

## נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין משטר האשרות החל על מהגרי-עבודה בישראל: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה

טלי קריצמן-אמיר\*

המאמר מבקש לבחון את המידה שבה פסקי-דין בעניינים של מהגרי-עבודה בישראל מצליחים לחולל שינוי חברתי משמעותי, ובתוך כך לעמוד על הדינמיקה שנחשפת בין ארגוני זכויות האדם, בית-המשפט והרשויות המחוקקת והמבצעת בתחום מדיניות ההגירה. בחלקו הראשון של המאמר אדון בשאלת מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות הגירה ובהגנה על זכויות מהגרים. אסביר מדוע בתי-המשפט מתקשים לקדם שינוי חברתי בתחום מדיניות ההגירה, ואת היחסים הנרקמים בינם לבין הרשויות האחרות בתחום זה. בחלקו השני של המאמר אגולל את שני המקרים הבולטים ביותר שבהם נקט בית-המשפט עמדה מוסדית חדה וברורה הנחלצת להגנה על זכויות המהגרים: **בג"ץ הכבילה**, שעוסק בתניה מרכזית באשרת העבודה של מהגרי-עבודה, שלפיה מהגרי-עבודה רשאים לעבוד רק בעבור מעסיק ספציפי; ו**בג"ץ מהגרת-העבודה ההרה**, שעוסק בזכותה של מהגרת-עבודה שהרתה או ילדה בישראל להמשיך להחזיק באשרת העבודה שלה. בשני מקרים אלה אתאר את החלטות בית-המשפט ואבחן את מידת יישומם בפועל. אבהיר את עוצמתו של האקטיביזם הגלום בפסיקת בית-המשפט על-ידי השוואה בין פסקי-הדין לבין עקרונות-היסוד של משטר האשרות הנוהג בישראל ביחס למהגרי-עבודה. בחלקו השלישי של המאמר אסכם, ואבקש לבחון מהו מקומו של בית-המשפט ביצירת השינוי החברתי הדרוש בתחום של משטר האשרות וזכויות המהגרים במדינת-ישראל, ומדוע נסיונותיו לקדם שינוי זה אינם עולים יפה עד כה. נוסף על כך אציין אילו

---

\* מרצה לדיני הגירה, לדיני עבודה ולמשפט בין-לאומי, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים; עמיתת פולונסקי במכון ון-ליר בירושלים. אבקש להודות לפרופ' איל בנבנישתי, לד"ר עידו פורת ולעו"ד חני בן ישראל על הערותיהם, הפניותיהם והארותיהם במהלך שיחות שקיימתי עימם על מאמר זה. אבקש להודות לעורך תומר מגל, וכן לחברות מערכת **משפט ועסקים** דנה יוכלמן וליאל בן-סימון, על הערותיהם הבונות ועבודתם המסורה על טיטות קודמות של המאמר.

תנאים יאפשרו לדעתי לבית-המשפט לקדם ביתר שאת שינוי חברתי בתחום זה.

#### מבוא

- פרק א: מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות הגירה ובהגנה על זכויות מהגרים
1. גישת בית-המשפט: בין איפוק שיפוטי להגנה על זכויות מהגרים
  2. היחסים בין בית-המשפט לבין הרשויות האחרות בתחום מדיניות ההגירה
  3. המקרה הישראלי: עיצובם של מדיניות ההגירה ודיני זכויות המהגרים בין בית-המשפט לבין הרשויות המחוקקת והמבצעת
- פרק ב: בית-המשפט בנבכי משטר האשרות – אקטיביזם ללא שינוי חברתי
1. בג"ץ הכבילה
    - (א) התגובה המנהלית
    - (ב) בג"ץ פוסק נגד עצמו
    - (ג) חקיקה עוקפת בג"ץ
  2. בג"ץ מהגרת-העבודה ההרה
  3. בין בג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה ולאחריהם
    - (א) פרשת גלוטן
    - (ב) פרשת אמון
- במקום סיכום – חסמים מפני שינוי חברתי

#### מבוא

תחומי המשפט הסובסטנטיביים של דיני הגירה ודיני זכויות מהגרים נהפכים לאחרונה לזירת פעילות לבחינת היחסים שבין המחוקק, בתי-המשפט והממשלה. דיני ההגירה ודיני זכויות המהגרים אינם מוסדרים באופן קודיפיקטיבי בחקיקה הישראלית, אלא פזורים על-פני דברי חוק,<sup>1</sup> תקנות,<sup>2</sup> נהלים פנימיים<sup>3</sup> והחלטות

1 ראו בעיקר חוק השבות, התשי"ב-1950, ס"ח 159; חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146; חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 354; חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 112; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544.

2 ראו בעיקר תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, ק"ת 1517, וכן תקנות שונות לפי חוק עובדים זרים. לפירוט מלא של התקנות ראו [www.piba.gov.il/formsandregulations/laws/pages/default.aspx](http://www.piba.gov.il/formsandregulations/laws/pages/default.aspx).

3 מדובר בעשרות רבות של נהלים המשמשים לפעילותה השוטפת של רשות האוכלוסין וההגירה. ראו [www.piba.gov.il/regulation/pages/default.aspx](http://www.piba.gov.il/regulation/pages/default.aspx).

ממשלה,<sup>4</sup> אשר לעיתים קרובות אינם קוהרנטיים, אינם מקיפים ואינם מתמודדים עם הסיטואציות הרלוונטיות לחיי היומיום של המהגרים.<sup>5</sup> במציאות זו של "שטח-הפקר", שבו התנאים המוקדמים למימוש זכויות יסודיות של מהגרים אינם מוסדרים בהסדרים ראשוניים, אנו נתקלים במקרים רבים שבהם מהגרים וארגוני זכויות פונים בעניינים שונים לרשויות המנהל, ובאופן הולך וגובר – גם לערכאות השיפוטיות.

התבוננות על פסקי-הדין, על החלטותיהן ונוהליהן של רשויות המנהל ועל יוזמות החקיקה מן השנים האחרונות חושפת דינמיקות מעניינות של הכפפה, ביטול, ריסון ואקטיביזם בין הרשויות השונות ובינן לבין הארגונים החברתיים, אשר מתחרים ביניהם על הבכורה בעיצוב מדיניות ההגירה בעידן שבו דיני ההגירה אינם משרטטים אותה בצורה בהירה מספיק. במסגרת הצעדים הננקטים על-ידי הרשויות השונות ניתן למנות, בין היתר, פסיקה של בתי-המשפט המשנה הסדרים מרכזיים בתחום מדיניות ההגירה שיש להם השפעה מכרעת על זכויות מהגרים,<sup>6</sup> מצד אחד; ומן הצד האחר – ייזום תיקוני חקיקה ותקינה של תקנות, הנחיות פנימיות ונהלים עוקפי פסיקה,<sup>7</sup> אי-ציות לפסקי-דין,<sup>8</sup> ניסיון להגביל את הגישה לערכאות של מהגרים מסוימים<sup>9</sup> ועוד. במצב עניינים זה קשה לחולל שינוי חברתי במעמדם ובמצב זכויותיהם של מהגרי-העבודה בישראל.

אומנם, אין זו הפעם הראשונה שבה החזית העיקרית של דיני ההגירה לישראל מתנהלת בתווך בין כמה רשויות.<sup>10</sup> אולם נדמה שהמאבק המתנהל בין הרשויות על

4 שתי החלטות ממשלה שזכו בפרסום משמעותי הן החלטה מס' 3807 של הממשלה ה-30 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (26.6.2005); והחלטה מס' 156 של הממשלה ה-31 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל – תיקון החלטה" (18.6.2006).

5 ראו, למשל, טלי קריצמן-אמיר "על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל" (לא פורסם).

6 ראו, למשל, בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) (להלן: פרשת הכבילה); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנוב, 13.4.2011) (להלן: פרשת מהגרת-העבודה ההרה).

7 ראו, למשל, חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 21), התשע"א-2011, ס"ח 926 (להלן: תיקון מס' 21 לחוק הכניסה לישראל), אשר עוקף, כפי שאתאר בהמשך, את פסק-הדין בפרשת קו לעובד; וכן נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (22.2.2012; תאריך עדכון אחרון – 20.5.2013) [www.piba.gov.il/regulations/5.3.0023.pdf](http://www.piba.gov.il/regulations/5.3.0023.pdf). שני אלה יידונו בהרחבה בהמשך.

8 לעניין אי-הציות השיטתי של משרד הפנים לפסיקות של בית-המשפט, קיום מושהה של פסיקות אלה ועוד, ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל "הכנסת והממשלה נגד הרשות השופטת ונגד הדמוקרטיה" (2010) [democracy-project.org.il/he/government/gov-3/](http://democracy-project.org.il/he/government/gov-3/).

9 בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 4), התשע"ב-2012, ק"ת 1560, נקבעה דרישה של הצגת מספר תעודת-זהות או מספר דרכון בתוקף כתנאי לפתיחת תיק בבית-המשפט. לביקורת על דרישה זו ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל "הבהרה בעקבות פניית האגודה: גם מי שאין לו מספר זהות יכול לפנות לבתי המשפט" (2012) [www.acri.org.il/he/?p=23136](http://www.acri.org.il/he/?p=23136).

10 כך, למשל, הדין הפוליטי-המשפטי על-אודות גרריו של חוק השבות, בשאלה "מיהו יהודי" לעניין הזכויות הנקובות בחוק השבות, התנהל גם הוא בתהליך דינמי שבו נטלו חלק מהגרים, ארגוני

עיצוב תוכניהם של דיני ההגירה נעשה אינטנסיבי ובעל השלכות מרחיקות-לכת. בחלק מפסקי-הדין שניתנו לאחרונה בעניין מדיניות ההגירה של מדינת-ישראל, אשר בחלקם נעסוק במסגרת מאמר זה, נדרש בית-המשפט לעסוק בשאלות כבודות-משקל ובעלות השלכות-רוחב, כגון היקף תחולתם של המשפט החוקתי ושל דיני זכויות האדם על זרים וחסרי מעמד בישראל, תוך שימוש ברטוריקה מפליגה.<sup>11</sup> ועוד, ואולי בעיקר, בפסקי-הדין שאליהם אתיחס נדרש בית-המשפט להתעמת חזיתית עם רשויות המדינה האחרות ולהכריע הכרעות פוליטיות מרחיקות-לכת בעצמו. בעוד שמאבקים קודמים בנושא מדיניות ההגירה הולידו תיקוני חקיקה המתיישבים עם עמדת בית-המשפט, הפסיקה בנושא משטר האשרות הישראלי הותירה בלבול גדול, ויצרה משטר אשרות שמוסדר עדיין בשורה ארוכה של נהלים ואך במעט הסדרים ראשוניים.<sup>12</sup>

המאמר מבקש להתמקד בשני פסקי-דין משמעותיים בהקשר של זכויותיהם ומעמדם של מהגרי-העבודה בישראל.<sup>13</sup> פסקי-הדין הראשון עוסק במשטר האשרות החל על

זכויות, בית-המשפט, רשויות המנהל והמחוקק. אולם כדיונים בבית-המשפט בשאלת "מיהו יהודי" לצורכי חוק השבות נקט בית-המשפט פתרון עקיף ופרוצדורלי, המספק הנמקה ופתרון מעשיים אך אינו נדרש ללב הסוגיה הפוליטית ולוויכוח המהותי. ראו בג"ץ 72/62 רופאין נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962), שם דובר ביהודי אשר התנצר ונהפך לנזיר כרמליסטי אך טען כי הוא רואה את הלאום שלו כיהודי ולכן זכאי להכרה כעולה מכוח שבות. בית-המשפט קבע כי המבחן להשתייכות ליהדות אינו סובייקטיבי, אלא אובייקטיבי. הגם שהמבחן ההלכתי רואה את המומר כמי שעודנו יהודי, המבחן העממי והתפיסה המקובלת מכתבים שהוא אינו יהודי עוד. מקרה דומה נידון בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505 (1992), שם ביקשו מעמד מכוח חוק השבות "יהודים משיחיים". עוד ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970), שם דובר באב שביקש כי ילדיו יירשמו כיהודים בסעיף הלאום שלהם אף שאמם הייתה לא-יהודייה. בית-המשפט ניהל את הדיון רק בשאלת הרישום וסמכותו של פקיד משרד הפנים (שלגביה קבע כי על פקיד המרשם לרשום את הנתונים כפי שהאזרח מדווח עליהם), ולא דן במישרין בנושא של מיהו יהודי. עם זאת, הפרשה הובילה לתיקון בחוק השבות שבו הוגדר לראשונה מיהו יהודי. בשנת 1970 הוסף לחוק ס' 4ב, שלפיו יהודי הוא מי שאמו יהודייה והוא אינו בן דת אחרת. איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שלוזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129 (2008).

- 11 ראו להלן תת-פרקים ב1 ו-ב2.
- 12 על הגיונו של משטר האשרות ראו להלן בפרק ב. על ביקורת הקוראת לגיבוש קודיפיקטיבי של מדיניות הגירה למדינת-ישראל ראו שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין **התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל** 58–60 (נייר-עמדה, רות גביון עורכת, מרכז מציל"ה למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית, 2009).
- 13 מאז נכתב המאמר, ובטרם נמסר לדפוס, ניתן פסקי-דין משמעותי נוסף העוסק בזכויותיהם ובמעמדם של מהגרים בישראל – בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013). המאמר אינו מתייחס לפסקי-דין זה הן בשל העובדה שהוא נכתב לפניו, הן מכיוון שפסקי-הדין אינו עוסק בזכויותיהם של מהגרי-עבודה, אלא בזכויותיהם של מבקשי מקלט, והן משום שהוא ניתן זה עתה ולפיכך קשה עדיין להעריך אם הוא יחולל שינוי חברתי (אם כי לאור יוזמות החקיקה אותן מקדמת המדינה בימים אלו כדי להחזיר על כנו הסדר חליפי – ויש שיאמרו, מחמיר יותר מזה שבוטל בבית המשפט – נראה כי סיכוייו לחולל שינוי חברתי נמוכים ביותר. בשעת מסירת המאמר אל הדפוס הצעת החוק הממשלתית לתיקון החוק למניעת הסתננות עברה בקריאה ראשונה בכנסת. ראו הצעת

מהגרי-העבודה, ובפרט בביטול תניה מרכזית בו שלפיה עובדים זרים מורשים לעבוד רק בעבור מעסיק ספציפי. על-פי הסדר הכבילה שהונהג במסגרת משטר האשרות, עבודה אצל מעסיק אחר, מכל סיבה שהיא, מהווה הפרה של תנאי האשרה, אשר הופכת את מהגרי-העבודה ללא-מתועדים וחושפת אותם לסכנה של מעצר וגירוש. פסק-דין זה יכולה בג"ץ הכבילה<sup>14</sup> פסק-הדין השני עוסק בזכותה של מהגרת-עבודה שהרתה או ילדה בישראל להמשיך להחזיק באשרת העבודה שלה, ומבטל נוהל של משרד הפנים שלפיו מהגרת-עבודה כזו לא תוכל להמשיך לשהות בארץ באופן חוקי אלא אם כן תחזיר את ילדה לארץ-מוצאה. פסק-דין זה יכולה בג"ץ מהגרת-העבודה ההרה<sup>15</sup>

כפי שאראה, בשני מקרי-המבחן נידונו נדבכים יסודיים של משטר האשרות החל בישראל, הנוגעים ביכולתם של מהגרי-העבודה לבחור את זהות מעסיקם ובאפשרותם להרות ולהקים משפחה. ההגבלות בנוגע לחירויותיהם של מהגרי-העבודה אשר נבחנו בבית-המשפט העליון היו מעוגנות בנהלים של משרד הפנים<sup>16</sup> שני המקרים הובאו לפתחו של בית-המשפט העליון במסגרת עתירות עקרוניות שהוגשו על-ידי ארגוני זכויות אדם העוסקים בתחום זכויות המהגרים, אשר שימשו עותרים ציבוריים, בנסיבות שבהן לא היה זה מעשי לעתור בשמו של עותר ספציפי. בשני המקרים ישבו הרכבים שונים שנתנו פסקי-דין המורים על ביטולם של הנהלים הפוגעים בזכויותיהם של המהגרים, תוך שימוש ברטוריקה משמעותית של הגנה על זכויותיהם של המהגרים. עם זאת, כפי שאראה בהמשך, קשה לומר כי שני פסקי-הדין הללו חוללו שינוי חברתי משמעותי, שכן תחת הנהלים שבוטלו נוצרו נהלים חדשים, המשמרים במידה מכרעת את הגיונם של הנהלים שקדמו להם.

בחלקו הראשון של המאמר אדון בשאלת מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות הגירה ובהגנה על זכויות מהגרים. בתחומים אלה נדמה שהאתגר המוסדי שבית-המשפט ניצב בפניו אינו פשוט, במיוחד במציאות הישראלית. אסביר מדוע בתי-המשפט מתקשים לקדם שינוי חברתי בתחום מדיניות ההגירה, ואת היחסים הנרקמים בינם לבין הרשויות האחרות בתחום זה. בתוך כך אתאר כיצד, לפי מחקר קודם, נהג בעבר בית-המשפט בישראל בטפלו בעניינים של מדיניות הגירה.

מה קורה באותם מקרים שבהם בית-המשפט בוחר לנקוט עמדה אקטיביסטית המתערבת בליבתו של משטר האשרות, במאמץ להגן על זכויותיהם של המהגרים לישראל? בחלקו השני של המאמר אגולל את שני המקרים הבולטים ביותר שבהם נקט

חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד ה"ח ממסלה, 817, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/22A97934-FF19-457D-914E-E780F4 (20.11.2013) 122 D1DC67/42701/817.pdf. עם זאת, ניתן למצוא קווי דמיון בין פסק-דין זה לבין פסקי-הדין שהמאמר עוסק בהם מבחינת הרטוריקה וסגנון ההנמקה.

14 פרשת הכבילה, לעיל ה"ש 6.

15 פרשת מהגרת-העבודה ההרה, לעיל ה"ש 6.

16 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (17.10.2004); נוהל מעבר ממעסיק למעסיק, אשר נידון בפרשת הכבילה, לעיל ה"ש 6, פס' 7-11.

בית-המשפט עמדה מוסדית חדה וברורה הנחלצת להגנתם של המהגרים: בג"ץ הכבילה ובג"ץ מהגרת-העבודה ההרה, שאוזכרו לעיל. בשני מקרים אלה אתאר את החלטות בית-המשפט ואבחן את מידת יישומם בפועל. אבהיר את עוצמתו של האקטיביזם הגלום בפסיקת בית-המשפט על-ידי השוואה בין פסקי-הדין לבין עקרונות-היסוד של משטר האשרות הנוהג בישראל ביחס למהגרי-עבודה.

בחלקו השלישי של המאמר אסכם, ואבקש לענות על השאלה המרכזית ברשימה שלפנינו, והיא מהו מקומו של בית-המשפט ביצירת השינוי החברתי הדרוש בתחום של משטר האשרות וזכויות המהגרים במדינת-ישראל, ומדוע נסיונותיו לקדם שינוי זה אינם עולים יפה עד כה. נוסף על כך אציין אילו תנאים יאפשרו לדעתי לבית-המשפט לקדם ביתר שאת שינוי חברתי בתחום זה.

### **פרק א: מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות הגירה ובהגנה על זכויות מהגרים**

מדיניות הגירה נתפסת באופן כללי כנושא שהוא יסודי לריבונותה של המדינה, כאשר היא קשורה לשאלות הנוגעות באופייה החברתי של המדינה, בבטחונה, במצבה הכלכלי ובהרכבה החברתי. לכן מקובל לחשוב שלפחות הסדרה העיקריים צריכים להיות מעוגנים בהסדרים ראשוניים שיגובשו על-ידי המחוקק בהליך דמוקרטי.<sup>17</sup> אכן, דמוקרטיה מערבית רבות גיבשו לעצמן קורפוס של דיני הגירה ודיני זכויות מהגרים אשר מסדיר את התחום על פרטי-פרטיו, וכן רשויות מנהליות שמופקדות על יישומו.<sup>18</sup> במדינת-ישראל טרם גובש קורפוס כזה, כפי שאסביר בהמשך, אלא יש מארג עשיר של נורמות בעלות מעמד נורמטיבי שונה (חוקים, תקנות, הנחיות ונהלים פנימיים, החלטות ממשלה ועוד), אשר לעיתים קרובות סותרות זו את הגיונה של זו, מחד גיסא, ואינן מספקות מענה מעשי לכל סוגי המקרים העולים במציאות, מאידך גיסא.<sup>19</sup>

#### **1. גישת בית-המשפט: בין איפוק שיפוטי להגנה על זכויות מהגרים**

משיקולים דמוקרטיים ומשיקולים אחרים, היו בתי-משפט שונים בעולם שגזרו על

17 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 502 (1998).

18 בארצות-הברית, למשל, ה-United States Citizenship and Immigration Services פועלים בהתאם ל-Immigration and Nationality Act; ואילו בקנדה, ה-Citizenship and Immigration Canada פועל בהתאם ל-Immigration and Refugee Protection Act.

19 לביקורת של בית-המשפט העליון על אי-הסדרת מצבם המשפטי של מהגרים מסוימים (אשר אמורים לכאורה ליהנות מהגנה קבוצתית מפני גירוש) ראו ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.7.2012). כן ראו אבינרי, אורגד ורובינשטיין, לעיל ה"ש 12.

עצמם מדיניות של איפוק שיפוטי בהחלטות שקיבלו בתחום מדיניות ההגירה.<sup>20</sup> בארצות-הברית, למשל, רווחו דוקטרינות שהעניקו בתחום זה לקונגרס מתחם שיכול-דעת גדול מן המקובל, לרבות בכל מה שקשור להדרה או להכלה של אזרחים זרים.<sup>21</sup> התוצאה הייתה שבמשך שנים רבות התרחקו בתי-המשפט בארצות-הברית מהדוקטרינה הליברלית של איזון בין הרשויות בכל הקשור למהגרים, והתעלמו מחשיבותה של הביקורת השיפוטית להגנה על זכויותיהם כמיעוט לא-מיוצג.<sup>22</sup>

סטיבן לגומסקי, אחד הכותבים המשמעותיים בתחום הביקורת השיפוטית על מדיניות הגירה, מצביע על מגוון סיבות לאיפוק השיפוטי שבת-משפט נוקטים, הגורם לכך שהם ממעטים לחולל שינוי חברתי בתחום דיני ההגירה. לגומסקי טוען כי חלק מהקושי של בתי-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על מדיניות ההגירה נובע מכך שעל-פירוב הם נדרשים לקיימה דווקא במצבים שבהם יש הגירה אינטנסיבית. זאת, בין משום שאז מגיעים תיקים רבים יותר אל בתי-המשפט ובין משום שאז ננקטים אמצעים מגבילים ופוגעניים במיוחד בזכויות מהגרים. בתקופות כאלה, מציין לגומסקי, בית-המשפט מתקשה לתפוס את העמדה המוסדית המאפשרת הגירה, כאשר עמדה זו מנוגדת ללחץ הציבורי שהוא חש.<sup>23</sup> דברים אלה מתקשרים באופן ישיר לטענת הביקורת בנוגע ליכולתם הדלה של בתי-המשפט לחולל שינוי חברתי, אשר גורסת, בין היתר, כי בתי-המשפט אינם נוטים להתרחק בפסיקותיהם מן הדעה הציבורית הרווחת.<sup>24</sup> עוד טוען לגומסקי כי הקושי של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מן הסוג המחולל שינוי חברתי הינו חריף במיוחד בנסיבות שבהן להחלטות השיפוטיות עלול להיות מחיר קונקרטי מבחינת יחסי החוץ של המדינה. בתי-המשפט, אשר בסופו של דבר אינם גופים מומחים ליחסי חוץ או למדיניות הגירה, מהססים לחייב את המדינה לשלם מחיר זה.<sup>25</sup> מבקרים אחרים טוענים כי יכולתו הדלה של בית-המשפט לחולל שינוי חברתי קשורה גם לעובדה שבית-המשפט אינו בקיא בהכרח בתחום המשפט המהותי של דיני ההגירה, משום שהוא נאלץ להתמודד עם תחומי משפט רבים.<sup>26</sup> הסבר אחר מתמקד

20 ראו, למשל: Natalie Waites, *Immigration and Asylum Law under the Human Rights Act: A Three Branch Analysis*, 4 J. MIGRATION & REFUGEE ISSUES 25, 38 (2008).

21 הדוקטרינה העיקרית שבה נעשה שימוש היא דוקטרינת ה-Plenary Power, שלפיה בתחום דיני ההגירה יש סמכות בלעדית למחוקק ולרשות המנהלית לקבוע מדיניות וליישמה על מקרים פרטניים, ואילו בית-המשפט משולל סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על החלטותיה. מקובל לטעון כי ראשיתה של הדוקטרינה בפסק-הדין: Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581, 603 (1889). ראו, למשל: Stephen H. Legomsky, *Fear and Loathing in Congress and the Courts: Immigration and Judicial Review*, 78 TEX. L. REV. 1615 (1999–2000).

22 שם, בעמ' 1625.

23 שם, בעמ' 1625–1626.

24 GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 13–14 (2nd ed. 2008).

25 Legomsky, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1628–1629.

26 ROSENBERG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 20.

בעובדה שבתי-המשפט מוגבלים בטיפולם לסכסוך קונקרטי, ואינם יכולים להציע טיפול עמוק ויסודי בבעיה שלמה, על מורכבותה.<sup>27</sup> הבעיה חמורה במיוחד בתחום ההגירה, בשל הקושי שיש למהגרים – כמו לכל אוכלוסייה מוחלשת – לפנות לערכאות. למעשה, אפשר שקושי זה חריף אף יותר במקרה של מהגרים, באשר הללו סובלים גם מקשיי גישה ייחודיים, כגון חוסר היכרות עם השפה, הבדלי מנטליות, קשיים בהעלאת טענות משפטיות על בסיס המסגרת המשפטית הקיימת, קושי בהתמודדות עם הביורוקרטיה, מחסור במערכות תמיכה וכן מעמד אזרחי שברירי (או העדר מעמד אזרחי), היוצרים חשש מפני מגע עם הרשויות.<sup>28</sup> קיימות מגבלות נוספות שצוינו בספרות כגורעות מיכולתו של בית-המשפט לשמש מחולל של שינוי חברתי בהקשרים שונים, ואשר רלוונטיות גם ליכולתו של בית-המשפט להשפיע על מדיניות ההגירה. כך, בין היתר, בית-המשפט מוגבל על-ידי הסביבה הנורמטיבית שבה הוא פועל – הזכויות המעוגנות בנורמות השונות.<sup>29</sup>

עם זאת, בהינתן שצעדים רבים של מדיניות הגירה נוגעים במישרין בזכויותיהם של מהגרים – שהינם מגזר חלש במיוחד שאינו זוכה בכוח ההשפעה הנחוץ כדי להגן על זכויותיו בספרות אחרות – נדמה שבית-המשפט ממלא תפקיד חשוב במיוחד ביחס אליו. מהגרים אינם יכולים להיאבק על החלטות הנוגעות בהם במישרין באפיקים הפוליטיים, השוקיים, הארגוניים וכולי, ולכן נראה כי הביקורת השיפוטית חשובה במיוחד דווקא לגביו.<sup>30</sup> בהתאם לכך חלה בארצות-הברית בעשורים האחרונים נגיסה בדוקטרינות הגורסות כי על בית-המשפט לגזור על עצמו איפוק שיפוטי בתחום זה, וניתן לזהות נכונות זהירה אך הולכת וגוברת של בתי-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית בהקשרים הנוגעים בזכויות מהגרים.<sup>31</sup> גישה דומה ניתן לזהות גם בבריטניה, שבה חקיקת ה-Human Rights Act צמצמה את נכונותם של בתי-המשפט להעניק למחוקק מרחב גדול של שיקול-דעת בגיבוש מדיניות הגירה ככל שזו נוגעת בזכויות מהגרים ומתרחקת מן התחום הפוליטי הטהור.<sup>32</sup> לחלופין, יש המסווגים את עיסוקם של בתי-

27 ש.ם.

28 ראו ויליאם ל. פ. פלסטין, ריצ'רד ל. אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." "מעשי משפט ג' 17 (זהר כוכבי מתרגם, 2010). ראו גם יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג' 497 (2003).

29 ROSENBERG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 10–12.

30 גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" **עיוני משפט** כו 423 (2003). איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" **עלי משפט** ג' 463–465 (2003). ראו גם דנג"ץ 10007/09 **גלוטן ג' בית הדין הארצי לעבודה**, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 18.3.2013) (להלן: דנג"ץ **גלוטן**).

31 כך, למשל, בעניין Landon v. Plasencia, 459 U.S. 21, 23 (1982) נמנע אומנם בית-המשפט מלהתעמת ישירות עם דוקטרינת Plenary Power, אך בפועל הפך החלטות קודמות והעניק פרשנות מרחיבה להוראת חוק, בקובעו כי גם מהגרים זכאים להליך הוגן לפי החוקה האמריקאית. ראו גם לאחרונה: United State v. Arizona, 641 F.3d 339 (9th Cir. 2011).

32 Waites, לעיל ה"ש 20.



המשפט בענייניהם של מהגרים כעיסוק בהפעלתם של שלטון החוק, כללי הפרוצדורה התקינה והמשפט המנהלי (להבדיל מעיסוק בזכויות אדם), וכחלק ממאמץ מודע ומכוון למשפט את העולם הגלובלי.<sup>33</sup>

כך או כך, התוצאה היא מעורבות של ממש של בתי המשפט במדינות שונות של העולם בעיסוק הפוליטי במדיניות ההגירה – עיסוק הממקם את בית המשפט בתוככי הצומת שבין הלאומיות (nationalism) לבין זכויות האדם הליברליות.<sup>34</sup> בצומת זה משתקפים שיקולים כלכליים ומבנים אידיאולוגיים שונים, פנים-מדינתיים וחוק-מדינתיים. כך, היו שטענו כי הנטייה להתערב ולנקוט עמדה המגינה על זכויות המהגרים גוברת ככל שבית המשפט נכון לאמץ נורמות מן המשפט הבין-לאומי.<sup>35</sup> אחרים, לעומת זאת, טענו כי מעורבותו הגוברת של בית המשפט במדיניות ההגירה היא ניסיון למתן מתח בין עקרונות ארכאיים של דיני הגירה לבין מציאות משתנה שאינה מתאימה עוד לעקרונות אלה.<sup>36</sup>

## 2. היחסים בין בית המשפט לבין הרשויות האחרות בתחום מדיניות ההגירה

דומה שכדי לבחון את השפעתו של בית המשפט על מדיניות ההגירה וזכויות המהגרים, אין די בבחינת השאלה, החשובה כשלעצמה, אם נכון לפסוק פסיקה אקטיביסטית בעניינם של מהגרים, אלא יש לבחון עניין נוסף: היחסים המתהווים בין בתי המשפט לבין הרשויות האחרות סביב אותם מקרים. חשיבות העניין נעוצה בעיקר בעובדה שלבתי המשפט אין יכולת אכיפה ביחס להחלטותיהם, ושהם תלויים לשם כך ברשות המבצעת. כמו-כן, מכיוון שדיני ההגירה נוגעים כאמור בשאלות שהן יסודיות לריבונותה של המדינה, המחוקק יכול – ויש שיאמרו כי הדבר אף רצוי – לקבוע בהסדרים ראשוניים עקרונות הסותרים את פסיקת בית המשפט, גם אם במחיר של פגיעה במעמדו של זה. בהקשר של דיני הגירה ניתן לעשות פרפרזה על הביטוי שטבע המילטון, שלפיו

CATHERINE DAUVERGNE, MAKING PEOPLE ILLEGAL: WHAT GLOBALIZATION MEANS FOR 33  
MIGRATION AND LAW 182–183 (2008).

Leila Kawar, *Juridical Framings of Immigrants in the United States and France: Courts,* 34  
*Social Movements and Symbolic Politics*, 46 INT'L MIGRATION REV. 414, 416–417 (2012)

35 כן נמצא בהקשר של בתי המשפט שונים באירופה: Virginie Guiraudon, *European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion*, 34 INT'L MIGRATION REV. 1088, 1095 (2000)  
DAVID JACOBSON, RIGHTS ACROSS BORDERS: IMMIGRATION AND THE DECLINE OF CITIZENSHIP 13 (1996); Christian Joppke, *Immigration Challenges to the Nation-State*, in CHALLENGE TO THE NATION-STATE: IMMIGRATION IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 5, 25–29 (Christian Joppke ed., 1998)

36 Peter H. Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 50 (1984).

לבית-המשפט אין לא חרב ולא ארנק,<sup>37</sup> ולומר כי לבתי-המשפט אין לא גדר, שבאמצעותה יוכל להדיר את המהגר ולמנוע ממנו כניסה, ולא אשרה, שבאמצעותה יוכל להקנות לו אפשרות כניסה ושהייה במדינה שאליה היגר. בגלל תלותו ברשויות האחרות, בית-המשפט חייב לגייס תמיכה להחלטותיו, באשר בלעדיה הן לא ייושמו. מכאן, הטענה היא כי בנושאים שיש לגביהם מחלוקת ערכית ופוליטית עמוקה, בית-המשפט עלול לחשוש לפסוק באופן שמחולל שינוי חברתי, שכן הוא עלול לאבד תמיכה ציבורית, אשר חיונית לשם יישום החלטותיו על-ידי הרשות המבצעת והמחוקק.<sup>38</sup> מקרים רבים כאלה נוגעים במדיניות הגירה ובזכויות מהגרים.<sup>39</sup> בתחום ההגירה גיוס תמיכה הינו קשה במיוחד, כך נראה, מכיוון שבתחום זה בית-המשפט פועל לעיתים קרובות ב"אזור הדמדומים". זאת, הן משום שהוא מתייחס לזכויותיה של אוכלוסייה אשר נכנסה בצורה לא-מתועדת, שוהה לא כדין, מתפרנסת מעבודה לא-ממוסה ולכן אינה זוכה באהדה ציבורית רבה; והן משום שתחום זה אומנם מטופל ונידון במסגרת המדינתית, אבל הוא חלק מתופעה גלובלית.<sup>40</sup>

בהינתן המתח האמור, מצד אחד, והמורכבות הפוליטית של התחום, מצד אחר, יש הסבורים כי לנוכח הדינמיקה של היחסים בין בית-המשפט לבין המחוקק והרשות המבצעת, התפקיד הראוי שנוותר לבית-המשפט בעיצוב מדיניות ההגירה הוא משני ושולי, שכן המחוקק והרשות המבצעת הם שעושים בסופו של דבר את האיוונים הפוליטיים-הכלכליים-האידיאולוגיים.<sup>41</sup> אחרים מייחסים לבתי-המשפט תפקיד עקיף, בין כמי שמגבירים את תשומת-הלב הציבורית למדיניות ההגירה, וכך מניעים את הרשויות האחרות לפעולה,<sup>42</sup> ובין כמי שמקיימים "מאזן אימה" עם המחוקקים, אשר משקללים לפיכך מראש, כאשר הם קובעים מדיניות הגירה, את חששם שבית-המשפט עלול להתערב בה.<sup>43</sup>

JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS 437 37  
(Isaac Kramnick ed., 1987).

ROSENBERG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 16; Guiraudon, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1114. 38

Virginie Guiraudon, *Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany and the Netherlands*, in CHALLENGE TO THE NATION-STATE: IMMIGRATION IN WESTERN EUROPE AND THE UNITED STATES 272, 300-301 (Christian Joppke ed., 1998) 39

Susan B. Coutin, *Cause Lawyering in the Shadow of the State: A U.S. Immigration Example*, in CAUSE LAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA 117, 117-121 (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 2001) 40

Schuck, לעיל ה"ש 36, בעמ' 85. 41

JEFFREY M. TOGMAN, THE RAMPARTS OF NATIONS 113 (2001) 42

Kawar, לעיל ה"ש 34, בעמ' 419-418. 43

### 3. המקרה הישראלי: עיצובם של מדיניות ההגירה ודיני זכויות המהגרים בין בית-המשפט לבין הרשויות המחוקקת והמבצעת

נכונותם של בתי-המשפט בישראל ליטול חלק בעיצובה של מדיניות ההגירה וביצירת שינוי חברתי בתחום נחקרה במידה מסוימת על-ידי עופר סיטבון במאמר שפרסם בשנת 2006.<sup>44</sup> סיטבון בוחן במאמרו את מצב זכויותיהם של מהגרי-העבודה כפי שהוא מעוצב בפסיקתם של בתי-המשפט, תוך שהוא מכיר בפער שבין מצב זכויותיהם של המהגרים דה-פקטו לבין מצב זכויותיהם דה-יורה. אציין כי מבחינה זו אני שותפה לטענתו של סיטבון בדבר חשיבות בחינתם של פסקי-דין, הן בשל ההנחה שלבית-המשפט יש השפעה על עיצוב הזכויות בשני המישורים (דה-פקטו ודה-יורה) והן בשל ההנחה שמסמכים שיפוטיים מייצגים עמדה סמכותית חשובה מבחינה מעשית וסמלית ביחס למשמעות הערכית, החברתית והמשפטית של זכויותיהם של מהגרי-העבודה.<sup>45</sup> סיטבון מצא כי בתי-המשפט אינם ממלאים את הפוטנציאל שלהם בכל הקשור להגנה על זכויות האדם של אוכלוסיות מוחלשות הסובלות מתת-ייצוג פוליטי, שכן הם אינם מחזיקים בעמדה החלטית ביחס להגנה הראויה על זכויותיהם של אלה שאינם חברים מלאים בחברה, קרי, אלה שאינם אזרחים או תושבים.<sup>46</sup>

סיטבון סוקר פסקי-דין רבים שניתנו בארץ, ומוצא בהם תמונה מורכבת. עיקר פסיקתו של בית-המשפט העליון, כך נמצא, משוללת הכרעה של ממש, שכן רוב העתירות בעניינם של מהגרי-העבודה נדחות בפסקי-דין לקוני או נמחקות, תוך שבית-המשפט נמנע מלהתערב באופן משמעותי, באמצעות פסקי-דין "מכוננים" (landmark cases), במשטר האשרות הנוהג.<sup>47</sup> בצד גוף פסיקה עיקרי זה סיטבון מצביע על מקרים שבהם הייתה לבית-המשפט השפעה: מצד אחד, היו פסקי-דין שפגעו פגיעה ממשית במצב זכויותיהם של מהגרי-העבודה;<sup>48</sup> ומצד אחר, בחלק מן המקרים ביקש בית-המשפט העליון להימנע מכתובת פסקי-דין שיקבע כי המדינה מפרה את זכויותיהם של מהגרי-העבודה, ותחת זאת הפעיל לחץ על הצדדים, באופן שיוצר אולי השפעה מצטברת בכיוון של שיפור מצב זכויותיהם של מהגרי-העבודה.<sup>49</sup>

בהמשך לכך אבקש להראות כי גם כאשר בית-המשפט העליון מגבש פסיקה אשר מתמודדת באופן חזיתי עם משטר האשרות החל על מהגרי-העבודה ומבקשת לבצר את זכויותיהם של אלה, כמו בשתי הפרשיות שבמוקד המאמר, אין בפסיקה זו בהכרח כדי לחולל את השינוי החברתי הנדרש על-מנת לקדם את מצב זכויותיהם של מהגרי-

44 עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" **משפט וממשל** י' 273 (2006).

45 Kawar, לעיל ה"ש 34, בעמ' 419–420.

46 סיטבון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 312–313. השוו דנג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 30.

47 סיטבון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 292.

48 שם, בעמ' 293.

49 שם, בעמ' 294–296.

העבודה. זאת, משום שפסיקתו של בית-המשפט נעקפת על-ידי פסיקה סותרת של בית-המשפט עצמו או על-ידי המחוקק ומשרד הפנים. בכך אני מבקשת להתבונן על הספרה המשפטית מנקודת-מבט אשר מביאה בחשבון את יחסיה עם הרשויות האחרות ובודקת את יכולת השפעתה. אבקש אפוא לפרוש את שתי הפרשיות שעומדות במוקד מאמר זה, כדי להסביר את כוחו המוגבל של בית-המשפט ביצירת שינוי חברתי מקיף בתחום מדיניות ההגירה.

### פרק ב: בית-המשפט בנבכי משטר האשרות – אקטיביזם ללא שינוי חברתי

בשני פסקי-הדין שבהם אדון במסגרת מאמר זה, בית-המשפט עוסק באופן משמעותי בהיבטים מרכזיים של משטר האשרות החל בישראל על מהגרי-העבודה ובהיבטים של זכויות מהגרים הנגזרים ממנו. בטרם אגש לתיאור שתי הפרשיות ושני פסקי-הדין, אבקש להסביר את הגיונו של משטר האשרות ואת עמדתו של בית-המשפט ביחס אליו, שכן זהו ההקשר הכללי שבו ניתנו פסקי-הדין. עמידה על מאפייניו העיקריים של משטר האשרות תסייע לנו להעריך את ממדי השינוי החברתי שאותו ביקש בית-המשפט לחולל בשני פסקי-הדין הללו.

הגירת-העבודה לישראל אינה תופעה חדשה; היא מתקיימת זה יותר משני עשורים, והיבטיה השונים נחקרו בהרחבה.<sup>50</sup> משטר האשרות החל על מהגרי-העבודה בישראל, וכמוהו גם מדיניות ההגירה בכללותה (ככל שניתן לדבר על מדיניות כזו) והביקורת השיפוטית המתקיימת ביחס להחלטות הנגזרות ממדיניות ההגירה, מניחים כי מדינת-ישראל אינה רואה את עצמה כמדינת הגירה ואינה מבקשת להיות כזו.<sup>51</sup> הרטוריקה

50 ראו, למשל: ISRAEL DRORI, FOREIGN WORKERS IN ISRAEL: GLOBAL PERSPECTIVES (2009); Sarah S. TRANSNATIONAL MIGRATION TO ISRAEL IN GLOBAL COMPARATIVE CONTEXT (Willen ed., 2007); אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן עובדים זרים: הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה בישראל (2008).

51 הגישה הנמנעת מלראות בישראל מדינת הגירה היא שעמדה בבסיס עבודתה של ועדת רובינשטיין, אשר מונתה בשנת 2005 לגיבוש המלצות בנוגע למדיניות ההגירה שעל מדינת-ישראל לנקוט. הוועדה לא סיימה את פעולתה. לעיקרי המלצותיה ראו רינת גלבוש "מדיניות הגירה, נישואין ואיחוד משפחות בישראל" המכון לאסטרטגיה ציונית (2009) [www.izsvideo.org/papers/Marriage.pdf](http://www.izsvideo.org/papers/Marriage.pdf). גישה זו גם מקובלת בפסיקת בית-המשפט. ראו, למשל, את פסק-דינו של השופט רובינשטיין בעע"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, 5 (פורסם בנוב 29.6.2005) ("אופייה של המדינה נתפס כ'מדינת עליה', קרי, מדינת שבות, לא כמדינת הגירה; העליה נתקדשה בחוק השבות תשי"ז-1950, והגירה נראתה כמושג של 'ככל המדינות' שאינו תואם את ההווה הישראלית הייחודית ואת החזון הציוני. ההתפתחויות הנדונות כאן הן שחייבו בשנות האלפיים הקמתה של 'מינהלת הגירה', ועדיין אין שמה

והתפיסה העצמית הללו עומדות כמובן בסתירה למציאות, שבה מראשית שנות התשעים נמצאים בישראל עשרות עד מאות אלפי מהגרי-עבודה, אשר חלקם מועסקים באופן מתועד בענפי החקלאות, הבניין, הסיעוד והתעשייה, וחלקם מועסקים באופן לא-מתועד בענפים אחרים, ביניהם ענפי הטיפול, הניקיון והשירותים.<sup>52</sup> לצידם שוהים בישראל מהגרים מקטגוריות נוספות, אשר חופפות לעיתים קרובות זו את זו או את הקטגוריה של מהגרי-עבודה, ביניהן מבקשי מקלט, פליטים ומהגרים לצורך איחוד משפחות. למעשה, טשטוש ההבחנה רב עד כדי כך שספק אם ניתן להצביע על חלוקה של ממש לקטגוריות בעלות משמעות.<sup>53</sup>

במשך שנים רבות עיקר ההגירה לישראל הייתה של יהודים, אשר הגעתם ארצה נחווה כתופעה רצויה וכ"שיבה" או "עלייה", ולא כהגירה.<sup>54</sup> משטר האשרות פועל לשמר את ישראל כמדינת-יעד להגירה יהודית בלבד, ולגדר את הגירתם של מהגרי-העבודה, וזאת בכמה מובנים.

ראשית, משטר האשרות מבקש לקבע את ארעיות שהייתם של מהגרי-העבודה בארץ. אשרת העבודה שמוענקת למהגרי-העבודה דורשת חידוש מזמן לזמן, ומוגבלת לתקופה מרבית של 63 חודשים (פרט למקרים חריגים, בעיקר בענף הסיעוד). כך, משטר האשרות ממצב את מהגרי-העבודה כמי ששהייתם בישראל קצובה בזמן,<sup>55</sup> ועלולה להגיע לסיומה בנסיבות שונות, לרבות באמצעות מעצר וגירוש.<sup>56</sup> שהייתם זו בארץ אין מקורה בזכות, ועל-כן חלק מהפרווגטיבה של המדינה היא להביאה לידי סיום, והיא גם אינה יוצרת זכות להישאר בישראל בעתיד.<sup>57</sup> ארעיות זו נשמרת הן ביחס למהגרי-העבודה והן ביחס לקטגוריות נוספות של מהגרים בישראל, וזאת גם כאשר מכל בחינה מעשית הם כבר השתקעו בישראל ושוהים בה תקופת זמן ארוכה (לעיתים יותר מתקופת שהייתם בארץ אזרחותם), עד כדי כך שברור כי האפשרות לעזוב את הארץ אינה מעשית

לרוחי". דברים ברוח זו נמסרו לי גם בפגישתי ברשות האוכלוסין וההגירה עם נציגי משרד הפנים, שהתקיימה ב-6.2.2012 בעקבות בקשה שהגשתי לפי חוק חופש המידע.

52 לסקירה היסטורית מקיפה על תופעת הגירת-העבודה לישראל ראו TRANSNATIONAL MIGRATION TO ISRAEL IN GLOBAL COMPARATIVE CONTEXT, לעיל ה"ש 50; David V. Bartram, *Foreign Workers in Israel: History and Theory*, 32 INT'L MIGRATION REV. 303 (1998).

53 טלי קריצמן-אמיר "מבוא" לוינסקי פינת אסמרה (טלי קריצמן-אמיר עורכת, צפוי להתפרסם ב-2015).

54 פרשת פרידה, לעיל ה"ש 51.

55 ס' 3 ר-3א לחוק הכניסה לישראל.

56 כפי שאסביר בהמשך, גם מהגרי-עבודה שיש בידיהם אשרות עבודה המאפשרות להם לעבוד בישראל עלולים למצוא את עצמם מפריים את תנאי האשרה בנסיבות שאינן בשליטתם המלאה, ולכן גם מי שנכנסו לישראל כדין ואוחזים באשרת עבודה תקפה עלולים להיחשף לאפשרות של מעצר וגירוש (ראו להלן תת-פרק ב1).

57 יובל ליבנת "פליטות ומעמד קבע במדינת המקלט" לוינסקי פינת אסמרה (טלי קריצמן-אמיר עורכת, צפוי להתפרסם ב-2015), המתייחס באופן נרחב גם לארעיות שהייתם של מהגרי-העבודה בישראל.

מבחינתם. במגוון פסקי-דין ביסס בית-המשפט את הארעיות הזו, וקבע כי אין המהגרים הללו לישראל זכאים לרכוש בה מעמד שאינו ארעי.<sup>58</sup>

שנית, משטר האשרות מבקש להנציח את הלימינליות של מהגרי-העבודה. הם אינם נתפסים כמשתייכים לקולקטיב וכזכאים לחלק מהטובין המשותפים, ולכן הם מודרים מרבים ממנגנוני הרווחה; הם אינם זכאים להשפיע על עיצוב הנורמות הנוהגות בחברה שהם משתייכים אליה (גם אם באורח ארעי); הם אינם חלק מהשוק במובן זה שניטלים מהם כוחות שוקיים רבים, כגון היכולת להתחרות על ביקושים לעבודה ולחתור לשיפור תנאי העסקתם באמצעות מיקוח אפקטיבי עם מעסיקהם;<sup>59</sup> והם אינם נהנים – דה-יורה ודה-פקטו – מהגנות העומדות לעובדים אחרים, כגון הזכות החוקתית הקבועה בחוק-יסוד: חופש עיסוק, אשר מוקנית לתושבים ולאזרחים בלבד.<sup>60</sup> אחרותם של מהגרי-העבודה מיתרגמת אם כן לזכאות פחותה ולהשפעה פחותה על מנגנוני הקביעה של הזכאות. בהזדמנויות אחדות הכיר בית-המשפט במאפיין זה של משטר האשרות.<sup>61</sup>

שלישית, משטר האשרות מבנה את מהגרי-העבודה כמי ששהייתם בישראל היא לטובת אחר, ובמידה רבה כמושאים של זכויות האחר. כך, אשרתם של מהגרי-העבודה אינה נתפסת כמגשימה אינטרסים או זכויות שלהם עצמם, אלא כמגשימה את צורכיהם של המעסיקים והמשק בכוח העבודה שלהם. מהגרי-העבודה כשלעצמם מוכנים כישויות שתכליתן מתמצה במסירת כוח העבודה שלהם לידי גורם כלשהו, ובכך יתרונו על מי שאינם מהגרים, באשר האחרונים מקיימים זיקות שונות ונוספות על זיקתם למעסיק. הבניה זו באה לידי ביטוי בשיוכו הרישומי של מהגרי-העבודה למעסיק ספציפי, כפי שהיה נהוג בהסדר הכבילה, שיתואר להלן.<sup>62</sup> אחד המקרים הבולטים ביותר שבהם ניכרת הבניה כזו של מהגרי-העבודה היא פרשת **אקסלרד**.<sup>63</sup> פסק-דין זה עוסק בתביעה נזיקית של פגוע תאונת-דרכים אשר נזקק לטיפול סיעודי בעקבות הפגיעה שעבר. אחת הטענות שהעלתה חברת הביטוח הייתה שהנפגע אינו עומד בנטל הקטנת הנזק, שכן הוא מעסיק מטפלים סיעודיים ישראלים, ולא זרים, אף שהעסקתם של זרים זולה יותר.

58 ראו, למשל, עת"ם (מחוזי ת"א) 1708/07 **אמון נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 25.9.2008) העוסק בהחלטה לא להעניק מעמד של תושבות למהגרת-עבודה ששהתה ועבדה בישראל במשך תקופה של כשבע-עשרה שנים, כלומר, במשך רוב שנותיה כאדם בוגר. עוד ראו את פסיקת בית-המשפט הנמנעת מלהעניק מעמד של קבע למשפחה של פליטים מוכרים בישראל, חרף העובדה שהם כבר שוהים בישראל כאחת-עשרה שנים: עת"ם (מחוזי י"ם) 35344-03-10 **גלאן נ' משרד הפנים** (פורסם בתקדין, 15.4.2012).

59 מונדלק, לעיל ה"ש 30.

60 אם כי ייתכן שעקרון-היסוד של השיטה חל גם על מי שאינם אזרחים ותושבים, כגון מהגרי-עבודה. ראו פס' 41 לפסק-דינו של השופט לוי בפרשת **הכבילה**, לעיל ה"ש 6, שם הוא נמנע מלהכריע בנקודה זו.

61 ראו, לדוגמה, ע"ע 23/03 **משרד הפנים נ' הו יונג זן**, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 7.5.2005).

62 ראו להלן תת-פרק ב1.

63 ע"א 3375/99 **אקסלרד נ' צור שמיר חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נד(4) 450 (2000).

בהקשר זה אמר בית-המשפט: "יש להזכיר בעניין זה, שעובד זר מגיע ארצה כשמטרה בואו היא לסעוד את הנפגע. הוא מתגורר בביתו, וההיתר לשהותו בארץ הוא למטרה זו בלבד. מטבע הדברים נוצרים קשרים הדוקים בין הנפגע לעובד הזר. בשונה מעובד ישראלי, אשר יש לו בדרך-כלל משפחה בארץ וקיים אצלו פיתוי מתמיד לשהות במחיצתה, לא כן אצל העובד הזר. אכן, המקרים הרבים של העסקת עובדים זרים מדברים בעד עצמם ומעידים על היתרון שבהעסקתם על פני העסקת עובדים ישראליים". כך, המטפל הזר מוצג כנטול זיקות, זולת יחסי העבודה עם מעסיקו, וזאת בהשוואה לעובד הישראלי, אשר יש לו זיקות שונות היוצרות אצלו "פיתוי" לקיים קשרים וחיים אישיים.

על רקע מאפיינים אלה של משטר האשרות החל על מהגרי-העבודה בישראל והתייחסותו הטיפוסית של בית-המשפט אליהם, ניגש לבחון כעת את בג"ץ הכבילה ואת בג"ץ מהגרת-העבודה ההרה. שני פסקי-דין אלה, כפי שנראה מייד, ייחודיים בכך שהם אינם משלימים עם ההגיונות והתכליות האמורים של משטר האשרות, אלא מבקשים לאתגרם מתוך הסתכלות על מהגרי-העבודה כנושא זכויות. להלן אתאר את שני פסקי-הדין שמאמר זה מתמקד בהם לפי סדרם. אביא בקצרה את השאלה העובדתית-המשפטית שבה עסקו, את טענות הצדדים, ולבסוף את ההנמקה והתוצאה המשפטית.

## 1. בג"ץ הכבילה<sup>64</sup>

הדוגמה הראשונה שאבקש לבחון באמצעותה את מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות ההגירה בישראל היא בג"ץ הכבילה. במסגרת עתירה זו נבחנה חוקיותה של הפרקטיקה המתנה את קבלת אשרת העבודה בכך שמהגרי-העבודה המגיע לישראל יועסק רק על-ידי מעסיק ספציפי, אשר שמו מצוין בדרכונו של מהגרי-העבודה. הפרת תנאי זה מובילה לפקיעת האשרה, וכך העובד הזר נהפך לשוהה לא כדין.<sup>65</sup> ארגוני הזכויות שעתרו בעניין זה טענו כי ההעסקה בתנאי כבילה היא בלתי-סבירה באורח קיצוני, משום שהיא מחוללת פגיעה קשה בזכויותיהם של מהגרי-העבודה, ובעיקר בכבודם, בחירותם ובזכויותיהם על-פי משפט העבודה.<sup>66</sup> תנאי הכבילה, כך טענו, יוצרים כוח עודף בידי המעסיק, המשמש כר פורה לתופעות קשות של ניצול, פגיעה וחפזון של מהגרי-העבודה, משל היה קניינו של המעסיק.<sup>67</sup> המדינה הגנה על הסדר הכבילה בהציגה אותו כחלק מהניסיון להתמודד עם תופעת ההגירה הלא-מתועדת (או בלשון פסק-הדין – "הבלתי-חוקית") לישראל, וכמענה לצורך בפקוח על שהייתם של מהגרי-העבודה בתחומי המדינה, כדי להבטיח שהעובדים אכן יצאו מישראל עם

64 פרשת הכבילה, לעיל ה"ש 6.

65 שם, פס' 1 לחוות-דעתו של השופט לוי.

66 שם, פס' 2–4 לחוות-דעתו של השופט לוי. ראו גם דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 30, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

67 שם, פס' 2–5 לחוות-דעתו של השופט לוי.

פקיעת רשיון הישיבה שלהם.<sup>68</sup> תוך כדי התקופה שבה נידונה העתירה בבית-המשפט, הציעה המדינה כמה הסדרים משלימים להסדר הכבילה, אשר נועדו לאפשר, במגבלות מסוימות, ניידות של מהגרי-עבודה בין מעסיקים. ברם, כל הפתרונות הללו הניחו את הכבילה כהנחת-יסוד, והפכו את המעבר בין מעסיקים לחריג קשה ליישום.<sup>69</sup>

בפסק-הדין העיקרי, אשר ניתן על-ידי השופט לוי כארבע שנים לאחר שהוגשה העתירה, בוחן השופט את ההקשר העולמי והישראלי של הגירת-העבודה, ועומד על האילוצים הכלכליים ועל יחסי הכוחות העומדים ברקעה.<sup>70</sup> מכיוון שלשיתו "בחנינת מציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל... מגלה תמונה קשה ומכבידה",<sup>71</sup> הוא בוחן את שאלת הכבילה בהקשרה של מציאות זו.<sup>72</sup> השופט קובע כי סמכותו של שר הפנים הקבועה בחוק הכניסה לישראל משתרעת על האפשרות לקבוע תנאי של כבילה באשרת העבודה של מהגרי-העבודה.<sup>73</sup> אולם אף ששיקול-דעתו של שר הפנים בהפעלת סמכות זו הוא רחב, הוא כפוף לעקרונות המידתיות.<sup>74</sup> ההסדר שקבע שר הפנים פוגע בכבוד האדם, בחירות, באוטונומיה, בחופש הפעולה ובחופש ההתקשרות של מהגרי-העבודה.<sup>75</sup> זכויות אלה מעוגנות בחוקי-היסוד, בחקיקה רגילה, בפסיקה שפירשה אותם<sup>76</sup> ובאמנות בין-לאומיות.<sup>77</sup> בית-המשפט נמנע מלהכריע בעניין זה באופן החלטי לגבי כל הפתרונות שהציעה המדינה בתקופת חייה של העתירה – אשר נועדו כאמור לאפשר ניידות מסוימת למהגרי-העבודה – אך הביע את דעתו כי אין בהם כדי לאיין את הפגיעות בזכויותיהם של אותם מהגרים.<sup>78</sup> פגיעות אלה בזכויותיהם אינן עומדות במבחן המידתיות, על כל שלושת מבחני-המשנה שלו. כך, בית-המשפט מוצא כי אין קשר רציונלי בין התכלית של פיקוח על שהייתם של מהגרי-העבודה בישראל לבין הסדר הכבילה, שכן לא הוכח כי הסדר הכבילה אכן מייצר פיקוח נאות כזה. יתר על כן, יש ראיות המצביעות על כך שהסדר הכבילה אף העמיק את בעיית ההעסקה לא כדין של מהגרי-עבודה.<sup>79</sup> הסדר זה אינו בבחינת האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר, שכן ניתן לחשוב על הסדרים או אסטרטגיות שונות להשגת תכלית האכיפה שיהיו פוגעניים

68 שם, פס' 6–8 לחוות-דעתו של השופט לוי.

69 שם, פס' 9–11, פס' 17–22 לחוות-דעתו של השופט לוי.

70 שם, פס' 23–27 לחוות-דעתו של השופט לוי.

71 שם, פס' 27 לפסק-דינו של השופט לוי.

72 שם.

73 שם, פס' 14–16 לחוות-דעתו של השופט לוי.

74 שם, פס' 44–48 לחוות-דעתו של השופט לוי.

75 שם, פס' 29–34 ו-41 לחוות-דעתו של השופט לוי. בית-המשפט לא הכריע בשאלה אם הסדר

הכבילה פוגע אף בחופש העיסוק של מהגרי-העבודה, שכן ההכרעה לא נדרשה.

76 שם, פס' 30–34 לחוות-דעתו של השופט לוי.

77 שם, פס' 35–37 לחוות-דעתו של השופט לוי.

78 שם, פס' 42–43 ו-61–62 לחוות-דעתו של השופט לוי.

79 שם, פס' 49–51 לחוות-דעתו של השופט לוי.



פחות.<sup>80</sup> לבסוף, בית-המשפט קובע כי הסדר הכבילה אינו עומד גם במבחן המידתיות במובנו הצר.<sup>81</sup> בית-המשפט מעיר הערות מיוחדות בנוגע לענף הסיעוד, תוך שהוא אומר כי מכיוון שבענף זה עסקינן במעסיקים הנזקקים לסיוע בפעילויות בסיסיות, ייתכן שנקודת האיזון המכתיבה את הסדר ההעסקה צריכה להיות שונה מאשר בענפים אחרים, כגון חקלאות ובניין (שבהם המעסיקים מקיימים פער מעמדי מובנה מהעובדים, ואינם תלויים באותה מידה ברציפות העסקתם של העובדים, לשיטת בית-המשפט).<sup>82</sup> אולם, גם אם יש צורך באיזון מיוחד המתחשב בצרכיהם של המעסיקים הסיעודיים, אין להפוך את מהגרי-העבודה המטפל הסיעודי למי שנותן "שירות אישי מאונס".<sup>83</sup> לסיכום, מאחר שמצא כי הסדר הכבילה פוגע בזכויות-יסוד של מהגרי-העבודה באופן לא-מאוזן ולא-מידתי, פסק בית-המשפט כי המדינה מחויבת לקבוע הסדר אחר תחתיו בתוך שישה חודשים.<sup>84</sup>

מעבר להלכת פסק-הדין שפורטה לעיל, חשוב לעמוד גם על הביסוס המוסרי שהשופט לוי מביא לפסק-דינו. הנמקתו המוסרית רואה את מהגרי-העבודה כנושא עצמאי של זכויות, וזאת מעצם אנושיותו ואף-על-פי שהוא אינו אזרח. הגם שכניסתו של מהגרי-העבודה לישראל כפופה לשיקולי הגירה, השופט לוי מזכיר את מה שהיה אמור לכאורה להיות ברור מאליהו אך בפועל נראה כמנוגד למשטר האשרות הנוהג בישראל (וגם במקומות אחרים בעולם):

"העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. אף העובדה שאין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים, אין פירושה כי משמחליטה היא לעשות זאת – רשאית היא לעשות זאת בכל תנאי. לכן, אף אם נקבל כי זכויותיו של העובד הזר אינן כזכויות הנתונות לאזרח, רבותא מעטה בלבד בכך לענייננו, שהרי הזכויות שנפגעות בעטיו של הסדר הכבילה למעסיק נובעות מאנושיותו של הפרט, וממילא אינן משל המדינה לתת או לשלול."<sup>85</sup>

השופט לוי ממשיך עוד ומציין בלשון קנטיאנית, בהקשרם של מהגרי-העבודה בענף הסיעוד, כי למרות החשיבות בשמירה על האינטרסים של המטופלים הסיעודיים, יש לזכור כי מהגרי-העבודה כבני-אדם "לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא".<sup>86</sup>

80 שם, פס' 52–54 לחוות-דעתו של השופט לוי.

81 שם, פס' 55–56 לחוות-דעתו של השופט לוי.

82 שם, פס' 58–60 לחוות-דעתו של השופט לוי.

83 שם, פס' 60 לפסק-דינו של השופט לוי.

84 שם, פס' 62 לפסק-דינו של השופט לוי.

85 שם, פס' 56 לפסק-דינו של השופט לוי.

86 שם, פס' 60 לפסק-דינו של השופט לוי.

אמירות דומות נאמרו בלשון נחרצת אף יותר על-ידי השופט חשין, אשר הצטרף לחוות-דעתו של השופט לוי ואף הוסיף עליה, תוך שהוא מזהיר אותנו מלוכנרזים:<sup>87</sup>

"...והרי כל אדם – גם אם זר הוא בקהלנו – זכאי לכבודו כאדם. כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים.

אכן, אין להימנע ממסקנה – מסקנה כואבת ומבישה – כי העובד הזר הפך צמית של מעסיקו; כי הסדר הכבילה על כל שלוחותיו סגר על העובד הזר סביב-סביב; כי הסדר הכבילה יצר מעין-עבודות בגירסה מודרנית. בהסדר הכבילה שהיא עצמה קבעה והשליטה, רצעה המדינה את אוזנם של העובדים הזרים למזוות ביתם של מעסיקהם, וכבלה את ידיהם ואת רגליהם באזיקים ובנחושתיים למעסיק ש'יבא' אותם ארצה. לא פחות מכך. העובד הזר הפך מהיותו **נושא** למשפט – בן-אדם שהמשפט מעניק לו זכויות ומטיל עליו חובות – להיותו **מושא** במשפט, כמו היה מיטלטל בין מיטלטלין. ההסדר פגע באוטונומיה של העובדים כבני אדם, והלכה למעשה שלל מהם את חירותם. על-פי הסדר הכבילה היו העובדים הזרים למכונות-עבודה – בייחוד כך שהמעבידים התירו לעצמם, בניגוד לחוק, להעבירם מיד-אל-יד – והפכו להיותם כעבדים של ימי-קדם, כאותם בני-אנוש שבנו את הפירמידות או שחתרו במשוטים להסיע ספינות של האימפריה הרומית אל המלחמה.<sup>88</sup>

תוצאתו הרטורית של בג"ץ **הכבילה** הייתה ערעור הנדבך המרכזי של משטר האשרות – נדבך ההדרה של מהגר-העבודה מהשוק באמצעות שלילת כוח המיקוח שלו (על כל ההשלכות הכרוכות בכך, שפורטו לעיל). פסק-הדין מסייג את הלימינליות של מהגר-העבודה, ומסמן שגם אם מהגר-העבודה אינו משתייך באופן מלא לקולקטיב שבקרבו הוא מצוי, אין הוא משולל כוחות, ויש לו אפיקי השפעה על גורלו, זכויותיו וציפיותיו הסבירות.

חרף הרטוריקה הנחרצת שבה נעשה שימוש בבג"ץ **הכבילה**, גם בעת כתיבת שורות אלה, שש שנים לאחר שניתן פסק-הדין בעתירה, נראה כי עקבותיה של מדיניות הכבילה עודן עימנו במידה רבה. המשך קיומה בפועל של הכבילה התאפשר הן באמצעות פסקי-דין מאוחרים יותר שהתירו מעשים העולים כדי כבילה מבחינה מהותית, הן על-ידי תיקוני חקיקה והן על-ידי צעדים מנהליים שננקטו, כפי שאפרט להלן.

87 שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט חשין. החשש מלוכנרזים מובע כאן במובן של קדימותה של החירות על השוויון וקדימותם של האינטרסים הקנייניים-הרכושניים של בעלי ההון המעסיקים על ההגנה על זכויות האדם של העובדים.

88 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין (ההדגשות במקור).

**(א) התגובה המנהלית**

בפסק־דינו קצב בית־המשפט למדינה פרק־זמן של שישה חודשים לגיבוש משטר אשרות חלופי למשטר הכבילה, אולם המדינה השתתה בגיבוש הסדר כזה וביישומו, וזה יצא אל הפועל רק בחלוף יותר משלוש שנים וחצי, ולאחר הליכים של בזיון בית־המשפט.<sup>89</sup> משטר האשרות החלופי כולל מנגנון העסקה המעוגן בשורה של נהלים<sup>90</sup> ומושתת על שילובן של חברות כוח־אדם ("לשכות תעסוקה פרטיות" או "תאגידי כוח־אדם" בענף הבניין) כגורם שלישי מרכזי ליחסי העבודה. חברות כוח־האדם משמשות בחלק מן המקרים כמעסיקות (בבניין) ובחלק מן המקרים כמתווכות בין המעסיק לבין העובד (בסיעוד ובחקלאות). לענייננו חשוב במיוחד להדגיש כי עובד יכול "להתנייד" בין מעסיקים שונים העושים שימוש באותה חברת כוח־אדם, וכן יכול – אחת לרבעון – לבקש להיקשר עם חברת כוח־אדם אחרת.

עם זאת, משיקולים עסקיים נראה כי הסדר זה אינו מצליח להגשים את חירותם של העובדים לבחור לעצמם מעסיק. זאת, משום שהמנגנון הרווח שפועלתן של חברות כוח־האדם מושתת עליו מבוסס על הרווח שמתקבל בחברה עם הגיעו של עובד חדש ארצה. לחברת כוח־האדם אין תמריץ כספי להעביר עובד ממעסיק למעסיק, וכך גם אין לחברת כוח־אדם אחרת תמריץ לקלוט אותו. קיימים שני טעמים נוספים לכך שחברות כוח־האדם נוטות להעדיף את העסקתם של מהגרי־עבודה אשר זה עתה הגיעו ארצה: ראשית, תקופת האשרה הקרבית של מהגרי־העבודה מוגבלת, ומי ששהה בישראל כבר ניצל חלק מתקופה זו ויוכל להמשיך לעבוד פרק־זמן קצר יחסית; שנית, עובדים אשר אך לאחרונה הגיעו לישראל מודעים פחות לזכויותיהם ולכן עומדים עליהן פחות ונוחים יותר להעסקה מבחינתן של חברות כוח־האדם. על כך יש להוסיף את העובדה שההסדר כולל מגבלות זמנים קשיחות, קרי, מחייב את מהגרי־העבודה למצוא עבודה תוך פרק־זמן קצר יחסית על־מנת לעמוד בתנאי האשרה. לפיכך עובד שעוזב את מעסיקו נוטל סיכון משמעותי המקרין במישרין על סיכוייו להמשיך להיות מועסק בישראל. מאמצים

89 ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' מדינת ישראל (החלטה מיום 24.11.2008) (להלן: החלטה ראשונה בעניין בזיון בית־המשפט בפרשת הכבילה) וכן בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (החלטה מיום 3.12.2009) (להלן: החלטה שנייה בעניין בזיון בית־המשפט בפרשת הכבילה).

90 ראו, למשל, נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0001 "נוהל הזמנת עובד זר מחו"ל" (2011) [www.piba.gov.il/Regulations/93.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/93.pdf); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 00518 "נוהל העסקת עובדים זרים בענף הבניין על ידי קבלני כוח אדם לשנת 2012" (2011) [www.piba.gov.il/PublicationAndTender/Publications/Documents/%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C%2000518.pdf](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/Publications/Documents/%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C%2000518.pdf); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0002 "נוהל הזמנת עובד זר בתחום הסיעודי + הארכת אשרה ב/1 סיעודי" רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0002 (2010) [www.piba.gov.il/Regulations/94.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/94.pdf); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 52/11 "נוהל העסקת עובדים זרים בחקלאות לשנת 2012" (2012) [www.piba.gov.il/Subject/ForeignWorkers/ForeignWorkers/Documents/00509\\_1.pdf](http://www.piba.gov.il/Subject/ForeignWorkers/ForeignWorkers/Documents/00509_1.pdf); ועוד רבים אחרים. לכלל הנהלים החלים בענפים השונים ראו [piba.gov.il/subject/foreignworkers/pages/default.aspx](http://piba.gov.il/subject/foreignworkers/pages/default.aspx)

להתלות היתרים להבאת מהגרי-עבודה נוספים ארצה במציאת עבודה למהגרי-עבודה קיימים אינם מיושמים במלוא העוצמה הנדרשת. כך, הנהלים החדשים יצרו מציאות שאינה שונה מבחינה מעשית מזו שנהגה לפנייהם.

### (ב) בג"ץ פוסק נגד עצמו

לצד התגובה המנהלית שבאה לידי ביטוי ביצירת נהלים חדשים שגם נקודת מוצאם היא כבילה, נראה כי גם בית-המשפט עצמו מיתן את הישגיו של בג"ץ הכבילה. בפסיקה מאוחרת לבג"ץ הכבילה ביטא בית-המשפט הסתייגויות בקשר למוחלטותה של ההלכה שנקבעה בו. כך היה, למשל, בפרשת יילמזלר.<sup>91</sup> בפסק-דין זה נידונה העסקתם של מהגרי-עבודה טורקים כחלק מהסכם בין ישראל לטורקיה בדבר השבתתם של 170 טנקים בעבור צבא טורקיה. נקבע כי התשלום בעסקה יתפרש על-פני עשור, וייעשה בחלקו באמצעות העסקתם של 800 עובדים טורקים בישראל על-ידי חברת הבנייה הטורקית יילמזלר. בעתירה מתוארת תמונת העסקה קשה של עובדי יילמזלר, ובכלל זה העסקה בעבור שכר מקפח החשוף לניכויים ול"קנסות" שרירותיים; החרמת דרכונים; העסקה במשך קרוב ליממה ברציפות, ללא תשלום בעבור עבודה בשעות נוספות; איסור יציאה מאתר הבנייה לאחר שעות העבודה ואיסור החזקת טלפון סלולרי; אימונים ועוד. בפסק-דינו, אשר דוחה את העתירה, בית-המשפט אינו עוסק באופן ממשי בתנאי ההעסקה הקשים המתוארים לעיל. המשנה לנשיאה ריבלין, אשר נתן את חוות-הדעת המובילה בפסק-הדין, מבחין בין המקרה של עובדי יילמזלר לבין השאלה הכללית שנידונה בפרשת הכבילה. בניגוד לכלל מהגרי-העבודה, עובדי יילמזלר לא נאלצו לשאת בתשלומים כבדים כדי להגיע לישראל, והמשנה לנשיאה ריבלין מסיק מכך כי אם תנאי העסקתם אינם מקובלים עליהם, הם יכולים לחזור לארצם ולעבוד בה מבלי שהדבר ירע את מצבם. כמו-כן, מכיוון שהעסקתם של עובדי יילמזלר הינה חלק מהסכם בין ממשלות ישראל וטורקיה, המשנה לנשיאה ריבלין מניח כי שתי הממשלות מפקחות על תנאי העסקתם. זאת ועוד, מאחר שמדובר בהסדר קצוב בזמן, שאמור להסתיים סמוך למועד פסק-הדין, המשנה לנשיאה ריבלין אינו מוצא הצדקה להתערב בו, מה-גם שביטולו והחזרת העובדים לטורקיה אינם נראים לו כמשרתים את טובתם. השופטת חיות, שהצטרפה לדעתו של המשנה לנשיאה ריבלין, ממקדת את הכרעתה בעובדה שההסכם קצר-מועד. השופט לוי, בדעת מיעוט, נוקט עמדה עקבית ביחס לחוות-דעתו בבג"ץ הכבילה, שאינה מבחינה בין ההסדר החל על עובדי יילמזלר לבין זה החל על יתר מהגרי-העבודה.

שורתו התחתונה של פסק-הדין מאפשרת העסקה של מהגרי-עבודה בתנאי כבילה, לכל-הפחות בחסותם של הסכמים דו-צדדיים לפרקי-זמן קצובים. בתוצאה זו יצר בית-המשפט חריג המאפשר העסקה של מהגרי-עבודה בתנאי כבילה, ובכך הביע עמדה

91 בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2007) (להלן: פרשת יילמזלר).

שלפיה בנסיבות מסוימות אותה "עבדות מודרנית" שתיאר בבג"ץ הכבילה תקבל בכל-זאת הכשר משפטי. למעשה, בכך אותת בית-המשפט לרשות המנהלית כי ייתכן שמקרים מובחנים של העסקה בתנאי כבילה אכן יותרו. על סיכון זה שהזמני ייהפך לקבוע ושהחריג ייהפך לכלל עמד השופט לוי בחוות-דעתו, אלא שזו נותרה כאמור דעת מיעוט. מקרה אחר נידון בבג"ץ יהודה, אשר גם בו עלתה שאלת הכבילה, שמוסגרה כאן כשאלת התמודדותם של מטופלים סיעודיים בתקופת-ביניים שבהם הם נותרים ללא מטפל סיעודי לאחר שמהגרת-העבודה שטיפל בהם עזב את עבודתו מכל סיבה שהיא.<sup>92</sup> החשש כי מטפלים ינטשו את מטופליהם נהפך לחשש מעשי לנוכח העובדה שמשטר הכבילה המעודכן הפך את התפטרות העובד לאפשרות מעשית. הפתרון שהוצע על-ידי המדינה, ואשר התקבל על-ידי בית-המשפט, הוא למנוע עזיבה פתאומית כזו של העובד הסיעודי באמצעות דרישות הודעה מוקדמת מיוחדות. תקופת ההודעה המוקדמת הנדרשת מן העובד הסיעודי – אשר עוגנה לעת הזו בנוהל פנימי אך מהצהרות המדינה במסגרת ההליך בבג"ץ נראה כי יש כוונה לעגנה בעתיד בתקנות<sup>93</sup> – ארוכה מזו הנדרשת מעובדים אחרים. כמו-כן, הנוהל קובע כי אם לא יכבד העובד את דרישת ההודעה המוקדמת, הוא יאבד את אשרתו. נוהל זה אושר כאמור על-ידי בית-המשפט.<sup>94</sup> גם כאן, כמו בפרשת יילמזלר, בית-המשפט מבנה חריג לכלל שנקבע בבג"ץ הכבילה. בעוד שבפרשת יילמזלר דובר בחריג צר יחסית, שהוחל על קבוצת עובדים זמניים לכאורה שעבדו בעבור מעסיק אחד מסוים, החריג שנפרץ בבג"ץ יהודה רחב יותר, וחל על כלל המהגרים העובדים בענף הסיעוד. ההצדקה של חריג זה נובעת מכך שבית-המשפט רואה בענף הסיעוד מקרה ייחודי, המקיים איזון כוחות שונה בין המעסיק לבין העובד מאשר בכל ענפי התעסוקה האחרים.<sup>95</sup> לפי בית-המשפט, בעוד בכל יתר ענפי התעסוקה העובד סובל מחולשה יחסית לעומת המעסיק, במקרה של ענף הסיעוד המעסיק עצמו מוחלש ומקיים תלות חזקה בעובד שלו.<sup>96</sup> כשלעצמי, איני משוכנעת בהנמקה זו. ראשית, אין זה ברור כלל שבענף הסיעוד המעסיק מוחלש ותלוי בעובד בכל מקרה, והדבר טעון הוכחה אמפירית. בחלק גדול מן המקרים חולשתו היחסית של המטופל הסיעודי אינה כה חריפה, שכן הוא מקיים פער מעמדי-כלכלי מול העובד, אשר ממקם אותו בכל-זאת בעמדת שליטה ביחסים. כמו-כן, בני משפחתו של המטופל ממלאים בדרך-כלל תפקיד חשוב במערכת ההעסקה, אשר ממתן אף הוא את חולשתו היחסית של המטופל. ממילא, ספק גדול אם אי-אפשר לאתר

92 בג"ץ 1834/09 יהודה נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין והגירה ומעברי הגבול (פורסם בנבו, 25.6.2012) (להלן: "בג"ץ יהודה").

93 במאמר מוסגר יש לציין כי הנוהל עומד בסתירה לחקיקה קוגנטית, וניתן לסבור שחקיקה זו גוברת עליו.

94 בג"ץ יהודה, לעיל ה"ש 92.

95 לביקורת על סוג זה של טיעונים ראו: Guy Mundlak & Hila Shamir, *Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Care Work as "Work Like No Other"*, 23(1) CAN. J. WOMEN & L. 289 (2011).

96 בג"ץ יהודה, לעיל ה"ש 92.

מקצועות נוספים שבהם יחסי הכוחות בין העובד למעסיקו אינם נוטים באופן מובהק לטובת המעסיק, ואם הסיעוד הוא אכן המקצוע היחיד שבו המעסיק תלוי בעובד. לכן, החרתם של עובדי הסיעוד מן הכלל שנקבע בבג"ץ הכבילה – ומתחולתם של חוקי-המגן – אינה מוצדקת לטעמי.

### (ג) חקיקה עוקפת בג"ץ

לבסוף, הנחת-היסוד של הכבילה מעוגנת בתיקון חקיקה שהתקבל לאחרונה. תיקון מס' 21 לחוק הכניסה לישראל<sup>97</sup> קובע אפשרות להגביל את מספר המעסיקים המרבי של מהגרי-עבודה,<sup>98</sup> וכן לקבוע תיחום גיאוגרפי לאשרותיהם של מהגרי-עבודה.<sup>99</sup> החוק מציין אומנם כי "תקנות לפי סעיף קטן זה ייקבעו בשים לב לנסיבות שבהן סיים העובד הזר את העסקתו אצל כל אחד ממעסיקיו ובשים לב לחירותו של העובד, כך שלא ייכפה עליו לעבוד אצל מעסיק".<sup>100</sup> אולם בהתחשב בכך שתפיסת החירות של מהגרי-העבודה היא שברירת, ומניחה שמהגרי-העבודה יעדיף לעבוד גם בתנאי עבודה מקפחים מאשר לחזור לארצו, ניתן להרהר אחר תפיסת הבחירה המיושמת בהקשרו.<sup>101</sup>

## 2. בג"ץ מהגרת-העבודה ההרה<sup>102</sup>

כאמור, בפרשה זו נבחנה חוקתיותו של "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (להלן: הנוהל).<sup>103</sup> מכיוון שרוב מהגרות-העבודה השוהות בישראל מועסקות בענף הסיעוד,<sup>104</sup> הנוהל חל בפועל בעיקר על מטפלות סיעודיות. הנוהל מנסה להגביל את יכולתה של העובדת להשתקע בישראל, אך ב-בזמן מבקש

97 תיקון מס' 21 לחוק הכניסה לישראל, לעיל ה"ש 7.

98 שם, ס' 2, המוסיף לס' 3א לחוק הכניסה לישראל את ס"ק (2ג)(1), שלפיו "שר הפנים, בהתייעצות עם שר הרווחה והשירותים החברתיים ובאישור ועדת הפנים והגנת הסביבה, רשאי לקבוע בתקנות, לשם מניעת ניצול לרעה של האשרה ורישיון השיבה שניתנו לעובד הזר, אמצעי בקרה על מספר המעסיקים שעובדים זרים, שתחום עיסוקם כפי שנקבע באשרה וברישיון השיבה הוא ענף הסיעוד, רשאים לעבור ביניהם; לא יראו מעבר של עובד זר בין מעסיקים בעקבות פטירתו של מעסיק כמעבר לעניין סעיף זה".

99 שם, ס' 2, המוסיף לס' 3א לחוק הכניסה לישראל את ס"ק (3ג), הקובע כי "שר הפנים, בהתייעצות עם שר הרווחה והשירותים החברתיים ובאישור ועדת הפנים והגנת הסביבה, רשאי לקבוע בתקנות אזורים גאוגרפיים שרק בהם יהיו עובדים זרים כאמור בסעיף קטן (2ג) רשאים לעסוק בתחום העיסוק הקבוע באשרה וברישיון השיבה שניתנו להם".

100 שם, ס' 2, במסגרת התוספות של ס"ק (2ג)(3) ו-(3ג).

101 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' פורמלי בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009), (להלן: בג"ץ גלוטן), בעיקר בפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

102 פרשת מהגרת-העבודה ההרה, לעיל ה"ש 6.

103 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל", לעיל ה"ש 16.

104 ראו: Hila Shamir, *Migrant Care-Workers in Israel: Between Family, Market and State*, 28 (2013) ISR. STUD. REV. 192.

להבטיח את רציפות העסקתה אצל המעסיק שלה, שהוא לרוב המטופל הסיעודי כאמור, אשר תלוי בהמשך הטיפול בו לשם מילוי צרכיו הבסיסיים. כך, מתקיימת שניות מעניינת ביחס המשפטי אל העובדות הסיעודיות: מצד אחד, חוק הכניסה לישראל מאפשר להן בנסיבות מסוימות להאריך את תקופת שהייתן בישראל ככל שהדבר נחוץ להגשמת טובתו של מעסיקן;<sup>105</sup> ומצד אחר, כדי לוודא שהמטפלת הסיעודית אינה משתקעת בישראל, נאסר עליה, באמצעות הנוהל, לשהות בישראל יחד עם ילדיה שנולדו בישראל. הנוהל קובע כי מהגרת-עבודה ששוהה בישראל כחוק ונמצאת בהיריון מחודש שיש ואלך, ואשר מסיבה כלשהי נפסקה עבודתה אצל מעסיקה או שהיא עבדה אצל מעסיקה עד לידת תינוקה, יכולה להגיש בקשה לאשרה המוענקת על-דרך הכלל לתיירים (מסוג ב/2), אשר אינה מזכה את הנושאת אותה באפשרות לעבוד. אשרה זו תינתן לה לתקופה של 90 יום לאחר מועד הלידה, קרי, למשך חופשת הלידה המנדטורית בתשלום שהייתה נהוגה באותה תקופה על-פי החוק.<sup>106</sup> במהלך תקופה זו על העובדת הזרה לצאת מישראל עם ילדה, והיא תוכל לחזור ולהיכנס אליה לצורך עבודה אך ורק ללא הילד, במשך תקופה של עד שנתיים ממועד הלידה.<sup>107</sup> עם שובה ארצה, כך קובע הנוהל, תוענק למהגרת-העבודה אשרת עבודה שתקופתה תהא בהתאם לכללים ולמגבלות הרגילים. בין היתר, התקופה שבה תשהה מהגרת-העבודה מחוץ לישראל תיכלל בחישוב משך שהייתה הכולל בישראל, הנמנה ממועד כניסתה הראשונה אליה. יצוין כי למטפלות הסיעודיות יש אפשרות להאריך בתנאים מסוימים את תקופת האשרה שלהן, אך רק ככל שהדבר משרת את טובת מעסיקן, ובכפוף להצגת אישורים מתאימים.<sup>108</sup> בנסיבות הומניטריות חריגות, נקבע בנוהל, תישקל אפשרות להתיר לעובדת הזרה להמשיך לשהות בישראל עם הקטין לתקופה קצובה נוספת לאחר חלוף 90 הימים.<sup>109</sup>

בעתירה נגד חוקתיותו של הנוהל נטען כלפיו כי הוא פוגע בזכויותיה החוקתיות של מהגרת-העבודה למשפחה ולהורות, שהן זכויות חוקתיות הנגזרות מההגנה על כבוד האדם, על הזכות לפרטיות ועל האוטונומיה של הרצון הפרטי. פגיעה זו, כך נטען, אינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. עוד נטען כי הנוהל פוגע בזכויותיה של מהגרת-העבודה לפי חוקי-המגן ולפי כללים המעוגנים באמנות זכויות אדם בין-לאומיות.<sup>110</sup> המדינה, מצידה, ביקשה לדחות את העתירה על הסף – משום שהיא כוללנית ותיאורטית מדי ומשום שקיים בעניינה סעד חלופי בבית-המשפט לעניינים מנהליים<sup>111</sup> – או לגופה. בטעוניה לגופו של עניין, כפי שבית-המשפט מציג אותם בפסק-דינו, היא מתמקדת

105 ס' 3 לחוק הכניסה לישראל.

106 ס' 6 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ח 160. יצוין כי החוק אינו מחייב ליטול את חופשת הלידה לאחר הלידה, וכן כי משך התקופה הנקוב בחוק הוא 14 שבועות. לאחרונה הוראה חופשת הלידה ל-26 שבועות, מהם 14 בתשלום.

107 פרשת **מהגרת-העבודה ההרה**, לעיל ה"ש 6, פס' 1 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

108 ס' 3 לחוק הכניסה לישראל.

109 פרשת **מהגרת-העבודה ההרה**, לעיל ה"ש 6, פס' 1 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

110 שם, פס' 5 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

111 שם, פס' 7 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

בכוחה הריבוני לקבוע מדיניות הגירה, ובצורך להגביל את ההגירה לישראל משיקולים חברתיים וערכיים.<sup>112</sup> מתוך כך, טוענת המדינה, למהגרי-העבודה המצויים בישראל אין זכות קנויה לשהות בה, לעבוד בה או לממש דווקא בה את זכותם לחיי משפחה.<sup>113</sup> ממילא, ככל שקיימת זכות חוקתית למהגרת-העבודה אשר נפגעת על-ידי הנוהל, הפגיעה בה היא בהתאם לפסקת ההגבלה.<sup>114</sup> בעיקר, כך נטען, הנוהל מבקש למנוע השתקעות של מהגרי-עבודה וילדיהם בישראל.<sup>115</sup> ממילא, טענה המדינה, אם יותר לילדה של מהגרת-העבודה לשהות בארץ, הצורך לטפל בו עלול לפגוע ביכולתה לטפל במעסיקה, ואף להקשות עליה במציאת מקום עבודה.<sup>116</sup> זאת ועוד, טובת הילד מחייבת שהוא לא יישאר בישראל, מכיוון שלנוכח עומס המטלות הרובץ על אמו, היא לא תוכל לטפל בו כהלכה.<sup>117</sup> במאמר מוסגר אציין כי טענה זו של המדינה "מתכתבת", כך נראה, עם הגישה שננקטה בפרשת **אקסלרד** שאוזכרה לעיל,<sup>118</sup> שלפיה העובד הזר נטול זיקות בישראל, פרט לזיקתו האחת כנותן מענה לצרכיו של מעסיקו.

פסק-הדין בעתירה ניתן כשש שנים לאחר מועד הגשתה, ביום פרישתה של השופטת פרוקצ'יה (אשר כתבה את דעת הרוב בפרשה) מבית-המשפט העליון, דבר שהעניק לו נופך של חגיגות מסוימת. בפסק-דינו דוחה בית-המשפט את טענות-הסף של המדינה ודן בעתירה לגופה.<sup>119</sup> בית-המשפט ניגש לבחינת הנוהל על רקע בחינה כוללת של תופעת ההגירה לישראל והשלכותיה החברתיות,<sup>120</sup> ומתוך הנחה כי למדינה יש אינטרס לגיטימי להגביל את שהייתם של מהגרי-העבודה בישראל, ולמנוע את השתקעותם בה.<sup>121</sup> עוד מניח בית-המשפט כי כשם שבסמכותו של שר הפנים לאסור כניסת עובד זר לישראל או להתנות תנאים לכניסתו, כך מוסמך הוא להתנות תנאים לשיבתו בישראל, ולהורות באילו נסיבות עליו לעזוב את המדינה.<sup>122</sup>

עם זאת, בהפעילו את סמכותו חייב השר לשקול, כך קובע בית-המשפט, את כל השיקולים הרלוונטיים, לרבות "את היקף הפגיעה הערכית והחוקתית הכרוכה בהרחקתה של עובדת זרה מישראל בעילה של לידת ילדה, על הפגיעה בזכות החוקתית להורות הכרוכה בפגיעה זו".<sup>123</sup> שיקולים אלה לא נשקלו, קובע בית-המשפט,<sup>124</sup> וממילא, ככל

112 שם, פס' 8 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

113 שם, פס' 9 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

114 שם.

115 שם, פס' 10 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

116 שם, פס' 11 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

117 שם.

118 פרשת **אקסלרד**, לעיל ה"ש 63.

119 פרשת **מהגרת-העבודה ההרה**, לעיל ה"ש 6, פס' 14–16 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

120 שם, פס' 19 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

121 שם, פס' 21 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

122 שם, פס' 26 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

123 שם, פס' 30 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

124 שם.



שנשקלו, הביטוי שהם קיבלו בנוהל אינו משקף איזון סביר בין התכליות המתנגשות.<sup>125</sup> בית-המשפט מחייב אם כן את המדינה לערוך איזון בין האינטרס הציבורי במדיניות הגירת-עבודה מגבילה, מחד גיסא, לבין זכויותיה של מהגרת-העבודה, מאידך גיסא. לעניין זה הוא קובע, תוך שהוא מקבל את עמדת העותרים, כי "נוהל העובדת הזרה כרוך בפגיעה עמוקה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה. הוא פוגע בזכויותיה להורות ולמשפחה, וכן בציפיותיה הכלכליות-רכושיות; הוא אינו מתיישב גם עם התפיסה של משפט העבודה הישראלי באשר להגנה על זכויות עובדת בהריון ולאחר הלידה, ועם האיסור להפלות עובדת בשל הריון, לידה והורות במסגרת הזכות לשוויון בתעסוקה; הוא עומד בניגוד לתפיסת ההגנה על מהגרי עבודה באמנות הבינלאומיות".<sup>126</sup>

לגישתו של בית-המשפט, "ככלל, משהמדינה מתירה את כניסתו של אדם בשעריה, ומאפשרת את שהייתו כאן, בין היתר לצרכי עבודה, נפרשת מעליו מטריית עקרונות המשפט הבסיסיים החלים בישראל על כל אדם הנמצא בשטחה".<sup>127</sup> אומנם, לא כל העקרונות החוקתיים – לא מצד הזכויות ולא מצד החובות – חלים על מי שאינם אזרחים. אולם "על עובד זר השוהה בישראל חלים העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נועדו להגן על חייו, גופו, כבודו, קניינו, חירותו האישית, חופש התנועה שלו לצאת מישראל, פרטיותו וצנעת חייו. במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד האדם. חוק-היסוד קובע כי זכויות היסוד של 'האדם בישראל' מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, וכי הן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל... תחולת חוק-היסוד מתפרשת, אפוא, בעיקרה, על כל אדם הנמצא בישראל, ללא קשר למעמדו האזרחי, דתו, פועלו, השקפותיו וכיוצא באלה".<sup>128</sup> מתוך כך קובע בית-המשפט כי "הזכות להורות היא, אפוא, זכות יסוד מוגנת במשפט החוקתי הישראלי. זכות זו נתונה לעובדת הזרה השוהה בישראל כמו לכל אדם אחר המצוי בגבולות המדינה".<sup>129</sup>

בהמשך קובע בית-המשפט כי "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" פוגע בזכותה של מהגרת-העבודה בכך שהוא מציב בפניה בחירה בלתי-אפשרית בין שניים: לחיות עם ילדה בארצה – מהלך הנושא בחובו מחיר כלכלי כבד, פגיעה בציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, ואולי אף פגיעה בזכותה לקניין; או להותיר את ילדה בארצה בידי אחרים שיגדלוהו – דבר הפוגע בזכותה החוקתית לחיי משפחה.<sup>130</sup> זאת ועוד, בית-המשפט מראה כי הנוהל עומד בסתירה לכללים שונים של המשפט הבין-לאומי, ומנוגד לקבוע במשפט המשווה.<sup>131</sup> לבסוף, בית-המשפט מציין כי

125 שם, פס' 31 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

126 שם, פס' 35 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

127 שם, פס' 36 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

128 שם (ההדגשה במקור).

129 שם, פס' 39 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

130 שם, פס' 40–42 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

131 שם, פס' 44–51 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

הנוהל מנוגד לעקרונות דיני העבודה, האוסרים הפליה מחמת השתייכות מגדרית, היריון או לידה.<sup>132</sup>

לנוכח הפגיעות שהנוהל מסב לזכויותיה החוקתיות של מהגרת-העבודה, בית-המשפט עובר לבחון את סבירותן של הפגיעות על-פי פסקת ההגבלה,<sup>133</sup> שהרי זכויות אלה אינן מוחלטות.<sup>134</sup> כאן השופטת מוצאת כי המדיניות המגולמת בנוהל הולמת את ערכי המדינה וננקטת לתכלית ראויה,<sup>135</sup> אך פוגעת פגיעה לא-מידתית בזכויותיה. עיקר הקושי, קובעת השופטת פרוקצ'יה, טמון במבחני-המשנה השני והשלישי של המידתיות, קרי, היה אפשר למצוא אמצעים שפגיעתם פחותה כדי להשיג אותה מטרָה; ואין יחס מידתי בין הפגיעה שהנוהל מסב לבין התועלת הצומחת ממנו.<sup>136</sup> פגיעה זו אינה נרפאת לנוכח ההתחשבות בחריגים הומניטריים, לדעתה של השופטת פרוקצ'יה.<sup>137</sup> בעקבות זאת מורה השופטת פרוקצ'יה על ביטולו של הנוהל,<sup>138</sup> ואל חוות-דעתה זו מצטרפים, תוך הוספת הנמקות והארות משל עצמם, שני שופטי המותב האחרים – השופטים ג'ובראן ורובינשטיין.

פסק-הדין מקיים קונפליקט ברור עם ההגיונות של משטר האשרות. ראשית, הוא מבסס את מהגרת-העבודה ההרה כנשאית זכויות כשלעצמה. זכותה לקיים חיי משפחה ולהגן על ציפיותיה הכלכליות הסבירות עומדת בפני עצמה, ואינה תלויה בזכותו של אחר.<sup>139</sup> זאת ועוד, בית-המשפט מוכן להגן על זכויותיה של מהגרת-העבודה גם במחיר פגיעה בארעיותה, בהעניקו לה אפשרות להישאר בישראל עם ילדיה ולקיים בה חיי משפחה – דבר שצופן בחובו, לפחות באופן פוטנציאלי, אפשרות של העלאת טענות עתידיות לגבי השתקעות בישראל. לבסוף, בית-המשפט מחלץ את מהגרת-העבודה ממקומה הסיפי בכך שהוא משווה בינה לבין העובד והעובדת האחרים, בהבהירו כי איסורי ההפליה בגין היריון ולידה חלים גם עליה.

אולם חודשים מספר לאחר שניתנה פסיקת בית-המשפט בעניין, נקבע "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" כנוהל מעודכן החל מה-140.22.2.2012 הנוהל משרטט שני מסלולים אפשריים העומדים לרשותה של מהגרת-העבודה:<sup>141</sup> האחד, לצאת מישראל עם ילדה במהלך חופשת הלידה, ולחזור לישראל

132 שם, פס' 52 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

133 שם, פס' 53–67 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

134 שם, פס' 55 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

135 שם, פס' 57–58 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

136 שם, פס' 59–64 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

137 שם, פס' 65 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

138 שם, פס' 68–71 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

139 פסק-הדין אומנם מסייג את עצמו בקובעו כי הזכות עומדת למהגרת-העבודה רק כל זמן שהיא עובדת באופן מתועד, אך גם כך זכותה זו אינה נגזרת מזכותו של ישראלי כלשהו.

140 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל", לעיל ה"ש 7.

141 במקרה של עובדת זרה בתחום הסיעוד הבררה נתונה לא לעובדת, אלא למעסיקה. שם, ס' ד.ג.4.ט. ו-ד.5.ט.

תוך שנה ללא הילד – במקרה זה תיכלל תקופת השחייה של מהגרת-העבודה בחוץ-לארץ עם ילדה במניין החודשים שבהם שהתה כביכול בישראל;<sup>142</sup> האחר, להישאר בישראל עם ילדה, כתנאי שהלה מבוטח בביטוח בריאות ובתנאי שהופקדה ערבות בנקאית של עשרת אלפים שקלים לטובת רשות האוכלוסין, שנועדה להבטיח את יציאתו של הילד מישראל.<sup>143</sup> במקרה זה יקבל הילד מעמד בישראל כתייר, ואמו תתחייב לא לדרוש בעבורו מעמד אזרחי אחר בעתיד.<sup>144</sup> זאת ועוד, אם יימצא שבן-זוגה של האם שוהה אף הוא בישראל, תידרש יציאתו של אחד מהם כתנאי לחידושו ולהארכתו של רשיונו של האחר.<sup>145</sup> במילים אחרות, הגיונו של הסדר זה דומה להיגיון של קודמו. גם לפי ההסדר הזה משפחות מהגרי-העבודה עומדות לפני צומת החלטה בין מימוש זכותן לחיי משפחה לבין המשך העבודה בישראל. הדבר נכון לא רק בהקשרן של המשפחות שבהן שני ההורים הם מהגרים, אשר לא יוכלו כעת להמשיך להתגורר יחד בישראל, אלא גם ביחס למשפחות אחרות, כאשר ניתן לשער כי ברובן לא תוכל האם לשאת בתשלום הערבות הגבוהה.

### 3. בין בג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה ולאחריהם

לכאורה, שני פסקי-הדין שניתנו בבג"ץ הכבילה ובבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה מסמנים הצלחה מנקודת-מבטם של העותרים – ארגוני הזכויות – ושל אוכלוסיית המהגרים שהם מייצגים. בשני פסקי-הדין גברו שיקולים הנוגעים בזכויות המהגרים על שיקולים הקשורים לאינטרס הציבורי במדיניות הגירה מגבילה. הרטוריקה של פסקי-הדין ממקמת את מהגרי-העבודה כנושאי זכויות-יסוד חוקתיות, מתוך הבנה של הנסיבות והאילוצים שהניעו אותם להגר ושל יחסי הכוחות שהם נתונים בהם בארץ. גם תוצאתם של פסקי-הדין היא מרחיקת-לכת לכאורה, שכן היא כוללת סעד אופרטיבי של ביטול (דחוי) של הנהלים.

אולם מבחינה מעשית נדמה שלא התחולל שינוי אמיתי, והמצב לאחר פסקי-הדין דומה במהותו למצב שלפניהם. דברים אלה נכונים הן לגבי השפעתם של פסקי-הדין בבג"ץ הכבילה ובבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה על ההיבטים המידיים של משטר האשרות שבהם הם עוסקים, כפי שתיארתי לעיל, והן לגבי השפעתם הרחבה יותר. יתר על כן, בשני פסקי-הדין ניתן לטעמי למצוא מסרים דו-ערכיים שבית-המשפט מעביר לרשויות המחוקקת והמבצעת. מסר אחד כזה ניתן לאתר בעובדה שבשתי הפרשות לא הזדרו בית-המשפט לפסוק בעניין הצעדים שאותם תפס כמקפחים את זכויותיהם של

142 שם, ס' ד.4. באופן מעניין בררת-המחדל שהנוהל משרטט היא של חופשת לידה בת 14 שבועות, ולא 26 שבועות.

143 שם, ס' ד.5.ג.

144 שם, ס' ד.5.ד.

145 שם, ס' ד.3. בפועל הנוהל כולו עוסק במצב שבו האם היא בעלת הבררה להישאר עם ילדה או לעזוב עימו.

מהגרי-העבודה, והמתין שנים ממועד הגשת העתירה ועד למתן פסק-הדין בה,<sup>146</sup> וזאת מבלי להעניק סעדים זמניים להגנה על מהגרי-העבודה שזכויותיהם היו מוטלות על הכף. בכך העביר בית-המשפט מסר דו-ערכי לגבי יסודיותן של הפרות הזכויות שאירעו בתקופת-הביניים, באפשרו מעצר וגירוש של אנשים באותה תקופה תוך פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות.

מסר כפול נוסף שהועבר על-ידי בית-המשפט נובע מעצם העובדה שהוא לא עמד על כך שפסקי-דינו יקוימו, ובתוך פרקי-הזמן שהוא קצב לצורך קיומם. כך, גם אחרי שניתן פסק-הדין בבג"ץ הכבילה, שנים מספר לאחר הגשת העתירה, נטלה לעצמה הרשות המבצעת פרק-זמן של יותר משלוש שנים וחצי עד לגיבוש הסדר חלופי (תוך שהיא מבקשת מדי פעם ארכה).<sup>147</sup> הליכי בזיון בית-משפט שהתקיימו בתקופה זו טופלו גם הם באופן איטי ומהוסס, משום שבית-המשפט מצא כי הרשויות עשו מאמץ-מה לקידום כינונו של הסדר חלופי בתחום. כך, שנתיים וחצי אחרי שניתן פסק-הדין בבג"ץ הכבילה, פירט בג"ץ שורה של החלטות שהתקבלו אך לא פורסמו ולא יושמו על-ידי משרדי הממשלה השונים, תוך שהוא נמנע מלהתייחס אל אותן החלטות לגופן, ואז קבע:

"המסקנה המתבקשת ממצב זה היא זו עליה כבר הצבענו, לאמור, חרף חלוף השנים טרם מילאו המשיבים אחר פסק דינו של בית משפט זה, ונדמה כי מיותר להדגיש את חומרתו של עניין זה, ובעיקר את המסר שהוא משגר לבעלי דין ש"יחוסם" פחות מזה של המשיבים.

אנו רואים בחומרה מחדל זה עמו לא נוכל להשלים, במיוחד נוכח טענתם של העותרים כי הסדרי הכבילה מוסיפים להתקיים, ועובדים זרים מוכרזים כשוהים בלתי חוקיים ונכלאים רק משום שהחליטו לעזוב את מעסיקם. אנו מורים אפוא למשיבים לדווח לבית המשפט, בתוך 30 ימים, כיצד ומתי הם מתכוונים לפרסם את הנהלים להעסקתם של עובדים זרים, ובעקבות כך נחליט כיצד יימשך הטיפול בבקשה זו. על המשיבים להוסיף ולוודא, כבר בימים הקרובים, כי כל רשויות האכיפה הפנימו את משמעותו של פסק הדין בבג"צ 4542/02, ובעיקר את הקביעה כי הסדר הכבילה למעסיק חלף מן העולם."<sup>148</sup>

במילים אחרות, גם לאחר שנתיים וחצי שבמהלכן נמנע משרד הפנים מלקיים את

<sup>146</sup> בפרשת הכבילה המתין בית-המשפט כארבע שנים עד מתן פסק-הדין, ואילו בפרשת מהגרות-העבודה הורה הוא המתין כשש שנים. ראו גם סיטבון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 298.

<sup>147</sup> למרבה הצער, אי-ציות של הרשות המנהלית לפסקי-דין של בית-המשפט העליון ושל בית-המשפט לעניינים מנהליים הוא מעשה שכיח ככל שמדובר בפסיקה הנוגעת בזכויותיהם של מיצועים מוחלשים, ביניהם מהגרי-עבודה, אך גם פלסטינים אזרחי ישראל ותושבי השטחים. ראו לעניין זה מכתב מאת עו"ד יהודית קרפ ליועץ המשפטי לממשלה יהודה ויינשטיין בנושא "אי ציות המדינה לפסקי דין של בתי המשפט: בג"ץ ובתי משפט לעניינים מנהליים" (פברואר 2010) [www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf).

<sup>148</sup> החלטה ראשונה בעניין בזיון בית-המשפט בפרשת הכבילה, לעיל ה"ש 89, פס' 7.

פסק-דינו ולגבש הסדר חלופי, העניק לו בית-המשפט מתחם שיקול-דעת נוסף לגיבוש הסדר כזה, שוב על-חשבון פגיעה בזכויות של מהגרי-העבודה שאותן ראה כיסודיות. רק שנה לאחר-מכן שב בית-המשפט לדון בבקשה זו, וגם אז מצא כי טרם נקבעו או יושמו הליכים חלופיים במלואם. גם הפעם בחר בית-המשפט להסתפק באמירה ש"השינויים שנעשו מותרים פתח לתקווה כי הסדרי המעבר של שנת תש"ע יניבו תוצאות שונות מאלו שהובילו להגשתה של העתירה לפני כשבע שנים, ובכך יענו על עיקרי המתחייב מפסק-הדין שניתן בעתירה זו".<sup>149</sup> חשוב לציין כי טיפולו המהוסס של בית-המשפט בבקשת בזיון בית-המשפט מקריין אף על מעמדם וכוחם של ארגוני הזכויות המביאים לפתחו את עניינם של המהגרים בישראל. טיפול איטי זה, המסתפק במועט, שולל מארגונים אלה, כעניין מעשי, את היכולת להירתם לפעולה עוקבת לאחר מתן פסק-דין של בית-המשפט. בכך מגביר בית-המשפט את כוחן היחסי של הרשויות המבצעת ומחוקקת.

נוסף על כך ניתן לומר כי למרות רטוריקת הזכויות שבית-המשפט עושה בה שימוש בשני פסקי-הדין שנסקרו, התפיסה שלפיה מהגרי-העבודה הוא נושא עצמאי של זכויות לא חלחלה באופן רחב – לא למחוקק, לא לרשויות ההגירה ואף לא בבית-המשפט עצמו. ביטוי לכך ניתן למצוא בשורה של הסדרים שנקבעו בפסיקה, בחקיקה ובתקנות אשר אינם מבטאים הכרה עמוקה במהגרי-העבודה כנושא זכויות, כמשתיין לקולקטיב, כמי שראוי שתהא לו יכולת השפעה על גורלו או כמי שקנה אחיזה בישראל. להלן אביא בהקשר זה שתי דוגמאות מן הפסיקה.

#### (א) פרשת גלוטן<sup>150</sup>

פרשת גלוטן עסקה בזכותן של מהגרות-עבודה בענף הסיעוד לקבל תשלום בגין עבודה בשעות נוספות ובימי מנוחה. שאלה משפטית זו עולה בשל העובדה שמהגרות-העבודה בענף הסיעוד מועסקות "מסביב לשעון" בטיפול במעסיקים, המטופל הסיעודי, ובתוך כך מתגוררות בביתן ומנהלות את ענייניהן לסירוגין. ההפרדה בין זמן העבודה לבין זמן המנוחה שלהן מיטשטשת בנסיבות אלה. פרשה זו נידונה בערכאות במשך יותר מעשור – תחילה בבית-הדין לעבודה, ולאחר-מכן בבית-המשפט העליון, במסגרת הליכי בג"ץ ובמסגרת עתירה לדיון נוסף.

בג"ץ דחה את העתירה בגלגולה הראשון, וקבע כי אין להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, על המטפלים הסיעודיים הזרים. ראשית, המשנה לנשיאה ריבלין, אשר נתן את דעת הרוב בפסק-דין זה, מסתייג מהגישה שלפיה יש להחיל את חוקי-המגן בצורה מוחלטת, בפרט כאשר לא נראה לשיטתו שהדבר יגשים את טובתם של העובדים הזרים.<sup>151</sup> בכך הוא נוקט עמדה פטרנליסטית שונה מזו הננקטת בחוקי-המגן. לטענתו, החלה מלאה של חוקי-המגן על מהגרי-העבודה תייקר את עלות

149 החלטה שנייה בעניין בזיון בית-המשפט בפרשת הכבילה, לעיל ה"ש 89, פס' 10.

150 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 101; דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 30.

151 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 101, פס' 26.

העסקתם, והדבר יוביל לכך שמעסיקים לא ירצו או לא יוכלו להעסיקם, וזו בוודאי אינה תוצאה רצויה להם.<sup>152</sup> באופן כללי, המשנה לנשיאה ריבלין פוסק מתוך איזון בין האינטרסים של המעסיקים של מהגרי-העבודה, שבחלקם מתקשים לעמוד בעלויות העסקתם, לבין אלה של מהגרי-העבודה. מבחינה אופרטיבית הוא דוחה את העתירה מכיוון שהוא סבור כי אין הצדקה במקרה זה להתערבות בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה, אלא ראוי לחוקק הסדר ספציפי שיחול על ענף הסיעוד.<sup>153</sup>

כאמור, פסק-הדין עמד לבחינה במסגרת עתירה לדיון נוסף, שנידונה לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים, ואף בה הוכרע בדעת רוב כי אין להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על מטפלים סיעודיים שהם מהגרי-עבודה.<sup>154</sup> אחדים מן השופטים סברו כי ממילא המטפלים הסיעודיים מוחרגים מתחולת החוק, באשר חלים בעניינם החריגים הנוגעים בהעדר יכולת פיקוח ובאמון אישי;<sup>155</sup> ואילו אחרים יצרו חריג יש-מאין בחוק, כדי להתאים את החוק למציאות העבודה של מטפלים סיעודיים, וכדי למנוע הכבדה של עלויות ההעסקה הרובצות על המטפלים הסיעודיים, באשר הכבדה כזו עלולה לגרום השלכות קשות.<sup>156</sup> כך או כך, שופטי הרוב בדיון הנוסף צידדו בתפיסתו של המשנה לנשיאה ריבלין בבג"ץ גלוטן, הממקמת את מהגרי-העבודה מחוץ לסדר החוקתי-משפטי הרגיל, כמי שנושא זכויות באופן מוגבל וחלקי בלבד. מהגרי-העבודה העובד כמטפל סיעודי נותר כבעל קיום לימינלי: מצב זכויותיו מובנה באופן יחסי, מתוך הסתכלות על מצב זכויותיו המשוער בארץ-מוצאו, מחד גיסא,<sup>157</sup> ועל האינטרסים של המעסיק הישראלי אשר לשם הטיפול בו הותרה שהייתו של מהגרי-העבודה בישראל, מאידך גיסא. אינטרסים אחרונים אלה מקבלים לדעתי מעמד בכורה על הזכויות המוקנות למהגרי-העבודה בחקיקה.<sup>158</sup> לדעת שופטי הרוב בבג"ץ ובדיון הנוסף בפרשת גלוטן, מהגרי-העבודה אינו משתייך למעגל העובדים הראויים להגנה – אותו מעגל שאליו משתייכים כל יתר העובדים בישראל – האזרחים והתושבים. חשוב לציין כי בכך נקט בית-המשפט אקטיביזם שיפוטי לא-מבוטל, וקָהריג ללא כל עוגן חקיקתי קבוצה שלמה וגדולה של עובדים מתחולתו של חוק.<sup>159</sup>

152 שם, פס' 27.

153 שם, פס' 29.

154 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 30.

155 שם, פס' י לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. השוו לדעתה החולקת של השופטת ארבל בפס' 14 – 19 לפסק-דינה.

156 שם, פס' 2–3 לפסק-דינו של השופט הנדל.

157 ראוי לציין כי לא נעשתה כל בדיקה אמפירית התומכת בהשערותו של המשנה לנשיאה ריבלין כי מצבו של מהגרי-העבודה המועסק בארץ מבלי ליהנות מהגנתם של חוקי-המגן אכן עדיפה מבחינתו על חזרתו לארץ-מוצאו. לביקורת על סוג טיעונים זה ראו שרון רבין מרגליות "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" **דין ודברים** ו 341, 345–347 (2011).

158 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 30, פס' ט ו-י לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

159 פרופ' אייל גרוס כינה מדיניות זו של בית-המשפט "אקטיביזם שמרני על חשבון עובדות הסיעוד". אייל גרוס "אקטיביזם שמרני על חשבון עובדות הסיעוד" **הארץ חדשות** 19.3.2013.

השופט ארבל, אשר נותרה במקרה זה בדעת מיעוט, הצביעה על הקושי האינהרנטי הטמון בכך שנושאי הדיון – מהגרי-העבודה – אינם יכולים לקדם את עניינם אצל המחוקק, ועל כך שדעת הרוב מבצעת, הלכה למעשה, חקיקה שיפוטית.<sup>160</sup> לטעמה, ככל שבית-המשפט מחולל חקיקה שיפוטית, ראוי שהוא יעשה כן באופן שמונע פגיעה משמעותית בעובדים אלה, שהם להערכתה החלשים ביותר במדינת-ישראל.<sup>161</sup> בין היתר התייחסה השופטת ארבל להיותם של מהגרי-העבודה נושאי זכויות כבסיס לקביעותיה.<sup>162</sup> לדבריה, עד אשר תושג חקיקה, על בית-המשפט למצוא פתרון-ביניים אשר יגשים את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, ויחיל את החוק על המטפלים הסיעודיים תוך התחשבות במאפייני עבודתם.<sup>163</sup> לדעתה זו הצטרפה השופטת חיות, שהייתה אף היא בדעת מיעוט, בסוברה כי אי-אפשר להוציא את עובדי הסיעוד מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה ללא עיגון חקיקתי מפורש.<sup>164</sup> השופטת חיות ציינה אף כי אין לאזן במקרה זה בין האינטרסים של המטפלים הסיעודיים לבין אלה של מטופליהם, שכן על המדינה מוטלת האחריות לדאוג למטופלים הסיעודיים, ואל לה לעשות זאת באמצעות גריעה מזכויות עובדיהם.<sup>165</sup>

פסקי-הדין בפרשת גלוטן משמעותיים גם לבחינת מקומו של בית-המשפט בעיצוב מדיניות ההגירה ולהבנת היחסים בינו לבין הרשויות האחרות. בהקשר זה אבקש להצביע על שלוש נקודות עיקריות.

ראשית אעיר לעניין תפקודו של בית-המשפט. מבחינה מוסדית, הן בבג"ץ והן בדיון הנוסף בפרשת גלוטן בית-המשפט אינו ממלא את התפקיד המוסדי של הגנה על זכויות המיעוטים מפני הרוב. לא זו בלבד שהוא אינו נחלץ להגנת הציבור המוחלש והלא-מיוצג של מהגרות-העבודה המועסקות בענף הסיעוד, הוא אף מטיל את מלאכת האזוונים בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים על המחוקק, בפנותו אליו בבקשה לקבוע הסדר פרטיקולרי.<sup>166</sup>

שנית, כל תשעת שופטי ההרכב סברו כי ראוי לקדם חקיקה ספציפית להסדרת התשלום על העסקתם של עובדים אלה באופן שיביא בחשבון את מאפייניו של הענף, וקראו למחוקק לעשות כן.<sup>167</sup> זאת, חרף העובדה שבמהלך יותר מעשור מאז הונחה

1.1970611/haaretz.co.il/news/law/premium-1. השוו דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 30, פס' 9 לפסק-

דינו של השופט גובראן.

160 שם, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

161 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

162 שם, פס' 36–37 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

163 שם, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

164 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות.

165 שם, פס' 5–6 לפסק-דינה של השופטת חיות.

166 שם, פס' ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

167 ראו, למשל, שם, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס, פס' ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת ארבל, ופס' 10–12 לפסק-דינו של השופט מלצר, שאף העיר כי היה אפשר להתקין תקנות במקרה זה, אלא שגם השר לא נפנה לעסוק בעניין.

פרשת גלוטן לפני הערכאות – מהן שש שנים לפני הדיון בבית-המשפט העליון – טרם מצא המחוקק לנכון לחוקק כאמור. חלק מן השופטים אף הביעו חוסר נחת מכך שטרם נקבע הסדר חקיקתי כזה.<sup>168</sup> אחדים מן השופטים הפגינו אי-שביעות-רצון מכך שבית-המשפט נאלץ, הלכה למעשה, ליצור חקיקה שיפוטית.<sup>169</sup> באופן מעניין, הטעם שחלק מן השופטים מציינים לכך שמקרה זה אינו מתאים לעיסוק שיפוטי הוא היות עניינה של העתירה עניין כלכלי וסוציאלי בעל השלכות רחבות, ולא היותו עניין של מדיניות הגירה.<sup>170</sup> נדמה שככל שהשופטים מבקשים לנקוט איפוק שיפוטי ולהימנע מחקיקה שיפוטית, תוצאתו של פסק-הדין עלולה להשיג בדיוק את ההפך. משהוחרגו המטפלים הסיעודיים מתחולת החוק, שוב אין מעסיקיהם צריכים לשאת בעלויות העסקה גבוהות ומכבידות. הניזוקים היחידים מהחרגה זו הם המטפלים הסיעודיים עצמם וציבור העובדים המוחלשים בכללותו, שעלול להיפגע מ"מירוץ לתחתית" בכל הקשור לזכויותיו.<sup>171</sup> מכיוון שציבורים אלה סובלים מתת-ייצוג, יש חשש שללא ליווי של הליכי חקיקה על-ידי בית-המשפט, לא יהיו למחוקק תמריצים מספיקים (לא במקרה הזה ולא במקרים עתידיים) לפעול לקידום הסדר שיעניק להם תגמול על עבודה בשעות נוספות.<sup>172</sup> לעומת זאת, פרשנות הפוכה של המצב המשפטי, המחילה את חוק-המגן על מהגרי-העבודה העובדים כמטפלים סיעודיים, הייתה מתמרצת בוודאי חקיקה, שכן נפגעה היו ציבור המעסיקים, שהוא ציבור מיוצג יותר. כך או כך, גם אם יחוקק בעתיד הסדר המגן בצורה טובה יותר על זכויותיהם של מהגרי-עבודה העובדים כמטפלים סיעודיים, בתקופת-הביניים עד אז – אשר ניתן לשער שלא תהיה קצרה, לנוכח השתהותו של המחוקק עד כה – יקופחו זכויותיהם.<sup>173</sup>

שלישית, ראוי לציין כי בהליכים בעתירה לדיון נוסף השתתף היועץ המשפטי לממשלה, אשר הצטרף לעמדה שלפיה יש ליצור הסדר חקיקתי נפרד המונע את קיפוח זכויותיהם של המטפלים הסיעודיים. אולם לשיטתו, כל עוד לא נקבע הסדר חקיקתי כזה, אין להחריגם מתחולתם של חוקי העבודה הקוגנטיים, שכן הדבר עלול לייצר "מירוץ לתחתית" שסופו פגיעה בזכויותיהם של עובדים חלשים.<sup>174</sup> מבחינה זו, זהו אחד המקרים הנדירים שבהם היועץ המשפטי דוגל בהענקת זכויות למהגרי-העבודה ביתר שאת מאשר בית-המשפט.

### (ב) פרשת אמון

דוגמה נוספת לכך שהתפיסה כי מהגרי-העבודה הוא נושא עצמאי של זכויות לא חלחה

168 ראו, למשל, שם, פס' ד ר"ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

169 ראו, למשל, שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מלצר, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל, ופס' 3 לפסק-דינה של השופטת נאור.

170 שם, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

171 שם, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

172 שם, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

173 שם, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

174 שם, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.



במערכת – אף לא בבית-המשפט – היא פרשת **אמון**, שנידונה לפני בית-המשפט לעניינים מנהליים.<sup>175</sup> באותו מקרה דובר במהגרת-עבודה שהועסקה בישראל במשך שבע-עשרה שנים, בעיקר בעבודות סיעוד. בשל שהייתה הממושכת בישראל, היא ביקשה לרכוש בה מעמד של תושבות. בית-המשפט דחה את בקשתה בטענה כי שהייתה הממושכת אינה יוצרת לה זיקה של קבע לישראל. בכך שימר בית-המשפט את מקומם הארעי של מהגרי-העבודה בישראל: גם אם יהיו בה פרק-זמן משמעותי, אין בשהייתם הממושכת משום מעשה אשר מקנה זכות או יוצר הסתמכות. בית-המשפט גם משמר את מהגרי-העבודה כמי שקיומם בישראל הוא לימנילי – האינטרסים שלהם נמדדים ומכומתים לא לעומת האינטרסים של מי שהם חלק מהקולקטיב, אלא לעומת אלה של אנשים המתגוררים במדינת-מוצאם. זכויותיהם תלויות בזכויות מעסיקהם, ואינן עומדות בפני עצמן.

\*\*\*

מדוגמאות אלה ואחרות ניתן לראות בנקל שגם לאחר מתן פסקי-הדין בבג"ץ הכבילה ובבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה המשיכו בתי-המשפט – בג"ץ והערכאות הנמוכות יותר – לראות את מהגרי-העבודה כנושאי זכויות מוגבלים, ולא המשיכו את הקו הרעיוני של פסקי-הדין הללו. ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם ממצאיו של סיטבון, אשר הצביע גם הוא על פסיקה בלתי-עקבית.<sup>176</sup> אולם בעוד שסיטבון סבר כי פסקי-הדין בבג"ץ הכבילה יכול להיות נקודת מפנה חשובה להכללת שיח הזכויות בפסיקת בית-המשפט (על ערכאותיו השונות) לגבי מהגרי-העבודה, הדוגמאות שהובאו לעיל מן הפסיקה המאוחרת יותר מעידות כי שיח זה טרם חלחל בצורה מקיפה לפסיקה בכללותה.

### במקום סיכום – חסמים מפני שינוי חברתי

פסקי-הדין בבג"ץ הכבילה ובבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה ממחישים את התפקיד החשוב שבית-המשפט יכול למלא בהגנה על זכויות מהגרים באמצעות התערבות בהגיונו היסודי של משטר האשרות ומיצובם של מהגרי-העבודה כנושאי זכויות עצמאיים. זאת, תחת הגיונו הנוכחי של משטר האשרות, המבקש להדיר את מהגרי-העבודה ולקבע אותם כארעיים, כבעלי קיום לימנילי וכמושאים של זכויות האחר.<sup>177</sup> בפסקי-הדין הללו הצליח בית-המשפט להתנתק מרוחות השעה – פסקי-הדין ניתנו בתקופות שבהן ההגירה הלא-מתועדת לישראל התנהלה בהיקפים משמעותיים ועוררה

175 פרשת **אמון**, לעיל ה"ש 58.

176 סיטבון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 312–313.

177 ראו לעיל ליד ה"ש 50.

התנגדות ציבורית עזה. פסקי-הדין גם ניתנו למרות החשש – אשר הסתבר בדיעבד כמוצדק – שהם לא יזכו בתמיכה הנדרשת על-מנת להוציאם אל הפועל.<sup>178</sup> בפסקי-הדין ניכר מאמץ מיוחד של בית-המשפט ללמוד את הקשרה הגלובלי של תופעת ההגירה, על היבטיה המשפטיים והחוקי-משפטיים, בניסיון לפסוק פסק-דין אשר מודע להשלכותיה הרחבות, מבלי לחולל פגיעה במדיניות החוץ של המדינה.

אלא שפסקי-הדין הללו, כפי שביקשתי להראות, לא חוללו שינוי משמעותי במרכיבים הקונקרטיים של משטר האזרחות, ולא שינו את הגיונו (אף שנראה כי הם חתרו תחת היגיון זה). הם אף לא ביססו תפיסה של מהגרי-העבודה כנושאי זכויות עצמאיים. לדעתי, הדבר נבע, בין היתר, מכך שבית-המשפט לא זכה בתמיכה ציבורית בפסיקתו, ולכן הרשויות המחוקקת והמבצעת לא נרתמו ליישומה. יש לשער כי תמיכה ציבורית בזכאותם של מהגרי-העבודה בישראל לזכויות בסיסיות הינה תנאי חשוב ליכולתו של בית-המשפט לחולל שינוי משמעותי בהנחות-היסוד של משטר האשרות. נדמה כי גם ארגוני הזכויות סבורים כך, ולכן חלקם עוסקים בפעילות ציבורית לצד הפעילות המסורתית של קידום זכויות באמצעות פנייה לערכאות.<sup>179</sup>

נוסף על כך, כפי שהראיתי לעיל, בית-המשפט אינו מספק פסיקה עוקבת התואמת את זו שהוא עצמו פסק.<sup>180</sup> הוא אינו עקבי בגישתו בין פסקי-הדין השונים, עד כדי כך שנדמה כי בית-המשפט כמוסד מדבר בשני קולות. ייתכן שהדבר נובע, בין היתר, מהבדלים פרסונליים וערכיים בין השופטים היושבים בהרכבי השונים של בית-המשפט – הבדלים שהשפעתם ניכרת אף שפסיקתו של בג"ץ אמורה להנחות אותו בפסיקתו העתידית. גישה עקבית מבחינה ערכית לבג"ץ **הכבילה** לא הייתה יכולה להוליד, למשל, פסיקה המאפשרת, מכל בחינה מעשית, כבילה של עובד למעסיקו, גם אם הדבר נעשה רק לזמן מוגבל ובתנאים ספציפיים.<sup>181</sup> כמו-כן, בית-המשפט העביר לרשויות מסר דו-ערכי בכך שנמנע מלכפות אותן לקיים את פסיקתו במועד, ובכך שההליכים בפרשות שתוארו ארכו שנים, ובתקופת התנהלותם נמנע בית-המשפט מלהורות על מתן סעדים זמניים. בהעדר עמדה מוסרית ברורה, בית-המשפט מעביר למחוקק ולרשויות המנהל מסר כפול שלפיו מהגרי-העבודה הם אומנם נשאי זכויות, אך גם הבסיסיות מביין אותן זכויות כפופות לאינטרסים של המדינה ותלויות-הקשר. בהינתן התפיסה הבסיסית הקיימת לדעתי, שלפיה ישראל אינה מדינת הגירה ולכן אינה מחויבת להגן על זכויות מהגרים, דיבור בשני קולות הוא כמעט בבחינת הזמנה לנצל את הצוהר שנפתח להגבלת זכויותיהם של מהגרי-העבודה בצורות שונות. במילים אחרות, הדיבור המוסדי בשני קולות מכשיל את בית-המשפט במילוי תפקידו האנטי-רובני (counter-majoritarian)

178 בהקשר זה מעירה רות גביון כי בית-המשפט לא זכה בפרשת **הכבילה** בשיתוף-פעולה ראוי מצד הרשויות, אשר השתהו ביישום קביעותיו. רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי?" **מעשי משפט** ב 15, 28 (2009).

179 למשל, האגודה לזכויות האזרח ומוקד סיוע לעובדים זרים עוסקים בפעילות ציבורית ענפה בתחום.  
180 ראו לעיל חלק ב1(ב).

181 פרשת **יילמזלר**, לעיל ה"ש 91.

להגן על זכויות המיעוט, ומונע ממנו את האפשרות ליטול חלק פעיל בעיצוב-מחדש של משטר האשרות.

ניתן לכאורה להסביר את חוסר העקביות של בג"ץ בין פסקי-הדין השונים שהוצגו כנובע מרצון להעניק לרשויות מתחם של שיקול-דעת ולהימנע מלהתערב בהחלטותיהן ברגל גסה מדי. אולם על כך אבקש להעיר שתי הערות. ראשית, נדמה כי לא כך מנומקים חלק מאותם פסקי-דין שבהם בית-המשפט סוטה מעקרונות שאותם קבע בעצמו בדבר זכויותיהם החוקתיות של המהגרים. ככל שהשיקול המנחה את פסקי-הדין הללו הוא השמירה על המארג העדין של היחסים בין הרשויות, לפחות בחלק מהמקרים הוא אינו מופיע באופן שקוף ומפורש בפסקי-הדין עצמו. שנית, בדיעבד ניתן לראות כי אותו מתחם של שיקול-דעת מנוצל על-ידי הרשויות לנקיטת צעדים מגבילי הגירה ומגבילי זכויות מהגרים, וכך מסוכל המאמץ האנטי-רובני של בית-המשפט העליון להגן על המהגרים כמי שמהווים מיעוט לא-מיוצג.

בספרו *The Hollow Hope* – אחד הספרים החשובים הבוחנים את מקומו של בית-המשפט בגרימת שינוי חברתי – מציין ג'רלד רוזנברג כי לעיתים בית-המשפט הוא היחיד שיכול לחולל את ראשיתו של שינוי חברתי, ולעיתים הוא יכול להוות זרז לו. לדבריו, פסקי-דין של בית-המשפט הם אמצעי לחשיפת פגיעות בזכויות אדם, כשלים מערכתיים וכולי, אלא שכדי להפיק מפסיקתם שינוי חברתי של ממש, נדרשת פעילות עוקבת לפסקי-הדין מצידם של ארגונים חברתיים ומצד הרשויות. לדעתי, פעילות עוקבת כזו חסרה. בהקשר זה אציין גם כי עד מועד כתיבתן של שורות אלה טרם פנה מי מארגוני הזכויות לערכאות בנושא הנוהל החדש המסדיר את זכויותיה של מהגרת-העבודה ההרה, שהתקבל בעקבות בג"ץ **מהגרת-העבודה ההרה**, או בנוגע להסדרי ההעסקה של מהגרי-עבודה שהמירו את הסדר הכבילה. נדמה כי ללא מאמץ עוקב אינטנסיבי ומיידי לתקוף גם את הנוהל החדש שגובש,<sup>182</sup> לא יצליחו ארגוני הזכויות לחולל את השינוי החברתי המעמיק והמקיף שאותו ביקשו לחולל בבית-המשפט. בית-המשפט, מצידו, יכול לפעול על-מנת לעודד את ארגוני זכויות האדם להמשיך להביא לפתחו עתירות, וליצור תנאים שיקדמו זאת.<sup>183</sup>

מכל האמור נראה כי ככל שבית-המשפט מבקש למלא את תפקידו כמוסד המגן על מהגרי-העבודה בישראל, המהווים מיעוט הסובל מתתי-יצוג, אל לו להסתפק ברטוריקת זכויות ובכישול נדבכים ממשטר האשרות. על בית-המשפט לקבוע באופן החלטי הן קווים מנחים להסדרים שאמורים להחליף את אלה שהוא מבקש לבטל והן מסגרות זמנים קצרות וקשיחות לגיבושם של אותם הסדרים חלופיים, ולהקפיד על יישום קביעותיו אלה. עליו לאפשר לארגוני הזכויות פתח לפעילות. גישתו הנוכחית של בית-

182 סיטבון, לעיל ה"ש 44, בעמ' 297–298. ראו גם Kavar, לעיל ה"ש 34, בעמ' 419–420.  
183 ROSENBERG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 33–35: "Courts may effectively produce significant social reform when other actors offer positive incentives to induce compliance... Courts may effectively produce significant social reform when other actors impose costs to induce compliance".

טלי קריצמן-אמיר

משפט ועסקים יח, תשע"ה

המשפט, המקרינה העדר נכונות לשרטט – ולו באופן כללי – הסדר חלופי, מתוך הנחה שקביעת הסדר כזה היא באחריותו של המחוקק, מותרת שטח-הפקר שבו זכויותיהם של מהגרי-העבודה אינן מוגנות.