

**1. משרד הפנים**

**2. משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה**

ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

**המבקשים**

נ ג ד

**קו לעובד ואח'**

ע"י ב"כ עוה"ד קדרון ואח'  
מר' י.ל. פרץ, ת.ד. 2319, תל אביב 61022  
טל': 03-6883766 ; פקס': 03-6883537

**המשיב**

**בקשה לדיון נוסף מטעם המדינה**

בהתאם להוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ולהארכת המועד שניתנה על ידי כב' הרשם שני מיום 17.5.11 (בשג"ץ 3265/11) מתכבדים המבקשים להגיש בקשה לדיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 11436/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (להלן: "**פסק הדין**"), שניתן ביום 13.4.2011. בפסק הדין ביטל בית המשפט הנכבד את "נוהל עובדות זרות בהריון" שנקבע ותוקן על ידי משרד הפנים, במהלך הדיון בעתירה.

1/ע פסק הדין מצורף לבקשה ומסומן 1/ע

**מבוא**

1. סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט קובע, כי ניתן להיענות לבקשה לדיון נוסף "**אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף**".

2. המבקשים יטענו להלן כי תנאי סעיף 30(ב) מתקיימים במקרה דנן, הן מן הטעם שפסק דינו של בית המשפט הנכבד עומד בסתירה להלכות קודמות, הן מפאת חשיבותה וחידושה של ההלכה שנפסקה בפסק הדין והן לנוכח קשיותה של הפסיקה. מכלל הטעמים האמורים, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, עמדת המבקשים הינה כי יש לקיים דיון נוסף בפסק הדין.

בתמצית נאמר כבר כעת, בבסיס הבקשה לקיום דיון נוסף עומדים מספר טעמים כבדי משקל.

.3

ראשית, כיוון שפסק הדין סטה, בכל הכבוד, סטייה משמעותית מן הפסיקה הקודמת, אשר עסקה בהיעדר זכות קנויה לעובד זר לשהות בישראל, קל וחומר זכות קנויה לתקופה מסוימת. לא זו בלבד שמפסק הדין משתמע לכאורה כי לעובדות זרות "זכות" לשהות בישראל עד תום התקופה המרבית המותרת על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**"), אלא שבית המשפט הנכבד אף יצק לתוך זכות זו, לפחות לכאורה, תוכן חוקתי. מפסק הדין עלולה לנבוע המסקנה, כי לעובד זר קיימת ציפייה סבירה, העולה לכדי זכות חוקתית, כי שר הפנים יאפשר לו לשהות את מלוא התקופה המרבית הקבועה בחוק, **להארכת** אשרות השהייה העיתיות אשר ניתנו לאותו עובד. על כן, בכל מקום בו החליט שר הפנים שלא להאריך את אשרת השהייה של אותו עובד, כל עוד לא חלפו חמש שנים ושלושה חודשים מיום כניסתו לישראל לראשונה, הרי שלכאורה, לפי פסק הדין, כיוון שנתונה לו זכות חוקתית, יש לבחון פגיעה זו במשקפי פסקת ההגבלה.

זוהי סטייה משמעותית מן הפסיקה הקיימת, אשר עלולה להיות בעלת השלכות על החלטות מינהל רבות אחרות, הנתקפות כדבר שבשגרה בפני בתי המשפט לעניינים מנהליים כמו גם בפני בית המשפט הנכבד.

**קביעות אלו מהוות שינוי משמעותי מן הדין הקיים; הן אינן עולות מלשונו או תכליתו של חוק הכניסה לישראל והן אף עומדות בניגוד לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בכל הנוגע לשאלת מעמדם והיקף זכויותיהם של עובדים זרים בישראל.** יתר על כן, המשיבים יטענו להלן כי בקביעות אלו יצק בית המשפט הנכבד תוכן רחב מדי לסל הזכויות החוקתיות, בפרט כאשר עסקינן בשאלת זכויותיהם אלו של עובדים זרים בישראל.

שנית, פסק דינו של בית המשפט הנכבד עסק בנוהל שנקבע על ידי משרד הפנים, ועל כן, למעשה, לא התחייבה בחינה חוקתית לצורך ביקורת שיפוטית על תוכנו. משפנה בית המשפט הנכבד לארגז הכלים החוקתי, וקבע את שקבע בגדר פסק הדין, יצרה פסיקתו מגבלה שעלולה להתפרש גם ככזו שיוצרת מגבלה על שיקול דעתו של המחוקק, ומטבע הדברים השלכותיה של פסיקה כאמור הינן משמעותיות יותר. השלכות אלו כשלעצמן מצדיקות היעדרות לבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין.

**לא זו אף זו.** בהתאם לעקרונות שנטבעו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, הידרשות לכלים החוקתיים מחייבת את בית המשפט בריסון ואיפוק שיפוטי, ומטבע הדברים בהקשרים אלה מתחם ההתערבות הינו צר אף יותר. עקרונות אלו לא מצאו ביטוי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד, אשר מצא לבטל את הנוהל שנקבע על ידי שר הפנים, מבלי שניתן משקל מספיק לאינטרסים ולזכויות אשר עמדו בהקשר זה מנגד, ואשר אף אליהם עוד נידרש להלן.

שלישית, הטעם הנוסף העומד בבסיסה של בקשה זו נוגע בקשיותה של ההלכה, הן ברמה היישומית והן ברמה המשפטית. פסק דינו של בית המשפט הנכבד מתעלם (או לכל הפחות אינו נותן משקל מספיק) ממישור דיני העבודה, וממערכת היחסים המיוחדת הקיימת בין עובד זר למעסיקו, ודאי בענף הסיעוד, בו מועסקות מרבית העובדות הזרות בישראל.

המבקשים סבורים כי, בכל הכבוד, פסק הדין מתעלם מההשלכות המעשיות והמשפטיות שהוא כורך עימו בכל הנוגע למערכת היחסים בין המעביד הסיעודי שהינו בדרך כלל, חוליה חלשה בחברה - נכה סיעודי או קשיש סיעודי - לבין עובדת זרה שהועסקה על ידו, בביתו, ויהא עליה להמשיך ולסעוד אותו בד בבד עם טיפול בפעוט בן חודשים ספורים. כפי שלהלן נפרט, לקביעות בפסק הדין עלולות להיות השלכות בלתי מבוטלות על זכויותיהם וחובותיהם של בעלי היתרים להעסקת עובדות זרות בענף הסיעוד, זכויות וחובות שלא הוכנסו כלל למשוואה במסגרת הבחינה החוקתית שערך בית המשפט הנכבד.

4. להלן נפרט טעמינו בהרחבה.

### עיקרי פסק הדין

5. עניינה של העתירה היה בבקשת העותרות (המשיבות כאן), כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים לבטל את "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון".

6. טענתן המרכזית של העותרות נגד הנוהל הופנתה נגד המדיניות העקרונית של המשיבים, שלא לאפשר את המשך שהייתן של עובדות זרות בישראל, עם ילדן, לאחר תום חופשת הלידה לפי חוק, וזאת עד למלוא התקופה המירבית הקבועה בחוק הכניסה לישראל. בעניין זה אף התערב בית המשפט הנכבד בפסק דינו.

7. עמדת המשיבים הייתה כי אין מקום לשנות את המדיניות העקרונית לפיה, **ככלל, לא מתאפשר לעובדת זרה שילדה בישראל להמשיך ולשהות בישראל עם תינוקה מעבר לתקופת חופשת הלידה על פי חוק, ממועד הלידה**. המשיבים טענו כי שהות עובדת זרה בישראל עם תינוקה מעוררת קשיים רבים, הן מבחינת הקשיש הסיעודי בו מטפלת העובדת בדרך כלל במתכונת של מגורים משותפים "LIVE IN" (שכן מרבית העובדות הזרות השוהות בישראל מועסקות בתחום הסיעוד), הן מבחינת התינוק והן מבחינת האינטרס הציבורי. על כן טענו המשיבים כי, ככלל, אין מקום לאפשר את המשך שהות העובדת הזרה עם תינוקה בישראל, לאחר תום חופשת הלידה על פי חוק.

המשיבים ציינו כי יחד עם זאת, בנסיבות הומאניטאריות חריגות, בהן יתעורר צורך ליתן מענה לנסיבות קונקרטיות וניתן יהיה ליתן מענה הולם **למכלול האינטרסים הציבוריים**,

תהא נכונות להתיר את המשך שהותה של העובדת עם ילדה הקטין לתקופה קצובה נוספת לאחר תום חופשת הלידה, מעבר לקבוע במסגרת הנוהל.

2/ע תצהיר התשובה מטעם משרד הפנים מצורף ומסומן 2/ע

8. בית המשפט ביטל בפסק דינו את הנוהל, ובפרט את ההוראה לפיה עובדת זרה תצטרך לעזוב את ישראל עם ילדה, בתום חופשת הלידה, ולא תוכל להמשיך לשהות בישראל יחד עם ילדה.

9. מקריאת פסק הדין משתמע, כי הנחת המוצא בפסק הדין הייתה כי לעובדים זרים "ציפיות כלכליות לגיטימיות", או במילותיו של כב' השופט רובינשטיין "אינטרס הסתמכות משמעותי", שעשויים לעלות לכדי זכות בעלת תוכן חוקתי, לשהות בישראל משך מלוא ששים ושלושה החודשים שהינם התקופה המירבית להארכת אשרות הישיבה הניתנות לעובדים זרים על פי חוק הכניסה לישראל.

כפי שנפרט להלן, הנחת מוצא זו, המהווה כשלעצמה סטייה ממדיניות הכניסה לישראל של מדינת ישראל ומפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד, היא שהובילה את בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד, למסקנותיו במסגרת פסק הדין.

10. **על בסיס הנחת המוצא האמורה**, קובע בית המשפט בפסק דינו, כי נוהל "עובדות זרות בהריון", אשר איננו מאפשר לעובדות זרות להגשים את **מלוא ציפיותיהן לשהות בישראל עד תום התקופה המרבית**, יחד עם תינוק שנולד להן, פוגע פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בזכויותיהן החוקתיות.

11. וכך קובעת כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה:

"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 ...

... נוהל העובדת הזרה פוגע בזכותה החוקתית של העובדת הזרה להורות, הנתונה לה על-פי שיטת המשפט בישראל. הנוהל, כפשוטו, אמנם אינו כופה על העובדת הזרה להיפרד מילדה לאחר לידתו. אלא, שהוא כופה עליה בחירה בין שתי גזירות: האחת - לעזוב את ארץ עם ילדה, בשל לידתו, ולהחמיץ בכך תקופת עבודה נוספת בישראל שהותרה לה ברשיון, אשר קיימת אפשרות פוטנציאלית להארכתה, ולהיפגע עקב כך פגיעה כלכלית קשה. והשנייה - לחזור לישראל להמשיך העבודה בלא הילד, ולהותירו לטיפול בידים

אחרות במדינות שמעבר לים. העמדת העובדת הזרה בפני הצורך להכריע בין שתי האפשרויות האמורות כורכת עמה פגיעה קשה בזכותה החוקתית לאמהות, ולגידול ילדה עמה. היא מתנה את זכותה של העובדת לממש את זכותה לאמהות בעזיבת הארץ, על אף היותה שוהה בישראל ברשיון, ומאפשרת לה, מצד שני, לממש את ציפיותיה הכלכליות, אך זאת בתנאי שתותר על החזקת ילדה וגידולו על-ידה בזמן שנותר לשהותה בישראל. יוזכר, כי הגעתה של העובדת לישראל כרוכה מבחינתה בהשקעה כספית ניכרת, וציפיותיה הכלכליות הטבעיות הן כי השקעה זו תוחזר במהלך תקופת העבודה בישראל, וכי בנוסף לכך תצליח להשיג במהלך תקופה זו מרווח השתכרות נוסף שיאפשר לה הן להשתכר למחייתה והן לסייע לבני משפחתה מעבר לים. כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות, אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות - חוקתיות של החברה בישראל. העמדת החלופות האמורות בדרך זו מהווה, בראש ובראשונה, פגיעה בזכות החוקתית של העובדת הזרה להורות.

יתרה מכך, כפיית העובדת לבחור בין החלופות האמורות עשויה להוות אף פגיעה בזכותה החוקתית לקניין, במובנו הרחב של מושג זה על-פי סעיף 3 לחוק היסוד. שהרי, מושג הקניין הנתון להגנה חוקתית נתפס במובנו הרחב כ"כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. על-כן, משתרע הקניין לא רק על "זכויות קנייניות" (במובן שניתן להן במשפט הפרטי - כגון, בעלות, שכירות, וזיקת הנאה) אלא גם על חיובים וזכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי ... ההגנה על הזכות הרכושית החוקתית ניתנת אף היא לכל אדם בישראל, ובכלל זה לעובדים הזרים. נוהל המחייב את עזיבתה של העובדת את הארץ לאחר הלידה פוגע פגיעה קשה מאוד בציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות למצות את תקופת עבודתה בישראל ... (ההדגשות אינן במקור) ."

12. ובלשונו של כבי' השופט גובראן:

"הנוהל המצוי במרכז של עתירה זו, כפי שנקבע על ידי חברתי, פוגע בצורה עמוקה בזכויות הנתונות לעובדת זרה השהה בישראל בהתאם להיתר שניתן לה כדין. הלכה למעשה נוהל זה מציב בפני העובדת הזרה בחירה קשה ביותר - עזבי את עבודתך ואת אפשרות פרנסתך במדינתנו והיי עם ילדך במדינת מוצאך או עזבי את ילדך במדינה מעבר לים והמשיכי בעבודתך במדינתנו ... הנוהל מציב בפני העובדת הזרה דילמה הכורכת עימה פגיעה בזכותה החוקתית לאמהות ולגידול ילדה ופגיעה משמעותית בציפיותיה הכלכליות".

13. בפרק המתייחס לסעד האופרטיבי, ולאחר קביעתה כי נוהל "עובדת זרה בהריון" הוא בטל, מוסיפה כבי' השופטת פרוקציה כי נוהל שיקבע כי התקופה המקסימאלית לשהייה על פי רשיון עבודה של עובדת שילדה בישראל הינה 63 חודשים, עשוי לעמוד במבחן המידתיות.

14. בפסקה 63 לפסק דינה, מציעה כב' השופטת פרוקצ'יה **מנגנונים חלופיים** שנועדו **לכאורה** להבטיח את האינטרס הציבורי שעמד בבסיס מדיניות משרד הפנים נושא נוהל "עובדת זרה בהריון", ובפרט את הבטחת יציאתה של העובדת וילדה (ביחיד או ברבים) מן הארץ בחלוף ששים ושלושה החודשים. כך, מציינת כב' השופטת פרוקצ'יה כי:

"... הרשות יכולה ליזום מערכת כללים וערבויות אשר תבטיח כי עם חלוף תקופת השהייה המרבית לעבודת העובדת עזרה על-פי רשיון היא תעזוב את ישראל עם ילדה. ניתן להגשים זאת, בין היתר על-ידי מנגנון של ערבויות כספיות. הנהגת שיטת דיווח תקופתי על מקום הימצאה של העובדת הזרה ועל מהלכיה, ושאר אמצעים שהרשות תחליט עליהם... כן אפשר, וכך הוסכם גם על-ידי העותרות, כי האופציה להארכת רשיון העבודה של העובדת תוגבל לפרק זמן של עד 63 חודשים ולא מעבר לכך, וזאת גם ביחס לעובדת סיעודית. אשר לגביה החוק מאפשר כיום, בהתקיים תנאים מסוימים. הארכה מעת לעת וללא הגבלה של תקופת הרשיון. כן ניתן לקבוע בהחלטות הרשות המוסמכת, ואף בדרג ממשלתי, כי המשך עבודתה של העובדת הזרה לאחר לידת ילדה ועד למיצוי תקופת הרשיון לא יקנה לה זכות להעלות טענות לרכישת זכויות מוקנות להמשיך ולשהות או להשתקע בישראל מעבר לתקופת רשיון העבודה..."

15. בהתייחס לאמור נציין כבר כעת, כי האמצעים החלופיים המוצעים בפסקה 63 כאמור מיועדים בעיקרם לנקודת הזמן **שלאחר** שהייה של 63 חודשים בארץ ואינם מיועדים להתממש במהלך התקופה של 63 חודשי השהייה. נקדים את המאוחר ונדגיש כבר עתה כי נוהל חדש, כמו גם המנגנונים היכולים להיכלל בו לנוכח הנחת המוצא של פסק הדין - אינם מייתרים את הצורך לבחון מחדש את ההלכה שיצאה לפיה, לעובד הזר ציפייה כלכלית, הזוכה להגנה חוקתית, לשהות בארץ 63 חודשים. נהפוך הוא, הצורך בבחינה מחודשת כזו אך מתחזק לנוכח פירוט המנגנונים העשויים להיכלל בנוהל חדש. אמנם פירוט זה אינו ממצה את מכלול התנאים העשויים להיכלל אולם הוא מדגים ומבהיר את סוגיהם על פי פסק הדין.

16. להלן נפרט את הקשיים העומדים לטעמנו במוקד פסק הדין, ומצדיקים היעדרות לבקשה לקיום דיון נוסף.

### נימוקי הבקשה לדיון נוסף

#### **הערה מתודולוגית: בחינת החלטות מנהליות באמות מידה חוקתיות**

17. בפתח דברינו, הערה במישור החוקתי. בפסק דינו נדרש בית המשפט הנכבד לניתוח חוקתי של זכויות העובד הזר בישראל, וזאת חרף העובדה שניתוח כזה לא נדרש, למעשה,

לנוכח היות ההחלטה נושא העתירה החלטה מנהלית, ולא דבר חקיקה ראשי שיצא מלפני הכנסת.

18. אמנם, ניתן למצוא בפסיקה מקרים שונים בהם הכריע בית המשפט בסוגיות מנהליות, וזאת על יסוד הנמקות חוקתיות. ואולם, בפסיקה קיימת גם עמדה, המקובלת על המדינה, לפיה יש להיזהר ממיצוי הניתוח החוקתי שעה שנושא העתירה אינו מחייב זאת, כשאין מדובר בעתירה המופנית נגד חוקתיות חוק.

לעניין זה ראו, למשל פסקה 12-13 בפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 307105 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 28.7.08):

"12. העתירה בבג"ץ שיבר אינה דורשת הכרעה במכלול השאלות הסבוכות הנוגעות למעמדה החוקתי של הזכות לטיפול רפואי בכלל, והזכות לשירותי בריאות במימון ציבורי בפרט. זאת מאחר והעתירה אינה מופנית כנגד חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת, אלא כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתם של הגורמים המוסמכים לקבוע את תכולתו של סל שירותי הבריאות. בהתחשב בכך, אסתפק בהערה קצרה מההיבט החוקתי, המתייחסת לנסיבות המקרה דנן".

וגם:

"13. כאמור, העתירה בבג"ץ שיבר אינה מופנית כנגד חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת, ולפיכך לא ראיתי להכריע במכלול השאלות המורכבות המתעוררות בנוגע למעמדה החוקתי של הזכות לטיפול רפואי במימון ציבורי. עם זאת, ראוי להדגיש כי הזכות לשירותי בריאות ציבוריים עומדת על רגליה שלה כזכות חוקית, קרי- זכות הנובעת מדברי חקיקה של הכנסת כפי שפורשו בהלכה הפסוקה וברוח ההתחייבויות שהמדינה נטלה על עצמה במישור הבינלאומי ההסכמי; זאת, בלא זיקה הכרחית בין הזכות החוקית האמורה לבין הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו לעניין הזכות לחינוך: בג"ץ 2599/00 יתד-עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, פס' 6 מפי השופטת ד' דורנר והאסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פס' 4 לפסק-דיני (לא פורסם, 18.7.2005) "...".

19. ויוטעם. המדינה אינה טוענת באופן קטגורי כי אין מקום להידרש לאמות מידה חוקתיות עת נבחנת על ידי בית המשפט תוקפה של החלטה מנהלית. הידרשות כזו היא ראויה ומתאימה שעה שמדובר בסוגיה שפיתוח היבטיה החוקתיים מוצה כבר באופן מלא או מפורט בפסיקה. לעומת זאת, כאשר עסקינן בסוגיה אשר טרם פותחה דיה במשפט החוקתי (וכך הם הדברים כאשר מדובר בהיקפה של זכות הקניין כמו גם בהיקף זכויותיהם החוקתיות של עובדים זרים בישראל), ובפרט כאשר הסיבה לאי פיתוחה

במשפט החוקתי נוגעת למורכבותה או להיותה שנויה במחלוקת, אזי יש לנקוט משנה זהירות ביישום של הכלים החוקתיים, או נכון יותר, בפיתוחן של אמות המידה החוקתיות לראשונה במסגרת לידך המופנה נגד החלטה ~~מתחלטה~~.

ליישומה של גישה זו נפנה שוב לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בעניין לוזון, אשר ביחס לזכות החוקתית לבריאות, קבעה כדלקמן:

"... בהמשך לדברים האמורים יוער כי הכרה בקיומה של זכות חוקתית לשירותי בריאות במימון ציבורי, מקימה את השאלה בדבר מידת ההגנה החוקתית על הזכות הנדונה. לשון אחר; אף בהנחה שהזכות האמורה נכללת, בהיקף כזו או אחר, במסגרת הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי ככל הזכויות האחרות אף הזכות לשירותי בריאות ציבוריים אינה מוחלטת, ויש לאזנה אל מול זכויות ואינטרסים נוגדים. לפיכך, שאלה שיש ליתן עליה את הדעת אם תיקבע זכות חוקתית לשירותי בריאות ציבוריים, הינה כיצד ראוי לפרש וליישם את תנאי פסקת ההגבלה בנסיבות בהן הוכחה פגיעה ממשית בזכות האמורה, ומהם הכלים ההולמים להפעלת התנאים האמורים. (להבחנה בין היקפה הפנימי של זכות חוקתית לבין מידת ההגנה עליה, ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג-פרשנות חוקתית 371 ואילך (1995))."

**11. הדילמות האמורות הן מורכבות, ומעוררות שאלות בהיבטים שונים שאינני רואה לפרט בעניינן.** אעיר רק כי הזכות לבריאות אמנם זכתה להכרה באמנות בינלאומיות שונות, והזכות אף נכללת בחוקותיהן של חלק ממדינות העולם. עם זאת, הגדרת היקפה הפנימי של הזכות האמורה ומידת ההגנה עליה נותרו עמומים והם מתאפיינים בגישה זהירה המתחשבת ביכולות התקציביות של כל מדינה ובעקרון המימוש ההדרגתי של הזכות..."

20. בגדרו של פסק הדין נדרש בית המשפט הנכבד לניתוח חוקתי של זכויות עובדים זרים בישראל, זכויות שאינן ב"גרעין הקשה של הזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד" (פסקה 12 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בעניין לוזון). בחינה כזו מחייבת, בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה, פגיעה זהירה, עקב בצד אגודל, ומתחם התערבות צר. המדינה תטען להלן כי, בכל הכבוד, עקרונות אלו שבהלכה הפסוקה לא יושמו כהלכתם בפסק דינו של בית המשפט הנכבד.

## **מתן הגנה חוקתית על חוקית ל"ציפייה הכלכלית" לשהות בישראל ששים ושלושה חודשים**

21. סוגיית היקפן ותחולתן של זכויות חוקתיות במדינות שונות מוסדרת בדרך כלל במסגרת החוקה. בחוקותיהן של מדינות שונות מצוין דרך כלל אילו סעיפים בהן יחולו גם על זרים (מי שאינם אזרחי אותה מדינה), אשר אינם נהנים ממלוא ההגנה החוקתית שמציעה המדינה לאזרחיה.



22. בישראל, חוקי היסוד אינם כוללים הוראה מפורשת בדבר תחולתם על זרים. מן הטעם האמור יש לנקוט משנה זהירות בעיצוב היקפה של ההגנה החוקתית הניתנת מכח חוקי היסוד (בעניינינו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) למי שאינם תושבי ואזרחי המדינה.

23. מחד גיסא, ברי כי גם עובד זר השוהה בישראל זכאי להגנה חוקתית על כבודו, במובנו הסגולי או הגרעיני. ממד זה עשוי להיות גלום, למשל, בחלק מחוקי המגן מתחום דיני העבודה, במידה בה אלה חלים על עובדים זרים השוהים כדין בישראל. להרחבה בסוגיה זו ראו בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 29.11.2009): דיון נוסף על הליך זה תלוי ועומד, ומספרו דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה.

מאידך גיסא, ברי כי היקף הזכויות החוקתיות של עובד זר בישראל איננו זהה להיקף זכויותיו החוקתיות של תושב ואזרח ישראלי. דברים אלה נקבעו גם בפסק הדין בעניינינו, כך:

"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 הנוהגת 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 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, 29.4.2009) ...

....  
האיסור לפגוע בכבודו ובזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס, איפוא, לכל אדם באשר הוא אדם. הגנה זו מכח חוק היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין ... (ההדגשות אינן במקור הח"מ)".

24. ומדברי כב' השופט ג'ובראן:

"בצדק רב הדגישה חברתי כי גם על העובדים הזרים השוהים בישראל חלים עקרונות משפט בסיסיים, ובראשם העקרונות

החוקתיים של המשפט הישראלי ... על כל אחד מבני אוכלוסיות אלו הנמצא בתוך שטחי המדינה ונתון למרות המדינה נפרסת מטריית הנורמות הבסיסיות של המשפט הישראלי. אמת, זכות מיוחדת לכניסה לבית נתונה לאזרחי המדינה (ראו סעיף 6(ב) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו) וזכות מיוחדת לעבודה בבית פנימה ניתנת לאזרחי המדינה ותושביה (ראו חוק יסוד חופש העיסוק), אך משמצי אדם, כל אדם, בבית כדן, הוא נהנה מהזכויות הבסיסיות וממושכלות יסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי ... (ההדגשות אינן במקור הח"מ)".

25. כלומר, גם מדברי כב' השופטים במסגרת פסק הדין עולה לכאורה מסקנה בדבר תחולת חלק בלבד מן הזכויות החוקתיות על עובדים נתינים זרים בישראל. זו צריכה להיות נקודת המוצא גם בענייננו.

26. גם אם נצא מנקודת מוצא שיש לכל אדם באשר הוא זכות להורות במובן הגרעיני שלה, הרי שאנו חולקים על התוכן שיצק אליה פסק דינו של בית המשפט הנכבד, דהיינו כי עומדת לנתין זר זכות חוקתית לייסד ולקיים בישראל תא משפחתי במשך תקופה של ששים ושלושה וחדשים. לטעמנו אין בדין זכות שכזו, לא ברמה החוקית ולא ברמה החוקתית וזכות כזו אינה נגזרת מזכות הקניין או מהזכות לכבוד.

פסק הדין בבג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, תקדין 2006(2) 1754 עסק בזכותו של בן זוג ישראלי למימוש חיי המשפחה שלו עם בן זוגו הזר בישראל. במסגרת פסק הדין נקבעו גבולות ההגנה על זכותו של **אזרח ישראלי** לממש את זכותו לקיים את התא המשפחתי בישראל דווקא. אפילו בחוות דעתו של הנשיא (דאז) ברק (דעת המיעוט) נכתב כי:

"במרכז העתירות שלפנינו עומד בן הזוג הישראלי. השאלה העיקרית הניצבת בפנינו הינה, אם זכויותיו החוקתיות של בן הזוג הישראלי נפגעו שלא כדין. השאלה הינה, אם זכויות היסוד שהוענקו לו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נפגעו שלא כדין. לאור מרכזיות זכותו של בן הזוג הישראלי ולאור מסקנתי באשר להפרת זכותו של הישראלי, **אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא ישראלי (הזר).**"

27. פסק הדין עסק בזכותו של נתין ישראלי לחיות יחדיו בישראל עם הנתין הזר, ולא בכלל מרכיביה של הזכות לחיי משפחה או ב"זכותו" של הנתין הזר לקיים חיי משפחה בישראל. בפסק הדין לא נקבע, כי לנתין זר יש זכות חוקתית או אחרת לקיים חיי משפחה בישראל והמדינה סבורה כי, בכל הכבוד, תחיימת גבולותיה של זכות זו אינה מתחייבת גם בגדרו של ההליך דנן, ודאי שכך, בלא שנושא זה, עמד להכרעה ונדון, כדרך שדנים בעתירות חוקתיות.

28. מכל מקום, הגדרת היקפה המדויק של הזכות להורות העומדת לעובדים זרים השוהים כדין בישראל, אינה הטעם להגשת בקשה לדיון נוסף בהליך דכאן.

29. במישור החוקתי, הטעם לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין נעוץ בעובדה שמפסק דינו של בית המשפט הנכבד עלולה לנבוע המסקנה, כי בית המשפט העלה את "זכותו" של עובד זר לשהות בישראל משך מלוא תקופת ההארכה המרבית לפי חוק הכניסה לישראל, לא רק למעלת "זכות" כי אם למעלת "זכות חוקתית על-חוקתית" (להלן נפרט גם כי אין כלל זכות כזו).

30. כב' השופטת פרוקצ'יה מציינת בפסק דינה, כי לעובדת הזרה **ציפייה כלכלית לגיטימית**, שהפגיעה בה במסגרת הנוהל (אי מיצוי מלוא אפשרות השהייה בישראל לתקופה של שישים ושלושה חודשים) **עשויה לעלות כדי פגיעה חוקתית בזכות הקניין**. כב' השופט רובינשטיין קבע בהקשר זה, כי לעובדים הזרים "**אינטרס הסתמכות לגיטימי**" לשהות בישראל תקופה של שישים ושלושה חודשים.

31. כיוון שהחלטה **אם להאריך** את האשרה שניתנה לעובד הזר הינה **החלטה עיתית**, אשר מתקבלת כל שנה, ותלויה גם במדיניות הממשלה ומשרד הפנים ובנהלים החלים באותה עת, וכיוון שאין מדובר בהחלטה אוטומטית, קשה בכל הכבוד לקבל את הקביעה לפיה לנתינים זרים יש "ציפייה סבירה" להישאר בישראל עד תום שישים ושלושה החודשים, ודאי כאשר הקביעה הינה כי מדובר בציפייה אשר עשויה לעלות לכדי פגיעה בזכות הקניין, קרי - ציפייה בת הגנה חוקתית.

32. **המדינה תטען להלן כי הימנעות מחידוש אשרת שהייה עיתית אינה מהווה כלל פגיעה בזכות לקניין, ודאי שלא בזכות החוקתית.**

בהקשר זה, משמעות המשתמע מפסק דינו של בית המשפט הנכבד אף עלולה להיות כי לאזרח קיימת זכות קנויה לסובסידיה או לכל מדיניות כלכלית אחרת המיטיבה עמו, ולא זו בלבד, אלא שזכות קנויה זו זוכה לכאורה להגנה חוקתית מכח ההגנה על הקניין. למותר לציין כי דברים אלה מהווים סטייה משמעותית מפסיקתו של בית המשפט הנכבד בכל הנוגע לציפיות כלכליות ולהיעדר הזכות כי מדיניות כלכלית מסוימת תיוותר על כנה.

ר' למשל בג"ץ 3644/06 **לנדס שהנז נ' משרד האוצר**, תק-על 2009(1), 4207 (2009), ובפרט:

"האם ביטול הפטור ממס פוגע בזכות קניינית של העותרים?  
**מדיניות כלכלית מיטיבה, דוגמת פטור ממס, איננה יוצרת זכות קנויה להמשך המדיניות, אף לא כאשר אדם ביסס את התכנון הכלכלי ארוך הטווח שלו על קיומה של המדיניות. אמנם אפשר שתיווצר ציפייה כי המדיניות תימשך, אך ציפייה זו אינה עולה כדי זכות ... קשר הדוק בין המדיניות הכלכלית שהקנתה פטור ממס לבין תכניות החסכון המהוות**

יישום של מדיניות זו הוא טבעי וצפוי, אך קשר כזה איננו יוצר זכות...".

33. בית המשפט הנכבד קבע בעבר, כי גם אם הייתה קיימת לפלוני זכות כלכלית כזו או אחרת, אך זו מותנית בתנאים, אי הענקת הזכות מקום בו לא התקיים אחד התנאים אינה מהווה פגיעה בזכות הקניין. ראו בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"דנב(2), 193,203-204 (1998), ובפרט:

"5. עם זאת, איני רואה צורך לקבוע מסמרות בעניין זה, ואני מוכן להשאיר פתח לאפשרות שזכות לקבל תמריץ, מן הממשלה או מגוף ציבורי אחר, תיחשב בנסיבות מיוחדות לזכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקרה שלפנינו, אין בכך כדי לשנות. שכן, גם אילו אמרנו שהזכות לתמריץ לפי חוק העידוד היא זכות קניין במשמעות זאת, היה מקום לומר כי זכות זאת לא נפגעה על ידי הצו המתקן הראשון. לשון אחרת: גם אם יש זכות, אין פגיעה בזכות.

הכיצד?

דבר אחד הוא שחוק (או צו) קובע כי אדם זכאי לתמריץ בסכום מסויים (כגון, 1,000 ש"ח מדי חודש) ולאחר מכן בא חוק (או צו) ומקטין את השעור (כגון, לסכום של 500 ש"ח מדי חודש) או מבטל את התמריץ לגמרי. במקרה כזה, אם יש זכות לתמריץ, יש גם פגיעה בזכות. אולם דבר אחר הוא שחוק (או צו) קובע כי אדם זכאי לתמריץ בסכום שייקבע מעת לעת על ידי רשות מוסמכת. במקרה כזה, כאשר אותה רשות קובעת את שעור התמריץ היא אינה פוגעת בזכות. למה הדבר דומה? לראובן שקיבל רשות להשתמש בנכס של שמעון, אך שמעון התנה מלכתחילה שהוא רשאי בכל עת לשנות את תנאי השימוש או לבטל את הרשות שתן לראובן. האם שינוי התנאים או ביטול הרשות על ידי שמעון ייחשב פגיעה בזכות של ראובן? התשובה שלילית, שכן זכות השימוש של ראובן בנכס היתה מלכתחילה זכות מותנית: היא היתה מותנית בהחלטה של שמעון. ההחלטה של שמעון, אף שיש בה כדי לשנות את תנאי השימוש בנכס או אף להפסיק את השימוש בנכס, אינה שוללת מראובן דבר שהיה שייך לו. לכן היא אינה פוגעת בזכותו. ומה במקרה שלפנינו? חוק העידוד מעניק זכות לתמריץ למעסיק "במגזר העסקי", שהוא (בלשונו של סעיף 1 לחוק) "ענפי הפעילות העסקית, למעט... עבודות בניה ושירותים ציבוריים ששר האוצר קבע בצו". כלומר, החוק אינו מעניק זכות קשיחה, שנקבעה בחוק, אלא רק זכות מותנית, הניתנת לשינוי מעת לעת, כפי ששר האוצר יקבע בצו. העותרת סבורה כי הסמכות שהחוק הקנה לשר האוצר, לקבוע בצו מה הם השירותים הציבוריים שאינם זכאים לתמריץ, היא סמכות חד-פעמית: קבע ולא יסף. ולא היא. הסמכות מוקנית לשר, כפי שמקובל לגבי סמכויות בדרך כלל, לקבוע בצו, ולחזור ולקבוע בצו, "מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות" (סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשנ"א-1981). לכן, כאשר השר מפעיל את סמכותו, ומשנה בצו את הגדרת השירותים הציבוריים הזכאים

לתמריץ, גם אם הצו מצמצם את מסגרת השירותים הציבוריים, אין הוא פוגע בזכות כפי שהוענקה בחוק. הצו קובע, להבדיל מפוגע, את הזכות. המסקנה היא, שגם אילו אמרנו כי העותרת קנתה לעצמה זכות על פי החוק לקבל תמריץ, אין זו אלא זכות לקבל תמריץ בהתאם לצו שקבע השר, כפי שקבע מעת לעת, ולכן אין לומר כי הצו, הקובע את התמריץ, פוגע בזכות...".

34. דברים אלה יפים אף לענייננו, (ואולי ביתר שאת) כאשר, כפי שפורט לעיל, ההחלטה על הארכת האשרה שניתנת לעובד זר אינה החלטה אוטומטית, ומכל מקום אין לעובד הזר זכות קנויה כי תתקבל החלטה על הארכה כאמור. **על-כן, המדינה תטען כי ציפייתם הכלכלית של העובדים הזרים לשהות בישראל משך תקופה של ששים ושלושה חודשים אינה עולה לכדי פגיעה בקניין, וודאי שאינה חלק מן הזכות החוקתית לקניין.**

מכל מקום, להותרת קביעה כאמור על כנה עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת על החלטות מינהל שונות, הן כאלה הנוגעות לעובדים זרים, וכן כאלה המתייחסות למדיניות כלכלית כזו או אחרת, למתן סובסידיות וכיוצא בזאת. כבר מן הטעם האמור סבורה המדינה כי קיימת הצדקה לקיים דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט הנכבד.

35. לעניין הימנעות מהרחבה יתרה של המונח קניין, במובנו החוקתי, נפנה לפסק דינו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754, ובפרט:

"41. מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר - מעלה, מטה ולצדדים - תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגיעה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצמצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם. ואנו, מבקשים אנו ליצור הליך חוקתי מאוזן וראוי העשוי למנוע זילות של השיח החוקתי. עמד על כך השופט זמיר בפרשת בנק המזרחי, 470-471, לעת הידרשו לשאלת היקפה של זכות הקניין:

... אני מבקש להיזהר מאד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק-היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? לדוגמה, האם ההגנה על הקניין משתרעת גם על מגבלות שחוק מטיל על חוזי עבודה, כגון הוראה בדבר שכר מינימום, או על דרישות ביחסי ממון בין בני זוג, כגון הוראה בדבר חיוב במזונות? אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש. תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת."

36. דומה כי דברים אלה, מדברים בעד עצמם.

37. כב' השופטת פרוקצ'יה ממשיכה וקובעת בפסק דינה:

"נוהל העובדת הזרה פוגע בזכותה החוקתית של העובדת הזרה להורות, הנתונה לה על-פי שיטת המשפט בישראל. הנוהל, כפשוטו, אמנם אינו כופה על העובדת הזרה להיפרד מילדה לאחר לידתו. אלא, שהוא כופה עליה בחירה בין שתי גזירות: האחת - לעזוב את הארץ עם ילדה, בשל לידתו, ולהחמיץ בכך תקופת עבודה נוספת בישראל שהותרה לה ברשיון, אשר קיימת אפשרות פוטנציאלית להארכתה, ולהיפגע עקב כך פגיעה כלכלית קשה. והשנייה - לחזור לישראל להמשך העבודה בלא הילד, ולהותירו לטיפול בידיים אחרות במדינה במעבר לים ...

**כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות, אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות-חוקתיות של החברה בישראל ... (ההדגשות אינן במקור הח"מ)".**

38. בית המשפט הנכבד השית את מסקנתו כי **הברירה** בין שתי החלופות אינה מתיישבת עם התפיסה החוקתית-משפטית בישראל, בין היתר על כך שאי מתן אפשרות לעובד זר למצות את **מלוא תקופת ההארכה המקסימאלית האפשרית** על פי חוק הכניסה לישראל, פוגעת שלא כדין בזכות חוקתית שלו. אותו חיבור שנעשה בפסק הדין, בין הזכות להורות לבין הזכות להגשמת מאוויים כלכליים (שעולה כדי זכות ואף זכות חוקתית) שמשמעותם בהקשר זה זכות להארכת רשיון ישיבה למשך ששים ושלושה חודשים בישראל, היא היוצרת את קשיותו של פסק הדין, לטעמה של המדינה.

39. המדינה טוען כי לא הזכות לקניין ולא הזכות החוקתית לכבוד אוצרות בתוכן את הכח ליתן הגנה חוקתית לציפייה הכלכלית של עובד זר, לקבל אשרה עיתית, לשהות בישראל את מלוא תקופת ההארכה המירבית על פי חוק הכניסה.

40. ספק רב אם הזכות לכבוד הינה העוגן המשפטי המתאים למתן הגנה על ציפיות כלכליות. במישור החוקתי, המחויבות לזכויות כלכליות היא **בהיבט קיומי וצר, אשר איננו חובק את הזכות להגשמת מאוויי הכלכליים של אדם.**

לעניין זה ר' בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, תק-על 2605 (4), 2005. וכמו כן פסקה 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בעניין לוזון, ובפרט:

"... התפיסה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה מראשית ימיו הינה כי בית-המשפט ייזהר מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים שכן ככלל, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הן הנושאות באחריות הציבורית והלאומית

למשק המדינה ולכלכלתה (ראו: דבריי בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס" 13 (2002) והאסמכתאות המובאות שם). בהתחשב בכך, ובהעדר עיגון מפורש של הזכויות החברתיות בחקיקת יסוד, מתעוררת שאלה באיזו מידה ניתן לעשות שימוש בכלים שיפוטניים-פרשניים על-מנת לקרוא לתוך הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות שכנגדה חובה למתן שירותי בריאות ציבוריים בהיקף רחב יותר מרמת המינימום ההכרחית לקיום אנושי בחברה (ראו והשוו בעניין זה: דעת-הרוב מפי הנשיא א' ברק בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פס' 14-16 (טרם פורסם, 12.12.2005) אליו צרפתי דעתי, ולפיה יש לפרש את הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת הגנה על מינימום של תנאי קיום אנושי, אל מול דעת-המיעוט של השופט א' לוי, שם, פס' 1-3 הסבור כי כבוד האדם כולל הגנה על "תנאי מחייה נאותים ... (ההדגשות אינן במקור הח"מ)".

41. כלומר, גם ביחס לאזרחי ותושבי המדינה לא פורשה הזכות לכבוד כחובקת זכות חוקתית לכיבוד ציפיותיו הכלכליות של אדם.

42. דברים אלה מתיישבים היטב גם עם התפיסה המתייחסת למונח כבוד ככולל מעגלי תחולה הולכים ומתרחבים, ואשר מכירה בכך **שלא כל ההיבטים הכלולים במושג "כבוד" זוכים להגנה חוקתית על חוקית, ולאותה דרגה של הגנה**, במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ר' לעניין זה מאמרה של יהודית קרפ "כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **משפטים** כה (1995), עמ' 136. כמו כן ר' א' ברק **פרשנות במשפט** (חלק ג' תשנ"ד), עמ' 418, בחלק המתייחס להגדרת היקפו של כבוד האדם.

"...אכן, ביסוד זכויות האדם כולן מונח העיקרון של כבוד האדם. יש זכויות אדם שעיקרון זה ממלא את מלוא תוכנו. יש זכויות שחלקן של עיקרון זה בהן פחות. עם זאת - אין להסיק מכך כי לכל זכויות האדם (ההלכתיות) ניתן עתה מעמד נורמטיבי חוקתי-על-חוקי. מכך שכל זכויות האדם מתבססות - בדרגות שונות של אינטנסיביות- על כבוד האדם, לא נובע כי המערך החוקתי של כבוד האדם- לו ניתן מעמד חוקתי-על-חוקי ניתן לגזור ולהעניק מעמד חוקתי-על-חוקי לכל זכויות האדם" (ההדגשה לא במקור).

43. כמו כן ראו מפסק דינו של כב' השופט חשין בעניין עדאלה:

"44. בתהליך עיצובה ופיסולה של זכות-יסוד: לעת תיחום גבולותיה וקביעת תחום התפרשותה; שומה עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות והתחום הקרוב לגרעין לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין; בין אדוות-המים הקרובות למקום פגיעתה של האבן במים לבין אדוות-המים המתרחקות והולכות, הנחלשות והולכות (ראו והשוו: י' קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **משפטים** כ"ה (תשנ"ה-1995), 129, 136). בין מרכז הכבידה

של הזכות לבין תחומים המתרחקים והולכים ממרכז הכבידה. ככל שמצויים אנו בגרעין, במרכז הכבידה, או בסביבתו הקרובה, כן תרבה עוצמתם של הערכים המוגנים, וככל שנרחק ונלך מן הגרעין, ממרכז הכבידה, כן תיחלש עוצמתה של הזכות ותגבר (יחסית) עוצמתם של אינטרסים אחרים המתרוצצים אף הם בחלל המשפט: אינטרסים ציבוריים ואינטרסים של יחידים אחרים. בידוענו כך, נוסף ונדע כי לא הרי הגנה על המרכז, על הגרעין, כהרי הגנה על התחומים המרוחקים מן הגרעין. ויש שהתחום הנבחן הוא כה מרוחק - מרוחק לא אך מרחק פיזי אלא מרוחק בהיותו נתון להשפעתם של שיקולים ואינטרסים אחרים - עד שאפשר נבוא לכלל מסקנה כי אותם תחומים אינם באים כלל בתחום הכבידה של הזכות.

45. כך על דרך הכלל וכך בבחינת תחום התפרשותו של כבוד האדם, שראוי לנו כי נבחן היטב את טיב הערכים המוגנים, אם ערכי-גרעין הם אם ערכי-פריפריה".

44. הגשמת מאווייו הכלכליים של אדם ודאי אינה מצויה בגרעין הזכות, הזוכה להגנה מכוחו של חוק היסוד. המדינה תטען, כי קריאת הגשמת מאוויים כלכליים כחלק מן הזכות לכבוד, כאשר הראינו לעיל כי זו אינה נכללת בגדרה של הזכות לקניין (ואולי אף של כבוד), הינה מרחיקת לכת, סוטה מהלכות קודמות של בית משפט נכבד זה, וברי כי הינה בעלת השלכות רוחב מרחיקות לכת על החלטות מינהל כמו גם דברי חקיקה שונים.

45. עולה מכל האמור, במתן מעמד חוקתי לציפיותיו הכלכליות של עובד זר לשהות בישראל משך תקופת ששים ושלושה החודשים, יצר לכאורה בית המשפט ממד חדש של זכות לקניין, (ואולי אף של כבוד) שלא פותח בהקשרים קודמים בפסיקתו, ובעשותו כן סטה מפסיקותיו הקודמות וקבע פסיקה שעלולות להיות לה השלכות על מעשי מינהל ודברי חקיקה בהקשרים רבים ושונים.

המדינה תטען כי תחימת גבולותיהן של הזכויות החוקתיות לכבוד ולקניין, מלאכה מורכבת מאין כמותה, ודאי כשמדובר בזכויות של עובדים ונתינים זרים, מחייבת משנה זהירות ולא נכון היה לעשותה לראשונה במסגרת עתירה שהופנתה נגד החלטה מנהלית ולא נגד דבר המחוקק.

דברים אלה נכונים ביתר שאת, כיוון שהנוהל נושא העתירה מעורר מורכבות מיוחדת הנובעת מן העובדה שיש להביא בכלל חשבון את נושא ריבונות המדינה להחליט מי יבוא בשעריה; את העובדה שהנוהל חל על עובדים זרים, אשר היקף זכויותיהם, בפרט הכלכליות, עשוי להיות שונה מזה של אזרחי ותושבי המדינה; וכאשר עסקינן בזכויות כלכליות, שהן כשלעצמן מעוררות מורכבות מיוחדת, והכול - כאשר מנגד ניצבות זכויותיהם של מעסיקים בעלי היתר שהם עצמם נכים וקשישים סיעודיים.



על פני הדברים בית המשפט, אשר פרש את הזכות לקניין (או לכבוד) בצורה כה רחבה, הרחיב באופן משמעותי את פרישתה של הזכות וכבר מן הטעם האמור קיים צורך ויש עילה לקיומו של דיון נוסף על פסק הדין.

### סטייה מהלכות קודמות ביחס להתרת כניסתם של זרים לישראל

46. התרת כניסתם של עובדים זרים לישראל והתרת שהייתם בתחומה הינם עניינים המצויים, הן על פי הדין הפנימי והן על פי הדין הבינלאומי, בריבונותה המלאה של המדינה.

נקודת המוצא היא כי על פי ההלכה הפסוקה, אין לאדם שאינו אזרח ישראל זכות קנויה להיכנס בשעריה, ומתחם שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים, בבואו להחליט בבקשה ליתן לזר רשיון כניסה לישראל כמו גם רשיון ישיבה בה הוא רחב ביותר. לא למותר לציין, כי מדיניות הגירה, באשר היא, היא עניין הנתון לשיקול דעתה הבלעדי של כל מדינה ומדינה, ובית המשפט הנכבד אינו נוהג להתערב בו. ר' בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113: בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 519-520; בג"ץ 740/87 בנטלי נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 443 ובג"צ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, תקדין-עליון, כרך 94(4) 597.

47. מתן היתרי עבודה לעובדים זרים נעשה על פי חוק הכניסה לישראל וחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 ובמגבלותיהם.

48. שר הפנים הינו הממונה על ביצוע חוק הכניסה לישראל, על-פי סעיף 15(א) לחוק. בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק, כניסתו לישראל של מי שאיננו אזרח ישראלי תיעשה, ככלל, על פי אשרה וישיבתו בארץ תהא על פי רישיון ישיבה.

49. סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל קובע כי:

"שר הפנים רשאי -

- (1) לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון-ישיבה ולהארכה או החלפה של רישיון-ישיבה, לרבות קביעת המצאת עירבון כספי, ערבות בנקאית או ערובה מתאימה אחרת להבטחת תנאים כאמור, ודרכי מימושה או חילוטה של הערובה.
- (2) לקבוע באשרה או ברישיון-ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רישיון-הישיבה."

50. מכוח הסמכות האמורה, נקבעו על ידי שר הפנים תנאים שונים למתן ו/או הארכה של אשרה ורישיון ישיבה לעובדים זרים בארץ.

התנאי המרכזי הוא כי המעסיק יקבל היתר להעסקת העובד הזר מיחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התמ"ת (כיום רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול). סעיף 2 (ג) לחוק הכניסה לישראל קובע כי:

"אשרה ורשיון ישיבה לעובד זר כהגדרתו בפרק ד'1 בחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) התשנ"א-1991 (בחוק זה – חוק עובדים זרים) יינתן בהסכמת שר התמ"ת מי שהוא הסמיך לכך ורשאים שר הפנים ושר התמ"ת להחליט כי על עובדים זרים בתפקידים מסוימים או על סוגי עובדים שקבעו מתן אשרה או רשיון ישיבה אינו טעון הסכמה כאמור."

סעיף 1ג' לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, קובע כי:

"(א) לא יקבל אדם עובד זר לעבודה אלא אם כן התיר הממונה בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעביד ובהתאם לתנאי ההיתר..."  
 (ב) היתרים לפי סעיף זה יינתנו בשים לב, בין השאר, למאפייני שוק העבודה, בענפי העבודה ובאזורי ההעסקה השונים.  
 (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על העסקתו של עובד מסוג שהשר ושר הפנים קבעו לפי סעיף 2(ג) בחוק הכניסה לישראל."

51. בהתאם לסעיף 1(א)2 לחוק הכניסה לישראל שר הפנים רשאי ליתן "אשרה ורשיון לישיבת ביקור - עד לשלושה חודשים". ככלל, **לגבי מי שאינו עובד זר**, השר רשאי להאריך את רישיון הביקור בישראל שניתן לו **עד לתקופה מקסימלית של שנתיים**. הסדר זה נועד למנוע את השתקעותו בישראל של מי שאינו בעל מעמד של אזרח, תושב קבע או תושב ארעי.

52. **לגבי עובד זר** נקבע הסדר ייחודי בסעיף 3א לחוק, הקובע כי שר הפנים רשאי להתיר את שהייתו של עובד זר בישראל **עד לתקופה מקסימלית של חמש שנים ושלושה חודשים**. מטרתו של הסעיף הינה **הגבלת סמכות** של השר להאריך מעבר לכך.

"3א. הארכת אשרות ורישיונות ישיבה לעובד זר, והגבלת מתן אשרות ורישיונות חוזרים  
 (א) על אף הוראות סעיף 2(3) רשאי שר הפנים להאריך רישיון לישיבת ביקור שניתן לעובד זר לתקופות שלא יעלו, יחד, על חמש שנים, ובלבד שתקופת ההארכה הראשונה לא תעלה על שנתיים ושכל אחת מתקופות ההארכה שלאחריה לא תעלה על שנה אחת..."

(ג) פקע תוקפו של רישיון לישיבת ביקור שניתן לעובד זר, לא יינתנו לאותו עובד זר אשרה ורישיון חדשים לישיבת ביקור לפי הוראות סעיף 2(א)2 לשם העסקתו בישראל, לתקופה המסתיימת לאחר תום חמש שנים ושלושה חודשים מיום שניתנו לו אשרה ורישיון כאמור, לראשונה...ולא יוארך לפי הוראות סעיף זה, לתקופה המסתיימת כאמור, רישיון חדש לישיבת ביקור שניתן לו.

(1ג) על אף האמור בסעיף קטן (ג), רשאי שר הפנים להאריך רישיון לישיבת ביקור שניתנה לעובד זר, או להעניק לעובד זר אשרה ורישיון חדשים, לתקופות נוספות שלא יעלו על שנה כל אחת, אם נתקיימו נסיבות מיוחדות וחריגות של תרומה של העובד הזר לכלכלה, למשק או לחברה, שקבע שר הפנים בהתייעצות עם שר האוצר ובהסכמת שר התעשייה המסחר והתעסוקה".

(ד) בסעיף זה, "עובד זר" - כהגדרתו בפרק ד' לחוק עובדים זרים (ההדגשות לא במקור הח"מ)".

**ודוק - תשומת הלב לכך שלעובד הזר אין זכות לשהות בישראל את מלוא התקופה האמורה, אלא האשרה והרישיון תוקפם אינו עולה על שנה אחת, והם יכולים להיות מוענקים לו, בהתאם לשיקול דעת, מדי שנה בשנה, עד לתקופה המקסימלית המעוגנת במסגרת החוק.**

53. בנוסף, בכל הנוגע לעובד זר המועסק במתן טיפול סיעודי (ומרבית העובדות הזרות בישראל מועסקות בתחום זה), נקבע הסדר ייחודי בסעיף 3א(ב) לחוק, המתיר את שהייתו בישראל, **אף לאחר תום תקופה של חמש שנים ושלושה חודשים, וזאת בהתקיים תנאים ייחודיים חריגים כקבוע שם.**

יובהר, כי כל תכליתו של סעיף זה הינה ליתן מענה לצרכים של המטופל הסיעודי, שהפסקת העסקתו של העובד או העובדת הזרה אצלו תגרום לו פגיעה קשה.

54. הנה כי כן, כבר מלשונו של סעיף 3א ברור, כי פרק הזמן של ששים ושלושה החודשים הינו פרק זמן **מקסימאלי** להארכת אשרות השהייה הניתנות לעובדים זרים השוהים כדין בישראל. שר הפנים מעניק לעובד הזר אשרה לתקופה של שנה (בתקופה הראשונה ניתן ליתן אשרה לתקופה של שנתיים), **אשר ניתן להאריכה אם הוחלט כך, בכל פעם בשנה נוספת.**

נמצא כי המחוקק הראשי קבע מפורשות כי שר הפנים רשאי **(אך לא חייב!)** להאריך, במשמע - ניתן, אך לא קיימת זכות קנויה. רשיון ישיבה ניתן לתקופה קצובה (שהינה לרוב בת שנה), כאשר לקראת תום התקופה מוגשת בקשה להארכתה.

55. כפי שפורט לעיל, פסק דינו של בית המשפט הנכבד קובע הלכה למעשה, למרות לשונו המפורשת ותכליתו של החוק, כי בהסתמך על "ציפייה סבירה" שקיימת אליבא דפסק הדין לעובדים הזרים להמשיך ולשהות בישראל עד לתום מלוא תקופת ההארכה בת ששים ושלושה החודשים, קנויה בידם "זכות" חוקית ואף למעלה מכך, לקבלת רשיון ישיבה בישראל למלוא תקופת ההארכה. וכך מציין בהקשר זה כב' השופט רובינשטיין:

"כאן המקום להידרש לאמצעים העשויים לאזן בין, מהד גיסא, זכות האם לגדל את ילדיה בתקופת שהותה כחוק בישראל.

ומאידך גיסא, החשש פן תהפוך זכות זו למנוף למה שלא נועדה לו, קרי, השתקעות האם והילד בארץ כחלוף השנים. השנים בהן מדובר הן שנות ההיתר לעבודה שניתן להן (עד 63 חודש), ולגביו מתחילה ישנו **אינטרס הסתמכות משמעותי**. נוכח ההשקעה הכרוכה בו (ההדגשה לא במקור):

56. דברים אלה אינם משתמעים, ולבטח שאינם מתחייבים, **מלשונו או מתכליתו** של סעיף 3א לחוק הכניסה לישראל, הם אינם מתיישבים עם מדיניותם הנוהגת של שרי הפנים בכל הנוגע למתן אשרות ורשיונות ישיבה לנתינים זרים ואף אינם עולים בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד במהלך השנים.

בית המשפט הנכבד דן בפסק דינו בשאלת "הציפייה הסבירה" של עובדות זרות להישאר בישראל עד לתום תקופת ששים ושלושה החודשים, אלא שספק רב אם ניתן לגזור ציפייה כזו, כאשר הדין עצמו איננו מקנה לעובדות ציפייה או עילה חוקית לסבור כי קיימת להן זכות קנויה כאמור.

57. על כן, קשה להלום את הקביעה לפיה הציפייה היא סבירה, שכן סבירות הציפייה הינה בהכרח תלוית הדין, והדין איננו מקנה זכות לעובד הזר להמשיך ולשהות בישראל, כרצונו. לעניין זה ר' עע"מ 6745/06 **קון טסה נ' משרד הפנים** (טרם פורסם); וכמו כן עע"מ 11268/04 **מדינת ישראל נ' בינג** (טרם פורסם);

58. המדינה טוען, כי ציפיותיהם של עובדים זרים הנכנסים לישראל לצורך עבודה מושפעות בהכרח מן הכללים שנקבעו בחוק או מכוחו על ידי שר הפנים, ובשים לב להחלטות הממשלה ולמדיניות הנוהגת באותה העת, על הבאה והעסקה של עובדים כאמור. על כן, העובדה שבחוק הכניסה לישראל קבועה תקופה **מירבית** של ששים ושלושה חודשים, להארכות עיתיות של אשרות הישיבה והעבודה, והעובדה ששאלת הארכתה או אי הארכתה של אשרה כאמור הינה תלוית נסיבות ומדיניות עדכנית, הן כשלעצמן משליכות על היקף הציפייה שיכולה להיות לעובד זר לשהות בישראל. לכאורה, מפסק הדין עולה כי **תקופת ההארכה המירבית מתגבשת לכלל זכות**, וכי כל קיצור של התקופה עלול לעלות לפיכך לכדי פגיעה בזכות חוקתית, אשר יש לבחנה בהתאם לתנאים בפסקת ההגבלה. המדינה סבורה כי לנוכח האמור לעיל, מדובר בקביעה מרחיקת לכת.

59. לסיכום בהקשר זה - המבקשים יטענו כי מתן הגנה חוקתית לציפייתן הסבירה של העובדות לשהות בישראל עד תום מלוא תקופת ההארכה, עומדת בניגוד למדיניות ממשלות ישראל לדורותיהן ופוגעת יתר על המידה בריבונות המדינה ובפררוגטיבה של שר הפנים לקבוע מי יבוא בשערי המדינה, מי יורשה להישאר בה, לאורך זמן, ובאלו תנאים (סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל).

60. לנוכח האמור לעיל, המבקשים יטענו כי יש מקום לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד, גם מן הטעם שהקביעות שהובאו בו, מהן עשויה להשתמע "זכותם"

של עובדים זרים להארכת האשרה הניתנת להם בישראל, עד לתום התקופה המקסימאלית הקבועה בחוק הכניסה לישראל, מהוות סטייה מן הדין הקיים ומפסיקה קודמת של בית המשפט הנכבד.

### אי מתן משקל מספק לתכליות שעמדו בבסיס הנוהל; התערבות במדיניות ההגירה של ממשלת ישראל

61. טענה נוספת שבפי המדינה, הינה כי בית המשפט הנכבד לא איזן נכונה בפסק דינו בין האינטרס הציבורי ואינטרסים נוספים של המעסיקים בתחום משפט העבודה, לבין הפגיעה הנטענת בזכויותיהן של עובדות זרות בגין הנוהל נושא העתירה.

62. כפי שפורט בהרחבה בתצהיר התשובה מטעמם של המשיבים, מדינת ישראל נאלצת בשנים האחרונות להתמודד עם גל של הגירה בלתי חוקית ממדינות בהן רמת החיים נמוכה ביותר. אלפים רבים מהזרים שכניסתם הותרה לתקופה מוגבלת ולשם עבודה בלבד משתקעים בארץ ללא היתר.

63. בשל ההשלכות לטווח ארוך של העסקת נתינים זרים בישראל, נדרשת הטלת מגבלות וקביעת תנאים על עצם התרת הכניסה לישראל והישיבה בה ויצירה של מנגנונים שונים שמטרתם הבטחת יציאת העובדים מישראל בתום תקופת רשיון העבודה שלהם, כמו גם מניעת השתקעותם בישראל. כמו כן, יש להבטיח בקרה מתמדת על תנאי השהייה בארץ. הקפדה על נושאים אלה הינה חיונית ביותר לאור ממדי התופעה של שהות זרים בארץ ללא היתר.

64. התמודדות המדינה עם התופעה האמורה נעשתה בתחומים שונים ובדרכים מגוונות. בכלל זאת, הוחמרו המגבלות על העסקת עובדים זרים, הוגברה האכיפה על יציאת אותם עובדים מן הארץ, וקודמו תנאים כלכליים שיוורדו את המוטיבציה של מעסיקים להעסיק עובדים זרים על חשבון עובדים מקומיים, ואשר יעלו את המוטיבציה של העובדים הזרים לצאת את הארץ בתום תקופת שהותם החוקית בישראל.

65. נביא לעניין זה מפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה:

"במסגרת מדיניות הידוק הפיקוח על מהגרי עבודה בישראל הוחלט למנוע גם את שהותם של עובדים זרים בישראל אם וככל שבן משפחה מדרגה ראשונה שלהם מצוי בישראל, וזאת כדי למנוע ככל האפשר השתקעות עובדים זרים בעצמם או באמצעות ילדיהם בישראל ... (ההדגשות אינן במקור)".

66. ואכן, אחד האמצעים בהם נקטה המדינה על-מנת למנוע את השתקעותם של עובדים זרים בישראל, היה אי מתן אשרה למשפחות - במובחן מבודדים - לצורך עבודה בישראל.

**מטרתה של מדיניות זו היה לגרום לכך שהמעבר לישראל ייעשה לצרכי עבודה בלבד, וכי עם תום העבודה יחזור העובד לביתו.**

67. מדיניות המשיבים למנוע כניסתם של בני זוג המבקשים לעבוד בישראל אושרה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, בבג"ץ NOMKING BUAPHIT 5749/01 נ' שר הפנים (טרם פורסם), בו נקבע כדלקמן:

"מדיניותו של המשיב הינה למנוע כניסתם של בני זוג המבקשים לעבוד בישראל. ביסוד מדיניות זו עומד הרצון למנוע השתקעותו של התא המשפחתי בישראל. העותרים טוענים, כי החשש אינו קיים, ובני הזוג חוזרים לארץ מוצאם. אין הבדל, לעניין זה, בין זוג זרים לבודד. עמדתו של המשיב סבירה היא. גם עמדתם של העותרים סבירה היא. במצב זה, בית משפט זה אינו מחליף את שיקול דעת המשיב בשיקול דעתו שלו. מטעם זה דין העתירה להידחות (ההדגשות אינן במקור הח"מ)".

68. כאשר שני בני זוג מגיעים לישראל (או כאשר העובד הזר מכיר בן זוג בישראל), בייחוד במקרים בהם נולדים להם ילדים בישראל, עובר מרכז חיוו של התא המשפחתי לישראל. בכך נוצר תמריץ חזק להישאר בישראל, ולא לחזור למולדת, בייחוד לארצות בהן רמת החיים נמוכה משמעותית מישראל והפרנסה אינה מצויה בהן.

69. מדיניות המדינה הינה שלא לאפשר כניסתם של שני בני זוג לישראל, לצרכי עבודה, ולא לאפשר את המשך שהייתם של שני בני זוג יחדיו. יחד עם זאת, מוענקת לבני הזוג האפשרות להענקת רישיון ישיבה לאחד מהם, בתנאי שבן הזוג השני יעזוב את הארץ. מובן, כי אם בני הזוג אינם חפצים להיפרד, פתוחה בפניהם הדרך לשוב יחדיו למולדתם.

70. בהתאם לאמור, מדיניות משרד הפנים הייתה ועודנה שלא ניתנת אשרת עבודה גם לעובדת זרה, המבקשת להיכנס לישראל ללא בן זוג, אך עם ילדיה, או כאשר ילדיה כבר שוהים בישראל.

ר' למשל בג"ץ Madas Floare 5005/01 נ' משרד הפנים, תק-על 2002(1), 292. פרשה זו עסקה במישרין בבקשה של עובדות זרות כי משרד הפנים יאריך את תוקף אשרות שהייה שלהן בישראל. משרד הפנים סירב לכך, מאחר שהמדובר היה באם ובתה שביקשו להמשיך לשהות בישראל. בית המשפט אישר את החלטתו של משרד הפנים, בקובעו:

"עניינה של העתירה בבקשת העותרות אם ובת עובדות זרות להיביא את המשיב להאריך את תוקף אשרות שהייה שלהן בארץ. אשרת הכניסה של עותרת 1 פגה ב-6.5.01 ושלעותרת 2 ביום 10.6.01.

סמכותו של שר הפנים להענקת רישיונות ישיבה בישראל למי שאינו אזרח ישראלי היא סמכות רחבה שבשיקול דעת.

במסגרת סמכות זו גיבש המשיב מדיניות בדבר אי מתן אישור לבני משפחה קרובים מן הדרגה הראשונה מחשש ששהות כזו תהווה תמריץ להשתקעות בישראל ועל רקע התגברות התופעה גובשה המדיניות האמורה.

מדיניות זו נבחנה בבג"ץ 1810/96 מסקנאי נ' שר הפנים, דינים עליון מ"ג 121, ובג"ץ 5749/01 nomking buaphit ואח' נ' שר הפנים (לא פורסם). ועל כל פנים לא נראה לנו כי ההחלטה לוקה באי סבירות או בפגם אחר המצדיק התערבותנו והחלפת שיקול דעתו של שר הפנים בשיקול דעתנו. העתירה נדחית (ההדגשה אינה במקור - הח"מ).

71. לאחר חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, עברה הסמכות לדון בבקשות לרישיון ישיבה בישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל לבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים. אף בתי המשפט המחוזיים אישרו את מדיניות משרד הפנים. ר' למשל עת"מ (תל-אביב-יפו) 2479/04 מירלה נ' שר הפנים, תקדין-מחוזי 2004(3), 5484; כמו כן עת"ס (ת"א - יפו) 1259/05 ניקסור נ' משרד הפנים, טרם פורסם; ועת"ס 2485/04 אליעזר אופיר נ' שר הפנים, טרם פורסם.

72. אותו רציונל עצמו, שעל פי ההלכה הפסוקה של בית משפט נכבד זה, נקבע שהוא סביר ולגיטימי, חל גם כאשר המדובר בעובדת זרה המבקשת להמשיך ולשהות בישראל עם ילדה, ובהתאם לכך נקבע אף הנוהל נושא ההליך שבפנינו.

73. בית המשפט הנכבד קבע בפסק דינו כי התכליות הנזכרות לעיל, ואשר עמדו בבסיס הנוהל נושא העתירה, הינן תכליות ראויות.

חרף האמור, וככל הנראה לנוכח קביעתו בדבר הרחבת ההגנה על "זכותו" של עובד זר לשהות בישראל עד למלוא תקופת ההארכה המירבית המוזכרת בחוק הכניסה לישראל, לא ניתן בפסק הדין כל משקל מתאים לתכליות האמורות, ועל-כן סטה בית המשפט הנכבד בהקשר זה הן מפסיקות קודמות, אשר אישרו את מדיניות משרד הפנים בהקשרים שפורטו לעיל, והן מן הרציונלים העומדים ביסוד הלכה פסוקה זו.

בהקשר זה לא למותר יהא להזכיר כי בעוד שההלכה הפסוקה בהקשר זה ניתנה במנותק מהתופעה שהחלה להיות רווחת בשנת 2005 של פניות לקבלת מעמד בישראל מכוחם של ילדי נתינים זרים השוהים בה שלא כחוק מספר שנים (להם ולהוריהם) וקדמה לפניות אלו. כעת, משברור היום, לאחר שלוש החלטות ממשלה בנושא זה, כי תופעת ההשתקעות של ילדים והוריהם מתרחבת, ברי כי אותו אינטרס ציבורי שעמד לנגד עיני בית המשפט הנכבד, בראשית שנות ה-2000 עת קבע את ההלכה הפסוקה, חזק מאי פעם, והיה מקום ליתן לו משקל יתר.

74. כאמור לעיל, שיקול הדעת בעניין סמכויות הכניסה לישראל והשהייה בתחומה הנתון למדינה הינו רחב ביותר ונקודת המוצא בכגון דא, אגב בכל מדינה ולא רק בישראל,

כאמור, הינה כי כניסת זרים למדינה ריבונית אחרת ושהייתם בתחומה הינה אסורה אלא אם כן הותרה במפורש על ידי הרשויות המוסמכות לכך באותה מדינה.

75. משמעות העובדה כי שיקול הדעת המצוי ברשות המדינה הינו רחב ביותר, הינה כי הביקורת השיפוטית על שיקול-דעת זה, מן הראוי ומן הדין שתהא מצומצמת בהיקפה. ההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית בתחום זה הינו האופן בו בא לידי ביטוי מבחינה נורמטיבית המעמד המיוחד הניתן לריבונותה של המדינה.

76. **המדינה סבורה, כי מתן הגנה חוקתית לציפיותיהן (שאינן מעוגנות בדין) של עובדות זרות לשהות בישראל עד תום ששים ושלושה חודשים מיום כניסתן לראשונה, עומדת בניגוד למדיניות ממשלת ישראל ולאינטרס המובהק בצמצום העסקת עובדים זרים ומניעת השתקעותם, ופוגעת יתר על המידה בריבונות המדינה לקבוע מי יבוא בשעריה. גם מן הטעם האמור קיימת הצדקה לקיומו של דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד.**

### **קשיותה של ההלכה: התעלמות מהיבטים הנוגעים לחוזה העבודה ולזכויות המעסיקים הסיעודיים; קשיים משפטיים ויישומיים**

77. טעם מרכזי נוסף בגינו סבורים המבקשים כי קיימת הצדקה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד, נוגע לקשיותה של ההלכה שנפסקה בפסק הדין.

להלן יטענו המבקשים כי פסק הדין מעורר קשיים נוספים במישור המשפטי כמו גם במישור האופרטיבי. קשיים אלו אין להם מענה במסגרת פסק הדין.

78. כך סבורים המבקשים כי, בכל הכבוד, בית המשפט הנכבד לא התייחס בפסק דינו **להיבטים המשפטיים והפרקטיים הנובעים ישירות ממסגרת יחסי העבודה** בין מעסיק בעל היתר העסקה בענף הסיעוד, לבין עובדת זרה, אשר נולד לה ילד בתקופת העסקתה אצלו.

נוכיר, כי רוב העובדות הזרות המועסקות בישראל מועסקות בענף הסיעוד. עוד נזכיר, כי בעלי היתרים להעסקת עובד זר הינם פעמים רבות קשישים, נכים קשים, אנשים סיעודיים הסובלים מכאב או מנכות זו או אחרת, וזקוקים לסיוע רב במהלך מרבית שעות היממה.

79. מאפייני העבודה בתחום הסיעודי בישראל הם ככלל כאלה בהם העובדת הזרה **מתגוררת בביתו של מעסיקה הסיעודי**. אין צורך לציין, כי המדובר בעבודה לא פשוטה, במסגרתה נדרש העובד הזר לסייע למעסיקו הסיעודי במשך שעות ארוכות מדי יום ביומו.

מטבע הדברים, עובדת זרה שאך זה ילדה, תתקשה בביצוע מטלות המוטלות עליה במסגרת עבודתה כמסייעת למעסיקה הסיעודי בעוד היא מטופלת בעולל רך בימים.



80. **זאת ועוד**, מאחר שלרוב העובדת הזרה **מתגוררת בצוותא עם מעסיקה הסיעודי**, ומאחר שניתן להניח שהיא תבקש כי תינוקה, שאך זה נולד, יתגורר עימה, יש צורך כי המעסיק הסיעודי יסכים לכך שתינוקה של העובדת הסיעודית יתגורר אף הוא עימו. ברי כי דבר זה כשלעצמו עשוי לעורר קושי משמעותי ומהותי במקרים רבים.

כלום חייב המעסיק הסיעודי לאפשר מתכונת זו? אם אינו מחויב בכך, מה יעלה בגורלה של אותה עובדת בתום חופשת הלידה? האם הוא מחויב להחזירה לעבודה, עם ילדה או בלעדיו? האם הוא מחויב לאפשר לה ולילדה להתגורר עמו? מהו הדין מקום בו יהא צורך בהעסקת עובד זר נוסף תחת העובדת הזרה? מה משמעות שינויים אלה מבחינת חובותיו של המעסיק הסיעודי? עוד ועוד קושיות.

81. בפסק דינו התייחס בית המשפט לציפיות הכלכליות "הסבירות" של העובדת הזרה וכן לזכויות הנובעות מציפיות אלו (עד כדי הרמה החוקתית), אך התעלם לחלוטין מאלו של מעסיקה הנכה או הקשיש, שגם לו ציפיות סבירות, שחולשותיו הפיזיות במובהק, והכלכליות לא פחות מכך, הינן נסיבות מהותיות וקריטיות שיש להביאן בחשבון, במסגרת קביעת הסדרים מכח חוק הכניסה לישראל וגם במסגרת הבחינה החוקתית הכוללת.

בכל הכבוד הראוי, לא ניתן להתעלם כאשר בוחנים ברמה המינהלית, הסדר והוראות נוהל שנועדו להתמודד עם מצב ייחודי זה, ודאי כאשר חורגים אל מעבר לרמה המנהלית לרמה החוקתית, משלל הזכויות, האינטרסים והציפיות.

82. לצד הקשיים הנובעים ממערכת היחסים (לרבות יחסי העבודה) בין העובדת לבין מעסיקה הסיעודי, קיימת מורכבות הנובעת גם מהמשך שהייתו של תינוקה של העובדת הזרה בישראל. בעניין זה עלולים להתעורר קשיים לא מבוטלים בשורה של נושאים, אשר בכל הכבוד הראוי לא ניתנה עליהם הדעת. כך, למשל מתעורר קושי בכל הנוגע ליכולתה של האדם לטפל במעסיק הסיעודי בעודה מטופלת בעולל רך בימים.

**קשיים אלו מצטרפים אף הם לקשיים מבחינת האינטרס הציבורי (מניעת ההשתקעות) ומבחינת טובתו וקשייו הייחודיים (פגיעה בפרטיות, כבודו וקניינו של המעסיק ועוד) של המעסיק הסיעודי.**

83. **שאלות אלו ורבות אחרות אינן זוכות להתייחסות או לבחינה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד, לא במסגרת הניתוח החוקתי ובכלל.**

בפרק המתייחס לסעד האופרטיבי בפסק הדין, קובעת כב' השופטת פרוקצ'יה, כי ההיתר להמשך ישיבתה בישראל של עובדת זרה לאחר לידת ילד בישראל כפוף ל"יכולתה המעשית" (פסקה 70 לפסק הדין) לשלב בין חובות עבודתה לבין צרכי הטיפול בילד,

ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה. ככל שהדבר אינו אפשרי, יש לאפשר לה פרק זמן סביר למצוא סידור העסקה חלופי שיקיים תנאי זה.

כך, מתעוררת השאלה מה הדין שעה שהעובדת לא תמצא הסדר העסקה חלופי. האם היא זה מחובתו של שר הפנים להאריך לה את רישיון הישיבה? האם היא זה מחובתו להאריך את רישיון הישיבה כדי שתוכל להגיש תביעה בבית הדין לעבודה, נגד מעסיק שלא מסכים למגוריה עם תינוק בביתו?

84. בית המשפט אינו נדרש מפורשות למצבים, שיש להניח שלא יהיו נדירים, בהם המעסיק הסיעודי **יתנגד** להמשך העסקה של עובדת זרה שילדה זה עתה תינוק, ובוודאי למצב בו יתגורר התינוק יחד עימה בביתו. מדברי כבי' השופטת פרוקצ'יה ניתן להבין כי יש ליתן לעובדת פרק זמן סביר למצוא חלופה אצל מעסיק אחר, אלא שאין מענה לשאלה מה ייעשה במצבים בהם לא תימצא חלופה לאותה עובדת. גם דברי כבי' השופט רובינשטיין בפסק דינו אך מחזקים את המורכבות עליה הצבענו לעיל.

85. **המבקשים יטענו להלן, כי פסק הדין הותיר שאלות רבות, הנוגעות למערכת היחסים הרגישה והמורכבת בין מעסיק סיעודי לבין עובדת זרה בתחום הסיעוד, ללא מענה.**

פסק הדין לא התייחס להיבטים משפטיים מורכבים ופרקטיים רבים הנובעים ישירות מיחסי העבודה שבין העובדת הזרה לבין מעסיקה הסיעודי. כך, למשל, האם המעביד מחויב להכניס לתוך ביתו את העולל על כל הטרחה והפגיעה האפשרית ברווחתו שעלולה להיות כרוכה בכך? האם רשאי המעביד לסרב לקבל את הצעתה החדשה של העובדת הזרה לפיה לאחר הלידה יתגוררו עמו היא ותינוקה ולא רק היא (כפי שהיה בחוזה המקורי)? האם סירוב כזה יהווה פיטורין הכפופים למגבלות של חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ואשר טעון לפיכך אישור של הממונה על עבודת נשים? האם במקרה בו בתקופת ההריון (בהנחה שהעובדת אינה מצויה בשמירת הריון), העובדת אינה מסוגלת לעמוד במאמץ הפיזי הכרוך בעבודה בתחום הסיעוד כך שהמעסיק יאלץ להעסיק עובד חלופי תחתיה - ולו עד מועד הלידה - מחויב המעסיק בתשלום שכר כפול הן לעובד החלופי והן לעובדת ההרה?

86. שאלות אלו, ועוד רבות נוספות, נותרו ללא מענה בפסק הדין. תחום יחסי העבודה עוסק בחוזה שלו שני צדדים. פסק דינו של בית המשפט הנכבד עסק בצד אחד של משוואה זו בלבד, ולא נדרש להיבטים שונים הנוגעים לצדה השני, לרבות אלה המתחייבים לשם הבטחת זכויותיהם של המעסיקים בענף הסיעוד. נזכיר שוב כי המעסיקים בענף הסיעוד אינם תאגידיים בעלי כח מצויים מן הצד השני של המתרס כי אם קשישים ונכים שברובם הגדול הינם אנשים קשי יום, שהבריאות ושלוות הנפש אינה נחלתם וגם הפרוטה אינה מצויה בכיסם.

87. כיוון שעמדתו של המעסיק בתחום הרגיש והמורכב של עבודה בענף הסיעוד היא מתחייבת בכל הנוגע להעסקת עובדת זרה על ידו, בדרך כלל בביתו, המענה לרשימת השאלות שפורטו לעיל הינו קריטי ומתחייב.

בכל הכבוד, פסיקתו של בית המשפט הנכבד, המתעלמת כמעט לחלוטין מכלל ההיבטים שפורטו לעיל, הופכת בנסיבות העניין לבלתי ישימה.

המבקשים סבורים כי גם באמור קיים טעם ממשי לקיום דיון נוסף על פסק הדין. בהקשר זה לא למותר יהא להדגיש, כי משהחליט בית המשפט לבחון את הנושא בחינה חוקתית לכאורה, למרות שלא היה צורך בכך בנסיבות העניין, ומשלצורך כך, נדרש הוא להגדרת זכויות העומדות על הפרק, היה עליו להביא בחשבון את כלל הזכויות והאינטרסים הצריכים לעניין, ובמסגרת הניתוח החוקתי גם את כלל התכליות הראויות, כפי שפורטו לעיל.

88. נוסף על האמור, בפרק המתייחס לסעד האופרטיבי, ולאחר קביעתה כי נוהל "עובדת זרה בהריון" הוא בטל, מוסיפה כב' השופטת פרוקצ'יה כי נוהל שיקבע כי התקופה המקסימאלית לשהייה על פי רשיון עבודה של עובדת שילדה בישראל הינה 63 חודשים, עשוי לעמוד במבחן המידתיות.

בפסקה 63 לפסק דינה, מציעה כב' השופטת פרוקצ'יה מנגנונים חלופיים שנועדו לכאורה להבטיח את האינטרס הציבורי שעמד לדעתה בבסיס מדיניות משרד הפנים נושא נוהל "עובדת זרה בהריון", קרי - רק את הבטחת יציאתה של העובדת וילדה (ביחיד או ברבים) מן הארץ בחלוף ששים ושלושה החודשים.

89. האמצעים החלופיים שפורטו בפסק הדין מיועדים בעיקרם לנקודת הזמן שלאחר שהייה של ששים ושלושה חודשים בארץ, על בסיס הקביעה בדבר הזכות להגשמת הציפייה הכלכלית. על כן, אלה אינם מייתרים את הצורך לבחון את קביעתו של בית המשפט הנכבד לפיה לעובד זר ציפייה כלכלית, הזוכה להגנה חוקתית, לשהות בישראל ששים ושלושה חודשים.

90. זאת ועוד, המנגנונים החלופיים כביכול שהוצעו על ידי כב' השופטת פרוקצ'יה בפסקה 63 כאמור, אינם מתמודדים עם החשש מהשתקעות אותן עובדות זרות בישראל או אותם ילדים עם תום 63 החודשים או מעבר להם, וכאמור לעיל, אף אינם נותנים מענה כלשהו לנושא זכויות המעסיקים.

91. המדינה סבורה כי גם הדברים בפסק הדין, המתייחסים ל"התחייבות" העובדות שלא לבקש להאריך את שהותן בישראל בתום תקופת ששים ושלושה החודשים, מעוררת קשיים בלתי מבוטלים.

92. כפי שיפורט להלן, במסגרת חוק הכניסה לישראל נקבע חריג להסדר זה, על-פי מתאפשרת המשך שהייתם של עובדים זרים (ובעיקר - עובדות זרות) אף מעבר לתקופת ששים ושלושה החודשים הנזכרת בפסק הדין, כאשר המדובר בעובדת זרה העוסקת בתחום הסיעוד (ובכפוף לתנאים נוספים המעוגנים בחוק).

ספק לפיכך, מהי נפקותן של הערות אלו בהינתן הוראות החוק, ובהינתן בקשות של עובדות זרות קונקרטיות המועסקות בתחום.

93. הוא הדין אף באשר לטענות להאריך הרישיון מעבר לתקופת 63 החודשים, העשויות להישמע גם מצד מעסיק סיעודי פוטנציאלי. מעסיק כאמור יבקש להסתמך על התיקון לחוק הכניסה לישראל, שמאפשר להאריך את אשרת השהייה של העובד הזר המועסק אצלו מעבר לתקופת 63 החודשים, וזאת על-מנת ליתן מענה לצרכיו (ולא על-מנת ליתן מענה לעובדים הזרים השוהים בישראל). המבקשים סבורים כי ספק אם ההערות שהובאו בשולי פסק הדין, יכולות למנוע העלאת טענות מצד מעסיקים קונקרטיים בתחום הסיעוד, אשר יבקשו כי העובדת הזרה תישאר לעבוד אצלם, לאור הוראות החוק, אף לאחר תום תקופת 63 החודשים.

94. בשולי הדברים נבקש להעיר, כי ההפניות שנעשות בפסק הדין להוראות מסוימות בדינים החלים במדינות זרות, אינן משמיעות לטעמה של המדינה כי עמדתה בהליך זה אינה עומדת בעקרונות היסוד של הדין בישראל.

הסדרים הנוגעים לתחום ההגירה הינם, מטבע הדברים, שונים בין מדינה למדינה, ומשקפים את שיקולי המדיניות והאינטרסים הציבוריים שמבקשת אותה מדינה לקדם במסגרת מדיניות ההגירה שלה. על כן, ספק אם ניתן ללמוד בתחום זה מן הדין החל במדינות אחרות, ביחס לדין שצריך לחול בישראל.

95. לעניין זה ראו דבריו של כבי השופט חשין בעניין עדאלה:

"63. יתר-על-כן, נזכור-נא אל נשכח: הסדרי הגירה, על-פי עצם טיבם וטבעם, הסדרים פרטיקולריים הם, הסדרים הם המשתנים מעת לעת בהתאם לצורכי המדינה (ראו לעיל, פסקה 39). וגם אם נכללים הסדרים אלה בחוקותיהן של מדינות אלו ואחרות, אין במיקומם זה כדי לשנות מטיבם וממהותם כהסדרים פרטיקולריים. ובהיותם מה שהם, נתקשה ללמוד מהסדריה של חוקה אחת להסדריה של חוקה אחרת ומההסדרים של מדינה זרה למשפט ישראל. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי (שם, 329): אך מובן שההתייחסות לחוקות אחרות וליישומן היא השוואתית בלבד. כל חוקה מבטאת בהגנות על זכויות הנפרסות מכוחה את סולם הערכים החברתי הייחודי שלה ואת התפיסות שהתגבשו בחברתה. למותר להוסיף כי יש גם מכלול של שיקולי מדיניות המתלווה לגיבושה של חוקה. כך החליטו, למשל, בקנדה להימנע מהכללת איסור הפגיעה בקנין במגילת

הזכויות.

הנה היא רוריתניה, מדינה במרכז אירופה. תושביה מזדקנים ומבקשת היא להמריץ את מחזור החיים במדינה ולחיות את כלכלתה. מדינה שכזו תיטה לעודד הגירה, ומטבע הדברים אף תרחיב את זכות ההגירה של בני משפחה. לאחר זמן, משיימצא לה לרוריתניה כי מהגרים שבאו אל תוכה שינו את פני המדינה - ואפשר אף מאיימים הם על ההגמוניה של אזרחיה הוותיקים - עשויה רוריתניה לשנות את החוק ולעצור בעד ההגירה ואף מטעמי משפחה. שלא כמותה של רוריתניה היא שכנתה, זנדה: צפיפות האוכלוסין בזנדה רבה, ריבוי הילודה גבוה, ומטבע הדברים תיטה זו לצמצם הגירה, לרבות הגירה מטעמי משפחה".

96. הקושי בהסתמכות על המשפט המשווה נכון ביתר שאת בכל הנוגע להפניה שנעשית בפסק הדין לאמנות הסכמיות, אשר מדינת ישראל אינה צד להן, ואשר אינן משקפות כללים במשפט המנהגי.

## סיכום

97. מכלל הטעמים שפורטו לעיל סבורים המבקשים כי מתקיימים בענייננו התנאים הנדרשים להורות על קיומו של דיון נוסף בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. הן חשיבותה וחידושה של ההלכה, והן קשיותה והיותה עומדת בסתירה להלכות קודמות.

98. בית המשפט הנכבד פסק בהקשר לבקשות לקיום דיון נוסף, כי לא די בעצם התקיימות תנאי החוק כדי שיוחלט על קיומו של דיון נוסף, אלא שיש צורך להראות גם הצדקה עניינית לשוב ולהביא את העניין לדיון נוסף. דנ"א 2485/95 **אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל**, תקדין-עליון 95(2) 1446. ר' גם: דנג"צ 5566/98 **צ'רינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום**, תקדין-עליון 99(2) 793.

99. המבקשים סבורים כי מן המפורט לעיל עולה אף הצדקה לקיים דיון נוסף על פסק הדין, הן לנוכח השלכותיו המשמעותיות על החלטות מינהל כמפורט לעיל, כמו גם על הגבלת שיקול דעתו של המחוקק, והן לנוכח ההיבטים המשפטיים בתחום יחסי העבודה מהם מתעלם פסק הדין.

ט"ו אייר, תשע"א

19 מאי, 2011

יוכי גנסין

מנהלת תחום עניינים מנהליים

בפרקליטות המדינה

מיכל צוק-שפיר

סגנית בכירה לפרקליט המדינה

7100-9