

- העותרות:**
1. שרמילה ליאנגי, נושאת דרכון סרי לנקה שמספרו --
 2. קו לעובד
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. מוקד סיוע לעובדים זרים

כולן ע"י ב"כ עוה"ד חני בן ישראל ו/או עודד פלר ו/או אסנת
כהן-ליפשיץ

ומענן להמצאת כתבי בית-דין:

קו לעובד

רח' נחלת בנימין 75, ת"ד 2319 תל אביב 61022
טל': 073-2153508; נייד: 052-5349874; פקס: 03-6178417

- נ ג ד -

המשיבים: 1. הכנסת

ע"י ב"כ מהלשכה המשפטית
הכנסת

2. שר התעשייה, המסחר והתעסוקה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 1 לא(3) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 (ס"ח תש"ע מס' 2238 מיום 24.3.2010).

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

עניינה של עתירה זו בתיקון מס' 13 לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 (להלן – **חוק עובדים זרים**) מיום 24.3.2010. עיקרו של תיקון זה הוא העברת סמכויותיה של יחידת הסמך לעובדים זרים ממשד התמ"ת אל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (להלן גם – **רשות ההגירה**), ובהקמתו של מוסד "ממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה" (להלן גם – **הממונה**) במשרד התמ"ת. העברת סמכויות זו התבצעה כחלק ממהלך מבני עליו החליטה הממשלה, במסגרתו הפכה רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול לגוף ריכוזי, עתיר תקציבים וכוח אדם, הנושא בעיקר האחריות ליישום מדיניות הממשלה בתחום של הגירה לישראל, ישיבה בה וגירוש ממנה.

כפי שיפורט ביתר הרחבה להלן, הקמתו של מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה במשרד התמ"ת נועדה להבטיח, בין היתר, כי זכויותיהם של מהגרות ומהגרי עבודה בישראל לא תפגענה כתוצאה מהעברת סמכויותיה של יחידת הסמך לעובדים זרים ממשד התמ"ת – גוף שתפקידו והאוריינטציה הארגונית המרכזית שלו היא אכיפת חוקי העבודה על מעסיקים, מתווכים וקבלני כוח אדם, לרשות ההגירה – גוף שתפקידו והאוריינטציה הארגונית המרכזית שלו היא מעצר וגירוש שוהים שלא כדין. החשש מטשטוש ההבחנה החיונית בין גורמי האכיפה השונים, ומזיהוי של הממונים על אכיפת חוקי המגן בעבודה עם מנגנון המעצר והגירוש, הם שחייבו, לדעתם של הגורמים המקצועיים במשרד התמ"ת ולדעתו של המחוקק, את הרחבת תחומי פעילותו של מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה במשרד התמ"ת וחיזוק מעמדו, באמצעות הגדרתו בחקיקה ראשית והרחבה גורפת של תחומי עבודתו וסמכויותיו.

כעת, בעקבות התיקון, מוסמך הממונה על זכויות עובדים זרים "לפעול כלפי מעבידים, מעסיקים בפועל, מתווכי כוח אדם וקבלנים לאכיפת זכויות העובדים הזרים לפי דיני העבודה ולקידום ההכרה בזכויות אלה" (סעיף 1כג לחוק עובדים זרים). בכלל זה, מוסמך הממונה להתערב בהליכים משפטיים ולטפל בתלונות מטעם מהגרי עבודה בעניינים שבתחומי תפקידו. לצורך ביצוע תפקידיו אלה, הוקנו בידי הממונה סמכויות מסמכויות שונות, לרבות הסמכות לדרוש מכל גוף מבוקר כל ידיעה, מסמך או דין וחשבון; הסמכות להורות למעביד או לקבלן למסור לו נתונים בעניין קיום חובותיו לפי דיני העבודה כלפי עובד זר וכן הסמכות לברר תלונות שיוגשו אליו מצד מהגרי עבודה.

אלא שתחת הגשמת התכלית בדבר העמקה וחיזוק ההגנה על זכויותיהם של כלל מהגרות ומהגרי העבודה, בחר המחוקק להחריג כמעט כליל מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים את קבוצת מהגרי העבודה הגדולה ביותר בישראל – מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסיעוד הביתי. תכליתה של ההחלטה, כעולה מדבריהם של נציגי משרד התמ"ת ורשות ההגירה, וכעולה מהדיונים שהתקיימו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בה נדונה הצעת החוק, היא ליצור "איזון" בהגנה על זכויותיהם של שתי קבוצות חלשות: המעסיקים הזקוקים לטיפול סיעודי, מחד, ומהגרות העבודה המועסקות בטיפול סיעודי, מאידך; ובעיקר, להבטיח שמעסיקים בתחום הסיעוד הביתי יהיו חשופים פחות לתביעות מצדן של מהגרות עבודה בבית הדין לעבודה.

גישה זו – לפיה "הגנה" על מעסיקים סיעודיים מחייבת להחריג את עובדות הסיעוד ממוסד מרכזי לגבי המחוקק עצמו סבור, כי הוא חיוני לשם הגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה בישראל – הנה מופרכת וחסרת בסיס. אין דבר ברצון להגן על מעסיקים סיעודיים המחייב, או יכול להצדיק, את החרגתן של עובדות הסיעוד מתחומי פעילותן של מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים. יתרה מזו, החרגתן של עובדות סיעוד מתחום טיפולן של הממונה על זכויות עובדים זרים אינה מקדמת במאומה את זכויותיהם ואת טובתם של קשישים ושל אנשים עם מוגבלות בישראל. בהיעדר רצון פוליטי להציע סיוע אמיתי ובעל ערך למעסיקים סיעודיים, בחר המחוקק ב"פתרון" פופוליסטי, מפלה וחסר אחריות. "פתרון" שמאותת למעסיקים שענף הסיעוד הוא ענף מופקר. "פתרון" שמשמעותו היא עצימת עיניים מוסדית לפגיעות בענף תעסוקה שלם – הגדול ביותר שהמדינה יצרה בתחום הגירת העבודה, ושהיא אחראית לו.

לא זו בלבד שתכליתה המוצהרת של החרגת עובדות הסיעוד, "להגן על שתי קבוצות חלשות", ובעיקר להבטיח שמעסיקים יהיו פחות חשופים לתביעות, אינה מושגת בהחרגה, אלא שההחרגה מביא לתוצאה הפוכה לתכלית זו. מהגרות העבודה בתחום הסיעוד אינן יכולות לפנות לממונה, ומשום כך הדרך היחידה הפתוחה בפניהן לעמוד על זכויותיהן היא הגשת תביעות לבית הדין לעבודה. במקום לסייע למעסיקים לפתור מחלוקות עם העובדות באמצעות הממונה, אוסרת עליהם הצעת החוק התדיינויות בבית הדין לעבודה, על כל הכרוך בכך. סיוע אמיתי לעובדות ולמעסיקים, וצמצום ההתדיינויות המשפטיות, מחייבים, כי על ענף הסיעוד יוחל אותו הסדר הקבוע בהצעת החוק ביחס לעובדים בענפים אחרים. לפי הסדר זה, משעה שמוגשת תביעה לבית הדין לעבודה מושך הממונה ידיו מן הטיפול בתלונה.

לבד מחוסר ההתאמה שבין האמצעי לתכלית, החרגתן של עובדות הסיעוד מהגנתן של הממונה נגועה אף בהפליה מופלגת כלפי נשים. בנוטלו את סמכותו להידרש לעניינן של עובדות הסיעוד, הפך המחוקק את מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים, הלכה למעשה, למוסד שמגן על גברים בלבד. שכן, בעוד רובם המכריע של המועסקים בבנין, בחקלאות ובתעשייה – תחומים בהם ניתנו לממונה על זכויות עובדים זרים מלוא הסמכויות – הנם גברים, ענף הסיעוד הוא ענף נשי במפגיע, ולמעלה מ-80% מהמועסקים בו הן נשים. החרגתן של עובדות הסיעוד מתחום טיפולן של הממונה מפלה, אם כן, נשים בשוק העבודה, ומעניקה לגיטימציה להפרת זכויותיהן. היא פוגעת פגיעה קשה בזכותן לכבוד, בזכותן לשוויון ובזכותן להנאה מתנאי עבודה צודקים ונאותים. היא עומדת בניגוד בוטה לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, הקובע, כי דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית, ואינה עולה בקנה אחד עם משפט זכויות האדם הבינלאומי שישראל נטלה על עצמה לקיימו.

משום כל אלה יתבקש בית-המשפט הנכבד לקבוע, כי דינו של התיקון לחוק עובדים זרים נשוא עתירה זו, להתבטל.

רקע עובדתי

האמור בחלקה העובדתי של העתירה נתמך בתצהירה של עותרת 1, שרמילה ליאנגי, המצורף ומסומן ע/1, ובתצהירו של עו"ד עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל, המצורף ומסומן ע/2.

א. על העותרות

1. העותרת 1, שרמילה ליאנגי (להלן – **העותרת**), היא מהגרת עבודה מסרי לנקה שהגיעה לישראל ביום 18.7.2010 ברישיון לעבוד בתחום הסיעוד על מנת לתמוך כלכלית במשפחתה, ובעיקר בבנה בן ה-4.
2. בתמורה להסדרת בואה לישראל, שילמה העותרת סך השווה ל-7000 דולר לסוכנות כוח אדם בסרי לנקה, שכום שלא היה ברשותה, ושצורך גיוסו נטלה הלוואה ממלווה פרטי בריבית גבוהה, ומשכנה את אדמתה.
3. טרם בואה של העותרת לישראל, הוסבר לה על-ידי סוכנות כוח האדם בסרי לנקה שתעבוד בישראל כמטפלת סיעודית, וכי עבודתה תכלול ביצוע מטלות הקשורות בטיפול סיעודי במעסיק קשיש, כגון רחצה, הלבשה וסיוע בפעולות היום-יום.
4. בבואה לישראל הושמה העותרת בעבודה על ידי הסוכנות הישראלית שתיווכה בהגעתה לישראל, "–" בעבודה אצל מר ד' ב' המתגורר ב-- קשיש עצמאי שאינו זקוק לטיפול סיעודי. מר ב' מתגורר בביתו יחד עם אשתו, גב' ת' ב', ויחד עם בנו בן ה-38. לבני הזוג שלושה בנים נוספים, נשואים, המתגוררים מחוץ לבית עם משפחותיהם.
5. בבואה של העותרת לעבודה הובהר לה שלא תידרש לעסוק בעבודה סיעודית, וכי הובאה לבית המשפחה לצורך ביצוען של עבודות משק בית בלבד. אלו כללו: ניקיון, כביסה, גיהוץ, בישול, סיוע באירוח ומטלות בית כלליות.
6. שגרת עבודתה של העותרת בעת העסקתה עבור משפחת ב' היתה כדלקמן: בכל יום התעוררה העותרת בשעה 7:30, והחלה בניקיון הבית והשירותים, ולאחר מכן התפנתה לניקיון הרחבה החיצונית לבית. לאחר מכן נדרשה העותרת לסייע לגב' ב' לבשל עבור כל בני המשפחה, לרבות שלושת ילדיהם האחרים של בני הזוג, שהגיעו בכל יום לאכול בבית. כמו כן נתבעה העותרת לכבס ולגהץ את בגדיהם של כל בני הבית וכן לסייע באירוח בני משפחה וחברים, שהגיעו לעיתים תכופות (הכנת תה וקפה ושטיפת הכלים). ימי עבודתה של העותרת הסתיימו בדרך כלל אחרי עשר בלילה.
7. העותרת עבדה שישה ימים בשבוע, וניתנה לה מנוחה שבועית של 24 שעות בלבד. תמורת עבודה מפרכת זו, שולם לעותרת שכר בסך 3300 ₪ בחודש בלבד.

8. מדי פעם הייתה מגיעה לבית משפחת ב' מישהי (שהעותרת אינה יודעת מי היא) והיתה משוחחת עם מר ב'. בכל פעם לפני שאותה אישה היתה מגיעה לבית, גב' ב' נהגה לפקוד על העותרת להשיב לה, אם תשאל, שאינה עוסקת בעבודות בית, אלא אך ורק בטיפול סיעודי במר ב'.

9. בחודש מרץ התפטרה העותרת מעבודתה בבית משפחת ב', בנסיבות המתוארות בתצהיר המצורף בתמיכה לעתירה זו, והושמה בידי סוכנות אחרת בעבודה אצל מעסיק סיעודי בירושלים. נכון למועד עשיית התצהיר, משפחת ב' טרם שילמה לעותרת את שכרה בעד עבודתה בחודש פברואר.

10. על-פי המצב החוקי הנוצר בעקבות קבלת התיקון נשוא עתירה זו, הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה אינו יכול להידרש לעניינה של העותרת.

11. העותרת 2, **קו לעובד**, היא עמותה שהוקמה בשנת 1991, ומטרתה לסייע לעובדות ולעובדים החלשים ביותר במשק הישראלי, בהם עובדים ישראלים בשכר נמוך, מהגרי עבודה, פליטים ומבקשי מקלט ועובדים פלסטינים.

12. העותרת 3, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא ארגון זכויות האדם הגדול והוותיק בישראל. מטרתה להגן על כל קשת זכויות האדם בישראל, בשטחים הכבושים ובכל מקום בו נפגעות זכויות אדם על ידי הרשויות הישראליות. בין היתר פועלת האגודה להגנה על זכויות עובדים, על הזכות לשוויון ועל זכויות האדם בהיבטים הקשורים להגירה ולמעמד בישראל.

13. העותרת 4, **מוקד סיוע לעובדים זרים**, היא עמותה רשומה, שהוקמה בשנת 1998, הפועלת בתחום המשפטי והציבורי להגנה על זכויותיהם של מהגרות ומהגרי עבודה, קורבנות הסחר בבני אדם למטרות זנות ולמטרות עבודה, מבקשי מקלט ופליטים.

14. העותרות 2-4 הן העמותות המרכזיות הפועלות בישראל בתחום ההגנה על זכויות האדם של מהגרות ומהגרי העבודה.

ב. על תיקון 13 לחוק עובדים זרים

15. ביום 13.4.2008 קיבלה הממשלה החלטה להקים את רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים. רשות ההגירה נועדה להחליף את מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, ולהפוך לגוף ריכוזי הנושא בעיקר האחריות ליישם את מדיניות הממשלה בתחום של הגירה לישראל, ישיבה בה וגירוש ממנה.

העתק החלטת הממשלה 3434 מיום 13.4.2008 מצורף ומסומן ע/3.

16. כאמור במבוא לעתירה, כחלק מהחלטת הממשלה האמורה הוחלט על העברתה של יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התמ"ת (להלן גם – **יחידת הסמך**) לרשות ההגירה. לצורך הבנת משמעותו של מהלך זה יש לציין, כי מזה שני עשורים (למן מועד חקיקתו של חוק עובדים זרים ועד היום, מועד העברתה לרשות ההגירה), שימשה יחידת הסמך במשרד התמ"ת כגוף הממשלתי המרכזי האמון על אכיפתם של הדינים הנוגעים למהגרי עבודה על מעסיקיהם, על מתווכי כוח אדם ועל קבלני כוח אדם, באופן ששמר על הפרדה יחסית בין האורגנים האמונים על אכיפתם של חוקי העבודה וחוקים מגנים נוספים על מעסיקיהם של מהגרי עבודה, כגון יחידת הסמך, לבין האורגנים האמונים על מעצר וגירוש מהגרי עבודה בגין שהייה או עבודה בישראל שלא כדין מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**), כגון משרד הפנים או משטרת ההגירה בזמנה. תיקון 13 לחוק עובדים זרים נועד, אפוא, לערוך את תיקוני החקיקה הנדרשים כדי לאפשר את העברתן של הסמכויות המינהליות לפי חוק עובדים זרים, חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 וחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, בהם החזיק עד כה משרד התמ"ת, לרשות ההגירה.

17. על נחיצותה והכרחיותה של ההפרדה הארגונית שנשמרה עד כה בין משרד הפנים למשרד התמ"ת דומה כי אין צורך להכביר במילים. היא נועדה למנוע זיהוי של הממונים על אכיפת חוקי המגן בעבודה עם מנגנון המעצר והגירוש. מטרתה לאפשר בפועל אכיפה של חוקי העבודה על מעסיקים מפרי חוק, אכיפה שלא תתאפשר אם מהגרי העבודה יסברו כי בכוחה של תלונה נגד מעסיקם להביא, מניה וביה, לגירושם מישראל. מאליו יובן כי זיהוי פקחי עבודה עם מנגנון המעצר והגירוש עלול לטעת פחד מפניה לגורמי האכיפה אף בקרב מי ששוהים בישראל כדין. ההפרדה הארגונית בין הגורמים השונים נועדה, על כן, לעודד פניה של מהגרי עבודה לגורמי האכיפה, לעודד שיתוף פעולה עם מהלך החקירה נגד המעסיק ולאפשר דיווח שוטף לגורמי האכיפה במשרד התמ"ת על הפרות חוק מצד מעסיקים.

18. מטבע הדברים, העברתה של יחידת הסמך לרשות ההגירה מטשטשת את ההבחנה החיונית בין משרד הפנים למשרד התמ"ת, ועלולה להכביד במאד על מאמצי האכיפה נגד מעסיקיהם של מהגרי העבודה. מאליו יובן עוד, שהאקלים הארגוני השורר במשרדים ממשלתיים שונים משפיע על טיבה של הפעילות המנהלית המתבצעת במסגרתם. העברתה של יחידת הסמך מגוף ממשלתי שהאוריינטציה הארגונית המרכזית שלו היא אכיפת חוקי עבודה (משרד התמ"ת) לגוף ממשלתי שהאוריינטציה המרכזית שלו היא מעצר וגירוש של שוהים שלא כדין (רשות ההגירה) בהכרח צפויה להשפיע על טיבה של הפעילות המינהלית שתבצע במסגרת הארגונית החדשה. טעמים אלה הם שחייבו, לדעתם של הגורמים המקצועיים במשרד התמ"ת ולדעתו של המחוקק, את חיזוקו של מוסד "הממונה על זכויות עובדים זרים" במשרד התמ"ת, באמצעות הגדרתו בחקיקה ראשית והרחבה גורפת של סמכויותיו, ברוח המודל שנקבע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. יצוין, כי עד למועד בו תוקן החוק, פעל במשרד התמ"ת ממונה על זכויות עובדים זרים בתחום הבניין בלבד, מכוח הסדר מינהלי פנימי, ובידיו ניתנו סמכויות פעולה מצומצמות מאד.

העתק הנוהל להעסקתם של מהגרי עבודה בתחום הבניין מצורף ומסומן ע/4.

19. על הרציונל המתואר לעיל בדבר הצורך בהרחבת ובחיזוק מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים עמד יועצו המשפטי של משרד התמ"ת, מר מיכאל אטלן, בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 9.11.2009 בה נדונה הצעת החוק :

"היו"ר דוד אזולאי :

אני שואל את נציגי משרדי הממשלה השונים, למה לא היה כדאי פעם אחת ולתמיד לרכז את הנושא הזה [הטיפול במהגרי עבודה – ח"ב, ע"פ] בידי גורם אחד, ולא לפצל אותו בין שני משרדים?

מיכאל אטלן :

התפישה היא שעובר זר יחשוש להתלונן על זכויותיו בפני מי שהוא מזהה אותו כגורם שעיקר המנדט והתפקיד -

היו"ר דוד אזולאי :

למה צריך שני משרדי ממשלה שיטפלו בנושא הזה? למה לא לרכז את כל הנושאים במשרד ממשלתי אחד, וכרגע אני לא נוגע באיזה משרד ממשלתי. למה צריך לפצל את זה בין שני משרדים?

מיכאל אטלן :

אפשר להמשיך לשמר את זה במשרד התמ"ת, אבל ההחלטה נפלה, שצריך לחזק את רשות ההגירה, אז עניין של דאגה לזכויות העובדים לא יכול להיות מזוהה עם מי שמזוהה בציבור כאחראי בעיקר להרחקת עובדים. הם יחששו להתלונן, ואנו יודעים את זה מרשויות אחרות."

ובישיבה אחרת, מיום 28.12.2009 :

"הרעיון היה שמכיוון שחלק מהאכיפה המינהלית עוברת לפנים, היה צורך להיות כתובת אחת לציבור לקבלת תלונות ולניתוב התלונות בין הגורמים המוסמכים הרבים, והממונה הזה זו הכתובת, ויש גם צורך בתוספת של סמכויות תביעה אזרחית כמו לנציבת שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות וכמו ממונה נציבת שוויון הזדמנויות בעבודה שיש היום, שימלאו את החסר באכיפה שיכול להיווצר." (ההדגשה הוספה).

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 9.11.2009 מצורף ומסומן ע/5.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 28.12.2009 מצורף ומסומן ע/6.

20. כעת, בעקבות התיקון לחוק, מגדיר חוק עובדים זרים את תפקידיו את הממונה, ומקנה בידיו סמכויות רבות ורחבות פי כמה מבעבר. תפקידו של הממונה על עובדים זרים על-פי החוק הוא :

"... לפעול כלפי מעבידים, מעסיקים בפועל, מתווכי כוח אדם, וקבלנים... לאכיפת זכויות העובדים הזרים לפי דיני העבודה ולקידום ההכרה בזכויות

אלה, ובכלל זה –

- (1) לטפח תודעה ציבורית לעניינים שבתחומי תפקידו, באמצעות חינוך, הדרכה והסברה;
- (2) לשתף פעולה בתחומי תפקידו עם אנשים או גופים אחרים, ובכלל זה מעסיקים ועובדים;
- (3) להתערב בהליכים משפטיים בעניינים שבתחומי תפקידו, ברשות בית הדין לעבודה או בית משפט מוסמך אחר שההליך מתנהל בפניו;
- (4) לטפל בתלונות מטעם עובדים זרים נגד מעבידים, מעסיקים בפועל, מתווכי כוח אדם, וקבלנים כמשמעותם בסעיף 2(ג), בתחומי תפקידו;
- (5) לפעול על פי סמכויותיו לפי פרק זה;
- (6) לבצע כל פעולה אחרת שתוטל עליו על פי דין.

21. לצורך ביצוע תפקידיו אלה, מוקנות בידי הממונה, על-פי החוק, סמכויות מסמכויות שונות, לרבות הסמכות לדרוש מכל גוף מבוקר כל ידיעה, מסמך או דין וחשבון שהם בתחום סמכותו של אותו גוף (סעיף 1כד(א) לחוק עובדים זרים), והסמכות להורות למעביד, למעסיק בפועל, למתווך כוח אדם או לקבלן למסור לו נתונים בעניין קיום חובותיו לפי דיני העבודה כלפי עובד זר שלגביו הוא מברר תלונה או כלפי עובדים זרים אחרים המועסקים על ידיו או שפעל בעניינם או באותו מקום עבודה (סעיף 1כה(א) לחוק עובדים זרים). נוסף על כך, החוק קובע מנגנון להגשת תלונות לממונה על הפרת הוראה לפי חוק עובדים זרים או אי מילוי חובה מהחובות כלפי עובד זר (סעיף 1כו(א)), ומוסיף וקובע את הדרכים העומדות לרשות הממונה לטיפול בתלונות, עמן נמנות הסמכויות הבאות:

- (1) "לדחות את התלונה על הסף, אם סבר כי התלונה הוגשה בחוסר ניקיון כפיים או בחוסר תום לב הניכרים על פניהם, או כי התלונה על פניה חסרת בסיס כלשהו או מעלה עניין שהוא בגדר זוטי דברים;
- (2) להפנות את התלונה לבירור על ידי גוף אחר הפועל על פי דין, ואם היתה התלונה נגד המדינה או נגד גוף מבוקר כאמור בסעיף 1לא(1) – להפנותה לבירור על ידי היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לעניין זה;
- (3) להעביר את התלונה, בהסכמת המתלונן, או מי שנטען כי זכותו הופרה, אם אינו המתלונן, ובהסכמתו של הנילון או מי מטעמו, לגישור כהגדרתו בסעיף 79ג לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; הועברה התלונה לגישור כאמור, יחולו הוראות סעיף 79ג(ג), (ד) ו-(ח), והוראות לפי סעיף 79ד(א)(1), (2) ו-2(א) לחוק האמור, בשינויים המחויבים;
- (4) לקיים בירור כדי לקבוע אם יש מקום להגיש תביעה אזרחית כאמור בסעיף 1כח, להגיש בקשה לצו כללי כאמור בסעיף 1כט או לדחות את התלונה;
- (5) להגיש תביעה אזרחית בבית הדין לעבודה או בבית משפט אחר המוסמך לדון בה, לשם אכיפת זכות נשוא התלונה, בין בשם המתלונן ובין בשמו הוא;
- (6) להגיש בקשה לצו כללי כאמור בסעיף 1כט.

22. אלא שכאמור במבוא לעתירה, הממונה על זכויות עובדים זרים לא יהיה רשאי להפעיל את סמכויותיו ביחס לכלל מהגרות ומהגרי העבודה המועסקים בישראל, אלא אך ורק ביחס למהגרי

עבודה בבנין, בחקלאות ובתעשייה. קבוצת עובדות הסיעוד הוחרגה מפורשות מתחום טיפולו של הממונה. סעיף 1 לא לחוק עובדים זרים קובע כך:

"על אף האמור בפרק זה, סמכויות הממונה על זכויות עובדים זרים לפי פרק זה ותפקידיו, לא יופעלו –

...

(3) על יחיד, לגבי עובד זר שהוא מעסיק בסיעוד שלא במסגרת עסקן או משלח ידו, למעט הסמכויות לפי סעיף 1כו(ג)(1) עד (3); על אף האמור, הממונה על זכויות עובדים זרים יהיה רשאי לעשות שימוש במלוא תפקידיו וסמכויותיו לפי פרק זה במקרים שבהם קיים חשש לאחד מאלה:

(א) סחר בבני אדם, החזקה בתנאי עבדות או עבודת כפייה, כמשמעותם בסימן ז' בפרק י' לחוק העונשין;

(ב) מעשה המהווה עבירת מין או אלימות;

(ג) הטרדה מינית, כהגדרתה בסעיף 7(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

23. הנה כי כן, עובדות הסיעוד הוחרגו באופן כמעט מוחלט מתחום טיפולו של הממונה, אשר לא יהיה רשאי להידרש לתלונות המופנות כלפי מעסיקהן.

24. כאן יהיה המקום להתייחס לחריגים שנקבעו לעקרון הכללי בדבר החרגתן של עובדות הסיעוד מתחום טיפולו של הממונה. כפי שיוסבר להלן, חריגים אלו נטולי משמעות מעשית, וממילא אין בהם כדי לרפא את הפגם היסודי בדבר החרגת עובדות הסיעוד כקבוצה מתחום טיפולו של הממונה. "הסמכויות לפי סעיף 1כו(ג)(1) עד (3)", אותן יהא רשאי הממונה להפעיל ביחס לעובדות סיעוד, אינן אלא הסמכות לדחות את תלונתן על הסף – סמכות שהכללתה בתחום טיפולו של הממונה אינה פחות משערורייתית, באשר לממונה אין כל סמכות מקבילה לקבל את התלונה ולפעול על-פיה בהתאם לסמכויות שהוקנו לו; הסמכות להפנות את התלונה לבירור על ידי גוף אחר הפועל על פי דין – סמכות בעלת משמעות זניחה, באשר מהגרות ומהגרי עבודה יכולים לפנות בעצמם לגופים אחרים, כגון המשטרה; והסמכות להפנות את הצדדים, בהסכמה, לגישור – אף היא סמכות זניחה, באשר פנייה לגישור היא יוזמה שהצדדים יכולים לנקוט על דעתם, במידה שהם חפצים בכך, ואין כל רבותא בהפניה שכזו על ידי הממונה, דווקא.

25. החריג האחר, הקובע כי במקרים בהם קיים חשש לסחר בבני אדם, מעשה המהווה עבירת מין או אלימות והטרדה מינית, הממונה על זכויות עובדים זרים יהיה רשאי לעשות שימוש במלוא תפקידיו וסמכויותיו, אף הוא חריג זניח. החריג עוסק בסיטואציות פליליות קיצוניות, אשר ממילא אינן מתאימות, ואין לשער כי יופנו, לטיפולו של הממונה – מי שניתנו בידיו סמכויות פעולה במישור האזרחי – כי אם לטיפולו של המשטרה והתביעה הכללית. שנית, תלונות על סחר בבני אדם, עבירות מין ועבירות אלימות רחוקות מלהיות החלק הארי של התלונות השכיחות בענף הסיעוד, תלונות הנסבות בדרך כלל על עניינים כגון אי תשלום שכר מינימום, סיפוק תנאי מגורים לא נאותים, אי מתן מנוחה שבועית, אי מתן חופשה שנתית, אי הסדרת ביטוח רפואי וכדומה. יצוין עוד, בהקשר זה, כי בהתאם למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל, קורבנות סחר בבני אדם

ממילא זכאים לייצוג משפטי ללא תשלום על-פי חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 (סעיף 1 לתוספת), ואין, לפיכך, כל רבותא בקביעה כי הממונה יהא רשאי להידרש לעניינם.

26. על מידת הקיצוניות הדרושה, לגבי המחוקק, להתערבותו של הממונה ניתן ללמוד אף מכך שעבירות פליליות טיפוסיות אחרות לענף, במדרג חומרה פחות, כגון עיכוב דרכון, עושק ואיומים לא הוכללו בתחום טיפולו של הממונה. לגבי המחוקק, אף במצבים כאלה לא ראויות עובדות הסיעוד לקבל סיוע מהממונה על זכויות עובדים זרים.

27. עיון בנתוני הפניות לעותרת 2, עמותת קו לעובד, במהלך השנה האחרונה, ממחיש עד מה זניחים הם החריגים שנקבעו בחוק.

28. בשנת 2010, טופלו בעמותת קו לעובד 1310 תלונות ממהגרי עבודה ומהגרות עבודה העובדים בתחום הסיעוד. **85% מהפונים בשנה זו היו נשים.**

29. פילוח התלונות על-פי נושאן מלמד, כי 916 מהתלונות שהתקבלו בעמותת קו לעובד בשנת 2010 עסקו באי מתן זכויות סוציאליות; 622 – באי-מתן זכויות בעקבות פיטורין; 388 – בהלנת שכר; 291 – באי תשלום פנסיה; 228 – באי תשלום שכר מינימום; 56 – באי תשלום שכר עבור עבודה בשעות נוספות; 41 – באי הסדרת ביטוח רפואי; 34 – בתנאי העסקה לא ראויים; 21 – במתן זכויות בקשר עם הריון; 15 – בגביית כספים בתמורה להסדרת אשרה (open visa); 5 – בעיכוב דרכון בידי המעסיק; 5 – בעומס עבודה (עבודה עבור שני בעלי היתרי העסקה); ו-5 – בתאונות עבודה (הנתונים מתייחסים לתלונות ולא למתלוננות, וזאת לנוכח כך שחלק מהמתלוננות הלינו על יותר מעניין אחד).

30. לעומת כמות התלונות שעניינה העיקרי הוא תנאי העסקה, במהלך שנת 2010 התקבלו בעמותת קו לעובד 28 תלונות על אלימות ו-15 תלונות על הטרדה מינית מצד עובדות סיעוד. בנוסף, בשנת 2010, שלחה עמותת קו לעובד 12 תלונות למשטרה שעניינן חשד לסחר בבני אדם או להחזקה בתנאי עבדות של עובדות סיעוד. נתונים אלה הם, כמובן, חמורים, אולם הם מיעוט קטן בלבד מקרב התלונות המאפיינות את תחום הסיעוד. חלקן הארי של הפניות, כאמור, הן בנושאים המוחרגים מסמכויות הממונה.

העתק העמודים הרלוונטיים מדו"ח סיכום פעילות עמותת קו לעובד בתחום מהגרי עבודה בסיעוד לשנת 2010 מצורף ומסומן ע/7.

ג. פניותיהן של העותרות למשיבים עובר לקבלתה של הצעת החוק ולאחריה

31. עם פיזור של הכנסת ה-17, הניחה הממשלה את הצעת החוק, וביקשה להעבירה במחטף. כשבועיים ימים קודם לבחירות, שנקבעו ליום 10.2.2009, ולאחר שהכנסת יצאה לפגרה, פנה משרד

התמ"ת בדחיפות לכנסת בבקשה לאפשר דיון בהצעת החוק ולהקדים את הדיון בה. ביום 25.1.2009, יום לפני מועד הדיון שנקבע בדחיפות בוועדת הכנסת לצורך כך, פנו העותרות ליו"ר הוועדה בבקשה שלא לאשר את הקדמת הדיון, ולקבוע כי החקיקה תידון בהליך רגיל. בפנייתן עמדו העותרות על הפגיעות החמורות הצפויות בעובדות הסיעוד, ועל הצורך לברר אותן לעומקן. הוועדה, מטעמיה, החליטה שלא לקיים את הדיון, והכנסת ה-17 לא דנה בהצעת החוק.

העתק פנייתן של העותרות מיום 25.1.2009 מצורף ומסומן ע/8.

32. ביום 18.5.2009, לאחר התכנסות הכנסת ה-18, עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה. סמוך לאחר מכן, ביום 20.5.2009, פנו העותרות לשר התמ"ת. בפנייתן קבלו העותרות על הכוונה להדיר, בחקיקה ראשית, את קבוצת עובדות הסיעוד מהגנתו של מוסד מרכזי שתכליתו קידום ההגנה על זכויותיהם של מהגרי העבודה, ועמדו על המשמעויות החמורות הצפויות להיוודע להחרגה שכזו.

העתק פנייתן של העותרות מיום 20.5.2009 מצורף ומסומן ע/9.

33. ביום 1.6.2009 השיב שר התמ"ת לפניית העותרות. בתשובתו ציין שר התמ"ת כי-

"ההחלטה שלא להחיל בהצעת החוק שבנדון את סמכויות הממונה על זכויות עובדים על יחיד המעסיק עובד זר בסיעוד שלא במסגרת עסקו או משלח ידו, למעט במקרים שבהם קיים חשש לסחר בבני אדם, להחזקה בתנאי עבדות או לעבודת כפיה או להטרדה מינית, נבעה מהטעם שבענף הסיעוד ישנן שתי אוכלוסיות חלשות שעל הממשלה להגן עליהן: האחת, אוכלוסיית העובדים הזרים המועסקים בו, והשנייה, אוכלוסיית בעלי ההיתרים – המעסיקים. לאור מורכבות הנושא, הסכימו המשרדים הנוגעים בדבר כי אין לערב גורם ממשלתי נוסף כדוגמת הממונה על זכויות עובדים זרים, במחלוקת שבין העובד הזר המועסק בענף הסיעוד למעסיקו הנכה או הקשיש אלא, במקרים חמורים, המצוינים לעיל, בהם נותרו בידי הממונה הסמכויות שבהצעת החוק. יחד עם זאת, אין בכך כדי לגרוע מאחריות המדינה לאכיפת החוק במישרין באמצעות אכיפה פלילית ומינהלית (ביטולי ההיתרים בסיעוד) כמקובל."

העתק תשובתו של שר התמ"ת מיום 1.6.2009 מצורף ומסומן ע/10.

34. לפני הדיון הראשון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת בהצעת החוק לאחר שעברה בקריאה ראשונה, פנו העותרות ליו"ר וועדת הפנים והגנת הסביבה, ח"כ דוד אזולאי. בפנייתן שבו ועמדו העותרות על הפגיעות החמורות הצפויות בעובדות הסיעוד כתוצאה מהחרגתן מתחומי טיפולו של הממונה, וביקשו כי הסעיף העוסק בהחרגתן של עובדות הסיעוד מתחומי טיפולו של הממונה, יימחק מן ההצעה.

העתק פנייתן של העותרות מיום 5.11.2009 מצורף ומסומן ע/11.

35. העותרות שבו והציגו את עמדתן אף במסגרת ישיבותיה של וועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת, שדנה בהצעת החוק במסגרתה הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. בדבריהם שבו והדגישו נציגי העותרות את הפסול שבהחרגתן של מהגרות עבודה המועסקות בענף הסייעוד הביתי מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים. בין היתר הדגישו נציגי העותרות, כי הצורך בהעמקת ההגנה על זכויותיהם של מהגרי העבודה כתוצאה מהעברת סמכויות יחידת הסמך במשרד התמי"ת לרשות ההגירה, על כל המשמעויות הנלוות לכך, משותף לכל מהגרות ומהגרי העבודה, לרבות ובעיקר מהגרות עבודה בענף הסייעוד, וכי במונעה גישה למוסד הממונה, אוסרת המדינה על מהגרות העבודה ועל המעסיקים התדיינויות בבית הדין לעבודה, ובכך מביסה את תכליתה. נציגי העותרות הדגישו אף את ההפליה המגדרית הנוצרת בעטיה של ההחרגה ואת המסר הקשה המגולם בה לעובדים, למעסיקים ולציבור בכללותו.

36. הצעת החוק אושרה בקריאה שנייה ושלישית ביום 24.3.2010. אף לאחר שעבר התיקון בקריאה שנייה ושלישית והתקבל כחוק, שבו ופנו העותרות, ביום 18.10.2010, לשר התמי"ת, בבקשה כי יפעל לתיקון החוק באופן שייקבע במסגרתו, כי כל סמכויות הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה ותפקידיו כהגדרתם בפרק ד'3 לחוק עובדים זרים יופעלו אף על יחיד לגבי עובד זר שהוא מעסיק בסייעוד שלא במסגרת עסקו או משלח ידו. העותרות ציינו, כי בדעתן לעתור לבית-המשפט הנכבד בענין זה. ביום 19.10.2010 השיב לפניה יועצו המשפטי של משרד התמי"ת, מר מיכאל אטלן, כדלקמן:

”שלום רב

קראתי את מכתבכם. אכן החוק עבר בכנסת. אכן קולכם נשמע בדיון. להזכיר, הממשלה הסכימה בדיון לעריכת שינויים בנוסח החוק הנוסח שהתקבל איננו זהה לזה שפורסם בהצעת החוק הממשלתית. לגופו של עניין, התוצאה נראית לי מאזנת את זכויות היסוד של העובדים עם אלה של מעסיקהם הסעודיים. נזכור שבשונה ממעסיק רגיל, מדובר במעסיק סעודי שיש לו זכויות בתור אנשים עם מוגבלות. לכן, אני אינני מתכוון ליזום פעולה לתיקון החוק כעת, וגם לא קיבלתי הנחיה מהנהלת המשרד לעשות כן. קחו בחשבון שלא התחלפה ההנהלה מאז הדיון בחוק ובקושי יבשה הדיו מחוברת הרשומות שבה הודפס החוק. גם לא השתנה מאז דבר, ובנסיבות העניין אני לא אמליץ שנעשה מהרשויות המעורבות בחקיקה – כולן - צחוק! יחד עם את, כיוון שבידי ההנהלה הסמכות בעניין זה, אני מעביר בכך את מכתבכם אל לשכת המנכ"ל ולשכת השר.”

העתק פניית העותרות מיום 18.10.2010 מצורף ומסומן ע/12.

העתק תשובתו של מר מיכאל אטלן מצורף ומסומן ע/13.

37. נכון למועד כתיבת שורות אלו, לא קיבלו העותרות מענה נוסף לפנייתן מלשכת המנכ"ל ולשכת השר.

38. עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ובהם העקרונות החוקתיים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלים על מהגרות עבודה ועל מהגרי עבודה בישראל:

"זר הרוצה להיכנס לישראל ולשהות בה לצרכי עבודה או לצרכים אחרים אינו בעל זכות קנויה לכך, והוא זקוק להיתר כניסה ורשיון ישיבה בישראל, בכפיפות למדיניות הנהוגת בענין זה. גם כאשר קיבל היתר כניסה ושהייה בישראל, ישיבתו בארץ של אדם זר עשויה להיות כפופה לתנאים שונים הנגזרים מאינטרסים ציבוריים שונים ומורכבים.

עם זאת, 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. אמנם, עובד זר, שאינו אזרח ישראל ואינו תושב בה, אינו כפוף לכל מערכות הזכויות והחובות החלות על-פי המשפט הישראלי על אזרחי ותושבי המדינה. כך למשל, לא תינתנה בידיו הזכויות לבחור ולהיבחר, ולא תחול עליו חובת השירות בצבא – הייחודית לישראלים אזרחי ותושבי קבע של המדינה. כן עשויה להתעורר שאלה בדבר היקף ההגנה שלה יהיה זכאי העובד הזר מכוח חקיקת העבודה בישראל, בין היתר בהינתן מאפייניו הייחודיים של מנגנון ההעסקה של העובדים הזרים בישראל (ראו והשוו: בג"צ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 29.11.2009); דיון נוסף על הליך זה תלוי ועומד, וראו: דנג"צ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסמה, 29.4.2010)). לסקירת מאפייני ההעסקה של העובדים הזרים בישראל בהשוואה למדינות אחרות בעולם, ראו: הכנסת, מחלקת מידע ומחקר מעמדם של עובדים זרים, גיוסם והעסקתם – סקירה משווה (תשס"ז)). עם זאת, יחולו על העובד הזר העקרונות הבסיסיים בשיטת המשפט בישראל שנועדו להגן על האדם באשר הוא אדם, בעודו מצוי בטריטוריה ישראלית, ונתון למרות מערכת המשפט הישראלית.

ואמנם, כבר נפסק, כי 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 (סעיף 1). הוא מעגן את זכותו של 'האדם' לכבוד ולחירות, תוך מתן ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א). על-פי החוק, 'אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם'; 'אין פוגעים בקניינו של אדם'; ו'כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו' (סעיפים 2-4; ההדגשות אינן במקור). למעט סעיף 6(ב) לחוק-היסוד, המגביל את זכות הכניסה לישראל רק לאזרחים ישראלים השוהים בחוץ-לארץ, יתר סעיפי החוק פורשים את

חסותם על ה'אדם'. תחולת חוק-היסוד מתפרשת, אפוא, בעיקרה, על כל אדם הנמצא בישראל, ללא קשר למעמדו האזרחי, דתו, פועלו, השקפותיו וכיוצא באלה. עמד על כך הנשיא ברק בספרו בנושא הפרשנות החוקתית:

במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד 'האדם'. ... הזכויות המוענקות בחוק-היסוד הן זכויות אדם, והן מוענקות לאדם. ... על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין; לאזרח, לתושב, למבקר ולתייר. **כל אדם 'באשר הוא אדם' זכאי להגנות הקבועות בחוק-היסוד, יהא מינו אשר יהא, תהא דתו אשר תהא, ויהיו השקפותיו אשר יהיו.** גם אדם שאינו מכיר בכבודם של אחרים זכאי להגנת כבודו. ... מכאן, שאין זה מדויק לתאר זכויות אלה כזכויות אזרח. הן אינן מוגבלות לאזרח או לתושב. הן מוענקות לכל אדם ... (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 435-436 (כרך שלישי, 1994), ההדגשה אינה במקור).

האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס, אפוא, לכל אדם באשר הוא אדם. הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין. תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על העובד הזר נדונה בעבר בהקשר לחוקיותו של הסדר הכבילה בין העובד למעסיק, ונקבע בהקשר זה כי לעובד עומדות זכויות יסוד לכבוד, לחירות ולאוטונומיה אישית (ענין 'קו לעובד', בעמ' 378-377). נקודת המוצא היא, אפוא, כי עיקר הזכויות החוקתיות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוקנות לעובדים הזרים השוהים בישראל. " (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 13.4.2011), פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוק'ציה).

39. החרגתן של עובדות הסייעוד ממוסד הממונה על זכויות עובדים זרים מביאה לפגיעה קשה בזכותן של מהגרות עבודה לשוויון, ובתוך כך, כפי שיפורט להלן, אף בזכותן לכבוד (ר' בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה ואח' פ"ד נב(3) 630, 652-650 (1998)). מושכלת יסוד היא, כי:

"עקרון השוויון צריך להנחות גם את הרשות המחוקקת, שאף היא, כמו כל רשות אחרת במדינה, חייבת לפעול כנאמן הציבור, לאור ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובהם אף השוויון." (בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000)).

על מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון ר' עוד: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 2002 (2006), פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

40. ביטוייה של הפגיעה בזכותן של מהגרות עבודה לשוויון הוא בסיכול יכולתן לפנות למוסד אכיפה מדינתית מרכזי שהמחוקק עצמו סבור לגביו, כי הוא חיוני לשם הגנה על זכויותיהן כעובדות; מוסד ששערי פתוחים לרווחה בפני כל יתר מהגרי העבודה בישראל. תוצאת הדבר היא החלתו של משטר משפטי נחות על עבודתן של מהגרות עבודה בענף הסיעוד, אשר ההגנות הניתנות במסגרתו על זכויותיהן, נופלות מאלו הניתנות למהגרי עבודה אחרים.

41. הפגיעה בשוויון במקרה זה אך מתעצמת לנוכח הרכבה המגדרי של הקבוצה לגביה הוחלט, כי אין היא זכאית ליהנות מהגנתו של הממונה. רובם המכריע של המועסקים בבנין, בחקלאות ובתעשייה – תחומים בהם ניתנו לממונה על זכויות עובדים זרים מלוא הסמכויות – הנם גברים. מאליו יובן כי החרגתו של ענף העסקה כענף הסיעוד הביתי, ענף אשר על-פי נתונים רשמיים, **יותר מ-80%** מהמועסקים בו הן נשים, מביא להפליה מופלגת על רקע מגדרי, ולהחלתו של משטר משפטי מפלה על עבודתן של נשים.

העתק דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 7.6.2010, "עבירות מין נגד עובדות זרות" (בו נתונים על שיעור השתתפותן של נשים בכוח העבודה בענף הסיעוד), מצורף ומסומן ע/14.

42. הפליה על רקע מין נמנית עם ההפליות הקשות והמשפילות ביותר. הפליה על רקעים אלה, כפי שפסק בית-משפט נכבד זה לא אחת, הנה הפליה "גנרית", הפוגעת פגיעה קשה בכבוד האדם:

"הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הינה הפליה גנרית... דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית... פוצעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר." (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 660 (1998)).

43. מטעמים אלה, הזכות שלא להיות מופלה על רקע מין נחשבת מאז ומעולם ככלולה בגרעין הקשה של הזכות לכבוד על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם, **וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה.**" (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 133 (1995), ההדגשה הוספה). אך ברור, אם כן, כי הפגיעה בזכות לשוויון, בנסיבות עתירה זו, מתגבשת כדי פגיעה מופלגת בכבוד האדם של מהגרות העבודה המועסקות בסיעוד.

44. ביטוייה של הפגיעה בכבודן של מהגרות העבודה המועסקות בסיעוד היא אף במסר החקיקתי המגולם בהחרגתן מתחום טיפולו של הממונה, שאין להבינו אלא כהשלמה מוסדית עם הפגיעה בזכויותיהן, אם לא הענקתה של לגיטימציה לפגיעה זו. באמירה חקיקתית זו גלום מסר משפיל,

לפיו עובדות הסיעוד אינן עובדות כיתר העובדים והעובדות בשוק העבודה בישראל, וכי זכויותיהן אינן ראויות להגנה זהה לזו הניתנת למהגרי עבודה אחרים.

45. על-מנת לאמוד את עומקה ואת היקפה של הפגיעה בזכותן של נשים לשוויון ולכבוד כתוצאה מהחרגתן מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים, יש להוסיף ולתת את הדעת על מספר עובדות בסיסיות מתחום השתתפותן של נשים בשוק העבודה, ובפרט נשים מהגרות.

46. כידוע, אחת הבעיות החריפות בתחום זכותן של נשים לשוויון בשוק העבודה היא הבידול התעסוקתי בין עובדות "גבריות" לעובדות "נשיות", וביטויי ההיררכיים והמפלים של בידול זה, שבראשם שכר נמוך ותנאי העסקה נחותים לאין שיעור בעיסוקים "נשיים" בהשוואה לעיסוקים "גבריים" וכן המידה בה חשופים עובדים בעיסוקים "גבריים", לעומת עובדות בעיסוקים "נשיים" להפרה של זכויותיהם בעבודה. מקצועות ועיסוקים "עתירי הפרות" של זכויות עובדים הם גם מקצועות ועיסוקים "נשיים" (ני רימלט, *בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה*, מחקרי משפט כ"ד 299, ע' 304-300, 317-318 (2008); מי תג'ר על נשים ושינויים – סקירת פניות של עובדות ועובדים ישראלים לקו לעובד בשנת 2008, ע' 9 (2009)). מצב דברים זה מחייב, שלעצמו, פעולה נמרצת ומעורבות נרחבת מצד המדינה למיגור הפלייתן של נשים בשוק העבודה, ולהשוואת תנאי השתתפותן בשוק העבודה, השכר המשולם להן וזכויותיהן, לאלו של עובדים גברים.

47. אם כך ביחס לעבודתן של נשים באופן כללי, הרי שעל אחת כמה וכמה אמורים הדברים ביחס למהגרות עבודה המועסקות תחום הסיעוד הביתי. העבודה – הנשית במפגיע – בענף הסיעוד הנה עבודה מפרכת בתגמול נמוך, המציעה ביטחון תעסוקתי רעוע והיעדר מוחלט של אפשרויות לקידום מקצועי או כלכלי (ראו ר' בן-ישראל צדק חברתי בעידן בתר-העבודה: צדק חלוקתי בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת, בתוך *צדק חלוקתי בישראל* (מי מאוטנר, עורך, (2000)), 322; ע' סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי עבודה, *משפט וממשל* י' (תשס"ז) 9, 19). עובדות סיעוד עובדות שעות ארוכות ביותר בכל יום, ואינן נהנות מההגנות הקוגנטיות שבחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1952 (ר' בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פורסם בנבו, (2009), בפסק-הדין הוחלט לקיים דיון נוסף בהחלטת כבי הנשיאה ביניש מיום 27.4.2010). כמהגרות אשר אינן שולטות בשפה העברית, ולעיתים אף לא האנגלית; כמי ששהייתן בישראל ארעית וכמי שתלויות, לעיתים תכופות, במעסיק לצורך שימור מעמדן החוקי, נגישותן למנגנוני אכיפת החוק, במקרה של פגיעה בזכויותיהן, אינה גבוהה.

48. הנה כי כן, עובדות סיעוד מופלות לרעה בשוק העבודה – תוצאת אכיפת חסר ומעורבות חלקית ולוקה של המדינה בפיקוח על יחסי העבודה בתחום זה – עוד בטרם מביאים בחשבון את החרגתן ממוסד הממונה על זכויות עובדים זרים. מכלול נסיבות אלה מלמדות מתוכן על עוצמת הפגיעה בזכותן של עובדות הסיעוד לשוויון ובזכותן לכבוד, הנגרמת כתוצאה מהחרגתן ממוסד הממונה על זכויות עובדים זרים.

49. החרגת עובדות סיעוד מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים מנציחה את מציאות ההעסקה המפלה שהיא מנת חלקן של נשים בשוק העבודה. חמור מכך: היא מחריפה ומעמיקה אותה. בהגיפה את שעריה של הממונה על זכויות עובדים זרים בפני נשים, מעניקה המדינה לגיטימציה ברורה למציאות של הפרת זכויות ותגמול נמוך. היא משדרת כי זכויותיהן של מהגרות עבודה בתחום זה הן הפקר. בכך מבטיחה ההחרגה, כי המציאות בדבר הפרה גורפת ושיטתית של זכויות בעבודה, תוסיף להתקיים, ואף תעמיק.

50. לבד מפגיעתה החמורה בזכותן לכבוד ובזכותן לשוויון, החרגת עובדות הסיעוד מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים פוגעת עוד בזכותן להנאה מתנאי עבודה צודקים ונאותים. סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (כתבי אמנה 31, 1037, ע' 205), שנחתמה ואושרה בידי ישראל ביום 3 באוקטובר 1991, קובע כי:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של כל אדם להנאה מתנאי עבודה צודקים ונאותים, אשר יספקו במיוחד:

א. תשלום המבטיח לכל העובדים, בחינת מינימום:

(1) שכר הוגן ותשלום שווה תמורת עבודה בעלת ערך שווה, בלא הפליה מכל סוג שהוא...

(2) קיום נאות לעצמם ולמשפחותיהם בהתאם להוראותיה של אמנה זו;

ב. בטיחות ובריאות בעבודה;

ג. הזדמנות שווה לכל אדם להתקדם בעבודתו לשלב מתאים גבוה יותר, בלא להתחשב בכל שיקול אחר לבד משיקולי ותק וכושר;

ד. מנוחה, עתות פנאי, הגבלה סבירה של שעות העבודה וחופשות תקופתיות בתשלום, וכן תשלום בעד ימי פגרה כלליים."

51. כמובן, יכולתן של עובדות סיעוד – ככל עובד או עובדת אחרים – להנות מההגנות על זכויותיהן בעבודה כאמור באמנה, מותנית בקיומם של מנגנוני אכיפה שיאפשרו מענה וסעד במצב של הפרת זכויות. החרגת עובדות הסיעוד ממנגנוני אכיפה שכאלה – ונזכיר, כי מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים הוא מנגנון **לגביו המחוקק עצמו סבר**, כי הוא דרוש לשם הגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה בעבודה – פוגעת, אם כן, בזכותן של עובדות הסיעוד לתנאי עבודה צודקים ונאותים.

החרגת עובדות הסיעוד מתחום טיפולו של הממונה סותרת את חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951

52. כפי שיפורט להלן, החרגתן של עובדות הסיעוד אינה יכולה לעמוד אף מחמת היותה מנוגדת לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951 (להלן – **חוק שיווי זכויות האישה**), הקובע, בסעיף 1א(א) לו, כי **"דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה."**

53. חוק שיווי זכויות האישה, כפי שפסק בית-משפט נכבד זה לא אחת, הוא חוק "מלכותי" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 240 (1994)). פסיקתו של בית-המשפט הנכבד שבה והדגישה את מעמדו הייחודי של חוק זה (בג"ץ 202/57 סידס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528, 1537 (1958)), ואת היותו חוק חוקתי "בתוכנו ובמהותו" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 280 (1995)). עמד על כך השופט מצא :

"... אף שמעמדו ה'פורמאלי' של חוק שיווי זכויות האשה לא נשנה ממעמדו של 'חוק רגיל', נתפס החוק, מאז ומתמיד, כחוק בעל 'ייחוס מיוחד'..." (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 522 (1994), להלן – **פרשת שדולת הנשים**).

54. לתיבה "פעולה משפטית" שבחוק שיווי זכויות האישה ניתן בפסיקת בית-המשפט הנכבד, מאז ומעולם, פירוש רחב. עוד בראשית דרכו פסק בית-משפט נכבד זה, כי "פעולה משפטית" היא "כל אקט משפטי הנוגע לאישה, **בין שהיא נושא או נשוא הפעולה**" (ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה, תל אביב, פ"ד טז 403, 406 (1962), ההדגשה הוספה). פסיקה מאוחרת יותר הוסיפה וביארה, כי פירושו של המושג "פעולה משפטית" הוא "מעשה אשר בעקבותיו משתנה מעמדו של אדם, וכן משתנות זכויותיו וחובותיו" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 763 (1990)). על הפירוש הרחב שניתן לדיבור "פעולה משפטית" שבחוק שיווי זכויות האשה בפסיקת בית-משפט נכבד זה עמד השופט מצא **בפרשת שדולת הנשים** לעיל, בציינו כי :

"בפועל אכן נתפרש החוק [חוק שיווי זכויות האשה – ח"ב, ע"פ], לפחות בדרך כלל, כמעגן את זכותה של האישה, לא רק לשוויון 'לכל פעולה משפטית' במובנה הצר של לשון החוק, אלא לשוויון 'מכל בחינה משפטית' ... לאמור, זכות לשוויון משפטי מלא וגמור לכל דבר ועניין." (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 522 (1994)).

55. **פשיטא, כי כל הסמכויות אשר הוקנו לממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה, כגון הסמכות לקיים בירור בתלונה, להגיש תביעה אזרחית בבית הדין לעבודה או בבית משפט מוסמך אחר ולהגיש בקשה לצו כללי, הן "פעולות משפטיות" כהגדרתן בחוק שיווי זכויות האישה ; אם תרצו, פעולות משפטיות ש"נשואיהן" הן מהגרות העבודה. הגבלת יכולתו של הממונה להשתמש בסמכויותיו, וזאת אך ורק ביחס למהגרות עבודה בתחום הסיעוד, מפלה, אם כן, נשים, ל"פעולה משפטית". ככזו, היא אסורה על-פי חוק שיווי זכויות האשה.**

56. צדה השני של ההפליה – האסורה אף היא על-פי חוק שיווי זכויות האשה – היא, כמובן, הפלייתן של נשים כ"נושא" הפעולה המשפטית, שביטויה הוא בהגבלת יכולתן-שלהן לפנות לממונה על זכויות עובדים זרים. הגבלת יכולתן של מהגרות עבודה לנקוט בפעולה משפטית שהמחוקק העמיד לטובת מהגרי עבודה באופן כללי, והגבלת גישתן לתרופה משפטית, אשר פתוחה בפני יתר מהגרי העבודה, היא הוראת חוק המפלה לרעה נשים ל"פעולה משפטית".

החרגת עובדות הסיעוד מתחום טיפולו של הממונה שותרת את משפט זכויות האדם הבינלאומי

57. החרגתן של עובדות הסיעוד מהגנתו של הממונה על זכויות עובדים זרים אף אינה עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל, שלא להפלות נגד נשים בהיבטי עבודה ונגישות לצדק. סעיף 2 לאמנה על ביעור כל צורות האפליה נגד נשים (כתבי אמנה 1035, כרך 31, ע' 170, אושררה על-ידי ישראל ביום 2.11.1991) אוסר על המדינות החברות באמנה להפלות כנד נשים, ומחייבן לנקוט בצעדים פוזיטיביים למיגור אפליה קיימת:

"המדינות שהן צד באמנה מגנות אפליה נגד נשים לצורותיה, מסכימות לנקוט באמצעים מתאימים וללא דיחוי מדיניות של ביטול אפליה נגד נשים, ולתכלית זו, מתחייבות:

...

(ג) **לקבוע הגנה חוקית על זכויותיהן של נשים, על בסיס שווה עם גברים, ולהבטיח, באמצעות ערכאות בינלאומיות מוסמכות ומוסדות ציבור אחרים, הגנה יעילה על נשים מפני מעשי אפליה לסוגיהם;**
(ד) **להימנע ממעשה או נוהג של אפליה נגד נשים, ולהבטיח כי רשויות ומוסדות הציבור יפעלו בהתאם לחובה זו;**

...

(ו) לנקוט את כל האמצעים המתאימים, לרבות חקיקה, כדי לשנות או לבטל חוקים, תקנות, מנהגים ונוהגים קיימים המהווים אפליה נגד נשים;" (ההדגשות הוספו).

סעיף 11 לאותה אמנה מוסיף וקובע באופן מפורש, כי "חובה על המדינות שהן צד לאמנה לנקוט את הצעדים המתאימים כדי לבטל אפליה נגד נשים בתחום התעסוקה כדי להבטיח, על בסיס של שוויון בין גברים ונשים, אותן הזכויות [...]". (ההדגשה הוספה).

58. ועדת האו"ם לביעור כל צורות האפליה נגד נשים, וועדת מומחים המשמשת פרשנית מוסמכת של הוראות האמנה, נדרשה זה לא מכבר לעניינן של מהגרות עבודה השוהות במדינות מארחות ולזכויותיהן על-פי האמנה. המלצה כללית 26 של וועדת המומחים, העוסקת באופן ספציפי בנשים מהגרות עבודה, מציינת במפורש כי **האמנה על ביעור על צורות האפליה נגד נשים חלה באופן מלא אף ביחס למהגרות עבודה** (סעיף 1), ומדגישה במיוחד את האיסור להפלות נגד מהגרות עבודה בהיבט של גישה לצדק ולמנגנוני אכיפה:

"States parties in countries where migrant women work should take all appropriate measures to ensure non-discrimination and the equal rights of women migrant workers, including in their own communities. Measures that may be required include, but are not limited to, the following:

(b) Legal protection for the rights of women migrant workers: States parties should ensure that constitutional and civil law and labour codes provide to women migrant workers **the same rights and protection that are extended to all workers in the country...** they should ensure that occupations dominated by women migrant workers, such as domestic work and some forms of entertainment, are protected by labour laws, including wage and hour regulations, health and safety codes and holiday and vacation leave regulations. **The laws should include mechanisms for monitoring workplace conditions of migrant women, especially in the kinds of jobs where they dominate** (articles 2 (a), (f) and 11);

(c) Access to remedies: States parties should **ensure that women migrant workers have the ability to access remedies when their rights are violated**. Specific measures include, but are not limited to, the following (articles 2 (c), (f) and 3):

(i) Promulgate and enforce laws and regulations that include adequate legal remedies and complaints mechanisms, and put in place easily accessible dispute resolution mechanisms, protecting both documented and undocumented women migrant workers from discrimination or sex-based exploitation and abuse;

(ii) Repeal or amend laws that prevent women migrant workers from using the courts **and other systems of redress. [...]**" (emphasis added).

העתק המלצה כללית 26 של הוועדה על האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים מצורף ומסומן
ע/15.

59. כאן המקום לציין עוד, כי במסקנותיה האחרונות לגבי ישראל מיום 9.2.2011, הביעה הוועדה את דאגתה לנוכח תנאי העסקתן של מהגרות עבודה בישראל, והדגישה בהמלצותיה בפרט, כי על ישראל להבטיח את גישתן של מהגרות עבודה ל"תרופות משפטיות":

"42. The Committee expresses its particular concern at the disadvantaged situation of female migrant workers in the country. In this respect, the Committee is concerned at the difficult working conditions of female migrant workers, who are employed primarily as in-home care-givers, and that they work on a round-the-clock basis with mandatory live-in arrangements. The Committee also notes with concern the 2009 Supreme Court decision in the matter of Yolanda

Gloten vs. the National Labour Court, by virtue of which migrant home care givers are excluded from the Hours of Work and Rest Law, providing basic labour law protections to workers in the State party generally... The Committee urges the State party to:

(a) Extend and enforce all labour law protections, including health and safety standards, for all female migrant workers, including migrant home care workers, **ensure their access to legal remedies**, and allow them to negotiate freely with their employer whether to reside in the employer's household or not; [...]"

העתק המסקנות המסכמות של הוועדה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים לגבי ישראל מיום 9.2.2011 מצורף ומסומן ע/16.

60. האיסור להפלות נגד נשים מעוגן באמנות בינלאומיות נוספות שישראל צד להן, כגון אמנת ארגון העבודה העולמי בדבר הפליה משנת 1958 (Discrimination (Employment and Occupation) Convention, אושררה על-ידי ישראל ביום 12.1.1959) הקובעת בסעיף 2 לה כך :

"Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof."

– "הפליה" מוגדרת באותה אמנה כך –

"1. For the purpose of this Convention the term discrimination includes-

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;

(b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers' and workers' organisations, where such exist, and with other appropriate bodies."

החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ואינו לתכלית ראויה

61. בפוגעו בזכותן של מהגרות העבודה בענף הסיעוד לכבוד ובזכותן לשוויון – "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו" (פרשת שדולת הנשים, ע' 660) – תיקון החקיקה נושא עתירה זו אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. ערכיה של המדינה מחייבים קיום שוויון זכויות מלא לכל. כפי ששב ופסק בית-משפט נכבד זה, "שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית." (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000)).

62. העותרות סבורות, כי תיקון החקיקה נושא עתירה זו אף אינו לתכלית ראויה. **תכליתו של החוק היא, בפשטות, לפגוע בעובדות הסיעוד, על מנת ליטול מכוחן (המועט ממילא) במערכת יחסי העבודה שהן מקיימות עם מעסיקהן, ולצמצם את ערוצי האכיפה הפתוחים בפניהן במקרה של פגיעה בזכויותיהן.** אין צריך לומר, כי תכלית זו אינה יכולה להיחשב לתכלית ראויה. התהדרות באמירות גבוהות אודות הרצון "להגן על מעסיקים סיעודיים" או "לאזן בין שתי קבוצות חלשות" אינה יכולה לשנות מהעובדה שתכליתו **המפורשת** של החוק היא להחליש את כוחן היחסי של עובדות הסיעוד ואת יכולתן לפעול למניעה או להפסקה של פגיעות בזכויותיהן מצד מעסיקן.

63. אף שדי באמור לעיל לחתום את הבחינה החוקתית ביחס לתיקון החקיקה נושא עתירה זו, תוספנה העותרות, הגם למעלה מן הצורך, כי אפילו נקבל כי תיקון החקיקה נושא עתירה זו הולם את ערכיה של מדינת ישראל וכי הוא מבקש להגשים תכלית ראויה בדבר הגנה על מעסיקים סיעודיים, התיקון לחוק נושא עתירה זו עדיין אינו יכול לצלוח בחינה חוקתית נוכח כך שהאמצעים שנבחרו להגשמת התכלית אינם מידתיים, על שלושת מבחני המידתיות, שיפורטו להלן (ר' בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט(5) 1, 11 (1996)).

אין קשר רציונלי בין התכלית לאמצעי

64. כאמור, תכליתה של החרגת עובדות הסיעוד היא לצמצם את גישתן למוסדות האכיפה על מנת "להגן על מעסיקים סיעודיים" ובפרט, להבטיח כי יהיו חשופים פחות לתביעות בבתי הדין לעבודה. כלום תכלית זו מושגת בהחרגה? התשובה היא, בבירור, שלילית. למעשה, ההחרגה משרתת תכלית הפוכה לתכלית זו: מהגרות העבודה בתחום הסיעוד לא תוכלנה לפנות לממונה, ומשום כך הדרך היחידה הפתוחה בפניהן לעמוד על זכויותיהן היא הגשת תביעות לבית הדין לעבודה. קשה להלום כי תוצאה זו משרתת את עניינם של מעסיקים בתחום הסיעוד. כך, במקום לסייע למעסיקים לפתור מחלוקות עם העובדות באמצעות הממונה, אוסר עליהם החוק התדיינויות בבית הדין לעבודה כאמצעי יחידי ליישוב סכסוכים, על כל הכרוך בכך. סיוע אמיתי לעובדות ולמעסיקים, וצמצום ההתדיינויות המשפטיות, מחייבים, כי על ענף הסיעוד יוחל אותו הסדר הקבוע בהצעת החוק ביחס לעובדים בענפים אחרים. לפי הסדר זה, משעה שמוגשת תביעה לבית הדין לעבודה מושך הממונה ידיו מן הטיפול בתלונה.

65. כאן המקום להוסיף ולציין, כי חברי הכנסת בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה**בינו** **בבירור** במהלך הדיונים בהצעת החוק את חוסר התוחלת של ההצעה ככלי לצמצום ההתדיינות בבית הדין לעבודה, ואת האפשרות הסבירה בהרבה, שדווקא העמדת כלי חלופי בדמות הממונה לבירור ויישוב סכסוכים בין מעסיקים לעובדות יצלח פי כמה למטרה זו, כפי שעולה למקרא חילופי הדברים הבאים, בין נציג העותרות, נציגת הממשלה, היועץ המשפטי לוועדה ויו"ר הוועדה, בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 11.1.2010 :

"עודד פלר :

יש פתרון. זה בדיוק כמו שאדוני הציע ורצה, אפשר להשמיט את כל הסעיף שמדבר על עובדי הסיעוד ולחזור לסעיף הכללי שמדבר על כך שאם הוגשה תביעה לפני הפנייה לממונה הממונה לא יבדוק; אם הוגשה תביעה אחרי הפנייה לממונה, הממונה יפסיק לבדוק את התלונה. זה כתוב בחוק וזה הפתרון.

היו"ר דוד אזולאי :

ואז אנחנו לא מחריגים אותם, אבל לפחות אנחנו עוזרים במידה מסוימת לאותו מעסיק סיעודי.

עודד פלר :

זה קיים בהצעת החוק כבר היום.

תומר רוזנר :

זה בהמלצת הצוות המשפטי. זו לא ההצעה הממשלתית.

היו"ר דוד אזולאי :

פה עוד יהיה לנו דין ודברים עם הממשלה. הייתי רוצה לשמוע מה עמדתכם.

שושנה שטראוס :

כמו שהצגתי בדיון הקודם, העמדה של משרד הפנים היא שיש פה שתי אוכלוסיות חלשות, ורק במקרים הכי חמורים הממונה צריך לייצג צד אחד. במקרים הרגילים, כמו שתומר אמר, יש את הכלים הרגילים של אכיפה פלילית, אכיפה מנהלית, תביעה אזרחית וכל הקשת שכל צד יכול לפנות אליה.

עודד פלר :

מה שמשרד הפנים מבקש זה לעצום את העיניים. הוא אומר: יש פה אוכלוסייה שאני, משרד הפנים, מביא אותה לפה, ואני לא רוצה לדעת מה קורה איתה. אם יש לה בעיות - שתלך לבית הדין לעבודה והוא יברר את זה. אלינו, למשרדי הממשלה, שלא יגיעו התלונות האלה. אנחנו לא רוצים לדעת מה קורה בענף הזה, זה לא מענייננו, זה מעניין בית הדין לעבודה ובין שתי האוכלוסיות. זה מצב שלא יעלה על הדעת, זו התוצאה של הדבר הזה. אם נותנים לממונה את האפשרות,

הוא שומע את התלונות, הוא מברר אותן, הוא יודע מה קורה בענף הזה, ואם הדבר מגיע לבית הדין לעבודה אז הוא מושך את ידיו. זה הכול.

היו"ר דוד אזולאי :

הוא מפסיק מיד לטפל. ברגע שזה מגיע לבית הדין לעבודה הוא לא יוכל להמשיך לטפל.

...

תומר רוזנר :

זה בדיוק מה שההצעה מציעה. ההצעה מציעה לאפשר הליך שלא יהיה בבית המשפט. זה יותר טוב גם למעסיקים, כי אותו ממונה יכול לקבל את ההצעה שלך ולהפנות את הנושא לגישור. גם בית משפט יכול לעשות את זה, בדרך כלל, אבל כאן זה בהליך הרבה יותר פשוט, כשאתה בא לפני הממונה יש להניח שאתה לא צריך לבוא מיוצג על-ידי עורך דין ובבית הדין בדרך כלל צריך. **התהליך הזה מיטיב גם עם המעסיקים.**

היו"ר דוד אזולאי :

אבל שואל נציג הנכים מה קורה אם אותו עובד זר בכל זאת בוחר באופציה של בית הדין לעבודה וצריך לקחת עורך דין.

...

היו"ר דוד אזולאי :

אותו עובד זר צריך לעשות את שיקול הדעת שלו אם להתדיין בבית הדין לעבודה, תהליך ארוך ומייגע, שהוא לא יודע מה תהיה התוצאה. פה, אצל הממונה על הזכויות, הוא יכול להגיע לתוצאה מהירה על-ידי גישור, דבר שאין היום.

.....

היו"ר דוד אזולאי :

לצערי הרב, לא אגיד שענינו על כל הבעיות של המעסיקים הסייעודיים, אבל אני חושב שזה צעד אחד קדימה. גם העובדים הזרים, בסופו של דיון גם הם יגיעו להבנה שכדאי להם ההליך הזה מאשר ההליך של בית הדין לעבודה." (ההדגשות הוספו).

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 11.1.2010 מצורף ומסומן ע/17.

66. חרף כך, וחרף חוסר ההתאמה המשועשוע שבין המטרה (צמצום ההתדיינות בבתי הדין לעבודה), לאמצעי שנבחר לשמש בהגשמתה (החרגת עובדת הסייעוד ממוסד הממונה, שיבטיח כי התדיינות בבית הדין לעבודה תהא, באופן אבסורדי, הכלי היחידי הפתוח בפני עובדות בענף ליישוב סכסוכים במקרה של פגיעות בזכויותיהן) ראו עצמם חברי הכנסת אנוסים להצביע על הצעת החוק על-פי עמדת הממשלה, אך ורק משום שמבחינה ציבורית הצעת החוק נתפשת כמיטיבה עם מעסיקים.

67. קשר רציונלי בין המטרה לאמצעי אינו מתקיים בנסיבות הענין אף מן הטעם שהתכלית הראויה בדבר הגנה על מעסיקים סיעודיים אינה יכולה להתפרש, ואסור לה שתתפרש, כזכות להעסיק עובדות באופן פוגעני. כך ולא אחרת יש להבין את החלטת המחוקק להחריג, בחקיקה ראשית, את הקבוצה הגדולה ביותר של מהגרות העבודה המועסקות בישראל ממוסד לגביו המחוקק עצמו סבר, כי הוא חיוני לשם הגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה בישראל. עקרון זה זכה לעיגון מפורש בבג"ץ **הכבילה** (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) – פסק-הדין בו נקבע, כי הסדר הכבילה של מהגרות ושל מהגרי העבודה למעסיקיהם אינו כדן. במסגרת אותו הליך ניסתה המדינה להצדיק את ההסדר הפוגעני בתחום הסיעוד בין היתר בטעון כי בלעדי "כבילה" למעסיק, כלומר, ללא הטלת סנקציה חמורה כאובדן רישיון הישיבה בישראל על התפטרות מעבודה אצל מעסיק סיעודי, לא יוכלו מעסיקים סיעודיים רבים להעסיק מהגרות ומהגרי עבודה.

68. "דווקא בתחום הסיעוד... ישנו קושי של ממש בביטול הזיקה בין העובד הזר למעסיק המסוים הזקוק לשירותיו", טענה המדינה בפרשה זו, חפה ממבוכה. "נקיטה בצעד זה עלולה להוביל לכך שנוזקים מסוימים לשירותים סיעודיים – אשר אף הם כאמור אוכלוסיה חלשה – לא יוכלו להעסיק עובד זר, בין מחמת הקושי המיוחד בטיפול בהם יחסית לנוזקים אחרים לטיפול סיעודי, בין מחמת חיסרון כיס ובין מחמת מקום מגוריהם בארץ" (מצוטט בפסקה 59 לפסק-הדין בבג"ץ **הכבילה**). בית-משפט דחה עמדה זו מכל וכל, והדגיש, כי פגיעותם וחולשתם של מעסיקים בתחום הסיעוד, אינה יכולה לשמש, שלעצמה, נימוק קביל לפגיעה בזכויות בסיסיות של עובדות הסיעוד :

"נקל להבין, כי חשיבותם של שירותי הסיעוד עבור מקבליהם רבה היא. יש בהם כדי להקל על תנועתו של הנוזק הסיעודי ולאפשר לו איכות-חיים סבירה... לא יימצא חולק, על כן, כי חובה היא המוטלת על המשיבים להבטיח שקשישים ונכים בישראל יזכו לקיום בתנאים שאין בהם כדי לבזות את אנושיותם, ואשר שומרים על כבודם כבני-אדם. ואולם, מכאן ועד למסקנה כי הגשמתה של חובה זו מצדיקה את כבילתו של אדם למעסיקו, תוך כפייתו, הלכה למעשה, להעניק שירות אישי מאונס – ארוכה היא הדרך. להלכה, גישת המשיבים הנה שיש להבטיח כי כל נזק סיעודי באשר הוא יוכל להעסיק בשירותו עובד זר – בהתעלם משאלת השכר ותנאי העבודה שברצונו ובאפשרותו להעניק לעובדו – וזאת באמצעות כריכה בין התפטרות המטפל מעבודה בשירותו של הנוזק, לבין סנקציה חמורה כאבדן המעמד בישראל. גישה זו, כאמור לעיל, אינה עומדת במבחן חוקתי, משעקרון המידתיות אינו מתקיים בה. היא אף אינה עומדת במבחן מוסרי, שהרי בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא... תכלית שהציבו המשיבים לעצמם – הבטחת רווחתם וכבודם של קשישים ונכים הנוזקים לשירותים סיעודיים – תכלית ראויה היא... אלא שזכותו של אדם לכבוד אין פירושה שלילתה הגמורה של זכות זו מהאחר. אין היא הזכות להעסיק אדם אחר בכפייה, בשכר נמוך וללא תנאים סוציאליים. היא איננה הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בחירותו של האחר. מימושה אינו מצריך כלל כי אדם אחר יכפה להעניק שירות אישי – ואיזהו השירות שאופיו "אישי" יותר

מטיפול סיעודי – מאונס. " (שם, פסקאות 59-60 לפסק-דינו של השופט לוי, ההדגשות הוספו).

69. העותרות עומדות על כך, כי אין שום אינטרס לגיטימי של מעסיק סיעודי שיכול להימצא נשכר כתוצאה מהחרגתן של עובדות הסיעוד מתחום טיפולו של הממונה על זכויות עובדים זרים. ייתכן, אמנם, שיש מעסיקים בתחום הסיעוד שהיו מעדיפים, כי עובדות בשירותם לא תוכלנה לפנות לממונה במקרה שזכויותיהן נפגעו, וכי תינתן להם "חסינות" מתלוות. העותרות סבורות, כי אינטרס זה אינו אינטרס לגיטימי הראוי להגנה.

החרגת עובדות הסיעוד מטיפולו של הממונה אינה בבחינת אמצעי שפגיעתו היא הפחותה מכל

70. אף אם נקבל, לצורך הטיעון בלבד, כי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה, ברור לחלוטין כי המחוקק לא שקל כל אמצעים אחרים שתכליתם הגנה על מעסיקים סיעודיים וצמצום ההתדיינויות בבית הדין לעבודה בענף הסיעוד, זולת האמצעי הדרסטי בדבר החרגתן הכמעט מוחלטת של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי מתחומי טיפולו של הממונה. העותרות סבורות, כי קיימת שורה ארוכה של אמצעים שיש בכוחם לשרת את עניינם של מעסיקים סיעודיים, ושפגיעתם בעובדות הסיעוד פחותה, אם בכלל.

71. ראשית יש להדגיש, כי פניה לבתי הדין לעבודה הנה נגזרת ישירה של תנאי העבודה הירודים בענף הסיעוד הביתי. לכן, תכלית כצמצום ההתדיינויות בבית הדין לעבודה תוכל להיות מוגשמת אך ורק משעה שתנאי העבודה בענף ישתפרו. מעבר לתכלית בדבר צמצום התדיינויות משפטיות, שיפור תנאי העבודה בענף הסיעוד הכרחי להגשמת התכלית בדבר הגנה על מטופלים סיעודיים אף מהטעם שקיים קשר ישיר ומתועד בין תנאי עבודה ירודים לחוסר היציבות של כוח העבודה בענף הסיעוד ולתחלופה גבוהה של עובדים; חוסר יציבות ותחלופה אשר מביאים, בתורם, להשלכות קשות עבור המטופלים עצמם:

"... turnover rates among home-care workers are extremely high. Estimates indicate that as many as fifty percent of all workers quit their jobs every year. A worker's departure can have devastating consequences for a client who must adjust to a new worker and who may experience service disruptions that can lead to hospitalization... The economic status of home-care workers and the job's disadvantageous working conditions explain the difficulty in maintaining a stable workforce." (P. R. Smith, *Aging and Caring in the Home: Regulating Paid Domesticity in the 21st Century*, 92 *Iowa L. Rev.* 1835, pp. 1847-8).

72. שיפור תנאי העבודה בענף הסיעוד הנו, אם כן, אמצעי ראשון במעלה להגשמת התכלית בדבר סיוע למטופלים סיעודיים. אמצעי זה, שיביא לצמצום ההתדיינויות המשפטיות, יוכל להיות מוגשם בקשת רחבה של אמצעים, כגון אכיפה נחושה יותר של דיני העבודה; הגברת המודעות בקרב מעסיקים לנורמות החלות על יחסי עבודה בענף הסיעוד; וכמובן, באמצעות העלאת גמלאות הסיעוד, אשר תקל על מעסיקים להעסיק את עובדות הסיעוד בתנאים אשר מקיימים את דרישות חקיקת המגן. המחוקק כלל לא שקל כלל חלופות אלו למזעור הפגיעה בעובדות סיעוד, תוצאת החרגתן מתחומי פעילותן של הממונה על זכויות עובדים זרים, כפי שניתן להוכיח למקרא חילופי הדברים בוועדת הפנים והגנת הסביבה בה נדונה הצעת החוק בהכנה לקריאה שנייה ושלישית.

73. כל אלו לא נשקלו, ולא בכדי, שכן המחוקק נעדר את הרצון והמחויבות הפוליטיים להציע הגנה אמיתית ובעלת ערך למעסיקים סיעודיים, הגנה שתחייב, בראש ובראשונה **לתקצב באופן הגון את הטיפול בהם על-מנת למזער מקרים של העסקה פוגענית**, כגון באמצעות העלאת גמלת הסיעוד. תחת כך, בחר המחוקק בפתרון פופוליסטי וחסר אחריות. "פתרון" שמאותת למעסיקים שענף הסיעוד הוא ענף מופקר; שמשמעותו היא עצימת עיניים מוסדית לפגיעות בענף תעסוקה שלם, הגדול ביותר שהמדינה יצרה ושהיא אחראית לו; "פתרון" שאין לומר לגביו בשום אופן, כי הוא בבחינת "אמצעי שפגיעתו פחותה".

אין יחס ראוי בין תועלת לנזק

74. אף אם נקבל – שוב, לצורך הטיעון בלבד – כי אין בנמצא אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה לשם הגשמת התכלית בדבר הגנה על מעסיקים סיעודיים, התיקון לחוק נושא עתירה זו אינו מקיים יחס ראוי בין התועלת שנסבר כי גלומה בו לנזק שהוא יוצר.

75. כאמור לעיל, מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים נתפס על-ידי המחוקק עצמו כמוסד חיוני לשם הגנה על זכויות של מהגרי עבודה באופן כללי, בעידן שלאחר העברת סמכויות יחידת הסמך משרד התמ"ת לרשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול. החרגתן של עובדות הסיעוד – הקבוצה הגדולה ביותר של מהגרי העבודה השוהים בישראל – מתחומי טיפולו של מוסד זה מביאה לפגיעה מופלגת בזכותן לשוויון, לכבוד ולתנאי עבודה צודקים ונאותים. לעומת, זאת, כפי שהוסבר לעיל, למעסיקים סיעודיים לא צומחת כל תועלת שהיא מההחרגה, אשר כופה על עובדות ומעסיקים כאחד התדיינויות בבתי-הדין לעבודה כאמצעי יחיד ליישוב סכסוכים.

מכל הטעמים האמורים לעיל, מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.