידה, וזאת הכרוכות בכך. לכך אוסיף כי הוא אביה של הילדה מרגע לידתה (אם כי נדרשו פסקי דין הצהרתיים בקשר לכך, הן בארצות הברית והן בישראל). לרלוונטיות בעניינו ל"יום שבו ניתנה הודעה לעובד סוציאלי כאמור בסעיף 6 לחוק האימוץ", שהוא היום הקובע להורה מאמץ לפי סעיף 57א' לחוק. ממצע החלה "מותאמת" של סעיף זה באופן שהיום הקובע "לעולם יהיה יום הלידה" (סעיף 63 לסיכומי), אך הצורך ב"התאמה" זו אך מעיד כי אין

במערכת הורה מאמץ דווקא. אוסיף מעבר לצורך כי בית המשפט העליון עמד בפסקי דינו על משמעות הזיקה הגנטית בהקשר של חוק ההסכמים לנשיאת דיין: "סיווג זה בא אפוא ללמדנו כי הזיקה הגנטית מהווה אמצעי מבחין משמעותי בין פונדקאות לבין אימוץ" (המשנה לנשיאה גיבוראן בחוות דעתו פנקס (3.8.17); וראו גם את ההבחנה שערך השופט (כתוארו אז) חנן מלצר בין הזכות להורות (שאינה בהכרח ביולוגית) לבין הזכות להמשיכות (שהיא ת) כאשר לדידו זו וגם זו הן זכויות חוקתיות (שם, בחוות דעתו)).

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

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

--- 30

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

#### פתיחת הלידה וההורות לפי סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים

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

י הרלוונטי לעניינו כלל אינו סעיף 6(ב)(1) לחוק עבודת נשים, אלא סעיף 52(א) לחוק הביטוח הלאומי. גם אם קיימת זיקה בין הסעיפים, היא אינה שפורט לעיל. עוד הבהרתי לעיל שלטעמי אין צורך "להשוות" את המערער למאן דהוא, אלא להקנות לו את הזכויות מכוח עצמו. למרות זאת ולצורך ונה, אתיחס בתמצית גם לטענות הצדדים בהקשר של חוק עבודת נשים.

מצאו סימוכין לטענותיהם בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 6(ב)(1), כך, הפנה המערער לדברים שנשאה גולדה מאיר, אז שרת העבודה, בדיון שנערך י חוק עבודת נשים ביום 29.12.52, לפיהם "לכל אשה עובדת מבטיח החוק המוצע חופשה של 12 שבועות. העובדת רשאית לחלק את הזמן לחופשה של ת או פחות מזה לפני הלידה, והשאר אחרי הלידה, אך חופשה של ששה

--- 31

י הלידה היא חובה" - באופן השם דגש על בחירת העובדת להקדים את חופשת הלידה לפי שיקוליה. מאידך בדיון בוועדת המשנה לוועדת העבודה מיום עו"ד יוסף האוסמן מנציגי התאחדות בעלי תעשייה "אנו מציעים למחוק בסעיף 6(ב) את המלים: "או פחות מזה כרצון העובדת". לדעתנו עובדת בהריון עובד גם בימים האחרונים של הריונה עלולה להזיק לבריאותה ולבריאות הילוד. מצד שני עובדת כזאת משמשת מכשול בעבודה, ואין להשאיר לשיקול ישות לקצר את חופשתה לפני הלידה...". מפרוטוקולים נוספים של ועדת המשנה עולה שהשיח העיקרי סב סביב השאלה אם לחייב עובדת להקדים את פשת לידה טרם מועד הלידה המשוער, מתוך הנחה שהדבר נדרש לבריאותה ובריאות העובר, או שמא להשאיר זאת לבחירתה (ונציין כי שרידים לגישה זו



ס **בסעיף 56(2)** **לחוק הביטוח הלאומי**, המאפשר למוסד לשלול את הזכות לדמי לידה ככל שהמבוטחת עבדה בששת השבועות שטרם הלידה על אף שרופא מוסד אסר עליה לעשות כן; **ובסעיף 6(ג)** **לחוק עבודת נשים** המסמיך את שר העבודה לנקוב בתקנות עבודות מסוימות שבהן תהא תקופת הלידה וההורות לידה המשווער פרק זמן שייקבע בתקנות, כל עוד לא יעלה על שבעה שבועות).

**סעיף 6(ב)(1)** במתכונתו הקיימת (פרט להארכת התקופה בתיקונים מאוחרים יותר), כשהאפשרות להקדים את היציאה לתקופת הלידה וההורות נותרה רצון העובדת, ובדברי ההסבר נכתב: "החוק המוצע מעניק לכל עובדת זכות לחופשת לידה. חופשת הלידה היא 12 שבועות שמהם ששה שבועות או רצון העובדת, לפני הלידה והשאר אחרי הלידה. אולם רשאי שר העבודה לנקוב בתקנות עבודות שבהן חופשת הלידה שלפני הלידה תהיה לפרק זמן קטן יותר בתקנות ושלא יעלה על ששה שבועות [כפי שקובע כאמור עד היום **סעיף 6(ג)** **לחוק עבודת נשים**, אך השר לא השתמש בסמכותו - ס.ד.מ.]. בנוסף לידה רשאית העובדת להיעדר מהעבודה במקרים ובפרקי זמן כמפורט בסעיף 7 של החוק המוצע" [שעניינו בין היתר היעדרות מהעבודה על רקע רפואי].

והו המשקל שיש לתת כיום לתכלית הסובייקטיבית של **סעיף 6(ב)(1)** **לחוק עבודת נשים**, בהתחשב בשינויים המשמעותיים שחלו בתפיסות החברתיות מאז חקיקתו ובהבנה הנוכחית של שוויון בכלל ושוויון מגדרי בפרט. בעניין פלונית הובהר כי "מטרותיה העיקריות של חופשת הלידה בעת חקיקתה היו התאוששות לאחר הלידה יחד עם טיפוח הקשר בינה לבין הרוך הנולד,

--- 32

רכיז היילוד בשבועות הראשונים שהינם חיוניים להתפתחותו, כמו גם ראיית צרכי המשק אשר נזקק אותה עת לידים עובדות... עם השנים והרחבת וויון מגדרי, חלו חידוד והדגשה בתפיסתו של פרק ג' לחוק, העוסק ב'ביטוח אימהות' ומקנה בין היתר את הזכויות לדמי לידה; כיום מכירים בו כחלק קה של משפט העבודה המגן והביטחון הסוציאלי אשר נועד למגר אפליה מגדרית... במטרה להבטיח תעסוקת נשים ושילובן בשוק העבודה".

אם בעבר "הלוגיקה שמאחורי החוק נועדה לקדם עבודת נשים, אך לא בהכרח להבטיח שוויון הזדמנויות מגדרי במשפחה או בעבודה" (דפנה הקר ומיכל פועלה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה, עבודה חברה ומשפט י"א 275, 285 (2006)) - חלו בכך שינויים לאורך השנים; כו תיקוני חקיקה רבים גם **בחוק עבודת נשים** (לרבות החלפתה של "חופשת הלידה" ב"תקופת לידה והורות"; החלפתה של "שעת הנקה" ב"שעת הורות"; ועם זה, ולמעשה גם מקריאת הפרוטוקולים ההיסטוריים, לא ניתן להשתכנע כי הטעם היחיד בגינו ניתנה אפשרות להתחיל את "חופשת הלידה" טרם בטעמים רפואיים-בריאותיים-פיזיים בלבד. בפועל הושארה החלטה בדבר מועד תחילתה של "חופשת הלידה" לבחירת היולדת מכל סיבה שהיא, לפי זותיה, כאשר אלה יכולים לנבוע מקושי פיזי בשלבי האחרונים של ההיריון אך גם יכולים לנבוע מכל טעם או העדפה אחרים.

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

--- 33

ף והפנה לתיקון 48 **לחוק עבודת נשים**, במסגרתו התווספו הוראות העוסקות בהורים מאמצים, הורים מיועדים (כהגדרתם בחוק הסכמים לנשיאת ידים במשפחת אומנה. ככלל נקבע כי **סעיף 6(ב)** **לחוק עבודת נשים** (כמו גם סעיפים נוספים) יוחלו גם על הורים אלו, "והכל בשינויים המחויבים וכן התאמות המפורטים בסעיף 9' עד 9'... (סעיף 9'ג(ב) **לחוק עבודת נשים**). בהמשך לכך מחריג **סעיף 9'ד(ב)(2)** במפורש את **סעיף 6(ב)(1)** ביחס להורה כי "על אף הוראות סעיף 6(ב)(1) סיפה... מועד תחילתה של תקופת הלידה וההורות הוא ביום קבלת הילד לביתו של ההורה המאמץ". הוראות דומות ל"הורה מיועד" (**סעיף 9'ה(ב)(2)**) ולהורה במשפחת אומנה (**סעיף 9'ו(ב)(2)**), תוך שהובהר בדברי ההסבר (אם כי ביחס לסעיף אחר - **סעיף 9'ז**, שעניינו למעסיקו על הפסקת הליך אימוץ/אומנה או הריונה של אם נושאת) - כי "ככלל, מטרת חופשת הלידה במקרים של אימוץ, פונדקאות ואומנה היא

שרות עם הילד, ולעומת חופשת הלידה המוענקת עקב לידה, במקרים אלה אין השלכות פיזיות או רפואיות על היולדת" (ה"ח 559 התשע"א בעמ' 397

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

בנוסף את המגמה העולה באופן ברור מתיקוני החקיקה שנערכו במרוצת השנים, לקדם תפיסה שוויונית של הורות בין אבות ואימהות ובתוך תאים

--- 34

בר עולה גם מדברי ההסבר לתיקון 48 עצמו: ראו בהצעת [חוק עבודת נשים](#) (תיקון מס' 48) (זכויות הורים מאמצים, הורים מיועדים והורים במשפחת תשע"א-2011, ובדברים שנשא במליאה ח"כ עתניאל שנלר, מיוזמי התיקון, בהם הדגיש כי "אין נפקא מינה מהותית איזה סוג תא משפחתי - משפחה שפחה חד-הורית, או משפחה מסוג אחר. כל תא משפחתי, יש לו זכות משפחתית להורות... החוק מבטא את השוויון הנדרש בחברה מודרנית, תוך להורות של כל אדם באשר הוא אדם"). גם בהתחשב בדברים אלה, לא סברתי שיש להשוות את המערער להורה מאמץ או "מיועד" באופן שיצמצם את זכויות להקדים את צאתו לתקופת לידה והורות. כפי שהובהר לעיל, לא ניתן להתעלם מכך שאין הסדרה חוקית כלשהי לתא משפחתי דוגמת זה של הורה מאמץ או אב רואה הצדקה להחיל עליו חלק בלבד מהסדר חקיקתי אחר (וכדוגמא ניתן להביא את ההסדר המתייחס לאימוץ בין-ארצי, שאמנם אינו מאפשר - ת הקדמת תקופת הלידה וההורות טרם יום קבלת הילד למשמורתו של המאמץ, אך מאידך מתיר להורה המאמץ להעדר מעבודתו לצורך נסיעות לחו"ל למוך עד 45 יום, מבלי שהמוסד ניסה להוכיח כי אימוץ בין-ארצי דומה מספיק במאפייניו למאפייניו של הליך הפונדקאות מושא עניינינו). דברים אלה רוצים לצורך, שכן כאמור לעיל אין צורך במסגרת הליך זה לקבוע מסמרות לגבי פרשנותו של [סעיף 6\(ב\)\(1\) לחוק עבודת נשים](#) (או פרשנותם של סעיפים אחרים י לנו בפרשנותו ויישומו של [סעיף 52\(א\) לחוק הביטוח הלאומי](#).

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

--- 35

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

כל שתישמע דעתי, הערער יתקבל. תקופת זכאותו של המערער לדמי לידה אמורה להימנות מהמועד בו הפסיק בפועל את עבודתו לרגל הלידה, היינו יום המוסד לשלם את הפרשי דמי הלידה הנובעים מכך תוך 45 יום. כן יישא המוסד בהוצאות המערער בערער בסך של 8,000 ₪.

**ני פוליאק**

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

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

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

**ני אופק גנדלר**

--- 36

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

**עובדים) מר שמואל ויסמן**

פסק דינה על שלל נימוקיו המלומדים של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ומסכים לקבלת הערעור.

**מעסיקים) מר צבי טבצ'ניק**

לתוצאת פסק הדין מטעמיו של השופט פוליאק.

ברי המותב, הערעור מתקבל כמפורט בסעיף 65 לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

יא חשוון תשפ"ב (17 אוקטובר 2021), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

חני אופק גנדלר, שופטת

רועי פוליאק,  
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,  
שופטת, אב"ד

מר צבי טבצ'ניק,  
נציג ציבור (מעסיקים)

שמואל ויסמן,  
נציג ציבור (עובדים)

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן.](#)

יולה 54678313/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

עבל (ארצי) 66181-05-20 אופיר ארגמן - המוסד לביטוח לאומי

[www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il)



