

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרות:

1. ויצו עולמית לנשים ציוניות (ע"ר)

2. איתך-מעכ"י

3. האגודה לזכויות האזרח

4. קו לעובד

5. שדולת הנשים בישראל

כולם ע"י עו"ד עידית צימרמן, מ.ר. 46503

מהקליניקה לזכויות עובדים באוניברסיטת תל אביב

עו"ד אורי-טורקיה שלס, מ.ר. 52104

מנהלת מערך הסיוע המשפטי, ויצו ישראל

ועו"ד דנה גינוסר, מ.ר. 54654

מהקליניקה לנשים וכלכלה באוניברסיטה העברית בירושלים

שכתובתן להמצאת כתבי בי-דין הנה:

הקליניקה לזכויות עובדים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

טל': 052-4496116

דוא"ל להמצאת כתבי בית דין: missidit@gmail.com

-נגד-

המשיבים:

1. ראש הממשלה

2. שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים

ע"י פרקליטות המדינה, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טל: 073-39252542 פקס: 02-6467011 דוא"ל: HCJ-dep@justice.gov.il

3. כנסת ישראל באמצעות היועץ המשפטי לכנסת

עו"ד אביטל סופולינסקי avitals@knesset.gov.il

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטלו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (עבודת נשים), התש"ף 2020 (להלן: "התקנות").

בקשה לאיחוד הדין בעתירות

ערב הגשת העתירה דן, נודע לעותרות כי אתמול (12.4.20) הוגשה עתירה באותו עניין, שמספרה בג"צ 2486/20 חה"כ סולימאן תומא ואח' נ' ראש הממשלה ואח', ואשר נקבעה לדין בפני בית המשפט הנכבד בתאריך 20.4.20. בית המשפט הנכבד מתבקש לדון בהן במאוחד, מן הטעמים שדלהלן וזאת על מנת לייעל את הדין ולהימנע מסרבול משפטי:

- א. העתירות שתיהן עניינן בתשתית עובדתית זהה, היא התקנת תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (עבודת נשים), תש"ף-2020, המבטלות, הלכה למעשה, את הצורך בקבלת היתר משר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (באמצעות הממונה על עבודת נשים בטרם הוצאה לחופשה ללא תשלום (להלן: "חל"ת") של עובדת בטיפולי פוריות, בהריון ולאחר שובה מחופשת לידה.
- ב. במרכזן של שתי העתירות עומדות שאלות משפטיות זהות הדורשות הכרעה. הראשונה, האם ניתן להצדיק שימוש בתקנות שעת חירום לשם עקיפת הוראת חוק, המהווה אחת מאבני היסוד בחקיקת המגן הישראלית, שעה שניתן להתמודד עם צרכי השעה בהסדרים שייקבעו בדרך המלך – קרי באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת; השנייה, האם התכלית שלשמה נקבע ההסדר מצדיקה פגיעה כה קשה בסדרי החקיקה המקובלים ובזכויותיהן של נשים עובדות להגנה מפני אפליה ולשוויון מהותי.
- ג. בעוד שהעותרות בבג"ץ 2486/20 הן חברת כנסת – יו"ר הועדה המיוחדת לענייני רווחה בכנסת וארגון הפועל להגנה על זכויות אדם ובפרט להגנה על זכויות אזרחי המדינה הערבים, הרי שהעותרות בעתירה דן, הינן עמותות ותיקות, העוסקות גם בזכויות עובדות ועובדים ובפרט בזכויות של נשים בעבודה ובקידום מעמדן של נשים בעבודה ושוויון מגדרי.
- ד. חלק ניכר מן העותרות מפעילות מערכי סיוע משפטי לנשים, לרבות קווי ייעוץ בתחום דיני העבודה וזכויות נשים בעבודה ומשכך, מכירות הן היטב את צרכי השעה של נשים עובדות בישראל, הן בשל טיפול בפניות פרטניות רבות והן נוכח מומחיותן בקידום מדיניות וחקיקה בתחומים האמורים, קרי זכויות נשים וקידום שוויון מגדרי.
- ה. על כן, יש בעתירה דן כדי לחדד ולדייק את השאלות המשפטיות הנוגעות לפגיעה בנשים עובדות ולהצביע על השלכות נוספות ורחבות היקף של התקנות נשוא העתירה דן.
- ו. משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את העתירות לשם הצגת תמונה עובדתית ומשפטית שלמה ככל הניתן בפני בית המשפט הנכבד, בבואו לדון בשאלות כבדות המשקל שעל הפרק.

בקשה למתן צו ביניים דחוף

1. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו ביניים המורה להקפיא את תוקפן של התקנות עד לסיום בירור העתירה והכרעה סופית בה.
2. הנימוקים לעתירה הינם חלק בלתי נפרד מהנימוקים לצו הביניים, והם מצביעים על כך שסיכויי העתירה להתקבל הינם גבוהים. המקרה שבנדון הוא מבין המקרים בהם החלטת הרשות הנה על

פניה פגומה עד כדי כך שניתן להניח שבית המשפט יבטל אותה (בג"ץ 3330/97 עיריית אור יהודה נ' ממשלת ישראל, נא(3) 472 (1997)).

3. התערבות בית המשפט הנכבד באמצעות צו ביניים היא קריטית עבור העובדות והעובדים המצויים בתקופות המוגנות מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: "עובדות מוגנות" ו-"חוק עבודת נשים", בהתאמה), ואשר התקנות פגעו פגיעה אנושה בהגנה הנתונה להם מכוח החוק.
4. אין מחלוקת שמדובר בנשים ובגברים הזקוקים להגנת החוק, בשגרה – ובחירום ביתר שאת. המשיבים לא טוענים אחרת והנתונים לגבי שיעור האבטלה העולה אצל נשים בתקופת המשבר ביחס לשגרה מלמדים זאת כבר עתה, בעוד אנו בעיצומו של המשבר.
5. בכל יום שהתקנות עומדות בתוקף, מתאפשרת פגיעה חמורה בעובדות ובעובדים אלה, ללא כל פיקוח, בקרה או מעקב אחר החלטות המעסיקים להוציאם לחל"ת, אשר לא מן הנמנע כי במקרים רבים מאד משמעותה האמתית תתברר כפיטורים והוצאה ממעגל העבודה, בתקופה שחוק עבודת נשים הכיר בה כפגיעה במיוחד עבור עובדות ועובדים.
6. לעומת זאת, אין במתן צו ביניים כמבוקש, כדי לפגוע פגיעה חמורה במטרות שמבקשות התקנות להשיג, שדומה כי הן מינהליות בעיקרן. כאמור, ההגנה על זכויות העובדים והעובדות מפני אפליה תישמר, ולצד זאת עומדים למשיבים אמצעים מנהליים פשוטים יחסית להפחתת העומס על עובדי הממונה על עבודת נשים (להלן: "הממונה"), על מנת שייבדקו יותר בקשות, בתיעדוף נכון, לצד אפשרויות משפטיות שונות לאפשר לעובדים ולעובדות זכאות לדמי אבטלה במועד בו תינתן החלטת הממונה, ולמרות העיכובים.
7. מטרת צו הביניים הינה להבטיח כי עד להכרעה בעתירה זו לא ייווצר פתח מסוכן למעסיקים לפגוע בהעסקתם ובשילובם בשוק העבודה של נשים וגברים בתקופה המוגנת והפגיעה כל כך, של הריון והורות, בלי כל פיקוח, כאשר אין מחלוקת בדבר הנחיצות במניעת פגיעה כאמור.
8. בנסיבות אלו סיכויי העתירה גבוהים ושיקולי מאזן הנוחות תומכים בברור במתן צו הביניים.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

עניינה של עתירה זו בתקנות לשעת חירום אשר הותקנו בחוסר סמכות, תוך הפרת הוראות חוק יסוד: הממשלה, פסיקתו החד משמעית של בית משפט נכבד זה והנחיותיו הברורות של היועץ המשפטי לממשלה.

עוד עניינה של העתירה בפגיעה אנושה ולא מידתית שפגעו תקנות אלו בהגנות הנתונות לנשים, מכוח חוק עבודה מגן, תוך זניחה מוחלטת של חובת הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול דעתה, והכל בתקופת משבר חמורה, בה זקוקות עובדות להגנת החוק אף יותר מתמיד, ותוך שמתרבות העדויות על הפגיעה החמורה במיוחד בנשים בשוק התעסוקה בשל המשבר.

בהתאם, טוענות העותרות - דינן של התקנות הוא בטלות.

העותרות הן ארגונים העוסקים בהגנה על זכויות אדם ובהם זכויות עובדים וזכויות נשים :

העותרת 1, ויצו הסתדרות עולמית לנשים ציוניות, הינה תנועת נשים בינלאומית של נשים מתנדבות אשר הוקמה לפני 100 שנים. ויצו פועלת לקידום השוויון בין המינים בישראל, להגנה על זכויותיהן של נשים בישראל בעבודה, במשפחה ובחברה; ויצו מפעילה מערך סיוע משפטי וקו ייעוץ טלפוני לזכויות נשים בעבודה ופועלת במישור הציבורי והמשפטי לקידום זכויותיהן ומעמדן של נשים בישראל. החל מפרוץ המשבר, טיפלה ויצו במאות פניות של נשים (ומעסיקים) בכל הנוגע לזכויותיהן של עובדות.

העותרת 2, איתך מעכי משפטניות למען צדק חברתי פועלת מאז 2001 לקידום נשים בישראל ולקידום של גישה רב מגדרית ורב תרבותית בכל המערכות בישראל. העמותה פועלת להשמעת קולותיהן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסיה במרחב הציבורי ומפעילה מערך קו חם לסיוע משפטי לנשים בתחומי התעסוקה והביטוח הלאומי, במסגרתו ניתן ייעוץ למספר רב של נשים בנושאים נשוא עתירה זו.

העותרת 3, האגודה לזכויות האזרח בישראל היא ארגון זכויות האדם הגדול והוותיק בישראל ומומחיותה גם בשתי השאלות המרכזיות שעולות בעתירה זו: השימוש בתקנות שעת חירום וזכותן של נשים לשוויון.

העותרת 4, קו לעובד היא עמותה הפועלת להגנה על עובדים מוחלשים ונטולי קול בשוק העבודה, מאז 1991.

העותרת 5, שדולת הנשים בישראל, הינה עמותה עצמאית ובלתי מפלגתית הפועלת מזה 35 שנים לקידום זכויות נשים ושוויון מגדרי, כשהיא מייצגת את האינטרס הציבורי-חברתי בפעילות למען זכויות נשים, במניעת הפגיעה בנשים והפלייתן על רקע מגדרי. בשבועות האחרונים, מאז החל המשבר, פנו לקו הפתוח של שדולת הנשים הנותן יעוץ בדיני עבודה ובסוגיות מגדריות בעבודה, עשרות רבות של נשים בנושאים נשוא עתירה זו.

רקע רלוונטי

ההגנה על עובדות ועובדים מכוח חוק עבודת נשים בזמן שגרה

9. סוגיית שילובן של נשים בשוק העבודה מעסיקה את מדינת ישראל כמעט מיום היוסדה. בהתאם נחקקו חוקים רבים העוסקים בנושא ומשלבים מאמצים על מנת לשלב ולקדם נשים בעבודה, תוך חתירה לשוויון זכויותיהן ביחס לעובדים גברים. החוק המרכזי העוסק בנושא הינו חוק עבודת נשים ולצידו ניתן למנות את חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ועוד.

10. ואולם, נכון למועד כתיבת שורות אלו, שוק עבודה שוויוני עודנו רחוק מלהפוך למציאות, וגופים רבים, לרבות הח"מ ולרבות משרדי הממשלה הרלוונטיים, המגזר הציבורי והמגזר העסקי, נוקטים יוזמות שונות ומאמצים יומיומיים לקידום הנושא.

11. רק על מנת לסבר את האוזן, נזכיר כי פערי השכר בין נשים וגברים עומדים נכון לשנת 2019 על 34%¹. נתון זה מעמיד את ישראל במקום נמוך ביותר בין מדינות ה-OECD (ה-4 מהסוף).
12. על פי דו"ח נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, בשנת 2018², היוו פניות בגין אפליה בשל היריון, לידה וטיפול פוריות כשליש מכלל הפניות בגין אפליה. נתון זה נשמר ללא שינוי במשך עשור.
13. על אף ההתקדמות לכאורה בייצוגן של נשים בעמדות מפתח ובתפקידים ניהוליים, ישנו קונצנזוס חוצה מגזרים ועיסוקים בדבר היותן מצויות בייצוג חסר בהנהלות ודירקטוריונים.
14. כמו כן, נשים רבות מוצאות את עצמן מפוטרות או מופלות בתנאים כאשר הן מצויות בטיפול פוריות, היריון, חופשת לידה ואף כשהן הופכות לאימהות עובדות עם חזרתן מחופשת הלידה.
15. כך למשל, אחוז ניכר מן הפונות לקווי הייעוץ של ארגוני הנשים (ויצו, שדולת הנשים, איתך-מעכי, הקליניקה לנשים וכלכלה) לזכויות נשים בעבודה הינו נשים עובדות הסובלות מאפליה סביב היותן בהיריון, בחופשת לידה, בטיפול פוריות או עצם היותן אימהות.
16. תכליות חוק עבודת נשים נגזרות ישירות מן הזכויות החוקתיות לשוויון ולכבוד. זכויות אלו מהוות את הבסיס למשטר הדמוקרטי ואף עוגנו בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו עם חקיקתו.
17. כך, קובע חוק עבודת נשים מנגנון המגן מפני פגיעה בזכותן של נשים לשוויון בשוק העבודה, מתריע ומגן מפני אפלייתן ממניעים בלתי ענייניים הקשורים בסוגיות ייחודיות לנשים, מעגן הגנות הכרחיות על נשים עובדות ובפרט במהלך תקופות פגיעות במיוחד בחייהן כהיריון ולידה ובשנים האחרונות אף מקדם תפיסה משפחתית שוויונית יותר ומעודד חלוקת נטל ומתן זכויות הוריות לאבות.
18. חוק עבודת נשים אף מגן על הזכות לכבוד האדם והאישה, עת הוא מגן על נשים מפני השפלתן בשל מין, מגדר, היריון והורות ומוודא שיוכלו להשתלב בשוק העבודה באופן מלא מבלי שיוודרו בשל מינו ו/או בשל צרכים מיוחדים שעשויים להיות להן, בשל היריון ולידה. זאת ועוד, חוק עבודת נשים מאפשר לנשים לממש את זכותן לקניין אישי באופן הבסיסי והראוי ביותר – באמצעות שילובן השוויוני בשוק.

תהליך קבלת היתר לפיטורים/ פגיעה בתנאי העסקה אצל הממונה על עבודת נשים

19. למען שלמות התמונה, נפרט בקצרה את הליך הבקשה לקבלת היתר מידי הממונה בימי שגרה.
20. ככלל, מעסיק המעוניין לסיים את העסקתה של עובדת מוגנת או לפגוע בתנאי העסקתה, מחויב לפנות לממונה לפני מעשה ולבקש ממנה היתר לפעולה זו. על הבקשה להיות מנומקת ומגובה באסמכתאות. עם קבלת הבקשה על הממונה לפנות לעובדת ולקבל את עמדתה בכתב, תוך מתן זמן ראוי לתגובה ואפשרות להגיש מסמכים ואסמכתאות.

¹ "מדד המגדר, אי שוויון מגדרי בישראל", מרכז "שוות" מכון ון ליר, 2019 ;
² דו"ח שנתי 2018, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים.

21. לאחר קבלת עמדות הצדדים בכתב, מזמינה הממונה את שני הצדדים אליה ושומעת את שניהם בנפרד, בעל פה. לצדדים ניתנת אפשרות להגיב לדברי הצד השני ובמידת הצורך גם להגיש מסמכים משלימים. לאחר שמיעת הצדדים בעל פה ובכתב, שוקלת הממונה את הבקשה ומקבלת החלטה.

22. בהתאם לחוק עבודת נשים, אם הממונה מגיעה למסקנה כי מצבה המיוחד של העובדת, קרי היותה בטיפולי פוריות או הריון או לאחר חופשת לידה, הוא הסיבה או אחת הסיבות לרצון לסיים את העסקתה או להרע את תנאי עבודתה, הממונה מחויבת לדחות את הבקשה.

23. במהלך חופשת לידה אין לממונה סמכות להתיר פיטורים או הרעת תנאי העסקה של עובדת. כמו כן, במהלך 60 הימים לאחר חזרת העובדת מחופשת לידה, הממונה מוסמכת להתיר פיטורים או הרעת תנאי משרה אך ורק במקרה שבו המעסיק סגר את עסקו או פשט רגל.

24. יחד עם זאת, יודגש: גם כאשר מגיעה הממונה למסקנה שאין קשר בין מצבה המיוחד של העובדת לבין הבקשה, אין פירושו של דבר שבכך נסתיים העניין והפיטורים יותרו. במקרה כזה, הממונה מחויבת לשקול שיקולים נוספים כמצבו הכלכלי של המעסיק, גודלו, יחסי הצדדים, מצבה של העובדת ויכולתה להשתלב בעבודה אחרת, שלב ההריון ועוד ובהתאם למאזן השיקולים לקבל החלטה בבקשה. כלומר, הפגיעה בעובדת המוגנת צריכה להתבצע רק לאחר שנעשה הכול להימנע מפגיעה זו³.

25. הממונה לא תתן ההיתר אוטומטי גם כאשר הבקשה בהסכמה, אך לאחר שתוודא כי מדובר אכן בהסכמה וכי הנסיבות מצדיקות מתן היתר. יצוין כי במקרה זה מדובר בהליך קצר אך הכרחי לשמירה על הפיקוח המנהלי על התנהלות המעסיק.

26. יפים לענייננו דברי בית הדין הארצי לעבודה בסעיף 9 לפסק דין שניתח את סמכות הממונה על חוק עבודת נשים לענין הגנה על נשים במהלך טיפולי פוריות, פסק דין שניתן לפני ימים בודדים בע"ע 4533-11-19 מדינת ישראל נ' גוטמן ואח' (פורסם ביום 29.3.2020): "9. על פי הוראות סעיף 9(ה) לחוק, מעסיק המבקש לפטר עובדת נעדרת או עובדת שאינה נעדרת, נדרש לקבל היתר לפיטורים מהממונה. בפסיקה נקבע לעניין זה כד⁴:

"בקשת ההיתר לפיטורים היא בעלת ערך עצמאי. היא מהווה בקרה מינהלית-שלטונית על חוקיות הפיטורים, ובכך מקדמת ומונעת פגיעה בערך השוויון המגדרי במיוחד בנקודת זמן זו בו פגיעותו מוגברת. תוצאתה המעשית היא שלילת סמכותו של המעסיק לפטר את העובדת והעברתה לממונה שלו שיקול דעת אם להתיר את הפיטורים במקרה הקונקרטי... הממונה אינו בוחן רק את הקשר בין עילת הפיטורים להריון, ללידה או להורות ולהיעדרות בגינם, אלא הוא מעניק משקל גם לתכלית איסור הפיטורים על רקע ייחודיותן של תקופות אלה במעגל התעסוקה של העובדת. מכאן שתפקידו של הממונה הוא לשמש מעין גורם אובייקטיבי בהכרעת השאלה אם יש להתיר את הפיטורים בעת שבה הם מתבקשים." (הדגשה הוספה – א.א.)

³ ע"א 4102/07 משרד עו"ד שושי שבח נ' מדינת ישראל-משרד התמי"ת (פורסם בבנו).

”יש בהקפדה על הפרוצדורה של בקשת ההיתר לפיטורים ובהקפדה על הוגנות הליך קבלת ההחלטה של הממונה כדי לשפר את הסיכויים שהחלטה שתקבל בעניינה של העובדת תהיה צודקת. יתרה מכך ייתכן שההליך עצמו אף ימנע מהאישה לפתח תחושה שהפיטורים נעשו ממניעים לא צודקים או שרירותיים, או על בסיס הפליה מטעמי הריון או הורות.”

השפעת משבר הקורונה על מצבן של נשים בשוק העבודה בישראל

27. כבר כעת, שבועות ספורים לאחר תחילת המשבר, ניתן לזהות בבירור פגיעה חמורה במעמדן של נשים בשוק העבודה, המסיגה לאחור שנים רבות של מאמצים והתקדמות בהגנה על נשים בשוק העבודה הישראלי ובקידום זכויותיהן.

28. כך, על פי פרסומים, מנתוני שירות התעסוקה שפורסמו ביום 2.4.2020 עולה כי מבין המתייצבים החדשים בחודש מרץ, 57.7% הן נשים ו-42.3% גברים. בחודשיים שלפני כן, התמונה הייתה כמעט מאוזנת - ונשים היוו 50.6% מדורשי העבודה.

29. יש להניח שנתוני האמת חמורים עוד יותר, מכיוון שעל פני הדברים הנתונים של שירות התעסוקה לא כוללים אלפי נשים שהוגשה עבורן בקשה להיתר לפיטורים/לחל"ת שלא ניתנה לה עדיין תשובה, ולכן לא התייצבו בשירות התעסוקה במועד פרסום הנתונים האמורים.

30. כלומר, כבר בשבועיים הראשונים מפרוץ המשבר, עלה באופן דרסטי מספר הנשים דורשות העבודה וצפוי שנתון זה ילך ויחמיר.

31. גם בספירה הפרטית-הביתית הפגיעה בנשים חמורה במיוחד, כאשר דיווחים ומחקרים מלמדים על עלייה מסוכנת בכל הנוגע לאלימות במשפחה⁶.

32. גם בכל הנוגע לחלוקת הנטל בטיפול בילדים ובמשק הבית מחמיר מצבן של נשים והישגיהן בכל הנוגע לחלוקה שוויונית יותר נסוגים לאחור בשעת המשבר הנוכחית, במסגרתה מרבית משקי הבית נדרשים להישאר בין כתלי ביתם, יחד עם ילדים ללא מסגרות חינוכיות ותוך האפשרות של "עבודה מהבית" בחלק מהמקרים.

33. גם במשבר החרוג הנוכחי בשוק העבודה, נשים ובפרט נשים מאוכלוסיות מוחלשות, הן הראשונות לשלם את המחיר. וראו, בהקשר זה, את הנחיית מזכ"ל האו"ם, מר אנטוניו גוטרש, מיום 9.4.20, לכל המדינות החברות באו"ם, לשים דגש על נשים בכל הנוגע להשלכות המשבר הנוכחי⁷.

34. התמונה הקודרת העולה מנתונים אלה היא של חזרה של הנשים לתלות כלכלית ופיזית בגברים בהיקפים שלא נראו כמותם כבר שנים. על שלל הפגיעות המתוארות לעיל, מתווספת ההחלטה

⁶ התמודדות עם אלימות נגד נשים במערכת יחסים זוגית בעת משבר הקורונה: סקירה בין-לאומית, מכון מאיירס גוינט ברוקדייל, פורסם ביום 7.4.20;

⁷ אתר האינטרנט הרשמי של ארגון האומות המאוחדות, 9.4.20 <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061452>

לשולל מנשים המצויות במצב התעסוקתי הפגיע ביותר את ההגנה שהעניק להם חוק עבודת נשים, ולהותיר אותן ללא כל הגנה ופיקוח מדינת, חשופות לתנאי השוק.

35. אכן, התקנות בוודאי לא תוקנו מתוך כוונה לפגוע בנשים, אולם כפי שיפורט להלן, זו תהיה תוצאתן, והדרך היחידה להבין את חומרתן, היא כחלק מהמכלול המתואר לעיל.

הפגיעה בהגנה מכוח חוק עבודת נשים בעקבות המשבר במשק

36. עם פרוץ המשבר ועל מנת להיערך למספר רב של הוצאת עובדים ובפרט עובדות מוגנות לחל"ת בשל המשבר, פרסמה הממונה נוהל מקוצר של בקשה, במסגרתו התבקשו מעסיקים המבקשים להוציא עובדות מוגנות לחל"ת בשל משבר הקורונה למלא טופס בקשה מיוחד.

37. טופס הבקשה המיוחד כלל התייחסות לפגיעה בעסקו של המעסיק בשל משבר הקורונה וכן פרטים כמו הנחיות מיוחדות שהתקבלו בנוגע להמשך פעילות העסק, מספר העובדים שהוצאו לחל"ת בשל המשבר, מספר העובדים שפוטרו, מספר העובדים שמשרתם צומצמה ומספר העובדים שנותרו ללא שינוי.

38. הבקשות שהוגשו במסגרת הנוהל המקוצר טופלו ללא דיחוי ובמקרים רבים התקבלו תשובות בתוך ימים ספורים.

39. יצוין, כי למיטב ידיעתנו, בכל הבקשות שהוגשו, לרבות במקרים שבהם צוין שהעובדת מסכימה להוצאתה לחל"ת, נעשה בירור טלפוני מטעם הממונה עם העובדת במסגרתה וידאה הממונה כי העובדת אכן מסכימה למהלך.

40. ביום 6.4.20 תוקנו ונכנסו לתוקף באופן מיידי, תקנות שעת החירום (נגיף הקורונה החדש) (חוק עבודת נשים), התש"ף – 2020 (להלן: **תקנות עבודת נשים**).

41. התקנות מוסיפות לחוק עבודת נשים התשי"ד-1954 (להלן: **חוק עבודת נשים**) סוג נוסף של פגיעה בהכנסה של נשים, אשר לא תיחשב כפגיעה לצורך החוק, ועל כן לא יידרש בגינה היתר מאת הממונה על חוק עבודת נשים.

42. סוג הפגיעה שהוסיפו התקנות הוא הוצאה של עובדת או עובד לחל"ת, ביוזמת המעסיק, לתקופה שלא תפחת מ-30 ימים ולא תעלה על 60 ימים, ובלבד שמתקיימים לגבי העובד או העובדת רשימה של שבע נסיבות המנויות בתקנות, והן:

(א) הוצאת העובדת או העובד לחופשה ללא תשלום אינה קשורה לעילה שבשלה חלה הגבלה על פגיעה בהכנסתם לפי סעיף זה;

(ב) המעסיק עשה מאמצים למצוא לעובדת או לעובד עבודה מתאימה אחרת באותו היקף משרה ובלי לפגוע בתנאי עבודתם, ולא מצא עבודה כאמור ערב הוצאתם לחופשה ללא תשלום;

(ג) העובדת או העובד נתנו את הסכמתם בכתב להוצאתם לחופשה ללא תשלום;

(ד) המעסיק החליט על הוצאת העובדת או העובד לחופשה ללא תשלום לאחר שהתקיים אחד מאלה:

(1) פעילות עסקו הוגבלה או צומצמה לאחר הכרזת שר הבריאות לפי סעיף 20(1) לפקודת בריאות העם, 1940 (בסעיף זה – הפקודה), כי המחלה הנגרמת מנגיף הקורונה (Novel Coronavirus 2019-nCoV) היא מחלה מידבקת מסוכנת, עקב הגבלות או צמצומים שנקבעו בצו לפי הפקודה או בתקנות שעת חירום לפי סעיף 39 לחוק-יסוד הממשלה, או עקב הוראות והנחיות שניתנו על ידי גורם מוסמך והובילו לצמצום פעילותו העסקית;

(2) פעילות עסקו צומצמה בשל מתן שירות לעסק שפעילותו הוגבלה או צומצמה בניסיבות כאמור בפסקת משנה (1) או בשל ביצוע עבודה בעבור עסק כאמור;

(ה) התפקיד שביצעו העובד או העובד אצל המעסיק הוא חלק מהפעילות שהוגבלה או צומצמה כאמור בפסקת משנה (ד), והמעסיק הוציא לחופשה ללא תשלום נוסף על העובדת או העובד כאמור עובדים נוספים מאותו טעם או עובדים נוספים שלא חלה לגביהם הגבלה לפגיעה בהכנסה לפי סעיף קטן (א); פסקת משנה זו לא תחול אם עסקו של המעסיק בכללותו חדל לפעול בעת שהעובדת או העובד הוצאו לחופשה ללא תשלום או אם העובדת או העובד הם העובדים היחידים בעסקו של המעסיק;

(ו) לעניין הוצאה לחופשה ללא תשלום של עובדת בהיריון – תאריך הלידה המשוער של העובדת לא חל ב-30 הימים שבתכוף לאחר מועד הוצאתה לחופשה;

(ז) על העובדת או העובד לא הוחל הסכם יציאה לחופשה כהגדרתו בתקנות שעת חירום (הרחבת הסכם יציאה לחופשה על המגזר הציבורי הרחב בשל נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020.

43. הלכה למעשה, משמעות התיקון לחוק עבודת נשים, מכוח תקנות עבודת נשים שבנדון, היא שמעסיק אשר סבור שהוא עומד בכל התנאים המנויים בסעיף, אינו צריך לבקש היתר מהממונה על חוק עבודת נשים לצורך הוצאת עובדת או עובד לחל"ת, וזאת גם אם מדובר בעובדת בהריון, עובדת שחזרה מחופשת לידה, עובדת או עובד המצויים בטיפולי פוריות וכן הלאה תקופות מוגנות מפני פגיעה בהכנסה, המנויות בסעיף 9 לחוק עבודת נשים. זאת, תוך ביטולו המלא של ההליך המנהלי רב החשיבות⁸

⁸ עע (ארצי) 1334/02 חלי נוסצקי -מדינת ישראל משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו).

44. לגבי מעסיקים שכבר הגישו בקשה לקבלת היתר לפני יום פרסום התקנות, קובעות התקנות שעליהם להחליט בעצמם האם בקשתם אינה עומדת בתנאים החדשים שבהתקייםם הם אינם נדרשים לבקש היתר, ואם אכן יגיעו למסקנה כאמור, עליהם להודיע לממונה כי הם מבקשים שבקשתם תידון בהתאם להוראות חוק עבודת נשים לפני התיקון.

45. התקנות לא הוגבלו בזמן, ועל כן ובכפוף להוראות סעיף 39(ו) ו-39(ח) לחוק יסוד: הממשלה, יעמדו בתוקפן לתקופה של 3 חודשים. בנוסף, נקבע כי תחולתן תהיה לעניין עובדת או עובד שהוצאו לחופשה ללא תשלום ביוזמת המעסיק החל מיום 15.3.20, ושם ניתן כבר היתר של הממונה על חוק עבודת נשים לגבי עובד או עובדת שהוצאו לחל"ת כאמור, יראו את ההיתר כאילו ניתן ביום 15.3.20, או ביום שהעובד או העובדת הוצאו לחל"ת, לפי המועד המאוחר.

46. עוד קובעות התקנות שאין בהוראותיהן כדי לגרוע מכל זכות או חובה המוטלות על מעסיק או על עובד לפי דין, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה, אלא אם נאמר בתקנות, במפורש, אחרת.

דברי החסבר לתקנות

47. בדברי החסבר לתקנות נטען שמטרתן 'לאפשר לעובדת או עובד שחלה לגביהם הגנה לפי חוק עבודת נשים...לממש את זכותם לדמי אבטלה לפי חוק הביטוח הלאומי...תוך שמירה על משרותיהם בתקופת תוקפן של הגבלות התעסוקה שנוצרו מכוח תקנות שעת החירום ופקודת בריאות העם עם הכרזה על מחלת הקורונה החדשה כמחלה מידבקת ומסוכנת".

48. דברים אלה עולים כדי הטעיה של ממש, שכן אין דבר בחוק עבודת נשים בנוסח הקודם לתקנות, המונע מעובדות ומעובדים את מימוש זכותם לדמי אבטלה תוך שמירה על משרותיהם. המניעה שנוצרה נובעת מכך שהרשות המנהלית האמונה על מתן ההיתרים מכוח חוק עבודת נשים לא עומדת בעומס הבקשות המוגשות אליה.

49. נדגיש את הדברים מפאת חשיבותם: התקנות לשעת חירום מושא עתירה זו לא נחקקו מכיוון שהממשלה סברה שלא נדרש כעת פיקוח של הממונה על חוק עבודת נשים על החלטות של מעסיקים להוציא עובדות ועובדים לחל"ת. התקנות הותקנו למרות שאין ולא יכולה להיות מחלוקת על נחיצות הפיקוח, בוודאי בשעת משבר זו, ורק מכיוון שהגורמים המוסמכים במשרד העבודה לא מצליחים לעמוד בעומס הבקשות המוגשות אליהם למתן היתר.

50. את טענות המשיבים לגבי הפגיעה שעשויה להיגרם לעובדות, עובדים ומעסיקים, יש לקרוא על רקע זה. בנוסף, וכפי שיפורט עוד בהמשך, בחלק העוסק במידתיות התקנות, ישנם אמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות העובדים והעובדות פחותה הרבה יותר, אשר היו יכולים לסייע לפתור ולתקן את הפגיעה הנטענת.

51. בסיום דברי החסבר נכתב שהמשרד פועל להפצת תזכיר חוק במקביל להעברת התקנות לאישור הממשלה, אולם חרף הזמן שחלף, עד למועד כתיבת שורות אלה טרם הופץ תזכיר כאמור, ובהתאם

להודעתו של יו"ר הכנסת מיום 11.4.20, נכון למועד זה, לא פנה אף יו"ר או חבר כנסת בבקשה לכנס את ועדות הכנסת בשום נושא.

דברי ההסבר לתקנות ומכתבו של יו"ר הכנסת מצורפים ומסומנים א'.

מיצוי הליכים

52. לעותרות נודע על התקנות שבנדון ביום 6.4.20 בשעות אחר הצהריים. ביום 7.4.20 בשעות הלילה נשלח מכתב מיצוי הליכים מטעם העותרות. במכתב זה הבהירו העותרות כי התקנות הותקנו בחוסר סמכות, הצביעו על הפגמים החמורים בהסדר שהן יוצרות, על חוסר המידתיות שלו ועל הקשיים הפרשניים הרבים שהוא מעלה.

מכתב מיצוי ההליכים מצורף ומסומן ב'.

53. עד מועד הגשת עתירה זו לא התקבלה תגובת המשיבים למכתב, חרף פרסומים בתקשורת וחרף פניותיהם של גורמים נוספים. נוכח דחיפות הנושא, והנזק הגדול שעתידי להיגרם כתוצאה מיישומן, מוגשות עתירה זו, והבקשה לצו הביניים, בטרם קבלת תגובה.

הטיעון המשפטי

התקנות הותקנו בחוסר סמכות, בניגוד להוראות חוק יסוד: הממשלה, פסיקת בית המשפט העליון והנחיות היועץ המשפטי לממשלה

54. תקנות שעת חירום הן כלי אנטי דמוקרטי. הן הכרח בל יגונה רק במצבים שבהם הן נועדו "להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים", והן לא יותקנו אלא אם מצב החירום מחייב זאת (סעיפים 39(א) ו-39(ה) לחוק יסוד: הממשלה).

55. כלומר, סמכות הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום מותנית בהתקיימם של שני תנאים עיקריים ומצטברים: הראשון, שעקב מצב החירום, הדרך היחידה הפתוחה להשגת המטרה הנדרשת תהיה התקנת תקנות לשעת חירום, והשני, שתכלית התקנות תהיה הגנה על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים.

56. סעיף 39(ה) לעיל מהווה ביטוי חוקתי להלכת פורז אשר קדמה לתיקון חוק היסוד ובה נקבע כי: "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל ואח').

57. הלכת פורז קיבלה משנה תוקף בפסק הדין בבג"ץ 6971/98 יוסף פריצקי עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1)763 (להלן: "ענין פריצקי"). השופטת דורנר קבעה שאין להתקין תקנות לשעת חירום אלא

אם מצב החירום מונע את חקיקת החוק – דהיינו, הכנסת משותקת ואין ביכולתה לקיים הליכי חקיקה, וכי העובדה שהליכי חקיקה הם בד"כ ממושכים אינה מצדיקה בפני עצמה התקנת תקנות לשעת חירום כל אימת שעקב מצב החירום נדרשת חקיקה מהירה. השופט חשין הצטרף לקביעות אלה, ואף פירט בהרחבה שורה ארוכה של מקרים בהם השלימה הכנסת הליכי חקיקה תוך זמן קצר ביותר.

58. אכן, "חיוניותה של הפעולה צפויה לשאוב בסיס מהיעדרה של אפשרות מעשית לקיים דיון חקיקתי מסודר ביוזמה העומדת על הפרק" (דפנה ברק ארוז, חוקה למצבי חירום, **ספר שלמה לוי**, עמ' 680-681).

59. רק לאחרונה, קבע בית משפט נכבד זה במסגרת עתירות שהגישו העותרת 3, האגודה לזכויות האזרח ואחרים, כי יש להעדיף קידום חקיקה בכנסת כדי להבטיח פיקוח פרלמנטרי. (בג"ץ 2109/20, 2135/20, 2141/20).

60. בהתאם להוראות חוק היסוד, ולהלכה הברורה שיצאה מלפני בית משפט זה, כמפורט לעיל, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את ראש הממשלה, במכתב מיום 6.4.20, כי "לא ניתן לקבוע הסדרים חקיקתיים חדשים באמצעות התקנת תקנות שעת חירום, מקום בו ניתן לעשות כן באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת".

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מצורפות ומסומנות ג'.

61. כידוע, הכנסת ה-23 החלה לתפקד עוד ביום 23.3.20, עת אושרה הקמת הוועדה המסדרת, והוקמו הוועדות הזמניות לענייני חוץ וביטחון, ועדת הכספים, ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, ועדת הקורונה, ועדה שתעסוק באלמנטים בחברה הערבית, וכן הוועדה להיערכות מערכת החינוך ולטיפול ברפורמה של החינוך המיוחד.

62. בהתאם, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה במכתבו המוזכר לעיל, כי ביכולתן של ועדות הכנסת הזמניות לדון ולאשר חקיקה גם באופן דחוף, וכי באפשרות הכנסת להמשיך ולהתכנס גם מחוץ לימי הפעילות הרגילים ואף בחול המועד במידת הצורך.

63. עוד הבהיר היועץ, כי אף במקרים בהם כבר תוקנו תקנות לשעת חירום על המדינה לפעול להחליפן בחקיקה – וזאת בהתאם להתחייבותה בפני בית המשפט העליון בבג"ץ 2109/20.

64. היועץ הדגיש כי המשמעויות השונות בהבאת דברי חקיקה דחופים לאישור הכנסת אינן יכולות כשלעצמן לבסס הימנעות מקידום של הליכי חקיקה בדרך זו, ולמעט מקרים חריגים ודחופים – לא ניתן יהיה לאשר תקנות שעת חירום חדשות. היועץ הוסיף ופרט בנספח למכתבו רשימה של דברי חקיקה שהוכנו כתקנות לשעת חירום – ונדרש לקדם בדרך של חקיקה ממשלתית.

65. כלומר, לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, על הממשלה להימנע בעת הזו מתיקון תקנות חדשות לשעת חירום, גם אם כבר הוכנה טיוטה שלהן בטרם מינוי ועדות כנסת, והיא אף מחויבות לקדם החלפת תקנות קיימות ותקפות לשעת חירום, בחקיקה ממשלתית.

66. למרות פסיקת ביהמ"ש העליון ולמרות הנחייה ברורה זו של היועמ"ש לממשלה, הנסמכת על הוראות חוק היסוד ועל פסיקתו החד משמעית של בית המשפט העליון, תוקנו ביום 6.4.20 תקנות שעת החירום שבנדון.
67. די במתואר לעיל על מנת לפסול את התקנות, בהיותן מנוגדות להוראות חוק יסוד: הממשלה ולפסיקת בית המשפט העליון, בהינתן האפשרות להעבירן כחקיקה סדירה ומהירה על ידי הכנסת.
68. ולמען הסר ספק יובהר: התקנות בוודאי לא מהוות מקרה חריג ודחוף, בו לא ניתן לפעול בדרך של חקיקה מהירה של הכנסת. לא למותר לציין בהקשר זה, שבדברי ההסבר לא נטען שמדובר בנסיבות חריגות בהן לא ניתן להשיג את מטרות התקנות באמצעות חקיקה מהירה, ולא נכתב דבר לגבי ניסיון לקדם חקיקה כאמור.
69. בדברי ההסבר לתקנות נטען כאמור שהצורך והדחיפות בהתקנתן, נובעים מכך שבשל העומס הרב המוטל על הממונה על חוק עבודת נשים, נגרמת לעובדות ולמעסיקים פגיעות שונות כתוצאה מהעיכוב בקבלת ההחלטות בבקשות לקבלת ההיתרים. באופן ספציפי נטען שהעובדות והעובדים נפגעים מכיוון שהם נאלצים לממש את זכאותם לימי חופשה, ועשויה להיפגע זכאותן לקבל מפרעה מהביטוח הלאומי לפני החג. עוד נטען, שאם ההיתר יינתן לאחר יום 7.4 שהוא המועד האחרון להירשם בביטוח הלאומי ולקבל דמי אבטלה רטרואקטיבית עד ליום 15.3, העובדות יאבדו את זכאותן לדמי אבטלה עבור תקופה זו.
70. בכל הכבוד הראוי, ובהתאם להלכה הפסוקה, נסיבות אלו לא מצדיקות שימוש בתקנות לשעת חירום במקום בהליך חקיקה מהיר.
71. כך למשל, את המועד האחרון להירשם בביטוח לאומי ניתן בוודאי לדחות, כפי שכבר נדחה פעם אחת, לפני ימים ספורים, ובפרט ניתן לדחות אותו עבור נשים שהתקבל היתר לפיטוריהן במועד מאוחר מהמועד הקובע. בכל הנוגע למפרעה לפני החג – ממילא ספק רב מאד בידינו האם בזכות התקנות לשעת החירום שפורסמו בערב יום 6.4.20 אכן שולמו מפרעות לחג לכלל הנשים שעומדות לאבד את הגנת חוק עבודת נשים בגין תקנות אלו, וגם נושא זה ניתן לפתור באמצעות כלים משפטיים אחרים. למשל, בהחלטה לפיה עד מתן היתר ימשיכו הנשים לעבוד, יקבלו שכר מהמעסיק, אולם אם יתקבל בסופו של דבר ההיתר, תשפה המדינה את המעסיק על השכר ששולם. ומובן שניתן לחשוב על מענים משפטיים קונקרטיים רבים אחרים.
72. נוכח העובדה שהוגשו לממונה על חוק עבודת נשים כ- 9,000 בקשות למתן היתר, מהן טופלו כ- 3,800 בלבד, בוודאי היה ידוע היטב לממונה ולגורמים הרלבנטיים במשרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים שיש צורך בפתרון לקראת חג הפסח זמן רב לפני יום ה-6.4.20, וגם מטעם זה ברור, שהיה די זמן להעביר את ההצעה בהליך של חקיקה מהירה.
73. יפים לעניין זה דברים של השופטת דורנר בעניין פריצקי: "המניעה לחקיקת חוק - אם אכן הייתה כזאת - לא נבעה ממצב החירום שבו שרויה מדינת ישראל, כנדרש בסעיף 50(ה) לחוק יסוד: הממשלה, אלא ממחללה של הממשלה להגיש בעוד מועד הצעת חוק לכנסת".

74. בנסיבות המתוארות לעיל בהרחבה אודות תוכן התקנות ומטרתן, ספק רב אם הן עומדות גם בתנאי השני המבסס את סמכות הממשלה להתקינן, והוא שתהיינה מיועדות להגנה על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים, כמצוות ס' 39(א) לחוק יסוד הממשלה.
75. ככל שהתקנות מיועדות להקל על עבודתה של הממונה על חוק עבודת נשים במשרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ו/או לייעל את מתן ההיתרים לפגיעה בתנאי עבודתן של עובדות בתקופות המוגנות, הרי שלכל הדעות אין מדובר בשירות חיוני מהסוג שזכר בפסיקת בתי המשפט כמפורט בעניין פריצקי: קליטת עליה, הבטחת שידורי תעמולת בחירות או הבטחת הגשמתה של הזכות לבחור ולהיבחר (ענין פריצקי, עמ' 776).
76. אין ספק כי מילוי תפקידם של עובדי ציבור קשה ומאתגר במצבי חירום. עם זאת, החלפת שיקול דעתה של הממונה בשיקול דעתו של המעסיק האינדיבידואלי לעניין ההחלטה האם השינוי בתנאי ההעסקה של העובדת המוגנת על ידי חוק עבודת נשים, נעשה בנסיבות המותרות בחוק, אינו יכול להתפרש כקיום של שירות חיוני כמפורט בסעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה.
77. נוכח לשונו הברורה של חוק היסוד, עמדתו הברורה של בית משפט נכבד זה והנחיותיו הבהירות של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לשימוש בתקנות לשעת חירום, נוכח קיומה של ועדת עבודה ורווחה מזה למעלה משבועיים עובר להתקנת התקנות, ונוכח היעדר כל דחיפות או חריגות שלא ניתן לפתור בכלים משפטיים אחרים, הרושם המתקבל, למרבה הצער, הוא הימנעות מכוונת מהעברת ההצעה בהליך חקיקה סדור ומהיר.
78. ויודגש: משרדי הממשלה פרסמו בשבועות האחרונים שורה ארוכה של תזכירי חוק כדי להחליף תקנות שעת חירום או לקידום שינויי חקיקה בעקבות שעת החירום, לרבות תיקוני חקיקה קיימים בהוראות שעה שמשנים הסדרים קיימים. ביניהם גם חוקים שנוגעים לדיני עבודה וזכויות עובדים ועובדות (כמו טיוטת תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים, תזכיר חוק תשלום פיקדון לעובד זר שהוא מסתנן ותזכיר חוק עובדים זרים). אף אחת מהוראות אלו, שחלקן בוודאי דחופות ובהולות יותר מהנושא הנדון – לא תוקנו בדרך של תקנות לשעת חירום.
79. לא למותר לציין, בהקשר זה, שאחת המשמעויות המרכזיות של הבחירה בדרך של תקנות לשעת חירום, מלבד כמובן העדר הביקורת הפרלמנטארית, היא העובדה שהנוסח של התקנות לא מועבר להערות הציבור בטרם כניסתן לתוקף. המקרה שבנדון חריג, גם בהקשר זה, ביחס לתקנות שעת חירום אחרות, אשר ניתנה לגביהן הודעה מוקדמת בתקשורת או שמועד כניסתן לתוקף היה מאוחר למועד פרסומן, ובכך, ניתנה הזדמנות כלשהי לציבור לפעול ביחס לתקנות, לכל הפחות באמצעות הגשת עתירה לבג"ץ עוד בטרם כניסתן לתוקף. במקרה הנדון, הועברו התקנות תחת דממת אלחוט, ומבלי שהציבור – וארגוני זכויות העובדים והנשים בפרט – יודעים לגביהן דבר, ממש עד רגע כניסתן המיידית לפועל וזאת ממש לפני חג הפסח.
80. כפי שיפורט להלן, מן הבחינה המהותית התקנות פוגעות באופן לא מידתי בהסדרים המעוגנים באחד מחוקי המגן המשמעותיים לנשים, תוך פגיעה חמורה ולא מידתית בהגנה על זכויותיהן של

נשים בתקופות המוגנות על ידי חוק עבודת נשים, וזאת על רקע מצבן המיוחד בשוק העבודה. משכך חמור הדבר שבעתיים שפגיעה זו נעשית באמצעות תקנות שעת חירום.

התקנות אינן מידתיות

הפגיעה הנגרמת על ידי התקנות

81. לגופו של עניין, התקנות מבטלות דה פקטו את הצורך בהגשת בקשה להיתר עובר להוצאת עובדת מוגנת לחל"ת, ובהתאם את ההגנה החוקית הנתונה לעובדות אלו מכוח חוק עבודת נשים.

82. נכון למועד כתיבת שורות אלו, חוק המגן הראשון והיחיד שנפגע באופן רשמי על ידי תקנות לשעת חירום הוא חוק עבודת נשים, אשר עוסק כולו בהגנה על נשים בשוק העבודה במטרה להקל ולייעל את השתלבותן בשוק העבודה. זאת, ללא איזונים ובלמים הנדרשים על מנת לוודא שהפגיעה תהא פחותה וזמנית ככל האפשר, ועל כן, כפי שיפורט להלן התקנות אינן מידתיות ואינן סבירות.

83. ויודגש: תקנות אלו, על הפגיעה החמורה הגלומה בהן, לא תוקנו בשל צורך אמיתי בפגיעה זו- דהיינו לא בשל סברה שאין צורך בהליך מתן ההיתר בתקופת החירום - אלא רק מפאת "נוחות" - חוסר היכולת של הרשות לעמוד בשטף הבקשות המובאות לפתחה.

להלן נפרט את עיקר הפגיעה הנגרמת בתקנות שבנדון.

ביטול דרישת ההיתר: פגיעה בזכות לשוויון בשוק העבודה ובכבוד האדם של העובדות והעובדים

84. כידוע, חוק עבודת נשים קובע הגבלות על שינוי תנאי עבודה ופיטורי נשים עובדות במצבים ספציפיים וביניהם טיפולי פוריות, היריון, חופשת לידה ותקופה קצרה בת 60 ימים לאחר חזרת העובדת לעבודה מחופשת הלידה (להלן: "התקופות המוגנות").

85. כפי שפורט לעיל, תקופות מוגנות אלו הינן תקופות בהן העובדת מצויה בסיכון משמעותי לפגיעה בתנאי עבודה ו/או לפיטורים ועל כן קבע המחוקק הגבלה של כל שינוי בתנאי העסקתה תוך הוספת ביקורת ופיקוח של צד שלישי – היא הממונה על עבודת נשים, לשם בחינה אובייקטיבית של המניעים וההשלכות לכל שינוי כאמור.

86. עצם קיום ההליך הפרוצדוראלי מול הממונה, אף שאינו חף מביקורת, הינו בעל חשיבות עצומה, שכן הוא מחייב את המעסיק לשקול היטב את החלטותיו ביחס לאותן עובדות ולחשוף החלטות אלו לביקורת של צד אובייקטיבי נוסף. לעיתים, עצם קיומו של ההליך ממתן את החלטות המעסיקים ביחס לעובדות מוגנות.

87. בשעת משבר חמור שבו אנו מצויים, החשש לפגיעה בסקטורים פגיעים כנשים בשוק העבודה רק הולך ומתגבר ומן הראוי היה לחזק ולהקשיח את ההגנה עליהן ולכלל הפחות לשמרה.

88. והנה, תחת הקפדה על ההגנה והבנת חשיבותה בעת הנוכחית, מבטלות תקנות החירום דה פקטו את ההגנה ומותירות למעסיק לבדו את שיקול הדעת באם לדעתו עליו להגיש בקשה להיתר לשם הוצאת עובדת לחל"ת או לא.

89. התקנות אמנם מתייחסות למספר תנאים שעל המעסיק לבדוק לצורך קבלת החלטה בדבר הצורך בבקשת היתר, אך אינן מספקות כל פיקוח על שיקול דעתו של המעסיק בעניין זה ו/או סנקציה במקרה של הוצאת עובדת לחל"ית ללא עמידה בתנאים .

90. התקנות אף פוטרות את המעסיקים מחובת יידוע של הממונה לגבי הוצאת נשים לחל"ית בתקופה המוגנת, הודעה, שהייתה מאפשרת מעקב מינימאלי של הממונה על היקף הפגיעה בנשים בתקופת המשבר ואפשרות לפעולה בנדון עת יחלוף זעם. משום שהממונה מהווה "רשות ציבורית", כהגדרתה בסעיף 2 לחוק חופש המידע, עצם הרישום הרגולטורי של מספר הבקשות להיתרים שמתקבלות, ואלו מתוכן שמאפשרות, והחובה להעמיד מידע זה למי שדורש אותו, מאפשרים ביקורת ופיקוח ציבורי על עבודת הממונה – אבל גם זיהוי של מגמות ושינויים בדפוסי העסקה. חסימת האפשרות לקבל מידע על מספר הנשים שהחוק מגן עליהן שהוצאו לחופשה ללא תשלום, או שהוגשה בקשה להוציאן לחופשה כזו, מונעת מעקב אחר מגמות, מונעת דיון וביקורת ציבורית ופרלמנטרית, ומונעת את האפשרות לתגובה ופעולה מעשית למזעור הפגיעה, גם מצד המדינה וגם מצד ארגוני החברה האזרחית.

91. לעומת זאת, תקנות החירום מייתרות את תפקיד הממונה בכל הנוגע להוצאת עובדות לחל"ית (שהינו ברירת המחדל של מרבית המעסיקים בימים אלו) ואינו משאיר לה כל אפשרות להשפיע על מהלך הדברים, אלא אם המעסיק יבחר לפנות אליה .

92. זאת ועוד, כפי שיפורט להלן, בחינת התנאים הנדרשים, מעלה כי בקלות רבה יוכל המעסיק להניח שהוא עומד בהם, מבלי שהנחה זו תזכה לכל ביקורת או בדיקה חיצונית.

93. גם בימי שגרה אין זה סביר להטיל על מעסיק לפקח על עצמו, הדברים נכונים שבעתים בתקופת משבר שלא נראה כמוהו, כאשר הסקטור העסקי כולו מצוי בכאוס וקשיים וכל פעולה, חמורה ככל שתהיה, מנומקת בקיומו של "משבר הקורונה".

94. ויודגש, נוסח התקנות אינו מבטל את הפגיעה בעובדות מוגנות אלא למעשה, רק פוטר את הממונה מעיסוק בנושא בתקופה זו ומגלגל את האחריות והטיפול לפתחו של בית הדין לעבודה בהמשך הדרך.

95. כך, שיקול הדעת של המעסיק לא ייבחן בזמן אמת על ידי הממונה (כראוי וכנדרש) אלא יועבר לערכאה המשפטית הבאה - בית הדין לעבודה, אשר יידרש לעסוק עוד שנים רבות בהליכים משפטיים שיעסקו בשאלת חוקיות מעשיהם של מעסיקים כלפי עובדות מוגנות ובשאלת עמידתם בתנאי התקנות דנן. כל זאת בשעה שידין של בית הדין לעבודה יהיו ממילא עמוסות ביותר בטיפול בתביעות הרבות שיוגשו בתום הכאוס שנוצר בשוק העבודה במשבר הנוכחי.

96. המדובר בחלוקת נטלים בלתי ראויה ושגויה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה פרוצדוראלית ומערכתית.

97. בנוסף, גם כאן, הפגיעה החמורה ביותר תהיה בנשים החלשות והעניות ביותר. אחד מהיתרונות של רגולציית היתרים הוא שהיא מונעת, אם היא מופעלת כראוי, את הפגיעה שלא כדין בזכויות, לפני שהפגיעה מתרחשת, ומבלי שהעובדת צריכה ליזום הליך משפטי לשם כך. למותר לציין שכאשר

הביקורת נעשית בהליך משפטי-אזרחי שהעובדת תצטרך ליזום ולממן, מדובר בחסס נוקשה במיוחד, בוודאי בתקופה של מיתון וחוסר-וודאות כלכלי בכל המשק.

98. בהתייחס לתנאים המאפשרים למעסיק להוציא עובדת לחל"ת ללא בקשת היתר, נבחר כי מדובר בתנאים ושיקולים שבפועל היו אמורים להישקל ולהיבחן על ידי הממונה עצמה וכעת, מתבקש המעסיק "לבדוק את עצמו" ולקבל החלטה על דעת עצמו באשר לנחיצות היתר מטעם הממונה למעשיו:

א. דרישת היעדר קשר בין החל"ת לאפליית העובדת: התקנות קובעות שיש לוודא שהחל"ת אינו קשור לסיבה שבגללה העובדת מוגנת (קרי להיותה בטיפול פוריות, הריון, חל"ד וכו'). תנאי זה מעלה תמיהה של ממש, שכן אין ולא היה בנמצא מעסיק שטען בריש גלי בפני הממונה או בפני בית הדין לעבודה כי הסיבה לפגיעה בתנאי העסקתה של עובדת הינה היותה בטיפול פוריות, הריון וכו'. כעת נדרש המעסיק להחליט בעצמו האם יש קשר בין הדברים וברור הוא כי כל מעסיק בר דעת יחליט כי תנאי זה מתקיים על ידו.

ב. המעסיק עשה מאמצים למציאת תפקיד חלופי: כשאר התנאים גם תנאי זה אינו נתון לבחינה או פיקוח כלשהו והמעסיק יכול בקלות רבה למלא אותו באופן שטחי ולהגיע למסקנה על דעת עצמו שאין בנמצא תפקיד חלופי.

ג. דרישת ה"הסכמה": בין התנאים המפורטים בתקנות נדרש המעסיק לקבל את הסכמת העובדת להוצאתה לחל"ת. משיחות רבות שנעשו עם עובדות בשבועות האחרונים הולך ומתברר כי "הסכמה" זו אינה הסכמה אמיתית אלא למעשה כורח של העובדת, אשר ניצבות בפניה שתי אפשרויות - הסכמה לכל בקשה מטעם המעסיק, לרבות חל"ת - או פיטורים. כשלמעלה ממיליון איש ואישה הוצאו לחל"ת כפוי בשל הנסיבות, דרישת ההסכמה היא לעג לרש וברור הוא כי היא ניתנת באופן טכני לחלוטין ואינה הסכמה אמיתית. ויודגש: דיני העבודה מתייחסים בזהירות רבה להסכמת עובד במסגרת יחסי עבודה, נוכח פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים ליחסי העבודה. הדברים נכונים שבעתים בשעת משבר קשה כזו הנוכחית, כאשר ברור לכל עובד ועובדת כי אי הסכמה משמעה השלכה לשוק העבודה הקורס.

ד. פגיעה וצמצום בעסק בשל נגיף הקורונה: גם תנאי זה הקבוע בתקנות הינו חסר ערך ללא בחינה אובייקטיבית. כך, מרבית העסקים בישראל יכולים להצביע על פגיעה כלשהי בעסקם בשל התפרצות נגיף הקורונה, הן בשל ירידה במחזור העסק עצמו והן בשל הדרישות המחמירות בדבר הגבלת פעילות ועובדים. באין כל פיקוח או בחינה של טענה זו, יכול המעסיק להחליט לעצמו באין מפריע כי עסקו נפגע ודי בכך שהוא מרגיש כך באופן סובייקטיבי בכדי שיחליט כי הוא עומד בתנאים. הדברים נכונים גם בהתייחס לתנאי הוצאתם של עובדים נוספים לחל"ת בשל המשבר, כאשר אין כל דרישת פירוט בדבר הסיבות להוצאתם לחל"ת, עמדתם בעניין והשוואתם לתפקידה של העובדת המוגנת. כל זאת כאשר נשים וגברים הזכאים להגנה מכוח חוק עבודת נשים אמורים להיות האחרונים מבין העובדים המוצאים לחל"ת – כאשר תנאי זה לא נדרש כלל.

פגיעה בלתי מידתית בזכויות חוקתיות

99. כאמור, אין מחלוקת בדבר נחיצותו של הליך מתן היתר על מנת להגן על זכותם של העובדות והעובדים לשוויון ולכבוד - גם בתקופת משבר הקורונה.
100. יובהר גם, למען הסר כל ספק, שמנגנון בקשת ההיתר אצל הממונה על עבודת נשים לא מיועד למנוע הוצאתה של עובדת לחל"ת, אם הנסיבות מצדיקות הוצאה כאמור. כל שמבקש מנגנון בקשת ההיתר הוא למנוע אפליה של נשים, בעודן מצויות בשלב פגיע יותר מבחינת שוק העבודה וכן להכניס במניין השיקולים גם את היות העובדת (או העובד) בשלב פגיע במיוחד בחיי העבודה שלהם, אשר בגלל תפיסות שגויות ודעות קדומות, עלול להקשות עליה בהמשך השתלבותה בשוק העבודה.
101. התקנות אינן מבקשות לגרוע ממטרה זו של חוק עבודת נשים, אלא שלצד הרצון לתת הגנה לעובדים, הן מבקשות לפתור את הבעיה שנוצרה בשל העיכוב במתן המענה לבקשות לקבלת היתר, נוכח כמות הבקשות הרבה. כאמור, בדברי ההסבר נטען שכמות הבקשות הרבה הביאה לפיגור של ממש בבדיקת הבקשות, אשר פוגע באפשרות הפרקטית להוציא את אותן עובדות לחל"ת ולאפשר להן לקבל דמי אבטלה בתקופה זו.
102. הפתרון שנקבע בתקנות הינו כאמור ביטול מוחלט של פיקוח מטעם הממונה על הליכי הוצאת נשים מוגנות לחל"ת ותחת זאת, מעבר ל"בקרה עצמית" של המעסיק על עצמו, לרבות לגבי בקשות שכבר הוגשו לממונה (למעלה מ-5,000 בקשות תלויות ועומדות, לדברי הממונה), לגביהן צריכים המעסיקים להודיע האם יש צורך לדון בהן.
103. העותרות יטענו כי הפתרון שנבחר הוא קיצוני ביותר ואינו עונה על אף אחד ממבחני המידתיות החולשים על פעולתה של הרשות.
104. ראשית, וככל שאנו יוצאים מנקודת הנחה שגם תחת התקנות לשעת החירום, מבקשים המשיבים לשמור על ההגנה הנתונה לנשים בתקופות המוגנות בחוק עבודת נשים, מובן כי האמצעי שנבחר אינו האמצעי המתאים. האמצעי שנבחר – קרי החלטה עצמאית של המעסיק, ללא כל פיקוח מטעם המדינה - שם דגש מוחלט ובלעדי על יעילות הליך ההוצאה לחל"ת של העובדות והעובדים – על חשבון ההגנה מפני אפליה הנובעת מהריון והורות. בהתאם, יטענו העותרות כי אין קשר רציונלי בין "הבעיה" לבחירת הפתרון. שהרי כל עוד קיים הצורך בהגנה על נשים בשוק העבודה אין מקום לבטל הגנה זו באופן גורף.
105. שנית, כושלות התקנות במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן ניתן לחשוב על שלל פתרונות שיאפשרו לממונה להשתלט על העומס שנוצר במשרדה, מחד, ומאידך ישמרו מידה מסוימת לפחות של בקרה ופיקוח על פעולות המעסיקים, מתוך הבנה כי מצב החירום לא ביטל את פגיעותן של נשים בשוק העבודה ואף ההיפך הוא הנכון.
106. בין היתר, ניתן היה לחשוב על תגבור נוסף של כ"א אצל הממונה (למשל באמצעות פרקליטים, יועצים משפטיים במשרדי הממשלה ומאות המתמחים בפרקליטויות השונות שהוצאו לחופשה),

ניתן לחשוב על תיעדוף הליכי הבדיקה של הבקשות באופן שייתן עדיפות לבדיקת בקשות למעסיקים קטנים, למקרים בהם כלל עובדי החברה הוצאו לחל"ת ו/או בענפים מסוימים שנסגרו כליל כענף האירועים או הבידור. ניתן גם לחשוב על מתן אפשרות לעובדות מוגנות להגיש תביעה לדמי אבטלה ללא המתנה לאישור הממונה, או על מנגנון של שיפוי המעסיקים שימשיכו לשלם את שכרן של העובדות במקרה שיינתן ההיתר, ועוד.

107. גם בהתייחס למידתיות במובנה הצר כושלות התקנות, שכן מדובר בפתרון חריג בקיצוניותו, אשר חורג בהרבה ממענה על צורך טכני במהותו. ובלשון ברורה: לא יעלה על הדעת שהגנות יסוד על אוכלוסיות מוחלשות שקיימות מקום המדינה ואשר תכליתן והצורך בהן אינו שנוי במחלוקת, יבוטלו בשל עומס עבודה, רב ככל שיהיה, אצל רשות מנהלית. והדברים מדברים בעד עצמם.

108. זאת ועוד, עיון בנוסח התקנות מעלה כי הן מנוסחות בפשטנות, ללא כל איזונים ובלמים להגנה על תכליות חוק עבודת נשים ובהתאם, אף אינן נותנות מענה לסוגיות פרשניות בסיסיות שיש להן השלכות כבדות משקל על זכויותיהן של העובדות המוגנות, ובהן: האם בתום תקופת החל"ת המרבית הקבועה בתקנות יידרש המעסיק להשיב את העובדת המוגנת לעבודתה, או לקבל היתר להמשך החל"ת או לפיטורים? האם זכותן של עובדות להגנה מפני פיטורים או פגיעה בשכרן למשך 60 יום לאחר חופשת הלידה תעמוד להן במלואה עם תום החל"ת, או שמא תקופת 60 הימים המוגנים עשויה לחפוף – כולה או מקצתה – את תקופת החל"ת? האם על המעסיק להעדיף פגיעה במשרתם של עובדים שאינם מוגנים, קודם שיוציא לחל"ת עובדות המוגנות על פי חוק עבודת נשים? דוגמאות אלה ואחרות מצביעות על כך שלא ניתנה הדעת למכלול המשמעויות של ההסדר החדש.

התקנות פוגעות בזכות הטיעון

109. **ביטול גורף של חובת הגשת הבקשה פוגעת באופן חמור, כוללני, בלתי מידתי ובלתי סביר בזכות הטיעון של נשים מוגנות.** גם במקרה שבו סבורה העובדת כי נגרם לה עוול וכי אין מקום להוציאה לחל"ת, הרי שאין לה כל זכות טיעון בפני הממונה שכן ההליך כולו מבוטל ועצם קיומו נתון לשיקול דעתו של המעסיק והוא בלבד.

110. כפי שפורט לעיל, תחת זכות הטיעון בזמן אמת (אשר מטרתה לאפשר קבלת החלטה מאוזנת בזמן אמת) שמורה לעובדת (רק במידה ויש בידיה את האמצעים הכלכליים הנדרשים), לפנות אל בית הדין לעבודה, בדיעבד, ולטעון כי מעסיקה פעל בניגוד לתקנות החירום. בנסיבות אלו, סעד אפשרי, לאחר שנים של התדיינות, עשוי להיות פיצוי כספי בלבד שכן שאלת ההיתר עצמו כבר לא תהיה רלוונטית.

111. **הנה כי כן, תקנות שעת החירום מבטלות הלכה למעשה את זכות הטיעון של העובדת המוגנת אשר מוצאת לחל"ת וזאת בניגוד מוחלט לחובותיה הבסיסיות של רשות מנהלית ולתכלית ההגנה כולה.**

112. המקרה שבו עוסקת עתירה זו, הוא מקרה מובהק בו יש להעדיף את זכות הטיעון בפני הרשות, לפני הפגיעה בעובדות, על פני שיקולי היעילות האדמיניסטרטיביים. המבחן הבסיסי ביותר לעניין

זה הוא מבחן הפגיעה. כלומר, מה פוטנציאל הפגיעה בעובדות עקב מניעת זכות הטיעון מהן, ובענייננו, כאמור הפגיעה קשה במיוחד, נוכח המשבר הכלכלי החמור שצפוי עוד להעמיק, והנתונים המלמדים שהנשים נפגעות ממנו פגיעה כלכלית חמורה במיוחד, המתווספת על היותן חשופות לאפליה ולפגיעות כלכליות בשוק העבודה גם בלי כל קשר למשבר הקורונה.

התקנות פוגעות בשיקול הדעת המנהלי

113. כפי שפורט לעיל, תקנות החירום מבטלות דה פקטו את שיקול הדעת של הממונה בכל הנוגע לאישור הוצאתן של נשים מוגנות לחל"ת ומשאירות את שיקול הדעת כאמור, בידיו של המעסיק בלבד.

114. אין צורך להכביר במילים על חשיבותו של שיקול הדעת המנהלי והדברים נכונים שבעתיים כאשר מדובר בסוגיה כה רגישה כפגיעה בתנאי העסקתן של נשים מוגנות ועל אחת כמה וכמה בעת משבר חמור כזו שלפנינו.

115. בית הדין לעבודה התייחס לאפשרות של ויתור על שיקול הדעת המנהלי בהקשר תפקידה של הממונה בפרשת נורה משנת 2014⁹ וקבע כי צמצום שיקול הדעת של הממונה באמצעות קביעת נוהל בין-משרדי גורף לסוג מסוים של עובדות (במקרה הנידון - עובדות הוראה) הינו פסול ופגום. בעקבות פסק הדין דן בוטל הנוהל האמור.

116. והנה כעת, בשעת משבר כלכלי כבד, אשר אין כל ספק שהינו כר לפגיעה נרחבת בעובדים בכלל ובעובדות מוגנות בפרט, מבוטל שיקול דעתה של הממונה באופן מלא וחסר תקדים.

סיכום

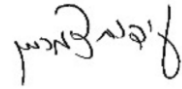
117. נוכח כל המפורט לעיל, תקנות עבודת הנשים הותקנו בחוסר סמכות, כאשר בהתאם לחוק, להלכה הפסוקה ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה אין הממשלה מוסמכת להתקין תקנות לשעת חירום בעת הזו ובנסיבות המקרה הנדון כפי שפורטו לעיל בהרחבה.

118. התקנות אף פוגעות פגיעה לא מיידית בזכויותיהם החוקתיות של עובדות ועובדים בתקופות המוגנות מכוח חוק עבודת נשים, הן בלתי סבירות, מנוגדות לחלוטין לתכלית חקיקת המגן ופוגעניות במיוחד כלפי נשים בשוק העבודה, בתקופה בה הן זקוקות להגנה יותר מכל.

119. בעתות משבר, הראשונות להיפגע בשוק העבודה הינן נשים, ואימהות בפרט, ועל כן ישנה חשיבות יתרה בחידוד הדין וההגנה מכוח חוק עבודת נשים, תוך שמירה על תכליתו והבנה כי ללא ההגנה החוקית עלולות נשים רבות למצוא את עצמן מחוץ לשוק העבודה עם תום המשבר הנוכחי.

⁹ על"ח 13-09-13 43423 נורה נ' הממונה על עבודת נשים משרד הכלכלה ואח' (ניתן ביום 16.2.14);

120. אשר על כן, ונוכח כלל המפורט לעיל בהרחבה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי תקנות שעת החירום (נגיף הקורונה החדש) (עבודת נשים) התש"ף-2020 בטלות.



עידית צימרמן, עו"ד

הקליניקה לזכויות עובדים, אוני' ת"א

אורי טורקיה- שלס, עו"ד

מערך הסיוע המשפטי, ויצו ישראל



דנה גינוסר, עו"ד

הקליניקה לנשים וכלכלה, האוני' העברית

נחתם היום : 13.04.20

עתירה זו נכתבה בשיתוף של הסטודנטיות נועם קוחול ולילה אתר מהקליניקה לזכויות עובדים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

תוכן עניינים

<u>תיאור</u>	<u>סימול נספח</u>
דברי ההסבר לתקנות ומכתב יו"ר הכנסת	1/ע
מכתב מיצוי הליכים מיום 7.4.20	2/ע
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מיום 6.4.20	3/ע

1/ע

דברי ההסבר לתקנות ומכתב יו"ר

הכנסת

ע/2

מכתב מיצוי הליכים מיום 7.4.20

ע/3

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

מיום 6.4.20