

- העותרים: 1. משרד הפנים  
2. משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה

ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

- נ ג ד -

- המשיבים: 1. קו לעובד  
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
3. נעמ"ת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות  
4. מוקד סיוע לעובדים זרים  
5. רופאים לזכויות אדם

ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או יובל לבנת  
ו/או חני בן ישראל ו/או גלי עציון ו/או יונתן ברמן

שמענס להמצאת כתבי בי-דין:  
האגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165  
דוא"ל: [oded@acri.org.il](mailto:oded@acri.org.il)

## תגובה לעתירה לדין נוסף

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם לעתירה לדין נוסף בפסק הדין בבג"ץ 11437/05 (להלן – פסק הדין). המשיבים יטענו כי דין העתירה לדין נוסף להידחות.

### המסגרת הנורמטיבית לעניין קיום דין נוסף

1. סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע את האפשרות לקיים דין נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד לבקשת בעל דין כדלקמן:

"לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף."

2. הדיון הנוסף, כך נפסק, אינו הליך של ערעור נוסף על פסק הדין :

"הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף מבחינת מגמתו העיקרית, כי במרכזו אינה עומדת השאלה, אם בית המשפט נהג כהלכה (ד"נ 21/58 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 234), אלא נבחנת ההלכה המשפטית בתור שכזאת." (ד"נ 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(3) 99, 101 (1982)).

3. עוד נפסק, כי תנאי להיענות לעתירה לדיון נוסף הוא כי כלל נקבעה הלכה (ר': דנג"ץ 8255/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (החלטה מיום 14.7.2008, פורסמה ב"נבו")). יתרה מזו, לא כל הלכה בעלת חשיבות או שיש בה חידוש, המוסיף על הלכות קודמות, מצדיקה קיומו של דיון נוסף :

"הלכה חדשה זו שפסק בית המשפט מבססת עצמה על לשונו של החוק ועל הלכות שקדמו לה [...]. בית-המשפט בונה אמנם נדבך נוסף - נדבך חשוב - על הלכות שנפסקו בעבר, ובכך מחדש הוא ומוסיף על דברים שהנחנו ראשונים. ואולם, כידוע, כל דבר-הלכה יש בו משהו מן החידוש ומן התוספת, ובה-בעת נסכים כולנו כי לא כל חידוש ראוי הוא שיוסיפו וידושו בו." (דנ"א 4818/03 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' מנהל מס קנייה (החלטה מיום 25.8.2003, פורסמה ב"נבו)).

וכן :

"עצם העובדה כי נקבעה הלכה חדשה, המרחיבה במידת מה את גדריהן הפרשניים של ההלכות הקודמות, אינה מקימה כשלעצמה עילה לקיומו של דיון נוסף, שכן : 'חלק גדול מן השאלות המובאות בפני בית משפט זה הן חשובות או קשות; חלק מן ההלכות היוצאות מלפני בית משפט זה הן בבחינת חידוש. אף על פי כן עלינו לשים נר לרגלנו את העיקרון הבסיסי, לפיו, ההלכה נקבעת על ידי הרכב ראשוני ובסיסי של בית משפט זה שהוא הרכב של שלושה שופטים או הרכב מורחב מלכתחילה, וכי בעיקרון, יושבת ערכאה זו על המדוכה פעם אחת בכל מקרה נתון, ומכריעה בו פה אחד או ברוב דעות. הדיון הנוסף אינו בא ליצור ערכאה נוספת'. (ראה: דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בדנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

אכן, עצם החידוש שבנושא או עצם ההתייחסות לסוגיה משפטית פלונית אינם מולידים כשלעצמם, את ההצדק לדון בעניין במסגרת הדיון הנוסף (ראה: ד"נ 16/86 קיסלר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 443, 446). (דנ"פ 64/98 הלדשטיין נ' מדינת ישראל (החלטה מיום 1.4.1998, פורסמה ב"נבו)).

4. אפילו נפסקה הלכה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או הלכה שהינה חשובה, קשה או חדשה, אין פירוש הדבר, כי יינתן דיון נוסף. הדבר נתון לשיקול דעתו של השופט הדן בעתירה לדיון נוסף :

"אין ספק בליבי כי פסק דינו של בית-המשפט העליון אכן קובע הלכה חדשה, ולא אך הלכה חדשה אלא הלכה חשובה שאפשר אף תהא שנויה במחלוקת. בכך מתקיימים בחלקם התנאים הקבועים בהוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, לקיומו של דיון נוסף. אלא שחידוש הילכתי - ואפילו חידוש הילכתי הניחן בתכונות המנויות בהוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט - לא יצדיק בכל מקרה ומקרה קיומו של דיון נוסף. טעם הדבר הוא, החוק היקנה לשופט הדרגה בעתירה לדיון נוסף שיקול דעת רחב לבחינה האם המקרה שלפניו, על-פי נסיבותיו ועל-פי מאפייניו, משתייך לאותם מקרים חריגים-שבחריגים, נדירים-שבנדירים, שבהם יקוים דיון נוסף." (דנג"ץ 7802/04 מילוא נ' שר הבטחון (החלטה מיום 7.11.2004, פורסמה ב"נבו").

ור' גם: ד"נ 2/60 כהנוביץ נ' שיינפלד, פ"ד יד 523, 524 (1960); דנ"א 4335/03 בננישתי נ' כונס הנכסים הרשמי (החלטה מיום 20.5.2003, פורסמה ב"נבו").

5. בין יתר השיקולים שמביא בית המשפט בחשבון בהחליטו האם להורות על קיום דיון נוסף הוא הסיכוי, כי ההלכה תתהפך אם יינתן דיון נוסף. בהעדר סיכוי לשנות את ההלכה – אין מקום לקיומו של דיון נוסף:

"חשיבות ההלכה או חידושה הם תנאי הכרחי להיעתרות לבקשה לדיון נוסף, אך אינם תנאי מספיק. אם נתקיים אחד מתנאים אלה או שניהם, שומה עלי לשקול גם מה הוא הסיכוי שההלכה תתהפך על פיה בדיון הנוסף." (דנג"ץ 7635/96 לשכת עורכי הדין נ' גנאם (החלטה מיום 13.4.1997, פורסמה ב"נבו)).

6. זאת ועוד, אף אם סובר השופט הדרגה בעתירה לדיון נוסף כי היה מגיע לתוצאה שונה – לא די בכך כדי להורות על קיומו של דיון נוסף (ר': דנג"ץ 4418/04 לישכת העיתונות הממשלתית נ' סייף (החלטה מיום 4.8.2004, פורסמה ב"נבו)).

#### עמדת הארגונים המשיבים לעניין העתירה לדיון נוסף

7. הארגונים המשיבים סבורים, כי דינה של העתירה לדיון נוסף להידחות. אין כל קביעה בפסק הדין נשוא העתירה לדיון נוסף, אשר עשויה להצדיק קיום דיון נוסף. בית המשפט הנכבד לא קבע הלכה, ודאי לא הלכה קשה או חדשה. הקביעות שהן לזו פסק הדין אינן אלא יישומו של הדין הברור, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחקיקה הפנימית בישראל, בפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד ובדין הבין-לאומי.

8. עניינו של פסק הדין בבג"ץ 11437/05 במדיניות שקבעה המדינה ביחס למהגרות עבודה, שהרו וילדו בישראל. על פי "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון", מהגרת עבודה, **אשר הוזמנה על ידי מדינת ישראל ושוהה בה ברישיון כדן**, מאבדת את מעמדה בישראל בשל הריון ולידה, והופכת חשופה למעצר ולגירוש. תחילה קבעה המדינה בנוהל, כי מהגרת העבודה תוכל להישאר בארץ,

אם תיפרד מעל תינוקה ותשלח אותו מישראל. בהמשך תוקן הנוהל ונקבע בו, כי על מהגרת העבודה היולדת לעזוב את ישראל עם ילדה, ולאחר מכן תוכל לחזור בגפה לישראל בתוך תקופה של שנתיים ימים.

9. שתי שאלות משפטיות הציבה העתירה בבג"ץ 11437/05 בפני בית המשפט הגבוה לצדק של מדינת ישראל בעיצומו של העשור הראשון של שנות האלפיים: האמנם רשאית מדינת ישראל להפלות נשים על רקע הריון ואימהות? האמנם רשאית היא לנקוט סנקציה נגד נשים שהרו וילדו? חרף התשובות הטריטוריאליים והברורות מאליהן לשאלות אלה – **לא ולא!** – ראתה המדינה ערך בהתדיינות אודותיהן. המדינה סברה שהשתייכותן הלאומית ומעמדן האזרחי של נשים בישראל מאפשרים, באורח פלא, לשנות מן התשובות. המדינה סברה שעל בית המשפט הנכבד לאשר מדיניות אכזרית ובלתי מוסרית של הפליה מחמת מגדר, ואף להחריף את הפגיעה הנורמטיבית ולשכללה לאפליה מחמת מגדר ולאום.

10. בתמצית, טענתה של המדינה לגופם של דברים היתה זו: המדינה מבקשת למנוע את השתקעותם בישראל של מהגרי עבודה – **אותם הזמינה, מזמינה ותזמין אף בעתיד מבחירתה שלה** – ולשם השגת תכלית זו היא רשאית, מכוח "ריבונותה", לאמץ לה את המדיניות נשוא פסק הדין. נאמנה לתפיסתה, שלפיה ישיבתם של מהגרות העבודה בישראל נועדה להיות זמנית ולצורך עבודה בלבד, וכי יש למנוע בעדן מלהשתקע בישראל, מנהלת המדינה את מדיניותה ביחס למהגרות עבודה על בסיס הנחות תועלתניות, המביאות בחשבון אך ורק את התועלת, הצומחת לקהילה בישראל. לפי ההנחה, העומדת ביסוד גישה זו, למהגרות עבודה לא נתונה הזכות להיכנס לישראל ולעבוד בה, ולכן המדינה רשאית להתנות את הסכמתה לכניסתן ולישיבתן בה בכל תנאי שבו תתפוצ, כולל תנאים, הפוגעים פגיעה בלתי מידתית בזכויות האדם שלהן.

11. כפי שהרחיבו הארגונים העותרים (המשיבים כאן) בכתבי טענותיהם, אין מחלוקת על כך, שמהגרות עבודה באות לישראל על מנת לעבוד ולהשתכר בה. אך מהגרות העבודה אינן רק עובדות, אלא בני-אדם. כל תפיסה אחרת הינה בלתי קבילה לחלוטין מבחינה מוסרית, ועומדת בניגוד חריף לתפיסתו הבסיסית של משפט העבודה, שלפיה כוח העבודה של העובדת אינו ניתן להפרדה מהעובדת עצמה. אכן, מדינת ישראל ריבונית לבחור בין הבאתן והעסקתן של מהגרות עבודה לבין "סגירת השמיים". היא רשאית לשקול שיקולי "רווח והפסד" שבהגירת עבודה, ולהביא את ריבונותה לידי ביטוי בברירה שבין הסתמכות על הגירת עבודה לבין הסתמכות על כוח העבודה המקומי. לריבונות המדינה יש משקל מכריע בשלב הכניסה לארץ, ואולם לאחר שהתירה המדינה את כניסתן של מהגרות העבודה והקנתה להן רישיונות ישיבה ועבודה, באה הריבונות לכלל מיצוי. מדינת ישראל אינה רשאית לשוב ולגייס את ריבונותה כדי לפגוע באופן אנוש במהגרות העבודה, וזאת רק משום ש"התועלת" שציפתה להפיק מהעסקתן בישראל "קטנה" עם

מימוש זכויותיהן היסודיות. על מדינת ישראל לקבל עליה, שאינה יכולה "לייבא" לישראל רק את "כוח עבודה", אך לא את הנשים העובדות.

12. לגופו של עניין טענו הארגונים, כי המדיניות שקבעה המדינה, ואשר עמדה ביסוד פסק הדין, פוגעת באופן אנוש בזכויות המוקנות למהגרות העבודה הן מכוח המשפט הישראלי החוקתי, הן מכוח משפט העבודה המגן (ובעיקר מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן – **חוק עבודת נשים**)) והן מכוחן של אמנות בין-לאומיות שישראל הינה צד להן. **המדיניות מענישה נשים בגין הריון ובגין אימהות על ידי הפקעת רישיון ישיבתן. המדיניות אונסת מהגרות העבודה, שבאות על רקע מצוקה כלכלית ולאחר ששילמו הון עתק למתווכים ולחברות כוח אדם תמורת האפשרות לעבוד בישראל, להכריע בין ברירות אינמות: להפסיק את הריון בכל דרך שתימצא להן (חוקית או בלתי חוקית), אגב סיכון חייהן ובריאותן, או לעזוב את הארץ עם ילדן תוך חשש לחיים בחוסר כל. בכתבי טענותיהם הדגישו הארגונים, כי לגישתה הקיצונית של ישראל בעניין נשוא עתירה זו אין אח ורע בקרב מדינות העולם הראשון, בהן חיות ועובדות מהגרות עבודה. אין ולו מדינה מערבית אחת, שמקפחת את זכויותיהן של מהגרות עבודה שהרו, מפלה אותן, מפקיעה את אשרותיהן ומורה אותן לעזוב בשל הריון או בשל אימהות. אין ולו מדינה מערבית אחת שמרהיבה עוז בנפשה לטעון, כי ריבונותה מקנה לה זכות לגרש מהגרות עבודה, שהיא עצמה הזמינה, רק משום שהרו וילדו בתחומן. אף המדינה לא הצליחה להצביע על מדינה מערבית אחת שנוהגת כך.**

13. בית המשפט הנכבד, במותבים שונים שדנו בעתירה, הבהיר למדינה, כי לעמדתה אין יסוד בדין, וביקשה לשוב ולשוקלה. ואולם, המדינה עמדה על דעתה. על השתלשלות זו עמד השופט רובינשטיין בפסקה ה' לפסק דינו:

"דומני שהיה מקום כי המדינה תשקול את גישתה גם בהתחשב בעמדה שהביעו שופטי בית משפט זה בהרכבים שונים, בהתבסס על ניסיון מקצועי משפטי רב (העתירה הוגשה ב-2005). לאחר דיון ראשון ב-22.2.06 (בהרכב השופטים ריבלין, פרוקצ'יה וארבל) הוצבה השאלה העקרונית לעניין היתר השהות של עובדת זרה שילדה. בהחלטה נוספת מ-28.9.06 הציע ההרכב (השופטים נאור, ארבל ודי חשין) להביא לשיקול הצעה כי יתיבחה באהדה פניות של אמהות המבקשות לשהות עם ילדיהן שנולדו בישראל, תקופה מקסימאלית של 63 חודשים, ובלבד שהאמהות שיבקשו זאת יתחייבו שתקופת שהות זו לא תהווה עילה להמשך שהות בישראל של האם, הילד או המשפחה, בשל קיום מרכז חיים תרבותי בישראל. ההצעה לא נתקבלה. הצו על תנאי ניתן ביום 22.4.07 בהרכב הנשיאה והשופטות נאור וחיות, וחזר על שאלה זו עצמה. ובעקבות התשובה, נתבקשה המדינה לשקול (החלטה מיום 19.3.08 בהרכב הנוכחי), 'לשים דגש על... השפעת הלידה על מידת השתלבותה התעסוקתית של העובדת, שהיא הגורם והעילה לשהייתה בישראל. והיה אם יתברר... כי השתלבותה תקינה, לא יבוטל היתר מטעמי הלידה. ואולם אם יימצא כי השתלבותה נפגעה...! יהא עליה לעזוב, הכל בבדיקה אינדיבידואלית ובתקרת שהיה של 63 חודש, לרבות בתחום הסיעוד שגם לגבי לא תהא בנסיבות ספציפיות אלה הארכה מעבר לכך, חרף הוראת החוק המאפשרת זאת. גם פניה זו לא הועילה. אכן, הנושא הובא בפני דרגים בכירים - עד שר הפנים - אך הללו לא השתכנעו; ומצדנו לא השתכנענו אנו [...]."

14. פסק דינו של בית המשפט הנכבד הלך בדרך זו. לו היה בית המשפט הנכבד פוסק כי הוראות המשפט החוקתי אינן חלות על מהגרות העבודה, וכי המדינה רשאית מכוח ריבונותה לקפח את זכויות האדם שלהן; כי חוק עבודת נשים ומשפט העבודה המגן אינם חלים עליהן; כי להוראות המשפט הבין-לאומי אין כל משקל; כי המדינה רשאית לכפות פיטורין ואובדן המעמד אך משום היריון ולידה – הרי שבכל אחד ואחד מאלה היה כדי לקבוע הלכה, ודאי הלכה חדשה וקשה המצדיקה קיומו של דיון נוסף. ואולם, בית המשפט צעד בדרך בה צעד פעמים רבות בעבר, בהתבסס על "ניסיון מקצועי משפטי רב", כדברי השופט רובינשטיין. בית המשפט לא קבע הלכה, אלא הזכיר למדינה את שהיה עליה לדעת מעצמה: מדינה דמוקרטית, שזכויות האדם הן נר לרגליה, אינה רשאית לנהוג כך. אף בקביעה שעקרונות היסוד החוקתיים חלים על מהגרות ומהגרי עבודה בישראל לא חידש בית המשפט, אלא חזר על הלכות מבוססות היטב.

15. למרבה הצער (והדברים עולים בבירור מן העתירה לדיון נוסף), המדינה טרם קיבלה על עצמה, כי כל החלטה מינהלית כפופה לאמות מידה חוקתיות. סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה", ואכן -

"מאז חקיקתם של חוקי היסוד, הפעילות השלטונית אינה כפופה רק למגבלות הנובעות מן הפסיקה והחקיקה הרגילה, כי אם גם להגבלות החוקתיות החלות על אופן הפעלתה של הסמכות המינהלית כפי שהן מעוגנות בחוקי היסוד. במלים אחרות, כיום ההלכות בתחום המשפט המינהלי מושפעות מן ההתפתחות שחלה במשפט החוקתי. כפי שכבר צוין בהקשרים אחרים, תחומי המשפט כולם הושפעו מחקיקתם של חוקי היסוד, שזכתה לכינוי 'המהפכה החוקתית'. מגמה זו בולטת ביתר שאת במשפט המינהלי, בהתחשב בתחולתם הישירה של חוקי היסוד על רשויות המינהל. השינוי אינו בפרטים בלבד, אלא משפיע על עקרונות היסוד של התחום. בעבר, ההגבלות על הסמכות המינהלית היו הבסיס להכרה בזכויות אדם ואזרח. כך לדוגמה, האיסור לפעול ללא הסמכה בחוק היווה ערובה להגנה על זכויות יסוד מפני הפגיעה בהן ללא סמכות. כיום, לעומת זאת, חוקי היסוד קובעים את העקרונות, שמהם נגזרים כלליו של המשפט המינהלי, כמקובל במדינות שבהן נוהגת חוקה." (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, 72-73 (2010)).

זאת ועוד –

"כאשר בית המשפט עוסק בביקורת על החלטות שמשליכות על זכויות, הכרתם של חוקי היסוד בזכויות אלה מהווה הצדקה לביקורת שיפוטית קפדנית על ההחלטות, בין השאר באמצעות מתן משקל יתר לזכויות בעת יישומן של עילות ביקורת דוגמת הסבירות והמידתיות, שמתמקדות באיזון בין ערכים." (שם, כרך ב, 627).

16. "הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקורבן", כדברי הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 621 (1995). בניגוד לטענת המדינה בעתירתה לדיון נוסף, זכויות היסוד בהן עוסק פסק הדין נדונו ופותחו במשפט. כך באשר לזכות לחיי משפחה; כך באשר לזכות להורות; כך באשר לזכות

לקניין; כך בכלל; וכך בפרט ביחס למהגרים – והדברים כולם פורטו בהרחבה רבה בפסק הדין (ר'): פסקאות 38-52 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקאות 1-5, ופסקה 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פסקאות וי-י"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין). ואכן, בית המשפט הנכבד עמד לא פעם על תחולת המשפט החוקתי על מהגרים ועל הסדרי שהייתם בישראל, ולא היסס להתערב במדיניות שקבעה המדינה שעה שזו פגעה בזכויות יסוד:

"שיקול דעתו של שר הפנים בהוראת סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל: טובל הוא עד לשפתו במיגבלות המשפט הטבועות בכל סמכות וסמכות שהשילטון מחזיק בה; קד ומשתחוה הוא לכל עיקרי היסוד והדוקטרינות של שיטת המשפט; וזכויות היסוד של היחיד - בהן, ובראשן, אותן זכויות החרות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק - מהוות חלק בלתי-נפרד במירקם הצופן הגנטי שלו." (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006), פסקה 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא חשין) (להלן – עניין קו לעובד).

ור' עוד, בין היתר: עניין קו לעובד, פסקאות 29-32 לפסק דינו של השופט לוי; ע"מ 1347/07 סוק גורונג נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 21.6.2007, פורסם ב"נבו") (להלן – עניין סוק גורונג); ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש מיום 11.8.2009, פורסם ב"נבו").

17. אף הציפייה הכלכלית הלגיטימית של מהגרות העבודה להשלים את תקופת העסקתן בישראל הוכרה זה מכבר בפסיקה. אין מחלוקת, כי מהגרות עבודה באות לישראל על רקע מצוקה כלכלית ולאחר ששילמו הון עתק למתווכים ולחברות כוח אדם תמורת האפשרות לעבוד בישראל (ר'): עניין קו לעובד, פסקאות 27-29 לפסק דינו של השופט לוי; עניין סוק גורונג, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 4957/07 אחיעוז ארגון ארצי של חברות כוח אדם נ' משרד המסחר והתעשייה והתעסוקה (פסקה 3 לפסק הדין מיום 27.1.2008, פורסם ב"נבו"). במילותיו של השופט לוי באחת הפרשות:

"הסוגיה של שעבוד חוב ('debt bondage') היא בעלת משמעות אקוטית בהקשרם של מהגרי עבודה, ואבן יסוד בגורל האכזר – כך ולא פחות – האורב לחלקם במדינות מארחות. בתמצית, פירושה הוא כי עובד המבקש לקבל אשרת תעסוקה במדינה זרה, נדרש פעמים רבות לשלם סכומי עתק לסוכנויות ולמתווכים למיניהם, האמונים על הסדרתה. [...] מרבית העובדים לווים בשל כך כספים במדינות מוצאם, והופכים באחת לבני חוב הנושא ריבית גבוהה. פעמים רבות, מובטח להם כי יוכלו לעבוד בישראל למשך שנים מספר, אף שאשרת השהייה שלהם בארץ תקפה רק לאותה שנה ואין ביטחון כי תחודש. עיכוב, ולו הקל ביותר, בקבלת השכר – למשל בשל אי התייצבות לעבודה עקב מחלה או מסיבה אחרת, עלול להביא למצב בו חוב זה גדל ותופח, עד כי שוב אין הוא בר-פירעון כלל. מציאות קשה זו, המאיימת להמיט אסון כלכלי כבד על ראשיהם, היא נחלתם של עובדים זרים בכל רחבי העולם. אפשר, שהיא גם-הבעיות בהגירת העבודה של העת המודרנית." (בג"ץ 10843/94 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (פסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי מיום 19.9.2007, פורסם ב"נבו").

18. אכן, דמי התיווך נגבים בהתאם ליכולת ההשתכרות בישראל, וזו תלויה בתקופת ההעסקה שנקבעה על ידי המדינה. מהגרות העבודה מסתמכות על מצגים שמציגים להם מתווכי כוח אדם, בידיעתה של המדינה, ולפיהם תוכלנה לעבוד בישראל תקופה של 63 חודשים (תקופה הנקובה בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952), ועל בסיס כך נוטלות הלוואות בריבית גבוהה על מנת לממן את דמי התיווך שנגבים מהן. ציפייתן הכלכלית הלגיטימית של מהגרות העבודה הינה כי בנסיבות אלה יתאפשר להן להשלים את תקופת ההעסקה שנקבעה בחוק, וכי מימוש זכויות האדם הבסיסיות שלהן (היריון, לידה והורות), לא יהווה שיקול שיפגע בציפייה זו (על ההגנה על אינטרס ההסתמכות במשפט המינהלי ר': דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים 17 (1996); על ההגנה של אינטרס הציפיה במשפט המינהלי ר': דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט 209 (2003)). בפרשת קו לעובד – במסגרתה נבחנה חוקתיות "הסדר הכבילה למעסיק", הכורך בין סיום יחסי העבודה לבין אובדן מעמדם של מהגרי עבודה בישראל – עמד בית המשפט על כך, שבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של מהגרי העבודה בשל "הסדר הכבילה" אינה יכולה להיערך אלא על רקע הסתמכותם וציפייתם הכלכלית של מהגרות ומהגרי העבודה:

"[על המדינה] להביא בחשבון את פערי-הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו – בתנאיה – לשוק-העבודה שלה, ולבין סוכנויות התיווך וחברות כוח-האדם הפועלות בגדרי שוק-עבודה זה. כאמור – ועל סוגיות אלו הרחבנו את הדיבור – עובדים זרים המגיעים לישראל לעבוד בה עושים כן על רקעה של מצוקה כלכלית ורצונם לפרנס את משפחותיהם. בתהליך הגעתם נגבים מהם, לא אחת, סכומי-כסף גבוהים – לעיתים סכומי-עתק במושגים המקובלים בארצות מוצאם – בתמורה להסדרת נסיעתם ושהייתם כאן. מטעמים אלו, גירוש מישראל בטרם היה סיפק ביד העובד להשתכר סכום כסף – למצער כזה שיש בו 'לכסות' את חובו – הנה פעולה הכרוכה בפגיעה כלכלית אנושה בעובד ובתלויים בו. על רקע מציאות זו – האם אכן ניתן לקבוע, כטענת המשיבים, כי הסדר הכבילה למעסיק אינו פוגע בזכויות-היסוד של העובדים הזרים לכבוד ולחירות? תשובתי לשאלה זו בשלילה." (עניין קו לעובד, פסקאות 28-29 לפסק דינו של השופט לוי).

19. הנה כי כן, בעניין זה לא נפסקה הלכה, ודאי לא הלכה חדשה. את פסק דינו מייסד בית המשפט הנכבד על ההלכה שנפסקה בעניין קו לעובד (ר': פסקה 41 לפסק דינה של השופטת פרוקציה).

20. טענתה של המדינה, ולפיה בית המשפט לא נתן משקל מספיק לתכלית שעמדה בבסיס הנוהל נשוא פסק הדין, אינה אלא טענה ערעורית וממילא אין לה על מה שתסמוך. בית המשפט עמד בהרחבה רבה על תכליות הנוהל. ואולם, בבוחנו תכליות אלה מצא בית המשפט הנכבד, כי המדינה ראתה עצמה פטורה מלשקול שיקולים הנוגעים לזכויות האדם של מהגרות העבודה, ולאזן ביניהם לבין שיקולים נוספים (ר' בעניין זה: פסקה 30 לפסק דינה של השופטת פרוקציה). על רקע זה התערב בית המשפט הנכבד במדיניות ופסל אותה.



21. אף לטענתה של המדינה בדבר הקושי שייגרם מיישום פסק הדין למעסיקים סיעודיים, וזאת כעילה לדיון נוסף, אין על מה שתסמוך. הוראות חוק עבודת נשים, שממילא נוהל של משרד הפנים אינו יכול לגבור עליהן, הינן ברורות, ובפסק הדין לא נקבעה כל הלכה לגביהן. משכך, אין מתקיימת עילה לדיון נוסף.

22. איש אינו חולק על פגיעותה של האוכלוסיה הסיעודית, ועל חובתה של המדינה להגן על כבודה. ואולם, מימוש חובה זו אין פירושה פגיעה בזכויות הזולת. "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם", כדברי בית המשפט הנכבד בפרשת קו לעובד בהקשר של העסקת מהגרי עבודה בתחום הסיעוד, "אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא. תכלית שהציבו המשיבים לעצמם – הבטחת רווחתם וכבודם של קשישים ונכים הנזקקים לשירותים סיעודיים – תכלית ראויה היא. למשפט נועד תפקיד בהגשמתה. אלא שזכותו של אדם לכבוד אין פירושה שלילתה הגמורה של זכות זו מהאחר. [...] היא איננה הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בחירותו של האחר" (שם, פסקאות 59-60 לפסק דינו של השופט לוי).

23. את השאלות שמציבה המדינה בעתירתה לדיון נוסף בפני בית המשפט הנכבד בדבר יישום פסק הדין יהיה עליה להפנות לעצמה בגבשה את מדיניותה ואת הסדרי ההעסקה בענף הסיעוד. מאפיינים בענף זה, שהמדינה מצביעה עליהם בעתירתה לדיון נוסף משל היו "מובנים מאליהם" ו"מחויבי המציאות", אינם אלא מאפיינים שהמדינה בחרה לקבוע וליישם שעה ששקלה אך ורק את התועלות הצומחות לחברה בישראל מהעסקתן של מהגרות עבודה בענף זה (ר': סיגל גולדין ואדריאנה קמפ "זרות ופוריות: הביו-פוליטיקה של הגירת עבודה, גוף ומגדר" גזענות בישראל 258, 273-280 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים, 2008)). עתה, לאחר שבית המשפט הנכבד הזכיר למדינה את חובתה ליתן משקל לזכויותיהן של מהגרות העבודה, יהיה על המדינה לגבש הסדר מאוזן, שאינו כופה פיטוריהן של עובדות, כמו גם גירושן מישראל, רק משום שהרו וילדו. ככל שיהיו מעסיקים ובני משפחותיהם שיחליטו שלא להעסיק עובדות רק בשל היריון, לידה או הורות, יהיה עליהם לפעול בהתאם להוראות החוק בעניין זה, וככל שיעלה הצורך, הערכאות המתאימות תידרשנה לכך.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה לדיון נוסף.

ר/ר 33/18

עודד פלר, עו"ד

ב"כ המשיבים

25 בספטמבר 2011