



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1105/06

לפני : כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרת : קו לעובד

נגד

המשיבים : 1. שר הרווחה
2. שר הבריאות
3. שר האוצר
4. שר הפנים
5. ועדת העבודה והרווחה של הכנסת
6. המוסד לביטוח לאומי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ט"ו בכסלו תשע"ד (18.11.13)

בשם העותרת : עו"ד ח' בן ישראל, עו"ד י' לבנת

בשם המשיבים 1-5 : עו"ד ח' אופק

בשם המשיב 6 : עו"ד א' רוזן-אמיר

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

"הבאנו עובדים וקיבלנו בני אדם" (מקס פריש)

העתירה עניינה בבקשת העותרים לחייב את שר הבריאות ושר הרווחה להתקין תקנות למען עובדים זרים, שלהם זיקה חזקה לישראל, אשר יעניקו להם זכויות על-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי) ומכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).

1. תושבי ישראל זכאים למכלול של זכויות סוציאליות, ובהן ביטוח בריאות ממלכתי לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי וקצבאות וגמלאות שונות בהתאם לתנאים הקבועים בחוק הביטוח הלאומי. עובדים זרים הוחרגו מהגדרת תושב בסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, ולפיכך אין הם זכאים לרוב הזכויות האמורות המותנות בתושבות. הטיעון המרכזי בעתירה הינו כי על השרים הרלוונטיים, שר הבריאות ושר הרווחה, לגבש הסדרים מיוחדים אשר יחילו זכויות אלו גם על עובדים זרים השוהים תקופה ארוכה בישראל בהיותם בעלי זיקה חזקה לישראל, וזאת על פי הסמכות הנתונה לשר הבריאות בסעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ולשר הרווחה בסעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי. טיעון זה רלוונטי לעובדי סיעוד זרים בשל האפשרות להעסיקם תקופות ממושכות בישראל. המשיבים מתנגדים לדרישה זו בטענה כי לעובדים הזרים אין זיקה נדרשת לישראל המצדיקה התקנת הסדרים מיוחדים, כי יהיה בכך משום סיכול כוונת המחוקק, וכי הדבר יגרור השלכות תקציביות משמעותיות.

רקע – העסקת עובדים זרים בישראל וייחודם של עובדי הסיעוד

2. במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת התעצמה בישראל התופעה של העסקת עובדים זרים בענפי משק שונים. העובדים הזרים הובאו לישראל לעסוק בענפי משק בהם הורגש מחסור בכוח אדם ישראלי, וכן בשל עלות העסקתם הזולה יחסית בהשוואה לעלות העסקתו של עובד ישראלי. לצד היתרונות הכלכליים הנובעים מהעסקתם, התעוררו גם השלכות שליליות של תופעה זו שעוררו שאלות מדיניות ושאלות משפט מורכבות. כך נטען כי נוצרה פגיעה בשוק התעסוקה המקומי, כאשר עובדים ישראליים התקשו להתחרות בעובדים הזרים שעלות העסקתם נמוכה ביותר. פגיעה זו הגבירה על פי הטענה את האבטלה ואת הצורך בתשלומי קצבאות, נטל שנפל על הציבור כולו. לצד מכסת היתרים מוגבלת שניתנה על ידי המדינה להעסקת עובדים זרים החלו להגיע לישראל גם עובדים ללא היתר, או שנשארו בה עובדים זרים שההיתר שהיה בידיהם פקע. מצב דברים זה הוביל את הממשלה לנקוט בצעדים שיאפשרו פיקוח וצמצום היקף העובדים הבלתי חוקיים בישראל.

העובדים הזרים מגיעים לישראל לרוב על רקע מצוקה כלכלית קשה בארצותיהם ובשל רצון לפרנס את עצמם ואת משפחותיהם. הם נאלצים לשלם סכומים גבוהים לחברות תיווך לצורך הסדרת הגעתם ארצה, סכומים שתקופת העבודה הראשונה בישראל מיועדת לכסותם. לא אחת מדווח על פגיעה בזכויותיהם השונות של

העובדים הזרים על ידי מעסיקיהם, אם בשל ניצול מעמדם החלש של עובדים אלו, ואם בשל העדר נורמות ברורות המסדירות את זכויותיהם בישראל. עובדים אלו מרוויחים לעיתים קרובות לא יותר משכר המינימום ולדאבון הלב לעיתים מתחטיו; פעמים רבות נשללות מהם זכויות סוציאליות; תנאי מחייתם לעיתים קשים, הם חשופים להתעמרות ולניצול; והם מתקשים למצות את זכויותיהם ולפנות לערכאות משפטיות (ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 19 (13.4.11) (להלן: עניין קו לעובד השני); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (18.3.13), פסקה 36 לפסק דיני (להלן: עניין גלוטן); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 376-377 (2006) (להלן: עניין קו לעובד הראשון); שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה לישראל ומדיניות ההגירה", עבודה, חברה ומשפט י 79, 81 (תשס"ד) (להלן: אסיסקוביץ); אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן "עובדים זרים" בישראל" מידע על שוויון 13 בעמ' 1 (2003) (להלן: קמפ ורייכמן)).

3. הרשות המחוקקת והרשות המבצעת התלבטו והתחבטו רבות בסוגיות הנוגעות לעובדים זרים, בין היתר באשר למכסות ההיתרים הניתנות לענפי משק שונים, למשך התקופה המותרת לעובד הזר לשהות ולעבוד בישראל, לאכיפה הנוגעת לעובדים ללא היתר בישראל, ובסוגיות הנוגעות לתנאי העסקתם ולזכויותיהם של עובדים זרים בישראל. חלק מסוגיות אלו אף הונחו לפתחם של בתי המשפט לצורך קביעת סבירותן, חוקיותן וחוקתיותן, ולכך נתייחס בהמשך הדברים. נציין כעת כי מדיניות הממשלה, החל משנת 1996, הינה לצמצם את היקף העובדים הזרים המועסקים בישראל ולהגביר את הפיקוח והאכיפה על העובדים הבלתי חוקיים (עם זאת ראו אסיסקוביץ, בעמ' 85). באשר לתקופת ההעסקה רשאי שר הפנים להאריך רישיון לישיבת ביקור שניתן לעובד זר לתקופות אשר לא יעלו יחד על חמש שנים, וזאת בנוסף לתקופת ההיתר הראשוני העומדת על שלושה חודשים (ראו סעיפים 2(א), 3(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל)).

4. העתירה שבפנינו מתמקדת בעובדי סיעוד בשל אופק ההעסקה הממושך האפשרי עבורם. משכך אתייחס באופן ספציפי לעובדים אלו. נכון לסוף חודש ספטמבר 2013 שהו בישראל כמעט 70 אלף עובדים זרים חוקיים. מתוכם, מעל 40 אלף עובדים הועסקו בענף הסיעוד. ההערכה היא כי עוד כ-11 אלף עובדים זרים בלתי חוקיים הועסקו בענף הסיעוד נכון למועד האמור. בשל מדיניות הממשלה המבקשת לצמצם העסקת עובדים זרים בישראל, נקבעו קריטריונים המגבילים מתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד למקרים חמורים בהם מטופל זקוק לטיפול וסיוע במהלך רוב שעות

היממה בביצוע רוב פעולותיו היומיומיות (ראו קריטריונים למתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד, רשות האוכלוסין וההגירה, 1.1.2014).

5. העבודה בתחום הסיעוד הינה אינטנסיבית ביותר ולעיתים דורשת מאמץ פיזי ומנטלי בלתי מבוטל. זוהי עבודה הנעשית בדרך כלל "סביב השעון", בביתו של המטופל, כאשר נדרשת השגחה ברוב שעות היממה, אם לא בכולן, על המטופל. העבודה כוללת היענות לכלל צרכיו של המטופל, החל מסיוע בטיפול הרפואי, וכלה בניקיון, רחיצת המטופל, קניות, בישולים וכדומה. מאחר שישנה עדיפות לטיפול על ידי עובד קבוע המוכר למטופל בשל מערכת האמון והקשר הבינאישי הנרקם בין המטפל למטופל, ומאחר שלרוב מתגורר עובד הסיעוד בביתו של המטופל, מוגבל הזמן בו העובד פנוי וחופשי לעשות כרצונו מלבד הטיפול ובו הוא יכול להימצא מחוץ ד' אמות ביתו של המטופל. היתרונות למטופל מהעסקת עובד סיעוד בביתו הם רבים. עבודתו של עובד הסיעוד הזר מאפשרת למטופל להמשיך ולשהות בביתו, לא פעם בקרב משפחתו, תחת השגחה אישית צמודה, וחוסכת ממנו את ההכרח לעבור למוסד סיעודי אשר יאלץ אותו להיפרד מסביבתו המוכרת, ולחלוק טיפול יחד עם רבים כמותו. הטיפול בביתו של המטופל מאפשר להעניק לנכה או לקשיש איכות חיים טובה יותר ולמלא אחר תפילתו של כל בן אנוש "אל תשליכני לעת זקנה ככלות כוחי אל תעזבני" (תהילים עא, ט). פעמים רבות נוצרת מערכת של יחסי קרבה בין עובד הסיעוד למטופל, המקלה על המטופל במצוקתו ומספקת לו חברה ואוזן קשבת. עובד הסיעוד אף מאפשר לבני משפחתו של המטופל להמשיך בחייהם הרגילים, בעבודתם ובחיי הפנאי שלהם, תוך שהם יודעים כי יקירם נמצא תחת השגחה וטיפול צמוד וראוי. על חשיבות עבודתם של עובדי הסיעוד ועל תרומתם הרבה לחברה הישראלית עמד המשנה לנשיאה ריבלין, שכינה אותם "מלאכי ארץ", כינוי אותו אני מאמצת בכל לב, וכך אמר:

"תרומתם של המטפלים הסיעודיים הזרים לחברה הישראלית בכלל, ולמטופלים הסיעודיים, ברובם קשישים, בפרט, לא תסולא בפז. בעבור רבים מן המטופלים אותם מטפלות ומטפלים הם החוט השברירי המקשר אותם אל החיים עצמם. מלאכי ארץ אלה, שבצד הקושי שהם עצמם חווים מחמת הניתוק מארצם וממשפחתם, משכילים, במזגם הטוב ובמסירותם, להקל ממצוקתם של המטופלים הנאחזים בהם כקש על מנת לשרוד. הם שמבטיחים את שארית איכות החיים ממנה נהנים המטופלים.... הטיפול הפיזי שמאפשר את עצם הישרדותם של המטופלים, ועמו המסירות המופלאה של העובדים ומעל כל אלה האפשרות הניתנת למטופל להישאר בביתו שלו ובסביבתו הטבעית, באחרית ימיו, משפיעים ישירות על תוחלת חייו ועל איכות חייו"

(בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 27 (29.11.09)).

הקושי הרב הכרוך בביצוע עבודת הסיעוד לא נעלם מאזרחי ישראל, ומעטים מהם יכולים ומוכנים לעסוק במלאכה קשה זו, בוודאי שלא בסכומים המשולמים לעובדים הזרים (ראו ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, 457 (2000)). לשם כך נאלצה מדינת ישראל "לייבא" עובדים סיעודיים מארצות הים, על מנת למלא את החסר ולאפשר לקשישים ולנכים הקשים לקבל טיפול בביתם ולשמור על איכות חיים טובה. משכך לא ייפלא כי רק בענף זה לא נקבעה מכסת היתרים מתוך הנחה שבתחום זה אין תחליף לעובדים הזרים (ראו קמפ ורייכמן, בעמ' 6).

6. ייחודם של עובדי הסיעוד הזרים מתבטא בתקופת שהייתם בישראל. המחוקק והרשות המבצעת ביקשו לענות על הצורך של המטופלים לא להחליף מטופלים, ולאפשר ככל הניתן למטפל קבוע לעבוד באופן רצוף ומתמשך עם אותו המטופל. לפיכך, עוד בשנת 2003 התקבלה הצעת חוק ממשלתית שקבעה את תקופת הזמן המירבית להארכת שהייתו של עובד זר בישראל לחמש שנים (מעבר לשלושת החודשים הראשונים שניתנים במסגרת האשרה); בעוד שכאשר מדובר בעובד סיעוד איפשר התיקון הארכות נוספות שבסך הכולל יעמדו על לא יותר משנתיים וחצי. התנאים להארכה נוספת זו הן העסקת העובד הזר במתן טיפול סיעודי לאותו מטופל ברציפות במשך שלוש השנים שבתכוף לפני תום תקופת ההארכה הכוללת; וחוות דעת של עובד סוציאלי כי הפסקת העסקתו של העובד הזר במתן טיפול סיעודי לאותו מטופל תגרום לפגיעה קשה במטופל (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 11), התשס"ג-2003).

7. בשנת 2004 קיבלה הכנסת תיקון נוסף לחוק הכניסה לישראל המרחיב באופן משמעותי את האפשרות להארכת רישיון השהייה לעובדי הסיעוד. נקבע כי מעבר להארכה הכוללת של חמש שנים המתאפשרת לכל עובד זר, ניתן יהיה להאריך את שהותו של עובד הסיעוד לצורך מתן טיפול סיעודי לאותו מטופל לתקופות נוספות שלא יעלו על שנה כל אחת, וזאת ללא הגבלת זמן של התקופה הכוללת. גם התנאים למתן הארכות אלו שוננו: התנאי הראשון הופחת לטיפול רצוף של שנה אחת בלבד באותו מטופל תכוף לפני תום תקופת ההארכה הכוללת; התנאי השני הרחיב את האפשרות לקבלת חוות דעת גם מרופא או מאח מוסמך בדבר פגיעה קשה שתיגרם למטופל מהפסקת עבודתו של העובד הזר. עוד הבהיר התיקון כי לא יוארך רישיון לעובד סיעוד מעבר להארכה כוללת של חמש שנים לאחר שחדל לעסוק בטיפול באותו מטופל (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 13), התשס"ד-2004). המשמעות של תיקון

זה היא כי בעיקרון, כל עוד מטפל עובד הסיעוד באותו מטופל, ובתנאים האמורים, ניתן להאריך את שהותו בישראל ללא הגבלת זמן כלשהי, וזאת לרווחת המטופל ובמטרה למנוע ממנו סבל.

8. הרחבה נוספת התקבלה בשנת 2011, כאשר נקבע כי ניתן להאריך את רישונו של עובד זר מעבר לחמש שנים גם אם לא מתקיים התנאי של העסקה לפחות שנה ברציפות באותו מטופל לפני תום תקופת ההארכה הכוללת, וזאת מטעמים הומניטאריים. הארכה כזו תינתן לעובד מסוים לטיפול במטופל אחד בלבד. עוד הוגבלה אפשרות זו למכסה שנתית של רישיונות שתיקבע על ידי שר הפנים (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 20), התשע"א-2011). יוער כי המכסה השנתית לשנת 2012 הועמדה על ידי שר הפנים על 200 רישיונות, בעוד שבשנת 2014 צמחה המכסה לכדי 5000 רישיונות (צו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטאריים מיוחדים), התשע"ב-2012; צו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטאריים מיוחדים), התשע"ד-2014).

התוצאה המתקבלת מתיקוני החקיקה הללו, אם כן, היא כי ישנו פוטנציאל לשהייתו של עובד סיעוד בישראל במשך שנים רבות באופן חוקי. לנתון זה יש משמעות לצורך בחינת העתירה שבפנינו ואתייחס אליו בהמשך.

זכויות עובדים זרים – כללי

9. העסקת עובדים זרים בישראל הינה כיום עובדה מוגמרת. ישנם ענפים במשק המבוססים באופן משמעותי על עובדים זרים, וספק אם ניתן כיום לשנות מצב דברים זה. נראה כי מאמצי הרשות המחוקקת והמבצעת מתמקדים בשמירה על מכסת עובדים זרים ואכיפה כנגד עובדים בלתי חוקיים. כמו כן נעשים מאמצים להסדיר את זכויותיהם של העובדים הזרים בישראל. במסגרת זו נחקקו בשנים האחרונות תיקונים רבים לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים). תיקונים אלו, לצד הסדרים שנועדו להבטיח את יציאתו של העובד הזר מישראל עם פקיעת רישונו, מסדירים את תנאי העסקה של העובד הזר. בין היתר מסדיר החוק עניינים כגון ביטוח רפואי, מגורים הולמים ותשלום שכר מלא. עוד מחייב החוק את שר התעשייה, המסחר והתעסוקה למנות עובד שיהיה ממונה על הזכויות של עובדים זרים בתחום דיני העבודה (סעיף 1 כב לחוק עובדים זרים).

10. בבית משפט זה התקיימו מספר הליכים עקרוניים הנוגעים לזכויותיהם של העובדים הזרים. בית המשפט שב ועמד על החובה לשמור על זכויותיהם הבסיסיות של עובדים אלו:

“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...

עם זאת, יחולו על העובד הזר העקרונות הבסיסיים בשיטת המשפט בישראל שנועדו להגן על האדם באשר הוא אדם, בעודו מצוי בטריטוריה ישראלית, ונתון למרות מערכת המשפט הישראלית.

ואמנם, כבר נפסק, כי על עובד זר השווה בישראל חלים העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נועדו להגן על חייו, גופו, כבודו, קניינו, חירותו האישית, חופש התנועה שלו לצאת מישראל, פרטיותו וצנעת חייו...

האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס, אפוא, לכל אדם באשר הוא אדם. הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין” (השופטת פרוקצ'יה בעניין קו לעובד השני, פסקה 36 לפסק דינה).

11. פסקי הדין שניתנו בעניין זכויות עובדים זרים נגעו בעיקר לתנאי רישיון העבודה שלהם בישראל ולזכותם להמשיך לשהות בישראל ולהתפרנס בה. המשמעות של פסיקות אלו היתה פגיעה מסוימת במדיניות הממשלתית המעוניינת לצמצם ככל הניתן את כמות העובדים הזרים הנמצאים בישראל, למנוע שהייתם של עובדים בלתי חוקיים בישראל, ולמנוע משך שהות ממושך של עובד זר בישראל. כך, בעניין קו לעובד הראשון, נידון “הסדר הכבילה למעסיק” שהתנה את רישיון הישיבה הניתן לעובד זר בהעסקתו אצל המעסיק המסוים שהזמינו. מטרתו של הסדר זה היתה פיקוח על כניסת עובדים זרים לישראל ושהייתם בתחומה, על מנת למנוע הישארותם של עובדים זרים בישראל ללא היתר. הסדר זה בוטל על ידי בית המשפט בהיותו פוגע בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי. בעניין קו לעובד השני נידון נוהל שחייב עובדת זרה שילדה לעזוב

את ישראל תוך 90 ימים לאחר מועד הלידה, ואיפשר לה לחזור ולהיכנס לישראל לצורך עבודה ללא הילד במשך תקופה של עד שנתיים ממועד הלידה. גם תכליתו של נוהל זה היתה להתמודד עם הצורך לצמצם את היקף העובדים הזרים השוהים בישראל, ועם התופעה הגוברת של ניסיונות עובדים אלה להשתקע במדינה בדרכים בלתי חוקיות. אף נוהל זה בוטל על ידי בית המשפט בפוגעו פגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות אדם.

12. לאחרונה נדרש בית משפט זה להתמודד עם זכויות עובדים זרים מסוג אחר, שמשמעותן היא הטלת עול כלכלי ישיר על המדינה או על המעסיקים. הקושי בהתערבות לטובת זכויותיהם של העובדים הזרים מתחדד בסוגיות אלו בשל ההשלכות הכלכליות הישירות של התערבות מעין זו, הן על המעסיקים והן על המדינה ואזרחיה. פסק הדין בעניין גלוטן הוא דוגמא לכך. בעניין זה נידונה החלת החובה לתשלום שעות נוספות המעוגנת בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה) על עובדי סיעוד. דעת הרוב בפסק הדין עמדה על כך שמדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, העובדים הזרים מזה והמטופלים הסיעודיים מזה, ולפיכך הוחלט שלא להכיר בחובת התשלום בגין שעות נוספות לעובדי הסיעוד (ראו למשל פסקה 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

13. בעניין גלוטן הנ"ל נותרתי בעמדת המיעוט כאשר סברתי כי יש להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי הסיעוד בדומה לכל עובד אחר, גם אם המשמעות היא הטלת נטל כלכלי כבד יותר על המטופלים המעסיקים, וזאת תוך ניסיון למצוא פתרונות פרקטיים לקושי הניצב בפני המטופלים. וכך נימקתי את עמדתי בפרשה זו:

"אין חולק כי איכות חייהם של רבים מהנזקקים לשירותי סיעוד משתפרת בעקבות האפשרות להישאר בביתם ולהיעזר בעובד סיעוד תחת אשפוז במוסד סיעודי. אינטרס חברתי וציבורי ממעלה ראשונה הוא לדאוג לתושבים הקשישים והחולים בקרבנו ולאפשר להם חיים בעלי איכות גבוהה ככל הניתן. עם זאת, צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסיה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסיה אחרת. לא ניתן להתייחס לסוגיה רק כמונחים של עלות ותועלת ולהתעלם משיקולים של מוסר וזכויות" (עניין גלוטן, פסקה 29 לפסק דיני).

גם חברתי, השופטת חיות, שאף היא נותרה בעמדת המיעוט, עמדה על כך שהעלות הכספית אינה יכולה להיות עילה לשלילת זכויות של עובדים זרים, וכן על אחריותה של המדינה בעניין:

"העובדה כי יישום הזכויות המוקנות לעובדים בחקיקת המגן שבדין העבודה הישראלי כרוך בעלויות כספיות, היא כשלעצמה אינה יכולה להצדיק פגיעה או גריעה מזכויות אלה גם אם המעסיקים נמנים עם קבוצה מוחלשת..."

לתפיסתי על המדינה ליטול אחריות על רווחת אוכלוסיית המטופלים הסיעודיים המוחלשת החיה בקרבה בדרך של מתן סיוע מתאים לצורך העסקת עובדים סיעודיים, על כל העלויות הכרוכות בכך מתוקף דיני העבודה, וזאת ככל שהמטופל הסיעודי אכן נזקק לסיוע מן המדינה." (עניין גלוטן, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת חיות).

14. גם בעניין שבפנינו נאמנה אני לגישתי כפי שבאה לידי ביטוי בעניין גלוטן. העסקת עובדים זרים בישראל עוררה ומעוררת סבך של שיקולים, בעיות וקשיים שעל המדינה להתמודד עימם. "קביעת המדיניות בתחום זה מחייבת התחשבות בצרכי המשק הישראלי, ובאינטרסים הקשורים בטובתה של החברה בכללותה; היא מחייבת התייחסות לשאלות כלכליות, משקיות, חברתיות ואתיות הנוגעות לציבור הרחב" (עניין קו לעובד השני, פסקה 34 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). אין חולק כי בסמכותה של המדינה לנקוט במדיניות המצמצמת העסקת עובדים זרים בישראל ומעודדת עבודה מקומית. אין חולק גם כי בסמכותה של המדינה להגביל את משך השהות של עובדים זרים בישראל, וליתן להם רישיונות שהייה ועבודה לזמן מוגבל. מובן הוא כי המדינה רשאית לנקוט באמצעי אכיפה מקיפים ונחרצים למניעת התופעה של שהייה בלתי חוקית בישראל של עובדים זרים. לצד זאת, כאשר מחליטה המדינה להעניק רישיונות שהייה ועבודה לעובדים זרים לזמן ממושך, עליה להעניק להם בד בבד גם את זכויות היסוד המגיעות להם. לא ניתן, לטעמי, ליהנות משירותיהם הטובים של עובדים זרים ומהיתרונות ששירותים אלו מצמיחים למשק הישראלי ולאזרחי ישראל, מבלי לשאת בנטל הזכויות המגיעות לעובדים אלו, אם מעצם שהייתם ועבודתם כאן, ואם כתוצאה נלווית לשהייה ממושכת בישראל העשויה להצמיח זכויות נוספות. לא ניתן להתייחס אל העובדים הזרים כאל אמצעי להפקת תועלת בלבד, התייחסות שאינה מתיישבת עם הערך של כבוד האדם:

"כבוד האדם היא אנושיותו של האדם... אנושיות זו מבטאת את האדם כמטרה ושוללת תפיסתו כאמצעי בלבד. אנושיות זו היא בגדריה של חברה" (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 37 (כרך א', (להלן: ברק)). (2014)

לא ניתן להתייחס אליהם כחוטבי העצים ושואבי המים של החברה הישראלית ולהתעלם מצרכיהם הבסיסיים. התנערות מחובות אלו כלפי העובדים הזרים יש בה מימד של ניצול שאינו מתיישב עם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית ושמירתה על זכויות אדם. וכפי שציטטתי אף בעניין גלוטן מחויבים אנו לציווי-

”וְגַר לֹא תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ פִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ
מִצְרָיִם” (שמות כב, כ)

תפיסה זו תהווה את המסד להכרעה בעניין שבפנינו, וליישומה על העניין דנן אפנה כעת. העתירה מתמקדת בזכויותיהם לבריאות ולביטחון סוציאלי של עובדים זרים – עובדי סיעוד - המקיימים זיקה חזקה לישראל. לפיכך אסקור תחילה את המצב הנורמטיבי הקיים באשר לזכויות אלו ותחולתן על עובדים זרים בכלל ועובדי סיעוד בפרט.

זכויות עובדים זרים – בריאות וביטחון סוציאלי

15. כידוע, לכל תושב ישראלי מוענק סל של זכויות בתחום הבריאות והביטחון הסוציאלי. זכויות אלו מעוגנות בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ובחוק הביטוח הלאומי. המשותף לשני חוקים אלה הוא שרוב הזכויות הכלולות בהם מוענקות רק למי שעונה להגדרת תושב. הגדרת תושב בחוק ביטוח בריאות ממלכתי מפנה להגדרת תושב בחוק הביטוח הלאומי. הגדרת תושב בחוק הביטוח הלאומי תוקנה על ידי המחוקק בשנת 2002, וכיום היא מגדירה תושבות על דרך השלילה. לעניינו רלוונטי סעיף 2א(ב)(3):

2א. מי שאינו תושב לענין החוק
(ב) לענין חוק זה לא יראו כתושב ישראל, בין השאר,
כל אחד מאלה:

...

(3) מי שבידו אשרה ורישיון לישיבת ביקור מסוג ב/1,
ב/2, ב/3 או ב/4, לפי תקנה 5 בתקנות הכניסה;

הגדרה זו מחריגה למעשה באופן כולל את העובדים הזרים מאפשרות להכיר בהם כתושבים, ולפיכך מזכאות לזכויות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי וחוק הביטוח הלאומי אשר מותנות בתושבות. זאת, ללא תלות במשך שהותם של העובדים הזרים בישראל, וזיקות שונות שיש להם כלפיה.

16. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מסדיר מתן שירותי בריאות ציבוריים במדינה. החוק קובע חובת תשלום דמי ביטוח בריאות וחובת רישום לקופת חולים עבור כל

תושב בישראל, בין בעצמו ובין באמצעות מעסיקו (סעיפים 4, 14 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). בתמורה מעניק החוק לכל תושב סל שירותים רפואיים רחב שפרטיו מעוגנים בתוספות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. מובן כי הסכום המשולם כביטוח בריאות אינו יכול לכסות את שירותי הבריאות הניתנים מכוח החוק, ולפיכך קובע החוק כי המדינה היא האחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בחוק, כאשר קופות החולים הן האחראיות לספק את שירותי הבריאות להם זכאים התושבים לפי החוק (סעיפים 3(ב), (ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). החוק מוסיף וקובע כי "שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13" (סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי), וכי "שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית" (סעיף 3(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי).

17. עובדים זרים, כאמור, אינם זכאים לשירותי בריאות הניתנים מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. עם זאת, המחוקק הסדיר בחוק עובדים זרים שורה של חובות החלות על המעסיקים, ובהן החובה להסדיר לעובד ביטוח רפואי על חשבון המעסיק למשך כל תקופת עבודתו אצלו. על הביטוח הרפואי לכלול סל שירותים שנקבע על ידי השר בצו (סעיף 1 ד לחוק עובדים זרים). כמו כן מתיר החוק למעסיק לנכות משכרו של העובד סכום שגובהו המירבי ייקבע בתקנות בגין הביטוח הרפואי ששילם המעסיק עבור העובד. סכומי הניכוי המותרים נקבעו בתקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכוי מהשכר בעד דמי ביטוח רפואי), התשס"ב-2001 (להלן: תקנות עובדים זרים). תוכנו של הביטוח הרפואי אותו מחויב המעסיק להסדיר לעובד הזר נקבע בצו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001 (להלן: צו עובדים זרים או הצו). על תוכן זה נעמוד ביתר פירוט בהמשך הדין. יוער כי עתירה שהופנתה כנגד צו זה לאחר חקיקתו נדחתה בהיותה מוקדמת מדי לעריכת בחינה כללית של טיב ההגבלות וסבירותן, וזאת מאחר שהצו רק נכנס לתוקפו וטרם נצברו נתונים וניסיון כלשהו בהפעלת תנאיו הלכה למעשה (בג"ץ 6433/01 פילורה נ' שר הבריאות (23.10.01)).

18. להשלמת התמונה יש לציין כי נוסף על חובת הביטוח בידי המעביד חלה על העובדים הזרים הוראת סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) הקובעת כי "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה". "מצב חירום רפואי" מוגדר בסעיף 2 לחוק זה כ"נסיבות שבהן אדם מצוי

בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף". עם זאת יצוין כי סעיף 29(2) לחוק זכויות החולה קובע כי אין באמור בחוק כדי לפטור מטופל מחובת תשלום עבור קבלת שירותים רפואיים. המשמעות היא, על פניו, שמטופל במצב חירום יקבל טיפול ללא התניה, אך יוכל להיתבע בדיעבד לשלם את הוצאות הטיפול שקיבל.

19. כאשר לזכויות ביטחון סוציאלי. חוק הביטוח הלאומי מסדיר שורה של גמלאות וקצבאות המהוות מסגרת המספקת אמצעי קיום ושירותים חיוניים לקבוצות רחבות של האוכלוסיה בהתקיים מצב של נזקקות (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 43 (2.9.10) (להלן: עניין לה"ב)). המבוטחים מחויבים בתשלום דמי ביטוח לאומי, בין אם בעצמם, ובין אם באמצעות מעסיקם. בנוגע לכל ענף ביטוח ישנו פירוט בחוק הביטוח הלאומי מי נחשב מבוטח לצורך קבלת הזכויות הקבועות לגביו. ההסדרים של רוב הקצבאות מכילים תנאי של תושבות. לפיכך, מרבית הזכויות לפי חוק הביטוח הלאומי אינן ניתנות לעובדים זרים, והם כמובן אינם מחויבים בתשלום דמי ביטוח עבורן. עם זאת, ישנן מספר זכויות סוציאליות הניתנות בשל קיומה של זיקת עבודה גם ללא תושבות, ולפיכך אף העובדים הזרים זכאים להן ומשלמים עבורן דמי ביטוח לאומי מופחתים. מדובר על ענף נפגעי עבודה, ענף פשיטת רגל וענף ביטוח אימהות. כמו כן זכאי עובד זר שיש לו אשורת שהייה בתוקף לתשלום קצבת ילדים עבור ילדיו הקטינים השוהים איתו בישראל.

השאלה לדיון

20. כאמור, עובדים זרים אינם נכנסים להגדרת "תושב" בחוק הביטוח הלאומי ובחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ללא תלות במשך השהייה שלהם בישראל. עם זאת, שני החוקים מכילים הוראות המאפשרות לשרים הרלוונטיים לשנות ממצב זה. סעיפים 56 ו-57 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובעים:

56. הסדרים מיוחדים

(א) שר הבריאות רשאי לקבוע הסדרים מיוחדים -

(1) בדבר רישום בקופת החולים ודרך מתן שירותי

הבריאות -

...

(ד) למי שנמצא בישראל ואינו מבוטח לפי חוק זה

בהיקף ובתנאים שיקבע;

...

(ב) הסדרים לפי סעיף קטן (א) פסקה (1)(א), (ג) ו-(ד)

ופסקאות (2) ו-(3) ייקבעו באישור שר העבודה

והרווחה; הסדרים לפי סעיף קטן (א)(1)(ד) ייקבעו גם באישור שר האוצר.

57. פטורים ושיעורים מיוחדים
שר הבריאות ושר האוצר, באישור שר העבודה והרווחה,
רשאים לקבוע שיעור דמי ביטוח בריאות מיוחדים
ופטורים וכן דרכי גביה -

...
(2) למנויים בסעיף 56(א)(1);

במקביל קובע סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי:

(ב) השר, לאחר התייעצות עם המועצה ובאישור ועדת
העבודה והרווחה, רשאי לקבוע זכויות וחובות לפי חוק
זה, כולן או מקצתן, בשטח שיקבע, לגבי אלה:
(1) מי שאינו תושב ישראל;

סעיפים אלו מאפשרים לשרים הממונים לקבוע הסדרים מיוחדים שיעניקו
זכויות כאלו או אחרות על פי החוק גם למי שעל פי ההגדרה אינו נחשב תושב ישראל.
העתירה שבפנינו מתמקדת בסעיפים אלו, ובדרישת העותרים כי שרי הרווחה והבריאות
יעשו שימוש בסמכויותיהם בהתאם לסעיפים אלו ויקבעו הסדרים מיוחדים בנוגע
למהגרות ולמהגרי עבודה המקיימים זיקה חזקה לישראל, כביטויה, בין היתר, בשהות
ממושכת כדין בה.

דו"ח הוועדה הבינמשרדית

21. בראשית שנת 2009, בין היתר בעקבות הגשת העתירה דנן, הוחלט על הקמת
צוות בין-משרדי שיבחן את סוגיית הענקת זכויות סוציאליות לחסרי מעמד תושב
בישראל (להלן: הוועדה). בראש הוועדה עמד ד"ר טוביה חורב, סמנכ"ל לכלכלה
וביטוח במשרד הבריאות. על חברי הוועדה נמנו נציגים של משרדי הפנים, המשפטים,
האוצר, הרווחה והשירותים החברתיים ונציגי המוסד לביטוח לאומי. ביום 5.2.12
הועברו המלצות הוועדה אל השרים הרלוונטיים. דו"ח הוועדה כולל שלושה חלקים:
חלק כללי; חלק העוסק בבני זוג וקטינים מעל גיל 14 של אזרחים ותושבים ישראלים
היושבים בישראל על פי היתר כדין מכוח החלטה בעניין איחוד משפחות, ואשר לא
קיבלו מעמד של תושב ארעי בישראל בשל הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל
(הוראת שעה), התשס"ג-2003; וחלק העוסק בעובדים זרים. אסקור בקצרה את החלק
הראשון והשלישי הרלוונטיים לענייננו. לשם השלמת התמונה אציין כי באשר
לאוכלוסייה בה עוסק החלק השני של דו"ח הוועדה קיימת עתירה תלויה ועומדת (בג"ץ

2649/09) הדנה בנושא. עוד יצוין כי בנוגע לאוכלוסיה זו הותקנו לאחרונה תקנות המעניקות לה זכות לקבל את מלוא השירותים הכלולים בסל שירותי הבריאות כפי שהוא מוגדר בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ובכפוף לתשלום דמי ביטוח בריאות מיוחדים כקבוע בתקנות (תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופת חולים, זכויות וחובות של מקבלי היתר שהייה לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003), התשע"ד-2014).

22. בחלק הכללי של דו"ח הוועדה צוין כי שאלת אחריות המדינה לצרכיו הרפואיים של הפרט נחלקת להיבט השימוש במקורות מימון ציבוריים ולשאלת אופן אספקת השירות. הודגש כי הערבות ההדדית הקיימת בין תושבי המדינה ורמת המחויבות של המדינה לתושביה, העומדים בבסיס הזכויות הסוציאליות, שונה ממידת מחויבותה לקבוצות או פרטים השוהים במדינה במעמד אחר. זיקתם של האחרונים למדינה אינה יציבה, מתבססת על נסיבות בנות חלוף, ואינה משקפת את רמת הזיקה והמחויבות של תושבים אשר קשרו את גורלם למדינה ונושאים בחובות אזרחיות שונות, ושהמדינה עצמה מוכנה לאפשר להם אופק שהייה ממושך ויציב בה, לפי מדיניות ההגירה וההתאזרחות שלה.

23. הוועדה מיפתה אשכולות של תתי-סוגיות בבחינת הסוגיה הכללית של מתן שירותי בריאות עבור אוכלוסיות שונות שאינן במעמד תושב. האשכול הראשון עוסק בהסדרת הנושא בידי המדינה. במסגרת זו ישנן שלוש קבוצות שיקולים: האחת, שיקולים שעניינם מאפייני הפרט או קבוצת האוכלוסייה הנידונה. במסגרת זו תיבחן חוקיות השהייה בישראל, זיקה נמשכת למדינת ישראל או למדינת המקור ואופק שהייה משמעותי בישראל, מחויבות לפי אמנות או מוסכמות בינלאומיות, וקיומן של אלטרנטיבות סבירות מחוץ לישראל; הקבוצה השנייה של השיקולים עניינה בהשפעות רוחב מערכתיות. כך תיבחן העלות הציבורית, ההשפעה על בריאות הציבור, וכן תיבדק מניעתם של תמריצים לניצול לא ראוי של מערכת הבריאות הציבורית בישראל; קבוצת השיקולים השלישית תבחן את המענה הקיים כיום עבור אותה אוכלוסייה ללא התערבותה של המדינה או בהתערבות מוגבלת. האשכול השני עניינו באופי ההסדרה. במסגרת זו נבחנת האפשרות לרגולציה מטעם המדינה, וכן האם קיימת הצדקה למימון מלא או חלקי של המדינה. האשכול השלישי בוחן את היקף הכיסוי הרפואי. בגדרו נבחנות השאלות האם ניתן להסתפק במנגנונים הקיימים, אם התשובה לכך שלילית, לאילו שירותים נוספים יש להרחיב את ה"סל" ובאילו תנאים, האם יש מקום לזיקה כלשהי לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, האם יינתן כיסוי למחלות מהן סבל הפרט עוד טרם כניסתו לישראל, האם יש מקום להנהיג תקופת אכשרה ומה משכה. האשכול

הרביעי והאחרון עוסק בחובות הפרט המבוטח. שני הנושאים העיקריים שנכללו בו הם חוקיות השהייה בישראל והשתתפות בנטל הכספי הכרוך במימון של הזכויות החברתיות הנידונות.

24. בחלק העוסק באופן ספציפי באוכלוסיית העובדים הזרים המליצה הוועדה שלא לשנות מההסדר הנורמטיבי הקיים מלבד המלצות לשינויים ספורים וממוקדים בצו עובדים זרים. הוועדה סברה כי ההסדר הסטטוטורי הקיים מעגן מדיניות ראויה לפיה על המדינה לבצע רגולציה ציבורית מטעמה המסדירה את פוליסת ביטוח הבריאות בה יכוסה עובד זר, אך לא להשתתף בעלויות הביטוח במימון ציבורי. הוועדה עמדה על כך שהיקף השירותים על פי צו עובדים זרים הותאם לצרכיו הטיפוסיים של העובד בתקופת העבודה, שהיא מטבעה מוגבלת בזמן ובמטרה. הוועדה לא ראתה מקום להבחין בין עובדים לפי משך השהייה שלהם בישראל מאחר שהסל מותאם גם למשך שהייה ממושך. עוד ציינה הוועדה שלטעמה ההסדר עונה על הרציונאל לפיו עלויות ההסדר אמורות לחול בעיקרן על המעביד, שכן אין הצדקה שתושבי המדינה הם שישאו בעלויות העסקת עובדים זרים, וראוי להטיל את העלות על הנהנים העיקריים מהביטוח, דהיינו העובד ומעסיקו. לאור היעדר אופק זיקה קבועה לישראל, סברה הוועדה כי אין מקום לאמץ בנוגע לעובדים הזרים עקרונות נוספים העומדים ביסוד חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לרבות נושא הערכות ההדדית בין כלל המבוטחים שהינם תושבי המדינה.

25. הוועדה בחנה אף מספר סוגיות ספציפיות הנוגעות לביטוח הבריאות של עובדים זרים. צו עובדים זרים קובע סעיף החרגה שמאפשר לחברת הביטוח לא ליתן לעובד הזר שירותים רפואיים שהוא נזקק להם מחמת מצב רפואי שקדם להצטרפותו לביטוח, וזאת במשך שלוש שנים מיום ההצטרפות לביטוח. יצוין כי באשר לתושבי ישראל קיימת הנחיה של המפקח על הביטוח המגבילה אפשרות להחרגה בגין מצב רפואי קודם לשנה בלבד מיום ההצטרפות לביטוח. למרות זאת סברו חברי הוועדה כי יש הצדקה להבחנה זו, שכן בקרב אוכלוסיית העובדים הזרים קיים קושי מובנה הנעוץ בחוסר היכולת של המבטח לבדוק במהלך תקופת הביטוח את קיומה של בעיה משמעותית הנובעת ממצב בריאותי קודם. זאת, עקב העדר גישה לתיקים הרפואיים בחו"ל ובשל הקשיים הכרוכים באימות המידע שנמסר מפי העובד. דעת מיעוט שהובעה בקרב חברי הוועדה הציעה להעמיד את סעיף ההחרגה עבור עובדים זרים על שנתיים בלבד, וזאת, בין היתר, בשל החשש לניצול סעיף זה לרעה על ידי חברות הביטוח, ובשל תקופת הזמן המוגבלת בה נמצאים עובדים זרים בישראל. דעת הרוב, עם זאת, המליצה להותיר את הסעיף כמות שהוא כיום.

26. הוועדה הוסיפה ובחנה שתי החרגות נוספות הקיימות בצו, במקרה של תאונת דרכים ובמקרה של תאונת עבודה. לעניין תאונת דרכים המליצה הוועדה להסיר החרגה זו, הקבועה בסעיף 4(א)(4)(א) לצו, שכן היא יוצרת מצב בו הנפגע יאלץ לממן את הטיפולים מכיסו כל עוד חברת הביטוח האמורה לכסות את הוצאות התאונה לא נטלה על עצמה אחריות זו. לעומת זאת, בהיעדר החרגה כזו ימומנו הטיפולים מכיסה של חברת הביטוח על פי הצו, שתוכל לתבוע לאחר מכן את הוצאותיה מהמבטח האחראי בגין התאונה. באשר להחרגה הנוגעת לתאונת עבודה סברה הוועדה כי יש להותירה על כנה, שכן עובד זר שנפגע בתאונת עבודה זכאי לסל שירותים וטיפולים מכוח חוק הביטוח הלאומי. כמו כן מצאה הוועדה כי בפועל עובד שהגיש תביעה להכיר בו כנפגע עבודה אך טרם הוכר ככזה, מקבל שירות מקופות החולים.

27. עוד המליצה הוועדה על תיקון בנושא הרציפות הביטוחית. בהתאם לסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, לעובד זר שהסתיימה העסקתו קיימת תקופה בת 90 יום למציאת מעסיק חלופי, שאם לא כן הוא צפוי לביטול האשרה שקיבל. לעומת זאת, הנוהג הוא כי הביטוח הרפואי של העובד פוקע לאחר 30 עד 60 יום מיום סיום יחסי העבודה. המשמעות היא שנותרת תקופת זמן בה העובד הזר אינו מבוטח בביטוח רפואי. יצוין כי צו עובדים זרים כלל לא מתייחס לסוגיה זו. לפיכך המליצה הוועדה להעמיד את תקופת הזמן בה מבוטח העובד לאחר סיום העסקתו על 90 יום על מנת לא לקטוע את הרצף הביטוחי.

28. באשר לזכויות סוציאליות מכוח חוק הביטוח הלאומי, הוועדה לא ראתה לנכון להמליץ על התקנת תקנות מכוח סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי, וסברה כי די בזכויות הקיימות כיום עבור עובדים זרים אשר מגלמות הענקת זכויות סוציאליות בגין זיקת העבודה: בענף נפגעי עבודה, הכולל דמי פגיעה, קצבת נכות מעבודה וטיפול רפואי חינוך בגין תוצאת הפגיעה; ענף פשיטת רגל; וענף ביטוח אימהות.

29. ביום 12.9.12 ביקשנו מהמשיבים להודיע אם נכונים הם כי המבוקש בעתירה יחול על עובדים זרים הנמצאים כדין בישראל מעל עשר שנים רצופות. בעקבות כך התכנסה הוועדה והגישה חוות דעת משלימה בסוגיה זו. הוועדה סברה כי לעניין עובדים זרים המבחן הפורמאלי לקביעת תושבות הקבוע בסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי מתיישב עם המבחן המהותי של ההלכה הפסוקה לקביעת תושבות קודם לתיקון החקיקתי שהתקבל בשנת 2002. הוועדה ציינה כי אופי שהייתם של עובדים בענף הסיעוד השוהים בישראל למעלה מעשר שנים אינו מאבד מזמניותו, ואופק

שהייתם מוסיף להיות מוגבל ותלוי בהמשך חייו של המטופל. הוועדה סבורה כי יש לתת משקל משמעותי לא למכלול תקופת השהייה, אלא לתוחלת שהייתו של השוהה ואופי זיקתו לישראל ולמדינת המוצא. עוד מציינת הוועדה כי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו מאפשר הטלת חובת מימון על המעסיק, ולפיכך הסדר על פי חוק זה יחייב את המדינה לשאת בנטל המימון (כ-50%) או להטיל על המבוטח עצמו נטל מימון גבוה. הוועדה אף הביעה חשש כי הסדר לפי סעיף 56 יקשה במימוש הסייגים הקיימים כיום בביטוח הפרטי, כגון הפסקת הביטוח הרפואי במצבים בהם העובד אינו כשיר עוד לעבודתו. הוועדה עמדה על כך שהסדר לפי סעיף 56 גורר הכרעות תקציביות עקרוניות שיש לתת עליהן את הדעת, ואשר לא ניתן יהיה לשלב במסגרתו את השתתפות המעביד, שהוא הנהנה העיקרי מעבודתו של עובד הסיעוד. עם זאת הציעה הוועדה שיפור נוסף בהסדר הקיים, אשר יחייב את הלשכות הפרטיות, האמונות על הבאת עובדים בתחום הסיעוד לישראל, להסדיר את הביטוח הרפואי לעובדים זרים כל זמן שהותם בישראל, וזאת כחובה חלופית או מקבילה או משלימה לזאת של המעביד.

30. המשיבים עדכנו את בית המשפט, ביום 17.11.13, כי המלצות הוועדה, כולל ההמלצות המשלימות, הובאו בפני שרת הבריאות, שר האוצר ושר הרווחה, וכי השרים החליטו על אימוץ המלצות הוועדה. אעיר, עם זאת, כי למיטב ידיעתי, עד למועד כתיבת פסק הדין לא בוצעו התיקונים שהומלצו על ידי הוועדה בעניין אוכלוסיית העובדים הזרים. מכל מקום לא התקבלה כל הודעה מטעם מי מהצדדים בעניין.

ביום 18.11.13 קיימנו דיון ושמענו את טענותיהם המשלימות של הצדדים. הגיעה עת ההכרעה.

טענות הצדדים

31. העותרת מבקרת את דו"ח הוועדה וטוענת כי הוועדה נמנעה מלדון בעניינה המובחן של קבוצת עובדי הסיעוד השוהים שנים ארוכות בישראל, ואף לא נדרשה לתשתית עובדתית הנוגעת לקבוצה זו. העותרת סבורה כי ניתוח עניינם של עובדים אלו בהתאם לשיקולים שהזכירה הוועדה מוביל לתוצאה שונה מזו של הוועדה. לטענת העותרת, מצב הדברים הנוכחי מביא לפגיעה אסורה בזכויות יסוד, בראשן הזכות לכבוד ולקיום אנושי בכבוד, וכן בזכות לבריאות ולביטחון סוציאלי. כן סבורה העותרת כי המצב הנוכחי משמר במעמד נחות קבוצת בני אדם השוהה בישראל שנים ארוכות כדין. העותרת מפרטת את כשליו המרכזיים של הביטוח הרפואי הפרטי, לטענתה, בהגנה על זכויות יסוד. העותרת טוענת כי ההסדר הנוכחי חורג ממחויבויותיה

הבינלאומיות של ישראל, ומהווה חריגה קיצונית מהנהוג במדינות העולם הראשון הקולטות הגירת עבודה.

32. המשיבים טוענים כי הענקת מעמד של תושבות בעלת אופק שהייה יציב וקבוע טומנת לא רק זכויות בצידה אלא גם חובות. לפיכך, לטעמם, אין להשקיף על התושבות כעניין פיזי-טכני, אלא יש לבחנה בחינה מהותית על כלל נפקויותיה החוקיות. התושבות מושתתת בין השאר על הזיקה הקיימת שבין התושב למדינה. לטענת המשיבים זיקה זו אינה מתקיימת בעובדים זרים, אשר שהייתם בארץ מעצם טבעה זמנית וטעונה אישור והסכמה של המדינה הריבונית. המדינה טוענת כי יש לכבד את קביעתו של המחוקק אשר הוציא במפורש מתחולת הגדרת תושב את העובדים הזרים. החרגה זו לצד ההסדר שחוקק בחוק עובדים זרים, משמיעה, כך נטען, כי המחוקק נתן דעתו לסוגיה וכי אין להתערב בהסדר החל כיום.

33. המשיבים מוסיפים וטוענים כי חוקי היסוד אינם חלים מפורשות על נתינים זרים, ולפיכך יש לנקוט משנה זהירות בעיצוב היקפה של ההגנה הניתנת להם מכוח חוקים אלו, במיוחד כאשר מדובר בזכויות חברתיות. נטען כי אין עוגן חוקתי לחובה להנהיג ביטוח בריאות ממלכתי במימון ציבורי כלפי תושבי הארץ, ומקל וחומר שאין עוגן לחובה כזאת כלפי נתיני זר. כך נטען גם לגבי זכויות ביטחון סוציאלי. לטענת המדינה במצב המשפטי הקיים מוגשמת זכות העובד הזר לנגישות לשירותי בריאות באמצעות הסדרה ציבורית, קרי, חוק עובדים זרים והצו שהותקן מכוחו.

34. לבסוף מפרטים המשיבים מגוון השלכות של הסעדים הנדרשים בעתירה. כך נטען כי בעת הגשת הדו"ח המשלים היו 1,783 עובדים זרים מעל עשר שנים בישראל, והפוטנציאל לגידולה של אוכלוסיה זו רב. החשש, אם כן, הוא להטלת נטל התקצוב לביטוח הרפואי על המדינה, נטל שכיום חל בעיקר על המעביד. זאת, במיוחד בהתחשב בכך שמדובר באוכלוסיה שכבר אינה צעירה בהינתן שהותה הממושכת בישראל. עוד הביעה המדינה חשש כי הקניית זכות לביטוח רפואי גם בגין התקופה בה איבד העובד הזר את כושר עבודתו מחמת מצבו הרפואי, או הקניית זכויות סוציאליות ארוכות טווח, יש בהן כדי לעודד הגירה רפואית או ממניעים כלכליים בהיקפים נרחבים. המדינה מציינת כי הוגשו תלונות ספורות בלבד של עובדים זרים בעניין הביטוח הרפואי, ורק בחלק קטן מאוד נמצא שיש הפרות של חוקי העבודה בעניין.

35. בטרם אפתח בבחינת הדברים ברצוני למקד את הדיון תוך הבהרת שני דגשים: ראשית, הסוגיות שבפנינו ידונו תוך התייחסות לעובדים סיעודיים אשר שוהים בישראל תקופה ארוכה, שכן לכך פוונה במפורש העתירה שבפנינו. אין העתירה עוסקת כלל בזכויותיהם של עובדים זרים הנמצאים תקופה קצרה בישראל. יוער בהקשר זה כי פסק דין זה אינו מכריע בסבירותם, חוקיותם או חוקתיותם של ההסדרים החלים על עובדים זרים בכל הנוגע לעובדים שאינם בעלי זיקה חזקה לישראל ואשר שוהים בה תקופות קצרות. שנית, העתירה העלתה שתי סוגיות הנוגעות לעובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל. האחת עניינה בביטוח בריאות, והשניה עניינה בזכויות ביטחון סוציאלי. עם זאת, מירב טיעוני העותרת התמקדו בסוגיה הראשונה. הטענות הנוגעות לביטחון הסוציאלי נטענו באופן לקוני וכוללני, מבלי להתייחס פרטנית לזכויות השונות הכלולות במונח זה (ראו בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 333-334 (2004) (להלן: עניין עמותת רופאים)). בהיעדר תשתית מפורטת בעתירה אין ביכולתנו להידרש לסוגיה זו ולהעניק בנוגע אליה סעד. אך מובן כי העותרת תוכל להגיש עתירה נפרדת ומפורטת יותר בסוגיה זו. אשר על כן אתייחס להלן לסוגיית ביטוח הבריאות עבור עובדים זרים הנמצאים תקופה ממושכת בישראל.

36. על מנת להקל על הקורא אפרוש תחילה את מתווה הדיון שיערך להלן. תחילה אעמוד על שתי שאלות מקדמיות: ראשית, מהן גדרי התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות המבצעת והאם יכול הוא ליתן סעד של התקנת חקיקת משנה. שנית, אעמוד על סעיפי החוק הרלוונטיים לסוגיה, אנסה לפרש אותם בהתאם ללשונם ותכליתם, ואבקש לבחון את הטענה לפיה סעיפים אלו מונעים את מתן הסעד הנדרש בעתירה. מן הפרוודור נוכל לעבור אל הטרקלין. על מנת להכריע בעתירה אפרוט את שלושת השיקולים המרכזיים הרלוונטיים לטעמי: האחד עניינו זיקתם לישראל של עובדים סיעודיים שוהים בארץ תקופה ארוכה; השני עניינו הזכות לבריאות, היקפה וחשיבותה. במסגרת זו יהיה עלינו לחדד את ההבדלים בין שירותי הבריאות המוענקים לתושבי ישראל לאלו המוסדרים עבור העובדים הזרים; השיקול השלישי עוסק באינטרסים ציבוריים, אשר העיקרי בהם הוא השיקול התקציבי. לאחר עמידה על שיקולים אלו נוכל לסכם את הדיון בבחינת האיזון שנערך על ידי המשיבים בין שיקולים אלו, והאם איזון זה נופל במתחם הסבירות הנתון לרשות המבצעת. כמו כן נעביר שיקולים אלו גם במבחי המידתיות הנלמדים מפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחינות אלו תובלנה אותנו אל השורה התחתונה, היא שורת הסעד.

37. חקיקת משנה, ככל מעשה מינהלי, נתונה לביקורת שיפוטית. פסיקת בית משפט זה הגבילה התערבות זו למקרים בהם מתגלה אי סבירות מהותית או קיצונית, וכאשר לא ניתן לתקן את אי הסבירות באופן אחר. יש לזכור כי בית המשפט אינו נכנס בנעליה של הרשות ואינו מחליט במקומה. לפיכך נתון לרשות מתחם סבירות שבתוכו רשאית היא לפעול בהתאם לשיקול דעתה. עם זאת, אם חרגה הרשות ממתחם זה, הרי שתתחייב התערבות שיפוטית (בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסקה 65 לפסק דיני (23.9.07) (להלן: עניין דורון, טיקוצקי); בג"ץ 471/11 חן המקום בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה, פסקה ל' (23.4.12); עע"ם 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פסקה 16 לפסק דיני (6.10.09) (להלן: עניין נאמן)). במסגרת בחינת סבירות שיקול דעתה של הרשות המינהלית יש ליתן את הדעת לשאלה האם שקלה הרשות את כלל השיקולים הרלוונטיים; האם לקחה בחשבון את כל הנתונים הצריכים לעניין; והאם נתנה משקל ראוי לכל אחד משיקולים אלו והגיעה לנקודת איזון ראויה (עניין דורון, טיקוצקי, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין קו לעובד השני, פסקה 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). יצוין כי מתחם הסבירות הנתון לרשות הינו רחב יותר בכל הנוגע להחלטות כלכליות או תקציביות:

"אכן, לממשלה שיקול דעת רחב בהתוויית המדיניות הכלכלית בהתאם לראייתה את צרכי המדינה והמשק, סדרי העדיפויות, שיקולי תקציב ומכלול ההיבטים הנוגעים לעניין. התערבות בעניינים שבמדיניות כלכלית יכול שתהיה לה השלכה ממשית על יציבות המשק ומשכך מדובר בנושא שהרשויות המופקדות עליו - הכנסת והממשלה - הן שיעצבוהו והן גם שתישאנה באחריות הציבורית לתוצאותיו" (עניין דורון, טיקוצקי, פסקה 66 לפסק דיני; כן ראו פסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

עוד יוער כי בשנים האחרונות התפתח ביתר שאת השימוש בעילת המידתיות לבחינת החלטות המינהל הפוגעות בזכויות. עילת המידתיות עוסקת למעשה אף היא בשאלה של סבירות- סבירות האמצעי הנבחר על ידי הרשות המינהלית (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – כרך ב' 784 (2010) (להלן: ברק-ארז)). העילה מבוססת על מבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מתבקשת בחינה של עילה זו בעיקר מקום בו ישנה התנגשות בין זכויות לבין אינטרס ציבורי, אך יש שסוברים כי השימוש בה יכול שיהיה רחב יותר (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 54 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ברק-ארז, בעמ' 785-784).

38. כפי שצויין, סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מאפשר לשר הבריאות לקבוע הסדרים מיוחדים בעניין מתן שירותי בריאות גם למי שנמצא בישראל ואינו מבוטח לפי חוק זה. הסעיף משתמש בלשון "רשאי", דהיינו מעניק לשר הבריאות סמכות שברשות להתקין תקנות. עם זאת, נפסק כי "סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה, באופן היורד לשורשו של עניין" (בג"ץ 3094/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 25 לפסק דינו של השופט לוי (6.8.09); בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 759 (2000) (להלן: עניין מכבי); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993)). יש להדגיש כי הסמכות שברשות עשויה להפוך לסמכות שבחובה רק בנוגע לנסיבות קונקרטיות ולא באופן כללי (ראו בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21-22 (1996); יצחק זמיר הסמכות המינהלית – כרך א' 322-323 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: זמיר)). פסיקה כזו תלויה בקביעה ששיקול הדעת של הרשות באי הפעלת סמכותה הופעל משיקולים זרים, בחוסר סבירות וכדומה. וכך ציין הנשיא שמגר:

"אולם, גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 419).

לפיכך גם בנוגע לאי הפעלת סמכות הרשות במקרה שבפנינו להתקין הסדרים מיוחדים יש לבחון האם נשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים, כי לא נשקלו שיקולים זרים, וכי יוחס לשיקולים השונים המשקל הנכון (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 420; כן ראו זמיר, בעמ' 324-325 הסבור שישנו הבדל בהיקף הביקורת השיפוטית על סמכות חובה מול סמכות רשות. באשר לסמכות רשות יש לבחון, לטעמו, האם נפל פגם בשיקול הדעת של הרשות המינהלית ותו לא).

39. יש להעיר כי בעניין שבפנינו מבוקש סעד שיורה לשרים הרלוונטיים להתקין תקנות, וזאת בניגוד למקרים אחרים בהם מבוקשת ביטולה או שינויה של תקנה. עם זאת, פעמים רבות אין הבדל ממשי בין הפעלת סמכות לאי הפעלת סמכות המצדיקה הפעלת ביקורת שיפוטית מצומצמת או רחבה יותר (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון,

בעמ' 419; על התפתחות הפסיקה בסוגיה זו ראו ברוך ברכה משפט מינהלי – כרך ראשון 177 ואילך (1997) (להלן: ברכה)). מכל מקום, יתכן כי אופי הסעד בשני המקרים יהיה שונה. בעוד שכאשר מדובר בביטול תקנה או שינויה ינתן בדרך כלל סעד קונקרטי וברור, הרי שבחייב להתקין תקנה נראה שבדרך כלל לא יכלול הסעד את תוכן התקנה, אלא רק קווים מנחים שכן אין בית המשפט מפעיל בעצמו את שיקול הדעת הנתון לרשות המינהלית (ראו זמיר, בעמ' 325; ברכה, בעמ' 186). לסיכום, "ההבחנה בין מעשה לבין מחדל - שהיא קשה כשלעצמה - אינה רלוואנטית לעניין הפעלת שיקול הדעת, שכן בזו כמו בזו, בהתקיים התנאים הנחוצים לכך, חייבת הרשות המינהלית לפעול, אם כי מרחב הפעולה שלה הוא שונה" (השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 34 (1983)).

לשון ותכלית החקיקה

40. קיימות מספר הוראות חוק הרלוונטיות לעניין שבפנינו, אשר המשיבים סבורים כי הן מצביעות על כוונת המחוקק שלא להתקין הסדר מיוחד עבור עובדים זרים המקיימים זיקה חזקה לישראל. תחילה טוענים המשיבים בנוגע לסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, אשר בהתאם לתיקון שנערך בו בשנת 2002 מחריג למעשה עובדים זרים מהגדרת תושבות. כזכור, הגדרה זו חלה גם על הזכויות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. לטענת המשיבים, אילו חפץ המחוקק להחריג קבוצות של בעלי אשרת עבודה מסעיף 2א לחוק, על פי משך שהייתם למשל, יש להניח כי היה עושה כן במפורש. טענה זו אין בידי לקבל.

41. המחוקק התווה בסעיף 2א את המסגרת הכללית להגדרת תושב לצורך חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי. הסעיף מנוסח על דרך השלילה, דהיינו מחריג מהגדרת התושבות קבוצות אוכלוסיה מסוימות, אך לא מגדיר פוזיטיבית מיהו תושב. על מנת להיות מוגדר כתושב יש לעבור שתי משוכות: האחת, לא להיכלל בהחרגות הקבועות בסעיף; והשניה, בחינה עובדתית של מכלול הנסיבות לגבי מקום מגוריו הקבוע והרגיל של אדם ומרכז חייו בהתאם לפסיקת בתי הדין לעבודה ובית משפט זה. על אף זאת, הוסיף המחוקק בשני החוקים האמורים סעיפים המאפשרים למחוקק המשנה לקבוע הסדרים מיוחדים גם למי שאינו מבוטח, למשל, לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. הסדרים אלו, מן הסתם, מיועדים עבור קבוצות אוכלוסיה השוהות בישראל ואינן נכללות בהגדרת התושבות, בין אם מאחר שהוחרגו מהגדרה זו על פי סעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, ואם משום שמהותית לאחר בחינת נסיבותיהן לא היו נחשבות כתושבים. משכך, לא ניתן לקבל את טענת המדינה לפיה המחוקק לא

התכוון לאפשר למחוקק המשנה לחרוג מההחרגות הקבועות בסעיף 2א. קבלת טענה זו היתה מעקרת במידה רבה את משמעותו של סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

42. אף בחינה פרטנית של הסוגיה שלפנינו מובילה לאותה מסקנה. התיקון לסעיף 2א אשר יצר את החרגת העובדים הזרים נחקק בשנת 2002. לאחר מכן, בשנת 2003, תוקן חוק הכניסה לישראל באופן שאיפשר שהותו של עובד זר בישראל עד חמש שנים ועובד סיעוד עד שבע שנים וחצי. רק בשנת 2004 התקבל התיקון שפתח את האופציה לשהיית עובד סיעוד בישראל ללא הגבלת זמן של התקופה הכוללת (ראו פסקאות 4, 5 לעיל). המשמעות היא שבעת תיקון סעיף 2א והחרגת עובדים זרים מהגדרת תושבות, לא עמדה בפני המחוקק תמונה של עובדים זרים השוהים בישראל תקופות זמן ממושכות מעבר לשנתיים. בדיוק לשם כך נועדו סעיפים כדוגמת סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. השינויים הדינמיים במציאות מחייבים תגובות דינמיות שאינן מתאפשרות לרוב במסגרת חקיקה ראשית. לשם כך הוסמך מחוקק המשנה לתת מענה ייחודי לתת-קבוצות אוכלוסיה אשר מוצדק להכליל אותן בהגדרת התושבות על אף שאינן כלולות בה לפי החוק הקיים.

43. תכליתו של סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי תומכת לטעמי בניתוח האמור. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע הסדרים ביחס לאחת הזכויות הבסיסיות והחיוניות לאדם - הזכות לבריאות. אנשים השוהים בישראל ואינם נכנסים לגדרו של החוק מצויים במצב בו יש חשש כי לא יוכלו לממן שירותים וטיפולים לבעיותיהם הרפואיות. אמנם, כנזכר לעיל, הם יהיו זכאים לקבלת טיפול רפואי במצב חירום, אך מדובר במקרים מצומצמים וגם בגינם לכאורה ניתן לחייבם לשלם בדיעבד (עם זאת יתכן שבפועל לא נדרש תשלום כזה - ראו כרמל שלו בריאות, משפט וחכויות האדם 90 (2003) (להלן: שלו)). התוצאה במצב דברים זה עלולה להיות קשה מבחינת זכויות היסוד של מי שמשתייך לאותן אוכלוסיות. מובן כי המדינה אינה מחויבת להסדרה ולמימון של ביטוח בריאות ממלכתי עבור כל אוכלוסיה שכזו, וגם לכך אדרש בהמשך הדברים. עם זאת, כאשר הבסיס לזכאות הוא תושבות, וכאשר ישנן אוכלוסיות אשר אינן נכנסות להגדרת תושב, אך יש להן מאפיינים הדומים לתושבות או "כמעט תושבות", סבר המחוקק כי יש מקום לבחון לגביהן אפשרות להסדרים מיוחדים אשר יאפשרו להן לממש את זכותן לבריאות בהיקף דומה או כמעט זהה לזה של תושבי הארץ.

44. לסיום אוסיף כי עמדת המשיבים בסוגיה מקבילה היתה שונה מזו שהוצגה בפנינו. הוועדה הבינמשרדית שבחנה את העניין הנידון בפנינו בחנה במקביל גם את

עניינה של קבוצת השוהים בישראל מן האזור לצורך איחוד משפחות, אשר שוהים בישראל כדין ומקבלים היתרי מת"ק. קבוצה זו אף היא מוחרגת מהגדרת התושבות בסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי. למרות זאת, החליטו המשיבים, על בסיס המלצות הוועדה, להתקין תקנות על בסיס סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי עבור קבוצה זו. בכך למעשה הביעו המשיבים את עמדתם המעודכנת כי ניתן לחוקק תקנות על פי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי גם בנוגע לתתי-קבוצות המוחרגות מפורשות מהגדרת התושבות שבסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי (ראו הודעה מעדכנת מטעם המשיבים מיום 15.1.14 בבג"ץ 2649/09).

45. טענה פרשנית נוספת של המשיבים נוגעת לסעיף 1ד(ד) לחוק עובדים זרים. סעיף 1ד קובע כזכור את חובת המעביד להסדיר לעובד הזר ביטוח רפואי. בהמשך קובע סעיף 1ד(ד):

הוראות סעיף זה יחולו כל עוד לא קבע שר הבריאות הסדרים מיוחדים לעובדים זרים לפי סעיף 56(א)(1)(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

המשיבים סבורים כי גם סעיף זה מצביע על כך שהמחוקק נדרש לאוכלוסיית העובדים הזרים והחליט כי יונהג לגביה הסדר ייחודי מכוח חוק העובדים הזרים, ולפיכך אין מקום כי מחוקק המשנה יתקין הסדר שונה לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. טענה זו אף היא אין לקבל. ראשית, דווקא סעיף 1ד(ד) מצביע על כך שהמחוקק לא ראה לנכון ליצור הסדר סגור והרמטי לעניין הסדרי הבריאות לעובדים זרים, שאם לא כן לא היה פותח פתח לאפשרות התקנת תקנות בנוגע לאוכלוסיה זו בהתאם לסעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. הפתח שהושאר מצביע על כך שהמחוקק ראה בחיוב אפשרות של התערבות מחוקק המשנה בסוגיה זו למצער באשר לתת קבוצה של אוכלוסיית העובדים הזרים. שנית, סעיף 1ד לחוק עובדים זרים חוקק בשנת 2000, דהיינו לפני התיקונים בחוק הכניסה לישראל שהאריכו את תקופת שהותם הפוטנציאלית של עובדי סיעוד ללא הגבלת זמן, בתלוי בהמשך חייו של המטופל בידיהם. כפי שצוין בנוגע לסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי המשמעות היא שהמחוקק ראה לנגד עיניו בחוקקו את סעיף 1ד עובדים זרים אשר שהותם בישראל מוגבלת לשנתיים בלבד. מכאן שלא ניתן לומר כי המחוקק נתן דעתו לסוגיית העובדים הסיעודיים בעלי זיקה חזקה לישראל.

46. המסקנה מדברים אלו היא כי סעיפי החוק הרלוונטיים מאפשרים קביעת הסדרים מיוחדים בנוגע לביטוח בריאות לעובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל. יוער,

עם זאת, כי כתחליף לקביעת הסדרים מיוחדים לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ניתן לתקן את צו עובדים זרים כך שיחיל הסדרים שונים בעניין ביטוח הבריאות עבור עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל. עם זאת, עלינו לבחון מהם השיקולים בסוגיה זו, האם האיזון ביניהם מוביל למתחם סבירות הכולל את התוצאה אליה הגיעו המשיבים, והאם האמצעי שנבחר על ידם עומד במבחני המידתיות. נראה כי ישנם שלושה שיקולים מרכזיים אותם יש לבחון בסוגיה שבפנינו: שאלת הזיקה לישראל של העובדים הסיעודיים השוהים בישראל תקופה ארוכה; זכותם של עובדים אלו לבריאות, היקפה ותוכנה; ושיקולי תקציב ואינטרסים ציבוריים. נפנה כעת לבחינת שיקולים אלו.

זיקה לישראל

47. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר נחקק בשנת 1995, שינה במובנים רבים את מערכת הבריאות בישראל. בניגוד לעבר, שאז הצטרפות לביטוח רפואי ולחברות בקופת חולים היתה וולונטרית, עיגן החוק ביטוח בריאות חובה לכל תושבי המדינה וחובת רישום לקופת חולים (ראו דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל", משפט ועסקים ו 249 (תשס"ז)). החוק מפרט את מקורות המימון לאספקת שירותי הבריאות הקבועים בחוק על ידי קופות החולים. מקורות המימון כוללים, בין היתר, תשלום של המבוטחים וכן תקציב המועבר מהמדינה (ראו סעיף 13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). דמי הביטוח המשולמים על ידי המבוטחים תלויים ביכולתם הכלכלית ומחושבים בשיעורים פרוגרסיביים המוגבלים בתקרה מירבית לתשלום. את השירותים הרפואיים, עם זאת, מקבל כל מבוטח בהתאם לצרכו ללא תלות בגובה התשלום (ראו בג"ץ 11044/04 סולומטין נ' שר הבריאות, פסקה 20 (27.6.11) (להלן: עניין סולומטין)); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 (28.7.08) (להלן: עניין לוזון)). בכך נותן החוק ביטוי לעיקרון הערבות ההדדית עליו הוא מבוסס (ראו סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; עניין לה"ב, פסקה 59).

48. חוק ביטוח בריאות ממלכתי חל על תושבי ישראל. מובן כי מדינת ישראל אינה יכולה ואינה חייבת לשאת בעלות התקציבית של החלת חוק זה על כלל המצויים בשטחה. כמו כן אין מקום לכך שהמבוטחים בעלי זיקה חזקה לישראל יסבסדו בתשלומיהם צרכים רפואיים של אנשים השוהים בישראל לזמן מוגבל. עיקרון הערבות ההדדית והתקציב המוגבל מחייבים, אם כן, את תיחום תחולת החוק לבעלי זיקה חזקה לישראל, דהיינו תושבי ישראל. עמדה על כך השופטת פרוקצ'יה בעניין סולומטין:

“בהינתן המשאבים התקציביים המוגבלים שבידי המדינה, אך טבעי הדבר כי עיקר אמצעי המימון מופנים לסיפוק צרכיהם של התושבים הקבועים במדינה, אשר גורלם נקשר דרך-קבע עם הארץ, והם מקיימים זיקה מתמשכת עימה. הזכאות לביטחון סוציאלי ורפואי כרוכה בעלויות תקציביות משמעותיות. במציאות שבה משאבי המדינה בכלל, ומשאבי מערכת הבריאות בפרט, הינם מוגבלים, קיים צורך, וקיימת הצדקה, לנתבם בהתאם לסדרי עדיפויות שונים, אשר מטבעם, אינם מאפשרים לענות על מלוא הצרכים של כל הנזקקים לשירותי בריאות. הצורך במערכת עדיפויות בהקצאת האמצעים אינו מתמצה בברירת מהות השירותים הרפואיים שתינתן להם עדיפות על פני שירותים אחרים. היא מתפרשת גם על פני מתן עדיפות לבעלי מעמד בישראל על פני אחרים שמעמדם לא הוסדר” (עניין טולומטין, פסקה 25)

אך מובן הוא כי מערכת הביטחון הסוציאלי, הכוללת אף את ביטוח הבריאות הממלכתי, תעמוד לרשות תושביה הקבועים של הארץ, אשר כלפיהם קיימת למדינה מחויבות גבוהה, ואשר הם נדרשים במקביל לשאת בחובות אותם מטילה המדינה על אזרחיה ותושביה. “ביטחון סוציאלי הינו ביטוח בעל אופי טריטוריאלי. הדבר מובן מאליו, למדינת ישראל יש אחריות לרווחת אזרחיה ותושביה. אחריות זאת נובעת מהזיקה היציבה שבין התושבים המבוטחים לבין המדינה, זיקה היוצרת מחויבות הדדית ביניהם: מחויבות המדינה היא לרווחת תושביה ומחויבות התושבים לתשלום דמי ביטוח ולנשיאה בנטל הביטוח” (סגן הנשיא (כתוארו אז) ס’ אדלר בדב”ע נו/ 0-162 עבאדין – המוסד לביטוח לאומי, פד”ע לב 577, 582-583 (1997); כן ראו עניין טולומטין, פסקה 27; עב”ל (ארצי) 6574-05-10 אבו חרוב – המוסד לביטוח לאומי (18.8.13)). ובעניין אחר אמרתי:

“הפרטים החיים במסגרת הגבולות הגיאוגרפיים של המדינה הם אשר לוקחים חלק ביצירת ההווה בה, בקידום כלכלתה ובפיתוח חיי החברה המתרחשים בה; הם אשר מאפשרים את קיומה בשירות צבאי, בתשלום מסים, במעורבות חברתית ולעיתים אף בעצם ישיבתם בה (ראו יפה זילברשץ “האזרחות: מהי ומה תהיה?” מחקרי משפט טז 55, 78 (2000)). מי שאינו מתגורר עוד דרך קבע בתחומי המדינה אינו נחשף בהווה לאותם סיכונים חברתיים, ביטחוניים ואחרים שלהם נחשפים תושביה, ואינו נושא בנטל ובעול הספציפיים המוטלים עליהם. הענקת זכויות סוציאליות לפרט כזה עלולה ליצור עיוות וחוסר איזון בין אלה היוצרים את התנאים הישירים והעקיפים להענקת ביטחון סוציאלי בעת הזאת, לבין אלו הנהנים מהם. הימצאותו של הפרט תחת חסותה הטריטוריאלית של המדינה והחובות הכרוכות

בכך מכוננות מחויבות מיוחדת מצד המדינה כלפיו, כנאמן הציבור" (ראו רות בן ישראל ביטחון סוציאלי -79 78 (2006)) "עניין נאמן, פסקה 27 לפסק דיני).

49. מיהו תושב? כזכור, אין הגדרה פוזיטיבית בחוק לשאלה מיהו תושב לצורך חוק ביטוח בריאות ממלכתי. עם זאת, הפסיקה פיתחה שורה של מבחנים וקריטריונים לסיווגו של אדם כתושב. מבחנים אלו חלים גם כיום, לאחר חקיקת סעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, אך בכפוף לקבוע בסעיף זה. דהיינו, על מנת שאדם יחשב כתושב יש לבחון שאינו נכנס לגדר אחת האוכלוסיות המתוארות בסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, וכי חלים עליו מבחני הפסיקה להגדרת תושבות. יצוין כי עתירה נגד חוקתיותו של סעיף 2א נדחתה (עניין עמותת רופאים). יוער, עם זאת, כי פסק הדין בעתירה קבע כי ראוי לבחון בכובד ראש הענקת זכויות סוציאליות למי שמקיימים זיקה חזקה לישראל אף שאינם נתפסים בהגדרת התושבות לפי סעיף 2א (שם, בעמ' 333).

50. בבחינת הפסיקה לעניין תושבות יש ליתן את הדעת תחילה לכך שהמונח תושבות יכול להתפרש באופן שונה בהתאם להקשר בו הוא נדרש (ראו ע"א 477/02 גונן נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 8 (29.12.05); עב"ל (ארצי) 386/99 דונייבסקי - המוסד לביטוח לאומי, פסקה 9 (12.12.02) (להלן: עניין דונייבסקי)). "המושג 'תושב', כשהוא לעצמו, מושג מסגרת הוא, ויבואו בו 'תושבים' מ'תושבים' שונים. אכן, יש לו למושג תושב - כמוהו כלמושגים אחרים - משמעות גרעינית, וגרעין משמעות זה ימצא בכל 'תושב' ו'תושב', ואולם, מעבר למשמעות גרעינית זו, צומח לו המושג לכיוונים שונים בהקשרים שונים" (דנ"פ 8612/00 ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(5) 439, 457 (2001)). ענייננו שלנו הוא בהגדרת תושבות לצורך קבלת זכויות סוציאליות, ולפיכך יש להתמקד בפרשנות המונח תושב בהקשר זה. מטרת המחוקק בתחום זה הינה ליתן ביטוי למחויבות החברה להבטיח תנאי מחיה בסיסיים למי שהחברה רואה עצמה מחויבת לקיומו (דב"ע (ארצי) מה/04-73 סנוקה - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יז 79, 83 (1985) (להלן: עניין סנוקה)). על בסיס תכלית זו יש לפרש את המונח תושב.

51. פסיקת בתי הדין לעבודה ובית משפט זה קבעה כי תושב הוא אדם המצוי בישראל שלא כתייר ולא באופן ארעי, מרכז חייו בישראל ומירב הזיקות בענייניו הן לישראל (עניין סנוקה, בעמ' 84; עב"ל (ארצי) 344-09 חלאק - המוסד לביטוח לאומי, פסקה 33 (31.1.13)). נדרשת זיקה יציבה בין המבוטח למדינה, שאין בה מהזמניות, ואשר יוצרת מחויבות של החברה כלפי המבוטח בתחום הביטחון הסוציאלי (דב"ע (ארצי) נד/0-233 המוסד לביטוח לאומי - דדואן, פד"ע כח 103, פסקה 22 (1995)). קביעה זו נעשית על בסיס עובדתי ובחינת מכלול הנסיבות הנוגעות לאותו אדם.

המרכיב הדומיננטי בבחינה זו הינו אובייקטיבי, אם כי ניתן לעיתים משקל מסוים גם לרכיב הסובייקטיבי, דהיינו למקום אליו מרגיש האדם את הזיקה החזקה ביותר (טל גולן וישראל דורון "עלייתה ונפילתה של פרשת חלמיש: "תושבות" והזכות לקצבאות זקנה בעידן של גלובליזציה והזדקנות" משפט וממשל י 637, 653 (תשס"ז) (להלן: גולן ודורון)). נקבע כי אדם יכול וימשיך להיות תושב אף אם הוא נעדר מספר שנים מהארץ, בעוד שאשתו וילדיו ממשיכים לגור בה ובהתאם ליתר נסיבות העניין המעידות על היעדרות זמנית מהארץ (עניין טנוקה, בעמ' 83). עם זאת, בעניין זה יש ליתן את הדעת לסעיף 58 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אשר קובע כללים באשר להגבלת זכותו לפי החוק של תושב ששהה מחוץ לישראל.

52. מבחינת הקריטריונים בהם עושים בתי הדין לעבודה שימוש לצורך קביעת תושבות, עולה כי אחד הסימנים העיקריים והיסודיים להיותו של אדם "תושב" הוא מקום מגוריו בפועל, והאם ניתן לומר עליו כי כאן הוא חי וזהו ביתו (דב"ע (ארצי) נו/286-0 אביוב – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לא 376, 383 (1997) (להלן: עניין אביוב); דב"ע (ארצי) מז/38-0 שוויקי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יט 111, 114 (1987)). מגורים מחוץ לישראל במשך תקופה ממושכת מנתקים את זיקת התושבות לישראל (ראו עניין דונייבסקי, פסקה 16 וההפניות שם). נסיבות רלוונטיות נוספות הן בעלות בנדל"ן; קבלת רישיון עבודה קבוע; עבודה במקום קבוע במשך פרק זמן משמעותי; קשרים כלכליים כגון בעלות ברכב, חשבונות בנק פעילים וחסכונות; זכאות לאזרחות וקבלת זכויות ממדינות אחרות; מקום מגורי המשפחה, בן הזוג והילדים; חיי הקהילה של הטוען לתושבות ותרומתו לקהילה; שפתו וכדומה (עניין אביוב, בעמ' 384; עניין דונייבסקי, פסקה 9; עע"ם 1966/09 עטון נ' שר הפנים, פסקה 19 (22.11.11)); עב"ל (ארצי) 83/06 טייך – המוסד לביטוח לאומי (2.6.09) (להלן: עניין טייך); גולן ודורון, בעמ' 653 ואילך). יצוין כי בית הדין לעבודה לא שלל אפשרות של תושבות כפולה בעידן הגלובליזציה (עניין טייך, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת נ' ארד). כן יוער כי ביקור בני משפחה בחו"ל אין בו כדי להמעיט מהזיקה לישראל (עניין טייך, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת נ' ארד).

53. דומה כי עובדי סיעוד השוהים בישראל תקופה משמעותית עונים על רבים מהקריטריונים שנקבעו בפסיקה לבחינת תושבות. מקום מגוריהם הקבוע הינו בישראל במשך שנים רבות; קשריהם החברתיים וחיי הקהילה שלהם מרוכזים בישראל; מקום עבודתם הקבוע הינו בישראל והם משלמים מיסים כנדרש; נכסיהם מנוהלים בישראל, גם אם נשלחים כספים לבני משפחה במדינת המקור; ולעיתים גם משפחתם הקרובה בישראל. שהותם הממושכת של עובדים אלו בישראל יוצרת זיקה חזקה בינם לבין

המדינה, ובמקביל מנתקת את זיקתם ממדינת המקור ממנה באו. לא ניתן להתעלם מזיקה זו למדינת ישראל, גם אם פורמאלית אין אותם עובדים נחשבים כתושבים לאור הוראת סעיף 2 לחוק הביטוח הלאומי. מבחינה מהותית, כך נראה, היו מוכרים רובם של עובדים אלו כתושבים ישראלים. אמנם, זיקתם לישראל עלולה להיקטע מיד לאחר מות המטופל עליו הם מופקדים, שאז לא צפוי כי יחודש רישיון השהייה שלהם בישראל. עם זאת, יש משמעות רבה גם לתקופה הארוכה בה הם נמצאים בישראל ולכך שיתכן ועוד ימשיכו לשהות בה למשך תקופה משמעותית. באופן עקרוני יתכנו מקרים בהם עובד סיעוד זר יסיים את חייו בישראל. היעדר הכרה בזכויותיהם הסוציאליות בישראל עלול להתיר עובדים אלו ב"חלל סוציאלי", בו לא מדינת ישראל, לא מדינת המקור מכירות בזכויותיהם הסוציאליות (ראו עניין נאמן, פסקה 28 לפסק דיני). המצב שנוצר הוא שישנם עובדים זרים אשר הינם תושבים "דה פקטו" שפורמאלית אינם מוכרים כתושבים ואינם זכאים כלל לזכויות הניתנות לתושבים (עמירם גיל ויוסי דהאן "בין ניאו-ליברליזם לאתנו-לאומיות: תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי-עבודה בישראל", משפט וממשל י 347, 365 (תשס"ז) (להלן: גיל ודהאן)). מצב קיצוני זה אין לטעמי לקבל. יש להעניק משמעות מסוימת, גם אם לא מלאה, לזיקה שנוצרת מכוח השהות רבת השנים של עובדי הסיעוד בישראל (לעמדה מרחיקת לכת אף יותר ראו יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?", מחקרי משפט טז 55, 59 (2000) (להלן: זילברשץ): "אנשים שחיים במדינה הם האנשים שנוטלים חלק ביצירת ההווה בה, בפיתוח כלכלתה, בפיתוח חיי החברה שלה ומכוח כך הם אלו שזכאים בראש ובראשונה להיות חברים מלאים בה" (שם, בעמ' 78)).

54. נראה כי גם המחוקק היה מודע להשלכה של שהותם הממושכת של עובדים זרים בישראל. בהצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 11), התשס"ג-2003 נקבעה, כאמור, תקופת הארכה מירבית של הרישיון לישיבת ביקור הניתן לעובד זר לחמש שנים סך הכל. בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי "התקופה המירבית שנקבעה להארכה היא חמש שנים שכן ככלל, שהיית עובד בישראל מעבר לתקופה כאמור עלולה להתפרש כתושבות הלכה למעשה ולא כשהייה זמנית בישראל במסגרת של ביקור או עבודה" (ה"ח ממשלה, 592). גם אם בחר המחוקק שלא להכיר בעובדים הסיעודיים השוהים תקופה ממושכת בישראל כתושבים לכל דבר ועניין, ראוי יהיה להחיל עליהם הסדרים המקרבים אותם להסדרים הסוציאליים החלים על תושבים ככל שמדובר בזכויות בסיסיות וחיוניות יותר המוענקות לתושבים.

55. יש לחדד ולהבהיר שהמקרה שבפנינו אינו דומה לבג"ץ 8313/02 אייזון נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(6) 607 (2004) (להלן: עניין אייזון)). אותו מקרה עניינו

בקבוצת אנשים אשר היו תושבי ישראל ושילמו ביטוח לאומי במשך שנים רבות, אך בשלב כלשהו עזבו את הארץ וחדלו להיות תושביה. בעתירה התבקש בית המשפט להורות לשר העבודה והרווחה להתקין תקנות לפי סעיף 378(ב)(1) לחוק הביטוח הלאומי אשר יכירו בזכותה של הקבוצה לקבל קצבת זקנה. בית המשפט דחה את העתירה וקבע כי החלטת השר להעדיף במקרה זה את השיקול התקציבי ואת טובת תושבי הארץ על פני תושבים שחדלו מלהיות כאלו הינה סבירה. בשונה מעניין אייזן, בענייננו אין מדובר בהרחבת מעגל הזכאים לאנשים שהיו תושבים וחדלו מלהיות תושבים ואינם שוהים בישראל. בענייננו מדובר באנשים השוהים בישראל במשך שנים רבות, משלמים את מיסיה וקושרים את גורלם בגורלה. למעשה, לולא ההגדרה השלילית הפורמאלית הקבועה בסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, יש בסיס להנחה כי על פי מבחני הפסיקה היה מוכר חלקה הגדול של קבוצה זו כתושבי המדינה. עניין אייזן דווקא מלמד על כך שלא יפלא אם מדינת המקור של עובדים זרים אלו תסרב להכיר בהם כתושביה ולדאוג לצרכיהם הרפואיים אם יחלו או יפגעו בישראל, שכן הם חדלו מלהיות תושבי אותה מדינה וניתקו את זיקתם אליה, כפי שעשו אותם אנשים שביקשו לקבל קצבת זקנה מישראל בעניין אייזן.

56. אדגיש כי איני רואה את סוגיית התושבות באופן בינארי, ודומה כי לכך כיוון סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. מהעבר האחד נמצא תושב אשר זכאי למלוא הזכויות שמעניקה המדינה לבעלי מעמד זה; ומהצד השני נמצא שוהה זמני, כגון תייר, אשר לא זכאי לכלל הזכויות המוענקות לתושבי המדינה ככאלו. בתווך אוכלוסיות שונות, אשר יש לבחון אותן בהתאם למיקומן על הציר. מטרתו של סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי הינה לאפשר קביעת הסדרים מיוחדים לשוהים בישראל אשר מתקרבים על הציר לתושבים קבועים, ובעלי זיקה כלשהי לישראל שאינה מגיעה כדי תושבות (ראו בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423, 431 (2000); עניין עמותת רופאים, בעמ' 333; בג"ץ 5637/07 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה י' (15.8.10) (להלן: עניין פלונית); גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423 (2003) (להלן: מונדלק), הקורא להתאים בין רצף הזיקה של הזר למדינה לבין רצף הזכויות המגיעות לו). הסדרים אלו אינם חייבים לחפוף את מלוא הזכויות הניתנות לתושב. ניתן לתת רק חלק מהזכויות, וגם במסגרתן לספק רק חלק מהיקף הזכות הנתונה לתושב. אך דומני כי הסעיף מחייב אותנו לבחון את האנשים על הציר ולא להתעלם באופן מוחלט מכל מי שאינו מוגדר באופן פורמאלי כתושב. העובדים הסיעודיים השוהים בישראל במשך תקופה ארוכה נמצאים לטעמי על הציר במקום קרוב מאוד לתושבי המדינה. לפיכך יש לבחון לאילו זכויות הם זכאים ככאלו. יוער בשלב זה כי זיקה חזקה לישראל תוגדר, מן הסתם, על-

פי מספר שנות השהייה במדינה, אם כי ניתן לחשוב על קריטריונים נוספים אשר יגדירו את זכאותם של עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל לזכויות נוספות.

57. מתחייבת התייחסות אף להיבט המוסרי של הסוגיה. הארכת שהותם של עובדי הסיעוד לא נעשתה על מנת להטיב עם עובדים אלה, אלא על מנת להטיב עם מטופליהם הישראלים. המטופל הישראלי מעוניין בהמשך שהותו של מטפל מסור ומוכר שימצא לצידו לאורך שנות חייו ומדינת ישראל ביקשה לענות על צורך זה, דבר שהוא מובן ורצוי. היענות זו לצרכי המטופל אינה מתקיימת באמצעות רובוט או מכשיר, אלא באמצעות גורם אנושי – אדם, שעזב את ארצו ואת משפחתו והגיע לארץ זרה ורחוקה על מנת להתפרנס בכבוד. אותו אדם שממלא במסירות את תפקידו לטפל באדם חולה, קשיש או נכה ומקדיש לו את רוב עיתותיו ומרצו, שאם לא כן לא היה מעוניין המטופל בהמשך שהות המטפל כאן. אותו אדם אינו חפץ ואינו מכשיר ואסור שההתייחסות אליו תהיה כאמצעי בלבד להשגת המטרה להטבת חייו של המטופל. אותו אדם השוהה כאן במשך שנים ומטפל במסירות בבן חסותו מפתח במהלך הזמן זיקה חזקה למדינה בה הוא שוהה, זיקה המצדיקה לראותו, ולו חלקית, כבעל זכויות דומות לאלו של תושב.

58. השאלה הבאה לדיון הינה האם הזכות לבריאות נכללת במסגרת הזכויות המצדיקות את קירוב ההסדרים החלים בנוגע אליה בין תושבי ישראל לבין עובדים סיעודיים בעלי זיקה חזקה לישראל.

הזכות לבריאות

59. הזכות לבריאות היא מושג רחב החובק בתוכו מגוון של זכויות בעלות אופי שונה, תוכן שונה, והגנה משפטית שונה. כך עשוי מונח זה לכלול את הזכות לקבל טיפול רפואי במצב חירום; הזכות לקבל שירותי בריאות בסיסיים; הזכות לשוויון בקבלת טיפול רפואי; זכותו של מטופל לפרטיות ולאוטונומיה; הזכות שלא להיות מופלה בגישה לטיפול רפואי; ועוד (ראו עניין סולומטיו, פסקה 11; עניין לחון, פסקה 9; שלו, בעמ' 36-37; אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 446 (בעריכת יורם רבין ויובל שני, 2004) (להלן: גרוס)). מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות טרם לובן בפסיקה עד תומה. עם זאת, ניתן לומר כי קבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר הנדרשים להגנת החיים והבריאות, היא נגזרת של הזכות לכבוד האדם, באשר הוא אדם, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 2 ו-4 לחוק). זכות זו עומדת לכל אדם, אפילו הוא שוהה בלתי חוקי בתחומיה של המדינה

(ראו בג"ץ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989)). מנגד, ניתן לומר בוודאות כי לא כל היבטיה של הזכות לבריאות מוגנים חוקתית (עניין סולומטיון, פסקה 16; עניין לוחון, פסקה 9). עוד ניתן לומר כי הפליה בהספקת שירותי בריאות עלולה לעלות לכדי פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. מכל מקום, לצורך הכרעה בעתירה שבפנינו אין צורך להכריע בשאלת מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות על היבטיה השונים, שכן לא נתקפת בענייננו חקיקה ראשית. יחד עם זאת לא אסתיר כי נטיית ליבי היא להרחבת היקפה של הזכות לבריאות החוסה תחת ערך כבוד האדם ותחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

60. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מעניק למבוטחים סל שירותים רחב בהרבה ממתן טיפול אלמנטארי. משכך נקבע כי לא עומדת לחסרי מעמד של תושב זכות יסוד להיכלל תחת חוק זה. הזכות לביטוח בריאות "יהא היקפה אשר יהא, אינה מתבטאת בהכרח בזכאות להימנות כמבוטח במסגרת ביטוח הבריאות הממלכתי" (עניין עמותת רופאים, בעמ' 335). פועל יוצא מכך הוא שגם האבחנה בין תושב הזכאי לשירותים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לבין חסר מעמד תושב שאינו זכאי לשירותים אלו, אין בה פגיעה בלתי חוקתית בזכויות שוהים בישראל שאינם עונים להגדרת תושב (עניין סולומטיון, פסקה 17). עם זאת, קבלת שירותים רפואיים אלמנטאריים שיש בהם להבטיח הגנה על החיים ושלמות הגוף נכללת בגדר הזכות החוקתית החלה אף על עובדים זרים בישראל (עניין סולומטיון, פסקה 26; ראו גם סעיף 28 ל- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, אשר מדינת ישראל אינה חתומה עליה).

61. הזכות לבריאות מוכרת גם במשפט הבינלאומי כזכות בסיסית אשר למדינה יש חובה לספק ברמה כזו או אחרת לתושביה. היקפה של הזכות, עם זאת, תלוי גם ביכולתה התקציבית והכלכלית של כל מדינה. סעיף 25(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (אשר אומצה באו"ם בשנת 1948) הצהיר באופן כללי על הזכות לבריאות:

(1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

בנוסף, סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991 קובע:

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות
מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר
שאפשר להשיגה.

כפי שניתן לראות גם המשפט הבינלאומי אינו מגדיר באופן ברור מהו היקפה של הזכות לבריאות שעל המדינה לספק, והדבר תלוי, בין היתר, ביכולתה התקציבית של המדינה (אם כי פירוט מסוים נמצא בסעיף 12(ב) לאותה אמנה, וכן קיימים מסמכים נוספים המנסים לצקת תוכן קונקרטי של הזכות. לפירוט נוסף ראו עניין לוזון, פסקה 11; רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות", משפט ועסקים ו 157, 174 (תשס"ז) (להלן: ווייל); גרוס, בעמ' 439, 443-446, 452-457; כן ראו סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות האדם וביו-רפואה שפרסמה מועצת אירופה בשנת 1997). באשר לעובדים זרים קובע סימן ה' לאמנה בדבר עובדים-מהגרים, 1949 (כתבי אמנה 119, בעמ' 37), אשר אושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1953, כי:

כל חבר שלגביו עומדת אמנה זו בתקפה מתחייב לקיים, בתחומי שיפוטו, שירותי רפואה נאותים שתפקידם –
(א) לברר, כל אימת שיש צורך בכך, כי העובדים-המהגרים ובני משפחותיהם המורשים להילוות או להצטרף אליהם נמצאים במצב בריאות המניח את הדעת, הן בצאתם והן בבואם;
(ב) לדאוג לכך שהעובדים-המהגרים ובני משפחותיהם יהיו נהנים מטיפול רפואי הולם ומתנאי היגיינה טובים בזמן צאתם, בזמן נסיעתם ובהגיעם למחוז חפצם.

62. ללא תלות בשאלה החוקתית או הבינלאומית, ברי כי הזכות לבריאות הינה אחת מהזכויות הבסיסיות והחיוניות הנתונות לאדם. לזכות זו השפעה שלא ניתן להפריז בחשיבותה על הקיום של האדם, על חייו ועל איכותם. הפגיעה בבריאותו של אדם עלולה להיות בלתי הפיכה ותוצאותיה עבור האדם ומציאות חייו עלולות להיות הרסניות (גרוס, בעמ' 438). נראה כי אין חולק על כך שגישה לטיפול רפואי, לצד זכות לדיור ולמזון, היא בליבת הזכות לקיום בכבוד:

"ניתן להניח, אפוא, לענייננו - בלא לקבוע מסמרות בדבר - כי מחובת המדינה על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח "רשת מגן" למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולת הרפואה

המודרנית" (הנשיא ברק בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, -483 484 (2005)).

יש אף שהזכירו את ביטוח הבריאות הממלכתי בנשימה אחת עם הזכות למינימום של קיום בכבוד:

"הזכות למינימום של קיום בכבוד אצורה בגרעינו של כבוד האדם. חובתן של רשויות השלטון ביחס אליה כפולה, כנובע מסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד, ועליהן להישמר מפגיעה בה ולהבטיח הגנה עליה. חובה זו ניתנת למילוי בדרכים רבות. היא מוגשמת על-ידי מגוון אמצעים, מערכות והסדרים במשפט הישראלי - והכל בקשר הדוק למשאבים שבידי המדינה ולאופן הקצאתם. ההגנה על הזכות עוברת כחוט השני בחקיקת הרווחה, בין היתר על ידי מתן ביטוח בריאות ממלכתי לכל תושב, חינוך חינם, והעמדת דיור ציבורי לנזקקים בתנאים מסוימים" (הנשיאה ביניש בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 37 לפסק דינה (28.2.12)).

גם מעבר לטיפול הרפואי הבסיסי הניתן בשעת חירום, ברי כי טיפול רפואי משפיע במידה רבה על איכות חייו של אדם ולעתים על תוחלת חייו. כך למשל אדם החולה בסכרת ואינו מקבל את הטיפול הנדרש לכך בשגרה, עלול להגיע למצבים של סיכון חיים ושל פגיעה בשלמות הגוף שעלולים להיות בלתי הפיכים. ככלל, מגיעים עובדים זרים לישראל לאחר שערכו בדיקות רפואיות ונמצאו בריאים וכשירים לעבודה (ראו סעיף 1ב לחוק עובדים זרים הדורש קבלת אישור רפואי לצורך העסקת עובד זר). העובדים הסיעודיים בהם עסקינן בעתירה זו שוהים שנים רבות בישראל, ומדרך הטבע עלולים לפתח בעיות בריאותיות שונות במהלך השנים. לפיכך, החשיבות של הענקת זכויות בריאות מקיפות עבורם היא רבה ומשמעותית. דומני, אם כן, כי ניתן לקבוע שעובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל זכאים לקירוב זכויות הבריאות הניתנות להם לאלו הניתנות לתושבי המדינה. יש לבחון, אם כן, את ההבדלים הקיימים כיום בין ההסדרים הנהוגים לשתי קבוצות אוכלוסייה אלו.

צו עובדים זרים מול חוק ביטוח בריאות ממלכתי

63. כאמור, חוק ביטוח בריאות ממלכתי יצר הסדר של ביטוח בריאות חובה שמטרתו הבטחת שירותי בריאות מקיפים באיכות סבירה לכלל תושבי ישראל, וזאת במימון משמעותי של המדינה (כ-50% על פי דו"ח הוועדה). המשמעות היא כי גם תושב שאינו משלם את דמי ביטוח או מפגר בתשלומים זכאי לקבל את שירותי קופת

החולים בהתאם לחוק וזכויותיו אינן נפגעות. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מבוסס על עיקרון הערבות ההדדית, המתבטא בכך שהתשלום בו מחויב המבוטח נגזר מיכולתו הכלכלית, בעוד שהשירות ניתן לו לפי צרכיו (עניין סולומטיון, פסקה 20; עניין לוזון, פסקה 15; בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פסקה 5 (28.7.08) (להלן: עניין קר"ן)). החוק מגדיר מערכת יחסים משולשת בין המבוטח, קופת החולים והמדינה: "הזכאים לשירותי הבריאות, המנויים בחוק, הם תושבי המדינה, וזכות זו עומדת להם כלפי קופות החולים בהן הם חברים; קופות החולים אחראיות לספק לחבריהן את מלוא שירותי הבריאות לפי החוק; המדינה, מצידה, אחראית למימון שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בחוק" (עניין סולומטיון, פסקה 20; עניין מכבי, בעמ' 736). סעיפים 3(ד) ו-3(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובעים כי השירות הרפואי יינתן לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, ותוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על פרטיותו ושמירה על הסודיות הרפואית.

64. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע את סל שירותי הבריאות שינתן למבוטח ואשר מחייב את קופות החולים. החוק שינה את המצב הקיים והסדיר סל שירותי בריאות אחיד המחייב את כל קופות החולים ובכך יצר שוויון בין תושבי המדינה (עניין לוזון, פסקה 15; עניין מכבי, בעמ' 739, 743). עיקריו של הסל מפורטים בתוספת השניה והשלישית לחוק זה. סל שירותי הבריאות אינו כולל את כלל הטיפולים והשירותים הרפואיים הקיימים, שהוא כמובן בלתי מוגבל, והוא מושפע מתקציבה של המדינה ומסדרי עדיפויותיה:

"במצב המשפטי הקיים מוכרת בשיטתנו המשפטית זכות חוקית לשירותי בריאות ציבוריים בהיקף רחב יותר מליבת המינימום של שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לקיום אנושי בחברה. מטבע הדברים, קשה ואף בלתי אפשרי להגדיר במדויק את היקפה של הזכות החוקית האמורה. עם זאת, ניתן לומר כי מדובר בזכות בעלת גרעין ומעטפת. בגרעין של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים נכללים אותם שירותי בריאות שהמדינה מחויבת לממןם...

במעטפת של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים מצויים יתר שירותי הבריאות שאינם נכללים במסגרת סל היסוד האמור. בהתאם להוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, הזכות להרחבת סל שירותי הבריאות מעבר לסל היסוד הינה זכות מן הסוג אותו כינה השופט (כתוארו-אז) מ' חשין "זכויות תלויות-תקציב" (עניין לוזון, פסקה 16).

65. כזכור, המדינה אינה נוטלת חלק במימון ביטוח הבריאות של עובדים זרים. עם זאת, המדינה הסדירה את התחום באמצעות חוק עובדים זרים, תקנות עובדים זרים וצו עובדים זרים. בהתאם להסדרים אלה, על המעביד מוטלת חובה להסדיר על חשבוננו לעובד הזר ביטוח בריאות פרטי. המעביד רשאי לנכות חלק מהוצאה זו משכרו של העובד, בהתאם לקבוע בתקנות עובדים זרים. תוכנו והיקפו של הביטוח הפרטי מוסדר בצו עובדים זרים. לפי הצו, על הביטוח לכלול את כל השירותים המנויים בתוספת השניה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, כשינויה מזמן לזמן (סעיף 2(1)(א) לצו). התוספת השניה הינה התוספת העיקרית בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, כך שככלל מקביל היקפו של הביטוח הרפואי הפרטי לתוכנו של סל הבריאות הניתן לתושבי ישראל. על אף האמור, ישנם מספר הבדלים משמעותיים בין ההסדר החל על העובדים הזרים לבין ההסדר החל על תושבי ישראל, וזאת מלבד סוגיית מימון הביטוח, כפי שעולה מטענות העותרת שלא נסתרו על ידי המשיבים.

66. נראה כי הקושי המשמעותי ביותר נובע מההסדר הנוגע לאובדן כושר עבודה של העובד הזר. סעיף 4(א)(3) לצו עובדים זרים קובע:

קבע רופא כי העובד אינו כשיר לבצע את העבודה שלשמה נתקבל לעבודה אצל מעבידו, וכי לא יהיה כשיר לבצעה, בתוך פרק זמן של תשעים ימים מן המועד שבו נבדק על ידו, אף אם יינתן לו הטיפול הרפואי שהוא נזקק לו, לא יהיה העובד זכאי אלא לשירותים רפואיים שהוא נזקק להם במצב חירום רפואי לשם ייצוב מצבו הרפואי, עד למצב המאפשר המשך הטיפול בו מחוץ לישראל, וכן לשירותים רפואיים אחרים, שהוא נזקק להם בתקופת 30 הימים שלאחר קביעת הרופא כאמור או הקביעה בדבר ייצוב מצבו הרפואי כאמור.

המשמעות של סעיף זה היא כי בכל מקרה בו מאבד עובד זר את כושר עבודתו לתקופה של למעלה מתשעים יום הוא מאבד למעשה את זכותו לטיפול רפואי מעבר לייצוב מצבו הרפואי ולטיפול נוסף למשך 30 יום, שלאחריהם הוא יוחזר לארצו. העותרת מציינת בצדק כי יש בסעיף זה תמריץ לחברות הביטוח להפריז בקביעת אובדן כושר עבודה, שכן העלות של החזרתו של העובד לארצו זולה בהרבה ממימון הטיפול הרפואי עבורו. דהיינו, דווקא בעת בו זקוק העובד יותר מכל לסיועו ולהפעלתו של הביטוח הרפואי, הוא למעשה לא מקבל כל כיסוי רפואי מלבד שירותי חירום (ראו ה"פ (ת"א) 200408/03 נקודת נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תשס"ג(3) 134, 138-139 (2003)).

הקושי מתעצם כאשר מדובר בעובד אשר שוהה שנים רבות בישראל. חייו של עובד כזה נקטעים באחת עת הוא נאלץ להתמודד הן עם מחלתו או פגיעתו, הן עם החזרתו לארצו לאחר שנים רבות בהן לא שהה בה, וזאת לאחר שנים רבות של תשלומים לביטוח הרפואי הפרטי. יתרה מכך, ניתן להניח כי עובדים אשר שוהים בישראל כמשך שנים ארוכות אינם בעלי ביטוח בריאות בארצות המקור שלהם, כך שהעובד נשלח לארצו כאשר ישנה אפשרות שלא יוכל לקבל שם טיפול רפואי הולם. כך לדוגמה עובד אשר שהה בישראל שנים רבות בטיפול בקשיש או בנכה וחלה לפתע במחלת הסרטן המונעת ממנו לעבוד תקופת זמן ממושכת, יאלץ לשוב לארצו ללא כל טיפול במחלתו מעבר לשלושים יום. תוצאה זו קשה ומטרידה. כפי שציינתי כבר העובד הזר אינו חָפֵץ, אשר כאשר הוא מפסיק למלא את הפונקציה לה הוא נועד, ניתן להחזירו או להשליכו. ההתייחסות האינסטרומנטלית לעובד הסיעוד נוגדת את תפיסת המוסר, המשפט והערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית המכבדת זכויות אדם. התייחסות דוגמת זו המתוארת פוגעת בכבודו של האדם, מבזה ומשפילה אותו. אעיר כבר כעת כי אין משמעות הדברים שיש לאפשר לעובד הסיעוד בעל הזיקה החזקה לישראל שמאבד כושר עבודה להישאר בישראל לנצח ולקבל טיפול רפואי במימון ציבורי, אך סבורתני כי ניתן למצוא דרכי ביניים אשר יבטיחו את האינטרסים של המדינה ושל המעסיקים, לצד שמירה וכיבוד זכויותיו של עובד הסיעוד (ראו לדוגמה עניין פלוניא באשר לקורבנות סחר בבני אדם; וכן בג"ץ 5665/05 פלוניא נ' שר הפנים (25.9.07), באשר לשוהים בלתי חוקיים).

67. הבחנה נוספת נוגעת לעובדה שבעליה של פוליסת הביטוח הוא המעביד ולא העובד הזר. הקושי נובע מכך שהמעביד ולא העובד הוא זה שבוחר את הפוליסה שתבטח את עובדו. בשל עובדה זו חברות הביטוח נלחמות על לב המעסיקים באמצעות הוזלת עלויות, ולא על לב העובדים באמצעות שיפור השירות והרחבת השירותים הניתנים. כך, קופות החולים מציעות שירותים נוספים מעבר לסל הבריאות במסגרת התחרות על לב הצרכנים, ולעיתים אף מאפשרות בחירה בין רופאים או בין אופני טיפול שונים. חברות הביטוח, לעומת זאת, אשר כאמור אינן מתחרות על ליבם של העובדים הזרים, אלא על לב מעסיקיהם, אינן מציעות שירותים מעבר לאלו שהן מחויבות בהם. כמו כן, בהיותו בעליה של הפוליסה, יכול המעביד בכל עת להחליט על הפסקת הביטוח, על מעבר לביטוח אחר וכדומה, ללא תלות בטובתו וברצונו של העובד. לכך נוסף הקושי הנובע ממעבר בין חברות הביטוח, שכאמור יכול להיעשות לפי שיקול דעתו המוחלט של המעסיק. מעבר כזה עלול להוביל לאובדן של זכויות אותן צבר העובד בביטוח הקודם ולפגיעה ברצף הביטוחי.

68. קושי נוסף ומשמעותי הקשור לעניין זה נובע ממחדלים של מעסיקים לבטח את עובדיהם. אמנם חוק עובדים זרים קובע מנגנון תלונות עבור העובדים, וכן עבירות פליליות שקנס בצידן על הפרת הוראות החוק. עם זאת, נראה כי אין הדבר מונע לחלוטין מחדלים של מעסיקים בעניין זה (ראו נייר עמדה של ההסתדרות הרפואית בישראל בעניין שירותי בריאות לעובדים זרים, פליטים ולמבקשי מקלט בישראל, 2011; גלעד נתן "ביטוח רפואי של עובדים זרים" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, תשס"ח; גלעד נתן "ביטוח רפואי לזרים העובדים בישראל (מעקב)" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2011. עוד מצוין שם כי בענף הסייעוד לא נעשות בדיקות יזומות של רשות האוכלוסין וההגירה לוודא שהמעסיקים הסדירו לעובדיהם ביטוח רפואי. אעיר כי ניתן להניח שאכיפה ופיקוח יעילים יותר ידרשו אף הם משאבים בלתי מבוטלים). לעניין מנגנון הגשת תלונות על ידי עובדים זרים נאמר כי ספק אם מנגנון זה יעיל עבור עובדים מהחלשים ביותר בחברה אשר עצם שהייתם בישראל תלויה באופן מוחלט במעסיקים. מכל מקום, ברי כי מחדל של מעסיק מלהסדיר לעובדו ביטוח בריאות משאיר את העובד הזר חשוף וללא כל הגנה בעת הצורך בטיפול רפואי. יוער כי הפסקת ביטוחו של עובד זר יכולה להיעשות באופן חד צדדי על ידי המעביד מבלי שהעובד ידע על כך שהוא נותר ללא כיסוי ביטוחי עד לעת בה הוא יזדקק לו. בדו"ח השני של הוועדה הומלץ על מנת להתמודד עם בעיה זו לחייב ביטוח חלופי או מקביל על ידי הלשכות הפרטיות האמונות על הבאת עובדים בתחום הסייעוד לישראל. ההנחה היא כי לשכות אלו לא יסתכנו בשלילת רישיון ולפיכך האפקטיביות בהסדרת ביטוחים רפואיים לעובדים תגדל. עם זאת לא ברור האם המלצה זו ישימה, האם היא אינה מחייבת חקיקה ראשית, ומה עמדת המדינה בנוגע אליה.

69. חלק מהקשיים של ההסדר על פי הצו נובעים מההתנהלות אל מול חברות הביטוח. חברות הביטוח פועלות משיקולים כלכליים, ומאחר שהן באות לרצות במקרה זה את המעסיק ולא את המבוטח, הרי שאין להן כל תמריץ לפעול לטובת העובדים הזרים. העובד הזר נדרש לקבל את אישורה של חברת הביטוח בכל פניה לרופא, למעט רופא משפחה, ובכל הפניה לבדיקה. החשש הוא, ונטען כי כך המצב בפועל, כי חברות הביטוח לא תמהרנה לתת אישורים שמשמעותם עבורן היא כמובן הוצאה כספית. כן נטען כי חברות הביטוח נוהגות לכרות הסכמי שירות רפואי המציעים מחירים זולים יותר, ולעיתים נמצאים במקומות מרוחקים המחייבים את העובדים בנסיעות ארוכות. גם הרופאים של חברות הביטוח מצויים במצב של נאמנות כפולה – למטופל מצד אחד ולמעסיקתם מהצד השני (ראו גלעד נתן "ביטוח רפואי של עובדים זרים" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, תשס"ח). לחברות הביטוח, בניגוד לקופות החולים, אין ועדות חריגים המאפשרת לעיתים קבלת טיפול מחוץ לסל הבריאות (ראו בג"ץ 3933/11 מכבי

שירותי בריאות נ' שר הבריאות (25.3.14) (להלן: עניין מכבי השני)). פעילותן של קופות החולים מפוקחת על ידי משרד הבריאות ואף ישנו מנגנון שמאפשר הגשת תלונות ציבור על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (ראו ישראל דורון "בית הדין האזורי לעבודה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמות בעיצוב מדיניות שיפוטית", עבודה, חברה ומשפט י 131, 135 ואילך (תשס"ד)).

פערי הכוחות בין העובדים הזרים לבין חברות הביטוח הם מטבע הדברים גדולים ביותר. משכך, ברי כי יקשה עד מאוד לעובד זר להיאבק על מימוש זכויותיו כנגד חברת הביטוח (ראו בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(3) 117, פסקה 17 לפסק דינו של השופט לוי (2007)). יתרה מכך, תביעה כנגד קופת חולים (שאינה נזיקית) מופנית לבית הדין לעבודה, בעוד שתביעה כנגד חברת ביטוח מופנית להליך אזרחי רגיל, שהינו מסורבל ויקר יותר ונגיש פחות. כן יש לציין כי קופות החולים, בניגוד לחברות הביטוח, נחשבות לגופים דו-מהותיים הכפופים במידה כזו או אחרת לעקרונות המשפט המנהלי, ומשכך ההתמודדות מולם לאזרח תהיה קלה יותר בשל חובותיהן המוגברות כלפיו (עניין מכבי השני, פסקה 26). יוער כי אף הוועדה הבינמשרדית עמדה על הבחנות אלו בהתייחסה לאוכלוסיית איחוד המשפחות שנדונה על ידה (ראו עמ' 30 לדו"ח הוועדה).

70. הבדל נוסף נוגע לסעיף 4(2) לצו שעניינו במניעת טיפול בשל מצב רפואי קודם. הסעיף קובע כי לא יינתנו שירותים רפואיים שעובד נזקק להם מחמת בעיה רפואית הנובעת ממצב רפואי שקדם להסדרת הביטוח הרפואי וזאת למשך שלוש שנים ממועד הסדרת הביטוח. יוער כי בביטוחים פרטיים הנערכים לתושבי ישראל מוגבל הסייג לשנה אחת מיום ההצטרפות. למרות זאת סברו חברי הוועדה כי לעת הזאת יש להתיר את הסייג על כנו כפי שהוא. אציין כי סייג זה מעורר קושי בעיני, אך הוא רלוונטי לסוגיה הכללית של סבירות הסעיפים שבצו, ופחות לסוגיה הספציפית שבפנינו העוסקת בעובדים סיעודיים הנמצאים בישראל תקופות ממושכות. לגביהם, כך נראה, תהיה לרוב פחות נפקות לסוגיה זו.

71. ישנן הבחנות נוספות, אך נראה שלגביהן נתנה הוועדה את הדעת ומצאה פתרונות שניתן לומר כי הם מספקים. כך למשל, היקף השירותים הניתנים במסגרת הצו חופף את רוב השירותים הניתנים במסגרת סל הבריאות הקבוע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. אמנם, ישנם פערים מסוימים שמעוררים קשיים. כך, השירותים הקבועים בתוספת השלישית לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינם מחויבים במסגרת הצו. שירותים אלו כוללים שירותי רפואה מונעת, גריאטריה, פסיכיאטריה ומכשירי שיקום. כן מחרוג

הצו שירותים ספציפיים נוספים כגון שירותים פסיכולוגיים, בדיקות גנטיות, שירותי סיעוד, תרופות לטיפול במחלת האלצהיימר ועוד (סעיף 3(1) לצו). עם זאת, הוועדה המליצה להסיר את המגבלה הנוגעת לאשפוז פסיכיאטרי, ועל הוספת האפשרות לקבל שירותים פסיכיאטריים במרפאת חוץ של בית חולים פסיכיאטרי במצבים של תחלואה חריפה בהיקף מוגבל ובהשתתפות עצמית עד תקרה שתיקבע בתקנות.

72. קשיים נוספים אליהם התייחסה הוועדה בהמלצותיה נוגעים לתקופת המעבר בין מעסיק למעסיק, בה עלול להיווצר חלל ביטוחי ללא מודעות העובדים לכך. בעניין זה המליצה הוועדה להרחיב את הכיסוי הביטוחי לתקופה של 90 יום ממועד הפסקת העבודה אצל המעביד הקודם, תקופה בה רשאי העובד לחפש עבודה אצל מעסיק אחר. מכל מקום עניין זה אף הוא פחות רלוונטי לעובדים סיעודיים הנמצאים בישראל במשך תקופה ממושכת; כן התייחסה הוועדה לשתי החרגות נוספות בצו הקובע כי לא יינתנו לעובד שירותים רפואיים שנדרשים בשל תאונת דרכים או בשל פגיעה בעבודה (סעיף 4(4), 5 לצו). הטעם להחרגות אלו נעוץ בהנחה שבתאונת דרכים יוכל העובד הזר להיפרע מחברת הביטוח שאמורה לכסות את נזקי התאונה; וכי תאונת עבודה מכוסה על ידי הביטוח הלאומי החל במקרה זה גם על העובד הזר. עם זאת הוועדה עמדה על החשש כי העובד הזר יאלץ לנהל מאבקים מול חברות הביטוח המעורבות בתאונת הדרכים, ועד להכרעה בעניין לא יוכל לממן בעצמו את הטיפולים להם הוא זקוק. לפיכך המליצה הוועדה לבטל את ההחרגה בעניין זה. באשר לתאונת עבודה בדקה הוועדה ומצאה כי קופות החולים התחייבו לספק שירותי בריאות לעובד שתובע להכיר בתאונת עבודה גם טרם ההכרה הרשמית בו על ידי המוסד לביטוח לאומי. לפיכך הומלץ על הותרת ההחרגה על כנה.

73. לסיכום, מהשוואת ההסדרים עולה כי לצו חסרונות רבים אל מול חוק ביטוח בריאות ממלכתי והניתן לתושבי הארץ באמצעותו. המשמעותי בהם הוא העדר זכות לקבלת טיפול רפואי במקרה בו נזקק לכך העובד יותר מכל, בעת מחלה או פגיעה הגורמת לאובדן כושר עבודה של מעל לתשעים ימים. לצד זאת קיימים קשיים משמעותיים הנובעים מההתנהלות אל מול חברות הביטוח, מכך שהמעסיק הוא בעליה של הפוליסה והשליטה בה נתונה בידיו, ממחדלים של המעסיקים להסדיר ביטוח, דבר שעשוי להעמיד את העובדים בפני שוקת שבורה, ועוד.

היקפה ומהותה של הזכות לבריאות תלויים בפרמטרים רבים, ובהם יכולתה התקציבית של המדינה, היכולות הרפואיות והטכנולוגיות במדינה, מעמדו האזרחי של מקבל השירות ועוד. דהיינו מדובר בזכות יחסית. ככל שמדובר בעובדים זרים בעלי

זיקה חזקה לישראל לאחר שהות ממושכת בארץ, יש קושי רב להצדיק את הפער בין מה שניתן להם לבין מה שניתן לתושבי הארץ במסגרת הזכות לבריאות (ראו והשוו עניין נאמן, פסקה 16 לפסק דיני). השילוב, אם כן, בין שיקול הזיקה לישראל לבין הזכות לבריאות, מוביל למסקנה כי אין זה סביר להותיר את מלוא הפער, בין שירותי הבריאות הניתנים לתושבי ישראל לבין שירותי הבריאות הניתנים לעובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל, על כנו. עם זאת, יש לבחון האם שיקולים נוגדים יכולים לשנות מסקנה זו. אך בטרם נפנה לכך נעיף מבט להסדרים הנוהגים במדינות מערביות אחרות.

מבט מעבר לים

74. מסקירה השוואתית עולה כי מדינות מערביות רבות מעניקות ביטוח בריאות למהגרי העבודה בשטחן הזהה לזה של תושבי המדינה גם בהינתן תקופת שהות או עבודה קצרות בלבד. כך למשל בצרפת מהגר עבודה מבוטח בביטוח בריאות לאחר תקופת המתנה בת שלושה חודשים, וכך גם בן זוגו וילדיו הקטינים. באיטליה מבוטח בביטוח בריאות כל מי שגר באופן קבוע במדינה, כולל זרים. בבלגיה מבוטח בביטוח ממשלתי כל מי שעובד בבלגיה באופן חוקי, כולל תושב זר ובני משפחתו. בשווייץ ניתן ביטוח בריאות ממשלתי לכל אדם אשר בידיו אישור שהייה של שלושה חודשים לפחות וגר במדינה, וכן לבני משפחתו. בספרד מבוטח בביטוח בריאות כל מי שמחזיק באשרת שהייה או באישור עבודה. באירלנד מבוטח בביטוח בריאות כל מי שגר במדינה באופן קבוע. באוסטריה, הונגריה, פולין ובלגיה זכאים מהגרי עבודה חוקיים לביטוח בריאות זהה לזה הניתן לתושבי ואזרחי המדינה. בפנילנד זכאים מהגרי עבודה חוקיים לאותן זכויות בריאות של אזרחים לאחר שהות של שנה אחת במדינה. בניו-זילנד ניתן ביטוח בריאות ממשלתי לאזרח חוץ אם הוא מחזיק באישור שהייה במשך שנתיים לפחות (נייר עמדה מטעם המוסד לביטוח לאומי שהוגש לוועדה הבינמשרדית בדבר מתן שירותי בריאות וזכויות סוציאליות למי שאינם תושבים, 2010; "Access to healthcare of Ethnic Health", documented migrants in EU countries" The EU funded Migrant and Observatory, ניתן למצוא ב: <http://www.meho.eu.com/Upload/6WP4%20-Health%20policies%20-%20access.pdf>; כן ראו אסיסקוביץ, בעמ' 84).

75. מועצת האיחוד האירופאי חוקקה בשנת 2003 דירקטיבה החלה על אזרחי מדינה שלישית אשר הם תושבים לטווח ארוך במדינות האיחוד האירופאי (Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, Official journal L016, 23/01. 2004, p 44-53,

(amended by Dir 2011/51/EC). תושבות לטווח ארוך מוגדרת בדירקטיבה כשהייה חוקית ורצופה של חמש שנים ומעלה במדינה החברה באיחוד. על מנת לקבל סטטוס של תושבות לטווח ארוך יש לעמוד במספר תנאים נוספים ובהם הוכחה כי לזר ולבני משפחתו יש ביטוח מחלות (סעיף 5 לדירקטיבה). הסטטוס מוענק לחמש שנים לפחות ומחודש אוטומטית. לאחר ההכרה בסטטוס זכאי תושב לטווח ארוך להיקף זכויות רחב ומוגן מפני גירוש. סעיף 11 לדירקטיבה קובע מתן יחס שווה לתושב לטווח ארוך ולתושב האיחוד האירופאי, בין היתר בנוגע לזכויות סוציאליות הכוללות גם טיפול רפואי.

76. באשר למשפט הבינלאומי יש להזכיר את ה International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, משנת 1990, אשר ישראל אינה חתומה עליה. האמנה קובעת בסעיף 43:

1. Migrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to:

...
(e) Access to social and health services, provided that the requirements for participation in the respective schemes are met;

הנה כי כן, המשפט הבינלאומי, לצד מדינות המערב, מכירים בצורך להעניק לעובדים הזרים השוהים במדינה ומעניקים לה משירותיהם הטובים, שירותי בריאות זהים לאלו הניתנים לתושבי ואזרחי המדינה, וזאת לאחר תקופות שהות קצרות בלבד, הנעות ממתן זכות מיידית עד לשהות חוקית של חמש שנים. המסקנה העולה גם מבחינת ההסדרים הקיימים במשפט המשווה היא כי לא ניתן ליצור פער משמעותי, אם בכלל, בין היקף הזכות לבריאות הניתנת לתושבי המדינה לבין זו הניתנת לעובדים זרים בעלי זיקה חזקה למדינה. מכאן נפנה לבחינת השיקולים שמנגד.

שיקולי תקציב ואינטרסים ציבוריים

77. בית משפט זה ממעט להתערב בהחלטות תקציביות ובקביעת מדיניות כלכלית. הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הן האחראיות על קביעת סדרי העדיפות הלאומיים במסגרת התקציב הקיים, ואין בית המשפט בא בנעליהן (עניין לוזון, פסקה 10; עניין לה"ב, פסקה 63; בג"ץ 2376/01 מרכז השלטון המקומי בישראל (ע.ר.) נ' שר המדע, התרבות והספורט, פ"ד נו(6) 811, 803 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נו(1) 729, 741-740 (2004); ווייל, בעמ' 183 ואילך):

"בית המשפט לא יורה לרשות כיצד להקצות ולחלק את משאביה. חיוב בהוצאה למטרה מסוימת חייב לבוא על חשבון מטרה אחרת, אולי חשובה ממנה, או אולי על-ידי הגדלת התקציב שיינתן לה על-ידי אוצר המדינה ואשר חייב יהיה להיעשות על חשבון תקציבים שנועדו למטרות אחרות, אולי חשובות יותר. בית המשפט אינו הגוף המוסמך לעסוק ואינו יכול לעסוק בהקצאת משאביה של החברה (ראה ס' גולדשטיין, "מגבלותיה של המערכת המשפטית" משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 7, 19). בית המשפט יכול רק לבקר את פעולותיה של הרשות בחלוקת משאביה, אם עומדים הם בכללי המשפט המנהלי, וביניהם במבחן השוויון והסבירות" (בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993)).

לשיקולי תקציב ישנו מקום נכבד במסגרת סוגיות רבות הנוגעות לזכות לבריאות (ראו ווייל, בעמ' 168 ואילך; דניאל שפרלינג וניסים כהן "השפעתם של חוק ההסדרים ופסיקות בג"ץ על מדיניות הבריאות ועל מעמדה של הזכות לבריאות בישראל – ניתוח נאו-מוסדי" חוקים ד 153, 178 (2012)). כך, נאלץ בית משפט זה לא אחת לדחות עתירות המבקשות להכליל בסל שירותי הבריאות טיפול כזה או אחר, או תרופה כזו או אחרת, אף אם מדובר בתרופה העשויה להציל חיים (ראו עניין לחון; בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות (3.5.09); עניין מכבי השני, פסקה 60). שיקול הדעת בקביעת תוכנו של הסל והוספת טיפולים ותרופות במסגרתו נתון לרשויות המנהל ולוועדות המייעצות, והן מחויבות, ככל רשויות המנהל, לשמור על המסגרת התקציבית שהוקצתה על פי דין ולפעול בגדרה (עניין קר"ן, פסקה 13; בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, 391 (1993)). ברי כי שמיכת המימון הציבורי היא מוגבלת, והשאלה הקשה, ולעיתים הרת גורל, כיצד לפרוש שמיכה זו, נתונה לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת. למרבה הצער לא ניתן להגיע למצב האידיאלי בו כל תושב יזכה לכל הטיפולים הרפואיים והתרופות להם הוא זקוק ללא תשלום; וכך גם לא ניתן להגיע למצב אידיאלי בו כל אדם בישראל ללא כל קשר למעמדו האזרחי בישראל יזכה לאותו טיפול רפואי לו זכאים תושבי הארץ. "אין בכך, חלילה, משום זלזול בקדושתם של חיי אדם, כי אם הכרה במגבלות המציאות שבה המשאבים התקציביים מוגבלים, ועליהם להתחלק בין מכלול צרכים לאומיים וחברתיים המחייבים קביעת סדרי עדיפויות" (עניין לחון, פסקה 25).

78. למרות האמור אני סבורה שעל השיקול התקציבי לקבל משקל מוגבל, אם תרצו יחסי, בסוגיה שבפנינו. ראשית, טרם התברר ההיקף התקציבי הכרוך בהסדר מיוחד עבור עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל. הוועדה שבחנה את העניין דיברה

על נתונים פוטנציאליים, אך לא הוברר מספרם המדויק של עובדים אלו בפועל. כן לא נבחן החיסכון למדינה מכך שאינה צריכה לדאוג לסיעוד מלא של נכים או קשישים הנעזרים בעובד זר. יתרה מכך, מחקר שנערך במרכז המחקר והמידע של הכנסת בחן אפשרות של העברת ביטוח הבריאות של העובדים הזרים מחברות הביטוח הפרטיות למערכת הבריאות הציבורית ולקופות החולים. מהמחקר עולה כי בהינתן פרמיה זהה לזו שמשלמים העובדים הזרים לביטוח הפרטי, ואפילו תופחת פרמיה זו עד לשיעור של 42% הנחה, עשויות קופות החולים להרוויח ממעברם של העובדים הזרים אליהם, וכך גם בתי החולים הציבוריים (ראו יעקב סרחיו צ'רטוף "העברת ביטוחי הבריאות של העובדים הזרים מחברות הביטוח הפרטיות לקופות-החולים – ניתוח כלכלי" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2009). אעיר כי נראה שהשיקול התקציבי עלול להיות משמעותי יותר בשלב של לאחר אובדן כושר עבודה, שכן המדינה תיאלץ למצוא פתרון עבור העובד שאינו יכול עוד לעבוד ואף אינו זכאי לעת הזאת לזכויות סוציאליות, אך זכאי לקבלת טיפול רפואי לפחות לתקופה מסוימת. למצב זה יהיה צורך לתת מענה שיתכן ויצריך משאבים תקציביים. שנית, השיקול התקציבי יכול להצדיק שלא להוסיף לסל הבריאות תרופה כזו או אחרת או טיפול כזה או אחר. עם זאת, ברי כי לא ניתן משיקולי תקציב להפלות בין מבוטח אחד למשנהו:

"אכן, בבחינת היקף ההטבות... אין להתעלם משיקולי תקציב ומן הצורך לקבוע סדר עדיפויות בהקצאתו. ואולם כשעל שולחננו מונחת טענה לפגיעה בזכות לשוויון, יהיה משקלם של אלה במסגרת האיזון, מצומצם יחסית, ולא על בסיסם לבד תיקבע "קבוצת השוויון", שהרי זה מכבר נקבע כי כדי לממש זכויות יסוד-ומי כזכות לשוויון זכות יסוד- נדרשים אמצעים כספיים, וכי "חברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (אהרון ברק פרשנות משפט: כרך ג'-פרשנות חוקתית, 528 (1994); בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)) (עניין נאמן, פסקה 25 לפסק דיני).

בענייננו אמנם אין מדובר בהפליה בין שווים, שכן העובדים הסיעודיים אינם תושבי המדינה. עם זאת, כפי שפורט, מבחינה מהותית זיקתם לישראל גדולה וקרובה לזו של תושב. לפיכך, על אף שאין חובה להשוות לחלוטין את ההסדרים החלים עליהם ועל תושבי ישראל, הרי נראה כי השיקול התקציבי אינו יכול להצדיק פער גדול מדי בין הסדרים אלו, בייחוד כאשר מדובר בזכות בסיסית בעלת השלכות משמעותיות על חייו של אדם כמו הזכות לבריאות. שלישית, ניתן למתן את השפעתו של השיקול התקציבי על הסוגיה. כזכור, סעיפים 56 ו-57 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מעניקים לשר סמכות לקבוע הסדרים מיוחדים, ולא דווקא זהים לאלו המעוגנים בחוק. כך למשל ניתן

לגבות דמי ביטוח בריאות מיוחדים, גבוהים יותר, מאוכלוסיה זו, ובמקביל לזיום חקיקה שתאפשר את השתתפות המעביד, שהוא הנהנה העיקרי משהותו רבת השנים של העובד הזר בישראל ומהטיפול לו הוא זוכה, בתשלום זה. מובן כי אפשר למתן את ההשפעה התקציבית גם באמצעות הגבלת שנות שהייתם של עובדים סיעודיים בישראל, או על מספר העובדים שיוורשו להישאר בישראל מעבר לתקופה מסוימת. הגבלות אלה הן במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לשר הפנים. אלה הגבלות הטומנות בחובן אמנם חשש לפגיעה בנזקקים לשירותיהם של אותם עובדים אשר יאלצו להחליף עובד שהתרגלו אליו ויצרו איתו קשרי אמון. אלא שלא ניתן ליהנות משני העולמות - גם להיענות לדרישתם המובנת והמוצדקת של החולים הסיעודיים לאפשר למטפלים בהם להישאר בישראל ללא הגבלת זמן; וגם לא להעניק לעובדים אלו את הזכויות המתבקשות מעצם שהייתם ארוכת הטווח בישראל. וכפי שציין השופט לוי:

”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” (עניין קו לעובד הראשון, פסקה 60).

79. לצד השיקול התקציבי הזכירה הוועדה שיקול ציבורי נוסף שעניינו במניעתם של תמריצים לניצול לא ראוי של מערכת הבריאות הציבורית בישראל, דהיינו החשש מפני הגירה לצרכים רפואיים של אנשים חולים. דומני כי חשש זה אינו רלוונטי לעניין שבפנינו. ראשית, ככלל נבדקים עובדים זרים לפני הגיעם לישראל ולכן ההנחה היא שמגיעים לכאן עובדים בריאים בלבד. זאת ועוד, גם אם קיים חשש מפני הגירה רפואית, הרי שהוא רלוונטי דווקא לתקופת ההעסקה הראשונית ובוודאי לא לעובדים אשר שוהים בישראל שנים רבות. לא סביר להניח שעובד חולה יגיע לישראל על מנת לקבל שירותי בריאות ציבוריים רק לאחר שנות העסקה רבות.

80. אינטרס ציבורי נוסף שאינו מוזכר במפורש בדו"ח הוועדה, אך נראה שאף הוא עומד בבסיס השיקולים, הוא הרצון למנוע השתקעות קבע של עובדים זרים בישראל. אינטרס זה יכול להסביר למשל את ההסדר הקבוע בצו עובדים זרים הנוגע לאובדן כושר עבודה של עובד סיעוד. אינטרס זה של הרשות הוא אינטרס לגיטימי (ראו עניין קו לעובד השני). אינטרס זה רלוונטי, כאמור, בעיקר למצב של אובדן כושר עבודה, ואין הוא מסביר את יתר הפערים בין זכויות הבריאות הניתנות לעובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל לבין אלו הניתנות לתושבי ישראל. מכל מקום, כפי שצוין, ניתן לחשוב על הסדרי ביניים אשר ימנעו השתקעות קבע של עובד סיעוד שאיבד כושר

עבודה, אך עדיין יבטיחו מתן טיפול רפואי הולם לאותו עובד. בנוסף, לא התברר כלל היקף העובדים הסיעודיים אשר יש הערכה כי יזדקקו לטיפול ארוך טווח שיצריך את שהייתם בישראל באופן קבוע גם לאחר אובדן כושר עבודה.

סבירות האיזון – סיכום

.81

”אכן, שיקולי תקציב שיקולים חשובים הם - חשובים הם ובעלי-מישקל - אך אין בכוחם לדחות מן הזירה את כל שאר השיקולים כולם פֶּמֶץ יִסְעָר מִגֶּרֶן וּכְעָשָׁן מֵאֲרָבָה (הושע י"ג, ג)“ (השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין מכבי, בעמ' 766).

נראה כי הכשל המרכזי של דו"ח הוועדה בעניין עובדים סיעודיים השוהים בישראל שנים ארוכות, אשר המלצותיו אומצו על ידי המשיבים, הוא בהתייחסות לשיקולי תועלת בלבד, תועלת של המדינה ותועלת של המעסיקים, תוך הזנחה כמעט מוחלטת של ההיבט שעניינו בזכויותיהם של העובדים הזרים, בכבודם ובצרכיהם. “בגדר שיקוליה הענייניים, על הרשות להתחשב לא רק בנתונים עובדתיים, אלא לעיתים גם בעקרונות וערכים, באינטרסים חברתיים וכלכליים שונים, ובהיבטים הקשורים בזכויות אדם” (עניין קו לעובד השני, פסקה 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). ההיבט התקציבי הוא חשוב ויש ליתן עליו את הדעת. עם זאת, השיקול התקציבי או התועלתני אינו יכול לבוא תמיד על חשבוננו של העובד הזר. לא ניתן לשלם לעובד הזר פחות משכר מינימום בשל שיקולי תועלת של המעסיק; לא ניתן לכבול את העובד למעסיקו משיקולים אלו או מאינטרסים ציבוריים אחרים; לא ניתן לוותר על הקמת גופים ממשלתיים שיטפלו בנושא הפרתן של זכויות העובד הזר ויאפשרו הגשת תלונות של עובדים זרים, על אף שיש לכך השלכה תקציבית. באופן דומה לא ניתן להתעלם מהזיקה ההולכת ומתחזקת של עובד הסיעוד לישראל ככל שהשנים נוקפות, זיקה אשר מחייבת את החברה בישראל להתייחסות שונה לעובד זה. העובדים הזרים, שהם “מלאכי ארץ” כהגדרת השופט ריבלין הנזכרת לעיל, הם אחת מקבוצות האוכלוסיה החלשות ביותר בישראל. אין להם ייצוג בכנסת או לובי התומך בהם, ולפיכך קל מאוד לפגוע בזכויותיהם (ראו גולן ודורון, בעמ' 679; גיל ודהאן, בעמ' 363). אחד מתפקידיו החשובים של בית משפט זה הוא להגן על קבוצות מיעוט חלשות מפני עריצות הרוב. עליו לעמוד על המשמר ולהגן על זכויות העובדים הזרים כאשר אלו נפגעות במידה בלתי סבירה או בלתי מידתית. לטעמי המקרה שבפנינו נופל בגדר החובה המוטלת על בית המשפט למנוע פגיעה וניצול של עובדים אלה, ומשכך להתערב ולהגן עליהם בנחישות תוך יישום הוראות החוק המאפשרות הסדר מיוחד

כאמור. בית המשפט מחויב למנוע מצב בו אוכלוסיית העובדים הזרים שפיתחו זיקה חזקה לישראל תהפוך לאוכלוסייה מופלית ונחותה, חסרת גיבוי או תמיכה כלשהי בהעדר זכויות סוציאליות בסיסיות (ראו זילברשץ, בעמ' 84).

82. כפי שנאמר לא אחת, חברה נמדדת על-פי יחסה לחלשים שבתוכה. ההיתר הניתן לעובד הסיעוד לשהות ולעבוד בישראל במשך שנים רבות נובע מצרכיהם של תושבי ואזרחי ישראל הזקוקים לטיפול מסור ותמידי סביב השעון. החברה הישראלית מעוניינת בשהייתם של עובדים אלו בישראל ובמתן סיוע על ידם לזקוקים להם. לצורך זה נדרש מחיר מסוים. מאחורי צורך זה לא עומד כלי, חפץ או מכשיר. מאחורי צורך זה עומדים בני אדם. בני אדם שאת מירב חייהם הבגירים מעבירים במדינת ישראל בטיפול לילות כימים באדם הזקוק להם. בני אדם שהשתלבו בקהילה ובחברה הישראלית ורואים בה את ביתם. בני אדם שמקימים את משפחותיהם בישראל, מדברים את שפתה, בעוד זיקתם לארץ המקור ממנה באו הולכת ונחלשת. לכך יש לתת ביטוי באמצעות גיבוש זכויותיהם הסוציאליות של עובדים אלו וקירובן לזכויות תושבי הארץ, גם אם לא לכדי השוואה מלאה, וגם אם מדובר בזכויות בסיסיות בלבד, כגון הזכות לבריאות. בכך נבטיח את התייחסותנו הערכית לעובדים אלו, התייחסות לעובד הזר לא כאמצעי או ככלי שרת אלא כאדם בעל ערך ומטרה בפני עצמה. "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 הראשון, פסקה 60; כן ראו מונדלק, בעמ' 430; ברק, בעמ' 254-255). התייחסות ערכית ומוסרית לעובדים אלו אינה רק הצורך של אותם עובדים, אלא גם עניינה של החברה הישראלית שכן יש בהתייחסות זו כדי להקרין על דמותה ועל אנושיותה (ראו עניין לה"ב, פסקה 44). יפים לכאן דבריו של השופט לוי בעניין קו לעובד הראשון (פסקה 56):

"לא יימצא חולק על כך כי זכויות שנושא עמו הזר בצקלונו וחובות שמתחייבת המדינה כלפיו - כבתמונת ראי - אינן תואמות בתכניהן והיקפן לזכויות שנושא עמו בצקלונו מי שהנו אזרח בישראל, או לחובות שמתחייבת המדינה כלפיו (כך למשל, אזרח ישראלי נהנה מהזכות לבחור ולהיבחר; נתונה לו חסינות מפני גירוש מהמדינה, וכיוצא באלה זכויות שאינן נתונות למי שאינם אזרחים); כי אין לו לפרט שאינו אזרח ישראל זכות קנויה להיכנס בשערי המדינה (סעיף 6(ב) לחוק-היסוד) או לקבל היתר עבודה בה, וכי רשאית וחייבת המדינה לווסת את שוק העבודה ולפקח על העסקת זרים בו, וזאת על-פי צרכיו המשתנים של המשק. למדינה, זאת נדע, פרווגטיבה רחבה-מכל בתחומים אלה, ורשאית היא להחליט מי ייכנס בשעריה - ובאלו תנאים - ומי יותר מחוצה לה. אלא שכוחם 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".

מידתיות

83. בחינת ההסדרים החלים על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל במשקפי המידתיות מחזקת את המסקנה כי החלטת המשיבים שלא לעשות כל שימוש בסמכותם לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בנוגע לעובדי סיעוד בעלי זיקה חזקה לישראל, אינה מצויה במתחם הסבירות.

84. בענייננו בחרה הרשות משיקולים תקציביים להחיל על כלל העובדים הזרים את ההסדרים הקבועים בצו עובדים זרים. שיקול נוסף עניינו מניעת השתקעותם של עובדים זרים בישראל באופן קבוע. מנגד עומדת הפגיעה בזכויותיהם של עובדים זרים שהינם בעלי זיקה חזקה לישראל ליהנות משירותי בריאות דומים, גם אם לא זהים, לאלו הניתנים לתושבי הארץ.

85. מבחנה הראשון של המידתיות בוחן את התקיימותו של קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין המטרה שיש להשיגה. כפי שציינתי לא נבחנה ההשלכה התקציבית של העברת אוכלוסיית העובדים הזרים בעלי הזיקה החזקה לישראל לביטוח בריאות ממלכתי. מחקרים והערכות אף מצביעים על כך שיתכן ומערכת הבריאות תצא נשכרת מכך. מכאן שלא הוכח קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה. באשר למניעת השתקעותם של העובדים הזרים, הרי שעניין זה רלוונטי, כאמור, למצב של אובדן כושר עבודה של עובד סיעוד אשר זקוק לטיפול ממושך. ניתן לומר כי באשר לנקודה זו קיים קשר רציונאלי בין האמצעי – שהינו גירוש העובד הזר לארצו – לבין המטרה. עם זאת, כפי שצוין, לא ברור בכמה עובדים מדובר. ברי כי אם מדובר על מספר נמוך של עובדים אשר מצבם הרפואי יחייב המשך שהייתם בישראל, הרי שפוחתת ההצדקה לפגיעה בזכויותיהם.

86. מבחן המידתיות השני בוחן האם קיים אמצעי אחר שיש בידו להשיג את התכלית הרצויה ואשר פגיעתו בזכות קטנה יותר. דומני כי ההסדרים הקיימים אינם צולחים מבחן זה באופן מלא. כפי שציינתי ניתן יהיה למתן את ההשלכות התקציביות

של החלת הסדרי ביטוח בריאות ממלכתי על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לארץ. זאת, באמצעות החלת חובת תשלום למימון ביטוח הבריאות הממלכתי, הקיימת גם כיום עבור חברות הביטוח הפרטיות, על המעסיקים של העובדים הסיעודיים, לצד ההשתתפות הקיימת גם כיום על ידי עובדי הסיעוד עצמם. אמנם יתכן ואמצעי זה נתון למחוקק, אך הממשלה יכולה ליזום חקיקה שכזו. לחלופין, אם תועדף דרך זו, ניתן יהיה להשיג זאת על ידי הרחבת תחולתו של צו עובדים זרים. גם מניעת השתקעותם של עובדי הסיעוד בישראל יכולה להיות מושגת באמצעים פוגעניים פחות, וזאת באמצעות הסדרי ביניים אשר יאפשרו טיפול בעובד הזר לתקופה מסוימת; מימון טיפול במדינת המקור; קביעת קריטריונים לזכאות לטיפול ממושך בישראל לצורך צמצום היקף העובדים הזרים שישתקעו בישראל בשל אובדן כושר עבודה; וכדומה.

87. המבחן השלישי של המידתיות עניינו בשאלה האם היחס בין התועלת הצפויה לצמוח מן האמצעי שנבחר לבין הפגיעה בזכות הינו יחס ראוי. תשובתי לשאלה זו בענייננו הינה שלילית. כפי שהראיתי, ישנם הבדלים משמעותיים בין ההסדרים הקבועים כיום בצו עובדים זרים לבין ההסדרים החלים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. הפגיעה בעובדים הזרים מתעצמת ככל שזיקתם לישראל הולכת וגדלה. חלק מפגיעה זו משמעותה התייחסות לאוכלוסיה הנמצאת בישראל ותורמת לה כבר שנים רבות, כאוכלוסיה סוג ב'. פגיעה זו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת התקציבית ולתועלת במניעת השתקעותם של עובדים זרים בישראל, אשר ניתנות להשגה, גם אם חלקית, בדרכים אחרות פוגעניות פחות. זיקתם של עובדי הסיעוד השוהים בישראל שנים ממושכות מצדיקה קירוב זכויותיהם לזכויות תושבי ישראל. לא ניתן להצדיק הבחנה משמעותית בין אוכלוסיות אלו.

88. המסקנה היא איפוא כי החלטת המשיבים שלא לעשות כל שימוש בסמכותם לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בנוגע לעובדי סיעוד בעלי זיקה חזקה לישראל, אינה סבירה ואינה מידתית.

הסעד

89. מסקנת פסק דיני זה הינה כי יש לקרב את הסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל לאלו החלים על תושבי ישראל. הדרך הראשונה להגיע לתוצאה זו, שהיא אף "דרך המלך" אשר אליה כיוונו העותרים בהגדרת הסעד המבוקש על-ידם, היא שהמשיב 2 יעשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ויקבע, באישור המשיבים 1 ו-3, הסדרים מיוחדים לרישום בקופות החולים

ודרך מתן שירותים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי לעובדים זרים המקיימים זיקה חזקה לישראל. עם זאת, לכאורה ניתן להשיג תוצאה זו גם באמצעות תיקונו של צו עובדים זרים. אמנם אין זה הסעד שהתבקש בעתירה, אך מבחינה מהותית עשוי הוא להביא לאותה התוצאה, ועל כן ראוי שלא לחסום את האפשרות של המשיבים ללכת בדרך זו. כפי שהוסבר באריכות בפסק דיני, לא ניתן להתעלם מהקשיים הכרוכים בהתמודדותם של העובדים הזרים אל מול חברות הביטוח, אליהם התייחסתי לעיל. עם זאת, חזקה על המשיבים כי ישקללו קשיים אלה ויבחנו את השיקולים כולם אותם אפרט להלן, ויבחרו בפתרון המתאים והראוי ביותר. יצוין כי במסגרת הדיון בעתירה הצענו לצדדים לבחון את הענקת המבוקש בעתירה לעובדים זרים השוהים עשר שנים רצופות בישראל ולמעלה מכך. העותרים נענו להצעה זו. משכך ניתן לומר כי תקופת זמן של עד עשר שנים הינה ראויה לצורך הענקת זכויות רפואיות מורחבות לעובדים זרים בישראל, בין על דרך של החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי עליהם, ובין בדרך של תיקון צו עובדים זרים.

90. כאמור, בית משפט זה אינו שם עצמו במקומה של הרשות המבצעת, ואין הוא יכול להחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו. במיוחד נכון הדבר בענייננו שבו משמעות הסעד הניתן הוא חיוב המשיבים להתקין הסדרים מיוחדים אשר אינם קיימים לעת הזאת. משכך שיקול הדעת הנתון למשיבים בהסדרה הנדרשת הוא רחב. על המשיבים יהיה לתת את הדעת לסוגיות שונות שעולות מהצורך להסדיר מחדש את זכויות הבריאות של העובדים הרלוונטיים. כך למשל, כיצד יוגדר עובד בעל זיקה חזקה לישראל? כמו כן יהיה על המשיבים לשקול מהו ההסדר שיחול על עובדים אלו? מהו התשלום שיחויבו בו העובדים הסיעודיים ומהו הנטל על המעביד לעניין זה? חלק מהסוגיות תדרושנה התייחסות גם להסדרים שאינם רלוונטיים רק לביטוח הבריאות. כך למשל יש להתייחס לסוגיה של מתן טיפול רפואי לעובד סיעוד בעל זיקה חזקה לישראל אשר איבד את כושר עבודתו לתקופה של מעל 90 ימים. לעת הנוכחית, כזכור, מוחזר עובד זה לארצו ללא כל טיפול רפואי מעבר לתקופה זו. יש לחשוב על הסדר סביר ומידתי לעניין זה, אשר יכולות להיות לו השלכות גם על סוגיית אישורי השהייה בישראל וגם על סוגיית זכויות סוציאליות אחרות (ראו עניין פלוניית). נראה כי המשיבים ידרשו לגבש הסדרים משלימים הנוגעים להארכת אשרות השהייה ו/או למתן טיפול נאות והולם מחוץ לישראל, וזאת בהתאם להסדר הכללי שייבחר (החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי או תיקון צו עובדים זרים). בגיבוש ההסדרים האמורים על המשיבים יהיה ליתן את הדעת, בין היתר, לעקרונות שנקבעו בפסיקה הן לעניין תושבות והן לעניין הזכות לבריאות, וכן להסדרים החלים על מהגרי עבודה במדינות העולם המערבי.

91. ניתן אם כן צו מוחלט המחייב את המשיבים 1-4 לגבש הסדר שיקרב את הסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל - ואשר שוהים בישראל לתקופה שתיקבע על-ידי המשיבים, כאשר הרף שייקבע לא יעלה על 10 שנים, הכל כמפורט לעיל בפסקה 89 - וזאת על דרך של החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי עליהם או לחלופין בדרך של תיקון צו עובדים זרים בהתאם.

לשם בחינת וגיבוס ההסדרים האמורים סבורתני כי יש מקום ליתן למשיבים שהות מתאימה שתעמוד על שנה אחת מיום מתן פסק הדין. המדינה תישא בשכר טרחת עו"ד העותרת בסך של 25,000 ₪.

ש ו פ ו ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינה המקיף של חברתי, השופטת ע' ארבל, המשלב בין חכמת המשפט ובינת הלב. עם זאת, אבקש להוסיף מספר הערות המדגישות כי התערבותנו במקרה זה אינה חולקת על הנחת היסוד הגורסת שעיצובה של המדיניות הכלכלית והחברתית מסורה לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת. היא רק קובעת לה סייגים הנובעים מן המחויבות להגנה על "ליבה" של זכויות אדם, שעמן נמנות גם הזכויות החברתיות.

2. לשיטתי, הטעם המרכזי לקבלת העתירה נעוץ בכך שהעותרים הניחו בסיס לטענה שהיקף הכיסוי של הביטוח הרפואי הקיים של מהגרי העבודה הוותיקים אינו עומד בסטנדרט החוקתי של הזכות לכבוד, בעיקר בשל העדרו של מענה לביטוח רפואי בנסיבות שבהן מהגרי העבודה הוותיקים לוקים בחולי שגורם לאובדן כושר עבודה שאינו קצר. אכן, במישור העקרוני, יכול להיות הבדל בין הכיסוי הרפואי שניתן למהגרי עבודה לבין הכיסוי הרפואי שניתן לאזרחים ולתושבי קבע. אולם, הבדל זה אינו יכול להצדיק הסדרים הפוגעים בליבתה של הזכות לכבוד. למותר לחזור ולהזכיר כי ההגנה על העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פרושה על כל אדם באשר הוא אדם, ובכלל זה גם על מהגרי עבודה השוהים בישראל (ראו: בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, בפסקה 36 (13.4.2011) (להלן: עניין נוהל לידה)). הדברים אמורים אף בהדגשה יתרה בכל הנוגע לאותם מהגרי עבודה שזיקתם

לישראל היא חזקה בתוקף העובדה שניתנה להם אשרה המאפשרת ישיבה בישראל כדין במשך שנים ארוכות, גם אם ללא הכרה במעמד של תושבות קבע (מכוח ההסדר המיוחד שנקבע בכל הנוגע לעובדי סיעוד בסעיף 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952). באופן יותר ספציפי, אני סבורה שראוי להתייחס בהקשר הנוכחי הן לפגיעה בזכות לבריאות כנגזרת מן הזכות לכבוד האדם והן לפגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם.

3. הפגיעה בזכות לבריאות – הזכות לבריאות, לפחות בליבתה, כרוכה בזכות לכבוד והיא אף נגזרת של הזכות לחיים ושל ההגנה על גופו של האדם (ראו והשוו: בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, בפסקאות 9-17 (28.7.2008); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, בפסקה 36 לחוות דעתי (4.6.2013); אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני, עורכים 2004)). אכן, שאלת היקפה של ההגנה על הזכות לבריאות כזכות חוקתית טרם נדונה במלואה בפסיקתו של בית משפט זה. יתר על כן, בבג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004) נפסק כי ההגנה החוקתית על הזכות לבריאות אינה משמיעה זכות להיכלל במנגנון של ביטוח הבריאות הממלכתי (שס, בעמ' 334-335). על כך ניתן להוסיף כי לא קיימת מערכת בריאות ציבורית שיכולה לתת מענה לכל אדם ולכל צורך רפואי ללא הגבלה. ברור הדבר כי הקצאת משאבים בתחום זה, כבכל תחום ציבורי, צריכה להידרש להכרעות חלוקתיות לא פשוטות. עם זאת, ניתן לומר שהיעדרו של מענה רפואי למחלה קשה או פגיעה קשה (הגורמת לאובדן כושר העבודה) של אדם שיש לו זיקה נמשכת למדינה (להבדיל מתיירים ואנשים ששהותם בישראל קצובה וקצרה יחסית) מהווה פגיעה בליבה של הזכות לבריאות. למעשה, ככל שהבעיה הרפואית היא קשה יותר כך גם העדרו של מענה לה מהווה פגיעה קשה יותר בזכות לבריאות. במצב הדברים הקיים, התוצאה המתקבלת היא שהביטוח הרפואי של מהגרי העבודה הוותיקים אינו מכסה דווקא חלק ממצבי החולי הקשים שאליהם הם עלולים להיקלע (אלא רק מצבי חולי קלים). ההסדר הקיים הוא בעייתי אפוא משום שאין בו מענה דווקא למצבי הליבה של פגיעה בזכות לבריאות. משמעותה של הפגיעה מתעצמת כאשר מביאים בחשבון כי במצב הדברים שנוצר יקשה על העובדים הנתונים במצב של אובדן כושר עבודה לרכוש ביטוח חדש שייתן מענה לבעייתם (שהרי מן המפורסמות הוא שבדרך כלל ביטוח חדש שנרכש אינו מכסה ליקוי קיים). על דרך ההשוואה ראוי לציין כי בית משפט זה כבר פסק בעבר ברע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) כי חוזה שנעשה עם אדם מבוגר לצורך כניסה לבית אבות אינו יכול להשאיר ללא הסדרה את

המצב של מעבר לאשפוז סיעודי. כפי שהסביר הנשיא א' ברק: "זהו אירוע טיפוסי שאך טבעי הוא שחווה יחס בין בית אבות לדייר יחול עליו, ויסדיר אותו. אין להניח שדווקא כאשר אירוע מרכזי זה מתרחש בא החווה לקצו, ומשאיר את הדייר ללא כל זכויות כלפי בית האבות" (שם, בעמ' 161). בשינויים המחויבים, ואף ביתר שאת, ניתן לומר כי אין להלום העדרו של כיסוי ביטוחי למצבים בריאותיים קשים שאליהם צפויים להיקלע אנשים השוהים במקום לאורך תקופה ארוכה כחלק ממהלך החיים.

4. פגיעה בזכות לכבוד – לא פחות מן הפגיעה בזכות לבריאות נודעת חשיבות בענייננו לפגיעה בזכות לכבוד, אף לשיטת מי שמחזיקים בתפיסה מצומצמת שלה, המתמקדת בהגנה על כבוד האדם עצמו להבדיל מזכויות הנגזרות ממנו. ראוי להבהיר: אכן, כפי שצוין, ההגנה על הזכות לבריאות בשיטתנו המשפטית חוסה, מבחינה קונספטואלית, תחת כנפיה של הזכות לכבוד. אולם, יש מצבים שבהם הפגיעה בזכות לבריאות כרוכה אף בפגיעה בזכות לכבוד האדם עצמה. כך למשל, הימנעות ממתן טיפול רפואי לאדם בנסיבות שחושפות אותו לאי-שליטה בגופו, להשפלה ואף לאובדן צלם אנוש עשויה לגלם פגיעה עצמאית בכבודו, בנוסף לפגיעה שהיא מגלמת בזכות לבריאות (השוו לדברי המשנה לנשיא מ' אלון בבש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, 724-725 (1992)). בענייננו, מתבטאת הפגיעה הנוספת בכבוד האדם, מעבר לפגיעה בזכות לבריאות כזכות הנגזרת מכבוד האדם, בהותרתם של אנשים חולים ללא כל טיפול רפואי וזאת לאחר שסעדו אזרחים ישראלים במשך שנים ארוכות עת היו במלוא אונם ובכל מאודם (כלשון הציווי הקטגורי של הפילוסוף עמנואל קאנט: "עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד". ראו: עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, 1965)). זכותו של אדם לכבוד מגלמת בתוכה את ההתייחסות אליו כאדם הראוי ליחס אנושי לא רק בשל התועלת הנובעת ממנו או משירותים שיש ביכולתו להציע – ליחס אנושי "באשר הוא אדם". בניגוד לכך, כפי שציינה גם חברתי השופטת ארבל, הפסקתו של הכיסוי הביטוחי למי שעבדו ושירתו נאמנה את מעבידיהם במשך תקופה ממושכת אך בשל כך שאיבדו את כושר העבודה שלהם מהווה התייחסות אינסטרומנטאלית מובהקת לבני אנוש. לשיטתי, השלכתם של אנשים כ"כלי אין חפץ בו" כאשר אין ביכולתם עוד להביא תועלת לאחר שירות מסור וממושך דווקא כאשר הם זקוקים יותר מכל לטיפול רפואי מהווה אף פגיעה בליבתה של הזכות לכבוד (למשמעות החוקתית של התייחסות אינסטרומנטאלית לבני אנוש, ראו גם: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים – חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בפסקאות 36-39 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש ובפסקאות 3-5 לפסק דינה של חברתי השופטת ארבל (19.11.2009)).

5. אכן, צודקת המדינה בכך שמן ההיבט של הגנה על זכויותיהם של מהגרי העבודה, מתן מענה לחסר הקיים בהיקפו של הכיסוי הביטוחי שלהם אינו חייב להיעשות על בסיס של מימון ציבורי דווקא. למעשה, אילו מלכתחילה כלל הכיסוי הרפואי לפי הצו שהוצא לפי חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: צו עובדים זרים) כיסוי נאות של זכויותיהם לא היה מקום להתערב – מן הפרספקטיבה של זכויות אדם – בשיקול הדעת המינהלי להגן על זכויותיהם במתכונת המבוססת על מימון פרטי (של מעבידיהם). אולם, במצב הקיים, צו העובדים הזרים אינו כולל כיסוי כזה. בנסיבות אלה, אם יתוקן צו עובדים זרים באופן שיכלול הגדלה של הכיסוי הקיים בו, ובכלל זה מתן מענה מספק לטיפול רפואי במהגרי עבודה וותיקים גם לאחר שאיבדו את כושר עבודתם – וזאת לתקופה סבירה שתקבע – יוכל תיקון זה לבוא במקום קביעת הסדרים מיוחדים על פי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. כמובן, על המשיבים יהיה לשקול את השלכותיו של תיקון כזה בצו עובדים זרים, ובכלל זה השלכותיו על עלויותיהם של המעבידים, בהשוואה להרחבת תחולתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. זהו עניין שבמדיניות המסור להם.

6. אני מבקשת להוסיף הערה אף בכל הנוגע להיבטים ההשוואתיים של הסוגיה שבפנינו. כפי שציינה חברתי, הסוגיה של ביטוח רפואי למהגרי עבודה היא סוגיה חשובה שהתעוררה אף בשיטות משפט אחרות. התשובה שניתנת לה משתנה בהתאם לפרמטרים שונים, ובהם אופן ההגנה על הזכות לבריאות במדינה הרלוונטית וקיומם של הסדרים בילטרליים הכוללים התחייבויות ספציפיות לגבי היקף ההגנה על הזכות לבריאות של מהגרי עבודה (עם מדינת האם של העובדים). אמנת האו"ם בנושא זכויותיהם של מהגרי עבודה ובני משפחותיהם (United Nations Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) שנכנסה לתוקף בשנת 2003 קובעת (בסעיף 43(1)(e) שלה) כי מהגרי עבודה יזכו לתנאים שווים לתושבי המדינה שבה הם מועסקים בכל הנוגע לגישה לשירותים רפואיים, וכן (בסעיף 70) כי המדינות המארחות ינקטו באמצעים להבטחת תנאי המחייה של מהגרי העבודה (ובכלל זאת בריאותם) שלא יפחתו מהאמצעים הננקטים לצורך הבטחת תנאי המחייה של אזרחי אותן מדינות. אולם, חשוב להוסיף כי לא רק ישראל אינה חתומה על האמנה: לעת הזו אף אחת מן המדינות המרכזיות הקולטות מהגרי עבודה, קרי מדינות מערב אירופה, צפון אמריקה ואוסטרליה, לא חתמה עליה. לצד הדוגמאות שהזכירה חברתי, ניתן לציין כי קיימות מדינות נוספות שבהן ההסדרים הקיימים בתחום הביטוח הרפואי מעוררים קשיים מהיבט ההגנה הנאותה על זכויותיהם של מהגרי העבודה (ראו למשל: Lori A. Nessel, *Disposable Workers: Applying a*

Human Rights Framework to Analyze Duties Owed to Seriously Injured of Ill (Migrants, 19 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 61 (2012)). ניתן להוסיף שאמנת ארגון העבודה הבינלאומי בנושא שוויון זכויות בתחום הביטחון הסוציאלי (Equality of Treatment ((Social Security) Convention, 1962 (No. 118) מתייחסת לחובתן של המדינות החברות בה להעניק שוויון זכויות בתחום הביטחון הסוציאלי גם למהגרי עבודה בתחומים שעליהם האמנה חלה. סעיף 2(1) לאמנה מונה את התחומים שעליהם היא חלה (בהתאם לבחירתן של המדינות המצטרפות), ובהם לצד ענפים שונים שם ביטחון סוציאלי גם תחום הטיפול הרפואי (medical care). למעשה, הסדרת הכיסוי הרפואי של מהגרי עבודה כוללת גוונים רבים. כך למשל, לפי החקיקה המתקדמת של מדינת אונטריו בקנדה נחשבים מהגרי עבודה כ"תושבים" לצורך הכיסוי הרפואי כבר מתחילת שהותם (היינו, הרבה מעבר למקובל בישראל), אך יישומה של הזכאות מוגבל לתקופה שבה מהגר העבודה מחזיק ברישיון עבודה, ובמובן זה אף היא לא נותנת מענה לקושי שבו התמקדנו (כך עולה מן ההחלטה בעניין General Manager, The Ontario Health Insurance Plan v. Clarke and Williams [2014] (Divisional Court File No. 459/13), אם כי יש לציין שהתדיינות זו נסבה על עובדים זמניים שנפצעו ימים ספורים לאחר הגעתם לקנדה). אם כן, לשיטתי, יותר משהעיון במשפט המשווה מכוון לתוצאה ברורה אחת, הוא מחדד את החשיבות הנודעת להסדרתו של הנושא, כמו גם לכך שהתשובה צריכה להיגזר מתפיסות היסוד של המשפט הישראלי ולתפיסותיו הערכיות. תשובה זו עשויה להיות נדיבה יותר מן המקובל בחלק מן המדינות האחרות – בהיבטים מסוימים, ובה באותה עת נדיבה פחות מן המקובל בחלק מהן.

7. הלכנו בדרך ארוכה, אך לאמיתו של דבר הדריך אותנו בה עיקרון פשוט: החברה הישראלית מסתייעת בעובדים סיעודיים שאינם אזרחי ישראל לצורך טיפול בחוליה ובקשישיה. אלה הם אנשים השוהים במדינה במשך שנים ארוכות, וזאת על-פי חוק ומכוח הזמנתם בברכתה של המדינה. כעת, כאשר המטפלים נזקקים לטיפול, שומה עליה להתייחס אליהם ברוב לב ולאפשר להם להתרפא ולצבור כוחות חדשים, ולו במידת מה. ראויים הם כי ברוח מורשתנו (ראו: משלי יז, 13) נשיב להם טובה תחת טובה, ולא חלילה אחרת.

1. חברתי השופט ע' ארבל פרשה בחוות דעתה – כדרכה – יריעה רחבת היקף ומאירת עיניים. מצטרף אני להכרעתה בדבר הסעד האופרטיבי שיש להעניק בגדרה של עתירה זו, כמו גם להערותיה של חברתי השופטת ד' ברק ארז. גם להשקפתי העדרו של מענה רפואי הולם למהגרי עבודה ותיקים ששוהים בארץ כדין במשך תקופה ארוכה, בפרט בנסיבות שבהן מדובר בחולי שגורם לאבדן כושר עבודה ממושך, פוגע בליבתה של הזכות לכבוד – פגיעה שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

2. כפי שמבהירה חברתי השופטת ארבל, הסעד המתאים אין משמעו בהכרח מתן רישיון לעובד הזר להישאר בישראל לצמיתות כדי שיוכל לקבל טיפול רפואי במימון ציבורי. ניתן למצוא דרכי ביניים מידתיות שיבטיחו מתן טיפול רפואי הולם, במסגרת מתאימה ולפרק זמן מתאים, חלף מצב הדברים הנוכחי – דרישה לעזוב את הארץ בתוך פרק זמן קצר בלא כיסוי ביטוחי מתאים שיבטיח את הטפול.

3. הצו המוחלט שיוצא מלפנינו היום מורה למשיבים לגבש הסדר שיקרב את הסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים השוהים בישראל תקופה ממושכת (כמוגדר בפסקה 91 לחוות דעתה של השופטת ארבל), לאלו החלים על תושבי ישראל. בצד ההכרעה העקרונית, אין אנו מתווים דרך מפורטת לקיומו, שכן בחירת המסלול הפרטני מסורה לשיקול דעתם של המשיבים. כמובן שלא יהא קושי אם אלה יחליטו לבחור במסלול של החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 על האוכלוסייה הרלבנטית. אולם אין אנו סוגרים את הדלת בפני השלמת החסר הקיים בהיקף הכיסוי הביטוחי בדרך של תיקון צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001, בשים לב לכך שתכלית ההגנה על זכויות העובד הזר לא חייבת להיות מושגת בהכרח על בסיס מימון ציבורי. בצד האמור נעיר "הערת אזהרה": יש לזכור כי עניין לנו בשתי קבוצות מוחלשות. מחד גיסא נכה או קשיש סיעודי שהפרוטה אינה בהכרח מצויה בכיסו; ומאידך גיסא עובדים זרים שלעתים נאלצים ליטול הלוואות בסכומים גבוהים למימון הגעתם לישראל, ובמהלך שהותם כאן נתונים למשטר עבודה מאומץ ותובעני שמטרתו להשיב את החובות וכן לכלכל את עצמם ואת בני משפחתם הנמצאים בארץ המוצא (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 40 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (13.4.2011); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 36 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (13.4.2011)). להשקפתי, ככל שתבחן החלופה של תיקון הצו, יש להקפיד שהסדר שיותווה לא יטיל נטל כלכלי בלתי סביר על אחת מהקבוצות

האמורות. ככל שאין היתכנות לכך, ניתן, כמובן, לבחור בחלופה אחרת. אין צריך לומר כי הדרך שינקטו המשיבים בסופו של דבר תהא נתונה לביקורת שיפוטית.

מצטרף אני, כאמור, להכרעתה של חברתי השופטת אדבל.

ש פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ד בסיון התשע"ד (22.6.2014).

ש פ ט

ש פ ט

ש פ ט