

1. קו לעובד
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. נעמ"ת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות
4. מוקד סיוע לעובדים זרים
5. רופאים לזכויות אדם

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר יובל לבנת ו/ או עו"ד מיכל פינצ'וק
ו/או עו"ד גלי עציון ו/או עו"ד יונתן ברמן

שמענם להמצאת כתבי בית דין הוא :

קו לעובד, רח' י.ל. פרץ 17, ת"ד 2319 תל-אביב 61022

טלפון: 03-6883766; פקס: 03-6883537

טל' נייד: 050-785-5044

העותרות

- נגד -

1. משרד הפנים
2. המוסד לביטוח לאומי (משיב פורמלי)
3. משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (משיב פורמלי)

באמצעות בא כוח מפרקליטות המדינה

מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ולמתן צו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים המופנים למשיבים או למי מהם.

צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיב לבוא וליתן טעם, אם ברצונו בכך, מדוע לא יבוטל נהל "הטיפול בעובדת זרה בהריון" (הן בנוסחו מיום 17.10.04, והן בנוסחו המתוקן, כפי שיפורט להלן), ולאחר שמיעת העתירה להפוך את הצו למוחלט.

יובהר כבר כעת, כי עמדתן המשפטית של העותרות הינה כי יש לאפשר למהגרת עבודה ("עובדת זרה") אשר ילדה ילד/ה בישראל, במהלך תקופת שהייתה בישראל כדין, להשלים את תקופת העבודה המקובלת ביחס למהגרי עבודה בישראל, על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, העומדת על 63 חודש (חמש שנים ושלושה חודשים), ולאפשר לילד/ה שנולד/ה בישראל להישאר לצד אימו/ה עד לתום תקופה זו.

בקשה לצו ביניים

בית-המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים האוסר על המשיב 1 לבטל אשרת עבודה, או להימנע מחידוש אשרת עבודה, של מהגרת עבודה מן הסיבה כי מהגרת העבודה ילדה תינוק/ת בישראל, וכן להימנע מהוצאת צו הרחקה ו/או צו משמורת כנגד מהגרת עבודה מן הסיבה כי מהגרת העבודה ילדה תינוק/ת בישראל.

להלן נימוקי הבקשה לצו ביניים:

1. ההלכה לעניין מתן צו ביניים מורה כי, על דרך העקרון, זה ינתן "על מנת לשמור על המצב הקיים" (בג"צ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל רשות השידור, פ"ד טו (1) 2364, 2366). בענייננו, המבוקש הוא שלמהגרת עבודה אשר בידה אשרת עבודה, ואשר טרם מיצתה את תקופת העבודה המקובלת על פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (העומדת ברגיל על 63 חודש) ותאפשר להמשיך ולעבוד על פי האשרה שניתנה לה.
2. במילים אחרות, המשיב 1, בכך שאינו מאפשר למהגרת עבודה, אשר שהתה בישראל ברשיון, להמשיך ולעבוד בישראל (בין על דרך של ביטול אשרתה ובין על דרך של אי-חידושה) הוא הפועל לשינוי "המצב הקיים", והכל מן הסיבה כי מהגרת העבודה ילדה תינוק/ת בישראל. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לשמור על המצב הקיים באופן זה שמהגרת העבודה, השוהה ועובדת בישראל כחוק, תוכל להמשיך ולעשות כן, על פי הקריטריונים הקבועים בחוק הכניסה לישראל (דהיינו, עד לתקופה של 63 חודש), ומבלי שהבאת הילד/ה לעולם תהווה "נסיבה" אשר בגינה ראוי להענישה על דרך של ביטול אשרתה או אי-חידוש אשרתה.
3. זאת ועוד. כידוע, "מטרתו של סעד זמני היא למנוע הכשלת פסק-דין פרוספקטיבי בתקופת הביניים שעד הינתנו" (רע"א 7/89 רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב (4) 683). בענייננו אם לא יינתן צו ביניים כמבוקש עלולות מהגרות עבודה אשר "חטאו" בכך שהביאו ילד לעולם להיות מגורשות מישראל, וכך גם אם תתקבל עתירה זו לא יהא בכך משום נחמה של ממש עבור אותן עובדות.
4. הנזק שנגרם למהגרת עבודה אשר מגורשת מישראל לפני שעבדה כאן מספר שנים לפחות הינו נזק עצום. זאת לאור העובדה המצערת שמהגרי עבודה משלמים אלפי דולרים למתווכי עבודה שונים על מנת להסדיר עבודתם בישראל. על מנת לממן דמי תיווך אסטרונומיים אלה

(לדוגמא, מהגרי עבודה מסין משלמים נכון להיום דמי תיווך בגובה של \$10,000-\$12,000, כאשר השכר הממוצע שלהם בסין עומד על \$50-\$100), נוטלים מהגרי העבודה הלוואות מגורמים שונים, לעיתים אף מהשוק השחור, ואם חוזרים הם לארצם לפני שהצליחו להחזיר את סכום ההלוואה, נשקפת לא אחת סכנת חיים להם ולמשפחותיהם. הנה מספר אסמכתאות באשר לדמי התיווך הגבוהים שמשלמים מהגרי עבודה המגיעים לישראל:

4.1. בדו"ח מבקר המדינה מס' 53 משנת 2003 נכתב בעמ' 649:

העובד הזר משלם, בארצות מסוימות, סכומים שבין \$3,000-\$10,000 דולר כדי לעבוד בישראל. סכום זה מתחלק בין חברת כוח האדם בארץ המוצא לבין מתווכי כוח אדם בארץ. גביית עמלה על ידי מתווכי כוח האדם בארץ, הנעה בין 1,300 דולר ל- 3,000 דולר לעובד, מנוגדת לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט 1959. האפשרות לגבות עמלות מעובדים זרים בחו"ל תמורת היתרי העבודה, יוצרת פיתוי להגשת בקשות לקבלת היתרי העסקה בהיקף גדול יותר מצורכי המבקשים, ולסחר בהיתרי העסקה בניגוד לתנאי קבלת ההיתר.

ובהמשך, בעמ' 655-656:

חוק שירות התעסוקה, התשי"ט - 1959, קובע, כי "לשכה פרטית לא תדרוש, לא תגבה ולא תקבל תשלום כלשהו, במישרין או בעקיפין, בישראל או בחוץ לארץ, ממבקש עבודה או מאדם אחר הפועל בעניינו של מבקש העבודה בישראל או בחוץ לארץ בתיוך עבודה "להבדיל מהמעסיק. להערכת משרד העו"ר, משרד הפנים, המשרד לביטחון פנים ומשטרת ישראל, ועל פי מסמכים וחשבוניות שנמצאים בידי משרד מבקר המדינה עולה, כי עובדים זרים מארצות מסוימות, בפרט ארצות דרום מזרח אסיה, משלמים עבור הזכות לעבוד בישראל סכומי כסף, שהם לרוב סכומי עתק מונחי ארץ המוצא. מעריכים שבסין משולמים הסכומים הגבוהים ביותר. עובד מסין נדרש לשלם כ- \$5,000-\$10,000 דולר. עובדים זרים מתאילנד נדרשים אף הם לשלם סכומים נכבדים – כ- \$3,000 דולר - עבור הזכות לעבוד בישראל. כספים אלה מתחלקים בין מתווך כוח אדם בארץ המוצא לבין מתווך כוח האדם הישראלי. ממסמכים שהגיעו לידי משרד מבקר המדינה עולה, כי סכום הכסף שמקבלים מתווכי כוח אדם הישראליים מהעובדים הזרים מסין נע בין \$2,500-\$3,000 דולר לעובד... מצב בו עובדים זרים מארצות מסוימות משלמים למתווכי כוח אדם ישראלים תמורת היתר עבודה בישראל, גורם לכך שמתווכי כוח אדם אלה יעדיפו לייבא עובדים זרים מאותן ארצות באמצעות היתרי העסקה שניתנו למעסיקים.

העתק העמודים הרלוונטים מדו"ח מבקר המדינה מס' 53 רצ"ב ומסומן "א".

4.2. על תופעה זו עמד גם מר יורם עידה, רכז בכיר בתחום לתנאים סוציאליים לעובדים זרים באגף לאכיפת חוקים במשרד התמ"ת, במאמר לדיון מס' 18.04, אשר פורסם על ידי מינהל התכנון במשרד התמ"ת תחת הכותרת "הגורמים

המשפיעים על מעבר עובדים זרים להעסקה בלתי חוקית". כך כתב מר עידה בעמ' 65 למחקרו המרתק:

תופעת הניצול בולטת בעיקר בקרב קבוצה זו [עובדים סינים – י' ל']. עובד סיני, על פי ממצאי המחקר, משלם סכומי כסף עצומים במונחי סין, תמורת הזכות לעבוד בישראל. לא ברור כיצד משיגים הסינים סכומים בסדר גודל כזה וכיצד מתחלקים כספים אלו בין חברות ומתווכים בסין ובין חברות כוח אדם ומעסיקים ישראלים אך **מדובר בתופעה ולא במקרים בודדים. סביר להניח כי הרווחים מתחלקים בין הצדדים המעורבים בהעסקת העובדים בניגוד לחוקי שירות התעסוקה האוסרים על כך (ההדגשות הוספו).**

העתק הפרק "דיון" ממחקרו של מר עידה, "הגורמים המשפיעים על מעבר עובדים זרים להעסקה בלתי חוקית", רצ"ב ומסומן "ב".

4.3. הדברים עולים מפורשות אף ממסמך שהוגש על ידי פרקליטות המדינה לבית- המשפט העליון במסגרת בג"ץ 10843/04. כך כתבה הפרקליטות בסעיף 15 ל"תגובה מטעם המשיבים 1-3" במסגרת אותו הליך:

למיטב הידיעה, חלק ניכר מהעובדים הזרים שמגיעים לישראל משלמים ככל הנראה סכומי עתק לחברות כוח-אדם ו/או לגורמים מתווכים אחרים תמורת עצם הסדרת העסקתם בישראל.

העתק "תגובה מטעם המשיבים 1-3" במסגרת בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל ואח' רצ"ב ומסומן "ג".

5. **סיכויי קבלת העתירה גבוהים.** זאת לאור העובדה שהנוהל המותקף בעתירה זו קובע כי על מהגרת עבודה, אשר שוהה בישראל ברשיון, לעזוב את ישראל תוך שלושה חודשים מיום הלידה. בכך נוגד הנוהל בצורה בוטה הוראות סטטוטוריות ברורות, האוסרות על פיטורי אישה בהריון או מחמת הורות (וביניהן, חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988), הכל כמפורט בעתירה זו.

6. יודגש, כי צו הביניים אינו מבוקש ביחס לכלל מהגרות העבודה אשר ילדו בישראל, אלא אך ורק ביחס למהגרות עבודה אשר ילדו בישראל כאשר שהו בה כדין, ואשר הסיבה היחידה לביטול, או לאי-חידוש האשרה שלהן על ידי משרד הפנים הינה כי ילדו ילד/ה בישראל. בנסיבות אלה, אין לומר כי מדובר בבקשה לצו ביניים כוללני, אלא בבקשה סבירה ושקולה.

7. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד ליתן צו ביניים כמבוקש.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי

8. ממקרים שונים שהגיעו לטיפול של העותרת 1 במהלך השנים 2003-2004 עלה, כי באותה תקופה לא הייתה למשרד הפנים מדיניות ברורה ואחידה באשר לאשרות שיש להעניק – אם בכלל – למהגרות עבודה בהריון, אשר נכנסו לישראל כדין וביקשו לחדש את רשיון השהיה שלהן בישראל (כפי שהן נדרשות לעשות אחת לשנה), וזאת שעה שהיו בהריון או תוך תקופה קצרה לאחר הלידה. פקידים שונים בלשכות שונות של מנהל האוכלוסין נקטו אז עמדות שונות באשר למעמדן המשפטי של מהגרות עבודה בהריון.

9. לאחר שפניות מוקדמות אל משרד הפנים לא נענו, נאלצה העותרת 1 להגיש עתירה לבית משפט זה (בג"צ 6816/04 קו לעובד נ' שר הפנים). הסעד שהתבקש באותו עניין, היה חיובו של שר הפנים בניסוחן ובפרסומן של הנחיות מנהליות המסדירות את מעמדן המשפטי של מהגרות עבודה בתקופת הריון, ולאחר שילדו.

העתק מכתב העתירה בבג"צ 6816/04 רצ"ב ומסומן "ד".

10. ביום 22.10.04, ועוד לפני שנקבע דיון ראשון בעתירה, פנה עוה"ד יובל רויטמן מפרקליטות המדינה במכתב אל הח"מ, בו בישרו כי נקבע נוהל כמבוקש בעתירה. הנוהל החדש צורף למכתבו של עו"ד רויטמן. לפיכך, ביקש האחרון מן הח"מ למחוק את העתירה בבג"צ 6816/04. במענה למכתב זה, הסכים הח"מ למחוק את העתירה תוך כי הוא מציין כי אין במחיקת העתירה משום הבעת עמדה ביחס לחוקיותן של ההנחיות החדשות מבחינת תכנן. למעשה, כבר באותו מכתב, ציין הח"מ כי ההנחיות החדשות נגועות באי חוקיות. אולם, מאחר והסעד שהתבקש בבג"צ 6816/04 היה ניסוחן של הנחיות – נמחקה העתירה. עמדה זו נמסרה גם לבית-המשפט בבקשת המחיקה, בה נכתב: "למען הסר ספק, אין בבקשה למחיקת העתירה כדי להביע עמדה מצד המבקשת ביחס לחוקיות ההנחיות החדשות, מבחינת תכנן. אולם מאחר שהסעד המבוקש בעתירה היה ניסוח הנחיות, מבלי להיכנס לשאלת תוכן ההנחיות, ומאחר שמשרד הפנים פעל לניסוח הנחיות כאמור, הרי שסבורה העותרת שיש מקום למחוק את העתירה".

העתק מכתב מיום 22.10.04 מאת עו"ד רויטמן אל הח"מ רצ"ב ומסומן "ה".

העתק מכתב מיום 26.10.04 מאת הח"מ אל עו"ד רויטמן רצ"ב ומסומן "ו".

העתק בקשה למחיקת העתירה רצ"ב ומסומן "ז".

העתק נוהל "טיפול בעובדת זרה בהריון" מיום 17.10.04 רצ"ב ומסומן "ח".

11. למען הנוחות, יצוטט להלן הנוהל, אשר צורף למכתבו של עו"ד רויטמן מיום 22.10.04, בשלמותו:

הנדון: הטיפול בעובדת זרה בהריון

1. עובדת זרה, השוהה בישראל כחוק, הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך, ומסיבה כלשהי הופסקה עבודתה אצל מעסיקה

הרשום, יכולה להגיע ללשכת מינהל האוכלוסין ולהגיש בקשה לרשיון מסוג ב/2 [אשרת תייר – י"ל].

2. במידה ואין לה בישראל קרובי משפחה מדרגה ראשונה (הורים, בן זוג ו/או ילדים) ואין מניעה אחרת למתן המעמד, יאושר לה רשיון מסוג ב/2 עד 12 שבועות לאחר מועד הלידה המשוער.

3. עד לתום 12 שבועות צריכה העובדת להחליט אם לעזוב את ישראל יחד עם תינוקה או שמא לשלוח את תינוקה מישראל ולהמשיך לשהות בישראל לבדה (בהנחה ועפ"י הנהלים באפשרותה לעשות כן).

4. על העובדת להסדיר את המשך שהייתה לפני תום תקופת רשיון ה-2/ב. לא תינתן הארכה מעבר ל-12 השבועות האמורים באם לא הסדירה מעמדה.

12. בתאריך 3.11.04 התקיים דיון בנושא הנוהל החדש, במסגרת ישיבת ועדת הכנסת המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים (להלן: "ועדת עו"ז"). הח"מ, ביחד עם הגב' סיגל רוזן מן העותרת 4, נכחו באותה ישיבה, והעלו במסגרתה את השגותיהם כלפי הוראות הנוהל החדש. ההשגות הועלו שם בפניו של מר ששי קציר, מנהל מינהל האוכלוסין, אשר הוזמן גם הוא לישיבה. במסגרת אותה ישיבה העלה גם יו"ר הוועדה דאז, חה"כ רן כהן, את השגותיו כנגד הנוהל. ח"כ כהן הביע דעתו שמדובר בנוהל "לא אנושי" (עמ' 13 לנהל), ואף הציג את השאלה הבאה: "מה היינו אומרים, אם היו אומרים באיזה שהוא עם בעולם, לאמא יהודיה, שאחרי שישה שבועות היא צריכה לשלוח את התינוק שלה למדינה אחרת, או להיות מסולקת בעצמה למקום אחר שהיא באה להתפרנס, לא היינו אומרים שהם אנטישמים?" (עמ' 7 לפרוטוקול).

העתק מפרוטוקול מספר 39 לישיבת הוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים, מיום י"ט בחשוון התשס"ה (3.11.2004) רצ"ב ומסומן "ט".

13. בחלוף חודשיים ממועד הישיבה פנו הח"מ ועו"ד מיכל פינצ'וק מהעותרת 2 במכתב אל מר ששי קציר על מנת לברר, אם בעקבות הדברים שהועלו בישיבת הוועדה, נעשתה חשיבה מחודשת באשר לנהל. באותו מכתב גם פירטו השניים את עיקר טענותיהם המשפטיות כלפי כל אחת ואחת מהוראות הנוהל. העתק מן המכתב נשלח גם אל עו"ד יובל רויטמן ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. יצויין שבעקבות מכתבו של הח"מ מיום 26.10.04 (נספח ו), הציג עו"ד רויטמן לח"מ להפנות אליו את השגותיו כנגד הנוהל במסגרת הליך של "קדם בג"ץ". לאור הצעה זו, נתבקש עו"ד רויטמן על ידי הח"מ לראות במכתב למר קציר כפניה של "קדם בג"ץ", וכך אכן היה.

העתק מכתב מיום 19.1.05 מאת הח"מ ומאת עו"ד פינצ'וק אל מר קציר רצ"ב ומסומן "י".

14. בפניה נוספת מיום 22.5.05 אל עו"ד רויטמן במישרין, הוסיפו עו"ד פינצ'וק והח"מ טענה נוספת כנגד הנוהל.

העתק מכתב מיום 22.5.05 מאת עו"ד פינצ'וק והח"מ אל עו"ד רויטמן רצ"ב ומסומן "יא".

15. ביום 19.6.05, התקבלה במשרדו של הח"מ תשובתו של עוה"ד רויטמן לטענות שהוצגו בפניו באשר לחוקיות הנוהל. עוה"ד רויטמן דחה את הטענות שהעלו הפונות כלפי ההוראה הראשונה (הנפקת אשרת תייר במקום אשרת עבודה; הענקת האשרה רק לעובדת המצויה בחודש השישי ואילך להריונה) וכלפי ההוראה השנייה (התניית הנפקת אשרה בהעדרם של קרובים מדרגה ראשונה בארץ) של הנוהל. את הטענות כלפי ההוראה השלישית של הנוהל (בחירה בין עזיבת המדינה לשליחת התינוק) דחה עו"ד רויטמן בנימוק הבא (סעיף 5 למכתבו):

הטענה השלישית הינה כי יש לאפשר לעובדת הזרה להמשיך ולשהות בישראל עם ילדה, וכי אין לחייבה לבחור בין המשך שהייה בישראל ללא ילדה לבין עזיבת הארץ. **בעניין זה אבקש לעדכן כי על פי הנהלים המעודכנים שנקבעו על-ידי ראש מנהל האוכלוסין, על העובדת הזרה לעזוב את הארץ, בתום 12 השבועות לאחר מועד הלידה המשוער.** נציין כי הוראה זו אף היא נובעת מהאינטרס הציבורי למנוע השתקעותם של עובדים זרים בישראל. (ההדגשה הסופה – י"ל).

העתק מכתב מיום 19.6.05 מאת עו"ד רויטמן אל הח"מ רצ"ב ומסומן "יב".

16. כך, חמישה חודשים לאחר הפתיחה בהליך של "קדם בג"ץ", נתקבלה תשובת הפרקליטות ולפיה לא רק שנדחו כלל טענותיהן של הפונות, אלא שבמובן מסויים אף הוקשח הנוהל. דהיינו, לגבי המשך שהייתה החוקית של העובדת שילדה בישראל, אין עומדת עוד לעובדת הברירה לשלוח את ילדה לחו"ל ולהמשיך ולעבוד בישראל. כעת, בעקבות הליך קדם הבג"ץ, חייבים העובדת-האם והרך הנולד לעזוב שניהם את ישראל לא יאוחר מ-12 שבועות מיום הלידה.

17. לאחרונה העלה משרד הפנים חלק מנהליו על אתר האינטרנט של המשרד. בין הנהלים שפורסמו נמצא "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון", הכול את העדכון עליו דיווח עו"ד רויטמן במסגרת קדם הבג"ץ. הנוהל המפורסם קובע כדלקמן:

עובדת זרה השוהה בישראל כחוק, הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך ומסיבה כלשהי הופסקה עבודתה אצל מעסיקה הרשום, יכולה להגיש בקשה לרשיון מסוג ב/2. יינתן לה רישיון שהייה מסוג ב/2 עד ל-12 שבועות לאחר מועד הלידה המשוער.

העתק "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון", כפי שמפורסם באתר האינטרנט של אתר משרד הפנים רצ"ב ומסומן "יג".

18. לאור דחיית טענות הפונות בהליך ה"קדם בג"ץ", ולאור העובדה כי חמשת העותרות, כאחת, רואות עין בעין את תכניו של הנוהל כפוגעניים ובלתי חוקיים, מוגשת עתירה זו.

הטיעון המשפטי

המישור הפרוצדורלי: על סמכות בג"צ לדון בעתירה

19. הסמכות לדון בעתירה זו מסורה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק באופן ייחודי. אין מדובר במקרה בו נתונה סמכות (מקבילה) לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית המשפט לעניינים מנהליים. על כן, אין לומר כי מדובר במקרה בו על בית-משפט נכבד זה להפנות את העותרות לבית המשפט המנהלי מכוח דוקטרינת "הסעד החלופי" (בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים פ"ד נו(5) 950).

20. סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס – 2000 קובע:

בית משפט לעניינים מנהליים ידון באלה –

(1) עתירה נגד החלטה של רשות בענין המנוי בתוספת הראשונה...

פרט 12 לתוספת הראשונה קובע לאמור:

מינהל אוכלוסין ועובדים זרים – החלטה של רשות בעניני אשרות כניסה ורישיונות ישיבה ועבודה, לרבות עניני הרחקה, משמורת ושחרור בערובה, לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, וכן החלטה של רשות לפי חוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991, למעט החלטת ממשלה בענין עובדים זרים והחלטה לפי פרק ה' בחוק האמור.

21. בענייננו העתירה אינה מכוונת כנגד החלטה קונקרטית של משרד הפנים, באשר להענקה או לאי הענקה של האשרה למהגר עבודה ספציפי. לשון אחר, אין מדובר כאן בעתירה המכוונת כנגד החלטה נקודתית זו או אחרת של גורם במשרד הפנים שלא להעניק לפלונית אשרת כניסה או רישיון עבודה, או לשימה במשמורת או להרחיקה מישראל, וכיוצא באלה עניינים המוזכרים בפרט 12 שלעיל. הסעד המבוקש בעתירה זו הוא כללי ועקרוני, מעבר להסדרת עניינה הקונקרטי של מהגרת עבודה זו או אחרת. העתירה אינה מכוונת כנגד "החלטה" של משרד הפנים, אלא כנגד נוהל אשר הוציא משרד הפנים תחת ידיו, ובו מספר הוראות. לפיכך, צריכה העתירה להידון בבג"ץ.

22. אפילו מדובר היה במקרה בו ישנה סמכות מקבילה הן לבית-המשפט המנהלי והן לבית המשפט הגבוה לצדק, הרי שראוי היה כי המקרה יידון בבית-המשפט הגבוה לצדק. בבג"ץ 8071/01 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נו(1) 121 נפסק כי מקום בו קיימת סמכות מקבילה הן לבג"צ והן לבית-המשפט לעניינים מנהליים, מן הראוי הוא שהעניין יידון (ככלל) בבית-המשפט לעניינים מנהליים מקום בו העתירה מעלה "מחלוקת עובדתית אשר ההכרעה בה מחייבת חקירות ובדיקות אשר הכלים הראויים למימושן מצויים בידי הערכאה אזרחית..." (בעמ' 130). עוד נקבע באותו עניין, כי בית-המשפט הגבוה לצדק יפנה את העותר לבית-המשפט המנהלי מקום בו המחלוקת המועלות הן "אזרחיות במהותן". ברוח דומה, נפסק בבג"ץ סאלמה הנזכר לעיל, כי כאשר "ההתמקדות היא בבסיס המשפטי המונח ביסוד ההסדר כולו... - הדיון בעתירות... יהיה כל כולו בבית המשפט הגבוה לצדק" (בעמ' 956).

בעניין נשוא עתירה זו אין מדובר במחלוקת עובדתית הדרושה לבירור, ואין מדובר במחלוקת שאופיה "אזרחי". המחלוקת היא בעלת אופי ציבורי כללי – שכן היא נוגעת לשאלות כלליות בדבר מדיניות משרד הפנים יחס להנפקת אשרות שהיה למהגרות עבודה אשר נכנסו לישראל כדין, ונכנסו להריון במהלך שהייתן כדין בישראל.

23. יתירה מכך, מדובר במחלוקת בעלת מאפיינים חוקתיים, שכן היא נוגעת לא רק בסוגיה של חופש העיסוק של מהגרות העבודה, אלא – באופן מרכזי יותר – בשאלה של מעמד האישה במדינה דמוקרטית, וזכותה לשלב בין אמהות לבין עבודה. גם מסיבה זו עולה כי הפורום המתאים ביותר לליבון השאלה החוקתית החשובה הנ"ל הינו בית המשפט הגבוה לצדק (ור' עוד סעיף 6 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, הקובע: "מצא בית משפט לעניינים מינהליים, לבקשת בעל דין, היועץ המשפטי לממשלה, או מיוזמתו, כי עתירה מינהלית שבפניו מעלה ענין בעל חשיבות, רגישות או דחיפות מיוחדת, רשאי הוא, לאחר שקיבל את תגובת בעלי הדין, להורות על העברת הדיון בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק").

המישור המהותי

הקדמה

24. יובהר כבר כעת כי אין לדבר על "תופעה" של מהגרות עבודה היולדות בישראל. להבדיל מהתקופה במהלך שנות התשעים, במהלכה זוגות ואף משפחות שלמות של מהגרי עבודה נכנסו לישראל כמעט ללא מפריע (כאשר רשויות המדינה, למיצער, עוצמות עיניהן נוכח התופעה), הרי שבשנים האחרונות הקשיחה מדינת ישראל עד מאוד את אפשרות הכניסה לישראל, לפחות ככל שמדובר בכניסתן של משפחות לישראל. כפי שיפורט להלן, ככל שמדובר במהגרי עבודה, משרד הפנים אינו מתיר כיום שהיה של קרובי משפחה מדרגה ראשונה בישראל בצוותא, ואוכף איסור זה בנמרצות.

25. יתירה מכך, עתירה זו מכוונת אך ורק להסדרת מעמדם של מהגרות עבודה אשר נכנסו לישראל ברשיון, ואשר בזמן כניסתן להריון שהו בישראל ברשיון. אין העתירה, כמו הנוהל שאותו היא תוקפת, מכוונת להסדרת מעמדם של מהגרות עבודה שנכנסו לישראל שלא ברשיון.

26. על כך שמדובר במקרים ספורים של לידות על ידי מהגרות עבודה בישראל (ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בעובדות השהות בישראל ברשיון) ילמדו דבריו של מנהל מינהל האוכלוסין בכבודו ובעצמו. בישיבת ועדת עו"ז מיום 3.11.04 נאמר על ידי מנהל מינהל האוכלוסין, מר ששי קציר כי "השנה אני יכול לתת את הנתון על פי דיווחים שיש לנו, הנו לנו 17 מקרים של נשים שילדו" (בעמ' 13 לפרוטוקול).

27. יצויין כי הטיעונים אשר יוצגו להלן כנגד חוקיות הנוהל הם טיעונים עקרוניים שבחוק ובחוקה, ומכאן שהרלוונטיות שלהם אינה תלויה במספר הלידות של מהגרות עבודה בשנה. אי החוקיות המשפטית והדרקוניות המוסרית שבנוהל אותה אי חוקיות ואותה דרקוניות היא, היא אשר יהא מספר הלידות של מהגרות עבודה בישראל.

28. ועם זאת, העובדה שמדובר מחד במספר מועט של לידות של מהגרות עבודה ברשיון בישראל, ומאידך בנוהל כה דרקוני כה מתמיהה היא, עד כי לא ברור מה העומד מאחורי התנהלות זו של משרד הפנים. יש רק לקוות כי אין מדובר בקסינופוביה: אותו פחד קמאי מן ה"אחר", ה"זר", אשר עלול חלילה וחס להתרבות ולאיים על הקבוצות ההגמוניות המוכרות בחברה.

29. יהא אשר יהא הרציונל העומד בבסיס התנהלות זו של משרד הפנים, ובבסיס הנוהל – זה המקורי וזה המחודש – אשר הוציא המשרד תחת ידיו, הרי שמדובר בהתנהלות בלתי חוקית, וככזו בטלה.

30. להלן יפורטו הטיעונים השונים כנגד נוהל "הטיפול בעבודת זרה בהריון". יצוין, שלמרות שהעותרות בחרו להתייחס לכל סעיף שבנוהל בנפרד, הרי שחלק מהטיעונים שיפורטו להלן רלוונטיים ליותר מסעיף אחד בנוהל. על מנת שלא לחזור על הדברים, לא יפורט טיעון שפורט כבר ביחס לסעיף מסויים בנוהל פעם נוספת לצורך תקיפת סעיף אחר בנוהל.

הוראת סעיף 3 לנוהל

סעיף 3 בנוסחו המתוקן: "על העובדת לעזוב את הארץ בתום 12 השבועות לאחר מועד הלידה המשוער" (מתוך מכתב רויטמן)

31. כאמור לעיל, במסגרת הליכי קדם בג"צ יודע הח"מ בדבר שינוי עמדה על ידי משרד הפנים. בעוד שסעיף 3 לנוהל בנוסחו המקורי קבע כי מהגרת העבודה יכולה לבחור בין (1) שליחת העולל לחו"ל, תוך שהיא נשארת בישראל להמשך עבודתה ברשיון, לבין (2) עזיבת ישראל יחד עם העולל, הרי שעל פי מכתב רויטמן מיום 19.6.05 אין עוד עומדת בפני מהגרת העבודה אפשרות הבחירה בין שתי דרכי פעולה חלופיות אלה. כיום, על פי העמדה החדשה של משרד הפנים, על מהגרת העבודה לעזוב, יחד עם התינוק, לפני חלוף 12 שבועות מיום הלידה.

32. אמור מעתה: **לידת תינוק על ידי מהגרת עבודה בישראל הינה בבחינת אירוע המביא לביטול מידי וסופי של אשרת העבודה של מהגרת העבודה**. בלשון חוזית, ובאנלוגיה, ניתן לומר כי מדינת ישראל מתיימרת לנסח חוזה עבודה עם מהגרת העבודה ובו תנאי מפסיק: תכנס העובדת להריון ותלד ילד/ה – תופקע לאלתר אשרת העבודה שלה.

33. מצער הדבר כי בשנת 2005, יותר מחמישים שנה מאז שנחקק חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ולאחר שהתרחשה כבר – כביכול – "מהפכה פמיניסטית" (אשר, כפי שניתן ללמוד מהעתירה דנן, עדיין רחוקה מכדי מיצוי), עדיין מתנהל משרד הפנים הישראלי על פי קונספציות שמזכירות תקופות עברו, בהן התייחסו החברה, המשפט והמדינה אל האישה היולדת ככזו שאינה יכולה ואינה רשאית להמשיך ולעבוד.

34. סעיף 3 לנוהל, בנוסחו הנוכחי, נוגד את חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: "חוק עבודת נשים") את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות

בעבודה"י, את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועקרונות מן המשפט הבינלאומי ומן המשפט החוקתי הישראלי בדבר שוויון בין המינים.

סעיף 3 לנוהל עומד בניגוד לחקיקת המגן, ובניגוד לעקרונות יסוד בדבר שוויון בין המינים

35. סעיף 9(ג) לחוק עבודת נשים קובע כדלקמן:

(1) לא יפטר מעביד עובדת בחופשת לידה, בימי העדרה לפי סעיף 7(ג)(2) או במשך תקופה של ארבעים וחמישה ימים לאחר תום חופשת הלידה או ימי ההיעדרות כאמור, ולא יתן הודעת פיטורים למועד החל בתקופות האמורות; **במנין ימי הודעה מוקדמת לפיטורים, לא יבואו התקופות האמורות בפסקה זו;**

(2) לא יפטר מעביד עובד או עובדת, בימי העדרם מהעבודה לפי סעיף 7(ד)(1) או במשך תקופה של ארבעים וחמישה ימים לאחר תום ההיעדרות כאמור, ולא יתן הודעת פיטורים למועד החל בתקופות האמורות, אלא בהיתר מאת שר העבודה והרווחה. (ההדגשות הוספו).

36. סעיף 6(ב) לחוק עבודת נשים קובע כי "חופשת הלידה היא שנים עשר שבועות, מהם ששה שבועות או פחות מזה, כרצון העובדת, לפני יום הלידה המשוער והשאר אחרי יום הלידה". סעיף 7(ד)(1) קובע שעובדת שעבדה יותר משנתיים אצל אותו מעסיק יכולה להאריך את תקופת חופשת הלידה אף מעבר לכך.

37. מכאן שבאפשרות העובדת לעבוד עד ליום הלידה, ולאחר מכן ליטול לעצמה חופשת לידה בת 12 שבועות, ובנסיבות מסוימות אף מעבר לכך. עם תום חופשת הלידה, חובה על המעסיק לאפשר לה לשוב לעבודה, ואסור לו לפטרה לפחות במשך 45 יום, וזאת על פי סעיף 9(ג)(1) המוזכר לעיל. בנוסף על כך, סעיף 9(ג)(1) סיפא מבהיר, כי תקופת ההודעה המוקדמת לפיטורין, על פי חוק הודעה מוקדמת לפיטורין ולהתפטרות, תשס"א-2001 (העומדת ביחס לעובד שעבד שנה רצופה אצל אותו מעסיק, על חודש ימים) תבוא במצטבר לתקופת 45 הימים.

38. מכאן שהנוהל בו עסקינן, הקובע שעל העובדת לעזוב את ישראל תוך 12 שבועות מיום הלידה שותר את הוראות חוק עבודת נשים.

39. אמנם לכאורה, מבחינה פורמלית, האיסור על פיטורי העובדת שילדה חל רק ביחס לתקופה של 45 יום לאחר החזרה מחופשת הלידה, אך **בפועל התכלית העומדת מאחורי עקרון זה היא שלא תפוטור עובדת מחמת העובדה שהביאה ילד לעולם**. על תכלית זו ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת חוק עבודת נשים (תיקון מס' 16), התשנ"ז-1997:

כן מוצע להאריך את תקופת איסור הפיטורים החל על המעביד בתקופת חופשת הלידה או החופשה ללא תשלום, למשך ארבעים וחמישה ימים נוספים, ובכך להבטיח את זכותה של העובדת לחזור לעבודתה בתום החופשות האמורות. (ה"ח 2629 מיום 23.6.97; ההדגשה הוספה).

40. מן הסתם, תיקון מס' 16 לא נועד "לדאוג" לעובדת שתוכל לעבוד משך תקופה של 45 יום, אלא לדאוג לכך שלא תאבד את מקום עבודתה מחמת הלידה גם לאחר 45 יום. נראה כי ההנחה היתה שמשחזיר המעסיק את העובדת לעבודתה לאחר חזרתה מחופשת הלידה (מכוח הוראת סעיף 9(ג)(2) לחוק עבודת נשים), הרי שאין כל סיבה להניח שלאחר שראה שביצעה עבודתה נאמנה משך אותם 45 יום יפטרה לאחר מכן.

41. במילים אחרות, סעיף 9(ג)(2) נועד להילחם בדעה הקדומה לפיה אם לילד אינה יכולה לבצע עבודתה נאמנה. ההנחה הינה שלאחר תקופת העבודה ה"נכפית" על המעסיק מכוח סעיף 9(ג)(2), ומשנוכח כי העובדת ממלאת תפקידה כיאות, יווכח בדבר היות ה"דעה הקדומה" שלו כנגד יכולתן של אמהות לעבוד מוטעית.

42. על דעה קדומה זו, ועל החלטת המחוקק להילחם בה, עמד בית-הדין לעבודה בע"ב 1096/03 לינר-סטאק פלסט בע"מ (טרם פורסם), בו נכתב, בפסקה 31 לפסק-הדין:

אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של עקרון השוויון בכלל, ועקרון השוויון בין המינים בפרט (בג"צ 6845/00 איתנה ניב נ. בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נו (6) 663). במסגרת זו הוסבה כבר תשומת הלב להפלייתן ההסטורית – מבנית של נשים והשלכותיה (דב"ע נו / 129-3 שרון פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481; להלן – ענין פלוטקין), המובילה לעתים לדעות קדומות בנוגע ליכולתן להמשיך בביצוע עבודתן כרגיל תוך כדי ההריון וכאמהות צעירות. מטעם זה, וכן נוכח ההכרה בקושי – הנובע מהדעות הקדומות כאמור – למצוא עבודה חלופית תוך כדי ההריון, בחר המחוקק להקנות הגנה מיוחדת כנגד פיטורי נשים בהריון, וזאת במסגרת חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן – "חוק עבודת נשים"). עם זאת, הגנה זו חלה על נשים המועסקות ששה חודשים לפחות במקום העבודה (סעיף 9(א)), כאשר התובעת בענייננו פוטרה לאחר חודשיים ומחצה בלבד. (ההדגשה הוספה).

43. זאת ועוד, נראה כי החובה של המעסיק להשיב את העובדת לעבודה למשך 45 יום לפחות לאחר חזרתה מחופשת הלידה שלה נועדה להבטיח את המשך עבודתה הסדירה של העובדת במקום העבודה בו עבדה עובר ללידתה גם מההיבט הפרגמטי. משאויש התפקיד בשנית על ידי העובדת שחזרה מחופשת הלידה נראה כי, ברוב המקרים, יהיה בכך משום חוסר יעילות כלכלית מצד המעסיק להחליף את מבצעת התפקיד פעם נוספת בעובדת/ת חדשה/ה לאחר 45 ימי עבודה. על ידי כך מממש חוק עבודת נשים את תכליתו בדבר קידום מעמדן של נשים בישראל, על דרך של הבטחת עצמאות כלכלית ומימוש עצמי בתחום המקצועי, והכל על רקע מורשת פטריארכלית אשר משך שנים ארוכות הדירה נשים כליל משורות שוק העבודה, ואשר גם היום גורמת לכך שנשים עדיין נמצאות בשוק העבודה בעמדת נחיתות מבחינת השכר שהן משתכרות, קידומן בעבודה וכיוצא באלה עניינים (לסקירה ר' פרנסס רדאי, "נשים בשוק התעסוקה" מעמד האשה בחברה ובמשפט (רדאי ואח' עורכות) 64, 67-64).

44. עמדה על כך פרופ' דפנה ברק-ארז במאמרה "פמיניזם וזכויות חברתיות של נשים", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים) 855. לאחר שסוקרת פרופ' ברק ארז את ההסדרים המשפטיים הנוגעים להריון וללידה, כותבת המלומדת את הדברים הבאים:

זכויות יתר לנשים בהקשר של הריון ולידה יכולות להיחשב בעייתיות לפי תפיסה נוקשה של שוויון פורמלי ובשל חשש ממדרון חלקלק שיכשיר הפליה בין גברים לנשים. אולם דומה שמקובלת כיום הדעה ששוויון מחייב לעיתים יחס שונה בהתחשב בקיומן של נסיבות שונות. בפועל, **הישרדותן של נשים בעולם העבודה מחייב להבטיח שמקום עבודתן יישמר להן גם כאשר ייעדרו ממנו מזמן לזמן מטעמים הקשורים בהריון ולידה. בכך מושג שוויון מהותי בינו לבין הגברים, שאף הם אינם נדרשים לבחור בחירה אכזרית בין הורות לבין שמירה על מקום עבודתם.** (בעמ' 886).

45. על החשיבות לאפשר לנשים, כמו לגברים, לממש את עצמן הן בתחום ההורות והן בתחום העבודה, עמדה גם פרופסור רדאי במאמרה הנזכר לעיל, בכותבה:

העבודה היא חלק מהותי בחיי האדם, ולפיכך אין המשפט מתעלם מאילוצים שהיא יוצרת לגבי תפקודיו. העיקרון המקובל בחקיקה בפסיקה ובספרות מאה העשרים הוא שעבודה אינה "מצרך", ושהאדם איננו מוכר את שירותיו כדבר הנפרד ממנו – העובד והעבודה אינם ניתנים להפרדה זה מזה. העובדת והעובד הם החומר האנושי, שממנו בנויה החברה האנושית. העיקרון, שעבודה אינה מצרך, נקבע מפורשות בפסיקה בישראל. בהתאם לעקרון זה נקבע בחקיקה, שהעובדים זכאים להיעדרויות למטרת חופשה שנתית, שעות מנוחה, חגים דתיים, מחמת מחלה, זקנה וכדומה. ההורות אינה נופלת בחשיבותה ממטרות אלו כחלקים אינטגרליים של חיי האדם.

האמצעי הבסיסי לשילוב חיי עבודה והורות הוא זכויות היעדרות מהעבודה תוך שמירה על מקום העובד. (בעמ' 74; ההדגשה הוספה).

46. דברים דומים נכתבו על ידי המלומדת Herma Hill Kay במאמרה Equality and Difference: The Case of Pregnancy, 1 Berkley Women's Law Journal (1985). היל קיי גורסת שיש להבטיח שוויון הזדמנויות לגברים ולנשים בחברתנו, במובן זה שנים וגברים כאחד יוכלו לממש את עצמם בהיבטים שונים של החיים. כך, למשל, הן הורות והן עבודה הן פונקציות אנושיות משמעותיות, שהן גברים והן נשים יכולים לממש, וראוי כי החברה והמשפט יאפשרו הן לגברים והן לנשים לממשן. בין גברים לנשים קיים הבדל ביולוגי שגורם לכך שה"חלק" של הגבר בהבאת ילד לעולם (מהבחינה הביולוגית בלבד) אורך שניות או דקות ספורות, ואילו ה"חלק" של האישה בהבאת ילד לעולם (מהבחינה הביולוגית בלבד) אורך כתשעה חודשים. על מנת לאפשר הן לגבר והן לאישה לממש עצמם הן בתחום ההורות והן בתחום העבודה יש להתחשב בהבדל ביולוגי זה, ולהגן על האישה בתקופת ההריון והלידה, כך שלא תאלץ לשלם "מחיר" על הבאת הילד לעולם בדמות אבדן מקום העבודה, ממש כפי שהגבר אינו נאלץ לשלם מחיר זה.

As applied to the employment context, the concept of equality of opportunity takes on the following form. Let us postulate two workers, one female, the other male, who respectively engage in reproductive contact. Assume as well that prior to this activity, both were roughly equal in their ability to perform their similar jobs. The consequence of their having engaged in reproductive behavior will be vastly different. The man's ability to perform the job will be largely unaffected. The woman's ability, measured against her prior performance, may vary with the physical and emotional changes she experiences during pregnancy... In order to maintain the woman's equality of opportunity during her pregnancy, we should modify as far as reasonably possible those aspects of her work where her job performance is adversely affected by the pregnancy. Unless we do so, she will experience employment disadvantages resulting from her reproductive activity that are not encountered by her male co-worker.

47. ואכן, האיסור בדבר פיטורי עובדת מחמת היותה אָם (ולא רק בתקופה של 45 יום מיום חזרתה מחופשת לידה) מעוגן היטב גם בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, כמו גם במסמכים בינלאומיים שונים ובמשפט המשווה.

48. סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע כי "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון או היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירות במילואים..." (ההדגשות הוספו).

49. לכאורה, עשויה לעלות הטענה לפיה סעיף 2 לחוק אינו חל על מעסיק המעסיק פחות משישה עובדים, וזאת לאור הוראת סעיף 21(ג) לאותו החוק. העותרות מבקשות להתייחס בקצרה לטענה אפשרית זו להלן.

50. ראשית יצוין, כי אף כי מרבית מהגרות העבודה בישראל מועסקות בתחום הסיעוד (ומכאן שעל ידי מעסיקים המעסיקים פחות משישה עובדים), הרי שישנן אף מהגרות עבודה המועסקות (ברשיון) בתחומי החקלאות, המלונאות והמסעדנות. המעסיקים של אותן עובדות בענפי החקלאות, המלונאות והמסעדנות מעסיקים בדרך כלל יותר משישה עובדים.

51. יתירה מכך, בית הדין לעבודה כבר פסק כי עקרון השוויון הינו עקרון חוקתי על חוקי, וכי על כן אין בסעיף 21(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כדי "להכשיר" הפליה על ידי מעסיק המעסיק פחות משישה עובדים. בית-הדין אף עמד על כך כי מהדיונים בכנסת סביב חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה עולה כי הכנסת לא התכוונה להכשיר אפליה על ידי מעסיקים של פחות משישה עובדים.

52. פסק הדין שדן בנושא ארוכות הוא ע"ב 303630 ד"ר עלמה לוי – רד רמות חממה

לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ, עבודה אזורי, כרך י"ג, עמ' 142. בשל חשיבות הדברים, נביא ציטוט ארוך מאותו פסק-דין:

...6

אכן ס' 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות קבע כי תחולת החוק היא רק לגבי מעביד המעסיק יותר משישה עובדים.

אל לנו לשכוח כי הפליה בקבלה לעבודה ופיטורים רק בשל הריון, מהווים על פי שיטת המשפט בישראל ועל פי חוקי וערכי היסוד שלה, הפליה אסורה ופסולה, המנוגדת לעקרון השוויון ולדין.

הלכה זו נפסקה עוד בטרם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה בא אל העולם, ותחולתה אינה מוטלת בספק, גם במקרים בהם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אינו חל.

... 7.

8. בית המשפט העליון ובית הדין הארצי פיתחו את מעמדו של עקרון השוויון בין המינים כעקרון יסודי, כחלק מתקנת הציבור והקנו משמעות מעשית ועקרונית ליישומם ולמימושו של העקרון (ר' בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מ"ד(4) 749, בג"צ 1/88, 953/87 **פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו ואח'**, פ"ד מ"ב(2) 309, 333).

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו הגנה על עקרון השוויון, למרות שזה אינו נזכר בו במפורש. במספר פסקי דין של בג"צ הוצע לראות בעקרון השוויון חלק מתכלית החקיקה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ר' בג"צ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ**, פ"ד מ"ח(5) 749, 760, בג"צ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד מ"ח(5) 501).

בבג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מ"ט(4) 94 נפסק על ידי כב' השופטת דורנר כי הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת בתוכה איסור על הפלייתן לרעה של נשים. השפלתה של אישה, על ידי הפלייתה לרעה מחמת עצם היותה אישה פוגעת בכבודה ועל כן היא אסורה על פי דין וסותרת את עקרונות חוק היסוד.

9. רק לאחרונה (ביום 9.10.02) ניתן פסק דין מנחה בבג"צ 6845/00 איתנה ניב ואח' נ' בית הדין הארצי ואח', טרם פורסם.

בדיון זה למדנו מפי כב' השופט חשין, לאחר שסקר את חוקי השוויון:

"כל חוקים אלה כולם, הם ואחרים זולתם, נועדו בעיקרם להצהיר על דין קיים. חוקים אלה לא יצרו לא את השוויון ולא את הצורך בשוויון בין גבר לאשה; נהפוך הוא: הצורך החברתי להכיר בשוויון הוא – הוא המזין את החוקים והוא הנופח בהם רוח חיים. עקרון השוויון היה לפני החוקים. הוא אבי החוקים. וכלשון השופט לנדוי הוא (עקרון השוויון – מ' ח') יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה כתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון הכל בפני החוק. אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריינ" של חוק – יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו.

ובדברי השופט זמיר בבג"צ 6086, 6051/95 רקנט ואח' נ' בית הדין
הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא (289), (3) 368:

... איסור ההפליה מחמת מין אינו זקוק לגושפנקה של חוק, לא חוק גיל
פרישה שווה לעובדת ולעובד ולא חוק השוויון (חוק שוויון ההזדמנויות
בעבודה), אלא הוא קיים ועומד ככלל משפטי בזכות עצמו, וכוחו עמו
לבטל הוראה סותרת בהסכם קיבוצי".

10. הרעיון העומד מאחורי ס' 21 ג' לחוק שוויון הזדמנויות בא לידי
ביטוי בדברי חברי הכנסת בעת הקריאה השניה והשלישית של החוק
(דברי הכנסת, חוברת יט' מיום 22-24.2.88): שם נסקרה הבעייתיות של
אכיפת החוק (בעיקר במישור הפלילי) במקומות עבודה קטנים, בהם
קיימת אורח משפחתית.

הכוונה היתה להוציא מתחולת החוק מפעלים קטנים המעסיקים בני
משפחה או קרובים, ושם רשאים יהיו לקבוע מי יקודם או מי יפוטר,
משיקולים משפחתיים פנימיים.

חברי כנסת אחדים התנגדו לכך, בטענה כי הסעיף קובע למעשה כי
זכותו של מעביד המעסיק פחות משישה עובדים – להפלות.

נטען גם כי דוקא במקומות גדולים הנמצאים תחת פיקוח, יש כלים
לכפות שוויון הזדמנויות והסיכוי שתהיה הפליה גדול יותר במקומות
עבודה קטנים.

11. ס' 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות פותח פתח להפליה, העומדת
בניגוד לעקרון השוויון שהוא עקרון על חוקתי.

עקרון זה נובע גם מכח תקנת הציבור שאינה מתירה הפליה, וכדברי
השופטים בבג"ץ רקנט, עמ' 324: "איסור הפליה ביחסי עבודה הינו אחד
מראשי תקנת הציבור בישראל, ומי אשר יקום נגדו אחת דינו להיבטל
ולעבור מן העולם".

בהמשך לכך נביא את דבריו של כב' השופט חשין בבג"ץ איתנה נב'
הנ"ל (המתייחס לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד):

"משמע, חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד אינו חוק יוצר
(קונסטטיטויבי) אלא חוק מצהיר (דקלרטיבי).

ונראה שכך גם, בנוגע להפליה מחמת מין. חוק השוויון אינו יוצר את
האיסור להפלות מחמת מין, שהיה קיים מכוח תקנת הציבור אף לפני
חוק זה; הוא יוצר רק במובן זה, שהוא קובע (בסעיף 15) כי הפרת
האיסור היא גם עבירה פלילית".

העולה מדברי כב' השופט חשין הוא כי עקרון איסור ההפליה שריר
וקיים בכל מצב, וגם אם נקבע בס' 21 (ג) לחוק שוויון הזדמנויות כי
החוק אינו חל על מעביד המעסיק פחות משישה עובדים, עדיין אין בכך
כדי ליתן היתר לאותו מעביד להפלות בין עובדיו, או בעת קבלת עובדים
לעבודה.

53. אשר על כן, האיסור על פיטורי עובדת מחמת היותה אם, הקבוע בסעיף 3(א)(5) לחוק שוויון
הזדמנויות בעבודה, חל על כל מעסיק בישראל, ובהתאמה לכל עובדת בישראל עומדת הזכות
שלא להיות מפוטרת מחמת אמהותה. כפי שייטען להלן, נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון
חותר תחת זכות יסוד זו, בכך שהוא מסכל אותה כליל, ככל שמדובר במהגרות עבודתה שהן
אמהות לילדים.

54. האיסור בדבר הפסקת עבודתה של עובדת בהריון מעוגן גם באמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 1035, כרך 31, עמ' 178, אשר נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91, הקובעת בסעיף 11(2) כי:

כדי למנוע אפליה נגד נשים מטעמי נישואים או אמהות ולהבטיח את זכותן הממשית לעבוד, ינקטו המדינות שהן צד באמנה אמצעים מתאימים על מנת:

(א) לאסור, אף בהטלת עונשים, פיטורים מסיבת הריון או חופשת לידה...

(ב) להנהיג חופשת לידה בתשלום או בהטבות סוציאליות שוות ערך, ללא אובדן של תעסוקה קודמת, זכויות ותק ותוספות סוציאליות;

(ג) לעודד מתן שירותי סיוע סוציאליים חיוניים, על מנת לאפשר להורים לשלב התחייבויות משפחתיות עם אחריות בעבודה ובהשתתפות בחיי ציבור, במיוחד באמצעות קידום כינונה של רשת שירותים לטיפול בילדים ופיתוחה.

...

55. הוראות מפורשות בדבר האיסור על פיטורי עובדת בהריון מצויות גם באמנת העבודה בדבר

שוויון הזדמנויות ושוויון היחס לעובד ולעובדת: עובדים בעלי אחריות משפחתית (מס' 156)

(להלן: "אמנה 156"). אמנה זו קובעת בסעיף 2 כי "על מנת ליצור שוויון יעיל בהזדמנויות וביחס לעובדים ולעובדות תציב לעצמה כל מדינה-חברה כמטרה במדיניותן הלאומית לאפשר לבעלי אחריות משפחתית, המועסקים או המבקשים להשתלב בתעסוקה, לממש את זכותם זו בלא אפליה, וככל האפשר מבלי שיווצר קונפליקט בין אחריותם התעסוקתית לבין אחריותם המשפחתית". וסעיף 8 לאמנה קובע באופן הפשוט, הישיר והחד ביותר: "אחריות משפחתית לא תשמש, כשלעצמה, עילה תקפה להפסקת התעסוקה". ור' עוד המלצת העבודה בדבר שוויון ההזדמנויות והיחס לעובד ולעובדת: עובדים בעלי האחריות משפחתית (מס' 165) (להלן: "המלצה 165").

העתק אמנה 156 והמלצה 165 רצ"ב ומסומן "יד".

56. גם הדין האמריקאי קבע איסור (פדרלי) ברור על הפליה נשים בעבודה כפועל יוצא להיותן

בהריון או מטופלות בילדים. ה- Pregnancy Discrimination Act of 1978 תיקן את Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. כך שיכלול את סעיף 701(k) הקובע:

The term "because of sex" or "on the basis of sex" include, but are not limited to, because of or on the basis of pregnancy, childbirth, or related medical conditions; and women affected by pregnancy, childbirth, or related medical conditions shall be treated the same for all employment-related purposes... as other persons not so affected but similar in their ability or inability to work.

משפט העבודה המגן מטיל חובות על משרד הפנים

57. אמנם חוק עבודת נשים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (כמו גם האמנות הבינלאומיות) מדברים על האיסור לפטר עובדת בהריון על ידי המעסיק, ואולם על פי רוח החוקים ותכליתם (וכפי שפורט לעיל בהרחבה) אין ספק כי יש בהוראות אלה בכדי למנוע מהמדינה להביא לפיטורים כאלה דה-פקטו. אחרי ככלות הכל, אי חידוש אשרת העבודה של העובדת על ידי המדינה כמוהו כסיכול אפשרותו של המעסיק להמשיך ולהעסיק את העובדת.

58. הוראות חוק עבודת נשים, והעקרונות החוקתיים העומדים בבסיסו, חלים מכוח קל וחומר, וביתר שאת, על המדינה, ועל משרד הפנים כזרוע מזרועות המדינה. כידוע, החובות המוטלות על הרשות הציבורית – לרבות החובה לנהוג בשוויון – מחמירות יותר מאלה החלות על אנשים או גופים פרטיים. הדברים מוכרים וידועים, ועומדים בבסיס המשפט הציבורי במדינת ישראל.

59. כבר נאמר לא אחת כי את כלל החובות המוטלות על הרשות המנהלית עת מפעילה היא את שיקול דעתה ניתן לקבץ תחת "חובת על" עקרונית אחת, היא חובת ההגינות:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות. (בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729, בעמ' 745-6; ההדגשה הוספה).

בד בבד, קבע בית-המשפט העליון, כי "חובת ההגינות המינהלית – שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור – מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט" (בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד מז(3) 853, בעמ' 860).

60. משילוב שתי הלכות אלה נובע בבירור, כי החובות המוטלות על הרשות המנהלית בעת פועלה בענייני של הפונה אליה, מחמירות יותר מן החובות המוטלות על הפרט את פועל הוא אל מול פרט אחר.

61. הדברים ידועים ומקובלים אף ביחס לשיטות משפט אחרות. כך, למשל, ביחס למשפט האנגלי נכתב:

The public nature of an authority which exercises a statutory discretion can be seen as a justification for judicial restriction of the way that discretion is exercised... The "publicness" of the statutory discretion provides a justification for judicial intervention which contrasts sharply with the traditional "hands off" policy to "private" contractual discretions.

J. Beatson, "Public" and "Private" in English Administrative Law, 103 L. Q. Rev. (1987) 34, at 36-7

62. מכאן, שהחובה לקדם את עקרון השוויון בין המינים, העומדת בבסיס החובות הקונקרטיים המנויות בחוק עבודת נשים, חלה מכוח קל וחומר, וביתר שאת, על רשויות המדינה השונות. ומכאן שגם החובות הקונקרטיים המנויות בחוק עבודת נשים חלות מכוח קל וחומר, וביתר שאת, על רשויות המדינה.

63. סיכול האפשרות להמשיך להעסיק את מהגרת העבודה לאחר הלידה, עומד בניגוד לתכליתו של חוק עבודת נשים ובניגוד לתכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, וחוק – כך יודע כיום כל פרח משפטים – יש לפרש על פי תכליתו. תכליתו הכללית של חוק עבודת נשים היא, כאמור, למנוע את אפלייתן של נשים, לעומת גברים, בשוק העבודה, בין השאר על ידי כך שיתאפשר לאישה – ממש כמו לגבר – לממש את עצמה הן בתחום ההורות והן בתחום העבודה. כותבת פרופסור רות בן-ישראל בספרה "שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה" (כרך ב'): :

המציאות מלמדת, כי איסור אפליה מטעם מין נחוץ כדי להגן על נשים בעבודה. **אפליה של נשים מטעם מין היא פועל יוצא מאפלייתן של הנשים העובדות מטעמים של הריון, לידה ונשיאה בעול האחריות המשפחתית.** אפשר לומר, כי האחריות המשפחתית, הכרוכה במיוחד בגידול הילדים ובטיפול בהם, היא כיום אחד הגורמים המקשים ביותר על שילובן של נשים במעגל העבודה בכלל, ועל השוואת מעמדם בעבודה בפרט. מצב זה הוא תוצאה של התפיסה המסורתית הרווחת בקשר לחלוקת התפקידים במשפחה, שעל פיה רואים באם את האחראית הבלעדית לטיפול במשק הבית, בילדים ובכלל בן משפחה תלוי אחר. כל דיון באפליה מטעם מין מושתת אפוא על הבהרת משמעותם של איסורי האפליה מטעמים של הריון, לידה ואחריות משפחתית, מההיבטים העיוניים והיישומיים כאחד. (בעמ' 589; ההדגשות הוספו).

64. ברוח זו כתב בית-הדין לעבודה ביחס לחוק עבודת נשים כי הוא נועד:

להגן על עובדת בהריון מפני פיטורים, ודוק, המחוקק פרס את הגנתו זו בצורה רחבה ביותר, עת קבע את הנורמה לפיה כל פיטורים של עובדת בהריון – אסורים, כפוף לאפשרות לקבל היתר מאש שר העבודה.

בשל כך, בית דין זה מקפיד הקפדה יתרה על יישומו של החוק ככתבו וכלשונו, בכל מקרה בו מעביד פיטר עובדת בהריון...

דווקא משום תכליתו החברתית הנעלה של חוק זה, שומה עלינו להקפיד הקפדה יתרה על כך שלא נהפוך במו ידינו את הוראותיו לפלסטר. (דבריה של השופטת אביטל רימון בעב' (חי') 2967/02 אביסרה צרפתי קרן נ' י.י. צפון מבני תעשייה בע"מ, טרם פורסם. פסק דין מיום 8.3.05, פסקה 29 לפסק הדין).

עוד על תכליתו החברתית של חוק עבודת נשים, ר' : עד"מ 300022/98 אורלי חזן נ' אורטל שירותי כוח אדם בע"מ, פד"ע לו 172.

65. באופן דומה, על תכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אמר לאחרונה בית הדין הארצי לעבודה את הדברים הבאים (ע"ע 1155/02 מדינת ישראל נ' אלכסנדר מוסקלנקו, לא פורסם, פסק דין מיום 31.8.03):

תכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ברורה הן משמו של החוק, והן מסעיף 2(א) לחוק, והיא להעמיק את תפיסת השוויון בעולם העבודה.

במיוחד יש לשים לב לסעיף 2(א) המונה 12 טעמים מפורשים שהם טעמים שכל הבחנה בגינם תחשב בגדר אפליה פסולה... ענייננו בשני טעמים: מינם של העובדים והיותם הורים, הנושאים באחריות משפחתית. שני טעמים אלה מוזכרים במפורש בחוק, ואין חולק שאין להפלות בגינם.

66. במקום אחר נאמר כי את תכליתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אנו "נדרשים לפרש כיום לאור העקרונות שהותוו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". לאור זאת, תכלית חוק שוויון הזדמנויות בעבודה "איננה רק יצירת שינוי חברתי שיביא לייצוג הולם של נשים ובעלי מאפיינים אחרים הקבועים בחוק ברמות השונות של שוק התעסוקה, **אלא גם ולא פחות מכך – הגנה על הערך של כבוד האדם ומניעתה של השפלה.** השפלה המתבטאת בכך שנתון בלתי רלבנטי הקשור לגילו, **מינו, מוצאו או מצבו המשפחתי** של המועמד ישקל בעת הליך קבלתו לעבודה ובמהלך עבודתו" (פסקה 16 לפסק דינה של כב' השופטת נטע רות בעב' 914298/99 בינשטוק נורית נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ, לא פורסם, פס"ד מיום 23.1.03).

67. למקרא תכליות חוק עבודת נשים וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ברור, כי חוקים אלה לא עמדו לנגד עיני משרד הפנים בעת התקנת הנוהל מושא העתירה. כיצד יכולה מדינת ישראל לדרוש ממעסיקים בתחומה שלא להפלות עובדות על רקע הריוןן או הורותן, **מקום שאימהות היא השיקול היחיד שבעטיו תקום או תיפול זכותה של מהגרת עבודה – שזה עתה ילדה – לעבוד בישראל?**

68. לא יתכן כי מחד המדינה תדבר גבוהה גבוהה על שמירת זכויותיהן של עובדות על ידי מעסיקיהן, ומאידך תסכל את קיום אותן זכויות כאשר הדברים באים בהקשרן של מהגרות עבודה.

69. זאת ועוד. הדברים מקבלים מישנה תוקף עת המדובר בעובדת שהיא מהגרת עבודה בישראל. מעורבותה של המדינה בהבאתם ובהעסקת של מהגרי העבודה חורגת מהקצאת אשרות כניסה, ומהווה הלכה למעשה מעורבות ישירה בעניין העסקתם של העובדים. סוגיה זו בדבר מעורבותה של המדינה במנגנון ההעסקה של מהגרי עבודה בישראל ומחויבויותיה למהגרי העבודה, זכתה להתייחסות מקיפה במאמרו הנ"ל של מונדלק, שם נכתבו הדברים הבאים (עמ' 428-429):

משמחליטה המדינה, משיקוליה שלה, להתיר כניסתם של עובדים זרים, היא עושה זאת תוך הגדרת זכויות מסוימות לעובד הזר. מערך זכויות זה נלווה לסטטוס של 'עובד זר'... אכנה מערך הזכויות והחובות הנלוות לקבלת הסטטוס – 'חוזה התשתית'. אין זה חוזה בין העובד למעסיקו, אלא חוזה בין העובד למדינה שהתירה את כניסתו על סמך תנאים מוסכמים וידועים מראש.

70. משהתירה מדינת ישראל את כניסתם של מהגרי עבודה לישראל, הרי שהיא נוטלת על עצמה התחייבויות מסוימות כלפי אותם עובדים. לא יתכן לטלטל בני אדם קשי יום למדינת

ישראל, מרחק של אלפי מילין מארצות המקור שלהם, ובו זמנית להתנער כליל מכל אחריות לגורלם של אנשים אלה. המינימום שנדרש ממשד הפנים בהקשרנו, על פי "חוזה התשתית" של המדינה עם מהגרת העבודה, הוא להימנע מגירושה של מהגרת עבודה שנכנסה להריון, ממש כפי שחוק עבודת נשים אוסר על מעסיקה של אותה עובדת מלפטה.

71. למען הסר ספק ייאמר, כי פרשנות, לפיה "שוויון ההזדמנויות" (ככל שעניינו שוויון מטעמים של הורות) נועד להגן על עובדות ישראליות בלבד, צריכה להידחות על הסף, ולו מן הטעם שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע במפורש בסעיף 2(א) כי אין להפלות עובדים גם מחמת "גזעם, דתם, לאומיותם" או "ארץ מוצאם".

72. כן תוזכר, בהקשר זה, אמנה מס' 97 בדבר עובדים-מהגרים, אשר נחתמה ואושרה על ידי מדינת ישראל (כ"א ד 37). אמנה זו קובעת בסימן ו', סעיף 1, כדקלמן:

כל חבר שלגביו עומדת אמנה זו בתקפה מתחייב לנהוג במהגרים הנמצאים בהיתר בתחומי ארצו, ללא הפליה מטעמי אזרחות, לאום, דת או מין, יחס שלא היה נופל מזה שהוא נוהג באזרחיו שלו בעניינים הבאים:

(א) במידה שעניינים אלה מוסדרים בחוק או בתקנות או כפופים לפיקוחן של רשויות מנהליות -

(1) שכר... , שעות עבודה, הסדרים של שעות עבודה נוספות, חופשה בשכר, הגבלות על עבודת בית, גיל תעסוקה מינימאלי, שוליות והכשרה, **עבודת נשים** ועבודת נערים. (ההדגשה הוספה).

סעיף 3 לנוהל פוגע בזכות להורות, המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

73. סעיף 3 לנוהל המתוקן הינו בבחינת פגיעה אנושה בזכותה של מהגרת העבודה להורות, ומכאן שהוא אף פוגע פגיעה אנושה בזכותה לכבוד. על הקשר בין הזכות להורות לזכות לכבוד עמד בית-המשפט זה לא אחת. כך, למשל, כתבה כב' השופטת פרוקצ'יה בבע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין ואח' נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, פסקה 17 לפסק-הדין):

הזכות להורות הינה אחד היסודות המרכזיים בקיום האנושי. הזכות להורות היא ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות; היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המהווה את אחד היסודות המרכזיים של כבוד האדם.

בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661 בפסקה 3 ו-7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן נאמר כי:

אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשוניים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט... **לא על חשיבות ההורות ועל מעמדה של הזכות להיות הורה חלוקות הדעות**.... הזכות להיות

הורה היא, על-פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם.

בעמוד 789 לפסק הדין מציין הנשיא ברק כי :

מנקודת המבט החוקתית, **מוכרת החירות החוקתית להיות הורה**....
חירות זו נגזרת **מכבוד האדם** ומהזכות לפרטיות.

74. משהוגדרה זכות מסוימת כזכות יסוד חוקתית, הרי שיש ליתן לנמעניה אפשרות **אמיתית** לממשה. זכויות חוקתיות אמורות להיות זכויות דה-פקטו, ולא רק זכויות דה-יורה. זכות תיאורטית, שאין לנמעני המשפט אפשרות של ממש לממשה, אינה בבחינת זכות של ממש.

75. באופן דומה, התנאת מימוש הזכות בתנאים בלתי אפשריים, כמוה כאי-מתן אפשרות לפרט לממש את זכות היסוד שלו. כך, למעשה, פועל משרד הפנים בענייננו. מהגרות העבודה מגיעות ממדינות נחשלות, ומצבן הכלכלי של רובן קשה הוא עד מאוד. כורח כלכלי הוא ש"דוחף" אותן להגיע לישראל לעסוק בעבודות קשות ומפרכות, והכול על מנת להיטיב ולו בקמעא את מצבן הכלכלי הקשה שלהן ושל משפחותיהן.

76. עמדה משפטית לפיה אין משרד הפנים פוגע בזכותן של מהגרות העבודה להורות, שכן אין הוא מונע מבעדן לצאת את גבולות המדינה ולהביא ילדים ככל שתאוה נפשן מחוץ לגבולות המדינה, ראוי לה שלא תישמע. מכורח המציאות של מהגרות העבודה העניות, הבחירה האכזרית שמציב בפניהן משרד הפנים בין מימוש אימהותן מחוץ לישראל לבין המשך עבודתן בישראל, פירושה, הלכה למעשה, פגיעה בזכותן להורות, שכן בנסיבותיהן הכלכליות הקשות אין בידן ברירה אלא להמשיך ולעבוד בישראל, ומכאן – על פי נוהל משרד הפנים – לוותר על הבאת ילדים לעולם.

77. משנמצאו למדים כי הנוהל פוגע בזכות להורות, ומכאן – בזכות לכבוד, של מהגרות עבודה, אמות המידה לבחינת חוקתיותו הן אלו הקבועות בפסקת ההגבלה של חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

78. המבחן הראשון הקובע בפסקת ההגבלה לחוק היסוד, הוא כי ההוראה הפוגעת תעשה בחוק או על פיו. אין צורך להכביר מילים על כשלונו של הנוהל לעמוד בתנאי זה. הנוהל, בתור שכזה, איננו אלא הנחייה פנימית. וכאשר עסקינן בהנחיות פנימיות "אך ברור הוא שאין לראותן כשוות ערך ל"חוק" במשמעות דיבור זה בסעיף 8 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו **ודינן להתבטל אם הן נוגדות את החוק**" (בג"צ 2581/91 מוראד עדנאן סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837, 844-845). משום טעם זה בלבד, דינו של הנוהל – בטלות.

79. יתירה מכך, קשה להעלות על הדעת כיצד ההוראה הקיצונית ולפיה עצם הלידה תביא לפקיעתה האוטומטית של אשרת העבודה של העובדת-האם תיחשב "מידתית". במיוחד כך נוכח המקרים הספורים של לידות של מהגרות עבודה (השוהות בישראל כדין) בישראל, כמפורט לעיל.

יש לאפשר למהגרת עבודה שילדה בישראל להשלים את תקופת העבודה המקובלת על פי חוק הכניסה

לישראל (63 חודש)

80. על פי סעיף 3א לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (בשילוב עם סעיף 3 לחוק), תקופת שהיה המקסימלית של מהגר עבודה בישראל (באשרת עבודה מסוג ב/1) הינה 63 חודש (חמש שנים ושלושה חודשים). ואכן, מהגרות עבודה אשר נכנסות לישראל כדין, מאריכות אשרות העבודה שלהן מדי שנה כדרך שגרה, עד לתקופה הנ"ל של 63 חודש, אז הן נדרשות לעזוב את ישראל. הדבר מוכר וידוע לכל העוסק בתחום הגירת העבודה לישראל, לרבות למהגרי העבודה עצמם.

81. תקופה זו של 63 חודש מאפשרת, בדרך כלל, למהגרי עבודה למלא את מטרת הגעתם לישראל: החזר הוצאות ההגעה לישראל (לרבות דמי התיווך הגבוהים שמהגרי העבודה משלמים על מנת להסדיר עבודתם בישראל), וצבירת חסכון כספי צנוע שיאפשר להם לתמוך כלכלית במשפחותיהם העניות אשר נותרו בארצות המוצא.

82. אשר על כן, ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל, המאפשר למהגר עבודה שנכנס לישראל ברשיון לעבוד תקופה של 63 חודש, הינו הגיוני וסביר. יש בו כדי לאזן נכונה בין האינטרס של מהגר העבודה לחסוך מעט כסף (מטרת הגעתו לישראל) לבין האינטרס של המדינה (אשר העותרות מוכנות להניח, לצורכי עתירה זו, כי הינו אינטרס מוכר ולגיטימי) למנוע השתקעות של זרים בישראל.

83. עמדת העותרות הינה, אם כן, כי יש לאפשר למהגרת עבודה שילדה בישראל להשלים תקופת שהיה זו של 63 חודש, ממש כמו חברה מהגר העבודה או חברתה מהגרת העבודה שלא ילדה בישראל.

84. יצויין, כי העותרת 1 נתקלה בכמה וכמה מקרים בהם המעסיקים הנוקקים ומשפחותיהם, היו מעוניינים להמשיך ולהעסיק את העובדת שילדה, ופעמים רבות הסכימו כי העובדת תגדל את בנה או ביתה בביתו של המעסיק (שכן מהגרות עבודה העוסקות בסיעוד מתגוררות פעמים רבות בבית המעסיק). היו אף מקרים בהם משפחות המעסיק הקשיש דיווחו על שינוי חיובי במצבו של הקשיש בעקבות נוכחותו של העולל (בנה הטרי או ביתה הטריה של העובדת הסיעודית) בביתו. היה זה משרד הפנים אשר סירב בכל אותם מקרים להמשיך שהותו של הילד בישראל, ולאחרונה אף להמשיך שהייתה של העובדת.

85. ישנם, אכן, לא מעט מעסיקים אשר לא יסכימו ל"הסדר" זה של שהות העולל לצד העובדת-האם בבית המעסיק. אכן, במקרים אלה, אם לא תצליח העובדת למצוא עבודה, הרי שיהא עליה לעזוב את ישראל (שכן בהעדר מעסיק אין לאשרת העבודה של מהגרת העובדה תוקף בישראל). ואולם עתירה זו נועדה לאפשר למהגרות עבודה אשר ילדו בישראל, והצליחו לשלב בין אמהותן לבין עבודתן לעשות זאת בדיוק (ממש כפי שגברים – בין ישראלים ובין מהגרי עבודה – עושים כדבר שבשגרה).

86. יצויין עוד כי סעיף 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל מאפשר, בנסיבות חריגות ביותר, למהגר/ת עבודה בתחום הסייעוד להישאר בישראל תקופה הארוכה מ- 63 חודש. יובהר בזאת כי העותרות אינן עומדות על כך שיתאפשר למהגרת עבודה ולצאצאה להישאר בישראל בצוותא במעבר ל- 63 חודש מיום כניסת האם לישראל, וזאת אף אם יחולו התנאים הקבועים בסעיף 3א(ב) הנ"ל.

87. כאמור לעיל, עמדת העותרות הינה כי התקופה של 63 חודש – היא התקופה "הרגילה" הקבועה לעניין שהיית מהגרי עבודה בישראל – היא סבירה, ומאזנת באופן נכון בין האינטרס של מהגר העבודה להצליח לחסוך די כסף בישראל (מטרת הגעתו לכאן) לבין האינטרס של המדינה למנוע השתקעות של מהגר העבודה בישראל. כאשר מדובר במהגרת עבודה אשר ילדה בישראל, אינטרס נוסף אשר יש להביא בחשבון (מוכנות העותרות להניח, לצורכי עתירה זו) הינו האינטרס של המדינה במניעת השתקעותו של הילד. לעניין זה, עולה ה"חשש" (מבחינת המדינה) שהילד יתערה בחברה הישראלית, עד כי התביעה לציאתו מישראל תהא בבחינת "הגליה תרבותית".

88. עמדתן של העותרות, לפיה יש לאפשר לעובדת-האם להמשיך ולעבוד בישראל, במחיצת צאצאה שנולד כאן, וזאת עד להשלמת תקופת של 63 חודש מיום כניסתה לישראל, הינה מאוזנת וסבירה, באשר בנסיבות העניין מדובר בילד צעיר ביותר, ואין חשש כי יציאתו מישראל עם אימו ביום בו אימו השלימה תקופת שהייה של 63 חודש בישראל, תהווה "הגלייה תרבותית" שלו.

89. יצויין, כי מהגרי עבודה שנכנסים לישראל עוברים, על פי דרישת משרד הפנים, בדיקות רפואיות בסמוך לכניסתם לישראל. בדיקות אלה כוללות – ביחס למהגרות עבודה – בדיקת הריון. מהגרת עבודה בהריון אין מותרת כניסתה לישראל כמהגרת עבודה. מכאן, שברוב המקרים של לידות של מהגרות עבודה בישראל, הרי שביום בו משלימות העובדות תקופה של 63 חודש מיום כניסתן לישראל, העולל שנולד כאן אינו יכול להיות בן יותר משנים ספורות. זאת מאחר והריון אורך, ברגל תשעה חודשים, ומן הסתם העובדות אינן נכנסות לישראל ביום הראשון לכניסתן לישראל.

90. בנסיבות אלה, ביום בו תשלים העובדת תקופה של 63 חודש בישראל, יהא צאצאן בן שנים ספורות ובוודאי ובוודאי לפני גיל הכניסה לבית-הספר, וכך יציאתו את ישראל לא תהיה בבחינת "הגלייה תרבותית".

91. לעומת זאת, ככל שמדובר יהיה בילד גדול יותר, קיים חשש כי הדרישה לציאתו את ישראל תהווה בבחינת "הגלייה תרבותית" של הילד. בנסיבות אלה, מתוך ראייה מפוכחת ומאוזנת של האינטרסים המתנגשים, עמדת העותרות הינה כי יהיה זה ראוי ומידתי לאפשר לאם ולצאצא להישאר בישראל בצוותא עד ליום בו האם השלימה את תקופת שהייה של 63 חודש בישראל, (וככל שהאם תעמוד בכל התנאים האחרים הקבועים ביחס לעבודה בישראל, למשל – שיהיה לה מעסיק), אך לא מעבר לכך.

על מדיניות משרד הפנים בדבר קרובי משפחה מדרגה ראשונה, ועל ההבדל בין קרבת אם-תינוק קטין לבין יחסי קרבה משפחתית אחרים

92. עשוי משרד הפנים לטעון, כי מדיניות שקבע לעצמו, ולפיה אין הוא מאשר שהיה בצוותא של זרים בקרבת משפחה ראשונה (בני זוג, הורה וילד), קיבלה את "אישור בג"ץ", ולאור זאת יכול הוא לעמוד על כך שלא תותר שהייתם של מהגרת העבודה ושל צאצאה העולה יחדיו בישראל. העותרות מבקשות להתייחס לטענה צפויה זו.

93. עמדתן המשפטית של העותרות הינה שיש לאבחן בין העניינים אשר נדונו בפני בג"צ בעבר, ואשר ביחס אליהן אושרה המדיניות הנ"ל של משרד הפנים, לבין המקרה דנן, בו מדובר על אם ועל בנה התינוק שנולד בישראל.

94. בשני פסקי דין קצרצרים אישר בית-המשפט העליון את מדיניות משרד הפנים שלא לאשר שהייה של מהגרי עבודה מדרגה ראשונה בצוותא בישראל. בג"צ 5749/01 Buaphit נ' שר הפנים (לא פורסם) דן בבני זוג זרים. להלן פסק הדין כולו:

מדיניותו של המשיב הינה למנוע כניסתם של בני זוג המבקשים לעבוד בישראל. ביסוד מדיניות זו עומד הרצון למנוע השתקעות של התא המשפחתי בישראל. העותרים טוענים, כי החשש אינו קיים, ובני הזוג חוזרים לארץ מוצאם. אין הבדל, לעניין זה, בין זוג זרים לבודד. עמדתו של המשיב סבירה היא. גם עמדתם של העותרים סבירה היא. במצב זה, בית משפט זה אינו מחליף את שיקול דעת המשיב בשיקול דעתו שלו.

העתק פסק הדין בבג"צ 5749/01 רצ"ב ומסומן "טו"

95. בבג"צ 5005/01 Floare נ' משרד הפנים (לא פורסם) דן בית-המשפט העליון בעתירתן של אם ובת בגירות (על העובדה שמדובר בבת בגירה מעידה העובדה, העולה מפסק-הדין, כי הבת שהתה בישראל כעובדת זרה ברשיון; כן טופל עניין אחר של העותרת-האם על ידי הח"מ, ועל כן הפרטים אודותיה ואודות ביתה ידועים לח"מ). גם בפסק דין זה נקבע כי החלטת משרד הפנים שלא לחדש את אשרות השהיה של העותרות אינה "לוקה באי סבירות או בפגם אחר המצדיק התערבותנו והחלפת שיקול דעתו של שר הפנים בשיקול דעתנו".

העתק פסק-הדין בבג"צ 5005/01 רצ"ב ומסומן "טז".

96. לטענת העותרות יש לאבחן בין העניין הנדון בעתירה זו (אישור שהיה למהגרת עבודה ולצאצאה שנולד בישראל) לבין העניינים שנדונו בעתירות דשם. דהיינו, גם אם ההלכות דשם מבוססות וראויות הן (והעותרות תנחנה כך, לצורך הטיעון בלבד), הרי שאין בהן כדי להצדיק דרישה ממהגרת עבודה ומצאצאה לעזוב את ישראל (או לדרוש ממהגרת העבודה לשלוח את תינוקה לחו"ל כתנאי להמשך עבודתה בישראל, כפי שנקבע בסעיף 3 לנוהל המקורי).

97. הטעם לאבחנה בין המקרים, אשר פורט בהרחבה לעיל, הוא שבענייננו – שלא כמו ביחס לעניינים של בני זוג או של אם ובת בגירה – חלות הוראות חוק עבודת נשים, חוק שוויון

הזדמנויות בעבודה והאמנות הבינלאומיות שהוזכרו לעיל, והקובעות כי יש לאפשר לאישה שילדה צאצא להמשיך ולעבוד בישראל, **ולשלב בין הורות לבין היותה אישה עובדת.**

98. האיסור על הפליה מחמת הורות, הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בחוק עבודת נשים, ובמשפט הבינלאומי, בא לעולם המשפט נוכח **ההכרה בתופעה של הפליה לרעה של אמהות בשוק העבודה**, ולאור מחקרים ברורים שהוכיחו כי מעסיקים (גברים ברובם) נוטים להפגין יחס שלילי כלפי עובדות שהן אמהות לילדים קטנים (מתוך עמדה שלא תוכלנה לשלב בין טיפול בילדים לבין עבודה). אחד מאותם ביטויים של יחס שלילי זה היה, משך שנים ארוכות (וגם היום, נוכח תת-אכיפה של האיסור המשפטי), פיטוריהן של עובדות שנכנסו להריון מיד לאחר הלידה. "חוקי הנשים" של משפט העבודה המגן באו לעולם לאור ההכרה בתופעה, ומתוך כוונה למגר אותה.

99. "חוקי הנשים" שפורטו לעיל, הרלוונטיים כל כך לענייננו, לא היו רלוונטיים ביחס לשתיהן הפרשיות הקודמות שהגיעו בפני בית-המשפט העליון. הדבר ברור הן ביחס לפרשייה בה דובר בבני זוג, והן ביחס לפרשייה בה דובר על אם ועל בת בגירה (בשנות העשרים לחייה), שכן ברור כי האיסור על "הפליה מחמת הורות" בא לטפל בתופעה המוכרת של אפליה לרעה של אמהות לילדים צעירים, ולא בתופעה (הלא מוכרת) של אפליה לרעה של אמהות לילדים בגירים. (אכן, נשים ככלל סובלות מאפליה לרעה ביחס לגברים בשוק העבודה, אך כאן באופן ספציפי המדובר הוא באפליה מחמת הורות, וזו רלוונטית במיוחד ביחס לאמהות לילדים קטנים).

הוראת סעיף 1 לנוהל

"הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך"

100. על פי סעיף 1 לנוהל "עובדת זרה השוהה בישראל כחוק, הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך, ומסיבה כלשהי הופסקה עבודתה אצל מעסיקה הרשום, יכולה להגיע ללשכת מינהל האוכלוסין ולהגיש בקשה לרשיון מסוג ב/2" (ההדגשה הוספה – י"ל).

101. לטענת העותרות, תנאי ה"חודש השישי" בלתי חוקי הוא, ודינו בטלות. דהיינו, **לטענת העותרות די בכך כי העובדת שוהה בישראל כחוק ונמצאת בהריון על מנת שתינתן לה אשרה, וזאת ללא כל קשר לשאלה באיזה שלב של ההריון נמצאת העובדת.**

102. העותרת 1 נתקלת, למרבה הצער, לא אחת במקרים של פיטורין שלא כדין של מהגרות עבודה בהריון על ידי מעסיקהן הישראלים. כידוע, סעיף 9(א) לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: "חוק עבודת נשים") קובע כי "לא יפטר מעביד עובדת שהיא בהריון וטרם יצאה לחופשת לידה אלא בהיתר מאת שר העבודה והרווחה, ולא יתיר השר פיטורים כאמור אם הפיטורים הם, לדעתו, בקשר להריון... ובלבד שהעובדת עבדה אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה ששה חודשים לפחות".

103. חוק עבודת נשים, כמו שאר חוקי המגן, חל על מהגרת עבודה כמו על עובדת ישראלית. כנאמר ע"י המלומד מונדלק, במאמרו "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי", **עיוני משפט** כז 423: "ההלכה המשפטית לגבי תחולתן של זכויות העבודה על עובדים זרים הינה ברורה ופשוטה: אין הבדל בין זכויות העובדים הזרים בעבודה לבין זכויות העובדים הישראליים" (בעמ' 458). על תחולתו של חוק עבודת נשים על מהגרות עבודה ועל עובדות ישראליות כאחת עמדה גם עו"ד שטראוס מהלשכה המשפטית של משרד התמ"ת בעת הדיון מיום 3.11.04 בועדת עו"ז (נספח י"ב לעתירה; עמ' 4 לפרוטוקול). ואכן בתי-הדין לעבודה מחילים, כדבר שבשגרה, את הוראות חוק עבודת נשים ביחס לתביעות של מהגרות עבודה (ר' לדוגמה, ביחס לפיטורי מהגרת עבודה בהריון: ע"ב 1216/01 אורטיגוסה נ' רוזנהאופט, טרם פורסם).

104. חרף האמור לעיל, מגיעות אל משרדי העותרת 1 תלונות של מהגרות עבודה בהריון המפוטרות (מחמת הריון) על ידי מעסיקיהן, וזאת מבלי שמעסיקיהן קיבלו היתר מהממונה על עבודת נשים במשרד התמ"ת עובר לפיטורין.

105. מאמציה של העותרת 1 להחזיר עובדות אלה למקומות עבודתן, מהן פוטרו שלא כדין, אינם תמיד נושאים פרי, וכך נותרות אותן עובדות לא אחת ללא מקום עבודה. בחלק מאותם מקרים מדובר בעובדות אשר פוטרו בשלבים המוקדמים ביותר של הריון, אם בעקבות "גילוי מוקדם" של ההריון על ידי המעסיק מחמת התופעות הגופניות שמלוות את ההריון (לדוגמה תופעה של הקאות בחודשי ההריון הראשונים; ויוזכר בהקשר זה כי מדובר ברוב המקרים בעובדות סיעוד המתגוררות בבית המעסיק), ואם בעקבות העובדה שהעובדות עצמן הן שחלקו את החדשות בדבר הריון עם מעסיקיהן כבר בשלבים המוקדמים של ההריון. דהיינו, לא אחת מדובר במקרה בו העובדת פוטרה מעבודתה בזמן בו היא מצויה בהריון, אך טרם הגיעה לחודש השישי להריונה.

106. יצויין עוד, **שעל עובדת חלה חובה על פי דין להודיע למעסיקה על דבר הריונה לכל המאוחר בחודש החמישי להריונה (סעיף 10 לחוק עבודת נשים).**

107. בשלב זה, העובדות מתקשות בדרך כלל למצוא עבודה חלופית. פעמים רבות הסיבה לכך היא שהריון של העובדות כבר נראה לעין, ומעסיקים פוטנציאליים נרתעים מהעסקתן.

108. כך קורה, שמכוח פיטוריהן הבלתי חוקיים, נותרות העובדות ללא אשרה חוקית בישראל. זאת משום, שעל פי ההסדר המקובל בישראל להעסקת מהגרי עבודה, הידוע בכינוי "הסדר הכבילה", מהגר עבודה הינו בעל סטטוס "חוקי" רק בהתקיימם של שני תנאים מצטברים: (1) יש בידו אשרה אשר תאריך תפוגתה טרם הגיע, וכן (2) העובד מועסק על ידי המעסיק אשר שמו מופיע באשרה אשר בידו. בהיות העובדת מפוטרת, גם אם מפוטרת שלא כדין, הרי שאינה עוד מועסקת בפועל על ידי המעסיק אשר שמו מופיע באשרת העבודה שלה, וכך הופכת העובדת שבהריון – לפחות על פי הפרשנות המקובלת על משרד הפנים – מעובדת אשר אסור לפטרה (סעיף 9 לחוק עבודת נשים) לעובדת אשר יש לגרשה מישראל ללא דיחוי (סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952).

109. לא יתכן שהעובדת, אשר פוטרה שלא כדין, "תיענש" באופן כפול, כך שלא רק שפוטר בהזמן הרי ונה (שלא כדין) אלא אף תחשב על ידי משרד הפנים, כתוצאה מאותם פיטורין לא חוקיים, שוהה שלא כדין המועמדת למעצר ולגירוש. ואולם, המשמעות של התנאת מתן האשרה בהיות העובדת בחודש השישי ואילך להריונה היא זו בדיוק. נובע מכך, שעובדת אשר פוטרה (שלא כדין!) עובר לחודש השישי להריונה, ואינה מצליחה למצוא מעסיק חלופי (וכאמור, הסיכוי שתצליח למצוא מעסיק כאמור קלוש הוא), לא תוכל לקבל אשרה, ותהא מועמדת למעצר ולגירוש.

110. יתירה מכך, לאור הוראת סעיף 324ב לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (המתנה מימוש זכויות סוציאליות בשהיה כדין בישראל), **לא תוכל העובדת, אשר פוטרה עובר לחודש השישי להריונה ונשארה בישראל, לקבל את דמי הלידה** אשר סביר להניח שהיא זכאית להם (בהנחה שצברה "תקופת אכשרה" של 6 חודשי עבודה לפחות, ר' סעיף 50 לחוק הביטוח הלאומי; כן ר' בג"צ 1911/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', טרם פורסם). **לחילופין, אם תעזוב העובדת את ישראל, תאבד את זכותה למענק אשפוז, למענק לידה ולקצבת לידה**, שכן הזכות לקבל מענקים אלה תלויה, ביחס למי שאינו תושב המדינה, בהיות הלידה בישראל (ר' סעיף 40א) לחוק הביטוח הלאומי)

111. "הענשת" העובדת על כך שהמעסיק פיטרה שלא כדין לא רק נוגדת את חוש הצדק, ואת השכל הישר, אלא גם את הוראות חוק עבודת נשים, המבוסס – בתורו – בין השאר, על עקרונות יסוד חוקתיים בדבר איסור אפליית נשים.

112. כנטען לעיל, הזכויות הנתונות לאישה בהריון מכוח חוק עבודת נשים מטילות חובות לא רק על המעסיק של אותה אישה אלא גם – ומכוח קל וחומר – על המדינה. אם קובע סעיף 9א) לחוק עבודת נשים כי אין לפטר עובדת בהריון, יהא אשר יהא ה"שלב ההריוני" בו היא מצויה, הרי שנובע מכך, מכוח קל וחומר, וביתר שאת, שחל איסור על משרד הפנים להימנע מלחדש את אשרת העבודה של העובדת, יהא אשר יהא ה"שלב ההריוני" בו היא מצויה.

113. למעשה, הטבעת החותמת בדרכונה של מהגרת העבודה בהריון, המאריכה את אשרת השהייה שלה הינה פעולה דקלרטיבית (הצהרתית) ולא קונסטיטוטטיבית (מכוננת) ביחס למעמדה של העובדת בהריון כשוהה כדין בישראל. שהייתה כדין של מהגרת העבודה עד לתום תקופת חופשת הלידה שלה נובעת מהוראות חוק עבודת נשים, ואילו הטבעת חותמת בה מצויינת שהייתה החוקית עד לתום התקופה כאמור אינה אלא הצהרה פורמלית על מעמד שנתגבש בלאו הכי מכוח הוראות החוק.

114. לחילופין, אפילו ייאמר כי הטבעת חותמת משרד הפנים בדרכונה של מהגרת עבודה בהריון היא פעולה קונסטיטוטטיבית, ולא רק דקלרטיבית, הרי שחובה על משרד הפנים להנפיק לעובדת בהריון אשרה עד לתום חופשת הלידה שלה. בין כך ובין כך, הקביעה בסעיף 1 לנוהל ולפיה רק עובדת שהגיעה לחודש השישי להריונה תוכל לקבל אשרה, נוגדת היא את חוק עבודת נשים ואת העקרונות החוקתיים העומדים בבסיסו.

115. יצויין, כי במכתב מי וס 22.5.05 שנשלח מאת עו"ד פינצ'וק והח"מ אל עו"ד רויטמן מפרקליטות המדינה, במסגרת הליך קדם הבג"צ, הועלתה ההשגה כנגד תנאי "החודש השישי", והוצגה הבעייתיות של עובדות בהריון המפוטרות שלא כדין מעבודתן, עובר לחודש השישי להריון. תגובתו של עו"ד רויטמן ניתנה בהאי לי שנ א (סעיף 6 למכתבו מיום 19.6.05):

לא מצאנו כי יש טעם משפטי המצדיק את שינוי הנוהל, אף בטענתכם הנוספת במכתבכם מיום 22.5.05. עובד זר, שאין מעסיק ישראלי המוכן להעסיקו, נעדר הצדקה להוסיף ולשהות במדינת ישראל, שאל תחומה נכנס לצורכי עבודה, ולא לכל צורך אחר.

116. עם כל הכבוד, טיעון זה אינו יכול לעמוד. אכן, מטרת הגעתם של מהגרי עבודה לישראל היא לצורכי עבודה, ולשם כך ניתנות להן אשרות הכניסה והשהיה לישראל, אך גם ל"עובד הזר" ישנן תכונות אנושיות שאינן מתמצות ב"עבודה" או ב"זרות", ואשר על המדינה לתת דעתה עליהן.

117. הינה דוגמא לתכונה אנושית שמאפיינת גם את "העובדים הזרים" ממש כמו את בני ישראל, ושאינה קשורה למטרת כניסתם לישראל: חולי. אכן, גם מהגרי עבודה נופלים לעיתים למשכב, ממש כמו אזרחי ישראל. למרבה הצער, חולי פוגע בכל בני האנוש, ללא הבדל דת, גזע, מין או ארץ מוצא. והנה, משרד הפנים הכיר בצורך ליתן למהגרי עבודה שנפצעו תוך שהייתם בישראל אשרה זמנית. הדבר עולה ברורות ממכתב שנכתב ביום 26.10.03 על-ידי עו"ד עירית אלטשולר מהלשכה המשפטית של הביטוח הלאומי ומוען לעו"ד יוכי גנסיין מפרקליטות המדינה ואחרים. המכתב נכתב במסגרת ההליכים שהתנהלו בבג"צ 1911/03 שהוזכר לעיל, ונמסר לעותרים דשם.

118. וכך נכתב בסעיף 2 לאותו מסמך:

ניתן לחלק את הנפגעים לשתי קבוצות

- מי ששהו בישראל כדין ונפגעו, ועקב הפגיעה לא הווארכה האשרה ולכן הפכו לשוהים שלא כדין וכן מי שבשל בעיות הקשורות לאי הארכת תוקף אשרות, אי החתמת דרכונים, הארכה מינהלית וכיוצא"ב הפכו ללא חוקיים.

- מי ששהו בישראל שלא כדין בעת הפגיעה.

לגבי מי ששהו כדין בעת הפגיעה

אם מצבם הרפואי אינו מאפשר יציאה מן הארץ, או שיש צורך בשהייתם בארץ לשם סיום הליכים בפני ועדות רפואיות או ניתוחים וטיפול רפואי כיוצא מזה – **תינתן אשרה ב 2 לתקופה מוגבלת עד לסיום הנדרש.**

...

לגבי מי ששהו שלא כדין בעת הפגיעה

גם כיום אם מבחינת מצבו אינו יכול לצאת, לא מגרשים מן הארץ, אך לא נותנים אשרה.

סוכם, כי גם לאותה תקופה בה נותנים כיום חסינות מפני גירוש בשל מצב רפואי, תנתן אשרה ב 2 (ללא אישור כאמור המוסד אינו רשאי לשלם דמי פגיעה והקצבאות).

לפי בקשת משרד הפנים – האשרה תינתן בעקבות פנייה מטעם המוסד...
על פי אותו אישור יאפשרו מתן אשרה לצורך סיום הליכים בועדה
רפואית או טיפול רפואי חיוני.
(ההדגשות הוספו)

העתק מכתב מיום 26.10.03 מאת עו"ד אלטשולר רצ"ב ומסומן "יז".

119. עיינו הרואות, אפילו נכון הדבר ש"עובד זר... נכנס [לישראל] לצורכי עבודה, ולא לכל צורך אחר" (בלשונו של עו"ד רויטמן), הרי שמשרד הפנים עצמו מכיר בכך, שתיתכנה נסיבות (גם אם חריגות) בהן יש מקום ליתן אשרה למי שנכנס לישראל לצורכי עבודה ולאחר זמן מה נבצר ממנו לעבוד. באותו עניין דובר באדם אשר נפצע במהלך עבודתו, ועל פי החלטת הרשויות יוכל לקבל, בנסיבות המצויינות במכתב הנ"ל, אשרת ב/2 לתקופת ניהול ההליכים בפני ועדות רפואיות או לתקופת קבלת הטיפולים הרפואיים.

120. במילים אחרות, הנימוק הסתמי לפיו מהגר עבודה שאינו עובד אינו זכאי לאשרה, משום שבא לישראל למטרת עבודה ולא ולמטרה אחרת, אין די בו, שכן אינו לוקח בחשבון את מורכבות המציאות.

121. יתירה מכך, יש בנימוק זה כדי להטריד, שכן מובלעת בו התפיסה לפיה מהגרי העבודה הינם בבחינת מכוונות ותו לא, תוך התעלמות מהיותם בני-אנוש, בעלי פונקציות "נלוות" ליכולת העבודה שלהם.

122. למעשה, הנוהל עצמו מכיר בחובה ליתן אשרה למהגר עבודה שאינו עובד, ככל שמדובר באישה הנמצאת בחודש השישי ואילך להריונה. מכאן שהיה על הפרקליטות ליתן טיעון מעמיק יותר מזה שהוצע לשלילת זכותה של העובדת לקבל אשרה אף אם נמצאת היא בשלבים מוקדמים יותר להריונה.

123. ויודגש: בעוד שבמקרה של העובד הפצוע נקבע ע"י הרשויות שגם עובד השוהה שלא כדין בישראל יקבל אשרת שהיה (ומבלי לרמוז, חלילה, שהריון כמוהו כמחלה), הרי שבעניינינו המדובר הוא אך ורק בעובדות אשר בתחילת הריון שהו כדן בישראל. זאת ועוד, בעוד שבמקרה של העובד הפצוע סיבת הפגיעה עשויה להיות כוח עליון, חוסר מזל ואולי אף רשלנות של העובד עצמו, הרי שבנסיבות דנן המדובר הוא בעובדות אשר פוטרו **שלא כדין**, ומכאן שהסיבה להפסקת עבודתן – לפחות במקרה הפרדיגמטי אשר נדון עד כה – הינה נסיבות שלא בשליטתן.

124. צויון עוד, כי מהגרות עבודה (אשר, כאמור, רובן עוסקות בישראל בתחום הסיעוד) מפסיקות עבודתן לא רק מכוח פיטורין. כך, למשל, לא פעם, נאלצות מהגרות עבודה להתפטר מעבודתן נוכח הפרה בוטה של זכויותיהן על פי משפט העבודה המגן. למשרדה של העותרת 1 מגיעות מאות פניות בשנה של עובדות אשר סובלות מהעסקה פוגענית, לרבות תשלום הנופל משכר המינימום, אי מתן חופשות (לעיתים אף דרישה כי העובדת תעבוד שבעה ימים בשבוע משך חודשים ארוכים), הלנה בתנאים לא נאותים, ניכויים כספיים שונים בעבור "טיפול

באשרה " ושאר עניינים אשר המעסיקים בודים, לעיתים מליבם, התייחסות משפילה מצד המעסיק, ועוד כהנה וכהנה הפרות של זכויות ממשפט העבודה. לעיתים מגיעים הדברים לכדי פלילות קשה, והעותרת 1 (כמוה כעותרת 4) נתקלה לא אחת במקרים קשים של כליאת שוא (דהיינו: נעילת העובדת בדירה כאשר מעסיקה עוזבים את הבית), הטרדה מינית ואף אונס.

125. בנסיבות אלה, מבקשת העובדת, בצדק, לעזוב את מקום עבודתה. אך הבה נדמיין עובדת, המועסקת בתנאים שכאלה, והמצויה בחודש מוקדם להרי ונה (דהיינו, לפני חודש שישי). במקרה כזה, עליה להמשיך ולהיות מועסקת על ידי מעסיקה הפוגעניים, לרבות בתנאי העסקה נוראיים כמתואר לעיל, ולא – תקלע לסטוס "לא חוקי", תהא חשופה לסכנת מעצר וגירוש, ותאבד את זכויותיה מן הביטוח הלאומי. תוצאה קשה זו בלתי מתקבלת על הדעת היא, ויש גם בה כדי ללמד על אי החוקיות שבתנאי "החודש השישי" שבסעיף 1 לנוהל.

126. סיבה נוספת שבגינה מפסיקות, לעיתים, עובדות את עבודתן כבר בתחילת ההריון הינה סיבה רפואית, בנסיבות בהן רופא מורה על "שמירת הריון". היתכן כי עובדת כאמור תידרש לעבוד? בנסיבות כאלה, בין אם תמשיך העובדת בעבודתה, ובין אם תעלה על מטוס על מנת לחזור למולדתה, הרי שיהיה בכך כדי לסכן את חייה ו/או את חיי הוולד שברחמה. היתכן שמדינת ישראל "תדחוף" מהגרות עבודה לנהוג באופן זה?

127. יצויין עוד, שמהגרות עבודה אינן זכאיות לגמלה לשמירת הריון (על פי סימן ה לפרק ג לחוק הביטוח הלאומי), שכן מדובר בהטבה התלויה ב"תושבות". זאת ועוד, מהגרת עבודה המפסיקה עבודתה יותר מ-42 יום לפני מועד הלידה עקב מגבלות פיזיות הכרוכות בהריונה (לדוגמא "שמירת הריון"), לא רק שאין היא זכאית לגמלת הריון, אלא שגם תפסיד בכך – על פי פרשנותו של המוסד לביטוח לאומי – את זכותה למענק אשפוז, למענק לידה ולקצבת לידה (ר' לעניין זה כתב הגנה בב"ל 1999/03 אסקובר נ' המוסד לביטוח לאומי). ההטבה היחידה הקשורה להריון שאין אמורה מהגרת העבודה לאבד מכוח הפסקת עבודתה, הינה הזכות לדמי לידה (הטבה שעשויה להגיע לשכר של שלושה חודשי עובדה). **ואולם, לאור "תנאי החודש השישי", בשילוב עם הוראת סעיף 324 לחוק הביטוח הלאומי (המתנה קבלת דמי לידה בשעות כדין בישראל), תאבד מהגרת עבודה, אשר רופאה הורה לה על "שמירת הריון", גם את זכותה להטבה אחרונה זו!** כך תיוותר מובטלת מאונס משך חודשים ארוכים, וללא כל סיוע סוציאלי שהוא, והכל בניגוד לעקרונות העומדים בבסיס חוק עבודת נשים, עקרונות יסוד חוקתיים בדבר קידום מעמד האישה, ואמנות בינלאומיות עליהן חתומה ישראל, ואשר אותן אשררה (ר' לדוגמא סעיפים 11-12 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 1035, כרך 31, עמ' 179).

העתק כתב תביעה בתיק בל 1999/03 רצ"ב ומסומן "יח".

128. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להכריז כי תנאי "החודש השישי" בלתי חוקי הוא, וכי דינו בטלות.

"יכולה... להגיש בקשה לרשיון מסוג ב/2"

129. כזכור, סעיף 1 לנוהל קובע כי "עובדת זרה השוהה בישראל כחוק, הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך, ומסיבה כלשהי הופסקה עבודתה אצל מעסיקה הרשום, יכולה להגיע למנהל האוכלוסין ולהגיש בקשה לרשיון מסוג ב/2" (ההדגשה הוספה).

130. לטענת העותרות, למיצער ככל שמדובר בעובדת אשר הפסיקה עבודתה מכוח יציאתה לחופשת הלידה המגיעה לה על פי דין (סעיף 6 לחוק עבודת נשים), הרי שיש לקבוע כי העובדת תקבל רשיון מסוג ב/1 ("אשרת עובד") ולא רשיון מסוג ב/2 ("אשרת תייר").

131. הלכה ברורה היא בדיני העבודה היא כי בזמן חופשת הלידה נותרים על כנם יחסי העובד-מעביד בין העובדת שיצאה לחופשת הלידה לבין המעסיק עבורו עבדה בפועל עובר ליציאתה לחופשת הלידה (ר', לדוגמה, תב"ע נה/1316-35 בוקובזה נ' סלע שירותי כוח אדם בעמ', עבודה אזורי, כרך ד' 867).

132. הואיל ובזמן חופשת הלידה מהגרת העבודה היא בבחינת "עובדת" על פי דיני העבודה, הרי שהחלטת משרד הפנים להנפיק למהגרת עבודה בהריון אשרת תייר מנוגדת למצב המשפטי לאשורו. ממש כשם שסעיף 9(א) לחוק עבודת נשים אוסר על מעסיק לפטר עובדת מחמת הריון, כך גם אין רשאי משרד הפנים לשנות את מעמדה המשפטי של מהגרת עבודה בהריון מ"עובדת" ל"תיירת".

133. הטענה בדבר החובה של משרד הפנים להנפיק אשרת "עובדת", ולא אשרת "תיירת", למהגרת עבודה שיצאה לחופשת לידה הועלתה במסגרת הליכי קדם הבג"ץ. עו"ד רויטמן, בתשובתו מיום 19.6.05, דחה טענה זו במילים הבאות:

הנוהל בעניין זה מבקש לשקף את המציאות, קרי, את העובדה כי העובדת הזרה אינה עובדת בפועל. כמו כן, למיטב הבנתנו, אין בסטטוס העובדת על פי דיני ההגירה כדי להשפיע על סטטוס העובדת על פי דיני העבודה.

134. לא ברור ההגיון מאחורי תשובת הפרקליטות. אכן, צודק עו"ד רויטמן בטענתו כי הסטטוס על פי דיני העבודה והסטטוס על פי דיני ההגירה אינו תמיד מוגדר באופן זהה, ונציגי העותרות 1-2 עמדו על כך בעצמם בפנייתם מיום 19.1.05. כך, למשל, אין חולק כי גם עובד "לא חוקי" מבחינת דיני ההגירה, דהיינו כזה שאין בידו אשרת "עובד" (ב/1) עדיין יכול להיחשב "עובד" מבחינת דיני העבודה אל מול מעסיקו, והדברים ידועים וברורים. אולם, עם כל זאת, נראה כי יש הגיון לשאוף, ככל האפשר, להרמוניה בין דיני העבודה לדיני ההגירה. כאן, משרד הפנים בוחר ביודעין ליצור דיסהרמוניה בין שני הענפים המשפטיים, ואינו מציע כל סיבה ברורה לכך.

135. חשד מקנן כי הסיבה האמיתית ל"התקשות" משרד הפנים כי העובדת שיצאה לחופשת לידה תקבל אשרת תייר, ולא אשרת עובד, נעוצה בסיבה בירוקרטית ותו לא. זאת משום שלנזקק בעל ההיתר להעסקת תושב חוץ בתחום הסיעוד (היתר שניתן ע"י משרד התמ"ת) יש בדרך כלל היתר להעסיק עובד אחד בלבד. מחשבי משרד הפנים מעדכנים את שמו של העובד

מול ההיתר של המעסיק. ואולם, הקשישים והנכים בעלי ההיתרים נזקקים בד"כ לעזרה סיעודית משך כל ימות השנה. כך יוצא, שעת יוצאת העובדת שבהריון לחופשת לידה, נזקקים הם להעסיק עובדת אחרת, אשר תחליף את העובדת הקבועה לתקופת יציאתה לחופשת הלידה. על מנת שיוכלו להעסיק את העובדת המחליפה בהיתר, והואיל ומחשבי משרד הפנים תוכנתו כך שניתן יהיה לעדכן רק עובד אחד על שם אותו מעסיק, נדרשת העובדת שיוצאת לחופשת הלידה להיחפך ל"תיירת", על מנת שחברתה, המחליפה הזמנית, תוכל לקבל אשרת עבודה ע"ש אותו המעסיק.

136. האמנם קם הגולם על יוצרו? היתכן שהגדרות המחשב תקבענה את מעמדנו המשפטי? יתכבד נא משרד הפנים לפתור בעיה בירוקרטית זו באמצעות מומחי המחשבים, ולא יבחר בפתרון הקל של שינוי פיקטיבי של מעמדה המשפטי של מהגרת העבודה. על ידי יצירת קטיגוריה של "עובדת מחליפה זמנית" יכלו, אגב, רשויות המדינה, להקפיד על כך שזכותה של העובדת המקורית לחזור לעבודה לאחר חופשת הלידה תקוים (ר' סעיף 9(ג)1) לחוק עבודת נשים, האוסר על פיטורי עובדת בתקופת של 45 יום לאחר חופשת הלידה). דהיינו, על ידי יצירת קטיגוריה של "עובדת מחליפה זמנית" יכלו רשויות המדינה לסייע בתופעה הנפוצה של עובדות בהריון, אשר אף אם אין מפטרים אותן לפני הלידה, הרי שאין מאפשרים להן לחזור לעבודתן לאחר הלידה, וזאת בניגוד לזכותן על פי חוק עבודת נשים (עוד על כן להלן, בטיעונים שיוצגו ביחס לסעיף 3 המתוקן לנוהל).

137. לשאלת סוג האשרה שמהגרת העבודה מחזיקה בידה (ב/1 או ב/2) יש השלכות ממשיות. כך למשל, כיסוי של הביטוח הרפואי אשר מציעות חברות הביטוח ל"תייר" נופל בהרבה מן הכיסוי המוענק לאדם השוהה בישראל באשרת "עובד".

דוגמה: המקרה של אמה דימאנו

138. דוגמה ממשית לכך, הוא המקרה של Emma Dimaano, מהגרת עבודה מפיליפינים, אשר נכנסה לישראל כדין באשרת ב/1 בתחום הסיעוד.

139. ביום 19.9.04 יצאה הגב' דימאנו לחופשת לידה, כשהיא בחודש התשיעי להריונה, וזאת בהתאם לזכותה לפי סעיף 6(ב) לחוק עבודת נשים.

העתק מכתב מיום 11.7.04 מאת עו"ד ענת גונן מ"קו לעובד" לגב' רוזנטל (מעסיקתה דאז של גב' דימאנו), ובו היא מודיעה על יציאתה של הגב' דימאנו לחופשת לידה ביום 19.9.04 רצ"ב ומסומן "ייט".

140. במכתב מיום 20.9.04 מאת הגב' אביבה רוזן מלשכת מנהל האוכלוסין בחיפה לגב' רוזנטל נכתב "בהתאם להחלטת מטה מינהל האוכלוסין בירושלים, נאשר העסקתה של העובדת אופולוניה לינייה, דרכון מס' 755065LL [העובדת המחליפה – י' ל'] ואילו לעובדת דימנו אמה דרכון מס' 970862KK נאשר אשרת תייר לתקופת הלידה." "

העתק מכתב מיום 20.9.04 מאת הגב' רוזן לגב' רוזנטל רצ"ב ומסומן "כ".

141. ביום 1.10.04 ילדה גב' דימאנו בת. טרם הלידה הייתה מבוטחת העובדת בפוליסת ביטוח לעובדים זרים. כיוון שבסמוך למועד הלידה החליט משרד הפנים ליתן לעובדת אשרת ב/2 (במקום אשרת ה-1/ב) שהייתה בידה קודם לכן), שונתה הפוליסה שלה לפוליסת "ביטוח רפואי לתושב זר המחזיק באשרת תייר" (שהיא, כאמור, מקיפה פחות מפוליסת ה"עובד"). במכתב מיום 24.10.04, בו הוצע לעובדת השינוי בפוליסה, כתב מר דודי בנבנישתי מסוכנות הביטוח "ברוש" את הדברים הבאים: "המעסיק הנ"ל אכן מבטל ביטוח מיום בו הופסקה מערכת היחסים של עובד מעביד בינו ובין העובדת הנ"ל **לחברת הביטוח מבטחת העובדת בהתאם לאשרות העבודה שלה**" (ההדגשה הוספה). כך, נפגעה העובדת מבחינת היקף הביטוח הרפואי שלה, וזאת כפועל יוצא מהוראת סעיף 1 לנוהל הקובע כי עובדת בחופשת לידה תקבל אשרת "תייר".

העתק מכתב מיום 24.10.04 מאת מר בנבנישתי אל עו"ד גונן רצ"ב ומסומן "כא".

142. במכתב מיום 24.10.04 פנה הח"מ אל עו"ד גלית לביא ממשרד הפנים, ושטח בפניה את טענותיו כנגד החלטת משרד הפנים ליתן לגב' דימאנו אשרת "תייר" במקום אשרת "עובד". במכתב תשובה מיום 7.11.04 דחתה עו"ד לביא את טענות הח"מ, תוך שהיא כותבת (בסעיף 4 למכתבה) כי "מבחינת משרד הפנים, רשיון עבודה לעובד זר ניתן למעסיק ספציפי בלבד וכאשר מעסיק זה כבר אינו מעסיק, הרי שהרשיון פוקע". בכך התעלמה עוה"ד לביא כליל מטענת הח"מ כי במהלך חופשת הלידה העובדת הינה בבחינת עובדת של המעסיק לכל דבר וענין. במילים אחרות, הח"מ הציג טיעון משפטי מפורט ולפיו גב' דימאנו עדיין בגדר "עובדת" של הגב' רוזנטל, משום שיצאה לחופשת לידה, ומכאן שהגב' רוזנטל היא עדיין בגדר ה"מעסיק" מבחינה משפטית, ואולם עוה"ד המשיכה להתעקש כי מדובר בסיטואציה בה המעסיק "כבר אינו מעסיק".

העתק מכתב מיום 24.10.04 מאת הח"מ אל עו"ד לביא רצ"ב ומסומן "כב".

העתק מכתב מיום 7.11.04 מאת עו"ד לביא אל הח"מ רצ"ב ומסומן "כג".

143. מכאן שקביעת הנוהל לפיה עובדת היוצאת לחופשת לידה תקבל אשרת ב/2 (אשרת תייר) בלתי חוקית היא ודינה בטלות.

הוראת סעיף 2 לנוהל

"במידה ואין לה בישראל קרובי משפחה מדרגה ראשונה (הורים, בן זוג ו/או ילדים)"

144. סעיף 2 לנוהל קובע כי "במידה ואין לה [לעובדת הזרה בהריון] בישראל קרובי משפחה מדרגה ראשונה (הורים, בן זוג ו/או ילדים) ואין מניעה אחרת למתן המעמד, יאושר לה רשיון מסוג ב/2 עד 12 שבועות לאחר מועד הלידה המשוער" (ההדגשה הוספה).

145. מלשון סעיף 2 עולה כי אם יש לעובדת קרובי משפחה מדרגה ראשונה לא תינתן לה אפילו האשרה מסוג ב/2 לתקופה של עד שלושה חודשים ממועד הלידה המשוער. **עמדת העותרות הינה כי הוראה זו בלתי חוקית, וכי אין להתנות את מתן האשרה בכך ש"אין לה [למהגרת העבודה בהריון] בישראל קרובי משפחה מן הדרגה הראשונה".**

146. ניקח לדוגמא עובדת השוהה בישראל כדין מכוח אשרה ב/1. העובדת שוהה בישראל מספר שנים, ודאגה לחדש את אשרת העבודה שלה מפעם לפעם כנדרש. בהיותה בשלהי החודש התשיעי להריונה היא יוצאת לחופשת לידה ופונה למשרד הפנים, בהתאם להוראות הנוהל, ומבקשת אשרת ב/2. במעמד זה, מסרב משרד הפנים ליתן לה אשרת ב/2, בנימוק שיש לעובדת בן זוג בישראל (ויצוין, שעל פי נהלי משרד הפנים אין לאשר שהייה בישראל של בני זוג גם אם אינם נשואים; הנחייה זו מעולם לא פורסמה, אך הדבר עולה מן הפסיקה: ר' עת"מ 2485/04 אופיר נ' שר הפנים, סעיף 15 לפסק-הדין).

147. משמעות הסירוב היא, שעל העובדת לעזוב את ישראל לאלתר. דהיינו, העובדת – גם אם היא עומדת לכרוע ללדת בכל רגע – אמורה, על פי הנוהל, לעלות על הטיסה הקרובה מישראל ולחזור למולדתה.

148. היה ותישאר העובדת בישראל (לדוגמא, משום שבמצבה אין היא יכולה לעזוב את ישראל מבלי לסכן את חייה ו/או את חיי הוולד שהיא נושאת ברחמה), תאבד העובדת את זכותה לדמי לידה, מכוח הוראת סעיף 324ב לחוק הביטוח הלאומי.

149. מתיאור הדברים עולה ברורות כי הוראת סעיף 2 הנ"ל, אשר השלכותיה עלולות להיות כמתואר לעיל, הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית.

150. כאמור, העותרות מודעות לכך כי בית-המשפט העליון דחה טענות כנגד חוקיות המדיניות שקבע לעצמו משרד הפנים, ולפיה אין ליתן אישור שהייה לבני משפחה מן הדרגה הראשונה. בסעיפים 92-99 דלעיל טענו העותרות העותרות, כי יש מקום לאבחן את ההלכות הנ"ל של בית-המשפט העליון בכל הנוגע לעניינם של אם וקטין הנוולד בישראל (וזאת, בין השאר, מכוח חקיקה המגינה על זכויות של אמהות בשוק העבודה, אשר לא חלה על העניינים אשר הובאו בפני בית-המשפט העליון בעתירות הקודמות שהוזכרו לעיל). ואולם, כעת מבקשות העותרות לחדד את ההבדל בין ענייננו הנוכחי לבין ההלכות ההן מבחינה אחרת. **בפסקי הדין שהוזכרו, בקשו העותרים דשם כי יאושר להם (לבני הזוג בבג"צ 5749/01; לאם ולביתה הבגירה בבג"צ 5005/01) להמשיך ולשהות בישראל מכוח אשרת ב/1 (אשרת עבודה) עד למיצוי תקופת השהיה המקסימלית המותרת על פי חוק הכניסה לישראל. בענייננו, סעיף 2 אינו דן כלל באשרת עבודה, אלא באשרת תייר, וקובע כי אשרה זו לא תינתן לעובדת בהריון השוהה בישראל כדין, ולו לתקופה מוגבלת של עד שלושה חודשים מיום הלידה, וזאת אם היא שוהה בישראל יחד עם קרוב משפחה מדרגה ראשונה.**

151. כאמור, המדיניות חלה גם על "בני זוג" שאינם נשואים. בנסיבות אלה נאסר, למעשה, על מהגרי העבודה להתאהב וליצור יחסים זוגיים כל עוד שוהים הם בישראל. התפיסה

הקניינית של מהגרי העבודה בישראל היא כזו שנאסר עליהם לבצע פונקציות אנושיות אשר אינן מתמצות ביכולת העבודה שלהם (פונקציה, אשר להבדיל מהתאהבות או מחיים בזוגיות, מאפיינת גם מכוונות או בהמות משא).

152. מכאן שמהגרת עבודה ש"חטאה" בכך שהתאהבה במאן דהוא, מהגר עבודה אף הוא, ומקיימת עימו מערכת יחסים זוגית, תיענש על ידי משרד הפנים בכך שבעודה בהריון לא תקבל ולו אשרת תייר זמנית, וכך תאבד – בין השאר – את זכותה לדמי הלידה.

153. הוראת סעיף 2 לנוהל אינה מידתית. עקרון המידתיות מתמקד, כידוע, באמצעים להשגת המטרה, העומדת בבסיס המעשה המנהלי מושא הביקורת השיפוטית. בענייננו, מקריאת פסקי הדין בבג"צ 5749/01 ובבג"צ 5005/01 (כמו גם בעת"מ 2485/04 הנזכר לעיל) עולה כי המטרה העומדת בבסיס המדיניות הינה מניעת השתקעותם של מהגרי עבודה בישראל. דא עקא, שהאמצעי שנבחר בנוהל להשגת מטרה זו אינו עומד באף אחד משלושת מבחני המשנה של דוקטרינת המידתיות. (על שלושת מבחני המשנה של דוקטרינת המידתיות ר', לדוגמה, בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט (1) 729, בעמ' 742).

154. מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. בענייננו, קשר כזה אינו מתקיים. אם התכלית הינה יציאת מהגרת העבודה מישראל, הרי שתכלית זו לא תושג באמצעות הסירוב ליתן אשרה ולו לתקופה של שלושה חודשים לאחר הלידה. זאת משום שבנסיבות כאלה אין כל אפשרות ריאלית כי העובדת תעזוב את ישראל, לפחות ככל שמדובר בשלהי ההריון, או בשבועות הראשונים שלאחר הלידה.

155. מבחן המשנה השני קובע כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה. בענייננו נבחר דווקא האמצעי הדרקוני ביותר. כך, למשל, גם אם תקבלנה העותרות את העמדה שהמדיניות האוסרת על שהיה בצוותא בישראל של בני זוג מהגרי עבודה חוקית היא, הרי שניתן לדרוש עזיבת מהגרת העבודה או קרוב משפחתה תקופה סבירה מסוימת לאחר הלידה, ולא להתנות מתן אשרה זמנית של שלושה חודשים (וקבלת דמי הלידה) ביציאה מיידית של מהגרת העבודה מישראל.

156. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת לציבור ממנו. בענייננו, הנזק שייגרם לעובדת הינו חמור ביותר. זאת הן מבחינה פסיכולוגית (הדרישה כי תארוז חפציה ותתארגן לעזיבת מקום מגוריה ולחזרה למולדתה הרחוקה אלפי מילין, וכל זאת בתקופה "רגישה" של טרום או בתר-לידה), הן מבחינה רפואית (הסכנה למהגרת העבודה ו/או לעובר שברחמה ו/או לרך הנולד נוכח הטיסה הארוכה לחו"ל ו/או נוכח התנאים הרפואיים הירודים השוררים במדינות המתפתחות מהן מגיעים מהגרי העבודה), והן מבחינה כלכלית (אבדן זכאותה לדמי לידה במקרה ותישאר בישראל; אבדן זכאותה למענק אשפוז, למענק לידה ולקצבת לידה במקרה ותעזוב את ישראל). בנסיבות שכאלה קשה לראות כיצד ה"תועלת" שתצמח למדינה מיציאת העובדת (עוד לפני שחלפו שלושה חודים מיום הלידה!) עולה על הנזק החמור שנגרם לעובדת.

157. לעניין זה ראוי להדגיש כי ה"נזק" בדמות מהגרות העבודה היולדות בישראל מתמצה במקרים ספורים של נשים כאמור. כאמור לעיל, בישיבת ועדת עו"ז מיום 3.11.04 **נאמר על ידי מנהל מינהל האוכלוסין, מר ששי קציר כי "השנה אני יכול לתת את הנתון על פי דיווחים שיש לנו, היו לנו 17 מקרים של נשים שילדו"** (בעמ' 13 לפרוטוקול). דהיינו, על מנת למנוע את "המפגע" של 17 מהגרות עבודה שיוולדות בישראל בשנה, הוציא משרד הפנים את הנוהל הדרקוני הנדון בעתירה זו.

158. יצויין שלא ברור האם מדיניות משרד הפנים היא שחובה על שני קרובי המשפחה לעזוב את ישראל, או שמא די ביציאת אחד מקרובי המשפחה מישראל (כך שהשני יוכל להישאר בישראל באשרה כדין). אפילו ייאמר שדי בעזיבת אחד מהם, וכי במצב זה יכול לעזוב קרוב המשפחה של מהגרת העבודה ההרה (כך שמהגרת העבודה ההרה תוכל להמשיך ולשהות בישראל ברשיון), הרי שאין בכך כדי לפתור את הבעייתיות שבנוהל. אין זה ראוי להתנות את המשך שהייתה החוקית של מהגרת העבודה, ואת זכאותה הסוציאלית לדמי לידה, וכל זאת בעודה בתקופה רגישה במיוחד בחייה (תקופת הריון, או תקופה של פוסט-לידה), בכך שקרוב המשפחה יצא מישראל. לא ראוי "להעניש" את מהגרת העבודה בסיטואציה שכזו על כך שקרוב משפחתה החליט שלא לעזוב את ישראל.

159. דרקוניות הסייג בסעיף 2 לנוהל בוטה במיוחד במקרה בו בן הזוג הוא אבי הילד שעומד להיוולד. האם ראוי בסיטואציה מעין זו, לקרוע את בן הזוג ואבי הילד שעומד לצאת לאויר העולם מבת הזוג, ולהותיר את בת הזוג לשאת בעול הלידה ללא כל תמיכה חומרית ונפשית של בן זוגה?

160. אשר על כן, עמדת העותרות הינה שאין להתנות את מתן האשרה לעובדת בכך ש"אין לה בישראל קרובי משפחה מדרגה ראשונה".

סעיף 3 בנוסחו המקורי: "עד לתום 12 השבועות צריכה העובדת להחליט אם לעזוב את ישראל יחד עם תינוקה או שמא לשלוח את תינוקה מישראל ולהמשיך לשהות בישראל לבדה"

161. מתוך זהירות בלבד, תצגנה העותרות בקצרה את עמדתן כלפי סעיף 3 לנוהל, בנוסחו המקורי (אשר לכאורה אינו חל עוד כיום), וזאת על מנת למנוע מצב בו משרד הפנים יודיע, נוכח עתירה זו, על החזרת הנוהל המקורי על כנו.

162. כזכור, סעיף 3 לנוהל, בנוסחו המקורי, אפשר למהגרת העבודה, שילדה בישראל, להמשיך ולעבוד בישראל, וזאת בתנאי שתשלח את העולל אל מחוץ לגבולות המדינה עובר לחלוף 12 שבועות מיום הלידה.

163. הסדר זה מעמיד את העובדת בפני דילמה נוראה, בין יכולתה להמשיך ולהתפרנס בישראל, ולמלא את מטרת הגעתה לישראל – חסכון כספי (על מנת לכסות את הוצאות הגעתה לישראל, ולאחר מכן תמיכה כלכלית צנועה במשפחתה שנתרה בחו"ל) לבין המשך חיים לצד התינוק שזה לא מכבר נולד לה. נוכח מצבם הכלכלי הרעוע של מהגרי העבודה המגיעים

לישראל, בחירה זו פירושה, פעמים רבות, בחירה בין מצב של קיום חומרי למצב של קיום רגשי: המשך העבודה בישראל תאפשר לאם לשפר קמעא את המצב הכלכלי הקשה לה ושל משפחתה (לרבות העולל החדש), אך עלול לשבור אותה נפשית; עזיבת ישראל עם הילד תאפשר לה שהייה נמשכת לצד צאצאה הרך, אך עלולה לגרום לכך שילד זה יגדל ללא תמיכה חומרית מינימלית.

164. הצבת אדם בפני דילמה כה אכזרית יש בה, ללא כל ספק, משום פגיעה בכבוד האדם, המוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאחר שמדובר בפגיעה בנוהל, ולא בחוק, הרי שמדובר בפגיעה אשר אינה עומדת ולו בתנאי הראשוני הפורמלי הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד. יתירה מכך, מדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכויות ובאינטרסים של מהגרות העבודה בישראל.

165. יצוין עוד, כי תפישת זכות היסוד להורות, ככזו המתמצית בזכות להביא ילד לעולם ותו לא, אינה יכולה לעמוד. מדובר בזכות מהותית, אשר כוללת אף את הזכות לגדל את הילד, ולא רק להביאו לעולם.

166. רבות נכתב בדבר זכותו המשפטית של ההורה כי הוא, ולא אחר, יגדל את ילדו.

זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי- "קול הדם" בלשונו של מ"מ הנשיא השופט חשין, שבין הורים לילדיהם. זכות זו של הורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי. (דברי השופט ברק בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 467. מראי מקום הושמטו).

167. גם חוק עבודת נשים, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, והאמנות הבינלאומיות שפורטו לעיל בהרחבה, המגנים על זכותה של האישה להמשיך ולעבוד במקום עבודתה גם לאחר חופשת הלידה המגיעה לה על פי דין, אינם מאפשרים – מן הסתם – את התנאת המשך העבודה בפרידה כפויה בין האם לבין התינוק.

168. לטענת העותרות יש לאבחן בין העניין הנדון בעתירה זו (הפרדה בין אם לתינוקה אשר נולד בישראל) לבין העניינים שנדונו בבג"צ 5749/01 (שהיית בני זוג מהגרי עבודה יחדיו בישראל) ובבג"צ 5005/01_ שהיית אם ובת בגירה, מהגרות עבודה, יחדיו בישראל).

169. שני טעמים לאבחנה בין המקרים. ראשית, ביחס לענייננו – שלא כמו ביחס לעניינים של בני זוג או של אם ובת בגירה – חלות הוראות חוק עבודת נשים, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה והאמנות הבינלאומיות שהוזכרו בהרחבה לעיל, והקובעות כי יש לאפשר לאישה שילדה להמשיך ולעבוד בישראל, ולשלב בין הורות לבין היותה אישה עובדת.

170. שנית, כאשר מדובר בילד קטין, הרי שחלות הוראות מן המשפט הישראלי ומן המשפט הבינלאומי ביחס לזכויות ילדים. הוראות אלה אוסרות על "הפרדה כפויה" בין האם לצאצאה הקטין בנוסח סעיף 3 המקורי לנוהל.

171. כך, למשל, סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע כי :

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם ; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

172. ולהלן מספר הוראות רלוונטיות מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, אשר מדינת ישראל חתמה עליה ואשררה אותה :

- המדינות החברות יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים ... על מנת לספק באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו (סעיף 5).
- המדינות החברות מכירות בזכותו הטבעית של כל ילד להורים (סעיף 6(1)).
- המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת שיפוטית, בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוק כאמור נדרש לטובת הילד (סעיף 9(1)).
- המדינות החברות יכבדו את זכויות ההורים וחובותיהם ... לספק הכוונה לילד במימוש זכויותיו באופן המתאים עם התפתחותו הטבעית (סעיף 14(2)).
- המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו. להורים ... אחריות בסיסית לגידול הילד והתפתחותו. בראש מעייניהם תעמוד טובתו של הילד (סעיף 18(1)).
- להורי הילד ... האחריות הראשונית להבטיח, ככל שמאפשרים יכולתם ואמצעיהם הכספיים, את תנאי המחיה הנדרשים להתפתחות הילד (סעיף 27(2)).

173. במובן זה, הדילמה אשר ניצבה בפני מהגרת העבודה שילדה בישראל, בזמן חלותו הקצרה של סעיף 3 המקורי הני"ל, היתה לא רק דילמה אנושית-מוסרית קשה מנשוא, אלא אף דילמה משפטית: שכן מצד אחד מורה לה המשפט שחובה עליה לדאוג לצרכיו החומריים של צאצאה הקטין (חובה שתוכל לעמוד בה, פעמים רבות, רק אם תמשיך לעבוד בישראל), ומאידך מורה לה המשפט שחובה עליה לתמוך בצאצאה הקטין בחינה רגשית, להדריכו בחייו וכיו"ב, דבר שפירושו, למיצער, שהייה במחיצתו.

174. יצויין עוד, כי מדיניות לפיה על מהגרת העבודה להיפרד מצאצאה העולל בהגיעו לגיל שלושה חודשים פירושה כי לא תוכל המשיך ולהיניקו. לכאורה, המחוקק הכיר בחשיבות לאפשר לאם להיניק את עוללה תקופה ארוכה יותר משלושה חודשים. תעיד על כך הוראת סעיף 7(ג) (3) לחוק עבודת נשים, הקובעת כי עובדת רשאית להיעדר מעבודתה "מתום חופשת הלידה עד תום ארבעה חדשים מאותו יום – שעה אחת ביום" (בתנאי שהיא מועסקת במשרה מלאה). אף כי ההוראה אינה מציינת את מטרת ההיעדרות, אין חולק כי מדובר בהיעדרות למטרת הנקה (ר' פרנסס רדאי, "נשים בשוק התעסוקה" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (רדאי ואח' עורכות) 64, 68). ר' עוד : סעיף 3(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הקובע : "הוראה שנקבעה בחיקוק, בהסכם קיבוצי או בחוזה עבודה בקשר להריון, לשמירת הריון, ללידה, להנקה או לפוריות, אין בה הפליה".

175. נראה כי נוכח מכתבם של נציגי העותרות 1-2 למנהל מינהל האוכלוסין, ונוכח קדם הבג"ץ אשר נוהל לאחר משלוח אותה פניה, אכן השכיל משרד הפנים להבין כי ההסדר אשר נקבע בסעיף 3 לנוהל בנוסחו המקורי בהסדר בלתי ראוי היה, ולא היה עומד במבחן בג"ץ. למרבה הצער, בחר משרד הפנים להחליף הסדר לא ראוי אחד בהסדר לא ראוי אחר.

סיכום: העסקת מהגרי עבודה בישראל, ומדיניות "הדלת המסתובבת"

176. למרות הצהרות חוזרות ונשנות מצד גורמי מדינה שונים, בדבר היות מהגרי העבודה בגדר "רעה חולה" ובדבר הצורך למגר את התופעה כליל, הרי שרשויות המדינה **מכניסות מדי שנה בשנה עשרות אלפי מהגרי עבודה לישראל ברשיון לעבוד בתחומים כבניין, חקלאות, תעשייה, מסעדות, מלונאות וסיעוד**. כך, למשל, ביחס לשנת 2006 נקבעו המכסות הבאות של מהגרי עבודה ברשיון: בבנין – 15,000 (החלטת ממשלה 3021 מיום 6.1.05); בחקלאות – 26,000; בתעשייה – 1,500; במלונאות ובמסעדות – 1,700 (החלטת ממשלה 4099 מיום 9.8.05). **ביחס לענף הסיעוד, בו מועסקות רוב מהגרות העבודה בישראל, לא נקבעה כל מכסה**, ובעגה של משרדי הפנים והתמ"ת בענף זה נותרו השמיים "פתוחים" (להבדיל מ"שמיים סגורים", לפחות בהצהרה, בענפי הבנין האחרים).

177. כך קורה, שמדינה ישראל מתירה, ביד האחת, כניסתם של מהגרי עבודה ברשיון לישראל, ומגרשת אותם ביד האחרת לפני שמיצו את תקופת שהייתם המקסימלית בישראל. תחתם מובאים עובדים חדשים, וגם הם מגורשים זמן קצר לאחר מכן, וחוזר חלילה. זוהי מדיניות "הדלת המסתובבת" של הגירת העבודה במדינת ישראל, אשר המרוויחים העיקריים ממנה הם מתווכי כוח האדם, בישראל ובחו"ל, הגורפים אלפי דולרים על כל מהגר עבודה שנכנס לישראל (ר' על כך דו"ח מבקר המדינה 53, בעמ' 649, 655-656).

מדיניותן של ממשלות ישראל כלפי העובדים הזרים נראית מורכבת ומכילה סתירות פנימיות. מצד אחד, ממשלת ישראל הצהירה כי בכוונתה

לצמצם את מספר העובדים הזרים, בעיקר על-ידי הוצאה מהמדינה של עובדים זרים ללא היתר, ומצד אחר, ממשלת ישראל מתירה הבאת עובדים זרים בהיתר, שחלקם נהפכים מאוחר יותר למהגרי עבודה ללא היתר, ואינה פועלת די למנוע כניסה בלתי-חוקית של מהגרי עבודה ללא היתר. (ש' אסיסקוביץ, "הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה לישראל ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים", **עבודה, חברה ומשפט** י 79, בעמ' 85).

178. נוהל "הטיפול בעבודת זרה בהריון" משתלב במדיניות "הדלת המסתובבת", באשר יש בו כדי למנוע ממהגרות עבודה אשר "חטאו" בכך שהביאו ילד לאוויר העולם מלמעות את תקופת השהיה המקובלת על פי חוק הכניסה לישראל (63 חודש). כך הופכות מהגרות עבודה שנכנסו להריון ל"בלתי חוקיות" ומגורשות מישראל, ואחרות מגיעות תחתן לישראל.

179. בכך עומד הנוהל בניגוד להלכה שנפסקה בעת"מ (י-ס) 760/02 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, תק-מח 2003(2) 2662 על ידי הרכב תלתא של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ובה נאמרו הדברים הבאים:

הטענה כי אין מקום לאשר העסקתם של עובדים השהים כאן ללא היתר, איננה בהכרח משכנעת. זאת משום שלפחות חלקם של העובדים השהים כאן ללא היתר נאלצו לעזוב את מעסיקיהם בשל סיבות שאינן תלויות בהם. זאת ועוד, ה"רעה" שבהבאת עובדים זרים מחו"ל והגדלת מספרם של העובדים הזרים השהים בארץ, גדולה לכאורה הרבה יותר מה"רעה" של מתן היתר חוקי לשהייתם של עובדים הנמצאים בארץ שלא כדין. הבאת עובדים זרים מחו"ל מעשירה במקרים רבים את כיסם של קבלני כוח אדם על חשבונם של העובדים, שמצבם קשה ממילא, ועדיף לנהוג בהתחשבות ובהגינות כלפי מי שכבר נמצאים בארץ, במקום להעצים את התופעה ואת התוצאות השליליות הכרוכות בה, על-ידי הבאת עובדים חדשים מחו"ל.

...

אך מובן הוא, שאין זה סביר כלל להתיר מצד אחד, כניסתם של עובדים חדשים עם כל התופעות השליליות הנגזרות מכך, ומצד שני, לא לאפשר לעובדים זרים שהגיעו ארצה כחוק, ומסיבות שונות לא הוארכה אשרת השהיה שלהם בארץ, לקבל היתר ולמצות את התקופה הסבירה בה הם יכולים לעבוד בארץ. יש לזכור, כי מדובר באנשים שהם למעשה כמעט בבחינת חסרי ישע, שעזבו משפחות ומדינות כדי לבוא למדינה זרה בתנאים קשים, ולעבוד עבודה מפרכת יומם ולילה עבור שכר נמוך, כל זאת כדי להביא לחם למשפחותיהם. יש לנהוג בהם בהגינות ובכבוד, ולהשתדל למזער, עד כמה שאפשר, את הפגיעה בהם. לכן, כל פתרון צריך לקחת בחשבון גם את עניינם של העובדים הזרים ולהטיב עמם, במיוחד עם אלה שכבר נמצאים כאן, עד כמה שאפשר. (ההדגשות הוספו).

הנאמר שם ביחס לעובדים אשר נקלעו לסטטוס של אי-חוקיות (פעמים רבות על לא עוול בכפם, לדוגמא משום שמעסיקם "נייד" אותם למעסיק אחר ללא ידיעתם), ואשר יש מקום "להלבינם", חל מכוח קל וחומר על ענייננו, בו העובדת בהריון מצויה בסטטוס חוקי, וכל הנדרש מהמדינה הוא למנוע מלהפוך אותה ל"לא חוקית" בשל תנאי "החודש השישי", ובשל שאר התנאים אשר יפורטו להלן.

180. מדינת ישראל מעורבת בהעסקתם של מהגרי עבודה מעצם זה שהיא מתירה את כניסתם לישראל. בכך שונה העסקתם של עובדים ישראלים מהעסקתם של מהגרי עבודה, שכן בעוד שהראשונים אינם נזקקים לכל היתר מהמדינה על מנת לעבוד, בעוד שהאחרונים נזקקים לכך. יודגש שוב כי המדובר בענייננו הוא אך ורק ביחס לעובדות שנכנסו לישראל ברשיון. כל שמבקשות העותרות הוא שמעמדן החוקי של אותן עובדות יישמר להן, במקרה של הפסקת עבודה בזמן ההריון, וכי תוכלנה להמשיך ולמצות את תקופת השהיה המקובלת ביחס למהגרי עבודה בישראל, וזאת כשילדיהן לצידין.

181. **מדינת ישראל הזמינה עובדות אלה לישראל, הנפיקה להן אשרות, והפקידה בידיהן את החלשים שבחברה הישראלית, את הנכים, את החולים ואת הקשישים**. מהגרות העבודה, אשר רובן מועסקות בישראל בתחום הסייעות, עושות במרביתם המכריע של המקרים את עבודתן נאמנה. פעמים רבות הן מועסקות "מסביב לשעון", עשרים וארבע שעות ביממה בבית הנזקק ודואגות לכל צרכיו. מהגרות העבודה בעוסקות בסייעות מאכילות את מעסיקיהן, רוחצות אותם, מלבישות אותם, יוצאות עימן לשאוף אויר צח מחוץ לבית, דואגות לנטילה סדירה של תרופות, מנקות אחריהם, ועוד כהנה וכהנה פעולות סיעודיות מתישות. פעמים רבות נקשרים, בנסיבות שכאלה, קשרי קרבה מיוחדים בין מהגרות העבודה למעסיקיהן הקשישים. מדינת ישראל היא שהזמינה אותן לישראל לעשות את אותן עבודות, אשר כנראה אין די עובדים ישראלים המוכנים לעשותן בשכר הנמוך שמשתכרים מהגרי העבודה בישראל. מעצם הזמנת העובדים לישראל והכנסתם לישראל ברשיון נובעות חובות חוזיות או מעין-חוזיות מסויימות על המדינה, כנטען במאמרו הנזכר לעיל של ד"ר מונדלק.

182. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות למשיב 1 לפעול כאמור ברישא לעתירה זו. כמו-כן מתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות ובשכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

היום, 11 בדצמבר 2005.

ד"ר יובל לבנת, עו"ד
ב"כ העותרות