

בג"ץ 11437/05

קבוע ליום 19.6.2008

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרות:

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 ענת קדרון

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

- נ ג ד -

המשיבים:

1. משרד הפנים

2. המוסד לביטוח לאומי (משיב פורמאלי)

3. משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (משיב פורמאלי)

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

עיקרי טיעון מטעם העותרות

העותרות מתכבדות להגיש את עיקרי טיעוניהן.

בראשית הדברים יצוין, כי רובה ככולה של תשובת המשיב 1 (להלן – **המשיב**) לעתירה מיוסד על טענות, שנפרסו בכתבי טענותיו הקודמים, והוגשו מטעמו עובר לשלושת הדיונים שהתקיימו זה מכבר בעתירה. עמדת העותרות נפרסה אף היא בכתבי הטענות, שהוגשו מטעמן, ויש בהם לפרט בהרחבה את טענות העותרות ולהשיב לטענות המשיב. משום כך, העותרות לא ראו לשוב ולהרחיב בעיקרי טיעוניהן בעניינים שנפרסו זה מכבר בפני בית המשפט הנכבד. העותרות תמקדנה את עיקרי טיעוניהן

בהתפתחויות העובדתיות ובתמורות הנורמטיביות, שחלו מאז הוגשה העתירה, ובנקודות ספורות שעלו בתשובת המשיב, שמצריכיות לטעמן התייחסות נוספת.

אשר על כן, בית המשפט הנכבד יתבקש לראות במסמך זה השלמה לכתבי הטענות הקודמים מטעם העותרות. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לראות בכתבי הטענות שלהן, על אסמכתאותיהם וצירופותיהם, חלק בלתי נפרד מעיקרי טיעוניהן של העותרות:

א. כתב העתירה מיום 12.12.2005 ;

ב. הודעה משלימה מטעם העותרות מיום 9.5.2006 ;

ג. בקשה להוספת אסמכתא מיום 15.5.2006 ;

ד. הודעה מטעם העותרות מיום 29.5.2006 ;

ה. תגובה מטעם העותרות מיום 16.4.2007.

ואלה הדברים :

מבוא

1. שתי שאלות משפטיות ניצבות בפני בית המשפט הגבוה לצדק של מדינת ישראל בעיצומה של שנת 2008 : האמנם רשאית מדינת ישראל להפלות נשים על רקע הריון ואימהות? האמנם רשאית היא לנקוט סנקציה נגד נשים שהרו וילדו?

חרף התשובות הטריטוריות והברורות מאליהן לשאלות אלה – **לא ולא!** – רואה המשיב ערך בהתדיינות אודותיהן. המשיב סבור שהשתייכותן הלאומית ומעמדן האזרחי של נשים בישראל מאפשר, באורח פלא, לשנות מן התשובות. המשיב סבור שעל בית המשפט הנכבד לאשר מדיניות אכזרית ובלתי מוסרית של הפליה מחמת מגדר, ואף להחריק את הפגיעה הנורמטיבית ולשכללה להפליה מחמת מגדר ולאום.

2. עניינה של העתירה במדיניות שקבע המשיב ביחס למהגרות עבודה, שהרו וילדו בישראל. על פי "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון", מהגרת עבודה, **השווה בישראל ברישיון כדן**, מאבדת את מעמדה בישראל בשל הריון ולידה. תחילה קבע המשיב בנוהל, כי מהגרת העבודה תוכל להישאר בארץ, אם תישלח את תינוקה מישראל. בהמשך תיקן את הנוהל וקבע, כי על מהגרת העבודה היולדת לעזוב את ישראל עם ילדה.

עוד על פי הנוהל, מהגרת עבודה שהרתה ואיבדה את עבודתה (בין כדן ובין אם לאו), ומלאו שישה חודשים להריונה, תאבד גם את רישיון עבודתה, וינתן לה תחתיו רישיון לתיירת, ובלבד שאין לה קרובי משפחה בישראל (אם למהגרת העבודה בן זוג, למשל, עליה לעזוב את הארץ לאלתר). הרישיון ניתן עד למלאות שניים עשר שבועות ללידה, אז הוא פוקע, ועל מהגרת העבודה לעזוב את ישראל עם ילדה. על מהגרת עבודה שהרתה, ואיבדה את עבודה בטרם מלאו שישה חודשים להריון, לעזוב את הארץ לאלתר.

3. כפי שהרחיבו העותרות בכתבי טענותיהן, מדיניות זו פוגעת באופן אנוש בזכויות המוקנות למהגרות העבודה הן מכוח משפט העבודה המגן (ובעיקר מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954), הן מכוחן של אמנות בינלאומיות שישראל הינה צד להן והן מכוחו של המשפט הישראלי החוקתי.

למעשה, מענישה מדיניות המשיב נשים בגין הריון ובגין אימהות על ידי הפקעת רישיון ישיבתן. מדיניות המשיב אונסת מהגרות העבודה, שבאות על רקע מצוקה כלכלית ולאחר ששילמו הון עתק למתווכים ולחברות כוח אדם תמורת האפשרות לעבוד בישראל, להכריע בין ברירות איננו: להפסיק את הריון בכל דרך שתמצא להן (חוקית או בלתי חוקית), אגב סיכון חייהן ובריאותן, או לעזוב את הארץ עם ילדן תוך חשש לחיים בחוסר כל.

4. ביום 22.4.2007 נתן בית המשפט הנכבד צו על תנאי, המורה למשיב ליתן טעם מדוע לא ישונה "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון" (הן בנוסחו המקורי והן בנוסחו המתוקן), כך שיאפשר לנשים השוהות כדן בישראל על פי היתר עבודה להמשיך את שהותן בארץ עם ילדיהן לאחר לידת הילד, וזאת רק עד לתום תקופת היתר השהייה במשך תקופה מקסימלית של 63 חודשים.

5. בתצהיר תשובתו בחר המשיב לדבוק בעמדתו, ולשוב על טענותיו, שנפרסו בכתבי טענותיו הקודמים, לרבות טענות סף (להן השיבו העותרות זה מכבר בפירוט רב) – טענות שמקומן לא כיכרן לאחר שניתן צו על תנאי; משעתירה זו תלויה ועומדת מזה למעלה משנתיים וחצי; ולאחר שלושה דיונים שהתקיימו זה מכבר בעתירה.

בתמצית, טענתו של המשיב לגופם של דברים היא 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 העתירה.

6. בכתבי הטענות מטעם העותרות יש, כאמור, להשיב לדברים, ובהרחבה רבה. משום כך, ולצורך הקיצור, תמקדנה העותרות את דבריהן בהתפתחויות העובדתיות ובתמורות הנורמטיביות, שחלו מאז הוגשה העתירה, ובנקודות ספורות שעלו בתשובת המשיב, שמצריכות לטעמן התייחסות נוספת.

על שיקול דעתו הרחב של המשיב ועל ריבונות המדינה: פסק הדין בעניין "קו לעובד"

7. אם כן, המשיב מייסד את מדיניותו נשוא העתירה אך ורק על ההנחה השגויה, כי נתון לו שיקול דעת "בלתי מוגבל" בעניינים הנוגעים לכניסה לישראל, להסדרת המעמד בה ולשהייה בה. חמור מכך: להשקפתו של המשיב, שיקול דעת "בלתי מוגבל" זה אך מתעצם שעה שהדברים נוגעים למהגרות עבודה, שאת כניסתן ואת ישיבתן בישראל אפשר, לשיטתו, להתנות בכל תנאי. לשיטת המשיב, כשבחרות מהגרות העבודה לבוא לישראל כ"עובדות זרות", הרי הן מסכימות מכללא לוותר על זכויותיהן היסודיות. הנחה זו, לבד מהיותה בלתי מוסרית, הינה בלתי חוקית.

8. רבות נכתב בדבר שיקול הדעת הרחב, שניתן למשיב מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 עד כי כיום אין עוד מחלוקת כי שיקול דעת זה, אף שזכה בעבר לכינוי "מוחלט", אינו מוחלט כל עיקר (בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770-769; עע"ם 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(4) 134, 140; עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (פסק דין מיום 16.3.2006, סעיף 5 לפסק הדין) (להלן – עניין אורן)). שיקול דעת זה נתון לביקורת בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת:

"סמכותו של שר הפנים האמורה... [ב]חוק הכניסה לישראל נחזית על-פניה כסמכות שגוון של מוחלטות משוך עליה: סמכות ללא גבולות, סמכות הפורצת אל כל עבר עד-בלי-די. ואולם כפי שכבר נקבע בפרשת קנדל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527 ואילך) אין בו במשפט ישראל שיקול דעת 'מוחלט', וגם שיקול דעת המכונה שיקול דעת 'מוחלט' אין הוא שיקול דעת מוחלט כל עיקר... 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 החירות 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 (פסק דין מיום 30.3.2006), סעיף 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא (בדימ') חשין (להלן – עניין קו לעובד)).

9. כפי שהרחיבו העותרות בכתבי טענותיהן, מדינת ישראל, **מבחירתה שלה**, החליטה לבסס ענפי תעסוקה שלמים על כוח העבודה של מהגרות ושל מהגרי עבודה. נאמנה לתפיסתה, שלפיה ישיבתם של מהגרות ומהגרי העבודה בישראל נועדה להיות זמנית ולצורך עבודה בלבד, וכי יש למנוע בעדם מ"להשתקע" בישראל, מנהלת המדינה את מדיניותה ביחס למהגרות ולמהגרי עבודה על בסיס הנחות תועלתניות, המביאות בחשבון אך ורק את התועלת, הצומחת לקהילה בישראל. לפי ההנחה, העומדת ביסוד גישה זו, למהגרות ולמהגרי עבודה לא נתונה הזכות להיכנס לישראל ולעבוד בה, ולכן המדינה רשאית להתנות את הסכמתה לכניסתם בכל תנאי שבו תחפוץ, כולל

תנאים, הפוגעים בזכויות האדם שלהם (ראו: גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כ"ז (תשס"ד) 423, 427-429).

10. אין מחלוקת על כך, שמהגרות ומהגרי עבודה באים לישראל על מנת לעבוד ולהשתכר בה. אך מהגרות ומהגרי העבודה אינם רק "עובדים", אלא בני-אדם. אנשים ככל האנשים, בעלי נטיות, שאיפות, רגשות וצרכים. כל תפיסה אחרת הינה בלתי קבילה לחלוטין מבחינה מוסרית, ועומדת בניגוד חריף לתפיסתו הבסיסית של משפט העבודה, שלפיה כוח העבודה של העובד אינו ניתן להפרדה מהעובד עצמו. למרבה הצער, המדינה אינה שותפה למושכלות יסוד אלה, וטועה לחשוב, כי היא יכולה "לייבא" לישראל "כוח עבודה", אך לא את האנשים העובדים.

11. עמדתה של המדינה מצערת במיוחד, משום שכיום שוב אין מחלוקת, כי שיקול דעתה של המדינה בהחליטה באלו תנאים היא מבקשת להתנות את כניסתם של מהגרות ושל מהגרי עבודה לישראל אינו מוחלט, ממש ככל שיקול דעת שלטוני אחר, ולא כל תנאי יהיה קביל במסגרתו:

"... כוחם של טיעונים אלה יפה עד לגבול מסוים בלבד, שהרי ברי כי אין לגזור מאותו היתר כניסה לצורך עבודה שנתנה המדינה בידי העובד הזר, הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויותיו. העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. אף העובדה שאין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים, אין פירושה כי משמחליטה היא לעשות זאת – רשאית היא לעשות זאת בכל תנאי." (עניין קו לעובד, סעיף 56 לפסק דינו של השופט לוי).

12. בעניין קו לעובד פסק בית המשפט הנכבד, כי "הסדר הכבילה למעסיק", המייסד עצמו על כבילת מהגרות ומהגרי העבודה בישראל למעסיקים ספציפים, וכורך את ניתוק יחסי העבודה – "פעולה לגיטימית וזכות יסוד הנתונה לכל עובד" (שם, בסעיף 32 לפסק דינו של השופט לוי) – באובדן המעמד בישראל, אינו חוקי על רקע פגיעתו בזכויותיהם של מהגרות ושל מהגרי העבודה. המשיב ביסס את הסדר הכבילה על יסוד "האינטרס הציבורי"; על יסוד "ריבונות המדינה" ושיקול הדעת הרחב בחוק הכניסה לישראל, להתנות את אשרת הכניסה ואת רישיון הישיבה, הניתנים למי שאינו ישראלי, בתנאים; ועל יסוד "הסכמתם" של מהגרות ושל מהגרי העבודה להגיע לישראל בתנאים אלה. בית המשפט, כאמור, דחה גישה בלתי מוסרית ובלתי חוקית זו מכל וכל:

"הפרטים שעל עניינם נסבה העתירה שבפנינו – העובדים הזרים – הוזמנו בידי המשיבים להגיע לישראל ולעבוד בה, באותם ענפי-משק שסברו כי העסקתם בהם נחוצה. הכל יידעו מה טעם עומד ביסוד הגעתם הנה – והיא עובדת היותם נכונים לעבוד בעבודות קשות, שזנחו בידי כוח-העבודה המקומי, בעבור שכר מועט, ללא תנאים סוציאליים, ולעתים בתנאי העסקה פוגעניים ממש. זהו עיקר ה'אטרקטיביות' הגלום בהעסקתם. אך אל לה למצוקתם של עובדים אלה מלהפוך עבורנו קרדום לחפור בו. חלילה לנו מהפיכת עוניים מנוף לפגיעה בלתי-מבוקרת

ובלתי-מידתית בזכויות-יסוד." (עניין קו לעובד, סעיף 64 לפסק דינו של השופט לו).
 ועוד –

"אני נכון להניח כי העובדים הזרים - רוב שבהם - נכונים לשאת את הפגיעה בכבודם ובחירותם; וגם אם אין הם מקבלים פגיעה זו באהבה, מקבלים הם אותה בהכנעה שבדלית-ברירה. אפשר אף כי דרך חיים זו היא הנורמה המקובלת במקומותיהם, ומכל מקום מקבלים הם עליהם את גורלם ובלבד שיוכלו לשלוח למשפחותיהם את המנה החודשית לקיומן. ואולם גם אם נכונים הם העובדים הזרים להיכנע לגורלם, אנו לא נסכים כי תופעת הסדר הכבילה תמשיך ותשרור בקהלנו... יש זכויות שנועדו להגנתו של עובד, וגם אם ירצה בכך, אין עובד רשאי ויכול לוותר עליהן. תקנת הציבור אוסרת עלינו להכיר בויתור." (עניין קו לעובד, סעיפים 5-6 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין).

13. אף מהגרות העבודה נשוא עתירה זו "בחרו" לעבוד בישראל. ברם, "בחירתן" לעבוד בישראל כ"עובדות זרות" אינה מלמדת על "הסכמתן" מכללא לוותר על זכויותיהן היסודיות. יתרה מזו, אף לו היו מוסרות מהגרות העבודה עם הגיען לישראל או בכל שלב לשהייתה בה את "הסכמתן" המפורשת, לכך שלא תהרינה ולא תבאנה ילדים לעולם בתקופת שהותן בישראל, ושלא יקרה כן הן תעזבנה את הארץ, הרי שלהסכמה שכזו, המבוססת על ניצול מצוקתן – אין תוקף (ראו עוד והשוו: ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה בע"מ, פ"ד מה(4) 213, 232-233).

14. יודגש, כי לגישתה הקיצונית של ישראל בעניין נשוא עתירה זו אין אח ורע בקרב מדינות העולם הראשון, בהן חיות ועובדות מהגרות מהגרי עבודה. יגענו ולא מצאנו 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.

15. אכן, מדינת ישראל ריבונית לעצב לה מדיניות הגירה. משמעות הדברים, כי מדינת ישראל ריבונית לבחור בין הבאתם והעסקתם של מהגרות ושל מהגרי עבודה לבין "סגירת השמיים". היא רשאית לשקול שיקולי "רווח והפסד" שבהגירת עבודה, ולהביא את ריבונותה לידי ביטוי בבחירה 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 "ריבונות המדינה" כדי לפגוע באופן אנוש במהגרות העבודה, וזאת רק משום ש"התועלת" שציפתה להפיק מהעסקתן בישראל "קטנה" עם מימוש זכויותיהן היסודיות. שימוש

ב"ריבונות המדינה" כדי לחייב מהגרות ומהגרי עבודה לוותר על זכויותיהם עומד בניגוד גמור להלכה שנפסקה בעניין קו לעובד.

16. למדינת ישראל, נדגיש, אין כל כוונה לעשות שימוש בסמכותה הריבונית כדי להפסיק את הבאתם ואת העסקם של מהגרות ושל מהגרי עבודה בישראל. בעיקר אין כל כוונה לצמצם את מספרן של מהגרות העבודה העוסקות בתחום הסיעוד, שהרי בענף הסיעוד אין מגבלה על מספרם של המועסקים.

עם קבלת תצהיר התשובה, פנו העותרות למשיב בבקשה לפרטים נוספים. בין היתר ביקשו לברר, מהם הצעדים שנקטה מדינת ישראל לצמצום מספר מהגרי העבודה בתחום הסיעוד, זולת "נוהל עובדת זרה בהריון".

בתשובתו טען המשיב, כי מינהלת ההגירה פועלת למנוע שהות שלא כדין (וזאת אף שעניינה של העתירה במי ששוהות בישראל כדין). עוד הפנה לשיטת ההעסקה החדשה בענף הסיעוד, שגובשה בעקבות פסק הדין בעניין קו לעובד ואומצה בהחלטת ממשלה, אף שטרם נכנסה לתוקפה. לפי החלטה זו יש להעדיף עובדים ששוהים בישראל כדין על פני הבאתם של עובדים חדשים. עם זאת, כיוון שבענף הסיעוד אין, כאמור, הקצאות מספריות, הרי שאין כל מניעה להמשיך ולהביא מהגרות עבודה נוספות, ככל שיש בכך צורך. יתרה מזו, המשיב הפנה לאג'נדה הכלכלית-חברתית לשנים 2008-2010, שאימצה ממשלת ישראל בחודש אפריל 2007. במסגרת זו הוקם צוות בראשות המשנה לנגיד בנק ישראל, שבחן את מדיניות העסקת העובדים הלא ישראלים בישראל. הדו"ח, על פי תשובת המשיב, אומץ על ידי שר האוצר, אשר יביא בפני הממשלה "בהקדם תכנית כוללת בנושא".

העותרות בחנו את דו"ח הועדה, המתפרסם באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה. הועדה, כמו ועדות קודמות לפניו, המליצה להמשיך ולבסס את תחום הסיעוד על מהגרות ועל מהגרי עבודה.

העתק הבקשה לפרטים נוספים מצ"ב ומסומן א'.

העתק תשובת המשיב מצ"ב ומסומן ב'.

לדו"ח הועדה ראו :

www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-AC73F96FABD2/0/foreignworkers.pdf

"מאפייני העבודה הזרה בתחום הסיעודי בישראל"

17. המשיב טוען, כי בשל מאפייני **"העבודה הזרה"** (כך במקור!) בתחום הסיעוד תתקשה מהגרת העבודה שילדה "בביצוע המטלות המוטלות עליה במסגרת עבודתה כמסייעת למעסיקה הסיעודי" (סעיף 75 לתצהיר התשובה). עוד מביע המשיב חשש, כי בנסיבות אלה עלול להיפגע גם ילדה של מהגרת העבודה, שלא יזכה "בסטנדרטים מקובלים וסבירים של טיפול והשגחה" (סעיף 77 לתצהיר התשובה).

18. תהינו: האמנם היה המשיב מעלה בדעתו לטעון טענות שכאלה לו עבדו עובדות ישראליות בתחום הסיעוד? האמנם היה מעז לטעון שעל מטפלת ישראלית להפוך עצמה צמיתה של מעסיקה הסיעודי, ולאפשר לצרכיו של המעסיק לרמוס כך את זכויותיה? האמנם עצם היותה של המטפלת הסיעודית מהגרת העבודה מתיר לנהוג בה כך? ומניין שואב המשיב עוז להניח שמהגרות עבודה – רק משום היותן מהגרות עבודה – תתרשלנה בגידול ילדיהן? וכי המשיב מתיר לעצמו להניח שגם אימהות ישראליות ששבות לשוק העבודה לאחר חופשת הלידה זונחות את ילדיהן?

19. גישה אסורה זו, המבקשת לאבחן את תחום הסיעוד מתחומי עיסוק אחרים בשל התבססותו על מהגרות ועל מהגרי עבודה, ולהכפיף משום כך את זכויותיהם האנושיות של מהגרות ושל מהגרי העבודה לצורכיהם של המטופלים הסיעודיים, נדחתה מכל וכל על ידי בית משפט נכבד זה בעניין קו לעובד. גם שם גרס המשיב, כי יש להעדיף את צורכיהם של המטופלים על חירותם ועל זכויותיהם של מהגרות ושל מהגרי העבודה, וכי יש לכבול את מהגרות ואת מהגרי העבודה למעסיקיהם משום טובתם של המטופלים ומשום החשש לנטישתם. השיב לכך בית המשפט הנכבד:

"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." (עניין קו לעובד, סעיף 60 לפסק הדין).

20. כשם שהמשיב אינו רשאי להעניש מהגרת עבודה בתחום הסיעוד על ידי הפקעת רישיונה משום שבחרה לעזוב את האדם בו טיפלה, כך אין הוא רשאי להפקיע את רישיונה משום שהרתה ומשום שילדה.

זאת ועוד, טענת המשיב, לפיה יש להפקיע ממהגרת עבודה שילדה את רישיונה, משום הההנחה הספקולטיבית, כי אם לא יעשה כן תתרשל בגידול ילדה, היא כה מופרכת ובלתי מבוססת (וניזוהר מלומר: גזענית) שמעידה היא מעצמה על חוסר מידתיותה של המדיניות.

שובה של מדיניות משלוח התינוקות

21. אם יש צורך בהוכחה שלא טובתם של הילדים היא שעומדת על הפרק, הרי שבנוהל שפרסם המשיב עם הגשת תצהיר תשובתו, חזרה המדיניות, שעמדה ביסוד הנוהל המקורי.

כאמור, תחילה קבע המשיב בנוהל, כי מהגרת העבודה תוכל להישאר בארץ, אם תישלח את תינוקה מישראל. בהמשך תיקן את הנוהל וקבע, כי על מהגרת העבודה היולדת לעזוב את ישראל עם ילדה.

22. הנוהל העדכני, שגיבש המשיב עם הגשת תצהיר התשובה, משלב בין שני הנהלים. ככלל, על מהגרת העבודה לצאת את ישראל עם ילדה. ואולם, לאחר יציאתה מישראל, תוכל לבקש לשוב לעבוד בארץ בגפה (סעיף 6.ג לנהל), וזאת, כמובן, אם תשוב ותישא בהוצאות ובתשלום הון נוסף למתווכים ולחברות כח אדם.

העתק הנוהל העדכני מצ"ב ומסומן ג'.

23. לא בכדי תקפה העתירה הן את הנוהל המקורי והן את הנוהל המתוקן, ואף הצו על תנאי מתייחס לשניהם. העותרות חששו, שהגשת העתירה תוביל לאימוץ מחדש של המדיניות הקודמת, ואכן לא התבדו.

העותרות יפנו לסעיפים 161-175 לעתירתן, בעניין הנוהל במתכונתו המקורית, ולטענותיהן שם.

תמורות במשפט החוקתי ובמשפט העבודה המגן

24. חרף הלכת קו לעובד המשיב ממאן להביא בחשבון את הוראות משפט העבודה המגן, את האמנות הבינלאומיות, שישראל בחרה להיות צד להן, ואת עמדתו של המשפט החוקתי הישראלי. בגיבוש מדיניותו כמו גם בתשובתו לעתירה לא נתן להן משקל.

25. על היקפן של הוראות הדין ועל תחולתן על המדיניות נשוא העתירה עמדו העותרות בהרחבה בכתבי טענותיהן. לא למותר, עם זאת, לעדכן, כי מאז הוגשה העתירה חלו תמורות במשפט החוקתי ובחקיקת המגן, שצריכות היו להשליך על מדיניותו של המשיב.

26. בית המשפט הנכבד פסק באופן חד משמעי, כי הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון הינן זכויות חוקתיות, המעוגנות בזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 14.5.2006); בג"ץ

6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (פסק דין מיום 11.5.2006)). בית המשפט הנכבד שב והבהיר, כי כזו היא גם הזכות להורות (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פסק דין מיום 13.6.2006)).

27. גם המחוקק הרחיב את היקף ההגנה הנתונה להורים בכלל ולילדות בפרט, והבהיר על ידי כך את החשיבות הרבה שהוא רואה בהורות ובהגנה על ילדות ועל שוויון.

בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 נערכה בשנתיים האחרונות רפורמה מקיפה, במסגרתה, בין היתר, הוארכה חופשת הלידה לתקופה של ארבעה עשר שבועות; הורחבו האיסורים על פיטורי עובדות שהרו וילדו ועל פגיעה במשרותיהן; האיסורים שבחוק עוגנו במפורש גם לגבי עובדות קבלני כוח אדם; הורחבו העילות להיעדרות מעבודה בגין מצבים רפואיים שונים, הקשורים בהריון, בטיפול פוריות והפריה ולצורך הנקה; ועוד ועוד.

גם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 תוקן, ובין העילות האסורות באפליה של עובדים ודורשי עבודה נקבעו גם טיפולי פוריות והפריה.

28. המשיב, כאמור, לא נתן לדברים אלה שום משקל.

למעלה מן הצורך: "נכונות המשיבים לבחון בקשות חריגות שתוגשנה על ידי עובדות זרות קונקרטיות"

29. מכוח האילוץ להוכיח שהוצאת צו על תנאי הובילה אותו לשוב ולשקול את מדיניותו, הודיע המשיב בתצהיר תשובתו, כי נערכה "עבודת מטה" ו"בחינה" של המדיניות, ואלה הובילו לאימוץ הכלל הבא: "בנסיבות הומניטאריות חריגות, בהן יתעורר צורך הומניטארי חריג, וניתן יהיה ליתן מענה הולם למכלול האינטרסים הציבוריים המפורטים לעיל, המשיבים יהיו מוכנים להתיר המשך שהותה של עובדת זרה בישראל עם ילדה הקטין לתקופה קצובה נוספת לאחר מועד הלידה." (סעיף 80 לתצהיר התשובה). בכך, לשיטת המשיב, יש "למצות את הדיון בעתירה זו" (סעיף 84 לתצהיר התשובה).

30. ברי, כי כלל זה, שעוסק "בנסיבות הומניטאריות חריגות", אינו מרפא את אי החוקיות שבמדיניות נשוא העתירה, עליה עמדו העותרות בהרחבה רבה בכתבי טענותיהן. לא נשוב על הדברים.

31. אף על פי כן, לא למותר יהיה להזכיר, כי בהודעה זו של המשיב אין כל חדש. מדובר, למעשה, בחזרה על כלל, שנטען מפי המשיב סמוך לאחר הגשת העתירה, עוד בטרם נערך הדיון הראשון בה. בהודעתו מיום 19.2.2006 הבהיר המשיב, כי "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון" –

"הינו בבחינת הנחייה פנימית, שאינה בגדר דין מחייב... מטבע הדברים, מאחר שמדובר בהנחייה פנימית, רשאים הגורמים המסומכים לחרוג מהן, במקרה קונקרטי, בהתאם לנסיבותיו." (סעיף 5 להודעה).

ועוד –

"... אין המדובר בדין, אלא בהנחייה מינהלית פנימית שהרשות רשאית לסטות הימנה, במקרים המתאימים." (סעיף 8 להודעה).

32. מדובר, אם כן, ב"טענה משומשת", שכוחה לא עמד לה לדחות את העתירה על הסף. אף על פי כן, היא שבה, עולה כפורחת, כתשובה לצו על תנאי. שמא סבור המשיב, כי ביטויים של חשיבות עצמית ("עבודת מטה"), כמו גם החלפת קריטריונים עמומים ("מקרים קונקרטיים" ו"מקרים מתאימים") בקריטריונים עמומים לא פחות ("נסיבות הומניטאריות חריגות") יעלו את קרנה של הטענה בעיני בית המשפט?

33. עם קבלת תצהיר התשובה פנו, כאמור, העותרות למשיב בבקשה לפרטים נוספים (נספח א'). העותרות ביקשו לברר, בין היתר, מהם הקריטריונים לקבלת בקשה על ידי מנהל מינהל האוכלוסין; וכמה בקשות הוגשו, מאז הוחל הנוהל; כמה אושרו; ומה היו הטעמים לאישורן.

נשוב ונדגיש, כי אפילו היה "מנגנון המקרים החריגים" פועל, הרי שלא היה בו לרפא את אי החוקיות שבמדיניות. רק על מנת לעמוד על טבעו של המנגנון, שלשיטת המשיב די בו כדי להפיס את דעתו של בית המשפט ולהביא לבטל של הצו על תנאי, נדרשו הבהרות אלה.

בתשובתו (נספח ב') טען המשיב, כי לא ניתן לקבוע קריטריונים, ושב והדגיש, כי "מדובר בבחינה שיסודה בטעמים הומניטאריים חריגים". עוד טען, כי ההחלטה על טיפול בבקשות שכאלה נתקבלה "במסגרת עבודת מטה שנערכה, וההודעה עליה נמסרה לראשונה במסגרת תצהיר התשובה. בנסיבות אלה", כך המשיב, "ברי כי טרם הוגשו בקשות קונקרטיות מכוחה".

אם לשיטת המשיב, כפי שהובהרה בכתב טענותיו הראשון, הוא ממילא רשאי היה לסטות מן הנוהל במקרים המתאימים מיום שהוחל, הכיצד זה שמעולם לא אישר ולו בקשה אחת? אין זאת אלא, שאז גם עכשיו מבקש המשיב לצאת ידי חובתו על ידי הצהרות ריקות מתוכן ממשי.

34. ואכן, במנגנון שקבע המשיב אין מענה אפילו למקרים הומניטאריים. המנגנון מיוסד על בחינה באמצעות שניים מן הפקידים הבכירים ביותר במינהל האוכלוסין – מנהלת מחלקת האשרות ומנהל מינהל האוכלוסין, וכל זאת לצורך הארכת רישיונה של מהגרת העבודה "לתקופה קצובה

נוספת" (סעיף 80 לתצהיר התשובה). משמעות הדברים היא כי על מהגרת העבודה, שמבקשת להאריך את רישיונה לתקופה מוגבלת (כך קובע הנוהל) לקבוע תור בלשכה האזורית למינהל אוכלוסין לצורך הגשת הבקשה. עליה להמציא מסמכים רבים ושונים (סעיף 82 לתצהיר התשובה), ולשוב עימם אל הלשכה. הלשכה, בקצב עבודתה, תעביר את הבקשה למחלקת האשרות במטה מינהל האוכלוסין, וזו כשתתפנה לעסוק גם בבקשה זו, וככל שלא תידרוש הבהרות ומסמכים נוספים (באמצעות הלשכה האזורית, כמובן, שתשוב ותזמן את המבקשת), תיבחן אותה ותעביר אותה להכרעתו של מנהל מינהל האוכלוסין, שהעניין יערם על שולחנו.

מדובר בהתנהלות פתולוגית של המשיב (ראו, על קצה המזלג בלבד: בג"ץ 5055/04 סובצ'ינסקיה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 9.6.2005); בג"ץ 2065/05 תאיה נ' שר הפנים (החלטת השופט לוי מיום 7.6.2005); בג"ץ 10399/04 קופצ'ינסקי בן אבדקול נ' משרד הפנים, מינהל האוכלוסין (החלטת השופט לוי מיום 3.8.2005); בג"ץ 2728/05 הלאל נ' שר הפנים (החלטת השופט לוי מיום 21.9.2005)). זוהי, למעשה, עוד אחת מאותן פרוצדורות ביורוקרטיות סבוכות של בקשות למעמד, הנהוגות אצל המשיב, ומוכרות לבית המשפט הנכבד, כמסלול סיוזיפי וממושך, אשר אין כל אפשרות מעשית לקיימו בזריזות או להתחייב ללוח זמנים לקידומו (עניין אורן, סעיף 29 לפסק הדין), ואשר נדמה לא פעם ל"מסע התשה ללא תוחלת" (בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, 489; עע"ם 1883/05 מדינת ישראל נ' רגבי (פסק דין מיום 9.4.2006), סעיף 7 לפסק הדין)). זהו ודאי אינו מסלול המיועד לאישה הרה או לאם טריה, שנסיבותיה הומניטאריות.

35. וכל זאת אמרנו, נזכיר, למעלה מן הצורך, שהרי עניינה של העתירה אינו במקרים הומניטאריים חריגים, אלא במקרים הרגילים: בנשים, מהגרות עבודה, אשר הוזמנו לעבוד בישראל, ומופלות שלא כדין פשוט משום שהרו וילדו. הא ותו לא.

מכל הטעמים האלה, בהצטרף אלך הטעמים שפרסו העותרות בכתבי טענותיהן הקודמים, מתבקש בית המשפט הנכבד לעשות את הצו למוחלט.

עודד פלר

עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרות

16 ביוני 2008