

באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל

חני בן ישראל ומיכל תג'ר*

מאמר זה מבקש להציע כיוון ראוי להתפתחות ההלכה בעניין זכותן של מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסיעוד הביתי למנוחה שבועית, לאחר שבית המשפט העליון קבע, בפסקי דינו בעניין יולנדה גלוטן, כי חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, אינו חל על עבודתן. במאמר מוצג המשטר המשפטי החריג החל על העסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד, פרי שילוב בין דיני הגירה קשוחים לבין דיני עבודה מידלדלים. טענת הכותבות היא כי משטר משפטי חריג זה, ומציאות ההעסקה ארוכת השנים שהצמיח, הם שמקשים להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות הסיעוד, ולא קושי אינהרנטי כלשהו הנובע ממאפייניה הייחודיים, כביכול, של העבודה בתחום הסיעוד הביתי. לטענת המחברות, מדיניות משפטית ראויה תהא לנסות ולתחום את הפגיעה הקשה בזכויותיהן הקוגנטיות של עובדות הסיעוד – תוצאת פסקי הדין בעניין גלוטן – באמצעות פרשנות המקיימת את הזכויות הקבועות בחוק שעות עבודה ומנוחה שלא נדונו ישירות בפסק הדין. אופייה החריג של הלכת בית המשפט העליון בעניין גלוטן, שחותרת תחת מושכלות היסוד של משפט העבודה, מחייב פרשנות מצמצמת להלכה זו, שבה נדונה והוכרעה באופן ישיר אך שאלת הזכאות לתמורה עבור עבודה בשעות נוספות. פרשנות זו מתחייבת אף מעוצמת הדגש שהושם בפסקי הדין על הצורך בהסדרה חקיקתית עתידית, שברור כיום כי אינה צפויה. המחברות מתמקדות בזכות למנוחה שבועית, אחת מבין כמה זכויות שנשללו לכאורה כתוצאה מההכרעות בעניין גלוטן, ומציעות דרכים פרשניות אחדות המובילות לתוצאה שתאפשר את קיום הזכות למנוחה שבועית רציפה בת 36 שעות.

* הכותבות מייצגות את עמותת קו לעובד, שביקשה להצטרף כידידת בית הדין בערעור תלוי ועומד בבית הדין הארצי לעבודה, שבמוקדו שאלת זכותה של מהגרת עבודה שהועסקה בסיעוד למנוחה שבועית (ע"ע 10-12-47576 אריה ובתיה זטלמן נ' ולנטינה פטרוב). כמו כן, הכותבות ייצגו את העותרת ואת עמותת קו לעובד בבג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209 (2009), וברדג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.03.2013), העומדים במוקדו של המאמר. אנו מבקשות להודות לצוות ולמתנדבות בתחום הסיעוד בעמותת קו לעובד, אשר מספקים ומספקות מידע וליווי לעשרות עובדות סיעוד מדי שבוע. תודה מיוחדת לעידית לבוביץ' ולזהבית פרידמן על עריכת סקרים בקרב העובדות שאפשרו איסוף של נתונים רבי ערך על אודות מבנה ההעסקה בתחום הסיעוד הביתי בישראל, ושחלקם מוצגים במאמר זה.

מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להציע כיוון ראוי להתפתחות ההלכה בעניין זכותן של מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסייעוד הביתי¹ למנוחה שבועית. סימן השאלה המרחף מעל זכותן של מהגרות עבודה למנוחה שבועית הוא תוצאת לוואי חמורה, אף אם צפויה, של הלכת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניינה של יולנדה גלוטן,² שבה אושרה, בדעת רוב, ההלכה בפסק דינו של ההרכב המקורי שישב לדין ארבע שנים קודם לכן.³ משני פסקי הדין – מהפכניים בהנמקתם ובתוצאתם – עולה לכאורה שחוק שעות עבודה ומנוחה⁴ אינו חל, באופן קטגורי וגורף, על מהגרות עבודה בתחום הסייעוד הביתי.

חוק שעות עבודה ומנוחה – נדבך מרכזי במשפט העבודה הקוננטי – נחקק בתחילת שנות החמישים. החוק קובע מסגרת נורמטיבית מחייבת באשר לעניינים יסודיים כגון אורכו של יום העבודה, הזכות למנוחה שבועית ואורכה, הזכות לתגמול על עבודה בשעות נוספות ושיעורו, הזכות להפסקות במהלך יום העבודה, ועוד. סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שעניינו תחולה, מונה רשימה סגורה של חריגים, שהחוק לא חל על העברתם של מי שמנויים בהם. בנוסף על כך, החוק מתיר לשר העבודה לקבוע בתקנות, בין היתר, יום עבודה ושכר עבודה שאורכם עולה על הקבוע בחוק, לגבי ענפי תעסוקה מסוימים.⁵ מאחר שהזכות למנוחה שבועית – כמו הזכות לתמורה עבור עבודה בשעות נוספות (שנדונה במישירין בפרשת גלוטן) – קבועה בחוק שעות עבודה ומנוחה, הרי שאי-תחולת החוק על מהגרות העבודה משמעו, לכאורה, היעדר זכות למנוחה שבועית.

עת נחקק חוק שעות עבודה ומנוחה, בראשית שנות החמישים, הצהירה שרת העבודה דאז, גולדה מאיר, כי עיקר מטרתו למונע פגיעה בעובדים בענפי עבודה "נחשלים", כאלו אשר אינם מוגנים על-ידי משפט העבודה הקיבוצי, ו"לשמור במידת האפשר על כלליות תחולת חוקי העבודה".⁶ בתקנות שהותקנו מכוחו ביחס לענפים שונים, בוצעו התאמות שנועדו לשמור על מסגרת שעות עבודה מובחנת, גם בענפים המצריכים מסגרת עבודה מסביב לשעון. כך, נקבעו תקנות מיוחדות לעובדים במוסדות טיפוליים ובכתי חולים, ללולנים, לעובדים בכתי קולנוע ועוד.⁷ תקנות אלו ניסו לאזן בין צורכי מקום העבודה מחד גיסא, לבין החובה הקבועה בחוק ליצור מסגרת מובחנת לשעות העבודה, שתאפשר לעובד מנוחה בפועל, מאידך גיסא. ביחס לענף הסייעוד הביתי, מעולם לא הותקנו תקנות כאלו.

ההליכים בעניינה של יולנדה גלוטן, שבסופם הוחרגו אי אילו עשרות אלפי עובדות מוחלשות מנדבך מרכזי במשפט העבודה הקוננטי, החלו בתחילת העשור הקודם. גלוטן, מהגרת עבודה מהפיליפינים שהועסקה בסייעוד של אישה קשישה, הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה עם פירושה. בין יתר הסעדים שהתבקשו במסגרת ההליך נכללה גם תביעה לגמול עבור עבודה בשעות נוספות. בית הדין האזורי קיבל את תביעתה של גלוטן בחלקה, ודחה אותה בכל הנוגע לגמול עבודה בשעות נוספות. ערעורה של גלוטן לבית הדין הארצי – שהסב עצמו אך על רכיב זה – נדחה גם כן, בדעת רוב. על-פי דעת הרוב, חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על עבודתה של גלוטן, שכן יש לראות את העסקתה כבאה בתחולת החריגים הקבועים בסעיפים 30(א) ו-30(א) (6) לחוק שעות עבודה ומנוחה. חריגים אלו מוציאים מתחולת החוק, בהתאמה, "עובדים בתפקידי הנגלה ובתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי" ועובדים "שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם".⁸

מרביתן המכרעת של עובדות הסייעוד לא זכו עד לפסיקת בית הדין הארצי בעניין גלוטן לקבל בפועל שכר תמורת עבודה בשעות נוספות.⁹ עם זאת, המקרים שבכל אופן הגיעו לפתחם של בתי הדין לעבודה לאורך השנים, אף שזכו להתייחסות מגוונת ולעתים סותרת, חלקו בסיס משותף –

ההכרה בהכרח לפצות את עובדות הסיעוד באופן כלשהו על עבודה בשעות נוספות.¹⁰ פסק הדין בבית הדין הארצי לעבודה בעניינה של יולנדה גלוטן היה הראשון לקבוע, כי אין זכאות לתמורה עבור עבודה בשעות נוספות כלל, וכי החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה – חריג האמון האישי וחריג הפיקוח – חלים על עבודתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד. בית הדין הארצי הוסיף והסתמך בפסק דינו על נימוקים חיצוניים לדיני העבודה כהצדקה לשלילת תחולת החוק, ובראשם מצבם הכלכלי הקשה של מעסיקים סיעודיים.

גלוטן עתרה נגד פסק הדין לבג"ץ באמצעות עמותת קו לעובד. בפסק דינו משנת 2009, מצא בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין, שיש להותיר את פסק דינו של בית הדין הארצי על כנו. זאת, נקבע, "בין אם נניח כי קיימת תחולה לחריגים הקבועים בחוק ובין [...] משום שאין להחיל את הוראות החוק לעניין התשלום עבור עבודה בשעות נוספות [...] בהיעדר כל יכולת ליישמו לשיעורין ובהתקיים הסכמה כוללת כי אין לחוק תחולה בכל חלקיו העיקריים הנוגעים למתכונת העבודה עצמה".¹¹ אף שבית המשפט הכיר בכך, שהעמדה בדבר תחולת החריגים לחוק על עובדות כגלוטן אינה מתיישבת עם הפרשנות המסורתית לחריגים ועם תכליתם של חוקי המגן,¹² נמצא שהעמדה ההפוכה, הגורסת כי החוק חל, היא "פשטנית" שכן "אופייה המיוחד של עבודת הסיעוד הנדונה חורג מעצם טבעו מן המתכונת שהחוק נדרש לה".¹³ לא זו בלבד, אלא שניתן – הוסיף בית המשפט – "להרהר" אחר עצם הרציונל הבסיסי בדבר אופיו הכופה של משפט העבודה, שהוא "חריג לגישה הליברלית השלטת בתחום הפרטי". זאת בעיקר שעה שהחלטה של נורמת המינימום צפויה, לדעת בית המשפט, להרע את מצבן של העובדות עצמן, משום שייקור עלויות העסקתן בהכרח יוביל לכך כי ידם של מעסיקים מעטים בלבד תהיה משגת להעסיקן.¹⁴ חוסר ההתאמה שנמצא בין מתכונת ההעסקה בתחום הסיעוד לבין חוק שעות עבודה ומנוחה הוביל את בית המשפט לקבוע, כי על המחוקק מוטלת חובה לקבוע הסדר חקיקתי בסוגיה, שיבטא איזון סביר בין הצרכים של המטופלים לבין האינטרסים של העובדים. "העתירה נדחית", נחתם פסק הדין, "ובכך מתפנה המקום הראוי למחוקק שכאמור 'בימים אלה' שוקד על הסדרת הסוגיה על כל היבטיה".¹⁵

חרף זהות התוצאה בין הערכאות, בית המשפט העליון אימץ הנמקה חמורה פי כמה ממסקנתו של בית הדין הארצי לעבודה. בעוד שבית הדין הארצי הפנה, בעיקרו של דבר, לתחולת החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה, באופן שאולי עוד היה מותר אפשרות להתדיין על קיומם במקרים עתידיים, בג"ץ שלל את תחולת החוק באופן גורף, בהישענו בעיקר על נימוקים בדבר "חוסר ההתאמה" של הענף לחוק שעות עבודה ומנוחה, תוך שהוא מפנה למצבם הכלכלי של המעסיקים כנימוק לשלילת תחולת החוק ותוך התבטאות כללית וגלויה נגד עצם אופיו הקוגנטי של משפט העבודה וההצדקות הערכיות שבבסיסו.¹⁶

פסק דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף הותיר, בדעת רוב, את פסק הדין המקורי על כנו. על-פי חוות דעתו של הנשיא גרוניס, שאליה הצטרפו ארבעה משופטי ההרכב, הסוגיה "הקשה והסבוכה" שניצבה במרכז ההליך היא שאלה של מדיניות סוציאלית וכלכלית, שלא ניתן ללבנה כראוי בהליך שיפוטי, ואת המענה לה "יש לגבש בצורה מושכלת בזירה הפוליטית והציבורית".¹⁷

עמדותיהם של יתר שופטי הרוב רצופות אף הן קריאות למחוקק להתערב.¹⁸ פסק הדין המקורי בבג"ץ גלוטן לא נדרש כלל לשאלת מעמדן של זכויות אחרות הקבועות בחוק שעות עבודה ומנוחה, כגון הזכות למנוחה שבועית. בניגוד לפסק הדין המקורי, פסק הדין בדיון הנוסף אזכר את טענות העותרת בעניין זה, לרבות בדעת הרוב; אזכור שעשוי להצביע על כך, שבית המשפט העליון היה ער להשלכותיה מרחיקות הלכת של הפסיקה, אף מעבר לתוצאה

הקשה של שלילת הזכות לתגמול עבור עבודה בשעות נוספות.¹⁹ עם זאת, זולת אזכורן הסתמי של הטענות, פסק הדין לא כלל התייחסות מהותית נוספת אליהן.

המוטיבציה לכתיבת מאמר זה נטועה בהכרה, שבניגוד למשאלת השופטים בפרשות גלוטן, וחרף קריאותיהם למחוקק בפסק הדין לפעול להסדרה חקיקתית של התחום, אין יסוד אמיתי לסבור שתתקבל, בעתיד הנראה לעין או בכלל, חקיקה שתסדיר את שעות העבודה והמנוחה של עובדות הסיעוד ושתפצה אותן באופן כלשהו על שעות עבודתן הארוכות. למעשה, באופן צפוי, הלכת גלוטן שללה בפועל כל מוטיבציה להסדרה חקיקתית של התחום. מכך נובע, כי בתי הדין לעבודה הם שיצטרכו להתוות את הדרך בחלל ובכאוס שהותיר אחריו פסק הדין, וכי הם שיעצבו את מציאות העסקתן של עובדות אלו בשנים הקרובות ויותר, לרבות את היחס בין מנוחה לעבודה בעבודתן.²⁰ החרגת מהגרות העבודה בתחום הסיעוד הביתי מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה מכוח הלכת גלוטן הוסיפה נדבך קשה נוסף למשטר המשפטי הבלתי־רגיל שחל על עובדות אלו, ושייסקר אף הוא במאמר. משטר זה הוא פרי שילוב בין דיני ההגירה, החלים על מהגרות העבודה בתחום הסיעוד מתוקף הסטטוס שלהן כמהגרות, לבין דיני העבודה, החלים עליהן מתוקף הסטטוס שלהן כעובדות. בין דיני העבודה לדיני ההגירה טמון מתח אינהרנטי.²¹ דיני העבודה מבוססים על תחולה אוניברסלית ושוויונית של זכויות ללא תלות במעמד ההגירה או בעוצמת הזיקה למדינה שמעמד זה מבטא. טבען של זכויות אלו הוא כי הן בלתי־ניתנות להתניה אף לא באמצעות הסכמת הצדדים.²² לעומת זאת, בתחום ההגירה מעמדן של מהגרות העבודה קשור באופן ישיר לסל מדולדל של זכויות כמעט בכל היבט, ולמערכת נחותה של הגנה עליהן.

בשנים האחרונות דומה כי המתח הטבעי בין שתי מערכות הדינים הופך פחות חריף, וזאת עקב שחיקת האופי האוניברסלי של דיני העבודה, בכל הנוגע לתחולתם על מהגרות עבודה ומהגרי עבודה בישראל. בעבר, נרמה היה, ולו לרגע חולף, כי דיני ההגירה הם אלו שצועדים ככרת דרך אל עבר דיני העבודה. פסק הדין המהפכני בעניין הסדר הכבילה,²³ שנחזה בשעתו כפרשת דרכים דרמטית בתולדות ההסדרה של הגירת העבודה לישראל, בישר כי ההגנה על זכויות יסוד של מהגרים עומדת על טבען האוניברסלי של זכויות אלו, וכי מעמד ההגירה אינו משמש הצדקה טובה דיה לפגיעה בהן. אלא שבשנים האחרונות ברור למדי, כי התחזיות האופטימיות לעידן שלאחר פסק הדין בעניין הסדר הכבילה היו מוקדמות, וכי דיני העבודה – ולא דיני ההגירה – הם אלו שעוברים מטמורפוזה יסודית. הדבר בא לידי ביטוי בנסיגה הולכת ומעמיקה מהאתוס האוניברסלי של דיני העבודה בכל הנוגע למהגרות עבודה, שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בפגיעה בחופש ההתקשרות שלהן עם מעסיקים פוטנציאליים ובשלילתן של זכויות קוגנטיות. זאת, על בסיס הצדקות שונות, וביניהן מעמדן כמהגרות ואינטרסים של אזרחים ישראלים. פסקי הדין בעניין גלוטן מגלמים באופן האולטימטיבי והקיצוני ביותר מגמה זו.

חלקיו הבאים של המאמר יוקדשו לבחינת הסדרי העבודה והסדרי ההגירה החלים על עובדות הסיעוד, והזיקה ביניהם. חשיפת נדבכיו של המשטר המשפטי בתחומים אלו היא קריטית, לטעמנו, ולא רק משום חומרתם יוצאת הדופן של ההסדרים החלים על מהגרות העבודה בתחום הסיעוד הביתי, נושא שמצדיק התייחסות מחקרית בפני עצמו, אלא משום שדיון בשאלת "ההתאמה" של ענף הסיעוד הביתי לחוק שעות עבודה ומנוחה, או היעדר התאמה – כגון הדיון שניתן למצוא בכג"ץ גלוטן – הוא דיון עקר ככל שהוא מתעלם מהסדרים אלו ומהאופן שבו הם מעצבים את מציאות ההעסקה בענף הסיעוד הביתי.

מתכונת העבודה בענף הסיעוד – נורמות ופרקטיקה

מהגרות עבודה בענף הסיעוד עובדות מסביב לשעון, ומחויבות להתגורר בבית המעסיק. מתכונת זו נגזרת באופן ישיר מהקריטריונים שנקבעו בידי רשות האוכלוסין וההגירה למתן היתר להעסקה של מהגרת עבודה בתחום הסיעוד בישראל. אלו מורים כי היתר העסקה יינתן למטופל הזקוק לטיפול או להשגחה "במשך רוב שעות היממה" וכי עליו להעסיק את העובדת, לכל הפחות, במסגרת משרה מלאה.²⁴ הקריטריונים מוסיפים ומורים כי על המעסיק לספק לעובדת מגורים ולינה בביתו, וכי על העובדת מוטלת חובה מקבילה להתגורר בבית המטופל. שתי התחייבויות אלו אף נכללות בהתחייבות המעסיק הנמסרת לרשות במסגרת הבקשה להעסיק מהגרת עבודה בתחום הסיעוד.

אם כן, מתכונת ההעסקה בסיעוד של מהגרות העבודה מלכתחילה כמעט שאינה מותרת להן זמן שבו הן חופשיות, הלכה למעשה, מעבודתן, או נהנות מזמן פנוי שבו פעילותן נתונה במלואה לבחירתן החופשית. דרישות העבודה, הכרוכות ללא הפרד והאוצלות על שאלת חוקיות שהייתה של העובדת בישראל, מביאות לכך שזמינותה של עובדת הסיעוד לעבודה היא בלתי-מוגבלת; לימי עבודה הנעדרים התחלה או סוף ברורים; להיעדר הפרדה בין זמן העבודה והזמן הפרטי,²⁵ והן אף נוטלות מהעובדות מידה ניכרת של פרטיות ונפרדות. לא בכדי, אם כן, הרובד הפגוע ביותר בתחולת משפט העבודה על עובדות הסיעוד, הוא הרובד שנוגע ליחס בין עבודה לפנאי, אשר חוק שעות עבודה ומנוחה הוא המרכזי שבו.

בחודש פברואר 2015 ערכה עמותת קו לעובד סקר אשר בחן את היקף המנוחה שניתנת בפועל לעובדות הסיעוד ואת התמורה המקובלת בגינה. התמריץ לעריכת הסקר נבע מהליך בבית הדין הארצי לעבודה (שעורו תלוי ועומד, נכון למועד כתיבת המאמר), ובקשה שהגישה עמותת קו לעובד להצטרף להליך זה במעמד ידירת בית המשפט. ההליך עוסק בשאלת הזכות למנוחה שבועית בעידן שלאחר הלכת גלוטן.²⁶

במסגרת הסקר, הועבר שאלון בדף הפייסבוק שמפעילה קו לעובד לעובדות סיעוד ונתקבלו תשובות מ-1,359 עובדי סיעוד, 85% בקירוב מתוכם נשים. בסקר נשאלו העובדות האם הן מקבלות יום מנוחה שבועי, ומהו אורכו. מתוך הנשאלות, ציינו למעלה מרבע – 26% – כי אינן יוצאות כלל ליום מנוחה שבועי. רק 4% מתוך הנשאלות השיבו כי ניתן להן יום מנוחה שבועי שאורכו ותדירותו זהים לאלו של עובדים ישראלים – 36 שעות רצופות מדי שבוע. ביחס לכל היתר, התגלתה תדירות משתנה ביחס ליום המנוחה (18% יוצאות ליום מנוחה שבועי פעם בחודש בלבד; 11% יוצאות מדי שבועיים וכיוצ"ב); או לאורכו (היו שציינו כי ניתנות להן 24 שעות; היו שקיבלו 12 שעות; והיו שציינו שעות חופש בודדות).²⁷

התוצאות הקשות לא הפתיעו אותנו. מניסיוננו בקו לעובד, כמו גם מתיעוד התופעה במישור הגלובלי,²⁸ מניעת מנוחה שבועית או צמצומה באורח משמעותי הן נורמה רווחת בענף הסיעוד הביתי, כמוה גם מניעת יום מנוחה תוך מתן תמורה כספית חלף מנוחה ושליטת יום מנוחה חלופי. למעשה, זמן ממושך לפני שיצר בית המשפט העליון את התשתית המשפטית לכך בפסק דינו בעניין גלוטן, כפרו שחקנים מרכזיים שונים בשוק הטיפול הסיעודי בזכאות המוחלטת של העובדות למנוחה כלשהי, וטענו כי מתן מנוחה שבועית הוא – לכל היותר – הסדר "רצוי", "מונע שחיקה", אפשרי – אולם בפירושו לא חובה.²⁹ התבנית המוכרת כיום של העסקת מהגרות עבודה מסביב לשעון, ולצדה מנוחה שבועית מצומצמת או היעדר מנוחה שבועית כלל, הפכה לנורמה, זמן רב לפני שבית המשפט העליון נתן גושפנקה משפטית למציאות זו. מתן יום מנוחה חלופי, במקרים שבהם נשללה מהעובדת מנוחה וניתנה לה תמורה כספית חלף מנוחה, הפך מחובה חוקית לחובה הקבועה "בחוק היבש", ונטולת "פרשנות ברורה בפסיקה".³⁰ מספר שעות המנוחה השבועית הופחת

למקסימום מומלץ של 24 שעות,³¹ והפרקטיקה מעוגנת גם בחוזים שעליהם מוחתמות עובדות הסיעוד עם הגעתן לעבודה בישראל.³²

רטוריקה נפרדת, ייחודית ומובחנת נוצרה בשטח, ביחס למנוחת עובדות סיעוד: חוק שעות עבודה ומנוחה הפך "יבש", "יום המנוחה השבועית" הפך ל"יום חופש שבועי", ומספר שעות המנוחה צומצם מ-36 שעות ל-24 שעות לכל היותר. בהמשך המאמר נדון באופן שבו המשפט התמודד, ולבסוף – אימץ – את הפרקטיקות האלו.

המסגרת המשפטית החולשת על העסקתן של עובדות הסיעוד בתחום ההגירה

לדרישות העבודה הבלתי-רגילות בענף הסיעוד, שתיארנו בפרק הקודם, מצטרף משטר בלתי-רגיל של דיני הגירה, שממשטר את חייהן של עובדות הסיעוד בתוך מסגרת קשוחה של דינים שמבטיחה אף היא, כי כל עתותיהן ומרצן יוקדשו לעבודת הסיעוד.

מערכת דיני ההגירה החלה על מהגרות עבודה בתחום הסיעוד מכוונת למימושן של כמה תכליות שונות. עניינן, בעיקר, בניסיון לצמצם את השפעותיה של הגירת העבודה על שוק העבודה ועל הרכבה החברתי של ישראל, לקדם את רווחתם של המטופלים הסיעודיים, ולצמצם את המימון הפרטי (וכפועל יוצא מכך, הציבורי) המוקצה לעבודת הסיעוד.

ככל שדברים נוגעים לצמצום ההשפעות על שוק העבודה, תכליתה של מדיניות ההגירה היא להבטיח, כי מהגרות העבודה עובדות אך ורק בתחום שיועד להן, אצל מעסיק שמחזיק בהיתר להעסיקן ובמתכונת העסקה המבוססת על משרה מלאה, לכל הפחות. מטרה עיקרית של הגבלות אלו היא לווסת את מידת התערותן של מהגרות העבודה בשוק העבודה, ולא לפגוע בהזדמנויות העסקה של עובדים ישראלים.³³ תכלית מרכזית נוספת היא מניעת "השתקעותן" של מהגרות העבודה בישראל.³⁴ ככל שדברים נוגעים לרווחתם של מטופלים סיעודיים, תכליתם של דיני ההגירה היא להבטיח העסקה רציפה ככל שניתן אצל מטופל סיעודי ובתוך כך גם כי כל מטופל באשר הוא יוכל להעסיק עובדת סיעוד, במנותק משאלת התגמול שבאפשרותו וברצונו להציע תמורת הטיפול, רמת הקושי הכרוכה בטיפול בו, או גורמים אחרים שעלולים לפעול לרעתו במסגרת יחסי היצע וביקוש רגילים בשוק העבודה, כמו מקום מגורים מרוחק.³⁵ לבסוף, תכלית מרכזית היא להבטיח כי המימון הפרטי של עובדות הסיעוד, המושת באופן חלקי, במתכונת הנוכחית, על המטופלים, לא יגדל, ובה בעת להבטיח, כי המימון הציבורי לא יגדל אף הוא.

תכליות אלו עצמאיות זו מזו, ובה בעת משלימות זו את זו. הן מוגשמות באמצעות מדיניות ההגירה והמעמד החלה על מהגרות העבודה בתחום הסיעוד; מיעוטה מעוגנת בחקיקה ובתקנות, ועיקרה בנוהלי רשות האוכלוסין וההגירה. ביטויה המרכזי והמוכר של מדיניות זו הוא הגבלת כוח השוק של מהגרות העבודה והחלשתו באמצעות הסדרי הגירה שמבוססים על קשר בין חוקיות ההעסקה לעבודה עבור מעסיק ספציפי – הסדר הכבילה;³⁶ לצדו של אמצעי זה, נקבעו אמצעים נוספים להגשמת התכליות האמורות, אמצעים כהיעדר גישה כמעט הרמטי למעמד של קבע,³⁷ וכן – כפי שיפורט להלן – הטלת מגבלות חמורות במיוחד על חיי המשפחה של מהגרות העבודה, וחיוב מגורים בבית המעסיק כתנאי לחוקיות הישיבה והעבודה בישראל.

אף שנפסל כבלתי-חוקתי בשנת 2006, הסדר הכבילה³⁸ – הסדר אשר על-פיו רישיון הישיבה שניתן בידי מהגרות עבודה מותנה בעבודה עבור המעסיק המסוים שהזמין לעבודה בישראל, באופן שסיום יחסי העבודה עמו מהווה תנאי מפקיע אף ביחס לתוקפו של רישיון הישיבה והעבודה – הושב על כנו בתחום הסיעוד, ובגרסה דרקונית וחמורה פי כמה מזו שבג"ץ פסל לפניו אך פחות מעשור. על-פי תיקונים לחוק הכניסה לישראל משנת 2011, שיושמו באחרונה בתקנות, נקבעו "אמצעי בקרה" על

מספר המעסיקים שמהגרות עבודה בענף הסיעוד רשאיות לעבור ביניהם, וזאת "לשם מניעת ניצול לרעה" של רישיון העבודה שניתן להן.³⁹ על-פי ההסדר שמייסדות התקנות, מהגרת עבודה בתחום הסיעוד תזומן ל"בידור מינהלי", שתוצאתו עלולה להיות החלטה על שלילת רישיון ישיבתה, מעצרה וגירושה מישראל, במקרה שהתפטרה מעבודתה אצל שלושה מעסיקים סיעודיים לפחות בתוך תקופה של שנתיים, בנסיבות שבהן עולה חשש ל"ניצול לרעה של האשרה ורישיון הישיבה" שניתנו לה.⁴⁰ נוסף על כך, על מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הוטלו מגבלות גיאוגרפיות, שתכליתן להבטיח כי עובדות לא תוכלנה לעזוב עבודה אצל מטופלים הגרים בפריפריה לטובת מטופלים הגרים באזור המרכז.⁴¹ לבסוף, הוספה לסעיף 2(ג) לחוק הכניסה לישראל⁴² הוראה המסמיכה את שר הפנים (אף שסמכות זו טרם יושמה), לקבוע תתי-חומים בענף הסיעוד למהגרות עבודה, אשר רק בהם תותר העסקתן. זאת במטרה לכבול אותן לעבודות סיעוד קשות במיוחד, על רקע הקושי לאייש עבודות אלה, בעיקר בנסיבות של תגמול אחיד, יחסית, למהגרות עבודה בשוק הטיפול הסיעודי בישראל. ביטוי לתכליות שנמנו לעיל ניתן למצוא במדיניות שכבר הוזכרה, והמחייבת מגורים ולינה בבית המטופל כתנאי לחוקיות הישיבה בישראל. ככלל, כאמור, בהתאם למדיניות רשות האוכלוסין וההגירה, מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי חייבות להתגורר בבית המטופל, ואילו המטופל חייב בחובה מקבילה להלין את העובדת בביתו ולהעמיד לרשותה מגורים הולמים. על-פי מדיניות הוותיקה של הרשות, מטופל שהעובדת הסועדת אותו אינה מתגוררת בביתו מפר את תנאי היתר ההעסקה שניתן לו, הפרה שעלולה להביא לביטולו של ההיתר; עובדת שאינה מתגוררת בבית המעסיק מפרה את תנאי רישיון הישיבה והעבודה שניתן לה, הפרה שעלולה להביא למעצרה ולגירושה מישראל. "נוהל טיפול בבקשות מטעם מטופלים סיעודיים המעסיקים שני עובדים זרים בקורת גג אחת, לפטור מחובת הלינת עובד זר לגבי אחד מהעובדים"⁴³ של רשות האוכלוסין וההגירה נקבע כחריג למדיניות כללית זו, ונועד לאפשר הקלות במצב שבו מועסקות שתי עובדות סיעוד תחת קורת גג אחת. הנוהל פותח בתיאור התכליות שמדיניות המחייבת מגורים ולינה בבית המטופל מקדמת, וזאת על מנת להצדיק את הבחירה, המבוטאת בנוהל, להתיר חריגות ממדיניות זו במשורה. על-פי הנוהל, "[...] חובת הלינה בבית המטופל מבטיחה שמתן השירותים למטופל אכן יתקיים בכל השעות שהמטופל נדרש להן. בנוסף, [...] מתן אפשרות לעובד זר שלא ללון בביתם של מטופלים מסוימים, עלולה להוביל לפגיעה קשה במטופלים סיעודיים אחרים, ובמיוחד אלו הזקוקים לטיפול אינטנסיבי בשעות הלילה, נוכח העדפתם של חלק מהעובדים הזרים לעבוד בבתי מטופלים סיעודיים מבלי להתגורר איתם [...] אפשרות זו גם מאפשרת לעובד הזר לעבוד בשעות הערב או הבוקר המוקדמות בעבודות פרטיות אחרות בניגוד לתנאי רישיון עבודתו, או להתגורר בתאים משפחתיים, דבר המעלה חשש להשתקעות".⁴⁴

ניתן לראות, שהמדיניות המחייבת מגורים ולינה בבית המטופל מגשימה, לגבי מנסחיה, תכליות אחדות. היא שוללת ממהגרות העבודה בתחום הסיעוד יכולת ממשית להגביל את משכו של יום העבודה ("חובת הלינה בבית המטופל מבטיחה שמתן השירותים למטופל אכן יתקיים בכל השעות שהמטופל נדרש להן") ובאופן זה מביאה לכך שזמינותה של עובדת הסיעוד לעבודה היא בלתי-מוגבלת; לטשטוש בין זמן העבודה לזמן הפרטי ולימי עבודה המתארכים ללא קץ. היא אף מגבילה את היכולת לקיים חיים אנושיים מלאים, שאינם מוגבלים לעבודה סיעודית מסביב לשעון ("אפשרות זו [ללון מחוץ לבית המעסיק] גם מאפשרת לעובד הזר... להתגורר בתאים משפחתיים, דבר המעלה חשש להשתקעות").

התכלית בדבר מניעת השתקעות בישראל מוגשמת כאמצעים נוספים וזלת החיוב ללון בבית המעסיק. עיקרם הוא מדיניות, מעוגנת בנהלים, שמוקדה המפורש הוא חיי המשפחה של מהגרות

העבודה, ושמוכה הפכו אלו לזירה של פיקוח ממשלתי חסר תקדים. בבסיסה של המדיניות משמשת ההנחה, שהקמת משפחה בישראל מלמדת על רצון להשתקע בה.

להפיכת חיי המשפחה של מהגרות עבודה מושא לפיקוח ולענישה כמה ביטויים מרכזיים: הראשון הוא האיסור המוטל עליהן להגר עם בני משפחה מדרגה ראשונה. תנאי לקבלת רישיון לעבודה בישראל הוא היעדר בני משפחה מדרגה ראשונה ששוהים בישראל ברישיון עבודה. אם מתגלה כי בן משפחה מדרגה ראשונה של מהגרת עבודה שוהה בישראל ברישיון ביקור או עבודה, הימצאותו כאן היא עילה לביטול רישיונה (או רישיונו. בדרך כלל שניהם).⁴⁵ השני הוא האיסור על זוגיות. על-פי מדיניות משרד הפנים, תנאי לתוקפו של רישיון הישיבה שניתן למהגרות עבודה המגיעות לישראל הוא הימנעות מקשירת קשרים זוגיים, לרבות נישואים, בעודן בישראל. על בסיס מדיניות זו, מבטלת הרשות או מסרבת להאריך את רישיון ישיבתן של מהגרות עבודה החשודות בקיום קשר זוגי או שקיים לגביהן חשד כי נישאו למהגר עבודה בעודן בישראל, ומתלה את הארכת רישיונו של אחד מבני הזוג ביציאתו מישראל לצמיתות של בן הזוג האחר.⁴⁶ השלישי הוא האיסור על לידת ילד בישראל, איסור שעוגן בנוהלי משרד הפנים ושעמד במוקדה של עתירה לבג"ץ,⁴⁷ שבה נפסל נוהל זה מחמת פגיעתו הלא מידתית בזכות החוקתית להורות. על-פי הנוהל שנהג בעבר, ובמידה רבה משקף את המציאות עד היום, לידת ילד הפקיעה באופן אוטומטי את רישיון העבודה של מי שילדה בישראל, והיא הועמדה בפני שתי ברירות: לעזוב את ישראל לצמיתות עם תינוקה בתוך שלושה חודשים מיום הלידה, או להיפרד מעל תינוקה (בדרך כלל באמצעות שליחתו לטיפול בידי בני משפחה במדינת מוצאה), ולהוסיף לעבוד בישראל לכדה.

לאחר פסק הדין, תוקן נוהל עובדת זרה בהיריון באופן שמתיר לנשים שילדו בישראל שעה ששהו בישראל פחות מ-63 חודשים להישאר לעבוד בסיעוד עם הילד עד למיציאת הקופה.⁴⁸ ואולם, מבנה ההעסקה בתחום הסיעוד מקשה עד מאוד על יישומה של אפשרות זו, הלכה למעשה. בפסק דינו קבע בג"ץ, כי ההיתר להמשך ישיבתה בישראל של עובדת זרה לאחר לידת ילד כפוף ליכולתה המעשית לשלב בין חובות עבודתה לבין צורכי הטיפול בילד, ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה. שעה שמדובר בעבודת סיעוד המתבצעת מסביב לשעון בבית המעסיק, קשה לראות כיצד תוכלנה מהגרות עבודה בתחום הסיעוד לשלב אימהות לתינוק עם עבודתן. ואכן, במרביתם המכרעת של המקרים שנתקלנו בהם במסגרת עבודתנו בעמותת קו לעובד לאחר פסק הדין, הוסיפו מהגרות עבודה בתחום הסיעוד להיפרד מעל תינוקותיהן, ונתרו בישראל לכדן.

כפי שהלכת גלוטן מבהירה מעל לכל ספק, הפיקוח ההדוק המאפיין את יחסה של המדינה למהגרות עבודה בסיעוד כ"מהגרות", אינו מוצא ביטוי דומה ביחס המופנה למהגרות עבודה בסיעוד כ"עובדות". לעומת דיני ההגירה, בתחום דיני העבודה החלים על מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתית הולכת וקונה לה שביטה גישה ניאורליברלית. גישה זו כופרת בסטטוס של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד כעובדות; בעיקרון לפיו היחסים המתקיימים בתחום זה הם יחסי עבודה הנתונים למרותו של משפט העבודה, ומבקשת למעט ככל שניתן ברגולציה ובפיקוח.⁴⁹ שיאה של גישה זו בא לידי ביטוי בפסקי הדין בעניין גלוטן.

חשוב לחדד עוד, שהלכת גלוטן החמירה, במידה ניכרת, את המשמעות הגלומה בהסדרי ההגירה הדרקוניים החלים על מהגרות העבודה בתחום הסיעוד. כך, למשל, החיוב לגור בבית המעסיק בעידן שלאחר פסיקת בג"ץ בדיון הנוסף בעניין גלוטן קיבל משמעות חמורה נוספת. כעת פירושו גם כפיה, הלכה למעשה, לעבוד מסביב לשעון ללא כל פיצוי או תגמול עבור השעות העודפות, וזאת תחת איום במעצר ובגירוש. כזכור, אחת ההנחות שעל יסודן ביסס בית המשפט העליון את הלכת גלוטן היא כי שעה שבית המטופל הוא מקום עבודה ובית כאחד, הרי שלא ניתן לערוך הבחנה ממשית

בין שעות המוקדשות לעבודה, לבין אלו המוקדשות לפנאי או למנוחה בתוך הבית. כך נוצר הסדר העסקה המבוסס על החרגתן של עובדות הסייעוד מתחולתן של חוק שעות עבודה ומנוחה מחד גיסא, ועל שלילת יכולתן להגיע להסכמות עם מעסיקיהן בעניין אורכו של יום העבודה מאידך גיסא. שני אלו ביחד, יצרו מנגנון כפייה רב עוצמה של תנאי עבודה מקפחים.⁵⁰

הארכנו בתיאור המסגרת המשפטית ובחירות המדיניות באשר למהגרות עבודה בתחום הסייעוד כדי להדגיש עניין שלטעמנו ראוי להתעכב עליו. לעתים תכופות נטען, כי הקושי להחיל על תחום הסייעוד את משפט העבודה נובע מדבר מה שקשור במאפיינייה הבלתי־רגילים של העבודה בתחום הסייעוד הביתי – כעבודה המתבצעת בתוככי הספירה הביתית, באופן שנחזה כמאתגר דיכוטומיות נוקשות בין עבודה לפנאי; בין פרטי לציבורי; בין יחסים חוזיים ליחסים אינטימיים. כך סבר אף בית המשפט העליון בעניין גלוטן. יש אמת מסוימת בתיאור זה, אך הוא מחמיץ, נדמה לנו, יותר משהוא מסביר. עבודת הסייעוד שונה לא משום שהיא מתבצעת בבית המעסיק או משום מאפיינייה האינטימיים; למצער, לא רק משום כך. היא בלתי־רגילה משום המשטר המשפטי החריג שיעצבה המדינה עבור מהגרות העבודה בתחום, שמכוחו מפוקחת ומוסדרת העסקתן; המשטר המשפטי הוא שהעצים לאין שיעור את החפצתן של עובדות אלו; את טבעה החריג של ההעסקה בתחום; את הקורבן האדיר שעבודה זו תובעת; את ההצטמצמות לכותלי הבית, ולשירותו המתמיד של אדם אחר; את הוויתור המופלג, בלתי־נתפש כמעט, על ממדים בסיסיים של קיום אנושי.⁵¹

העידן שלאחר הלכת גלוטן: תהליך שלילתה של הזכות למנוחה שבועית בפסקת בתי הדין לעבודה

כאמור, הלכת גלוטן שללה באופן גורף את תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על העסקתן של עובדות הסייעוד המתגוררות בבית המעסיק. באופן זה נשללה, לכאורה, תחולת מלוא הוראות החוק, אף אלו שאינן עוסקות בזכות לגמול עבור עבודה בשעות נוספות, לרבות הזכות ליום מנוחה שבועי; הזכות להפסקות בעבודה; הזכות לתמורה על עבודת לילה, ועוד.

בראשית הדרך, לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ גלוטן, ובטרם ניתן פסק הדין בדיון הנוסף, נדחתה לרוב הטענה כי פרשת גלוטן משפיעה על עצם הזכאות למנוחה שבועית ולתמורה בגינה. כך למשל, קבע בית הדין האזורי לעבודה בשנת 2012: "האם מהקביעה שחוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על העסקת התובעת, נובעת המסקנה כי התובעת אינה זכאית אף למנוחה השבועית הקבועה בו? לדידנו התשובה לכך הינה בשלילה ולפחות שלושה טעמים תומכים במסקנתנו זו..."⁵².

בין הטעמים שציינ בית הדין האזורי בפרשה זו, נכללה הטענה הבאה: גם אם ביחס לשבוע העבודה קיים קושי להפריד בין שעות העבודה לשעות המנוחה, וקושי זה הניב התייחסות מיוחדת של בית המשפט העליון לתחולת החוק על עובדות הסייעוד המתגוררות בבית מעסיקיהן, הרי שביחס ל-36 שעות המנוחה השבועית, לא קיים קושי דומה. שעות המנוחה השבועית, קבע בית הדין בפסק דין זה, הן זמן מובחן שאמור להיות מוקדש למנוחה בלבד, לחופש מלא ולשחרור ממקום העבודה ומטלותיו, ואין קושי להעריך אם ניתן, אם לאו. עוד נשוב לטעם הזה בהמשך, שעה שנעסוק באפשרויות הפרשניות שניתן לנקוט כדי שלא לשלול מעובדות הסייעוד את הזכות הבסיסית למנוחה שבועית.

למרבה הצער, הנמקה זו נשכחה כמעט כליל, כמו אחרות שאומצו בפסק דין זה, לאחר שניתן פסק הדין בדיון הנוסף בעניין גלוטן (ואף שההלכה בדיון הנוסף לא שינתה ממהות ההנמקה בהליך שקדם לו). התפיסה כי מי שנשארה לעבוד ביום המנוחה השבועית זכאית לתמורה נוספת, החלה

להיסדק בהדרגה, עד שהידרדרה לשלילה גורפת של תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על העסקה ביום המנוחה השבועית, לרבות תמורה על ההעסקה ומתן יום מנוחה חלופי.

תהליך הסדיקה של הזכות למנוחה שבועית היה הדרגתי, אך מואץ. כאמור, בתחילת הדרך, לאחר שניתן פסק הדין הראשון בעניין גלוטן כבג"ץ, בתי הדין לעבודה לא מיהרו לשלול ממהגרות העבודה בענף הסיעוד את הזכות למנוחה שבועית. במקרים רבים, ראו בתי הדין האזוריים לנכון לבחון (ולו בקצרה) את שאלת מתן מנוחה שבועית בפועל, והיקפה, גם שעה שהתמורה בגינה נשללה. בהדרגה, עם זאת, יותר ויותר פסקי דין שללו את הזכות היסודית למנוחה שבועית או תמורה בגינה, מעובדות הסיעוד. זאת, בלא כל נימוק ממשי, למעט הפנייה לדג"ץ גלוטן.⁵³ את שלא העזו החוזים הגרועים ביותר לעשות – לשלול מעובדות את המנוחה השבועית, או את התמורה בגין עבודה בה – עושים כיום בתי הדין האזוריים לעבודה, בכוח הפרשנות הגורפת לדג"ץ גלוטן.⁵⁴

שעה שבתי הדין לעבודה פירשו את מסקנות דג"ץ גלוטן באופן רחב ככל הקשור לזכאותן של עובדות הסיעוד לזמן חופשי מעבודה, הרי שניסיונות של מעסיקים בענפים אחרים "ליהנות" מההחגרה מהוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, ולהחילה על עובדיהם הישראלים, נהדף. זאת גם במקרים שבהם תבנית ההעסקה הייתה כמעט זהה לזו של עובדות סיעוד. כך, למשל, בעניינם של בני זוג ששימשו אבות בית כמעין הוסטלים, התגוררו וניהלו חיי משפחה במקום העבודה, פסק בית הדין האזורי לעבודה כי אין להחיל עליהם את מסקנות דג"ץ גלוטן.⁵⁵ במקרה זה, דווקא העובדה שלבני הזוג נותר זמן פנוי מובחן לניהול ענייניהם, משפחתם וחייהם הפרטיים, היא שאפשרה לבית הדין לקבוע כי מסקנות דג"ץ גלוטן אינן יכולות לחול עליהם.

אם נשוב להצגת המציאות הקשה של העסקת עובדות הסיעוד בישראל, כפי שתוארה בתחילת המאמר, עניינן של עובדות הסיעוד מדגים את האופן שבו חודרת נטילת החירות במציאות לתוך המשפט, ומשפיעה עליו: שלילת מנוחה שבועית אינה נובעת ממגורים בבית המעסיק, ואף לא מאופייה הטיפולי של העבודה. היא נולדה מהשלילה המוחלטת של פנאי ושל שליטה על הזמן; מהתפיסה כי חייהן של העובדות, בתקופה שבה הן נמצאות בישראל, מוקדשים במלואם לצורכי המעסיק והעבודה, וכי יש למנוע בעדן מלחיות חיי אנוש מלאים, על מנת שלא "ישתקעו" בישראל. לו נותר לעובדות הסיעוד, כלאותם אבות בית בהוסטל, בדל של זמן המוקדש להן ולעיסוקיהן – הייתה נוצרת מאליה הבחנה ברורה בין פנאי לעבודה; לו רשאיות היו עובדות הסיעוד לקיים זוגיות וחיי משפחה, לנהל זמן חופשי, להתפנות לעיסוקים, ללימודים או לתחביבים, לקיים חיי חברה – אף לצד עבודה שמחייבת מגורים בתחומיה – ניתן היה לתחום את שעות העבודה ואת שעות המנוחה שלהן. אולם, משעיתותיהן של עובדות אלו מוקדשות כל כולן לעבודה – ולא מכורח עליון או מכוח טבעה של העבודה, כי אם כתוצאה משורה של בחירות מדיניות – אבחנה בין שעות העבודה לשעות המנוחה שלהן מובנות כסוגיה "קשה"; קשה כדי כך, עד כי היא מצדיקה להסיר מעליהן כליל את הגנות הליבה של משפט העבודה המגן.

על הסדרה חקיקתית שלא באה לעולם

לאורך ההתדיינות בעניין גלוטן, ובמשך שנים, נמסר ממשרדי הממשלה השונים, במסגרת ההליך ומחוצה לו, כי יש כוונה לקדם חקיקה המסדירה היבטים שונים של העסקת מהגרות עבודה בתחום הסיעוד. מעת לעת נמסרו דיווחים שונים, למשל, כי מתקיימת "עבודה מטה" כרקע לקידום חקיקה בעניין של עובדות הסיעוד, או כי הוקם "צוות בין משרדי" שעתיד ליתן דעתו על מכלול היבטיה של הסוגיה, ולהמליץ בעניין המתווה הנורמטיבי שראוי לגבש.⁵⁶ למעשה, זה קרוב לעשור שדיווחים אמורפיים ובלתי־קונקרטיים על אודות "גיבושה" של הצעת החוק נמסרים מעת לעת מפי נציגי

המדינה במסגרת התדיינות משפטיות ובפורומים מקצועיים שונים. לאורך כל שנות ההתדיינות הארוכות בעניינה של יולנדה גלוטן בבית המשפט העליון, מסרה המדינה הצהרות שלפיהן היא "מקדמת" חקיקה. ביטוי להתחייבותיה אלו של המדינה ניתן אף בפסקי הדין בעניינה של יולנדה גלוטן ובהחלטות ביניים שניתנו במסגרת ההליך.⁵⁷ והנה, השנה שנת 2015, ואין כל הסדר חקיקתי באופן. סיבת הדבר, לדעתנו, ברורה: בעבר, בעידן שקדם לפסיקת בית המשפט העליון בעניין גלוטן, הגיע עיקר המוטיבציה לגיבושה של הצעת חוק שכזו מאי-הבהירות בשאלת זכויותיהן של עובדות הסיעוד על-פי חוק שעות עבודה ומנוחה, וממצוקה שנוצרה בקרב חלק מהמעסיקים הסיעודיים בעקבות אי-בהירות זו; מצוקה שלה המחוקק נכון להקשיב.

אפשר שהאינטרסים של מעסיקים סיעודיים ומשפחותיהם בהבהרת הדין, יכולים היו, בסופו של דבר, להניע את המחוקק לפעולה, לרבות הפעלת לחץ להעלאת שיעורן של גמלאות הסיעוד, על מנת שתאפשרנה תשלום שכר נאות לעובדות הסיעוד. מוטיבציה מתונה זו – שלא היה די בה בשעתו להביא ליצירתו של הסדר חקיקתי – נמוגה כליל מעת שניתן פסק הדין בבג"ץ גלוטן ולאחר מכן פסק הדין בדיון הנוסף, שבהם נקבע באורח חד-משמעי, כי עובדות הסיעוד אינן זכאיות כלל לתשלום עבור עבודה בשעות נוספות. התרחיש שלפיו המחוקק יפעל לקידום חקיקה מיטיבה עבור עובדות הסיעוד נראה, בנסיבות אלו, מרוחק, אם לא בלתי-סביר.⁵⁸ תהליך הסדיקה ההדרגתי בזכות למנוחה שבועית ותמורה בגינה בפסיקת בתי הדין האזוריים, מצטרף לריק שנוצר במוטיבציה להסדרה חקיקתית של העבודה בסיעוד.

אחד הביטויים האחרונים לניסיון לקדם חקיקה הוא דוח הצוות הבין-משרדי בנושא הסדרת תנאי העסקה של עובדים בסיעוד המתגוררים בבית המעסיק משנת 2013. בדוח זה נדונו (אולם לא קודמו), פתרונות חקיקתיים להעסקתן של מהגרות העבודה בסיעוד, בעידן שלאחר הלכת גלוטן.⁵⁹ בקצירת האומר, המלצות הצוות הבין-משרדי הן לכלול תוספת ששיעורה לפחות 20% משכר המינימום החודשי, בגין עבודה בשעות נוספות, ולקבוע בתקנות כי מנוחה שבועית של עובדת סיעוד לא תפחת מ-25 שעות. במקביל, וכדי לאיין את המשמעות הכלכלית הטמונה בהמלצה הראשונה, הומלץ בדוח להעלות את גובה הניכויים מהשכר על מגורים הולמים.⁶⁰ בסופו של יום, הגיע הצוות הבין-משרדי למסקנות התואמות את המצב בשטח כיום: מנוחה שבועית בת 25 שעות, ותמורה על שעות נוספות שתהא חסרת משמעות כמעט לאור העלאת הניכויים המרכזיים על מגורים.

בכל הנוגע לאורך המנוחה השבועית, תוצאת העמדה של הצוות חמורה ומפלה. היועץ המשפטי לממשלה חזר על עמדה זו בפרשת פטרוכ שהוזכרה וממתינה להכרעה. כאמור, עבודתן של עובדות הסיעוד בישראל נעדרת, כתולדה של מדיניות, חופש ומרחב פרטי מלא ושלם, נטול כוונות, אחריות ותעסוקה. למבנה העסקה זה השלכות חמורות ומוכחות מחקרית על הרווחה, על הבריאות, ועל הנפש. חרף זאת, מסקנת הצוות היא כי ראוי להפחית מהיקף המנוחה היחידה הניתנת לעובדות אלו, ולהעמידה על שני שלישים מהיקף המנוחה הניתנת לציבור העובדים בישראל. ציבור הנהנה מזמן פנוי לגמרי מתעסוקה, מכוונות ומאחריות – בערב, בלילה, בזמן השינה, ובבוקר, עם היקיצה; אשר שכרו הממוצע גבוה פי שניים מהשכר של עובדות הסיעוד; אשר נהנה מאוריינטציה שפתית ותרבותית למקום העבודה ולמקום המגורים. ציבור, אשר העסקתו אינה מונעת ממנו קשר עם העולם, עם החברה, עם המשפחה; אשר רשאי לצאת ממקום העבודה במהלך יום העבודה, מדי יום ביומו, ולו למחצית השעה. כך או אחרת, ניתן לשער כי גם גורלו של דוח זה יהיה גניזה. קשה לשער מצב פוליטי שיאפשר הכרה, גם כזו המתקזזת עם ניכויי המגורים, בעבודה בשעות נוספות של עובדות סיעוד.

באמצעות דיון במהלך הסדיקה והשלילה ההדרגתיות של הזכות למנוחה שבועית מעובדות הסיעוד, ביקשנו להדגים את הנסיגה ההולכת ומעמיקה מן האתוס האוניברסלי של דיני העבודה אל עבר האתוס המבחין של דיני ההגירה, בעניינן של מהגרות העבודה בסיעוד בישראל. לדעתנו, לכל הפחות ככל שדברים נוגעים לזכות למנוחה שבועית, מהלך זה אינו הכרחי. אנו סבורות כי מדיניות משפטית ראויה תהא לנסות ולתחום את הפגיעה הקשה בזכויותיהן הקוגנטיות של עובדות הסיעוד – תוצאת פסקי הדין בעניין גלוטן – באמצעות פרשנות המקיימת את הזכויות הקבועות בחוק שעות עבודה ומנוחה שלא נדונו ישירות בפסק הדין. אופייה החריג של הלכת בית המשפט העליון בעניין גלוטן, שחותרת תחת מושכלות היסוד הבסיסיות ביותר של משפט העבודה, מחייב, לטעמנו, פרשנות שיפוטית מצמצמת להלכה זו, שבה נדונה והוכרעה באופן ישיר אך שאלת הזכאות לתמורה עבור עבודה בשעות נוספות. פרשנות זו מתחייבת אף מעוצמת הדגש שהושם בחוות דעתם של שופטי הרוב בהרכב על הצורך בהסדרה חקיקתית עתידית. ההכרעה בבג"ץ גלוטן, ולאחר מכן בדיון הנוסף, לא נחזתה אלא ככזו שתחול במצב הביניים שעד לגיבושו של הסדר על-ידי המחוקק. משברור כי הסדר שכזה אינו מקודם, כי ספק אם ייקבע אי פעם, וכי הזכאות לתמורה עבור עבודה בשעות נוספות נשללה באופן גורף ולצמיחות ממהגרות העבודה בסיעוד, הדבר בהכרח אוצל על המדיניות הפרשנית באשר לשאלות שפרשת גלוטן הותירו ללא הכרעה. לתוצאה בדבר קיום הזכות למנוחה שבועית ניתן להגיע בשלוש דרכים: האחת מבוססת על הוראת פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 בעניין מנוחה שבועית; השנייה מבוססת על פרשנות אינטגרטיבית של הוראות חוק קוגנטיות אחרות ממשפט העבודה והביטחון הסוציאלי; האחרונה – מבוססת על היעדרו של קושי להבחין בין עבודה למנוחה לגבי מנוחה שבועית – קושי אשר היווה את הבסיס להכרעה בשני פסקי הדין בעניין גלוטן.

אפשרות ראשונה – הזכות למנוחה שבועית מעוגנת בפקודת סדרי השלטון והמשפט

חוק שעות עבודה ומנוחה אינו הסדר יחיד וממצה באשר לזכות למנוחה שבועית. הזכאות למנוחה שבועית מעוגנת בהסדר נורמטיבי נוסף, הוא סעיף 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, המורה כי "לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיהם".⁶¹ ההסדר הקבוע בפקודה הוא הסדר הצהרתי. הסעיף אינו עוסק בפרטיה של הזכות למנוחה השבועית, לרבות אורכה, או התמורה שתשולם תמורת עבודה במנוחה השבועית, והמלאכה הנדרשת היא אפוא מלאכת הקונקרטיזציה – מתן תוכן קונקרטי לזכות למנוחה שבועית לגבי עובדות הסיעוד באמצעות פרשנות. ניתן לקבוע, כי שיקולים בדבר זכויות יסוד, תכליתן הסוציאלית של הזכויות הקוגנטיות בעבודה, עקרון השוויון ומחויבויותיה של ישראל בגרדי הדין הבין-לאומי, מחייבים להעניק לזכות למנוחה שבועית שבפקודת סדרי השלטון והמשפט תוכן קונקרטי זהה לתוכן שניתן לזכות זו בחוק שעות עבודה ומנוחה. במילים אחרות, יש "לייבא" את תוכנה ההסדר העוסק במנוחה שבועית מחוק שעות עבודה ומנוחה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, כך שעל עובדות סיעוד יחול הסדר זהה להסדר הקבוע בחוק שעות עבודה ומנוחה בכל הנוגע לזכות למנוחה שבועית.⁶²

אפשרות שנייה – הזכות למנוחה שבועית נלמדת מפרשנות אינטגרטיבית של הוראות חוק קוגנטיות אחרות ממשפט העבודה והביטחון הסוציאלי

אף בהנחה, כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו יכול לחול לשיעורין, וכי ההכרעה בדנג"ץ גלוטן שוללת את החלתו על עובדות הסיעוד, הוראות חוק קוגנטיות אחרות ממשפט העבודה והביטחון הסוציאלי מביאות אף הן לתוצאה בדבר זכאותן של עובדות הסיעוד למנוחה שבועית שאורכה זהה

לזה של ציבור העובדים בישראל הנהנה מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, ולתמורה בגין עבודה במנוחה השבועית.

התייחסות לאורכו של שבוע העבודה, תוך צמצומו למסגרת שעות מובחנת ולמסגרת ימים ברורה של לא יותר מחמישה וחצי ימי עבודה – קיימת, למעשה, בכמה חוקי עבודה, ללמדך עד כמה יסודית התפיסה של שבוע עבודה תחום ומוגבל, שאחריו מגיעים יממה ומחצה של מנוחה מלאה, נטולת כוונות ונעדרת התחייבויות למקום העבודה. כך, בחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987,⁶³ מחושב גובה שכר המינימום תוך ציון מספר שעות עבודה חודשיות (186 שעות), ומספר ימי עבודה שבועיים (חמישה או שישה; כאשר השישי הוא יום חלקי). מהוראותיו ניתן להקיש על היעדר אפשרות חוקית לכלול שבעה ימי עבודה רצופים, מבוקר עד לילה לרבות כוונות והשגחה בלילות – בתוך מסגרת שכר המינימום החודשי שמשתכרת עובדת סיעוד בישראל.⁶⁴

גם בחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951,⁶⁵ מוגדרים ימי המנוחה השבועית כימים שאין לכלול בחישוב ימי החופשה. כך גם בחוק הודעה לעובד, התשס"ב-2002⁶⁶ ובחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991.⁶⁷ המהלך הפרשני שנעשה בבתי הדין האזוריים לעבודה בעקבות דג"ץ גלוטן, היה "מחיקה" של הסעיפים השונים המצויים בהוראות חוק קוגנטיביות הנוגעות ביסודות משפט העבודה והביטחון הסוציאלי, בכל הקשור למנוחה שבועית, תוך עיוורון לתוצאות הבלתי-נסבלות של מחיקה כזו מסל הזכויות המדולדל של עובדות הסיעוד בישראל.⁶⁸

אפשרות שלישית – יום המנוחה השבועית ניתן לתחימה ברורה, ולכן אינו נכלל במסגרת אי-החלת הוראות חוק העבודה והמנוחה, כפי שנקבעה בהלכת גלוטן

סיוגה של הלכת גלוטן כלא חלה על עצם הזכות למנוחה שבועית נתמכת גם בהיעדרו של קושי להבחין בין עבודה לפנאי לגבי המנוחה השבועית, במובחן משעות העבודה – קושי אשר היווה את הבסיס להכרעה בשני פסקי הדין בעניין גלוטן. כפי שגרסו בתי הדין האזוריים בתחילת הדרך, ההכרעה בבג"ץ גלוטן ביחס לשעות נוספות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, נבעה מהסדר מגורים עבודה שאינו מאפשר אומדן ראוי של שעות העבודה בפועל. הנחת מוצא זו אינה יכולה לחול על סוגיית המנוחה השבועית. מאחר שמנוחה שבועית כוללת יציאה ממקום העבודה ושליטה מוחלטת בפנאי ובזמן – הרי שהימצאות פיזית במקום העבודה אינה מאפשרת את קיום ההוראה לתת מנוחה על-פי חוק. הנה כי כן, פרשנות משפטית אפשרית נוספת היא שהרציונל להלכת גלוטן – היעדר ההבחנה בין שעות פנאי לשעות עבודה במהלך ימות השבוע – נשמט שעה שמדובר ב-36 שעות המנוחה השבועית, ובהן יש לקיים את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה כלשונן.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להציע כיוון ראוי להתפתחות ההלכה בעניין זכותן של מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסיעוד הביתי למנוחה שבועית, לאחר הלכת גלוטן. ביקשנו להראות, שהמסקנה שלפיה הלכת גלוטן שללה את מלוא הזכויות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה מעובדות הסיעוד, אינה כה טריוויאלית כפי שעשוי להדמות במבט שטחי. הצענו, כי הקושי, שבו מדובר תכופות, להחיל את משפט העבודה על עובדות הסיעוד – קושי שקיומו הוצג בפסקי הדין בעניין גלוטן כעניין עובדתי, ולא כטענה נורמטיבית – אינו נובע ממאפיינים אינהרנטיים לעבודת הסיעוד, אלא משורה של בחירות מדיניות ומהחלתו של משטר משפטי יוצא דופן בחומרתו על עובדות אלו; משטר שעליו הלכת גלוטן הוסיפה נדבך קשה נוסף.

"על בית הדין לעבודה", נפסק לפני שנים אחדות, "מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה"⁹⁹. אחריות זו מוטלת לפתחם של בתי הדין לעבודה ביתר שאת בימים אלו. נכונותם לבחון לעומק וכיצירתיות את שאלת הזכות למנוחה השבועית בעידן שלאחר גלוטן היא שתקבע בפועל את היקף התפרשותה של הלכה חמורה זו.

כפי שמאמר זה מציע, התשובה לשאלת ההשפעה של הלכת גלוטן על הזכות למנוחה שבועית, מורכבת. מורכבות זו, ולצדה עומס ההתדיינויות שבו נתונים בתי הדין לעבודה, עלולים להביא את בתי הדין להירתע מקיום דיון ממשי בסוגיה, ולהיחזק בפסיקה בעניין גלוטן כדי להוריד שאלה קשה משולחן דיונים עמוס לעיפה. פסקי הדין שניתנו בבתי הדין האזוריים לעבודה לאחר הפסיקה בדיון הנוסף, ושנסקרו במאמר זה – שבהם נשללה בלא כל נימוק (למעט הפסיקה בדיון הנוסף בעניין גלוטן) הזכות היסודית למנוחה שבועית או תמורה בגינה מעובדות הסיעוד – מלמדים כי אין מדובר בחששות בעלמא.

פרשנות זהירה ומצמצמת של הלכת גלוטן מתחייבת, לטעמנו, מאופייה החריג של הלכה זו, שמכוחה ניתנה גושפנקה נורמטיבית לתוצאה בלתי-נסבלת מבחינה אנושית וחברתית. אשרור קיומה של הזכות למנוחה שבועית לגבי עובדות סיעוד היא האפשרות הפרשנית היחידה, לדעתנו, שתהלוך באופן מרבי את מכלול חקיקת העבודה בישראל, ואת הערכים העומדים ביסודה, בהקנותה לעובדות אלו – אשר עבודתן קשה, רציפה ונטולת גבולות – יום מנוחה שבועי הזהה באורכו לזה של כלל העובדות והעובדים בישראל.

הערות

- 1 בחירות רטוריות אלו משקפות כמה עובדות יסודיות מעולם הסיעוד הביתי: הראשונה היא כי רובם המכריע של המועסקים בתחום הסיעוד הביתי הן נשים. במונח זה, לכל הסדרה משפטית של התחום משמעות מרחיקת לכת בהיבטי שוויון מגדרי; משמעות אשר לטעמנו מיטשטשת שעה שבחורים לתאר את הקבוצה בלשון זכר, למשל, כ"עובדים זרים". השנייה היא שרובן המכריע של המועסקות בתחום הסיעוד הביתי בישראל הן מהגרות עבודה, המגיעות לישראל ממדינות מתפתחות. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הודעה לתקשורת: עובדים מחו"ל שנכנסו לישראל בשנת 2014 (2015), www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201520198; הכנסת – מרכז המחקר והמידע, www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02854.pdf, 13, הטיפול באנשים עם צרכים סיעודיים (צורכי כוח אדם ומדיניות תעסוקה בענף הסיעוד), www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02854.pdf, 13, גם על עובדות ועובדים ישראלים המועסקים בתחום הסיעוד (כמו גם על מהגרי עבודה גברים המועסקים בתחום הסיעוד), בפועל, חלקם של אלו בענף מועט (בעיקר במתכונת ההעסקה שאליה נדרש פסק הדין, הכוללת לינה בבית המטופל והימצאות במחיצתו מסביב לשעון). המציאות היא, אם כן, שהלכת גלוטן חלה באופן כמעט בלעדי על מהגרות עבודה. הממד המגדרי המובהק של הלכת גלוטן הוביל אף את ועדת האו"ם לעניין ביעור כל צורות האפליה נגד נשים להידרש אליה. בהמלצותיה המסכמות לגבי ישראל משנת 2011, ציינה הוועדה כי היא "רואה בדאגה את החלטת בית המשפט העליון בעניינה של יולנדה גלוטן משנת 2009, אשר על-פייה מהגרות עבודה בסיעוד ביתי הוחרגו מחוק שעות עבודה ומנוחה, המספק הגנות בסיסיות על-פי משפט העבודה במדינה החברה באופן כללי" (פסקה 42 להמלצות הוועדה). *Comm. on the Elimination of Discrimination against Women – Rep. on Israel, on its Forty-Eight session, U.N. Doc. C/ISR/CO/5 para. 42 (2011)*, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ISR-CO-5.pdf>. לשם הנוחות, מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסיעוד הביתי בישראל יכונה לאורך מאמר זה בקיצור "מהגרות עבודה".
- 2 דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.03.2013) (להלן: דנג"ץ גלוטן).

- 3 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209 (להלן: בג"ץ גלוטן).
- 4 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 76.
- 5 ס' 4(א)(2) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 76.
- 6 ד"כ 6, 2588 (התשי").
- 7 תקנות שעות המנוחה השבועית בתחבורה, התשי"א-1951, ק"ת 206; תקנות שעות המנוחה השבועית בבתי קולנוע, התשי"ב-1952, ק"ת 235; תקנות שעות עבודה ומנוחה (מנוחה שבועית בבתי חולים), התש"ך-1960, ק"ת 998; תקנות שעות המנוחה השבועית בבתי דואר (מסירת מברקים ומכתבים דחופים), התשי"ב-1952, ק"ת 278; תקנות שעות עבודה בלולנות, התשי"א-1951, ק"ת 206 ועוד.
- 8 קביעת בית הדין הארצי בדבר החרגתה של גלוטן מתחולת החוק השעינה עצמה במפורש אף על יכולתם הכלכלית של מטופלות ומטופלים הזקוקים לטיפול סיעודי, וההכבדה הכלכלית שתטיל הכרה בזכויותיהן של גלוטן ושכמותה לגמול עבור עבודה בשעות נוספות.
- 9 סקר של עמותת קו לעובד על מהגרות עבודה בענף הסיעוד ודיווחים על אודותיו בתקשורת, ראו תני גולדשטיין "טיפול סיעודי: עבודה סביב השעון ב-3,400 שקל" *Ynet* 28.10.2010, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3975847,00.html
- 10 כך, למשל, חלק מהפסיקה אימצה את הגישה שלפיה חוק שעות עבודה ומנוחה חל, ככלל, אף על עובדות בענף הסיעוד, וכי על הקושי שבתייעוד שעות עבודה בפועל ובהוכחתן ניתן להתגבר באמצעות הוכחת "מתכונת העבודה בכללותה" – המבנה המוסכם של יום העבודה, תיאור התפקידים והמטלות, והשעות שבהן נדרשה העובדת בדרך כלל לבצע אותם. ראו ע"ע 1511/02 לאחאטו – עובד המנוחה ויקטוריה בן בנימין, פד"ע מ 371 (2005); ע"ע 1247/04 דאמשה – דוידוביץ' (פורסם בנבו, 6.2.2006); ע"ע 1333/04 Teresita – לוגסי, (פורסם בנבו, 6.2.2006). גישה אחרת גרסה, כי אף שלחוק שעות עבודה ומנוחה אין תחולה על עבודתן של עובדות הסיעוד, יש לפצותן על עבודה בשעות נוספות בדרך של תוספת קבועה של 30% מעל שכר המינימום, ראו ע"ע 1113/02 טודורנג'אן – מעיין משה וצביה, פד"ע לט 409, דעת רוב מפי סגנית הנשיא א' ברק (2004). על-פי גישה זו, לחוק שעות עבודה ומנוחה אין תחולה על עבודתן של עובדות הסיעוד משום שבעבודה זו אין אפשרות לפקח על שעות העבודה, ועל כן יש לקבוע שכר "סביר" כולל ולא לחשב את השעות הנוספות. שכר "סביר" לעובדות סיעוד נקבע כשכר המינימום בתוספת 30% מעל שכר המינימום. פסקי דין מאוחרים יותר החילו באופן גמיש את דעת הרוב בפרשת טודורנג'אן, ופסקו תוספת לשכר המינימום באחוזים על-פי אומדנה, ראו ע"ע 405/05 סוריאנו – כלפון, חוות דעתה של סגנית הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, 23.7.2006); ע"ע 1267/04 זכריה – עיזבון המנוחה לזיה קימלמן (פורסם בנבו, 31.12.2006).
- 11 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 3, בפס' 29.
- 12 שם, בפס' 14.
- 13 שם, בפס' 25.
- 14 שם.
- 15 שם, בפס' 29.
- 16 עד לפסיקה בעניין גלוטן, העמדה המקובלת בפסיקה היתה שהתערבות משפט העבודה בפעילות השוק החופשי מוצדקת ונחוצה, אף שמדובר ב"חריג לגישה הליברלית השלטת בתחום הפרטי" (פס' 26 לפסק הדין). "אופי ציבורי-קוגנטי זה של ההוראות המגינות – אשר לעתים אף מתלווה סנקציה פלילית על הפרתן – מביא לידי כך שאין הן יכולות לשמש נושא להסכם בין הצדדים. הצדדים לא יצרו את הזכות, והצדדים אינם יכולים להסכים עליה ולשנותה. הזכות היא פרי החוק, הנותן ביטוי למדיניות סוציאלית שבישומה עניין לציבור כולו", ראו בג"ץ 760/79 ד"ר לילי דיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820, 823 (1980). "יש זכויות שנועדו להגנתו של עובד, וגם אם ירצה בכך, אין עובד רשאי ויכול לוותר עליהן. תקנת הציבור אוסרת עלינו להכיר בויתור" בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 303, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006) (להלן: בג"ץ הכבילה).

- 17 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.
- 18 ראו למשל עמדת השופט רובינשטיין, בעמ' 13-16 לפסק הדין, אשר קרא, בסיום חוות דעתו: "המחוקק, עורה! מחוקק המשנה, עורה! עורה ועשה מלאכתך"; עמדת השופט הנדל, בעמ' 54 לפסק הדין; עמדת השופט ג'ובראן, בעמ' 70 לפסק הדין.
- 19 בחוות דעתו, ציין הנשיא גרוניס כי: "עוד מציינת העותרת כי בהחלטתה של עובדי הסיעוד מתחוללת החוק גלומות משמעויות קשות, מעבר לאי-הזכאות לתשלום בעד עבודה בשעות נוספות. כך, עם שלילת תחולתו של החוק, לא תחולנה גם המגבלות הקבועות בו על אורכו של יום העבודה ושבע העבודה (מגבלות אלו קבועות בסעיפים 3-5 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שנזכרו לעיל), והמעביד לא יחויב במתן הפסקות במהלך יום העבודה (סעיף 20 לחוק); המעביד אף לא יחויב במתן מנוחה שבועית וימי מנוחה בחגים (סעיף 9 לחוק, וכן סעיף 18א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948). בטיעון משלים מטעמה (מיום 09.11.2011) סקרה העותרת מקרים שונים שהובאו בפני בית הדין לעבודה מאז מתן פסק הדין. העותרת הצביעה על כך שנוכח ההלכה שנפסקה בפסק הדין, מעבידים אשר מצאו עצמם בעמדת נתבעים בבית הדין לעבודה החלו לטעון כי לא מוטלות עליהם החובות האמורות". אף השופטת ארבל, בדעת מיעוט, התייחסה לאפשרות של שלילת זכויות נוספות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, לרבות הזכות למנוחה שבועית (דנג"ץ גלוטן, לעיל הערה 2, בפס' 12 לחוות דעתה של השופטת ארבל).
- 20 לאחר פסק הדין בעניין גלוטן, על רקע הקריאה בפסק הדין למחוקק להסדיר את הסוגיה, נתקיימו מאמצים פנימיים בעמותת קו לעובד ובארגונים עמיתים (בין היתר, הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות באוניברסיטה העברית) ובהשתתפות מומחים מהאקדמיה, לגיבוש ולניסוח הצעות חוק שיסדירו את התמורה על שעות נוספות בענף הסיעוד הביתי. לצורך גיבוש חלופות, בוצעו סקרים בקרב עובדות סיעוד לכירורג משתנים המשפיעים על רמת הקושי ועל מספר שעות העבודה, ונוסחו כמה חלופות אפשריות. אולם למעט ח"כ אחת מהאופוזיציה, מרב מיכאלי, לא נרשמה כל התעניינות בקידום כאמור. בדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה ביום 1.6.2015, בתיק ע"ע 12-10-47576 זטלמן נ' פטרונו, אשר בו הגישה קו לעובד עמדה כידידת בית הדין, הבהירה (לשאלת בית הדין הארצי) ב"כ המדינה בהליך כי אין כל מוטיבציה כיום בקרב קובעי מדיניות לשנות את המצב הקיים או להסדיר חקיקתית את סוגיית העבודה בשעות נוספות של עובדות הסיעוד בישראל.
- 21 על מתח זה נכתב לא מעט; ראו בין היתר: שירי רגב מסלם "בעקבות תאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי" *מעשי משפט* 27 (2013); Hila Shamir, *Between Home and Work Assessing the Distributive Effects of Employment Law in Markets of Care*, 30(2) BERKELEY J. EMP. LAB. L. 404 (2009); Guy Mundlak & Hila Shamir, *Between Intimacy and Alienage: the Legal Constitution of Domestic & Care Work in the Welfare State*, in MIGRATION AND DOMESTIC WORK: A EUROPEAN PERSPECTIVE ON A GLOBAL THEME 161 (Helma Lutz ed., 2008).
- 22 התפיסה הרווחת על-פי המשפט הבין-לאומי הפרטי, שאומצה גם בישראל, היא שבהתייחס לחוזה עבודה, הדין החל על הצדדים הוא משפט העבודה במקום ביצוע העבודה, ראו בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' המועצה המקומית גבעת זאב, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2007).
- 23 בג"ץ הכבילה, לעיל ה"ש 16.
- 24 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה, מינהל שירות למעסיקים ולעובדים זרים, אגף היתרים – ענף הסיעוד "קריטריונים למתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד" (1.1.2012), www.go.gov.il/KhGScC. הקריטריונים קובעים כי: "לא תיתכן העסקת עובד זר במשרה חלקית או במשך מספר שעות או ימים בודדים בשבוע בלבד, ומטופל הזקוק לסיוע במשך מספר שעות בודדות ביום או בשבוע בלבד יוכל להיעזר בעובד ישראלי".
- 25 על היעדר ההבחנה בין זמן העבודה לזמן הפרטי, ראו בין היתר: יוסף קטן ואריאלה לבנשטיין "עשר שנים להפעלת חוק סיעוד – משמעויות ולקחים" *הקצאת משאבים לשירותים חברתיים* 1999, 241, (יעקב קופ עורך, 1999).

- 26 לעיל, ה"ש 20.
- 27 המספר המשווער של מהגרות עבודה בהיתר בענף הסיעוד, שנכנסו לישראל בין השנים 1995-2014 הוא למעלה מ-50 אלף. מנתוני הלמ"ס על אודות עובדים בישראל מהארצות הרלוונטיות, עולה כי מרבית העובדות, למעלה מ-21 אלף, הן מהפיליפינים; כ-9,300 עובדות מהודו; כ-4,900 עובדות מנפאל, וכ-11,000 עובדות מבריה"מ לשעבר. שיעור הגברים שנכנסו בהיתר מהמדינות הרלוונטיות נמוך במיוחד (14% מהעובדים הפיליפיניים שנכנסו לישראל בהיתר הם גברים; 20% מהעובדים הסריילנקים; 19% מהעובדים הנפאלים ו-19% מהעובדים מארצות בריה"מ לשעבר). ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **עובדים מחו"ל בעלי אשרת עבודה שנכנסו לישראל בשנת 2014** (2015). במובן זה, תוצאות הסקר מתיישבות עם הנתונים על אודות חלקם של הגברים בקרב מהגרי העבודה בענף הסיעוד. הדמוגרפיה של הנשאלים בסקר שונה מזו הכללית, כאשר שיעור העובדות הפיליפיניות שהשיבו לסקר היה כ-75%, לעומת חלקן הנמוך ממחצית ממספר מהגרות העבודה בסיעוד בישראל. ייתכן שהדבר מצביע על נגישות גבוהה יותר לפייסבוק, וקרוב לוודאי שהסיבה היא שפתית, שעה ששליטתן של עובדות אלו באנגלית, השפה שבה התנהל הסקר, גבוהה משל יתר קבוצות האוכלוסייה. קרוב לוודאי, שהשפה היא גם הסיבה לכך ששיעור נמוך במיוחד של עובדות (12 בלבד), מקרב מי שהשיבו לסקר, היה ממדינות מזרח אירופה. בשפת הסקר ובפרסומו באנגלית, יש אם כן, כמובן, הטיה מסוימת, המשפיעה על התוצאות. הטיה זו, לטעמנו, עשויה דווקא לחזק את מסקנות הסקר, שעה שמניסיונו, אותן עובדות השולטות באנגלית ונכנסות לדף הפייסבוק שמפעילה העמותה, הן דווקא אלו החשופות למידע רב בדבר זכויותיהן ולפיכך, פחות מועדות לניצול מעובדות אחרות.
- 28 ILO, *THE RIGHT TO REST FOR DOMESTIC WORKERS – SETTING A FLOOR* (April 2015), goo.gl/ox6Wea (להלן: דוח ארגון העבודה הבינ-לאומי). על-פי נתוני ארגון העבודה הבינ-לאומי, ל-44.9% מהעובדות והעובדים בהעסקה ביתית (domestic workers) ברחבי העולם לא עומדת זכות למנוחה שבועית.
- 29 זוהי, למשל, המלצתה של עו"ס מיכל אברהם באתר עמותת רעות-אשל (עמותה גדולה מאוד מתחום הסיעוד, העוסקת במתן שירותי סיעוד מגוונים): "קיימת אפשרות להציע לעובד הזר להישאר לעבוד ביום השבועי שלו בתשלום נוסף. זהו סידור לא רצוי ומוצע רק באין ברירה אחרת [...] עבודה בטיפול בזקן סיעודי ללא מנוחה מביאה לשחיקה של העובד. ניתן להציע לעובד הזר לצאת ליום מנוחה בימים ישי שבת ולהיערך עם בני המשפחה על מנת להחליף אותו". מיכל אברהם "חופשות וחגים של העובדים הזרים: מה עושים כשהעובד הזר יוצא לחופש?" (13.5.2015), goo.gl/DG0YjG.
- 30 כך נאמר באתר קו למעסיק, המספק מידע משפטי לנוקקים לשירותי סיעוד: "[...] עובד אינו רשאי לדרוש מהמעסיק לא לצאת ליום חופש שבועי. אם עבר ביום החופש השבועי שלו בהסכמתו ובהסכמת המעביד יש לחשב את הפדיון הכספי [...] החוק היבש קובע ליתן יום מנוחה חליפי אחר – אבל אין פסיקה ברורה בעניין זה". ראו, "מדריך למעסיק: חובות מעסיק בסיעוד", www.kav-lamaasik.co.il. למיטב ידיעת הכותבות, האתר מופעל על-ידי חברת סיעוד וחברת כוח אדם.
- 31 אתר "קו למעסיק" מציין זה שנים כקביעה נורמטיבית את הנורמה הנהוגה בענף: "האם מגיע לעובד 36 שעות חופש שבועי ברצף? [...] הנורמה הנהוגה היום היא מנוחה שבועית של 24 שעות ברצף בדר"כ ממוצאי שבת ועד יום ראשון בערב [...]". שם.
- 32 כך קובע אחד מהחוזים שהגיע לידנו בסמוך לכתיבת מאמר זה: "העובד יהא זכאי ל-24 שעות מנוחה שבועית רצופות לשבוע, שיחלו ביום _____ בשעה _____ ויסתיימו ביום _____ בשעה _____ . במידה והעובד יאחר לשוב לעבודה מחופשה כל-שהיא, זכאי המעביד לנכות משכרו סך של 40 ש"ח, עבור כל שעה של איחור" (עותק בידי המחברות).
- 33 כך, למשל, נוהל "קריטריונים למתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד", לעיל ה"ש 24, קובע כי "על מנת לאזן בין צרכיהם של חולים ונכים קשים, לבין מדיניות הממשלה בדבר הצורך בהקטנת מספר העובדים הזרים המועסקים בישראל, נקבע כי היתרים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד יוענקו רק במקרים חמורים בהם מטופל זקוק לטיפול וסויע במהלך רוב שעות היממה בכיצוע רוב פעולותיו

היומיומיות" ובהמשך, כי "היתר העסקה ניתן למטופל הזקוק לטיפול או להשגחה במשך רוב שעות היממה כאמור בהקדמה לעיל. אי לכך, לא תיתכן העסקת עובד זר במשרה חלקית או במשך מספר שעות או ימים בודדים בשבוע בלבד, ומטופל הזקוק לסיוע במשך מספר שעות בודדות ביום או בשבוע בלבד יוכל להיעזר בעובד ישראלי".

- 34 ככלל, ס' 3א(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111, קובע כי רישיונות לשיבת ביקור (המאפשרים עבודה) יינתנו לתקופה קצובה, שלא תעלה, לגבי עובדים זרים, על חמש שנים. החוק כולל כיום הסדרים מיוחדים הנוגעים להארכת שהייתם של עובדים זרים בתחום הסיעוד, ואשר מאפשרים, בהתקיים התנאים הקבועים בהם, שהות ברישיון מעבר לחמש שנים. בדרכי ההסבר לאחת מהצעות התיקונים לחוק הכניסה לישראל עמד המחוקק על הטעמים שביסוד ההגבלה על משך שהייתם של מהגרי עבודה בישראל: "התקופה המרבית שנקבעה להארכה היא חמש שנים שכן ככלל, שהיית עובד בישראל מעבר לתקופה כאמור עלולה להתפרש כתושבות הלכה למעשה ולא כשהייה זמנית בישראל במסגרת של ביקור או עבודה". ראו הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 11), התשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 592. ראו עוד בס' 1 לנוהל רשות האוכלוסיה וההגירה, "נוהל הוועדה המייעצת לשר להארכת רישיונות ב/1 בענף הסיעוד מטעמים הומניטריים מיוחדים" (16.11.2014), goo.gl/2vfqQ, הקובע כי "עובדים זרים המועסקים בישראל בענף הסיעוד, מוזמנים לישראל מלכתחילה לצורך ביצוע עבודה זמנית בלבד, ובסיום תקופת ההעסקה המירבית המותרת בדיון, עליהם לצאת מישראל, ואינם רשאים להשתקע בארץ". לפירוט בדבר תכלית זו והאופן שבו היא באה לידי ביטוי בפסיקה (הן ביחס למהגרי עבודה והן ביחס לפליתים) ראו יובל לבנת "פליטות ומעמד קבע במדינת המקלט" לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 343, 369-377 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015).
- 35 תקנות הכניסה לישראל (קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד), התשע"ד-2014, ק"ת 7375. תקנות אלו מחלקות את ישראל לשלושה אזורים גאוגרפיים (תל אביב, מרכז ופריפריה) ומגבילות באופן משמעותי את הניעות של מהגרי עבודה בין מעסיקים המתגוררים באזורים גיאוגרפיים שונים.
- 36 בג"ץ הכבילה, לעיל ה"ש 16; לניתוח השפעותיו של הסדר הכבילה ראו גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל, 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423 (2003).
- 37 בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111, שיקול הדעת בעניין מתן רישיונות ישיבה, הארכתם וקיצורם מסור כל כולו לשר הפנים. החוק אינו מטיל כמעט כל מגבלה על שיקול דעתו של שר הפנים במתן רישיונות ישיבה (למעט אורך התקופה הקצובה לרישיון לשיבת ביקור ולרישיון לשיבה ארעית) ואינו קובע קריטריונים למתן רישיונות או לסירוב לתת אותם. שר הפנים אף אינו נדרש לנמק סירוב לתת רישיון. משרד הפנים ממעט לתת רישיונות ביקור לתקופה ארוכה, מקמץ ברישיונות לשיבה ארעית וכמעט שאינו נותן כלל רישיונות לשיבת קבע. המדיניות היא שלא להעניק למי שאינם יהודים רישיונות לשיבת ממושכת או לשיבת קבע, אלא "במקרים חריגים מסיבות הומניטריות בהם קיימים שיקולים מיוחדים" ראו, בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא 15(1) (1994). כך גם ביחס לעובדות סיעוד ששהותן בישראל כדין תקופות ממושכות, ראו, עת"מ (מחוזי ת"א) 1708/07 זנן אמון נ' שר פנים, (פורסם בנבו, 25.9.2008).
- 38 בג"ץ הכבילה, לעיל ה"ש 16.
- 39 תקנות הכניסה לישראל (אמצעי בקרה על מעבר עובדים זרים בענף הסיעוד), התשע"ד-2014, ק"ת 7375.
- 40 שם, תקנות 2-4.
- 41 לעיל ה"ש 35.
- 42 חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ס"ח 111.
- 43 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל טיפול בבקשות מטעם מטופלים סיעודיים המעסיקים שני עובדים זרים בקורת גג אחת, לפטור מחובת הלנת עובד זר לגבי אחד מהעובדים" (16.04.2015).
- 44 שם.

- 45 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל הזמנת עובד זר מחו"ל" (22.06.2011) (להלן: נוהל הזמנת עובד זר מחו"ל) קובע כי "אין לאשר כניסה של עובד זר אשר לו בני משפחה מדרגה ראשונה השוהים בארץ כדין או שלא כדין (בני משפחה מדרגה ראשונה – הורים, ילדים, בני זוג). האיסור הוא על העסקה או ביקור במקביל של שני בני המשפחה".
- 46 מדיניות ותיקה (אף כי לא מאוד מוכרת) של רשות האוכלוסין וההגירה היא להתנות את תוקפו של רישיון הישיבה שניתן למהגרי עבודה ולמהגרות עבודה המגיעים לישראל בהימנעות מקשירת קשרים זוגיים, לרבות נישואים, בעודם בישראל. על בסיס מדיניות זו, עוצרת הרשות מהגרי עבודה ומהגרות עבודה החשודים בקיום קשר זוגי או שקיים לגביהם חשד כי נישאו זה לזו בעודם בישראל, מבטלת את רישיון ישיבתם, ונותנת עליהם צווי מעצר והרחקה. על-פי המדיניות, הרשות נוהגת לתת לבני הזוג את האפשרות לבחור מי מבני הזוג יגורש מישראל, כתנאי לביטול צו הגירוש שניתן על בן הזוג האחר. במשך שנים ארוכות, מדיניות איסור הזוגיות לא עוגנה בהנחיה מינהלית כתובה, וממילא אף לא בתקנות או בהוראת חוק. בהתדייניות הבודדות שבמוקדן עמדה מדיניות זו, נהגה רשות ההגירה להפנות ל"נוהל הזמנת עובד זר מחו"ל", לעיל ה"ש 43, כמקור נורמטיבי למדיניות זו, אף שהוא מעגן אך ורק את המדיניות הנוגעת לאיסור כניסתם של מהגרי עבודה שהם קרובי משפחה מדרגה ראשונה לישראל. ראו בהקשר זה, עת"מ (מחוזי מ"ר) 30202-06-10 ראמוס נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2010); עת"מ (מחוזי מ"ר) 8902-05-10 אסקוביו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.5.2011). כיום מעוגנת מדיניות זו בכמה נוהלים נוספים. בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011) (להלן: בג"ץ "נוהל עובדת זרה בהיריון"), תוקן נוהל רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל טיפול בעובדת זרה בהיריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (20.05.2013) (להלן: נוהל עובדת זרה בהיריון). אף שתיוקן הנוהל נועד לקיים את פסק דינו של בית המשפט העליון, הוכנס לתוכו, אגב התיוקן, עיגון למדיניות איסור הזוגיות גם כן, ואף החמרה שלה ביחס למדיניות הקודמת. בנוסחו החדש של הנוהל, אין הכרח אפילו לא שיתקיים קשר זוגי בין מהגרי העבודה וממילא אף לא קשר נישואים, אלא די בהורות משותפת כדי להצדיק דרישה כי אחד ההורים יצא את ישראל לצמיתות (ס' ד'3' לנוהל המתוקן מורה כי "במידה ובן זוגה/בעלה/אבי הילד הינו נתין זר, עובד הרשות יורד כי אינו בישראל. נמצא כי בן זוגה/בעלה/אבי הילד של העובדת בישראל, תידרש יציאתו של אחד מבני הזוג את ישראל"). לאחר מכן, עוגנה מדיניות זו אף בנוהל רשות האוכלוסין וההגירה, "נוהל העסקת עובד זר בסיעוד" (31.12.2013), piba.gov.il/Regulations/5.3.0002.pdf.
- 47 בג"ץ נוהל עובדת זרה בהיריון, לעיל ה"ש 46. בפסק דין זה נבחנה חוקתיותה של מדיניות משרד הפנים, על-פיה מהגרות עבודה שהרו וילדו בישראל קיפחו, משום כך, את זכותן להוסיף ולעבוד בישראל והועמדו בפני שתי "ברירות": לעזוב את ישראל בתוך שלושה חודשים עם תינוקן, או להיפרד מעל תינוקן כתנאי לחידוש רישיון עבודתן בישראל, ושלחתו אל מדינת מוצאן, בדרך לטיפולם של קרובי משפחה. בית המשפט העליון מצא כי הנוהל אינו חוקתי, וקבע: "נוהל העובדת הזרה כרוך בפגיעה עמוקה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה. הוא פוגע בזכויותיה להורות ולמשפחה, וכן בצפיותיה הכלכליות-רכושיות; הוא אינו מתיישב גם עם התפיסה של משפט העבודה הישראלי באשר להגנה על זכויות עובדת בהיריון ולאחר הלידה, ועם האיסור להפלות עובדת בשל היריון, לידה והורות במסגרת הזכות לשוויון בתעסוקה; הוא עומד בניגוד לתפיסת ההגנה על מהגרי עבודה כאמנות הבינלאומיות." (פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).
- 48 ס' א.2. לנוהל עובדת זרה בהיריון, לעיל ה"ש 46.
- 49 למגמה זו ניתן לזהות שני חריגים בפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות: פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ נוהל עובדת זרה בהיריון, לעיל ה"ש 45, שבה נפסל כבלתי-חוקתי ההסדר המתואר לעיל, מחמת פגיעתו הבלתי-מדינית בזכויות יסוד והפסיקה בבג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.6.2014), שבה חויבה המדינה לגבש הסדר שיקרב את הסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל (עיקרן עובדות סיעוד ששוהות בישראל כדין תקופה העולה על

10 שנים) להסדרי הבריאות שחלים על תושבים, וזאת על דרך של החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 1469, עליהם או לחלופין בדרך של תיקון צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001, ק"ת 6100. עם זאת, לעמדתנו, כוחם של פסקי דין אלו מוגבל מאוד, עד כי קשה לאפיינם כ"חריגים" ממשיים למגמות המתוארות במאמר זה. ככל שדברים נוגעים לפסיקת בית המשפט העליון כבג"ץ נוהל עובדת זרה בהיריון, לעיל ה"ש 46, ניסיונו בעמותת קו לעובד, המגישה סיוע לאלפי עובדות סיעוד מדי שנה, לרבות בהיבטים של היריון ולידה, מלמד שלפסיקה זו אין, למרבה הצער, כמעט כל משמעות בחיי המעשה. כפי שכבר צוין, בפסק דינו קבע בג"ץ, כי ההיתר להמשך ישיבתה בישראל של עובדת זרה לאחר לידת ילד כפוף ליכולתה המעשית של לבין חובות עבודתה לבין צורכי הטיפול בילד, ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה. באופן פרקטי, שילוב בין עבודת סיעוד המתבצעת מסביב לשעון בבית המעסיק עם אימהות לתינוק הוא, בפשטות, בלתי-אפשרי. לפיכך, חרף האפשרות התיאורטית הנתונה כעת למהגרות עבודה להישאר בישראל עם תינוקן לאחר הלידה, מהגרות עבודה מוסיפות להיפרד מעל תינוקותיהן על מנת להמשיך ולעבוד בישראל. הניצחון הרטורי, הקונספטואלי, הנורמטיבי שמגלם פסק הדין, שפסל את מדיניות משרד הפנים על יסוד תפישה בדבר הגנה אוניברסלית על זכויות אדם (במקרה זה, הזכות להורות), נותר בדיוק כזה – ניצחון קונספטואלי, ללא אפשרות לתרגמו לרווחים ממשיים בעולם המעשה. אף פסיקת בג"ץ בעניין הזכות לבריאות של מהגרות עבודה בסיעוד ששוהות בישראל שנים ארוכות כדין נדמית, למרבה הצער, כניצחון המוגבל למישור הרטורי. חרף העמדת פסק הדין על מעמדה הנורמטיבי של הזכות לבריאות, ומסקנתו, בהתאמה, כי יש "לקרב" את הסדרי הבריאות החלים על מהגרות עבודה ותיקות לאלו שחלים על עובדים ישראלים, בית המשפט אפשר למדינה לממש את הסעד באמצעות תיקון צו עובדים זרים, ולא חייבה להחיל את חוק ביטוח בריאות ממלכתי על עובדות הסיעוד. כלומר, תוך הותרת המתכונת הבעייתית הנוכחית של ביטוח רפואי פרטי, שרחוק מלספק הגנה נאותה על הזכות לבריאות (להבדלים הדרמטיים בין שני ההסדרים ראו את הדין בפס' 63-73 לבג"צ נוהל עובדת זרה בהריון). וזאת, יש להוסיף ולהדגיש, אף לצד תקופת אכשרה חריגה באורכה, בת עשר שנים. פסק הדין, שבג"ץ קצב שנה לקיימו, אינו מקוים, לפי שעה. ההסדר שהמדינה גיבשה במטרה לקיים את פסק הדין (אך נדחה בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת בישיבה מיום 28.07.2015) הוא עריכת תיקון קל לצו עובדים זרים, באופן שיקנה לעובדת שאיבדה את כושר עבודתה לאחר שהות ברישיון בת יותר מעשר שנים, זכאות לפיצוי חד-פעמי בסך 80,000 ₪, ראו צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד) (תיקון), התשע"ה-2015. אף שאין למעט ממשעותם של פסקי דין במישור הסמלי, או מתפקידם האפשרי כסוללי דרך להכרעות פרוגרסיביות עתידיות, קשה לראות כי ניצחונותיהן האחרונים של מהגרות העבודה בבתי המשפט הצליחו להסיט באופן ממשי את כיווני התפתחותו של המשפט בעניינן – נסיגה מעקרונותיו האוניברסליים של משפט העבודה, ולצדה הסדרי הגירה מגבילים ומקשיחים.

50 לכך יש להוסיף, כי בניגוד לתחומים אחרים שבהם מועסקים מהגרי עבודה, ובעיקר תחומי הבניין והחקלאות, המתאפיינים במערכת נורמות ברורה ואכיפה ביחס לתנאי המגורים שמסופקים למהגרי עבודה מצד מעסיקיהם, בתחום הסיעוד אין כל סטנדרטים ברורים בעניין טיב המגורים שעל המעסיק לספק לעובדת (ושהעובדת אנוסה, בכל מקרה, לקבל). אף ש'1 (הא) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 1349, מטיל חובה על מעסיקים להעמיד "לשימוש העובד הזר מגורים הולמים למשך כל תקופת עבודתו אצלו ועד מועד שלא יפחת משבעה ימים לאחר סיומה", התקנות הפורטות את המינוח הכללי והעמום "מגורים הולמים" לשורה של חובות ישימות, ראו תקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (מגורים הולמים), התש"ס-2000, ק"ת 6047, כגון גודלו של חדר המגורים, גודלו של שטח המחיה והלינה, מתן מיטה נפרדת לכל עובד, נפחו של ארון הבגדים, הציוד שיימצא במטבח ועוד, רלוונטיות וישימות רק בענפי החקלאות והבניין. בתחום הסיעוד, לעומת זאת, אין מערכת נורמות דומה המותאמת לענף, ואשר פורטת את חובת המגורים ההולמים לחובות מינימאליות ספציפיות.

החובה להעמיד מגורים הולמים בתחום הסיעוד אינה כוללת כל סטנדרט אכיף שהוא, אפילו לא חובה מינימאלית להקצות לעובדת הסיעוד חדר משלה או אפילו מיטה משלה. עובדות רבות לנות עם המעסיק או המעסיקה באותה המיטה, או במיטה נפרדת באותו החדר, או שהן לנות במקומות מאולתרים במסדרון או בסלון. היעדר סטנדרטים אכיפים בעניין טיב המגורים שעל המעסיק להעמיד מעצימים את הפגיעה החמורה ממילא בעובדות הסיעוד.

51 על רקע מכלול הנסיבות המאפיינות את העסקתן של עובדות סיעוד אין זה מפתיע לגלות כי מהכתיבה ומהמחקר (המועטים, באופן יחסי) בתחום בריאותם של העוסקים בטיפול סיעודי מצטיירת תמונה עגומה כאשר למצבם הפיזי והנפשי. כך למשל, מחקר – ראשון מסוגו – שנערך בישראל באשר למצבן הנפשי ונטייתן אובדניות של עובדות סיעוד מהפיליפינים, גילה בקרבן שיעורים גבוהים במיוחד של נטייה לאובדנות: *Liat Ayalon, Suicidal and Depressive Symptoms in Filipino Home Care Workers in Israel*, 27(1) J. CROSS-CULTURAL GERONTOLOGY 51, 51-63 (2012). על השפעת שעות העבודה הארוכות על בריאותן של עובדות סיעוד ראו עוד דוח ארגון העבודה הבינלאומי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1-2.

52 ס"ע (חי') BIRU 25412-10-09 נ' עזבון המנוחה סילביה הרשקוביץ ז"ל (פורסם בנבו, 2.5.2012). לפסיקה ברוח דומה, אשר ניתנה שבועות בודדים לפני ההכרעה בדנג"ץ גלוטן, ראו: ס"ע (ת"א) 6477-08-10 KULAEVA נ' סיאנוב (פורסם בנבו, 27.2.2013).

53 היו פסקי דין בודדים שגרסו, גם לאחר שניתן דנג"ץ גלוטן, כי שלילת הזכאות לתמורה על שעות נוספות אינה יכולה להניב שלילת מנוחה שבועית. למשל, נקבע בס"ע (ת"א) 22888-11-11 AGLAIA נ' ניר נחמה (פורסם בנבו, 9.6.2013), כי "גם אם לא ניתן ליישם את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה בעניין תשלום בעד שעות נוספות כשל מתכונת ההעסקה הייחודית של עובד סיעודי, אין בכך כדי לשלול את הזכאות ליום מנוחה שבועי". אולם ברוב המקרים, ובאופן הדרגתי, נקבע כי הלכת גלוטן שוללת את הזכאות למנוחה שבועית ואת התמורה בגינה. ראו למשל, ס"ע (ת"א) 22794-05-11 ANGELA נ' ברנר (פורסם בנבו, 24.2.2014); ס"ע (חי') 10095-06-11 לסרי נ' פנטור (פורסם בנבו, 14.6.2014); ס"ע (ת"א) 4662-07-11 BOROMELO LUISA נ' אלישיב (פורסם בנבו, 4.5.2014). בפסקי דין אלו, ובפסקי דין רבים אחרים, נקבע בלקוניות כי הלכת גלוטן שוללת את הזכאות למנוחה שבועית ותמורה בגינה, תוך שזנח כליל הדין העובדתי והמשפטי בשאלת מתן מנוחה לעובדת הסיעוד.

54 משמעות הדבר הורחבה אף לשלילת הזכות לחופשה בחגים, או לתמורה על עבודה במהלך החג. וראו למשל, ד"מ (ת"א) 5534-06-13 דמטר נ' סולמון (פורסם בנבו, 7.1.2014).

55 ס"ע (י-ם) 15668-06-12 זמיר נ' קרן חגי (פורסם בנבו, 13.5.2014). ראו עוד, סע"ש (נצ') 12718-06-13 טואפרה נ' נעה הובלות מסע בע"מ (פורסם בנבו, 17.2.2015) שבו נהדף ניסיון מעסיקים בתחום ההובלות והסעות לטעון כי אין פיקוח על שעות העבודה והמנוחה של נהגים, הנוסעים ברכבם ופנויים לבצע הפסקות ממושכות במהלך יום העבודה. בעניין ס"ע (חי') 46181-01-11 אנדרי בר נ' וילאר אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2014) דובר בתובע ישראלי אשר התגורר בבניין דיור מוגן שבו עבד ושימש כפקיד קבלה. בית הדין האזורי ביצע אבחנה ברורה בין שעות העבודה, שעות הכווננות, ושעות המנוחה, ואבחן את המקרה מנסיבות עניין גלוטן בקביעה שמתכונת העבודה והמגורים איפשרה אבחנה כאמור.

56 כך, למשל, עוד בשנת 2008 מסרה המדינה לבג"ץ בגדרי ההתדיינות בבג"ץ גלוטן, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו בהליך, כי "אף לשיטתה של המדינה הפתרון המערכתי ההולם סוגיה מורכבת ורגישה זו צריך להימצא באמצעות חקיקה. ואכן, בימים אלו שוקד משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (להלן – משרד התמ"ת) על תיקוני חקיקה, בין בחוק ובין בתקנות שונות, הנדרשים לצורך התאמת דיני העבודה החלים על עובדים בסיעוד המתגוררים בבית המעסיק כך שיותאמו למציאות הן מבחינת היקף וסוגי שעות העבודה למיניהן והגמולים המגיעים בעדן והן מבחינת התשלומים שניתן לשלם בשווה כסף ו/או לנכותם משכר העובדים, והכל בהתחשב במאפיינים הייחודיים של צורת העסקה זו" (פס' 12 לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 12.10.2006 בבג"ץ גלוטן).

- 57 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 3, בפס' 26 לפסק הדין; החלטת ההרכב המורחב בדנג"ץ גלוטן מיום 15.11.2011; דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 2, בפס' 38 לפסק דינה של השופטת ארבול.
- 58 על חוסר סבירות התרחיש של קידום חקיקה אחרי הכרעת בג"ץ בעניין גלוטן ראו Hila Shamir & Guy Mundlak, *Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Domestic Work as "Work Like no Other,"* 23 CANADIAN J. WOMEN L. 289, 306-7 (2011).
- 59 משרד הכלכלה דוח הצוות הבין-משרדי – הסדרת תנאי העסקה של עובדים בסיעוד המתגוררים בבית המעסיק (2013).
- 60 תקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים), לעיל ה"ש 49.
- 61 ס' 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2.
- 62 נעיר, כי בעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה בעניין זטלמן נ' פטרובה, לעיל ה"ש 26, ננקט מהלך פרשני זה, אולם בכל הקשור לאורכה של המנוחה השבועית, היפנה היועץ המשפטי לתקנות בתחומים שונים הקובעות מנוחה שבועית בת 25 שעות רצופות, לרבות מקצועות או תחומים הקרובים במהותם לעבודת הסיעוד, כמו עובדי בתי חולים, ראו, תקנות שעות עבודה ומנוחה (מנוחה שבועית בבתי חולים), לעיל ה"ש 7. נעיר, כי כל אלו מקבלים מנוחת פיצוי, בנוסף לתמורה על עבודתם בפועל במנוחה השבועית המקוצרת, וסוגיה זו וכתה להתעלמות גורפת הן בעמדה בהליך דנא הן ברוח הצוות הבין-משרדי. לא כאן המקום להתייחס להבדלים נוספים בין התחומים ולאופייה של העבודה במשמרות בבתי החולים, שאין בינה לבין המשמרת הארוכה והנמתחת ללא קץ של מהגרות העבודה בסיעוד דבר.
- 63 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ס"ח 1211 (להלן: חוק שכר מינימום).
- 64 פסק דין יחיד מסוגו הגיע באחרונה למסקנה דומה, ראו, סע"ש (חי') 29369-07-12 רוסו נ' רוסו (פורסם בנבו, 12.8.2014). במקרה זה הוחל על העובדת, אשר הוכיחה שלילה מוחלטת של מנוחה שבועית, הוראות חוק שכר מינימום, ונקבע כי לא ייתכן כי עבודתה של העובדת משך שבעה ימים בשבוע נכללת במסגרת שנקבעה בחוק שכר מינימום, המגביל העסקה לחמישה או לשישה ימים.
- 65 חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, ס"ח 81.
- 66 חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב-2002, ס"ח 1837.
- 67 חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 1349.
- 68 אכן, ניתן להעלות טענה דומה ביחס לזכאות לתמורה על עבודה במשך יותר מ-186 שעות לחודש, הקבועות בחוק שכר מינימום, אם כי שופטי בית המשפט העליון בדנג"ץ גלוטן לא נדרשו לכך. כפי שצוין בפרק שלעיל, בתחילת הדרך שלאחר ההחלטה בבג"ץ גלוטן, היו פסקי דין ספורים שפיצו את העובדת שהוכיחה כי הועסקה במשך יותר מ-186 שעות חודשיות, לא מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, כי אם מכוח חוק שכר המינימום. כך למשל, בס"ע (י-ם) 29961-06-11 POBADORA נ' עמר (פורסם בנבו, 22.4.2014) פיצה בית הדין האזורי לעבודה באופן גלובלי עובד סיעוד שהוכיח עבודה במשך שעתיים ביום מעבר למכסת השעות היומית, וזאת תוך שקבע כי הפיצוי ניתן חרף אי-תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, אולם גם שם לא נקבע מפורשות כי הדבר נובע מחוק שכר המינימום.
- 69 ת"ב נד/96-3 (ארצי) מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ נ' עאבר, פד"כ (1) 151, 161 (1995).