

בית הדין האזורי לעבודה תל אביב

סע"ש 33911-12-18

09 ספטמבר 2021

לפני:

כבוד השופט דורי ספיבק- סגן הנשיאה

נציגת ציבור עובדים גב' הלן הרמור

נציגת ציבור מעסיקים גב' אבינועם בן יצחק

ליאור אביגיל זקילו פלינט

התובעת:

ע"י ב"כ עו"ד עמוס ברכה

-

1. גן חמד בע"מ

הנתבעים:

2. משה אילוז

3. גלית אילוז

ע"י ב"כ עו"ד ליהה דמרי בן שחר

## פסק דין

1. התובעת, גננת במקצועה, הועסקה בגן-ילדים בבאר-יעקב. יחסי העבודה הסתיימו בנסיבות השנויות במחלוקת בין הצדדים. בפנינו תביעה שהגישה עם סיום עבודתה, שבגידרה היא תובעת, בין היתר, פיצוי בגין אי תשלום מלוא השכר המוסכם, וכן פיצוי בגין פיטורים מפלים, לטענתה על רקע ניתוח להתאמה מגדרית שעברה.

### התשתית העובדתית ומהלך ההתדיינות

2. הנתבעים 2 ו-3 משה וגלית אילו (להלן: משה וגלית), הם בעל ואישה נשואים, המחזיקים כל אחד ב- 50% מהבעלות בגן חמד בע"מ, שהינה חברה שבאמצעותה הם מפעילים שני גני ילדים בבאר-יעקב.

התובעת הינה בעלת תואר בוגר הוראה, במסלול גננות, ממכללת לוינסקי לחינוך שבתל-אביב, ומאז דצמבר 2014 היא בעלת רשיון לעיסוק בהוראה כוללת (מסלול גננות).

3. בסוף חודש מאי לערך, ולאחר ראיון עבודה על ידי גלית, הגיעו הצדדים לסיכום על כך שהתובעת תחל לעבוד באופן כמעט מידי (בפועל התחילה התובעת בעבודתה ביום 18.6.17), ותעבוד חמישה ימים בשבוע לרבות ימי שישי. כמו כן הוסכם כי עד ליום 1.9.17 תועסק התובעת כאשת צוות גן מן המניין, והחל ממועד זה תהיה גננת.

4. בין הצדדים התגלעה למעשה כבר מתחילת העבודה מחלוקת מסוימת על תנאי העבודה – נדון בכך בהמשך. מכל מקום, אין מחלוקת בין הצדדים על כך שחרף מחלוקת זו, התובעת מילאה את תפקידה לשביעות רצונם המלאה של הנתבעים, וזאת עד ליום 24.6.18, שבו יצאה לחופשת מחלה בשל ניתוח להתאמה מגדרית (הסרת שדיים) שעברה.

5. לטענת התובעת בכתב תביעתה, היא פוטרה שלא כדין במהלך תקופת מחלתה, ללא שימוע וללא הודעה מוקדמת, ומבלי ששולמו לה מלוא התשלומים המגיעים לה עקב פיטוריה. וכך נאמר במכתב מיום 30.7.18 (נספח ו-4 לתצהיר התובעת):

”שלוס רב,

1. מרשתי החלה בעבודתה בחברתכם בחודש 07.2017 בתפקיד גננת.

2. במהלך המו"מ לקבלת העבודה סוכם בין הצדדים כי שכר העבודה יהיה כדלקמן:

40 ₪ לשעת עבודה – מחודש 09.2017.

3. בהגיעו של חודש ינואר הגיעה מרשתי לדרוש את העלאת השכר אשר הובטחה לה ושם נאמר כי העסק נמצא בקשיים כלכליים וכי העלאת השכר החל מחודש אפריל באופן רטרואקטיבי.

4. כאן המקום להבהיר את תפקידה מילאה לשביעות רצונכם ואף בשיחות הודיתם לה על כך.

5. בתאריך 24.06.18 יצאה מרשתי לניתוח ממנו היתה אמורה לחזור בתאריך 01.08.18 לעבודה מלאה.

6. בשיחות טלפון הודעתם למרשתי כי אינכם מעוניינים בהמשך העסקתה, אך מכתב פיטורין לא קיבלה.

7. אי לכך ובהתאם לאמור לעיל הנכם נדרשים לפעול כדלקמן:

א. להשלים את תהליך הפיטורין ולספק למרשתי מכתב המודיע על הפסקת עבודתה, לחלופין להשלים את תהליך המו"מ להמשך העסקתה לשנה"ל תשע"ט.

ב. לספק למרשתי מכתב המלצה אודות העסקתה בחברתכם.

ג. לשלם את ההפרשים בגין חוסר בשכר באופן רטרואקטיבי מיום 01.01.2018 ועד ליום הפיטורים ו/או לחלופין עד ליום המו"מ להמשך עבודה.

8. למעלה מן הצורך אציין, כי בידי מרשי תיעוד מלא של האירועים המפורטים במכתב זה.

9. מובן, כי אין באמור במכתב זה כדי למצות את מלוא טענותיה...".

6. ביום 7.8.18 שלחה גלית לב"כ התובעת מכתב תשובה בזו הלשון (נספח ו-5 לתצהיר התובעת):

"1. מרשתך עבדה בגן חמד החל מחודש 7.17.

2. במו"מ לקראת קבלתה לעבודה הסתירה מרשתך את העובדה כי היא בתהליך לשינוי מין. כלומר מרשתך לא ניהלה מו"מ בתום לב.

3. לגבי העלאת השכר – אכן הובטחה לה העלאת שכר החל מ- 1.1.18 אבל במספר שיחות שקיים עימה מנהל הגן – מר משה אילוז (האחרונה נערכה בסוף אפריל 2018) נאמר למרשתך במפורש כי אין אפשרות לשלם לה את העלאת השכר המבוקשת וזאת עקב מצבו הכספי של העסק.

4. מרשתך במעמד אותה שיחה אמרה כי היא רוצה לעזור לגן ולכן היא מוותרת על העלאה זו.

5. מרשתך יכלה לעזוב מידית לאור אי העלאת השכר ועובדה שנשארה לעבוד עוד חודשיים, כלומר רק אחרי שסיימה את עבודתה היא העלאתה טענה הפוכה למה שאמרה בשיחה עם מנהל הגן.

6. לגבי מכתב פיטורין שדורשת מרשתך – רצ"ב התכתבות ממערכת המסרוניס המידיים (ווסט-אפ) מיום 28.6.18 בין מרשתך לביני – מנהלת ובעלת הגן, בו מרשתך מודיעה כי היא לא תחזור לגן – כלומר עזבה ביוזמתה ללא הודעה מוקדמת, על כל המשתמע מכך, ולכן אין היא זכאית למכתב פיטורין.

7. אין במכתב זה למצות את מלוא הטענות והזכויות שלי כלפי מרשתך...".

7. לאחר כל זאת, הוגשה ביום 13.12.19 התביעה שבפנינו. כתב הגנה הוגש ביום 17.4.19 ודיון מוקדם התקיים ביום 19.5.19 בפני הרשמת (כתוארה אז) קארין ליבר-לוי. לאחריו, הועבר התיק לשמיעת ההוכחות בפני מותב זה.

8. דיון הוכחות התקיים ביום 26.4.21. במהלכו, נחקרה התובעת על תצהירה, ונחקר (באמצעות מתורגמנית לשפת הסימנים) משה, הנתבע 3, שהגיש תצהיר והיה העד היחיד מצד הנתבעים.

בתום הדיון ניתן צו להגשת סיכומים בכתב. עתה, משנאספו אלה לתיק בית-הדין, הגיעה העת לדון ולהכריע בתובענה.

9. אין מחלוקת בין הצדדים על כך שמעסיקתה של התובעת היתה החברה, הנתבעת 1. בכתב תביעתה טענה התובעת כי מתקיימים במקרה שלפנינו התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך הרמת מסך ההתאגדות וחיובם של משה וגלית (הנתבעים 2 ו-3), כבעלים של הנתבעת. ברם, מעיון בכתב התביעה ובתצהיר התובעת עולה שהיא העלתה בעניין זה טענות כלליות בלבד. כך ורק לדוגמא, התובעת טענה כי משה וגלית ערבבו בין כספי החברה ובין כספיהם האישיים, אך טענה טענה זו באופן כללי בלבד, מבלי לפרט דבר לעניין זה, ומבלי לצרף ראיות. גם הטענה שמשה וגלית פעלו על מנת להונות אותה בדרך זו או אחרת נטענה בעלמא, מבלי לפרט דבר. נבהיר, כי אף אם נגיע בהמשך פסק דין למסקנה, כי התובעת זכאית לקבלת רכיב זה או אחר מרכיבי תביעתה – בין שמדובר ברכיב קוגנטי ובין שמדובר ברכיב חוזי – אין בקביעה זו כשלעצמה כדי להצדיק הרמת מסך.

10. נוכח כל האמור, התביעה כנגד הנתבעים 2 ו-3 נדחית.

#### *אי מתן הודעה לעובדת*

11. לטענת התובעת בכתב תביעתה, הנתבעים לא נתנו לה הודעה בדבר תנאי העסקתה. עוד מוסיפה התובעת, כי בניסיונות העניין, שבהן קיימת מחלוקת של ממש בין הצדדים אודות השכר המגיע לתובעת, ברי כי היעדר מתן הודעה גרם לתובעת נזק.

הנתבעים מכחישים טענה זו, וטוענים כי מסרו לידי התובעת העתק של הסכם העסקה, שעליו היא סירבה לחתום, כך שיש לראותם כמי שמסרו לה הודעה כדין.

12. לאחר בחינת טענות הצדדים, הגענו לכלל מסקנה שהדין עם התובעת בכל הנוגע לרכיב תביעה זה, וננמק.

אין מחלוקת בין הצדדים כי בתחילת חודש יולי 2017 הועברה אל התובעת טיוטת הסכם העסקה (נספח א' לתצהיר משה). ברם, מעיון בטיוטה עולה בבירור שאף לא אחד מהצדדים חתום עליה. דהיינו, לא רק שהתובעת לא חתמה עליה – ואין להתפלא על כך, לאור טענתה כי האמור בה אינו תואם את ההסכמות שאליהן הגיעה בעל-פה עם גלית – אלא גם הנתבעים אינם חתומים. נבהיר, כי התכלית המרכזית של החובה החוקית למסור הודעה לעובד הינה להגביר את הוודאות ולמנוע מחלוקות על תנאי העבודה. ברור כי העברת טיוטת חוזה לא חתומה על ידי המעסיק אינה ממלאה תכלית זו, כך בדרך כלל וכך בוודאי במקרה שלפנינו, שבו שני הצדדים מודים כי התקיים משא ומתן אודות תנאי העסקה לאחר העברת הטיוטה, וכן הם מודים כי לאורך כל תקופת עבודתה של התובעת היתה מחלוקת בעניין השכר המוסכם. לכל האמור נוסיף שאף לשיטת הנתבעים, הם החליטו לאור דרישותיה הכלכליות של התובעת לשלם לה בונוס – לטענתם בגין ניכוי זמן הפסקה (סעיף 24 לתצהיר משה) – ולא יכולה להיות מחלוקת שזכות מהותית זו כלל לא נכללה אפילו לא באותה טיוטת הסכם לא חתומה שנשלחה לתובעת, וגם לא ניתן ללמוד מתלושי שכר התובעת כיצד חושב אותו הבונוס.

נוכח כל האמור, סבורים אנו שמתקיימים התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך פסיקת פיצויים, ובהינתן מכלול הנסיבות, אנו קובעים כי הנתבעת תשלם לתובעת פיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד בסך 4,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 16.12.18 (יום הגשת התביעה).

*תנאי העבודה המוסכמים*

13. לטענת התובעת, במהלך ראיון העבודה הראשון שהיה לה עם גלית בשלהי חודש מאי 2017, היא הגיעה עימה לסיכום על כך ששכרה יעמוד על 30 ₪ עד לסוף חודש אוגוסט 2017 (תקופה שבה עבדה כאשת צוות, ולא גננת), והחל מיום 1.9.17 נקבע ששכרה יועלה ל-45 ₪ לשעה. עוד לטענת התובעת, בתחילת יולי 2017, לאחר שכבר עבדה בגן, משה דרש להוריד את שכרה ל-40 ₪, התובעת סירבה, גלית תמכה בה לאור הסיכום שהיה, ונוצרה מריבה בקשר לכך בין גלית למשה. עוד לטענתה, בהמשך לכל זאת הסכימה לפשרה, לפיה שכרה יועלה רק ל-40 ₪ ביום 1.9.17, והחל מיום 1.1.18 יועלה לסך 45 ₪ לשעה. כמו כן הוסכם (סעיפים 8 ו-9 לכתב התביעה) כי סכום ההעלאה (5 ₪ לחודש) ישולם מדי רבעון רטרואקטיבית, וירשם כבונוס ולא כשכר.

14. לטענת הנתבעים, לא נעשה עימה כל סיכום בעל-פה, והטענה שהיה עימה סיכום שכזה היא חסרת כל יסוד ולו רק בהינתן שמשה הינו כבד שמיעה שאינו מדבר באופן ברור (סעיף 14 לכתב ההגנה). הנתבעים טוענים כי התנאים המוסכמים הם אלה שפורטו בטיטות חוזה שנמסרה לתובעת, וככל שהיו הסכמות שמעבר לכך, הרי שאלה היו במסגרת משא ומתן ולא הבשילו לכדי חוזה מחייב. הנתבעים מודים כי שילמו לתובעת בונוס רבעוני בנסיון להיטיב עימה, אך טוענים בקשר לכך שמדובר היה בתשלום בגין קיזוז מחצית השעה שנוכחה משכרה, ולא בשכר לכל דבר ועניין.

15. אשר לדעתנו – נקדים ונציין, כי לאחר ששקלנו את טענות הצדדים לכאן ולכאן, החלטנו לקבל במלואה את עמדת התובעת לעניין התנאים המוסכמים. להלן נפרט את דרך הילוכנו בדרך למסקנה זו:

ראשית משקבענו כי הנתבעים לא מסרו לתובעת הודעה לעובד כדין, הרי שלפי הוראת סעיף 5 א לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), תשס"ב-2002, ומשהעידה התובעת בתצהירה ביחס לתנאי השכר המוסכמים לשיטתה, הרי שחובת ההוכחה בקשר למחלוקת הינה על הנתבעים. במילים אחרות, על הנתבעים להוכיח כי התובעת אינה צודקת ומדייקת בטענתה לגבי תנאי השכר המוסכמים;

שנית טענת התובעת הינה כי הגיעה לסיכום בעל-פה על התנאים הנטענים עם גלית. בנסיבות אלה, ניתן היה לצפות כי גלית תעיד בפנינו ותכחיש את הסיכום הנטען. ברם, גלית כלל לא הגישה תצהיר מטעמה (הנתבעים בחרו להגיש תצהיר אחד בלבד, של משה), מהלך תמוה במיוחד בהינתן שגלית עצמה נכחה בדיון, דהיינו לא מדובר היה ברצון מצידה "לחסוך" את הזמן הכרוך בנוכחות באולם, ומכאן ברור שמדובר היה בבחירה מודעת של בעלה משה ושללה לפיה רק הוא יעיד. בנסיבות אלה, אין לנו אלא להפעיל את החזקה הידועה מן הפסיקה, לפיה ככל שהיתה מעידה גלית ביחס לנקודה המהותית שבמחלוקת, הרי שעדותה היתה תומכת בגרסת התובעת דווקא. נדגיש בקשר לכך, כי לא נעלמה מאיתנו העובדה כי תצהירו של משה הוגש גם בשמה של גלית, ועל כן, משנמנעה התובעת מלחקור את גלית, יש לראות כנכון את האמור בתצהיר משה ביחס לכך שלא היו סיכום בעל-פה בין התובעת לגלית. על פי כללי הראיות במשפט הישראלי, לא ניתן להגיש תצהיר אחד בשם שני עדים, וממילא, גלית אינה חתומה – תחת אזהרה או בכלל – על התצהיר המדובר. בנסיבות אלה, ברור שאין יסוד לטענת הנתבעים כאילו יש לקבוע כי גלית הגישה תצהיר עדות ראשית שעליו לא נחקרה;

שלישית אף שגלית עצמה לא הגישה תצהיר, הרי שלפחות לגבי חלק מהמחלוקות שבתיק היא מסרה גרסה, וזאת במסגרת מכתב התשובה שלה לב"כ התובעת שאותו ציטטנו במלואו לעיל. והנה, ביחס לשאלה האם קיבלה התובעת הבטחת שכר מפורשת ומחייבת להעלאת שכר, אם לאו, תמכה גלית דווקא בגרסת התובעת, אם כי סייגה כי במהלך ההעסקה – בנקודת זמן כלשהי במהלך העסקתה – הובהר לתובעת כי חרף ההתחייבות "אין אפשרות לשלם לה". נביא להלן בשנית את הפסיקה הרלוונטית מתוך אותו המכתב (נספח ו-5 לתצהיר התובעת):

"לגבי העלאת השכר – אכן הובטחה לה העלאת שכר החל מ-1.1.18 אבל במספר שיחות שקיים עימה מנהל הגן – מר משה אילוז (האחרונה נערכה בסוף אפריל 2018) נאמר

למרשתך במפורש כי אין אפשרות לשלם לה את העלאת השכר המבוקשת וזאת עקב מצבו הכספי של העסק.

רביעית גם בהקלטת השיחה שהתקיימה בין גלית לתובעת ביום 12.6.18 (התמליל צורף נספח ו-1 לתצהיר התובעת) מצאנו תימוכין לגרסת התובעת. כך ובין היתר אומרת גלית לתובעת כי "כבר הודענו על כך במספר פעמים עוד בפורים שאין ביכולתנו לעלות, היית יכולה לעשות את השיקולים שלך וגם לקום ולעזוב" (עמ' 17 לתמלול ש' 21). דהיינו, מהדברים עולה בבירור כי הנתבעים התחייבו לתובעת להעלות את שכרה רטרואקטיבית מתחילת ינואר, ורק במרץ (פורים בשנת 2018 היה בתחילת מרץ) או אולי באפריל מסרו לתובעת שלא יעלו אותו;

חמישית על כך שהנתבעים התחייבו להעלות את משכורתה של התובעת החל מיום 1.1.18 בחמישה ש"ל לשעה שישולמו בכל שלושה חודשים, ניתן ללמוד גם מפתקית, שחלקה כתוב בכתב ידו של משה עצמו, שלכאורה תומכת בהתחייבות להעלאת שכר (נספח ג' לתצהיר התובעת), פתקית שנחתמה במהלך פגישה בין משה, גלית והתובעת. אף שבין הצדדים קיימת מחלוקת בשאלה האם מדובר בפתקית המשקפת חלק ממשא ומתן, או שמא מדובר בפתקית המשקפת סיכום סופי ומוחלט, הרי שקיומו של מסמך בכתב זה – הבולט כמובן על רקע היעדרה של הודעה מסודרת כדין לעובדת על תנאי עבודתה – תומך לדעתנו בגרסת התובעת;

שישית על פי התרשמותנו, משה בחקירתו הנגדית התחמק משאלות ישירות לגבי ההתחייבות המפורשת להעלאת שכר התובעת ל- 45 ש"ל לשעה החל מתחילת ינואר. כך ובין היתר, השיב שאינו זוכר האם התחייב לכך (עמ' 18 ש' 10), בהמשך השיב לשאלה מדוע לא שילם 45 ש"ל חתום 45, היא לא רצתה לחתום" (עמ' 18 ש' 24) ומיד בהמשך שוב אמר שהוא לא זוכר מדוע לא שילם לבסוף לתובעת 45 ש"ל. אף שמשה לא הודה מפורשות שהיתה התחייבות מצד הנתבעים לתשלום 45 ש"ל לשעה, הרי שתשובותיו הלא מספקות לשאלות שהופנו אליו בעניין זה היטו אף הן את כף המאזניים הראייתית, כך לדעתנו, לצד הנתבעים.

16. נוכח כל האמור, אנו מקבלים במלואה את גרסת התובעת לעניין תנאי העבודה המוסכמים. אשר להשלכות קביעה זו על זכותה של התובעת לקבלת הסעדים שאותם היא תובעת – נדון בכך בהמשך.

#### נסיבות סיום העבודה

17. אין מחלוקת בין הצדדים על כך שהתובעת עבדה בפועל עד ליום 22.6.18, וכי ביום 24.6.18 יצאה לחופשת מחלה, שנדרשה עקב ניתוח להתאמה מגדרית (כריתת שדיים). אין גם מחלוקת בין הצדדים על כך שהתובעת לא חזרה לעבודתה. אך מה הביא לסיום עבודתה? והאם זכאית התובעת בקשר עם סיום עבודתה לתשלומים שונים אותם היא תובעת, ובכלל זה פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת ופיצוי בשל פיטורים שלא כדין?

בטרם נפנה לדון בטענות הצדדים ביחסי לרכיבי התביעה השונים, נדון להלן ונקבע את התשתית העובדתית הרלוונטית.

18. בנסיבות המקרה שלפנינו, ולאחר בחינת העדויות של שני העדים היחידים שהעידו בפנינו – התובעת עצמה ומשה מצד הנתבעים – ולאחר בחינת מסכת הראיות שכללו חילופי מסרונים בין גלית והתובעת ושתי שיחות טלפון בין גלית והתובעת שהוקלטו ע"י התובעת ותמליליהן הוגשו, וכן ראיות נוספות ובהן התכתבות בין הצדדים, הצטיירה בפנינו התמונה העובדתית הבאה ביחס לנסיבות סיום העבודה:

ראשית מן הצד המקצועי, הנתבעים היו שבעי רצון מהתובעת ותפקודה, מצד אחד, והתובעת אהבה את העבודה, כך שלא מדובר בסיטואציה של סיום עבודה בשל אי התאמה או אי הערכה, מצד זה או אחר. על מנת להמחיש את שביעות הרצון ההדדית, די אם נצטט מתמלול השיחה שהתקיימה בין גלית לתובעת ביום 3.7.21, לאחר שהתובעת יצאה לחופשת מחלה (נספח ו-2 לתצהיר התובעת, עמ' 3 ש' 1):

"גלית: ... אני ממש רואה את העבודה שעשית בילדים כולל שלוש שבאמת אני מסתובבת... הם ממש, אני אומרת לך, כיף לעבודה איתם.

ליאור: כן?

גלית: איזה איזה ילדים, כל ילד אצל הוא פרח, ממש,

ליאור: כן, אני יודעת, אני מתה עליהם.

גלית: זה ממש, כאילו רואים את העבודה ואת ההשקעה שעשית איתם ואת היחס שהם נותנים לחברים שלהם, ואת ההקשבה שהם מקשיבים,

ליאור: כן, הכבוד לאחרים והיחס לחברים זה החלק שהכי מורגש אצלם,

גלית: וואי, ושנחנו אומרים להם פסק זמן, זה בכלל... בלי להתווכח, זה בלי להרים אפילו את... שלהם

ליאור: איזה כיף... איזה כיף לשמוע, יופי, אני שמחה.

גלית: כן, וזה ממש, זה ממש כאילו... אני אפילו אמרתי את זה, גם אמרתי את זה, אמרתי את זה לשושי, שבאמת ראיתי את העבודה שהיא עשתה אה אה כל השנה עם הילדים זה, זה ממש ככה.. אבל כל העבודה זה אם לא היינו מדברים יומיים, לא היה אפשר לעשות פה כלום בגן.

ליאור: איזה כיף לי,



גלית : ואם הם היו פראיים ולא היו מתנהגים כמו שצריך ויש לי עם מי להשוות, וזה באמת, באמת אה אה ילדים משהו משהו..

ליאור : איזה רוגע...

גלית : זה זה יוצא מן הכלל.

ליאור : את ממש ממש משמחת אותי, באמת.

גלית : כן.

ליאור : עשית לי טוב בלב, כיף לי

גלית : ממש ממש אה עשית פה עבודה ממש יפה, גם שתדעי את זה.

ליאור : תודה רבה, תודה רבה.

גלית : ורואים את זה, כאילו על כל ילד וילד אני רואה את ההתנהגות שלו במשך כל הזמן.

ליאור : איזה כיף לשמוע

גלית : ואיך שהם מקשיבים והצוות ששומר על הרוגע ועל המשמעת שכאילו את הנחלת להם, ובאמת הם לא מזוזות שום דבר סנטים לא רוצות להזיז ממה שהרגילו את הילדים.

ליאור : איזה כיף.

גלית : הם באמת שומרות על זה בשיניים.

ליאור: מעולה, ברוך השם.... בן אדם צריך לעשות בשביל שיעריכו אותו (צוחקת).

גלית: לא, כן, נכון, בדיוק, בדיוק, הם את יודעת אה אבל... שהם יבינו שזה באמת, רואים שנעשה פה עבודה עם הילדים, זה לא הוקוס פוקוס.

ליאור: איזה כיף, וואי עשית לי פרפרים בבטח עכשיו".

על מנת שלא להכביר מילים, נעצור כאן, אך חילופי הדברים באותה הרוח נמשכו בין גלית והתובעת, וניתן לעיין בהם בהמשך התמלול, עד תחילת עמוד 7 לתמלול;

שנית לצד שביעות הרצון ההדדית מעצם העבודה, החל מתחילת מרץ חלה הרעה משמעותית ביחסים שבין הצדדים, שנבע מכך התובעת כעסה יותר ויותר על כך שהנתבעים הפרו כלפיה את הסיכום לפיו שכרה יעלה ל- 45 ₪ – ונזכיר כי מוקדם יותר בפסק דין זה קבענו כי אכן דובר בהפרה – ובין הצדדים התגלעו לא מעט ויכוחים על כך;

שלישית ביום 12.6.18 קיימו הנתבעים ערב לכל עובדיהם – הן בגן, והן במסיבה בספינה באשדוד – שכלל ארוחת ערב ושייט (להלן: *מסיבת הצוות*). התובעת סירבה להגיע למסיבת הצוות, ומחתה בפני גלית על כך שמצד אחד הנתבעים לא משלמים לה את התוספת לשכרה בתואנה שמצבם הכלכלי קשה, ומצד שני מקיימים מסיבה שאותה תפסה כ"ראוותנית ויקרה" (סעיף 21 לכתב התביעה);

רביעית במהלך שיחת הטלפון בין גלית ולתובעת שהתקיימה בסמוך למסיבת הצוות, התובעת, שהעידה על עצמה כי "אני נסערת מאד" (עמ' 30 ש' 13), הבהירה לגלית כי לאור אי העלאת שכר "ברור שאין לנו מה לדבר מן הסתם על שנה הבאה" (עמ' 28 ש' 15). כשנשאלה על כך התובעת בחקירתה הנגדית, הודתה שמשמעות הדברים היתה כי היא אכן הודיעה לגלית כי לא תמשיך לשנת לימודים נוספת, אם כי בהמשך ולשאלת בית-הדין ציינה כי "לא דובר באופן רשמי על כך שאני מסיימת באוגוסט או שממשיכה בשנה הבאה" (עמ' 16 ש' 12 ואילך). אם לסכם את משמעות הדברים, הרי שלמעשה אין מחלוקת על כך שהתובעת כבעסה כי רב מסרה לגלית כי היא לא תמשיך בשנת הלימודים הבאה, אך אין גם מחלוקת שלא מדובר היה באותה נקודת זמן בהודעת התפטרות פורמלית מצד התובעת (ונציין בקשר לכך כי הנתבעים לא טענו בכתב הגנתם, בתצהירם, וגם לא בסיכומיהם כי התובעת התפטרה באותו היום);

חמישית חזרה אחורה על ציר הזמן – ממועד כלשהו בתחילת העבודה, שיתפה התובעת את "בעלי הגן, וצוות החברות שלי לעבודה" בדבר רצונה לעבור ניתוח להתאמה מגדרית (כך לפי עדותה, שנתנו בה אמון ולא נסתרה, עמ' 16, ש' 26). משה וגלית כעסו על התובעת על כך שלא יידעה אותה מראש, *עוד קודם* לתחילת עבודתה, על כוונתה לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, כפי שהסבירה באת כוחם במהלך הדיון (עמ' 2 ש' 25):

"מדובר בבעלי גן ובגן שהוא עם חזות שומרת מסורת. לא מדובר בגן חילוני לחלוטין, זו חזות של שמירת מסורת, היינו הליכים כמו שינוי מגדר ושינוי מין, אני לא אומרת חלילה וחס שאמורים להשפיע, אבל דברים שאמורים להיאמר בגלל צביון הגן. יכול להיות שהורים מסוימים לא ירצו לשים את הילד שלהם בגן בעקבות כך, ולכן היה על התובעת להודיע";

שישית מעבר לכך שהתובעת יידעה את הנתבעים על כוונתה העקרונית לעבור את ניתוח ההתאמה המגדרית חודשים רבים מראש, היא מסרה להם בנוסף, לכל הפחות חודש לפני הניתוח (כפי שהודה משה בחקירתו הנגדית, עמ' 26 ש' 4, וראו גם עדות התובעת בנקודה זו, עמ' 16 ש' 26) הודעה קונקרטיית על כך שהניתוח נקבע על ידי בית-חולים איכילוב ליום 24.6.21;

שביעית אשר לאורכה הצפוי של חופשת המחלה לאחר הניתוח, לפני הניתוח מסרה התובעת לנתבעים כי תוכל לחזור לעבודה לאחר שלושה שבועות, כפי שמסר לה הרופא המנתח (עמ' 7 ש' 12 לתמלול נספח ו' 2 לתצהירה). עם זאת, בסמוך לאחר הניתוח והוצאת התפרים מסרו לה רופאיה – והיא מצידה מסרה לגלית – כי היא נדרשת לשהות בחופשת מחלה למשך 40 יום, וזאת בהינתן טיב העבודה ונוכח החשש שכל מכה קטנה ולא מכוונת מצד אחד מילדי הגן עשויה לפגוע בהחלמה (אישור ימי המחלה מיום 24.6.18 ועד ליום 2.8.18 צורף כנספח ו' לתצהיר התובעת);

שמינית לאור יציאתה הצפויה של התובעת לחופשת מחלה ארוכה יחסית, והעובדה שהתובעת כבר הודיעה כי תתפטר ולא תמשיך לעבוד בשנה הבאה, הגיעו הצדדים להסכמה על כך שעבודת התובעת תסתיים ביום 8.8.18, שהיה היום האחרון לשנת הלימודים והיום שבו התקיימה מסיבת הסיום לילדי הגן. נדגיש כי התובעת אינה מודה בכך שהיה בין גלית ובינה סיכום, עוד קודם ליציאתה לניתוח, על כך שעבודתה תסתיים ביום 8.8.18, אך אנו קובעים עניין זה כממצא עובדתי הן נוכח המסרון ששלחה גלית לתובעת ביום 20.6.18 שבו ביקשה ממנה "להכין את המכתב התפטרות שאת מסיימת 9.8 בגן חמד" (שאנו מבינים אותו כמשקף את ההסכמות בין הצדדים); הן נוכח המסרון ששלחה התובעת לגלית ביום 28.6.18 שבו ציינה כי "במכתב השחרור כתבו לי 6 שבועות של מחופשת מחלה וחודשיים לא להיות במאמץ פיזי. אם כך זה אומר שכלל לא אחזור לגן. אגיע רק למסיבה של הילדים וגם זה בסימן שאלה"; הן נוכח המשך חילופי המסרונים עם גלית, שמהם ברור שהיו הסכמות על כך שהתובעת תסיים את עבודתה עם סיום שנת הלימודים, ובכלל זה המסרון מיום 10.7.18 שבו כתבה התובעת "יש זמן עד לסיום שנת הלימודים ואני מבקשת שתכבדו את זה" והמסרון מיום 7.8.18 שבו נכתב "הילדים לא אשמים וצר לי מאד שככה מסתיימת לה השנה שלי בגן. אני מזכירה לך שהייתי אמורה לחזור לעבודה ולסיים כראוי אך אתם ביצעתם מהלך לא הוגן במחלך חופשת המחלה שלי"; והן מחילופי הדברים שבין התובעת לגלית בעמ' 19 ש' 4 לתמלול ("גלית. אז אנחנו ניפגש בראשון לשמיני, שזה אומר שנשאר לך שבוע אחד בגן... ? התובעת: נכון"; וראו גם בהמשך בעמוד 23 ש' 1);

תשיעית לאור התמשכות חופשת המחלה של התובעת, היא לא חזרה בסופו של דבר לעבודה, והגיעה רק למסיבה סיום השנה של ילדי הגן שהתקיימה ביום 8.8.18, אף שיצוין שעוד קודם לכן, ביום 30.7.18, שלח בא כוחה את המכתב – שאותו ציטטנו במלואו מוקדם יותר – שבו היא טענה בין היתר שהיא פוטרה במהלך חופשת המחלה, ועל כן היא זכאית למכתב פיטורים, או לחלופין לכך שינוהל ויושלם עימה משא ומתן על המשך עבודה בשנה שלאחר מכן, וכן נשלח מכתב התשובה של גלית – שגם אותו ציטטנו קודם לכן, שבו היא טוענת שהתובעת היא שהתפטרה ללא הודעה מוקדמת.

הפרשי שכר

19. על בסיס טענת התובעת כי היתה זכאית על פי חוזה העסקתה לשכר שעתי של 45 ש"ח החל מתחילת ינואר 2018, התובעת חישבה בכתב תביעתה כי היא זכאית להפרשי שכר בסך 3,997 ש"ח. מעיון בטענות הנתבעים לכל אורך ההתדיינות עולה שהם כפרו בהתחייבותם להעלאת השכר, אך לא כפרו בתחשיב התובעת או הציגו תחשיב אחר.

משכך, לאחר שבחנו את תחשיב התובעת ומצאנו אותו סביר ואף מדויק על פניו, לרבות לעניין ההתייחסות לרכיב שנרשם כשורת "בונוס" בתלושי השכר, ובהעדר תחשיבו סותר, אנו מקבלים אותו וקובעים לפיו כי על הנתבעת 1 לתובעת הפרשי שכר בסך 3,977 ₪.

עם זאת, בנסיבות העניין איננו סבורים שיש מקום לפסוק לתובעת פיצויי הלנה, ומשכך יישאו הפרשי השכר אותם פסקנו הפרשי הצמדה וריבית בלבד, כחוק, וזאת מיום 8.8.18.

### פיצויי פיטורים, אי מתן הודעה מוקדמת ופיטורים שלא כדין

20. הגענו אם כן למסקנה עובדתית שהתובעת לא פוטרה במהלך חופשת המחלה, אלא שביום 12.6.18, עוד קודם לניתוח, היא הודיעה לנתבעים על התפטרותה, וזאת בשל הפרת חוזה העבודה מצד הנתבעים, שלא העלו את שכרה ל- 45 ₪ לחודש, אף שהתחייבו לכך. עוד הגענו למסקנה עובדתית כי הצדדים הסכימו על כך שתקופת ההודעה המוקדמת תימשך עד ליום 8.8.21, שהיה יום הלימודים האחרון לילדי הגן.

לאור קביעות עובדתיות אלה, עסקינן לדעתנו בהתפטרות עקב "הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה... שבהן אין לדרוש [מהעובד] להמשיך בעבודתו" (הציטוט מתוך סעיף 11 לחוק פיצוי פיטורים, תשכ"ג-1964). התפטרות בתנאים שכאלה מזכה את התובעת בפיצויי פיטורים, אף שהתפטרה, והכל בשים לב לכך שהתובעת עבדה יותר משנה מלאה (מיום 18.6.17 עד ליום 8.8.18). נוסף, בבחינת למעלה מהנדרש, כי אין מקום בנסיבות לקביעה שהתובעת השלימה עם תנאי העבודה החדשים, הרעים יותר ביחס לאלה שהובטחו לה, בכך שלא עזבה את עבודתה באופן מיידי. זאת, הן מאחר שלהבנתנו במשך תקופה ארוכה – כפי הנראה לכל אורך החודשים מרץ ואפריל 2018, ואולי מעבר לכך – סברה התובעת כי הנתבעים רק מעכבים את תשלום התוספת לשכרה השעתי, וזאת להבדיל מהחלטה סופית שלא לשלמה, ובין הצדדים אף התנהל שיג ושיח בקשר לכך, וכן בשים לב לכך שמדובר בסוג עבודה שבו קיימת מחויבות של הגנת השלים במידת הניתן את שנת הלימודים, כדי למנוע פגיעה מיותרת בילדי הגן, ובסוג עבודה שבו מצד שני קיים כידוע קושי מהותי במציאת מקום עבודה חדש במהלך שנת הלימודים, שכן רוב חילופי כוח האדם בכלל במערכת החינוך (לרבות בגני הילדים) נעשה במהלך חופשת הקיץ.

אשר לגובה פיצויי הפיטורים, על פי תחשיב התובעת, שנכלל כבר בכתב תביעתה, יש לפסוק לה פיצויי פיטורים בסך 6,525 ₪. מעיון בכתב ההגנה, בתצהיר הנתבעים כמו גם בסיכומיהם, עולה שמעבר להכחשה כללית של עצם זכאות התובעת לפיצויי פיטורים, הם לא כפרו בתחשיבה לעניין סך הפיצויים, ומכל מקום לא טענו כי התחשיב הנכון הוא אחר. משכך, ועל יסוד תחשיב התובעת שמצאנו אותו סביר והגיוני בשים לב לתקופת העבודה, ובהעדר תחשיב סותר, אנו פוסקים לה כפי תביעתה פיצויי פיטורים בסך 6,525 ₪.

21. עם זאת, משקבענו כי התובעת התפטרה, הרי שדין תביעתה לקבלת פיצוי עקב אי מתן הודעה מוקדמת, כמו גם תביעתה שעניינה פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, ללא שימוע ועל רקע של אפליה מגדרית, להידחות.

### פדיון חופשה

22. בכתב התביעה טענה התובעת כי לא קיבלה את מלוא דמי החופשה השנתית להם היתה זכאית – 12 ימי חופשה בסך הכל – וזאת בשים לב לטענתה כי שכרה הנכון היה צריך להיות 45 ₪ לשעה. על פי חשבונה, שולמו לה 8.43 ימים בלבד (1.38 ימי חופשה בתלוש אוגוסט 2017, ועוד 7.05 ימי חופשה בתלוש יוני 2018), והנתבעים נותרו חייבים לה 3.57 ימים. בכתב הגנתם הכחישו זאת הנתבעים, וטענו כי התובעת קיבלה את מלוא פדיון ימי החופשה לה היתה זכאית במשכורת יוני 2018. גם בסיכומיהם חזרו הנתבעים על הטענה כי שילמו לתובעת את מלוא פדיון החופשה לו היתה זכאית במסגרת תלוש יוני 2018. ברם, עיון חוזר בתחשיב התובעת עולה כי היא הביאה בחשבון את הימים שקיבלה ביוני 2018, ולמרות זאת על פי תחשיבה – שעל פניו נראה לנו נכון וסביר בהינתן תקופת

העבודה, היקף המשרה וגובה השכר – נותר אותו החוב הנטען. משכך, ואף לאור כך שלא הוגש תחשיב נגדי, אנו מקבלים רכיב תביעה זה במלואו וקובעים כי על התובעת לשלם לתובעת פדיון חופשה בסך 1,028 ₪.

#### הבראה

23. התובעת טענה כי הנתבעים מעולם לא שילמו לה דמי הבראה, ועל פי תחשיב שכללה כבר בכתב תביעתה טענה שהיא זכאית לסך 1,512 ₪ בגין הבראה. בכתב הגנתם ובהמשך גם בסיכומיהם העלו הנתבעים טענת הגנה אחת ויחידה, והיא כי התובעת אינה זכאית לדמי הבראה שכן לא השלימה שנת עבודה מלאה. על פי הקביעות העובדתיות שלנו לעיל, דין טענתם זו להידחות. משכך, ועל פי תחשיב התובעת שלא נסתר, אנו פוסקים לה את מלוא רכיב תביעתה זה.

#### הפרשות לפנסיה – גמל מעביד

24. התובעת בכתב תביעתה טענה כי לאורך כל תקופת עבודתה לא בוצעו עבורה הפרשות פנסיוניות. לפיכך, ובשים לב לכך שהיתה לה קופת פנסיה פעילה עם תחילת עבודתה (אישור הוצג על ידה) חישבה ותבעה פיצוי בגין כך בסך 4,435 ₪ (ביחס לכל תקופת עבודתה).

הנתבעים בסעיף 39 כתב הגנתם לא כפרו בטענת התובעת שהיתה זכאית להפרשות פנסיוניות, אך טענו שביצעו הפרשות עבורה לקופת פנסיה הלמן אלדובי, ואף צירפו כנספח ג' אישור על ההפקדות האמורות. ברם, מעיון באישור נספח ג' עולה שמדובר במסמך פנימית של רואה החשבון של התובעת, כלל לא ברור שמדובר בהפקדות שבוצעה לחשבון הפנסיה של התובעת (לא מצוין כלל שם). אותו נספח, שכאמור אינו מוכיח דבר לעניין הפקדות לחשבון הפנסיה של התובעת, צורף גם לתצהיר הנתבעים. ולבסוף, באופן מעורר תמיהה ממש ובניגוד לכללי סדר הדין, צירפו הנתבעים לסיכומיהם אישור אחר על העברת כספים לחשבון פנסיה לעובד כלשהו בחברת הלמן אלדובי, אך גם אישור זה – שכאמור ממילא הוגש שלא כדין ועל כן אינו מתקבל כראיה – הינו אנונימי, במובן זה שלא מצוין עליו שם העובדת או העובד עבורו הופקדו הכספים.

25. נוכח כל האמור, אנו מקבלים רכיב תביעה זה במלואו, כך שהנתבעת 1 תשלם לתובעת פיצוי בגין אי הפרשה לפנסיה (גמל) בסך 4,435 ₪.

26. באופן דומה, אנו מקבלים גם את טענת התובעת כי היא זכאית לסך 1,663 ₪ שנוכו משכר ביוני 2018 בגין הפרשות (חלק עובד), לאורך כך שהנתבעת לא הוכיחה כי אכן הפקידה בפועל סכום זה לחשבון התובעת.

#### דמי מחלה

27. התובעת טענה כי היא זכאית לדמי מחלה, וזאת לאחר שבעקבות הניתוח להתאמה מגדרית שעברה קיבלה מהרופא שלה (והציגה לנתבעים וגם לבית-הדין) אישור ל- 40 ימי מחלה. נציין עם זאת, כי בשים לב לתקופת עבודתה, טענה התובעת שהיא זכאית ל- 12 ימי מחלה ברוטו בלבד בלבד שלא ניצלה.

28. הנתבעים הכחישו את זכותה זו של התובעת. כבר במכתב התשובה מטעמם ששלחת גלית (נספח ו-4) שאותו ציטטנו במלואו זה עתה, וכן בהמשך ולכל אורך ההתדיינות, העלו הנתבעים טענות חריפות בדבר כך שלא מדובר במחלה, וכך נכתב בעניין בסעיף 24 לסיכומי הנתבעים:

”יש להבהיר – אותה 'חופשת מחלה' עליה מלינה התובעת, הינה בעצם חופשה מתוכננת של התובעת עוד טרם החלה את העסקתה בגן!! מדובר בניתוח לשינוי מגדרי מתוכנן שעברה התובעת ומשכך בעת התקבלה לעבודתה אצל הנתבעת 1... היא הסתירה פרטי

מהותי זה. התובעת רקמה לעצמה מזימה, בה תמצא מקום עבודה אשר תשלים בו אולי שנת עבודה ואז תוכל לפרוע את מלוא הזכויות המגיעות למי אשר עבד שנה מלאה. בפועל לא השלימה שנת עבודה ובוודאי שהחופשה שבה שהתה לא היתה 'חופשת מחלה' אלא לכל היותר היה מדובר בניתוח קוסמטי יזום של התובעת אשר בגינו נפדו לה ימי החופשה".

29. לאחר שבחנו את טענות הצדדים לכאן ולכאן, הגענו למסקנה שדין טענות התובעת ביחס לרכיב זה להתקבל במלואן, ונמק:

ראשית הראיות שבפנינו מצביעות על הסכמה חוזית בין הצדדים לתשלום ימי המחלה: כפי שכבר קבענו כקביעה עובדתית, התובעת שיתפה הן את צוות עובדי הגן והן את הנתבעים עצמם ברצונה ובכוונתה לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, ובנוסף הודיעה לפחות חודש מראש על מועד הניתוח. למרות האמור, הנתבעים לא טענו – וממילא גם לא הוכיחו – כי הביעו התנגדות לתכניתה זו של התובעת, כי ביקשו מהתובעת לדחות את מועד הניתוח למועד נוח יותר מבחינתם, או כי מסרו לתובעת כי בכוונתם שלא לכבד אישור מחלה שתמציא, שכן לשיטתם לא מדובר במחלה. נהפוך הוא, מהמסרונים ששלחה גלית (נספח ו-3 לתצהיר התובעת) ברור שהיא התחייבה לתובעת לשלם לה דמי מחלה על פי אישור מחלה: כך ביום 4.7.18 כתבה גלית לתובעת "חופשת מחלה להגיש"; ביום 8.7.18 כתבה "אנחנו רוצים לעשות במשכורת הזאת שיוצאת כעת גמר חשבון לתת לך... מחלות.. תשלחי כעת שנעשה חשבון ימי מחלה"; ביום 9.7.18 כתבה "עד עכשיו אנחנו מחכים לחופשת מחלה ולא קיבלנו"; ביום 10.7.18 כתבה גלית: "קיבלתי ימי מחלה"; וגם בשיחת הטלפון שהוקלטה הזכירה פעם אחר פעם גלית לתובעת את הסכמתה לשלם לה דמי מחלה, ובלבד שתעביר את אישור המחלה: "תעבירי את החופשת מחלה לנעמה" (עמ' 23 ש' 9 לתמלול), "אני יכולה רק את ההעתק מקופת החולים (עמ' 23 ש' 17); "יש לך גם את הקופת חולים" (עמ' 24 ש' 1); "תני לי עותק של הבית חולים... אם זה לא יספק את הרואה חשבון אנחנו נבקש גם מקופת חולים" (עמ' 24 ש' 6);

די בכל האמור לקבוע כי הנתבעים הסכימו בזמן אמת – דהיינו התחייבו במסגרת חוזה העבודה עם התובעת – לשלם לה את דמי המחלה בגין הניתוח, ללא קשר למהות הניתוח (להבחנה בין זכותה הקוגנטית של עובדת לתשלום דמי מחלה, לבין זכותה החוזית לדמי מחלה או לפדיון ימי מחלה אף מעבר למינימום המובטח לה במסגרת משפט העבודה המגן, ראו למשל: [ע"ע 126/09 צברי נ' מדינת ישראל](#) (2.5.11), והאסמכתאות שם);

שנית [סעיף 1 לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976](#), מגדיר מחלה כ"אי כשרו הזמני או הקבוע של העובד לבצע עבודתו, הנובע, לפי ממצאים רפואיים, ממצב בריאות לקוי". אך כיצד אמור מעסיק לדעת האם העובד שלו אכן נמצא באי כושר עקב מצב בריאות לקוי? בהתאם לתיקון משנת 2015 [לתקנות דמי מחלה \(נהלים לתשלום דמי מחלה\)](#), תשל"ז-1976 (ק"ת תשע"ה מס' 7533) הדרישה ל"אבחון המחלה" בתעודת המחלה, שהופיע בעבר בתקנה 2, נמחקה. מכאן, שלכל עובד כיום וגם לתובעת עמדה הזכות המלאה למסור לנתבעים תעודת מחלה ללא ציון אבחון המחלה – תוך עמידה על זכותה החוקתית והחוקית לפרטיות – ובמקרה שכזה ברור כי היתה זכאית לקבל דמי מחלה על יסוד התעודה (ולא מיותר לציין כי אין עסקינן במקרה שבו אישור המחלה לא ניתן מאת קופת חולים ציבורית, שאז לפי תקנה 2(ג) במקרה של ספק באותנטיות רשאי המעסיק לבקש מהעובד להתייצב לבדיקה רפואית). במצב דברים זה, איננו סבורים כי העובדה שהתובעת בחרה – בצורה הוגנת ומשתפת ותמת-לב – לשתף את הנתבעים (ושאר אנשי הצוות במקום העבודה) במהות הניתוח שבו מדובר, צריכה לפעול לחובתה, ולהוביל למסקנה משפטית לפיה יש לבחון מהותית את המחלה שבה מדובר, ובכלל זה את טענת הנתבעים שלא מדובר במחלה כלל;

שלישית, בעניין זה, אנו תמימי דעים עם מותב אחר של בית-דין זה בראשות כב' השופטת מיכל נעים-דיבנר, שבאחת הפרשות (ד"מ 36780-12-17 מלמוד נ' בן-חיים, חברת עורכי דין (21.1.19)) קבע כי:

"לטענת התובעים כי מדובר בתקופת מחלה הנובעת מניתוח אלקטיבי ולכן היה על התובעת לבצעו מחוץ לתקופת ההתמחות, אין על מה להסתמך... מן הטעם שמרגע שקבע רופא כי אדם אינו כשיר לעבוד, הנסיבות שגרמו לאי הכושר אינן רלוונטיות לסוגיית תשלום דמי המחלה".

רביעית דומה, כי עצם התייחסותם של התובעים לניתוח ההתאמה המגדרית שעברה התובעת כאל ניתוח קוסמטי, להבדיל מעניין של צורך רפואי, מהווה פגיעה אסורה ומיותרת לחלוטין של התובעים בכבודה של התובעת. באחת הפרשות, שבה דן בית הדין האזורי לעבודה בחיפה בשאלת היקף זכותה של טרנסג'נדרית למימון ציבור לתהליך התאמה מגדרית (חבר 59470-07-19 פלוני נ' מדינת ישראל (15.10.19), מותב בראשות כב' השופט טל גולן)) נקבע כי התאמה מגדרית הינה כ"דיני נפשות של ממש", ואנחנו מסכימים. באופן ספציפי ורלוונטי עוד יותר לענייננו, קבע לאחרונה בית-משפט השלום בתל-אביב כי ניתוח להסרת חזה – ממש כמו זה שעברה התובעת במקרה שלפנינו – הינו בגדר צורך רפואי, תוך שנדחו טענות חברת הביטוח שנתבעה שם שמדובר בפרוצדורה שאינה מכוסה על ידי פוליסה לביטוח בריאות רפואי שאותה הנפיקה לתובע שם, ובכלל זה טענה זהה לטענה שהעלו התובעים לפנינו, כי מדובר ב"ניתוח קוסמטי" גרידא (תא"מ 19-08-19482 אלמוני נ' איילון חברת לביטוח (9.5.21)). אף שבתיק שלפנינו, בשונה מהתיק בעניין אלמוני שנדון בבית משפט השלום, לא הוגשו על ידי הצדדים חוות-דעת רפואיות, דומה שעצם הצורך של טרנסג'נדרים לעבור פרוצדורות של התאמה מגדרית הינו בגדר ידיעה שיפוטית, שאינה טעון הוכחה (להתפתחויות מן העת האחרונה בכל הנוגע לטיפול הרפואי באנשים על הקשת הטרנסית, ראו למשל: חוזר אגף לבריאות הנפש מינואר 2021 בנושא "הנגשה תרבותית של שירותי בריאות נפש לאנשים על הקשת הטרנסית" (זמין לעיון באתר האינטרנט של משרד הבריאות). חוזר זה מפנה למסמך ארגון הבריאות העולמי (WHO) משנת 2017 שעניינו "Ensuring an Inclusive global health agenda for transgender people" (זמין לעיון באתר האינטרנט של ארגון הבריאות העולמי); למידע עדכני נוסף ביחס לזכותם של אנשים המצויים על הקשת הטרנסית להתאמה מגדרית, ראו: הצוות הבין-משרדי לקידום האוכלוסייה הטרנסית בישראל טרנס\*פורמציה ממשלתית: דו"ח ביניים 12 (דצמבר 2020), שצוטט לאחרונה על ידי כב' הנשיאה אסתר חיות בבג"ץ 3148/18 פלוני נ' שר הפנים (5.5.21)). עוד על הקשר בין משפט ורפואה בהקשר של זכויות טרנסים, ראו פרק ג' למאמרו של המלומד עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" שפורסם בספר זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (הוצאת נבו, 2016);

ולבסוף פניה למשפט המשווה מלמדת כי לכל הפחות בבריטניה קיימת הוראת חוק מפורשת, הקובעת כי התייחסות שונה של מעסיק לעובד שנעדר מעבודתו עקב תהליך של התאמה מגדרית, לעומת עובד עקב מחלה או פציעה, הינה בגדר הפליה אסורה (ראו הוראת סעיף 16 ל- Equality Act משנת 2010, שכותרתה: Gender reassignment discrimination: cases of absence from work). באחת הפרשות שהתבררה בבית-דין זה, נפסק כי הפליה על בסיס זהות מגדרית הינה הפליה אסורה על פי הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (סעיף 791-06-13 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (13.5.14), מותב בראשות כב' השופטת (כתוארה אז) עידית איצקוביץ). ערעור שהוגש על פסק דין זה אמנם הסתיים בפשרה, אך צוין בפסק הדין שאישר אותה כי "בית דין זה אכן סובר שעל פני הדברים אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית" (ע"ע 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל (2.6.15)). משכך, אף שבמקרה שלפנינו אנו נדרשים לבחון את הוראות דמי מחלה, תשל"ו-1976, ואין בפנינו בקשר לרכיב תביעה זה טענה הנסמכת על הוראות חוק שוויון ההזדמנויות, הרי שהנכון לדעתנו הוא לבחור, במידת הניתן, בפרשנות המקדמת את שוויון ההזדמנויות בעבודה לעובדים טרנסים (לכלל לפי

מבין מתחם אפשרויות פרשנויות, יש לבחור במידת הניתן את זו המקדמת את השוויון, ראו: [עב"ל 42626-08-13 המוסד לביטוח לאומי נ' אור רם](#) (2.5.18); [ע"ע 1155/02 מדינת ישראל נ' מוסקלנקו](#) (31.8.03); למעמדה הנורמטיבי של זכותם לשוויון של אנשים על הקשת הטרגית, ראו גם דעת היחיד של כב' השופט סלים ג'ובראן, בסעיף 2 לחוות-דעתו [ב-ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל](#) (12.9.13), כי "הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)".

30. אשר לסך דמי המחלה – לפי תחשיב התובעת, היא זכאית ל- 12 ימי מחלה בסך 4,320 ₪ (לפי 12 ימים X שמונה שעות ביום X 45 ₪ לשעת עבודה). מעיון בסיכומי הנתבעת, עולה שאין היא חולקת על מספר ימי המחלה המגיעים (למעשה, בסעיף 25 לסיכומיה טוענת הנתבעת שהתובעת זכאית לפי אישורי המחלה שהגישה ל- 14.5 ימי מחלה), ואין היא מציגה תחשיב אחר לעניין ערכו של יום מחלה. משכך, ומכיוון שעל פניו תחשיב התובעת הינו נכון לדעתנו, אנו מאשרים אותו ופוסקים על פיו כי הנתבעת 1 לשלם לתובעת דמי מחלה בסך 4,320 ₪.

### סוף דבר

31. התביעה מתקבלת בחלקה. הנתבעת 1 תשלם לתובעת את הסכומים הבאים:

א. פיצוי על אי מתן הודעה לעובד בסך 4,000 ₪.

ב. פיצויי פיטורים בסך 6,525 ₪.

ג. פדיון חופשה בסך 1,028 ₪.

ד. דמי הבראה בסך 1,512 ₪.

ה. הפרשה לפנסיה (גמל מעסיק) בסך 4,435 ₪.

ו. פיצוי בגין ניכוי גמל חלק עובד שלא הועבר ליעדו בסך 1,663 ₪.

ז. דמי מחלה בסך 4,320 ₪.

כל הסכומים שנפסקו יישאו הפרשי הצמדה וריבית מיום סיום יחסי העבודה (8.8.18) ועד למועד התשלום בפועל (בנסיבות העניין ונוכח קיומה של מחלוקת כנה בין הצדדים, לא מצאנו מקום לפסוק לתובעת פיצויי הלנת שכר או פיצויי הלנת פיצויי פיטורים, מעבר להפרשי הצמדה וריבית).

כמו כן תשלם הנתבעת 1 לתובעת הוצאות משפט בסך 5,000 ₪.

בפסיקת ההוצאות על הצד הנמוך לחובת הנתבעת 1 הבאנו בחשבון את העובדות שהתביעות האישיות כנגד הנתבעים 2 ו- 3 (הבעלים של הנתבעת 1) נדחו, ועל כן אין צו להוצאות לחובת התובעת בגין דחיית תביעות אלה.

**זכות ערעור כדין לבית-הדין הארצי לעבודה בירושלים.**

ניתן היום, ג' תשרי תשפ"ב, (09 ספטמבר 2021), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.



---

מר אבינועם בן יצחק,

---

דורי ספיבק, שופט

---

גב' הלן הרמור,

נציג ציבור מעסיקים

סגן הנשיאה

נציגת ציבור עובדים