



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 11437/05

בפני :
כבוד השופט א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיבראן

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

נ ג ד

המשיבים :
1. משרד הפנים
2. המוסד לביטוח לאומי (משיב פורמאלי)
3. משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה

עתירה למתן צו על-תנאי

בשם העותרות :
עו"ד ד"ר יובל לבנת, עו"ד עודד פלר, עו"ד יונתן ברמן, עו"ד ענת קדרון, עו"ד גלי עציון

בשם המשיבים 1 ו-3 :
עו"ד יובל רויטמן

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים קבעה נוהל שנושא "הטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (נוהל מס' 5.3.0023, להלן: נוהל העובדת הזרה או הנוהל). בנוסחו המעודכן מיום 1.8.09, קובע הנוהל כי עובדת זרה השוהה בישראל כחוק, הנמצאת בהריון מחודש שישי ואילך, ומסיבה כלשהי נפסקה עבודתה אצל מעסיקה הרשום, או שעבדה אצל מעסיקה הרשום עד לידת תינוקה, יכולה להגיש בקשה לרשיון עבודה מסוג ב/2, וינתן לה רשיון ישיבה כזה למשך 90 ימים לאחר מועד הלידה. במהלך תקופה זו, על העובדת הזרה לצאת מישראל עם ילדה, אלא שהיא תוכל לחזור ולהיכנס לישראל לצורך עבודה ללא הילד, במשך תקופה של עד שנתיים ממועד הלידה. תקופת הרשיון לצורך עבודה, והארכתו, תהיינה בהתאם לכללים הרגילים החלים על עובדים זרים. מוסיף הנוהל וקובע, כי בנסיבות

הומניטאריות חריגות, בהן מתעורר צורך לתת מענה לנסיבות קונקרטיות, ומקום שניתן יהא לתת מענה לאינטרסים הציבוריים בנושא זה, תישקל אפשרות להתיר לעובדת הזרה להמשיך לשהות בישראל עם הקטין לתקופה קצובה נוספת לאחר חלוף 90 הימים.

2. העותרות – עמותות לקידום זכויות אדם העוסקות, בין היתר, בהגנה על מעמדם של עובדים זרים – קו לעובד, האגודה לזכויות האזרח, נעמ"ת, מוקד סיוע לעובדים זרים ורופאים לזכויות אדם – הגישו עתירה זו כנגד עיקריו של הנוהל, ובקשתן היא לבטלו. עיקר טענתן הוא כי נוהל של רשות שלטונית המונע מעובדת זרה הנמצאת ועובדת בישראל כחוק להמשיך ולשהות בישראל לצורך השלמת תקופת עבודתה ברשיון רק מאחר שילדה ילד, ומחייב אותה לעזוב את הארץ עם הילד תוך הותרת האפשרות לחזור לישראל להמשיך עבודה רק בתנאי שתבוא בגפה, אינו תואם את עקרונות הדין בישראל ואף עומד בסתירה לעקרונות יסוד של זכויות אדם. לפיכך, אין להתיר נוהל זה בעינו. יש לציין, כי לעותרות הציבוריות שהגישו את העתירה לא צורפו עותרות הנפגעות במישרין מן הנוהל, ומתכונת העתירה היא, אפוא, מתכונת של עתירה ציבורית, בלא ענין קונקרטי המחייב הכרעה.

3. בעקבות דיון בעתירה, הוצא צו על-תנאי שבמסגרתו נדרשו המשיבים 1 ו-3 (להלן: המשיבים או המדינה) ליתן טעם מדוע לא ישונה הנוהל כך שיאפשר לנשים השהות בישראל כדין על-פי היתר עבודה להמשיך את שהותן בארץ עם ילדן שנולד, וזאת עד למיצוי תקופת הרשיון שלא תעלה על התקופה המקסימאלית העומדת על 63 חודשים, כאמור בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל).

טענות הצדדים

טענות העותרות

4. בפתח הדברים טוענות העותרות, כי אף שלא צורפו לעתירה עובדות זרות הנפגעות מן הנוהל, והעתירה מנוסחת כעתירה ציבורית כללית, יש מקום כי בית המשפט הגבוה לצדק יזקק לה, משהיא עוסקת בשאלת מדיניות כללית, שהיא רלבנטית באופן ישיר לציבור העובדות הזרות בישראל וראוי כי בית משפט זה יכריע בה; כן נטען, כי אמנם קיימת לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (להלן: בית המשפט לעניינים מינהליים) סמכות מקבילה להכריע בנושא הקשור לעובדים זרים, אך עדיין לאור החשיבות הציבורית הכללית של נושא העתירה, ולאור המימד החוקתי הנלווה לו, ראוי כי הוא יתברר ויוכרע בבית המשפט הגבוה לצדק.

5. טענת העותרות לגופה של העתירה היא כי נוהל העובדת הזרה מבטא מדיניות הכרוכה בפגיעה קשה בזכויות מהגרות עבודה הן מכוח המשפט החוקתי הישראלי, הן מכוח משפט העבודה המגן, והן מכוחן של אמנות בינלאומיות שישראל צד להן.

ראשית, העותרות טוענות כי הנוהל פוגע בפגיעה קשה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה למשפחה ולהורות. זכויות אלה הוכרו בישראל כזכויות חוקתיות הנגזרות מההגנה על כבוד האדם ומהזכות לפרטיות, והן חלק מהגשמת עיקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי. הפגיעה בזכות להורות כפי שהיא משתקפת בנוהל צריכה להיבחן על-פי פיסקת ההגבלה שבחוק-יטוד: כבוד האדם וחירותו, והיא אינה עומדת במכלול תנאיו. ראשית, הפגיעה נעשית שלא מכוח חוק, אלא מכוח הנחיה פנימית; ושנית, היא אינה יכולה להיחשב למידתית. חוק הכניסה לישראל קובע תקופה מקסימאלית של שהייה כדין בישראל המשתרעת על 63 חודשים, להוציא עבודה בסיעוד אשר בתנאים מסוימים ניתנת להארכה מעבר לתקופה זו. במהלך 63 החודשים, מתאפשר למהגר העבודה להפיק תועלת משהותו בישראל לאחר שהשקיע כספים רבים לצורך הגעתו לארץ, וציפה להחזר השקעתו ואף לרמת השתכרות שתענה על צרכי מחייתו ותאפשר לו לתמוך במשפחתו שמעבר לים. חיובה של העובדת הזרה לעזוב את ישראל בעקבות הלידה פוגע, אפוא, בפגיעה קשה גם באינטרס הכלכלי שלה, מה גם שמעסיקים רבים מסכימים להמשך עבודתן של העובדות הזרות בשירותם כל עוד הן מצליחות לשלב בין עבודתן לבין צרכי הטיפול בילד. מתן אפשרות לעובדת שילדה להישאר בישראל למשך תקופת הרשיון, לתקופה מקסימאלית של 63 חודשים, מגן על זכויותיה החוקתיות ואינו יוצר חשש של ממש להשתקעות ול"הגלייה תרבותית".

שנית, נטען, כי חיובה של העובדת הזרה לעזוב את עבודתה בישראל לאחר הולדת ילדה על אף שיש בידה היתר עבודה שתוקפו טרם פקע, נוגד את התפיסה הבסיסית של חוקי העבודה, ובראשם – חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 (להלן: חוק עבודת נשים) וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה). הוראות הנוהל עומדות בסתירה להוראות סעיף 9(ג) לחוק עבודת נשים המטילות מגבלות על פיטורי עובדת בחופשת לידה; כן הן אינן מתיישבות עם הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הקובע בסעיף 2(א) כי מעביד לא יפלה בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, ובין היתר מחמת הריון או מחמת הורות.

שלישית, טוענות העותרות כי הפסקת עבודה של עובדת בהריון אסורה גם על-פי המשפט הבינלאומי, ובכלל זה, על-פי האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה

(להלן: האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים) ועל-פי אמנת ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 156) בדבר שוויון הזדמנויות ושוויון היחס לעובד ולעובדת: עובדים בעלי אחריות משפחתית (להלן: אמנת ארגון העבודה בדבר שוויון הזדמנויות).

לטענת העותרות, החובה למנוע פגיעה בעובדת הזרה בדרך של פיטוריה בשל הריונה ולידת ילדה חלה ביתר שאת על המדינה, ועליה ליישם את תפיסות השוויון הבסיסיות בהעסקת עובדים שכל מעביד נדרש להן. משהמדינה מתירה את כניסתם של מהגרי עבודה לישראל, היא נוטלת על עצמה מחויבויות מסוימות, ועליה לעמוד בכללי יסוד של המשפט לענין היחס לעובדים זרים. במקום זאת, מדינת ישראל מתירה בידה האחת את כניסתם למדינה של מהגרי עבודה ברשיון, ובידה האחרת היא מגרשת אותם לפני שמיצו את תקופת שהייתם המירבית בהיתר בישראל. בכך, לדברי העותרות, משתלב נוהל העובדת הזרה במדיניות "הדלת המסתובבת", המתאפיינת בהרחקת עובדים זרים מישראל וקבלת עובדים זרים חדשים, תוך פגיעה בזכויות היסוד של העובדים המורחקים.

6. לאור מכלול הטיעונים שהועלו, מבקשות העותרות כי נוהל העובדת הזרה יבוטל, ועמו תבוטלנה המגבלות המוטלות על עובדת זרה שהביאה ילד לעולם, ויותר לה למצות את תקופת רשיון העבודה שלה עד לגבול האפשרי של 63 חודשי שהייה בישראל.

טענות המשיבים

7. המשיבים טוענים, ראשית, כי דין העתירה להידחות על הסף. לדבריהם, העתירה היא כללית וכוללנית, אין בה התייחסות לעותרות מסוימות ולמערכות נסיבות קונקרטיות, ולכן אין מקום להכריע בה. כן נטען, כי יש בידי העותרות סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מינהליים, המוסמך לדון בנושא העתירה, ולכן אין מקום כי בית משפט זה יזקק לה. נושא הנוהל ראוי, אפוא, להידון ולהתברר בבית המשפט לעניינים מינהליים במסגרת עתירות פרטניות של עובדות זרות הטוענות לפגיעה.

8. לגוף הענין טוענים המשיבים, כי מדינת ישראל נאלצת בשנים האחרונות להתמודד עם גל של הגירה בלתי-חוקית מארצות בהן רמת החיים נמוכה ביותר, ואלפים רבים מהשוהים הזרים שכניסתם הותרה לתקופה מוגבלת, ולשם עבודה בלבד, משתקעים בישראל שלא כדין לאחר פקיעת ההיתר. יש קושי לאתרם, והליכי אכיפת החוק נתקלים בקושי מיוחד. נוהל העובדת הזרה הוא אחד האמצעים שבהם נוקטת

המדינה בהתמודדותה עם הצורך לצמצם את היקף העובדים הזרים השוהים בישראל, ועם התופעה הגוברת של נסיונות עובדים אלה להשתקע במדינה בדרכים בלתי-חוקיות. העסקת עובדים זרים משפיעה על מבנה התעסוקה והשכר במשק, היא פוגעת בשכבות נמוכות המתחרות על מקומות העבודה, וגורמת לגידול באבטלה ולהקטנת התמריץ של עובדים ישראלים להשתלב בענפים שונים בהם מועסקים עובדים זרים. תופעת העובדים הזרים בהיקפה הגדול יוצרת בעיות חברתיות וערכיות. כל אלה הביאו לגיבוש מדיניות ממשלתית שעיקרה בהטלת מגבלות על כניסתם של עובדים זרים לישראל, יצירת מנגנונים שיבטיחו את יציאתם מישראל בתום תקופת הרשיון, וקביעת הסדרי פיקוח שימנעו את השתקעותם בארץ. באופן זה, מתקיימת בקרה ממשלתית מקיפה על תנאי כניסתם ושהייתם של העובדים הזרים בישראל. הנוהל בענייננו הוא, אפוא, אחד הביטויים להגשמת המדיניות הממשלתית בנושא זה.

9. במענה לטענות העותרות לגופו של הנוהל, נטען במישור המשפטי, ראשית, כי אין לעובד הזר זכות לציפייה לגיטימית לשהות בישראל למשך מלוא התקופה המקסימאלית שנקבעה לכך בחוק הכניסה לישראל. המדינה מכוח כוחה הריבוני הקנתה בחוק הכניסה לישראל שיקול-דעת רחב לשר הפנים להסדיר את נושא הכניסה והשהייה בישראל של תושבים זרים. אין לאדם זכות קנויה להיכנס לישראל ולשבת בה, שיקול-הדעת המוקנה לרשות המוסמכת בענין זה הוא רחב מאד, וההתערבות השיפוטית בו הינה מצומצמת ביותר. על-פי סעיף 3א(ג) לחוק האמור, רשאי, אמנם, שר הפנים להתיר את שהייתו של עובד זר בישראל עד לתקופה מקסימאלית של 63 חודשים. ואולם, מאחר שאשרת הכניסה ורשיון העבודה לעולם אינם ניתנים באופן אוטומטי למשך מלוא התקופה, והם מתחדשים באופן תקופתי, אין לעובד הזר זכות מוקנית לשהות בישראל את מלוא התקופה האפשרית על-פי החוק, ואין מקום להניח קיומה של ציפייה לגיטימית מצידו למיצוי מלוא תקופה זו.

שנית, התרת כניסתם ושהייתם של עובדים זרים בישראל מצויה, כאמור, בשיקול-דעת בלעדי של המדינה, וזכותו של העובד הזר להורות ולמשפחה אינה גורעת מהיקף שיקול-הדעת המוקנה למדינה באשר להגבלת כניסתם ושהייתם של זרים בשטחה. הנוהל אינו פוגע בזכותה של העובדת הזרה להורות ולחיי משפחה, אלא כל שהוא קובע הוא כי מימוש זכות זו לא ייעשה בתחומי המדינה. הזכות החוקתית למימוש הורות ומשפחה דווקא בישראל נתונה לישראלי, והיא אינה נתונה לעובד הזר, שאינו בר-זכות לממשה דווקא בישראל.

מכל מקום, ההגנה החוקתית הניתנת בישראל לזכות לחיי משפחה אינה כוללת בגדרה הטלת חובה על המדינה להמשיך ולהעניק היתר עבודה בישראל לעובדת זרה שילדה ילד בישראל, כשמנגד ניצב אינטרס ציבורי מובהק למנוע את השתקעותה עם ילדה במדינה. הזכות לחיי משפחה ולהגנת המדינה על התא המשפחתי הינה זכות יחסית ולא מוחלטת, והיקף מימושה תלוי באינטרסים שונים, וביניהם גם הגבלת הגירת עבודה.

לטענת המשיבים, אפילו ייטען כי הנוהל פוגע בזכות היסוד של העובדת הזרה להורות ולחיי משפחה, כחלק מהזכות לכבוד האדם, הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנעשית לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. בבסיס הוראות הנוהל עומדת, כאמור, מדיניות ההגירה של מדינת ישראל, והמדינה, מכוח ריבונותה, היא הקובעת מי ייכנס בשעריה ובאילו תנאים. לא רק שאין בנוהל העובדת הזרה משום פגיעה בזכותה של העובדת להורות ולהקים משפחה, אלא שעל-פי הנוהל, היולדת גם זוכה לקבל אשרת שהייה בישראל לפרק זמן של כשלושה חודשים לאחר הלידה, כדי שתוכל להתאושש, פיזית ונפשית, מן הלידה. כן מזכירים המשיבים כי במקרים בעלי אופי הומניטארי מיוחד, מעניק הנוהל שיקול-דעת לגורם המוסמך להתיר שהייה בישראל של העובדת עם ילדה לתקופה ארוכה מ-90 יום, בכפוף לתנאים שונים שיידרשו. מטרת הנוהל היא למנוע את השתקעותה של העובדת וילדה בישראל – אפשרות שהסתברותה גדלה לאחר לידת הילד. בשל חשש זה גם נמנע מתן אישור עבודה לעובד זר ככל שיש לו בישראל קרוב משפחה מדרגה ראשונה, וכן אין מתירים כניסת עובדת זרה לישראל עם ילדיה, או עם בני משפחה אחרים. נוהל העובדת הזרה משתלב, אפוא, בתפיסת המדיניות הכללית לפיה אין להתיר כניסה ושהייה של עובד זר שיש לו קרוב משפחה מדרגה ראשונה בישראל, בשל החשש כי יש בכך כדי להמריץ השתקעות שלא כדין בארץ. על רקע זה, נוהל העובדת הזרה מקיים יחס ראוי בין מטרת הנוהל – הגנה על צביון המדינה וגידוש מדיניות הגירה שתתיישב עם האינטרס הציבורי, לבין האמצעי שנבחר לשם כך – הרחקתה של העובדת מישראל בתום שלושה חודשים ממועד הלידה.

10. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי החשש מפני השתקעותה של עובדת זרה בישראל אם יותר לה להמשיך לשהות כאן עם ילדה גובר על רקע המדיניות הקיימת המאפשרת לקטין ששהה בישראל תקופה של קרוב ל-5 שנים לקבל מעמד קבע בישראל. לדבריהם, בהחלטת הממשלה מס' 156 מיום 18.06.06 נקבע כי אורך השהות הנדרש מקטין כתנאי מקדים למתן רשיונות ישיבת קבע בישראל לו ולהוריו הינה בת שש שנים, אך בפועל, ההחלטה מיושמת בדרך המאפשרת גם לקטין ששהה בישראל

תקופה של 4 שנים ו-9 חודשים בלבד לקבל מעמד קבע בישראל. תקופה זו קצרה מהתקופה המקסימאלית של 63 חודשים האפשרית לשהיית עובדת זרה כחוק בישראל. קבלת העתירה משמעה כי יהיו מקרים שבהם עובדת זרה שתישאר בישראל עם ילדה במשך התקופה המקסימאלית האפשרית תקבל מעמד של תושבת קבע, וזאת מכוח מעמד שירכוש הקטין בהתאם להחלטת הממשלה האמורה. אפשרות זו נוגדת את מדיניות ההגירה המבקשת להגביל את כניסתם, את שהותם ואת השתקעותם של עובדים זרים בישראל.

החשש האמור מתעצם אף יותר בכל הנוגע לעובדות זרות בתחום הסיעוד, על רקע החריג הקבוע בחוק הכניסה לישראל שלפיו, בהתקיים תנאים מסוימים, ניתן להאריך מעת לעת את שהייתו של עובד זר בתחום הסיעוד ללא הגבלה של תקופה מירבית. בהקשר זה, קבלת העתירה, וביטול הנוהל מכוחה, עלולים לאפשר לעובדות זרות בתחום הסיעוד שילדו ילד תוך שהותן בישראל, להישאר כאן גם לתקופה העולה על 63 חודשים. מציאות זו עלולה להוביל למתן תושבות קבע לקטין לאור שהותו בארץ במשך תקופה של למעלה משש שנים, בהתאם להחלטת הממשלה האמורה. אפשרות זו נוגדת על אחת כמה וכמה את מדיניות הרשות המוסמכת, כאמור.

11. לבסוף, מציינים המשיבים כי התרת שהותה של העובדת הזרה בישראל עם ילדה, עלולה ליצור קשיים לא מבוטלים הן מבחינת טובת המעסיק והן מבחינת טובת הילד. אשר למעסיק, עולה חשש כי העובדת לא תוכל לעמוד בדרישות העבודה לאור צרכי הטיפול בילד. בתנאים אלה, מעסיק לא בהכרח יסכים להעסיק עובדת המטופלת בילד, ובמיוחד כך בתחום הסיעודי. אשר לטובת הילד, קיים ספק אם העובדת תוכל לטפל בו כראוי כשמוטלות עליה מטלות עבודה אינטנסיביות. יש להניח כי הישארותה בארץ עם התינוק תעלה גם סוגיות נוספות ביחס לתנאים סוציאליים וביטוח רפואי לה ולתינוק.

לאור כל אלה, מבקשים המשיבים לדחות את העתירה על הסף, ולחלופין – לגופה.

הכרעה

12. עניינה של עתירה זו בביקורת שיפוטית על חוקיותו וסבירותו של נוהל הטיפול בעובדת זרה שילדה ילד בישראל. היא מצריכה בחינה של מדיניות הרשות המוסמכת ביחס לעובדות זרות בישראל, שנילווים לה היבטים חוקיים וחוקתיים.

13. בטרם תיבחן העתירה לגופה, יש להתייחס לטענת המשיבים לפיה ראוי לדחות הליך זה על הסף הן בשל כלליות העתירה, ונוכח העובדה כי לא מצויות בפני בית המשפט עותרות שנפגעו באופן ישיר מהוראות הנוהל, והן בהיות העתירה נתונה לסמכות מקבילה של בית המשפט לעניינים מינהליים, ואשר בשל כך אין מקום כי בית משפט זה יזקק לה.

עתירה כללית מטעם עותרים ציבוריים

14. הצדק עם המשיבים בטענתם כי, דרך-כלל, כדי שבית משפט זה יזקק לעתירה, עליה להתייחס לתשתית עובדתית קונקרטית, ולהידרש לסעד קונקרטי המתבקש על-ידי עותר הטוען לפגיעה ישירה מפעולת הרשות, המזכה אותו בסעד. הספציפיות והקונקרטיות של העתירה הן מיסודות ההליך השיפוטי, שהרי "עתירה כללית אינה יכולה לקבל אלא, לכל היותר, תשובה כללית. ... בדרך-כלל הסעד הולך לא רק אחר הדין, אלא קודם כול אחר העובדות..." (בג"צ 1759/94 סרזברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625, 628 (1994) (להלן: ענין סרזברג)). הכרעה שיפוטית נגזרת דרך-כלל מקיומם של סכסוך או מחלוקת בין בעלי הדין המצריכים הכרעה לצורך פתרונם. בהעדר מחלוקת קונקרטית על בסיס מערכת נסיבות נתונה, ניטלים טעמה ותכליתה של ההכרעה השיפוטית (בג"צ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 181-183 (1998)). החשש מפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות, הקושי לפקח על מתן סעד כוללני ולאוכפו, וכן טעמי צדק וקשיים דיוניים – כל אלה פועלים כנגד היזקקות לעתירה כוללנית שאין מאחוריה סכסוך ספציפי (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי: עילות הסף 267, 270 (כרך שני, 2008) (להלן: שרגא ושחר)).

אולם, כלל זה אינו נטול חריגים. עשויים להיות מצבים שבהם הגם שהעתירה אינה משקפת סכסוך פרטני, עדיין הדיון בה, חרף כלליותה, נוגע במערכת נתונים ספציפית אשר עשויה להיות רלבנטית ולהשפיע באופן ישיר על מספר רב של עותרים פוטנציאליים, גם אם אינם שותפים לעתירה. הדיון בעתירה בנסיבות אלה אינו אקדמי-תיאורטי, אלא בעל השלכה מיידית על מספר בלתי-ידוע של בני אדם שהענין נוגע אליהם (בג"צ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 48 (2003); בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, נו(5) 393 (2002)). במצב דברים כזה

עשוי בית המשפט לדון ולהכריע בעתירה גם אם לא צורף אליה עותר ספציפי המציג מערכת נסיבות מסוימת הרלבנטית אליו.

15. בענייננו, אכן לא צורפה לעתירה פנייה קונקרטית של עובדת זרה בהריון או של עובדת זרה שילדה ילד, הטוענות לפגיעה בהן עקב הנוהל. העתירה נסבה כולה על עיקרי הנוהל והעמדתו למבחן. עם זאת, בנסיבות הענין יש מקום לדון בעתירה חרף העדר התייחסותה לעותרת ספציפית ולמערכת עובדות פרטנית, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, עיקרה של העתירה בתקיפת מדיניות המשיבים ביחס לעובדת זרה שילדה ילד בישראל בעודה שוהה בארץ לצורך עבודה על-פי היתר, כפי שזו באה לידי ביטוי בנוהל בנושא זה. מרכז הכובד של העתירה הוא בהעמדה למבחן של העיקרון המובנה בנוהל, המחייב עובדת זרה שילדה ילד לעזוב את ישראל עם ילדה בתוך שלושה חודשים, בנתון ליכולתה לחזור לישראל בגפה לצרכי עבודה בתוך שנתיים ממועד הלידה. מבחינה זו, לעתירה ישנו נושא ונידן קונקרטי – הוא הוראות הנוהל – והיא אינה כללית ואינה תיאורטית על אף שהיא אינה נוגעת לאדם ספציפי. השאלה הנשאלת בעתירה מגודרת ומתוחמת לעיקרי הנוהל, והסעד המבוקש בה הוא קונקרטי – קרי: ביטולו של הנוהל והחלפתו באחר. שנית, סביר להניח כי העמדת הנוהל למבחן שיפוטי במסגרת עתירה ספציפית עלולה להיתקל בקושי מבחינת מימד הזמן. זאת, לאור פרק הזמן הקצר שבגדרו מותר לעובדת להישאר בישראל לאחר הלידה, היוצר קושי ברור לנהל הליך משפטי בגדרי הזמן שהקצה הנוהל, ובמיוחד הליך המעלה שאלות עקרוניות. שלישית, נראה שיש יתרון בדיון בחוקיות וסבירות הנוהל במסגרת עתירה כללית, בלא צירוף עותרת ספציפית. דיון כזה מאפשר להתרכז בבחינת המדיניות שברקע הוראות הנוהל, שתחום התפרשותה הוא כלל-ארצי. יתר על כן, תוצאתו של ההליך במישור העקרוני מקרינה על המקרים הפרטניים, ומביאה לחסכון ניכר במשאבים, ובזמן שיפוטי יקר שצריך היה להקדישו לדיון בעתירות פרטניות. מכלול נסיבות זה מצדיק דיון בעתירה במתכונתה האמורה.

יש להוסיף, כי אופייה של העתירה כעתירה ציבורית מצדיק הכרעה בה הגם שהוגשה על-ידי עותרות ציבוריות בלבד, בלא צירוף עותרות ספציפיות שנפגעו או אשר עלולות להיפגע במישורין מהנוהל. כבר נפסק, כי עתירה העוסקת בענין בעל אופי ציבורי רחב עשויה להידון במסגרת עתירה ציבורית באמצעות עותרים ציבוריים, גם בלא עותרים ספציפיים הנפגעים במישורין מהמעשה המינהלי (ענין סרוברג, בעמ' 631; בג"צ 962/07 ע"ד לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 14-15 לפסק דיני (לא

פורסם, 1.4.2007) (להלן: ענין לירן)). על אחת כמה וכמה כך הוא, משמדובר במקרה זה בנפגעות פוטנציאליות מהגרות עבודה, שמשאביהן מוגבלים ביותר, וניתן להניח שחסרים להן כלים של ידע, ממון והתמצאות, הנדרשים לצורך ייזום הליכי תביעה בענייניהן. טעם זה מהווה מענה לטענה הנטענת לפיה עתירה ציבורית לא תישמע בענין שיש בו נפגע פוטנציאלי מסוים אשר נמנע מלעתור ולבקש סעד. ומעבר לכך, לבית המשפט נתון שיקול-דעת להכריע בעתירה ציבורית גם כאשר קיים נפגע ישיר מנושא העתירה שלא הצטרף אליה כעותר, וזאת – "כאשר הסוגיה המועלית בעתירה הינה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות אדם..." (ענין לירן, בפסקה 15). ענייננו עונה לתנאי זה במלוא מובנו. ראוי, אפוא, לדון בעתירה זו כעתירה ציבורית, ולהכריע בה לגופה, אף שהעותרות הן כולן עותרות ציבוריות, ואין ביניהן עובדת זרה שנפגעה במישרין מהוראות הנוהל.

קיום סעד חלופי

16. אשר לטענה בדבר קיומו של סעד חלופי, אכן, בחינת החלטה של רשות בנושא עובדים זרים, מסורה, ככלל, לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים מכוח סעיף 5(1) ופרט 12 לתוספת הראשונה של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים). עם זאת, בית המשפט הגבוה לצדק הוסמך מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה לדון בעתירות המופנות כנגד "מי שממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים מינהליים, ולתת צווים לממלאי תפקידים ציבוריים על-פי דין, נושאת מעמד על-חוקתי בהיותה מעוגנת בחוק-יסוד. סמכות זו לא צומצמה על-ידי הקניית סמכויות לבית המשפט לעניינים מינהליים מכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, המצוי במדרג חקיקתי נמוך יותר. מכאן, כי לבית המשפט הגבוה לצדק ולבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות מקבילה בכל העתירות המינהליות שבית המשפט לעניינים מינהליים הוסמך לדון בהם. כן נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בכל יתר העניינים המינהליים המובאים לפניו. השאלה מתי יעשה בית המשפט הגבוה לצדק שימוש בסמכותו המקבילה לדון בענין המצוי גם בסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים היא ענין הנתון לשיקול-דעתו, המונחה על-פי מבחנים שונים שאומצו בפסיקה (בג"צ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 121, 128 (2002); ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (לא פורסם, 6.12.2006)).

על-פי רוב, לא יזקק בית משפט זה, במסגרת שיקול-הדעת הנתון לו, לענין שקיים לגביו סעד חלופי. אולם, הוא יטה להפעיל את סמכותו בעניינים בעלי חשיבות עקרונית כללית מיוחדת (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 582-580 (2005); בג"צ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002); בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר השיכון, פ"ד מז(2) 229, 240 (1993); בג"צ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 60 (1991)). וכך, עניינים המעלים שאלה משפטית או ציבורית חשובה, ובכלל זה נושאים הנוגעים לזכויות אדם, או כאלה שהיו בעלי דחיפות מיוחדת, נדונו בעבר בפני בית משפט זה חרף קיומו של סעד חלופי (שרגא ושחר, בעמ' 231 ואילך). הוא הדין בעניינים שבשל נסיבותיהם הייחודיות מצא בית משפט זה לנכון לדון ולהכריע בהם חרף קיומו של סעד חלופי.

ענייננו כאן בשאלת מדיניות כללית העוסקת ביחסה של מדינת ישראל לעובדות זרות השוהות בתחומה לצרכי עבודה ברשיון. היא מעלה היבטים בעלי אופי חוקתי הנוגעים בזכויות אדם. חשיבותה של הסוגיה במישור המשפטי-חוקתי ובמישור הציבורי-חברתי מצדיקה כי ההכרעה בעתירה תינתן בבית משפט זה.

יש, אפוא, להכריע בעתירה לגופה בבית משפט זה.

הסוגיה

17. עיקרי נוהל העובדת הזרה קובעים כי עובדת זרה, השוהה בישראל כחוק, ונמצאת בהריון מהחודש השישי ואילך, רשאית להגיש בקשה לרשיון ישיבה מסוג ב/2, וינתן לה רשיון ישיבה בישראל למשך פרק זמן של 90 יום לאחר מועד הלידה. על העובדת לצאת מישראל עם ילדה במסגרת תקופה זו, והיא תוכל לחזור לארץ בגפה וללא הילד לצורך עבודה במשך תקופה של עד שנתיים ממועד הלידה. חזרתה של העובדת לעבודה בישראל לא תתאפשר אם יהיה לה קרוב מדרגה ראשונה בישראל (הורים, בן זוג, או ילדים); תקופת הרשיון לצורך עבודה בישראל והארכתו תהיינה בהתאם לכללים הרגילים החלים ביחס לעובדים זרים; בנסיבות הומניטאריות חריגות, ותוך התחשבות באינטרסים ציבוריים, תישקל אפשרות להיענות לבקשת עובדת זרה כאמור להאריך את שהותה עם ילדה לתקופה קצובה נוספת מעבר ל-90 יום שלאחר הלידה.

העתירה מעמידה לבחינה שיפוטית את עיקרי הנוהל מבחינת חוקיותם וסבירותם על-פי עקרונות המשפט המינהלי. בחינה זו מצריכה התייחסות לשאלות

הבאות: מהו אופיו והיקפו של שיקול-הדעת המסור לשר הפנים בנוגע להתרת כניסה לישראל של עובדים זרים ופיקוח על שהייתם בישראל? מהם השיקולים שהשר רשאי להביא בחשבון לצורך הסדרת נושא העובדים הזרים? מהו טיב הזכויות הנתונות לעובד הזר השהה בישראל מכוח היתר כחוק, והאם נתונות לעובד כזה זכויות יסוד חוקתיות כל עוד הוא שוהה בישראל? אם כן, כיצד משתלבות זכויות העובד הזר בשיקול-הדעת המופעל על-ידי שר הפנים לצורך גיבוש מדיניות הפיקוח על שהייתם כחוק של העובדים הזרים בישראל? ולבסוף, ככל שעומדות לעובדת הזרה זכויות חוקתיות להורות ולמשפחה בהיותה בישראל, וככל שקמה לה ציפייה כלכלית לגיטימית להשלים לאחר הלידה את תקופת עבודתה בישראל בהתאם לרשיון, האם המדיניות המשתקפת בנוהל מאזנת כראוי בין האינטרס הציבורי הכללי להגביל את שהיית העובדים הזרים בישראל ולמנוע את השתקעותם בארץ, לבין זכויותיה של העובדת הזרה כפרט, בדרך העונה על דרישות הסבירות והמידתיות.

נבחן שאלות אלה, כסדרן.

מדיניות הממשלה בנוגע לעובדים זרים, וטעמי המדיניות שברקע נוהל העובדת הזרה

18. נושא הגירת העבודה לישראל היווה בעשור האחרון אחד ממוקדי עיסוקה המרכזיים של הממשלה בקביעת מדיניות, ובהקמת תשתיות פיקוח ואכיפה נוכח ההשפעה הדומיננטית שהיתה לענין זה על המשק והחברה בישראל. מדיניות הממשלה בהתרת כניסתם ושהייתם בישראל של עובדים זרים בנויה על שיקולים מורכבים הכורכים עימם היבטים כלכליים, משקיים, חברתיים ותרבותיים.

19. החל בשנות ה-90, גדל באופן ניכר היקף העסקתם כחוק של עובדים זרים בכל ענפי המשק בישראל. במהלך השנים, הלך וגדל גם מספרם של העובדים הזרים השהים ועובדים בישראל ללא היתרים. חלק מאותם עובדים נכנס לארץ ללא היתר, ואחרים נכנסו בהיתר ונשארו בארץ לאחר פקיעת תוקף ההיתר. היו שהשתקעו בארץ לאחר שנים של שהייה בלתי-חוקית בה. תופעת העסקת העובדים הזרים הביאה עמה מורכבות מיוחדת. מן הצד האחד, טמונים בה יתרונות כלכליים משמעותיים למעסיקים בשל העלויות הנמוכות של העסקת עובד זר, וכן לאור כישורי עבודה מיוחדים המאפיינים עובדים זרים בתחומי עיסוק מסוימים. מן הצד האחר, העסקת עובדים זרים בהיקף כה גדול פגעה פגיעה קשה בשוק העבודה המקומי. עובדים ישראלים התקשו להתחרות בעובדים הזרים על מקומות עבודה; הדבר הביא לגידול באבטלה, והיווה תמריץ שלילי לכניסת ישראלים לענפים בהם מועסקים עובדים זרים; הגידול באבטלה

יצר נטל כבד על אוצר המדינה בתשלומי קצבאות ובהרחבת מערכות הרווחה, ומעגלי העוני והפערים החברתיים התרחבו. התועלת שענפי משק מסוימים הפיקו מהעסקת עובדים זרים העמיסה מצידה עלויות כבדות על כלל הציבור; לכל אלה נוספו עלויות הקשורות באכיפת החוק ובפיקוח על השוהים הזרים הן על-פי היתר והן ללא היתר, ומעבר לכל אלה – נוצרה פגיעה קשה בזכויות היסוד של העובדים הזרים, אשר נגרמה מצד חלק מן המעסיקים בהעדר נורמות ברורות המסדירות את מעמדם של העובדים הזרים, ונוכח אכיפה בלתי-מספקת של הנורמות הקיימות. לפגיעה זו היתה השלכה על ערכי היסוד של החברה, ועל דמותה המוסרית (מבקר המדינה דוח שנתי 46 לשנת 1995 ולחשבונות שנת הכספים 1994 475-482 (1996); שמואל אמיר ודניאל גוטליב כניסת זרים ודחיקת מקומיים מתעסוקה בישראל (מינהל תכנון מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2005), [http://www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/046863F8-](http://www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/046863F8-7A02-4F1A-8172-E496672C9257/0/knisatzarim.pdf) ; צבי אקשטיין ואח' דו"ח הוועדה לעיצוב מדיניות בנושא עובדים לא-ישראלים 19-28 (2007), [http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-](http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-AC73F96FABD2/0/foreignworkers.pdf) ; בג"צ 9722/04 פולגת ג'ינט בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 11 (לא פורסם, 7.12.2006) (להלן: ענין פולגת ג'ינט)).

20. ההשפעות השליליות של העסקת עובדים זרים הביאו לגיבוש מדיניות ממשלתית שתכליתה לצמצם עד למינימום את תופעת העובדים הזרים בישראל, להבטיח את יציאת העובדים עם פקיעת היתר העבודה שניתן להם, ולפקח על השוהים שלא כחוק במדינה. מצד אחד, הוחמרו המגבלות על העסקת עובדים זרים, הוגברה האכיפה על יציאתם את הארץ, ונעשו מאמצים להחליש את צרכי המעסיקים בהעסקת עובדים זרים ולעודד את התעסוקה המקומית. מן הצד השני, נחקק חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים), אשר עבר סידרה של תיקונים במהלך השנים, שמטרתו היתה לעגן את מעמדו של העובד הזר בישראל, להסדיר את מערכת היחסים בינו לבין המעסיק, ולהבטיח את זכויותיו הבסיסיות של העובד (ראו, בין היתר: דברי ההסבר להצעת חוק עובדים זרים (העסקה שלא כדין), התשנ"א-1991, ה"ח 2032 מיום 30.1.91, בעמ' 130). בהחלטות ממשלה שונות מאז שנת 1996 ואילך נעשו צעדים שונים להגבלת כניסת עובדים זרים לישראל ולעידוד העבודה המקומית. בה בעת, הוגבר הפיקוח על שוהי-עבודה בלתי-חוקיים, ובכלל זה על אלה שתחילת שהותם בישראל היתה כדין, אך עם פקיעת רשיונם נשארו בארץ ולא עזבו. במסגרת מדיניות הידוק הפיקוח על מהגרי עבודה בישראל הוחלט למנוע גם את שהותם של עובדים זרים בישראל אם וככל שבן משפחה מדרגה ראשונה שלהם מצוי בישראל, וזאת כדי למנוע ככל האפשר השתקעות עובדים זרים בעצמם או באמצעות ילדיהם בישראל.

21. המדיניות העומדת ברקע נוהל העובדת הזרה מוסברת על-ידי המדינה על רקע המאמצים הנעשים מזה שנים להגביל את התרת הכניסה לישראל של עובדים זרים ולפקח על הבטחת יציאתם מישראל של עובדים השוהים בארץ מלכתחילה שלא כחוק, או לאחר פקיעת תוקף רשיון העבודה שניתן להם. במסגרת זו, נעשים מאמצי אכיפה למנוע את השתקעותם של עובדים זרים בישראל, לאור ממדי התופעה של שהות זרים בארץ ללא היתר והשלכותיה הקשות במגוון היבטים, כאמור.

לעמדת המדינה, החשש מפני השתקעותם של עובדים זרים בישראל מתעצם כאשר לעובד הזר ישנו בן משפחה קרוב בישראל – גורם הממריץ את הישארותו שלא כדין בישראל. קיומו של בן משפחה נוסף בארץ מקל על בדידותו של העובד הזר, ומקל מבחינה נפשית ולעיתים גם כלכלית על השתקעותו כאן. לפיכך, כעניין של מדיניות כללית, לא ניתנות אשרות למשפחות לצורך עבודה בישראל – בין בני זוג ובין הורים וילדים – שכן המטרה היא לגרום לכך שהשהות בישראל תהיה של יחידים, לצרכי עבודה בלבד, וכי עם תום העבודה יחזור העובד לביתו שמעבר לים.

רציונל זה חל, לדברי המדינה, גם בעובדת זרה השוהה בישראל מכוח רשיון עבודה, המבקשת להמשיך ולשהות בישראל עם ילדה שנולד לה בארץ. לגישת המדינה, כשם שלא יותר לעובדת הזרה להיכנס לישראל עם ילד, כך, באותה מידה, משהיא מביאה ילד לעולם בעודה עובדת בישראל ברשיון, חלה עליה מגבלת המדיניות הכללית האוסרת על שהות של עובד זר בישראל ככל שקרוב משפחה מדרגה ראשונה שוהה אף הוא בארץ. המטרה ביסוד כלל זה היא, כאמור, להקשות ולהכביד על אפשרות השתקעותם של העובדים הזרים בישראל. לעמדת המדינה, אין הבדל משמעותי בין איסור מלכתחילה על עובדת זרה להיכנס ולעבוד בישראל עם ילדיה שנולדו לה בארץ אחרת, לבין איסור המוטל עליה בישראל להמשיך לשהות ולעבוד כאן עם ילד שנולד לה בארץ. התרת המשך שהייתה בישראל של עובדת שילדה כאן לצורך השלמת תקופת עבודתה על-פי הרשיון, שקולה, לדעת המדינה, להתרת כניסתה לישראל עם ילד או קרוב משפחה אחר מדרגה ראשונה, וזו כזו עלולה להעצים את החשש להשתקעותה בישראל. שהיית ילדי עובדים זרים בישראל במשך שנים עלולה גם להקים דרישה כלפי המדינה להתיר את המשך שהייתם ושהיית בני משפחתם בישראל, ואף להעניק להם מעמד קבע בישראל וזכויות סוציאליות שונות, ועל המדינה להתגונן מפני מצב דברים כזה. כפי שצוין, לטעם מרכזי זה בגיבוש המדיניות מתלווה גם החשש כי עובדת זרה, אם לילד שנולד בישראל, עלולה למצוא קושי בעמידה בחובותיה המורכבות הן כלפי המעסיק והן ככל הנדרש לסיפוק צרכי הטיפול בילדה.

22. נוהל העובדת הזרה מצריך בחינה בשני מישורים: מישור סמכותו של שר הפנים לגבש נוהל מסוג זה, ומישור הסבירות והמידתיות של תוכן הוראותיו.

היקף סמכותו של שר הפנים בהסדרת כניסתם, שהייתם ויציאתם של עובדים זרים

23. שר הפנים ממונה על ביצוע חוק הכניסה לישראל, ומכוח סמכות זו הוא, ופעמים אף הממשלה כולה, קובעים את מדיניות הכניסה לישראל של עובדים זרים, ואת מדיניות שהייתם בה לצרכי עבודה. מדיניות זו נקבעת בשים לב לשיקולים מורכבים – כלכליים-משקיים, חברתיים, משפטיים וערכיים.

24. מושכלות יסוד הם כי על-פי חוק הכניסה לישראל, מי שאינו אזרח ישראלי, ואינו בעל אשרת עולה, נזקק לאשרת כניסה לישראל ולרשיון ישיבה בארץ. שיקול-הדעת הנתון לשר הפנים בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורשיונות ישיבה בישראל הוא רחב עד מאוד, והוא מבטא את אופייה הריבוני של המדינה, בקביעתה מי יבוא בשעריה, ולמי לא יותר להיכנס ולשבת בה (בג"צ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); בג"צ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 519-520 (1992); בג"צ 1031/93 פסדרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705 (1995) (להלן: ענין פסדרו)). סמכותו של שר הפנים להסדיר את הפיקוח על כניסתם ושהותם של עובדים זרים בישראל נובעת, בראש ובראשונה, מסעיף 1 לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי מי שאינו אזרח ישראלי ואינו זכאי לתעודת עולה, כניסתו לישראל תהא מותנית באשרה וברשיון ישיבה בהתאם לחוק; סעיף 6 לחוק מקנה לשר הפנים סמכות רחבה שבשיקול-דעת לענין קביעת תנאים למתן אשרה; ובסעיף 3א לחוק נקבעו תנאים מיוחדים להארכת אשרות ורשיונות ישיבה לעובדים זרים.

בצד הוראות חוק הכניסה לישראל, קובע חוק עובדים זרים כי "לא יקבל אדם עובד זר לעבודה אלא אם כן הממונה... התיר בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעביד, ובהתאם לתנאי ההיתר..." (סעיף 1(א) לחוק). הוראה זו בחקיקה ראשית מורה כי העסקת עובד זר אצל מעסיק ישראלי טעונה היתר בידי המעסיק, ועמידה בתנאיו.

25. שילוב הוראות הסמכות מכוח חוק הכניסה לישראל, בד בבד עם משטר ההיתרים הנוהג על-פי חוק עובדים זרים, מעגן את סמכותו הרחבה של שר הפנים להסדיר את מערכת הגירת העבודה לישראל, לפקח עליה, ולאכוף את מדיניות הממשלה כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטותיה מעת לעת. בין היתר, מופקד שר הפנים על

ביצוע מדיניות הממשלה המבקשת למנוע שהייה בלתי-חוקית של עובדים זרים והשתקעותם בישראל, ועל הפעלת מנגנוני פיקוח ואכיפה לצורך כך.

פועל יוצא מהמסגרת החקיקתית המסמיכה את שר הפנים לפעול להסדרת הכניסה והיציאה מישראל של עובדים זרים הוא, אפוא, כי קיימת בידי השר סמכות שלטונית רחבה להסדיר תחום זה, לצורך השגת יעדים ציבוריים חשובים המשפיעים על הכלכלה והחברה בישראל. עוד נובע מההסדר החקיקתי, כי אין למעסיק זכות מוקנית להעסיק עובד זר, כשם שאין לעובד הזר זכות מוקנית להיכנס לישראל ולשהות בה לצרכי עבודה. שיקול-הדעת של הרשות המוסמכת בהסדרת מערכת הגירת העבודה ובמתן היתרים לצורך כך הוא רחב, ועשוי להיות מודרך משיקולים רבים ומגוונים, ובהם עניינים של מדיניות כלכלית, משקית וחברתית (בג"צ 3445/05 מסעדת סושימאי 2004 בע"מ נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה - יחידת הסמך (לא פורסם, 19.5.2005); בג"צ 10692/03 פלסים, חברה לפיתוח ובניין בע"מ נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 19.1.2005); בג"צ 3541/03 א. דורי, חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 17.5.2004)).

26. על רקע הדברים האמורים, יש לומר, כי גיבושו של נוהל העובדת הזרה מצוי בתחומי סמכותו הרחבה של שר הפנים להסדיר את תחום הגירת העבודה אל ישראל ולפקח על ביצועה של מדיניות הממשלה בנושא זה. כשם שבסמכותו של שר הפנים לאסור על כניסת עובד זר לישראל, או להתנות תנאים לכניסתו, כך מוסמך הוא להתנות תנאים לשיבתו בישראל, ולהורות באלו נסיבות עליו לעזוב את המדינה. במסגרת זו נתונה לו סמכות לקבוע תנאים המתייחסים לשהייתה של עובדת זרה בישראל, ובכלל זה בנסיבות שלאחר לידת ילד. הנוהל עומד, אפוא, במבחן סמכותו של שר הפנים במובן הרחב.

עם זאת, כפי שיובהר להלן, הנוהל כרוך בפגיעה בזכויות יסוד של העובדת הזרה, ענין המעלה, בין היתר, את השאלה האם לא היה נדרש כי הגבלות על זכויות יסוד, ככל שהן סבירות ומידתיות, תעוגנה בהסדר ראשוני בחקיקה ולא בנוהל פנימי של הרשות (בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998); בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 392 (2006) (להלן: ענין "קו לעובד")). בענייננו נראה כי אין צורך להכריע בשאלה זו, מן הטעם שכפי שנראה בהמשך, מוקד הקושי בנוהל במקרה זה נעוץ ממילא בשאלת סבירות ומידתיות תוכנו של ההסדר.

שאלה היא, אפוא, האם הוראותיו של הנוהל, מבחינת תוכנו, עומדות במבחן כללי המשפט המינהלי. זאת נבחן עתה.

נוהל העובדת הזרה במבחן כללי המשפט המינהלי

27. משהוברר כי נוהל העובדת הזרה הותקן בסמכות, יש לבחון האם תוכן ההסדר המעוגן בו עומד במבחן כללי המשפט המינהלי. מיקודה של השאלה הוא – האם חיוב של עובדת זרה, העובדת ברשיון, לעזוב את ישראל עם ילדה בטרם מיצתה את תקופת העבודה על-פי הרשיון שבידה, תוך מתן אפשרות לחזרתה להשלים את תקופת עבודתה, אך בגפה בלבד – עולה בקנה אחד עם דיני שיקול-הדעת המינהלי. דינים אלה עוסקים בשאלה מהם השיקולים שאותם רשאית הרשות המינהלית לשקול, וכיצד עליה לאזן ביניהם. דינים אלה בנויים ביסודם על דרישת הרלבנטיות של השיקולים, מצד אחד, ועל דרישת סבירותם של השיקולים, מצד שני. על-פי דינים אלה, על הרשות להביא בחשבון שיקוליה שיקולים רלבנטיים בלבד, ומשקלה שיקולים אלה, ואותם בלבד, עליה לאזן ביניהם באופן ראוי, ובאיוון זה משתקפת דרישת הסבירות (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 33 (1997) (להלן: ענין חורב)).

שיקולים רלבנטיים ביסוד הנוהל

28. רשות מינהלית, בהפעילה סמכות שלטונית, חייבת להתחשב בשיקולים רלבנטיים, ובהם בלבד. היא מנועה מלהתייחס בגדרי שיקוליה לשיקולים זרים שאינם ממין הענין (בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 324 (1988); ענין חורב, בעמ' 34; בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 8 (לא פורסם, 12.1.2006) (להלן: ענין ואנונו); בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 433-434, 439-440 (1980)). בגדר שיקוליה הענייניים, על הרשות להתחשב לא רק בנתונים עובדתיים, אלא לעיתים גם בעקרונות וערכים, באינטרסים חברתיים וכלכליים שונים, ובהיבטים הקשורים בזכויות אדם (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 741 (כרך ב', 1996)).

29. בגיבוש נוהל העובדת הזרה בענייננו, ביקשה הרשות המוסמכת לקדם את מדיניות הממשלה בהידוק הפיקוח על מהגרי העבודה בישראל, ולהבטיח, בין היתר, כי יינקטו אמצעים שונים שימנעו או יקשו על המשך שהותם הבלתי-חוקית של עובדים זרים בישראל ועל והשתקעותם בארץ בלא היתר. על רקע זה, נתגבשה תפיסה לפיה הימצאות בישראל של בן משפחה מדרגה ראשונה של העובד הזר מחזקת את הקשר של

העובד לישראל גם בתקופה שלאחר פקיעת היתר הישיבה שלו בארץ, ויוצרת תמריץ אנושי להישארותו בארץ ולהשתקעותו בה. בהתאם לתפיסה זו נקבע, כי לידת ילד לעובדת זרה בישראל מחייבת את עזיבתה את הארץ עם הילד, תוך הותרת אופציה לחזרתה לעבודה בישראל בגפה, בתוך פרק זמן מוגדר. טעמי המדיניות האמורים הניצבים ברקע נוהל העובדת הזרה הינם רלבנטיים למדיניות הכללית שהממשלה אימצה בתחום הגירת העבודה, והם משתלבים עם הקו הנקוט בידה למנוע, בכל האמצעים האפשריים, את שהייתם והשתקעותם הבלתי-חוקית של עובדים זרים בישראל, בין אם הגיעו לארץ שלא כחוק, ובין אם נשארו בה לאחר פקיעת רשיונם. במובן האמור, השיקולים העומדים מאחורי נוהל העובדת הזרה הינם רלבנטיים, וממין הענין, ולא ניתן לומר כי הם בלתי-ענייניים או מונחים משיקולים זרים (על מורכבותם של שיקולי המדיניות בענין עובדים זרים ראו: ע"מ 1347/07 גורונג נ' משרד הפנים, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (לא פורסם, 21.6.2007) (להלן: ענין גורונג)).

30. עם זאת, נראה כי הרשות המוסמכת, אף ששקלה שיקולים רלבנטיים וענייניים שיסודם בביצועה של מדיניות הממשלה בענין עובדים זרים, לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים שהיה עליה לשקול. מדיניות הרשות הציבורית, החותרת לקידום האינטרס הציבורי, חייבת להתייחס, כשיקול רלבנטי, לשאלת השפעתה של המדיניות על הפרט, ואם היא כרוכה בפגיעה בו – עליה להתייחס להיקף הפגיעה ולמידתה. בהעדר התייחסות לשיקול זה בין מתחם השיקולים שהרשות שוקלת, אין בפניה תמונה שלמה של כלל הגורמים הנדרשים לצורך גיבוש מדיניות שתעמוד במבחני המשפט הציבורי (ענין פולגת ג'ינס, פסקה 15).

בענייננו, לצורך הקמת תשתית שלמה וכוללת של שיקולים רלבנטיים, היה על הרשות לשקול גם את היקף הפגיעה הערכית והחוקתית הכרוכה בהרחקתה של עובדת זרה מישראל בעילה של לידת ילדה, על הפגיעה בזכות החוקתית להורות הכרוכה בפגיעה זו. והנה, לטענת המשיבים, הוראות הנוהל כלל אינן פוגעות בזכויות יסוד מוגנות של העובדת הזרה. לדבריהם, אין לעובדת הזרה זכות לציפייה לגיטימית להישאר בישראל במשך מלוא תקופת הרישיון; מימוש הזכות החוקתית למשפחה דווקא בישראל נתון רק לישראלי החי בישראל ואינו נתון לזר השוהה בה; ואילו הנוהל אינו פוגע בזכותה של העובדת הזרה לממש את זכותה להורות מחוץ לישראל; מכל מקום, אין הזכות להורות הנתונה לעובדת מחייבת את המדינה להמשיך ולהעניק לה היתר עבודה בישראל, כשהדבר מנוגד באופן מובהק לאינטרס הציבורי. מכאן, לגישת המדינה, אפילו קיימת בנוהל פגיעה בזכויות יסוד של העובדת הזרה, הרי שאין מדובר בפגיעה בלתי-חוקתית.

הטיעון המרכזי של המדינה לפיו הרחקתה של העובדת הזרה מישראל לאחר הלידה אינה כרוכה בפגיעה בזכות אדם, ולכן אינה מצריכה כל איזונים שהם ביחס למדיניות החותרת למנוע את השתקעות העובדים בישראל, כמוהו כאי-שקילותו של שיקול רלבנטי מרכזי במסגרת הפעלת שיקול-הדעת המינהלי. במובן זה, אף ששיקולי המדיניות העומדים ברקע נוהל העובדת הזרה הינם רלבנטיים, הם אינם מתפרשים על מלוא השיקולים הצריכים לענין שהיה על הרשות הציבורית לשקול. הנוהל שגובש על-ידי הרשות נגוע, אפוא, בפגם של אי-התחשבות בשיקולים רלבנטיים שהיה על הרשות להתחשב בהם ולהעריך את משקלם היחסי.

31. יתרה מכך, אפילו היינו אומרים כי במסגרת גיבוש הנוהל שקלה המדינה גם את קיומה של פגיעה בפרט ואת משקלה של פגיעה זו הנגרמת כתוצאה מהמדיניות המעוגנת בו, הרי גם אז, בבחינת האיזון שנערך בין השיקולים הרלבנטיים השונים נראה כי לא הושג במסגרת הנוהל האיזון הראוי והמתבקש ביניהם. מכאן, שהנוהל אינו מקיים את דרישת הסבירות המינהלית. נפנה, אפוא, לבחינת ענין זה.

סבירות השיקולים ברקע הנוהל

32. בצד מבחן הרלבנטיות, על השיקולים הנשקלים על-ידי הרשות לעמוד גם במבחן הסבירות המינהלית. סבירות המעשה המינהלי מותנית באיזון הראוי בין השיקולים הרלבנטיים ומתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם:

”סבירות ההחלטה נקבעת על-ידי איזון הערכים המתחרים על הבכורה, על-פי משקלם, והכרעה ביניהם בנקודת החיכוך. עניין לנו אפוא בתורת האיזון (ה-balancing) הנוהגת במשפט הציבורי שלנו. היא נוהגת מקום שקיימת סמכות שלטונית, אשר הפעלתה מעניקה שיקול-דעת, אשר צריך להתחשב בערכים ובאינטרסים מתנגשים. ... הגישה המקובלת והכללית של המשפט הציבורי שלנו הינה, כי בהתנגשות בין זכות אדם לאינטרס ציבורי, יש לערוך איזון (אנכי) בין השניים” (הנשיא ברק בענין חורב, בעמ’ 37; כן ראו: בג”צ 935/89 גנור נ’ היועץ המשפטי, פ”ד מד(2) 485, 513-514 (1989)).

במסגרת האיזון בין ערכים מתנגשים מונחת התפיסה כי לא כל הערכים הם שווי-ערך בעיני החברה, ועל בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות והערכים השונים: ”קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה

חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים" (בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 (1987); ענין חורב, בעמ' 41).

המבחן לסבירות שיקול-הדעת המינהלי נעוץ, אפוא, בהעלאת מלוא תשתית השיקולים הרלבנטיים למעשה המינהלי, תוך מתן משקלות יחסיים ראויים לכל אחד מהם, והגעה לנקודת-איזון שתיישב בדרך ראויה בין הערכים והאינטרסים הנוגדים. האיזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים עשוי להיערך באופנים שונים; הוא אינו פרי שקלול מדויק; אך עליו להימצא ב"מתחם הסבירות", שבגדרו חלופות איזון שונות עשויות לענות על דרישת הסבירות (בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 694 (1991); ענין חורב, בעמ' 40).

פגיעה בזכויות אדם מול אינטרס נוגד שבמדיניות ציבורית – יסודות האיזון

33. לצורך בחינת סבירות שיקול-הדעת של הרשות המוסמכת בגיבוש נוהל העובדת הזרה, יש לאזן זה מול זה את שיקולי המדיניות הציבורית שברקע הדרישה להרחקת העובדת הזרה מישראל לאחר שילדה ילד, לבין הפגיעה בזכויותיה של העובדת הזרה הנגרמת לה מהוראות הנוהל. פגיעה זו מתמקדת בזכויותיה של העובדת להורות ולמשפחה, וכן בציפיותיה הכלכליות. נבחן את השיקולים ונעמידם זה מול זה, תוך הערכת משקלם היחסי.

מדיניות הגירת העבודה והאינטרס הציבורי

34. ההתמודדות עם תופעת העובדים הזרים בישראל היא מורכבת, ומצריכה התחשבות במגוון שיקולים ואינטרסים. 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 (בג"צ 5157/04 א.ר.מ. ריסוסים ועבודות חקלאיות בע"מ נ' שר החקלאות, פסקה 4 (לא פורסם, 23.5.2005)). בהתמודדות זו עם מכלול השאלות הציבוריות העולות, ראתה, כאמור, הממשלה, לפעול להגבלה מירבית של תופעת העובדים הזרים, ובתוך כך, למנוע ככל הניתן את שהייתם הבלתי-חוקית והשתקעותם שלא כדין במדינה. הנסיון הראה כי תופעת ריבוי העובדים הזרים בישראל, בצד תרומתה לסקטורים מסוימים במשק, יצרה בעיה כלכלית וחברתית חריפה, אשר פגעה במרקם החברתי, כלכלי ותעסוקתי של הציבור בישראל, והיא שהביאה למדיניות ההגבלה האמורה. במסגרת מדיניות זו, ראתה הרשות לאסור על המשך שהייתה בישראל ברשיון של

עובדת זרה לאחר שהביאה ילד לעולם. השיקול הציבורי העומד ברקע הסדר זה נועד לשמש אמצעי אחד מתוך אמצעים שונים שמטרתם למנוע הישארות עובדים זרים בישראל לאחר פקיעת תוקף רשיון הישיבה שלהם, ולהקשות על השתקעותם דרך-קבע בישראל. בהקשר לעובדת זרה שילדה, החשש הוא כי לידת ילד וגידולו בארץ ימריצו את העובדת להישאר בישראל ולהשתקע בה לאחר פקיעת רשיון העבודה. אפשרות כזו מנוגדת למדיניות הגירת העבודה, הבנויה על תפיסה של מתן היתרי עבודה לעובדים זרים המוגבלים לצרכים מידיים וישירים בלבד, בבחינת כורח בלתי-נמנע של משק העבודה בישראל, תוך הגבלת אפשרויות השהייה הבלתי-חוקית וההשתקעות הבלתי-חוקית של העובדים הזרים בישראל, הנתפסות כמזיקות לכלכלה, למשק ולחברה בישראל.

בתצהיר התשובה שהגישו המשיבים פורטו בהרחבה השיקולים הציבוריים המונחים ביסוד עמדת המדינה בדבר הצורך בצמצום היקף העסקת העובדים הזרים בישראל – החשש לפגיעה במבנה התעסוקה והשכר, הפגיעה בשכבות מעוטות-יכולת המתחרות על מקומות עבודה, גידול האבטלה של דורשי עבודה מקומיים, פגיעה במטבע זר, עיכוב בתהליכי התחדשות טכנולוגיים, הרחבת מעגלי העוני, והעמקת בעיות חברתיות וערכיות בציבור הישראלי. לדבריהם, ענפים רבים שאוכלסו על-ידי עובדים זרים דחקו מפניהם עובדים מקומיים; הגידול במספרם של העובדים הזרים יצר הכבדה על המשק בהקצאת תקציבים לצרכי אכיפת החוק; וכן יצר עומס על מערכות החינוך, הבריאות והרווחה. מגוון בעיות אלה הביא לגיבוש מדיניות שלא רק הטילה מגבלות חריפות על עצם כניסתם של עובדים זרים לישראל, אלא ביקשה ליצור מנגנונים שונים שיבטיחו את יציאת העובדים ומניעת השתקעותם בישראל בתום תקופת הרשיון. מדיניות הגירת העבודה היא ענין מובהק שבמדיניות הרשות המבצעת, ונתון לה בענין זה שיקול-דעת רחב (ענין 705, בעמ' 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 497-500 (1999)).

הפגיעה בזכויות העובדת הזרה

35. נוהל העובדת הזרה כרוך בפגיעה עמוקה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה. הוא פוגע בזכויותיה להורות ולמשפחה, וכן בציפיותיה הכלכליות-רכושיות; הוא אינו מתיישב גם עם התפיסה של משפט העבודה הישראלי באשר להגנה על זכויות עובדת בהריון ולאחר הלידה, ועם האיסור להפלות עובדת בשל הריון, לידה והורות במסגרת הזכות לשוויון בתעסוקה; הוא עומד בניגוד לתפיסת ההגנה על מהגרי עבודה באמנות הבינלאומיות. נבחן ענין זה לפרטיו.

תחולת עקרונות המשפט הישראלי החוקתי על עובדים זרים השוהים בישראל

36. 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 בעניין זה. גם כאשר קיבל היתר כניסה ושהייה בישראל, ישיבתו בארץ של אדם זר עשויה להיות כפופה לתנאים שונים הנגזרים מאינטרסים ציבוריים שונים ומורכבים.

עם זאת, ככלל, משהמדינה מתירה את כניסתו של אדם בשעריה, ומאפשרת את שהייתו כאן, בין היתר לצרכי עבודה, נפרשת מעליו מטריית עקרונות המשפט הבסיסיים החלים בישראל על כל אדם הנמצא בשטחה. אמנם, עובד זר, שאינו אזרח ישראל ואינו תושב בה, אינו כפוף לכל מערכות הזכויות והחובות החלות על-פי המשפט הישראלי על אזרחי ותושבי המדינה. כך למשל, לא תינתנה בידיו הזכויות לבחור ולהיבחר, ולא תחול עליו חובת השירות בצבא – הייחודית לישראלים אזרחי ותושבי קבע של המדינה. כן עשויה להתעורר שאלה בדבר היקף ההגנה שלה יהיה זכאי העובד הזר מכוח חקיקת העבודה בישראל, בין היתר בהינתן מאפייניו הייחודיים של מנגנון ההעסקה של העובדים הזרים בישראל (ראו והשוו: בג"צ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 29.11.2009); דיון נוסף על הליך זה תלוי ועומד, וראו: דנג"צ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסמה, 29.4.2010)). לסקירת מאפייני ההעסקה של העובדים הזרים בישראל בהשוואה למדינות אחרות בעולם, ראו: הכנסת, מחלקת מידע ומחקר מעמדם של עובדים זרים, גיוסם והעסקתם – סקירה משווה (תשס"ז), (<http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01728.pdf>), (להלן: הכנסת, סקירה משווה)). עם זאת, יחולו על העובד הזר העקרונות הבסיסיים בשיטת המשפט בישראל שנועדו להגן על האדם באשר הוא אדם, בעודו מצוי בטריטוריה ישראלית, ונתון למרות מערכת המשפט הישראלית.

ואמנם, כבר נפסק, כי על עובד זר השוהה בישראל חלים העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נועדו להגן על חייו, גופו, כבודו, קניינו, חירותו האישית, חופש התנועה שלו לצאת מישראל, פרטיותו וצנעת חייו. במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד האדם. חוק-היסוד קובע כי זכויות היסוד של "האדם בישראל" מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, וכי הן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל (סעיף 1). הוא מעגן את זכותו של "האדם" לכבוד ולחירות, תוך מתן ביטוי לערכיה של

מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א). על-פי החוק, "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; "אין פוגעים בקניינו של אדם"; ו"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיפים 4-2; ההדגשות אינן במקור). למעט סעיף 6(ב) לחוק-היסוד, המגביל את זכות הכניסה לישראל רק לאזרחים ישראלים השוהים בחוץ-לארץ, יתר סעיפי החוק פורשים את חסותם על ה"אדם". תחולת חוק-היסוד מתפרשת, אפוא, בעיקרה, על כל אדם הנמצא בישראל, ללא קשר למעמדו האזרחי, דתו, פועלו, השקפותיו וכיוצא באלה. עמד על כך הנשיא ברק בספרו בנושא הפרשנות החוקתית:

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

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

37. אין צורך להכריע בענייננו בשאלת חלותו של חוק-יסוד: חופש העיסוק על עובדים זרים. גדר הספק בשאלה זו נובע מכך שהזכות לחופש עיסוק על-פי סעיף 3 לחוק-יסוד זה חלה על "כל אזרח או תושב" של המדינה. נראה, כי תנאי זה נועד להחיל את חוק-היסוד על מי שיש לו זיקה ישירה למדינה, שאין בה מן הזמניות והארעיות. ספק אם תנאי זה מתקיים לגבי עובד זר, מה גם שחוק עובדים זרים מגדיר "עובד זר" כמי "שאינו אזרח ישראל, או תושב בה" (סעיף 1 לחוק; ברק, בעמ' 598; ראו והשוו: ענין "קו לעובד", בעמ' 390). נותר שאלה זו לעת מצוא.

הפגיעה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

38. לכל אדם קנויה זכות להורות וזכות לגדל ילד ולחנכו. לכל ילד קנויה זכות לגדול בחיק הוריו, ולזכות לחום ולאהבת אמת בשנות גידולו והתפתחותו עד לבגרות. הזכות להורות, וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשוויה להן בחשיבותן ובעוצמתן (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 184-185 (2005) (להלן: ענין פלונית ופלוני)).

המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי, שלה שני פנים: האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו הטבעיים ולגדול ולהתחנך על-ידיהם; והשני – זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894 (2002) (להלן: ענין פלונית); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 789 (1996)). אשר לילד, על-פי מושגי העקרונות החוקתיים בישראל, עוצמתה של זיקת השייכות הטבעית מקימה חזקה הנגזרת ממושכלות החיים וממציאות החיים כי טובת הילד היא כי ימצא לצד אמו הטבעית ויגדל עימה, ולא יופרד ממנה (ענין פלונית, בעמ' 894-895; ענין פלונית ופלוני, בעמ' 186-188). אשר להורה, ההורות נתפסת כהגשמה עצמית של הפרט במובנה העמוק ביותר, והיא מהווה מסימניה המובהקים של המשכיות הקיום האנושי. "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 219 (כרך ב', 1989)); בצד החובה לדאוג לבריאותו ורווחתו של ילדו קנויה להורה זכות כי הוא ולא אחר יקיים את החובות האלה (ענין פלונית, בעמ' 894). הדין מגן, אפוא, על התא המשפחתי, ובתחומו – על זכויות ההורים הטבעיים לממש את הורותם הטבעית, ועל זכותו של הילד לגדול בסביבתו הטבעית בחיק הוריו. אכן, כפי שצינתי כבר במקום אחר:

"עומקו ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית" (ענין פלונית, בעמ' 894).

39. כבוד האדם כזכות חוקתית על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרע על זכותו של כל אדם בישראל להולדה ולהורות. "הזכות לחיי משפחה אינה רק זכות יסוד במשפט המקובל, כי אם זכות חוקתית המעוגנת בזכות לכבוד האדם" (הנשיא ברק בבג"צ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פסקה 38 לפסק דינו (לא פורסם, 4.5.2006)). וכך, במסגרת ההגנה על כבוד האדם, מוכרות זכויותיה החוקתיות של האם לממש את הורותה, ומוכרת זכותו של הילד לגדול בסביבתו הטבעית לצד אמו הביולוגית, אליה הוא קשור בקשר דם (ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 8 (1986)). הזכות להורות הטבעית מוענקת לכל אדם השוהה בישראל, כחלק מזכותו לכבוד על-פי עקרונות חוק-היסוד. זכות זו טבועה הן באם והן בילוד – זוהי זכותם המשולבת של האם והילוד לחיות זה בצד זה ככל שתנאי החיים מאפשרים זאת. עמד על כך הנשיא שמגר באחת הפרשות בציינו:

"זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על-ידי המשפט החוקתי והמוגנות על-ידיהם. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית" (ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995)).

הזכות להורות היא, אפוא, זכות יסוד מוגנת במשפט החוקתי הישראלי. זכות זו נתונה לעובדת הזרה השוהה בישראל כמו לכל אדם אחר המצוי בגבולות המדינה.

40. נוהל העובדת הזרה פוגע בזכותה החוקתית של העובדת הזרה להורות, הנתונה לה על-פי שיטת המשפט בישראל. הנוהל, כפשוטו, אמנם אינו כופה על העובדת הזרה להיפרד מילדה לאחר לידתו. אלא, שהוא כופה עליה בחירה בין שתי גזירות: האחת – לעזוב את הארץ עם ילדה, בשל לידתו, ולהחמיץ בכך תקופת עבודה נוספת בישראל שהותרה לה ברשיון, אשר קיימת אפשרות פוטנציאלית להארכתה, ולהיפגע עקב כך פגיעה כלכלית קשה. והשנייה – לחזור לישראל להמשיך העבודה בלא הילד, ולהותירו לטיפול בידים אחרות במדינה שמעבר לים. העמדת העובדת הזרה בפני הצורך להכריע בין שתי האפשרויות האמורות כורכת עמה פגיעה קשה בזכותה החוקתית לאמהות, ולגידול ילדה עימה. היא מתנה את זכותה של העובדת לממש את זכותה לאמהות בעזיבת הארץ, על אף היותה שוהה בישראל ברשיון, ומאפשרת לה, מצד שני, לממש את ציפיותיה הכלכליות, אך זאת בתנאי שתותר על החזקת ילדה עמה וגידולו על-ידה

בזמן שנותר לשהותה בישראל. יוזכר, כי הגעתה של העובדת לישראל כרוכה מבחינתה בהשקעה כספית ניכרת, וציפיותיה הכלכליות הטבעיות הן כי השקעה זו תוחזר במהלך תקופת העבודה בישראל, וכי בנוסף לכך תצליח להשיג במהלך תקופה זו מרווח השתכרות נוסף שיאפשר לה הן להשתכר למחייתה והן לסייע לבני משפחתה מעבר לים. כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות, אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות-חוקתיות של החברה בישראל. העמדת החלופות האמורות בדרך זו מהווה, בראש ובראשונה, פגיעה בזכות החוקתית של העובדת הזרה להורות.

41. יתרה מכך, כפיית העובדת לבחור בין החלופות האמורות עשויה להוות אף פגיעה בזכותה החוקתית לקניין, במובנו הרחב של מושג זה על-פי סעיף 3 לחוק-היסוד. שהרי, מושג הקניין הנתון להגנה חוקתית נתפס במובנו הרחב כ"כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. על-כן, משתרע הקניין לא רק על "זכויות קנייניות" (במובן שניתן להן במשפט הפרטי – כגון, בעלות, שכירות וזיקת הנאה) אלא גם על חיובים וזכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי" (הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995)); מכאן, כי ה"קניין שבחוק היסוד מתפרש אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלסי" (השופט חשין ברע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 562 (1994); וראו גם: רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 398, 385 (2003); בג"צ 6784/06 רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פסקה 8 לפסק דינו של השופט מלצר ופסקה 4 לפסק דינו של המישנה לנשיאה ריבלין (לא פורסם, 12.1.2011)).

ההגנה על הזכות הרכושית החוקתית ניתנת אף היא לכל אדם בישראל, ובכלל זה לעובדים הזרים. נוהל המחייב את עזיבתה של העובדת את הארץ לאחר הלידה פוגע פגיעה קשה בציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות למצות את תקופת עבודתה בישראל. מסקנה זו מתחזקת לאור הנתונים הקיימים ביחס לתנאי העסקתם הקשים של עובדים זרים בישראל. התייחס לכך השופט לוי בענין "קו לעובד" באומרו:

"עליה [על המדינה] להביא בחשבון את מעמדה המיוחד של קבוצת העובדים הזרים בשוק העבודה הישראלי – קבוצה המורכבת מעובדים חלשים, "ארעיים", עניים, ובלתי מאורגנים. עליה להביא בחשבון את פערי הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו – בתנאיה – לשוק העבודה שלה ... עובדים זרים המגיעים לישראל לעבוד בה עושים כן על רקעה של מצוקה כלכלית ושל רצונם לפרנס את משפחותיהם. בתהליך הגעתם נגבים מהם, לא אחת, סכומי כסף גבוהים –

לעיתים סכומי עתק במושגים המקובלים בארצות מוצאם – בתמורה להסדרת נסיעתם ושהייתם כאן. מטעמים אלה גירוש מישראל בטרם היה סיפק ביד העובד להשתכר סכום כסף – למצער, כזה שיש בו "לכסות" את חובו – הוא פעולה הכרוכה בפגיעה כלכלית אנושה בעובד ובתלויים בו" (שם, בעמ' 377; ראו גם: ענין גורונג, שם).

42. החלופות שנוהל העובדת הזרה מעמיד לבחירתה של העובדת כרוכות, אפוא, בין בפגיעה בזכותה החוקתית להורות, ובין בפגיעה קשה בציפיותיה הכלכליות, העשויה להגיע כדי פגיעה בזכות היסוד לקניין, כתוצאה מעמידתה על זכותה לממש את אמהותה לילדה. העמדת הברירה בין שתי החלופות כאמור אינה מתיישבת עם התפיסה המשפטית החוקתית בישראל. היא מהווה פגיעה באוטונומיה האישית של העובדת הזרה, המוכרת אף היא כזכות יסוד במשפט. מערכת חלופות זו כרוכה, אפוא, בפגיעה עמוקה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה על-פי מושגי המשפט החוקתי בישראל.

43. יש להוסיף ולהבהיר, כי אין בהכרח זהות בין הגבלה מלכתחילה של העובדת הזרה להיכנס לישראל לצרכי עבודה עם ילדיה, לבין חיובה לעזוב את הארץ עם ילדה לאחר לידתו בישראל. עשויה לעלות טענה כי כל עוד אדם אינו נמצא בישראל, הוא אינו חוסה תחת מעטה ההגנה של המשפט החוקתי הישראלי, ולכן הטלת הגבלות מראש על כניסתו, לרבות בענין זכותו להורות, אינה פוגעת בזכויותיו החוקתיות על-פי המשפט החוקתי בישראל; או – למצער – אפילו יש בכך פגיעה, ההגנה החוקתית הניתנת לזכויות העובד במצב דברים זה צרה בהרבה מזו הניתנת לעובד בעת שהותו בישראל. השאלה מהו היקף סמכויותיה של המדינה להגביל את כניסתם של עובדים זרים לישראל בתנאי שיגיעו בגפם, ישהו בארץ בגפם, ויעזבו בגפם, בעינה עומדת, ואין צורך לקבוע מסמרות לגביה בהקשר להליך זה. יצוין, עם זאת, כי חוקים במדינות רבות בעולם, המתמודדות עם תופעת קיומם של עובדים זרים בשטחן, מורים כי אין להתערב בחיי המשפחה של העובדים הזרים בדרך של פגיעה בתעסוקתם, וככלל, לא נהוג לקשור בין מעמדו החוקי של העובד במדינה הקולטת, לבין מצבו המשפחתי ושינויים החלים במצב זה. כך בגרמניה, צרפת, ארצות-הברית, שווייץ ואוסטריה. יתר על כן, ככלל, במדינות אלה מעמדם של העובדים הזרים נקבע בחקיקה ולא בנהלים פנימיים כמו בישראל (לסקירה ראו: הכנסת, סקירה משווה, שם). מכל מקום, שונה הדבר באדם השוהה בישראל, כאשר מטריית הזכויות החוקתיות הנוהגות בה פרושה עליו, ונסיבות חייו משתנות. על נסיבות משתנות אלה חלים העקרונות החוקתיים הכלליים החלים על כל אדם בישראל, ובכלל זה הזכויות החוקתיות להורות ולקניין.

ההגנה על הזכויות להורות ולמשפחה בראי המשפט הבינלאומי והמשפט הזר

44. התפיסה בדבר חשיבותן היסודית של הזכויות להורות ולמשפחה, וכפועל יוצא מכך- האיסור על פגיעה בזכויות אלה ועל אפליה מכוח הריון, לידה או הורות, אף ביחס למהגרות עבודה, הינה תפיסה שלטת גם במשפט הבינלאומי ובמדינות שונות בעולם.

45. ככלל, אמנות בינלאומיות שונות מגנות על זכותה של אישה לעבוד ואוסרות על פגיעה בזכות זו על רקע הריון או לידה; הן מעגנות את הזכות להגנה על המשפחה הכוללת גם זכות ספציפית להגנה על אמהות לפני ואחרי לידה; ואת זכותה של אישה לפרטיות, המגנה עליה מפני חוקים העלולים לפגוע או להגביל את זכויותיה, בין היתר בהתייחס להריון; הן מחייבות את המדינות החברות לפעול לביעור אפליה נגד נשים בתחום התעסוקה, ולהבטיח שוויון זכויות עבור נשים, בהתייחס, בין היתר, להריון והורות (ראו, בין היתר: סעיפים 3, 7 ו-10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות משנת 1966; סעיפים 3, 17, 23 ו-26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966; סעיפים 11, 15 ו-16 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים (שלוש האמנות אושרו על-ידי ישראל בשנת 1991); סעיפים 2, 12 ו-16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948; U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], General Comment 16, U.N. Doc. E/C.12/2005/4 (AU. 11, 2005), Hum. Rts. Comm., General Comment 28, U.N. Doc. ; paras. 16-17 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (Mar. 29, 2000), paras. 20, 30 and 31).

46. אשר לזכויותיהן של מהגרות עבודה באופן ספציפי, הוועדה לביעור אפליה נגד נשים העירה בהמלצתה הכללית מס' 21, בהסתמך על זכותן של נשים לשוויון בפני החוק, כי למהגרות עבודה עומדת זכות כי בני-זוגן וילדיהן יצטרפו אליהן, בדומה לגברים (Committee on the Elimination of Discrimination against Women) (CEDAW), General Recommendation 21, U.N. Doc. A/49/38 (1994), para 10. כמו כן, בהמלצתה הכללית מס' 26 שיוחדה לנשים מהגרות עבודה הוסיפה הוועדה והדגישה, כי בשיקול-הדעת הנתון למדינות בקביעת מדיניות ההגירה שלהן אין כדי לגרוע מחובתן להגן על זכויות אדם, לרבות על זכויותיהן של מהגרות עבודה; למהגרות עבודה זכות לשוויון וזכות שלא להיות נתונות לאפליה אסורה, וחלה חובה לפעול לביעור אפליה כלפיהן; בגדר אפליה כאמור, יחשבו, בין היתר, אפליה בהתייחס להריון, לרבות גירוש או איבוד מקום העבודה עקב הריון; העדר חופשת לידה או

חופשת לידה בתנאים שאינם הולמים; וקביעת תנאים מפלים בהתייחס לרשיון השהייה במדינה (פסקאות 3, 4, ו-19-18). הוועדה המליצה, אפוא, כי המדינות החברות יגבשו מדיניות כוללת הרגישה למעמדן הפגיע במיוחד של נשים שהינן מהגרות עבודה, מכבדת את זכויותיהן ומגינה עליהן, ובין היתר, תסרנה את ההגבלות המפלות הקיימות ביחס למהגרות עבודה, לרבות הגבלות האוסרות עליהן להרות, ותוודאנה כי הסדרי איחוד משפחות למהגרי עבודה לא יהיו מפלים על בסיס מין, בין במישרין ובין בעקיפין (Committee on the Elimination of Discrimination against Women [CEDAW], General Recommendation 26, UN. Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R ((2008), paras. 23, 26(a), 26(e)).

47. גם הוועדה לביעור אפליה גזעית, האמונה על יישום האמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית משנת 1966, אשר אושרה על-ידי ישראל בשנת 1979, הבהירה בהמלצתה הכללית כי המדינות החברות באמנה מחויבות לנקוט באמצעים על מנת לבער אפליה בתעסוקה כלפי מי שאינם אזרחים (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXX, U.N. Doc. A/59/18 (Oct. 1, 2004), at preamble and para 33-35). הוועדה הדגישה, כי אף שזכויות אדם מסוימות, כגון הזכות לבחור ולהיבחר, עשויות להיות מוגבלות לאזרחים בלבד, הרי שככלל, זכאי כל אדם וזכאית כל אישה ליהנות מזכויות אדם. אבחנה בין אזרחים ושאינם אזרחים היא, ככלל, מותרת, אך כשהיא נעשית שלא למטרה לגיטימית או באופן שאינו מידתי להשגת מטרה לגיטימית, היא תחשב בגדר אבחנה אסורה (שם, פסקאות 3-4). עוד קבעה הוועדה, כי על מדינות להימנע מגירוש של מי שאינם אזרחים, המתבטא בהתערבות בלתי-מידתית בזכותם לחיי משפחה (שם, פסקה 28).

48. האמנה הבינלאומית בדבר ההגנה על זכויות כל מהגרי העבודה ובני משפחותיהם משנת 1990, העוסקת בזכויותיהם של מהגרי העבודה במדינות המוצא, מדינות המעבר ומדינות היעד, קובעת גם היא עיקרון של אי-אפליה כלפיהם, ומעגנת זכויות שונות העומדות להם, לרבות זכות להגנה מפני התערבות בפרטיותם או במשפחתם; זכות לשוויון בפני החוק; זכות לתנאי עבודה שווים לאלה המוקנים לאזרחי מדינת היעד; וזכות לביטחון סוציאלי בדומה לאזרחי מדינת היעד (סעיפים 14, 18, 25 ו-27, בהתאמה). כן מתחייבות המדינות החברות באמנה לפעול להגנה על אחדות המשפחה ולקידום איחוד משפחות מהגרים (סעיף 44). יצוין, כי האמנה אומצה על-ידי העצרת הכללית של האו"ם (G.A. Res. 45/158, annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A), (at 262 (Dec. 18, 1990)), אך ישראל אינה חברה בה.

49. במסגרת האמנה בדבר עובדים-מהגרים (מתוקנת 1949) של ארגון העבודה הבינלאומי, בה חברה ישראל, מתחייבות המדינות החברות להעניק למהגרי עבודה יחס שאינו נופל מזה המוענק לאזרחיהן, בהתייחס, בין היתר, לעניינים הנוגעים לעבודת נשים ולביטחון סוציאלי, ולרבות בנוגע לאמהות ולחובות משפחתיות (סימנים ו(1)(א) ו(1) ו-ו(1)(ב)). נוסף על כך, אמנת ארגון העבודה בדבר שוויון הזדמנויות, המתייחסת לכל סוגי העובדים בכלל ענפי הפעילות הכלכלית, קובעת עיקרון של שוויון הזדמנויות ושוויון יחס לעובד ולעובדת. המדינות החברות באמנה זו, וישראל אינה ביניהן, מתחייבות לאמץ מדיניות שתאפשר לבעלי מחויבויות משפחתיות לעבוד או להתקבל לעבודה מבלי שהדבר יעמוד בסתירה למחויבויות אלה (סעיף 3 לאמנה).

50. גם במסגרת האיחוד האירופי מוענקת הגנה לזכויות של מהגרי עבודה להורות ולמשפחה. סעיף 12 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע כי לכל איש ואישה זכות להקים משפחה; סעיף 8(1) קובע כי לכל אדם נתונה הזכות לכיבוד חייו הפרטיים וחיי המשפחה שלו; סעיף 8(2) קובע כי חל איסור על הרשות הציבורית להתערב בזכויות אלה אלא על-פי חוק, ורק ככל שהדבר מתחייב מאינטרסים חברתיים שונים הפועלים בחברה דמוקרטית כגון ביטחון, כלכלה, סדר ציבורי, בריאות, ערכי מוסר והגנה על זכויות וחירויות של הזולת. בשורת החלטות, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי כפיית הפרדה בין אדם לבין בני משפחתו (לרבות בני זוג, הורים, אחים וילדים) על-ידי שלילת רשיון שהייה ועבודה וגירוש של מהגר עבודה, בעוד בני משפחתו נותרים במדינה, מהווים פגיעה בלתי-מוצדקת בחיי המשפחה, המנוגדת לסעיף 8 לאמנה, והפרת החובה להגן על הזכות לחיי משפחה ולהימנע מהתערבות בהם (*Berrehab v. Netherlands*, 11 Eur. H.R. Rep. 322, para. 21 (1988); *Moustaquim v. Belgium*, 13 Eur. H.R. Rep. 82, para. 36 (1991); *Ciliz v. Netherlands*, 33 Eur. H.R. Rep. 623, para. 59 (2000); *O'donoghue v. The United Kingdom*, App. no. 34848/07 Eur. Ct. H.R., para. 83 (Dec.14, 2010)).

51. בארצות-הברית מוענקת אזרחות, בין היתר, לכל אדם שנולד בשטח המדינה, לרבות לילד שנולד לעובדת זרה בעת שהותה בשטח ארצות-הברית. גם ילד כזה יזכה באופן אוטומטי באזרחות אמריקאית. הדבר מעוגן הן במסגרת התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, והן בחקיקה האמריקאית (United States Code, 8 USCS § 1401). וכך מורה התיקון ה-14 לחוקה בעניין זה:

Citizens of the United States:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are

citizens of the United States and of the State wherein they reside... (USCS Const. Amend. 14, § 1, Sec. 1).

יתר על כן, בשימוע שערך משרד המשפטים האמריקאי במסגרת ערעור של מהגרים על ההחלטה לגרשם משטח המדינה, נקבע, כי לידת ילד למהגר השוהה באופן בלתי-חוקי במדינה עשויה לשמש עילה לדחיית גירושו של ההורה מארצות-הברית. זאת, בהסתמך על סעיף החוק המקנה למדינה סמכות להימנע מגירושו של מי ששוהה בארצות-הברית שלא כדין, מקום בו הגירוש יסב נזק ניכר למגורש או לבני משפחתו (8 USC § 1182). במסגרת החלטה זו באה לידי ביטוי ההכרה בקושי האינהרנטי הכרוך בלידה, והבנת הצורך ליתן הקלות לאם היולדת, אפילו מקום שמדובר בשוהה בלתי-חוקית:

"Alien parents who are excludable under former 8 USC § 1182(a)(19) for fraudulently procuring nonimmigrant visas may be granted waiver of excludability under § 1182(i) on basis of birth of their United States citizen child, whether or not born during lawful stay of parents in United States, since such birth is favorable factor and must be accorded considerable weight in adjudication of application for relief of waiver of grounds of excludability, and there is neither statutory requirement that extreme hardship be shown, nor should fraudulent procurement of visas be considered as adverse factor, where such fraud is factor for which aliens seek to be forgiven in their petition for waiver of excludability" (*In re Alonzo* (1979, Comr) 17 I & N Dec 292).

מכלול עקרונות זה במשפט הבינלאומי ובמשפט הזר מקרין על התפיסה הראויה ביחס לסוגיה הנתונה להכרעה בענייננו.

פגיעה בזכויות מכוח חקיקת העבודה

52. לא למותר להוסיף, כי משפט העבודה הישראלי מעניק אף הוא הגנות שונות לאישה עובדת בהקשר ללידה, הורות וחיי משפחה. כך למשל, החקיקה מגבילה את יכולתו של מעסיק לפטר אישה עובדת לאחר לידה, וניתנות לה זכויות שונות בזמן ההריון ובעקבות הלידה (סעיף 9(ג) לחוק עבודת נשים); כן אסורה אפליה של מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, בין היתר, מחמת מינם, בשל הריון, או בשל הורות, בכפיפות לסייגים (סעיפים 2(א) ו-21 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

הוראות הנוהל הקובעות כי עובדת זרה שילדה חייבת לעזוב את מקום עבודתה ולצאת מישראל עם ילדה אינן עולות, אפוא, בקנה אחד אף עם התפיסה הבסיסית של חוקי העבודה במדינת ישראל, האוסרים על אפליה בין גבר לאישה בעבודה ועל אפליה מטעמי הורות ומשפחה.

אמות-המידה לאיזון – מבחני פיסקת ההגבלה שבחיקת-היסוד

53. ענייננו בביקורת שיפוטית על החלטת מדיניות של הרשות הציבורית במישור המינהלי. החלטה זו נבחנת, בין היתר, במישור הסבירות המינהלית. מאחר שהחלטה המינהלית כרוכה בפגיעה בזכויות בעלות אופי חוקתי – הזכות להורות, והציפייה הכלכלית-קניינית של העובדת הזרה – ראוי לבחון את שאלת הסבירות על-פי קווי הניתוח האופייניים לאיזון החוקתי, המעוגנים, ביסודם, בפיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

54. מאז חקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, נוהגים להשתמש באמות-המידה שבחוקי-היסוד כדי לבחון את סבירות הפעלתן של סמכויות שלטוניות הפוגעות בזכויות אדם. השימוש בכללי פיסקת ההגבלה לצורך בחינת הסבירות או המידתיות של הפגיעה השלטונית הוא רחב, ומתפרש על מכלול הדינים של המשפט הציבורי (ענין חורב, בעמ' 41).

פיסקת ההגבלה משמשת נוסחת איזון חוקתית המתאימה על-פי אופייה למצבים שונים שבהם מתנגשות זכויות חוקתיות עם אינטרס מדינתי המשתקף במעשה השלטון. עקרונות פיסקת ההגבלה, המגדירים את מרחב הפגיעה המותר בזכות היסוד, אוצלים לא רק על בחינת חוקתיותו של חוק, אלא גם על המרחב הכולל של סמכויות השלטון. דרכם נבחנות מהותה והיקפה של הפגיעה המותרת בזכויות אדם באשר הן. "קשר זה בין פיסקת ההגבלה החוקתית לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי, לרבות זכויות האדם שאינן "מכוסות" בחוקי היסוד – הוא טבעי" (ענין חורב, בעמ' 43). העקרונות הטמונים בפיסקת ההגבלה משמשים אמות-מידה לבחינת שיקול-הדעת המינהלי כל אימת שמעשה המינהל פוגע בזכות יסוד של האדם המוגנת על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, יסודותיה של פיסקת ההגבלה משתלבים באמות-המידה שהתגבשו בהלכות המשפט הציבורי לבחינת פגיעה של רשות מינהלית בזכויות יסוד של האדם:

"כאשר החלטה מינהלית פוגעת בזכות אדם חוקתית, נקודת המוצא היא, ראשית, כי הערך הנגדי שלצורך הגשמתו נעשתה הפגיעה, הולם את ערכיה של המדינה; שנית, ערך זה צריך להיות שיקול ענייני רלבנטי החופף במידה רבה לתנאי "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה; ולבסוף, שאלה היא, האם באיזון הכולל ניתן משקל יחסי ראוי לזכות האדם מצד אחד, ולערך הנוגד מן הצד האחר; האם נבחרה נקודת איזון המשקלית כראוי את הערכים המתנגשים. זוהי דרישת המידתיות הראויה במובנה החוקתי" (בג"צ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 10 לפסק דיני (לא פורסם, 13.6.2006); ראו גם: בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138 (1995); בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)).

אמות-המידה של פסקת ההגבלה מתוות את היקף ההגנה הניתן לזכות החוקתית בנסיבות מקרה נתון.

55. הזכויות להורות ולהגנה מפני פגיעה בציפיות כלכליות לגיטימיות הנתונות לעובדת הזרה השוהה בישראל אינן בעלת אופי מוחלט. הן בעלות אופי יחסי, והיקף ההגנה עליהן נקבע בהתאם לטיבם ולעוצמתם של האינטרסים הנוגדים. השאלה בענייננו הינה – האם הפגיעה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, בהתחשב במדיניות הרשות החותרת בשם האינטרס הציבורי למנוע שהייה בלתי-חוקית והשתקעות של עובדים זרים בישראל לאחר פקיעת תוקפו של רשיון העבודה שניתן להם.

56. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:

פגיעה בזכויות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

על מנת שהחלטה מינהלית הפוגעת בזכות אדם חוקתית תעמוד בדרישת הסבירות המינהלית בהשתקפותה במבחני פסקת ההגבלה, נדרש, אפוא, כי הפגיעה בזכות האדם הכרוכה בה תהלוך את ערכיה של מדינת ישראל, תיועד לתכלית ראויה, ותקיים את דרישת המידתיות. נבחן התקיימותם של תנאים אלה ככל שמדובר בנוהל העובדת הזרה שבענייננו.

57. מדיניות הרשות המוסמכת, הכופה על עובדת זרה לעזוב את ישראל תוך שלושה חודשים לאחר לידת תינוקה, ולחלופין – לחזור לישראל בגפה לצרכי עבודה בתוך שנתיים ממועד הלידה, נועדה להגשים אינטרס כלכלי-חברתי לאומי כללי שעיקרו ביצירת הגבלה ופיקוח הדוק על כניסת עובדים זרים לישראל, צמצומה של תופעה זו עד למינימום ההכרחי, ויצירת מנגנון פיקוח הדוק שימנע שהייה בלתי-חוקית של עובדים זרים בישראל והשתקעותם בה שלא כדין.

מדיניות זו נועדה למנוע תופעות שליליות בכלכלה ובחברה הישראלית שהתפתחו עקב גידולו הניכר של היקף העובדים הזרים בישראל, ובהן – הרחבת שיעור האבטלה, הגדלת מעגלי העוני, הכבדה יתרה על מנגנוני הרווחה והעמסה על רשויות אכיפת החוק. כן מבקשת מדיניות זו למנוע היווצרות שכבת אוכלוסיה שאינה חלק אינטגרלי מהחברה הישראלית, ואינה שותפה מלאה לזכויות ולחובות החברתיות. מדיניות זו, המבקשת, בין היתר, למנוע שהייה והשתקעות בלתי-חוקית, נשענת על התפיסה כי לתופעות אלה ניתן תמריץ כאשר לעובד הזר קרוב משפחה מדרגה ראשונה הנמצא גם הוא בישראל. הוא הדין, על-פי גישה זו, כאשר עובדת זרה יולדת ילד בעודה בישראל, שאז הרצון והצורך להישאר בגבולות הארץ גם לאחר פקיעת רשיון העבודה גוברים. הן האם והן הילד מתערים בהדרגה בחברה הישראלית ובתרבות הישראלית, לומדים את השפה ורוכשים חברים. במצב זה, הקושי הניצב בפניהם לנתק את הקשרים שנוצרו בארץ ולעזוב קשה פי-כמה. לפיכך, כשם שמדיניות הרשות המוסמכת אוסרת מלכתחילה על מתן רשיון כניסה לצורך עבודה לעובדת זרה ביחד עם ילדיה, כך, על-פי אותו קו, היא כופה על מי שילדה בעת שהותה בישראל לעזוב, ומתירה את חזרתה להשלמת תקופת עבודתה בתנאי שתבוא לישראל בגפה. לגישת הרשות, כללים אלה אמורים להשתלב במגמת הצמצום של תופעת העובדים הזרים, ובמיוחד – במגמה להטיל מגבלות על שהותם של העובדים בישראל, כדי להבטיח שלא ייהפכו לשוהים בלתי-חוקיים, ולמשתקעים בלתי-חוקיים.

58. מדיניות הרשות המוסמכת, ככל שהיא מבקשת לקדם קו חברתי-כלכלי ומשקי שתכליתו לעודד את התעסוקה והייצור המקומיים ולמנוע הסתמכות של המדינה על כוחות עבודה זרים, על כל המשתמע מכך, הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועונה גם לתכלית ראויה. חזקה על הרשות המוסמכת ועל הממשלה כי מדיניותן הכוללת בענין עובדים זרים, ובכללה – מגמת צמצום התופעה עד

למינימום ההכרחי, נועדה לקדם אינטרס ציבורי כללי חשוב בפיתוח שווקי העבודה והתעסוקה הפנימיים וקידום הייצור והכלכלה באמצעים מקומיים, ככל שהדבר ניתן.

מידתיות הפגיעה

59. ענייננו בהליך זה במרכיב אחד ספציפי במדיניות הכוללת בנושא הגירת העבודה בישראל, הנוגע לחיובה של עובדת זרה לעזוב את הארץ לאחר לידת ילדה, והתנאת חזרתה לעבודה בכך שתגיע לישראל בגפה. מרכיב זה במדיניות מהווה פגיעה קשה בזכותה החוקתית של העובדת הזרה להורות, ככל שהיא נאלצת לבחור באופציה של שיבה לישראל בגפה לאחר הלידה; ולחלופין, ככל שתבחר שלא להיפרד מילדה, נגרמת פגיעה קשה בציפייתה הכלכלית-קניינית הכרוכה בעזיבתה את הארץ תוך אפשרות קיצור משמעותי של משך שהותה המתוכנן בישראל לצרכי עבודה ברשיון. זאת, על-פי ההנחה כי קיצור משך עבודתה בשל הלידה עלול לשלול ממנה את הפירות המתוכננים של עבודתה, האמורים להחזיר את השקעתה בבואה לארץ, ולהניב פרי למחייתה ולעזרה למשפחתה שמעבר לים.

שאלה היא, האם הפגיעה בזכויותיה החוקתיות המוגנות של העובדת הזרה עומדת במבחן המידתיות, בשים לב למטרותיה של מדיניות הרשות ולאינטרס הציבורי שהיא מגלמת. בבחינת המידתיות יש לייחס משקל בראש ובראשונה לעוצמה היחסית של הערכים המתחרים, ולמשקלם היחסי זה מול זה. נוסחת האיזון ודרך מימושה מושפעות מטיב האינטרסים המתחרים (ענין ואנונו, בפסקה 15). במקרה זה, מדובר כאמור, מצד אחד, במדיניות ציבורית המבקשת לפקח ולמנוע שהייה בלתי-חוקית והשתקעות-קבע של עובדות זרות עם ילדיהן בישראל; ומנגד, בפגיעה בזכות החוקתית של העובדת להורות, וכן להגשמת הציפייה הכלכלית הלגיטימית שנוצרה אצלה בעקבות רשיון הישיבה לצרכי עבודה שקיבלה למשך תקופת זמן, העלולה להיקטע עקב הפעלת הנוהל.

60. בגדרה של המידתיות, יש לבחון שלושה תנאים מצטברים: האם מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין המטרה שיש להשיגה; האם קיים אמצעי אחר שיש בידו להשיג את התכלית הרצויה ואשר פגיעתו בזכות היסוד קטנה יותר; והאם היחס בין התועלת הצפויה לצמות מן האמצעי שנבחר, לבין הפגיעה בזכות החוקתית הינו יחס ראוי (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840 (2004); ענין "קו לעובד", בעמ' 393).

61. מהות הפגיעה בזכויותיה של העובדת הזרה, על רקע מדיניות הרשות המוסמכת ויעדיה, כשהיא נבחנת על-פי אמות-המידה של דרישת המידתיות בפיסקת ההגבלה, מביאה למסקנה כי הפגיעה אינה מידתית ולפיכך גם אינה סבירה ודינה להתבטל.

אשר לתנאי הראשון, המחייב קשר רציונלי של התאמה בין המטרה לבין האמצעי השלטוני שנבחר לשמש בהשגתה, ניתן לומר, כי דרישת ניהול העובדת הזרה שלפיה לא יותר לעובדת לשהות בישראל עם ילדה אכן מקדמת את המטרה שהמדיניות ביקשה להשיג, קרי: הרחקתם של עובדים זרים שיש לצידם קרוב משפחה מדרגה ראשונה, מחשש לקיום תמריץ להשתקעות בלתי-חוקית בישראל.

עם זאת, המבחנים השני והשלישי של המידתיות אינם מתקיימים בנוהל העובדת הזרה: ראשית, מן הטעם שקיימים אמצעים אחרים, שפגיעתם פחותה מזו של הרחקה העובדת או ילדה, ואשר עשויים להשיג את תכליתו הרצויה של הנוהל; ושנית, מאחר שהאמצעי שנבחר במסגרת הנוהל הוא פוגעני במידה כזו שהתועלת שהוא מצמיח להגשמת המדיניות הרצויה פחותה באופן משמעותי מן הפגיעה הקשה בזכויות אדם המגולמת בו.

62. כפי שצוין, ההורות מוחזקת כזכות יסוד מוגנת של האדם, ממנה נגזרות הזכויות לגדל, לטפל ולחנך את הילדים. היא מוחזקת כזכות הנובעת מהזכות לכבוד האדם באשר הוא אדם. זו זכות חוקתית שמעטות הזכויות הדומות לה בעוצמתן ובחשיבותן. בזכות זו משתקף שיאה של האוטונומיה של הרצון הפרטי, וביטוייה של ההגשמה העצמית של האדם. מזכות זו נהנים הן אזרחי ישראל ותושביה, והן כל מי שנמצא בישראל והמשפט הישראלי חל עליו, לרבות עובדים זרים. מדינת ישראל נמנית על המדינות שחוקי העבודה שלהן אוסרים על אפליית עובדים, בין היתר, על רקע הריון והורות לילדים. גישה זו עולה בקנה אחד גם עם התפיסה הראויה על-פי המשפט הבינלאומי.

63. הפיכת מימושה של זכות האדם להורות לעילה שבגינה יורחק אדם מישראל, אף שהוא שווה כאן כדין וטרם מיצה את מלוא תקופת רשיונו, משמעה נקיטה באמצעי שפגיעתו חמורה עשרת מונים מאמצעי אחר שעשוי להשיג את תכלית המדיניות הממשלתית תוך פגיעה פחותה בהרבה בזכות האדם. כך, למשל, הרשות יכולה ליזום מערכת כללים וערבויות אשר תבטיח כי עם חלוף תקופת השהייה המירבית לעבודת העובדת הזרה על-פי רשיון היא תעזוב את ישראל עם ילדה. ניתן להגשים זאת, בין

היתר, על-ידי מנגנון של ערבויות כספיות, הנהגת שיטת דיווח תקופתי על מקום הימצאה של העובדת הזרה ועל מהלכיה, ושאר אמצעים שהרשות תחליט עליהם, אשר יקלו על הפיקוח ועל אכיפת חובתה של העובדת לעזוב את הארץ עם ילדה בתום תקופת הרשיון. כן אפשר, וכך הוסכם גם על-ידי העותרות, כי האופציה להארכת רשיון העבודה של העובדת תוגבל לפרק זמן של עד 63 חודשים ולא מעבר לכך, וזאת גם ביחס לעובדת סיעודית, אשר לגביה החוק מאפשר כיום, בהתקיים תנאים מסוימים, הארכה מעת לעת וללא הגבלה בחוק של תקופת הרשיון. כן ניתן לקבוע בהחלטות הרשות המוסמכת, ואף בדרג ממשלתי, כי המשך עבודתה של העובדת הזרה לאחר לידת ילדה ועד למיצוי תקופת הרשיון לא יקנה לה זכות להעלות טענות לרכישת זכויות מוקנות להמשיך לשהות או להשתקע בישראל מעבר לתקופת רשיון העבודה. אמצעים אלה ואחרים נתונים לשיקול-דעתה הרחב של הרשות המוסמכת, ככל שהם יקיימו את דרישת המידתיות. מכל מקום, עולה מהדברים כי ניתן לנקוט באמצעים חלופיים לאלה שבנוהל, אשר יגשימו את תכליתו תוך פגיעה פחותה בזכויות אדם.

64. זאת ועוד. האמצעי שבחר הנוהל בענייננו, שעיקרו בהרחקת העובדת הזרה מישראל לאחר לידת תינוקה, הוא פוגעני עד כדי כך שהתועלת שהוא מצמיח נמוכה באופן משמעותי מן הפגיעה אותה הוא מגלם. מן הבחינה הערכית, מדינה הבוחרת להרחיק מקרבה עובדת ברשיון מאחר שילדה ילד, אך בשל החשש כי היא תתקשה מאוחר יותר להבטיח את עזיבתה של העובדת את הארץ, מכתימה בכתם ערכי את מערך הערכים האנושיים שהחברה הישראלית דוגלת בהם. העמדת שיקולים של הקלה על אמצעי אכיפה ופיקוח בראש סולם הערכים והעדיפויות, גם על חשבון זכויותיה היסודיות של האישה, באשר היא, להרות, להביא ילד לעולם ולגדלו, אינה יכולה להתקבל. הפער בין תכלית המדיניות, הניתנת להשגה באמצעים שונים שאינם כרוכים בפגיעה כה חריפה בזכויות אדם, לבין דרך הגשמתה במסגרת הנוהל תוך גרימת פגיעה מהותית בזכויות, אינו סביר, אינו מידתי, ואינו יכול להיוותר על כנו. לא האופציה של עזיבת הארץ עקב הלידה, תוך פגיעה קשה באינטרס הכלכלי, ולא האופציה של חזרה לעבודה בלא הילד כשהוא מטופל בידי אחרים, תוך פגיעה בזכות להורות, יכולות להיוותר בעינן. הוראות הנוהל בענין זה אינן מתיישבות עם עקרונות יסוד של המשפט החוקתי הישראלי, ולכן דינן להתבטל.

65. ראוי להוסיף, כי גם החריג ההומניטארי בנוהל, המאפשר בנסיבות מיוחדות הארכה של תוקף רשיון הישיבה של העובדת הזרה שילדה מעבר ל-90 יום, אינו מביא לאיזון ראוי בין תכליתה של המדיניות השלטונית לבין הפגיעה בזכויות הפרט. החריג ההומניטארי יוצר מציאות שבה הפגיעה בזכויותיה החוקתיות של העובדת הזרה היא

הכלל, ואילו כיבודן של זכויות אלה הוא החריג. זהו היפוכה של התפיסה החוקתית הראויה, המציבה את כיבודה של הזכות במרכז, ומאפשרת במצבים חריגים סטייה מידתית מכך, ככל שהנסיבות מחייבות. אכן, כדבריו של השופט לוי בענין "קו לעובד":

"משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות יסוד ככלל מנחה. לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותיו היסודיות במקרים "חריגים" בלבד" (שם, בעמ' 391).

66. ראוי לציין, כי ועדת האו"ם לביעור אפליה נגד נשים הביעה לאחרונה דאגה מיוחדת ממצבן של מהגרות עבודה בישראל, וציינה כי היא מוטרדת ביותר מן המדיניות הקיימת בישראל שלפיה מהגרות עבודה שילדו נדרשות לעזוב את המדינה עם תינוקן בתוך שלושה חודשים מיום הלידה או לשלוח את תינוקן אל מחוץ לגבולות המדינה על מנת לשמור על רשיונות העבודה שלהן. הוועדה קראה לישראל, בין היתר, לבטל את המדיניות הנקוטה בידה בהתייחס לביטול רשיונות עבודה למהגרות עבודה עקב לידה. וכך נאמר בדו"ח הוועדה מיום 14.2.11 בענין זה:

"... the Committee is seriously concerned at the State party's existing policy that migrant workers who give birth must leave the State party with their baby within three months of giving birth, or send their baby out of the State party's borders so as to safeguard their work permits.

... The Committee urges the State party to:

(a) ...

(b) Revoke its policies with regard to cancellation of work permits for migrant workers in cases of child birth, marriage and intimate relationships in accordance with the State party's obligations under the Convention and the Committee's general recommendation no. 26 on women migrant workers" (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations: Israel, U.N. Doc. CEDAW-C-ISR-CO-5, paras. 42-43).

67. אכן, נוהל העובדת הזרה, על-פי תפיסתו, אינו הולם את השיטה החוקתית בישראל. הוא אינו תואם לערכים המוסריים המובנים בתרבות החברתית במקומנו. הוא אינו מאזן בצורה ראויה בין יעדיה של המדיניות הממשלתית, חשובים ככל שיהיו, לבין

זכויות הפרט בישראל. יש לבטלו, ולבנות מערך כללים אחר אשר יגשים את יעדיה של המדיניות השלטונית בלא לפגוע פגיעה בלתי-סבירה ובלתי-מידתית בזכויות אדם, עליהן יש לשמור מכל משמר.

הסעד האופרטיבי

68. דינו של נוהל העובדת הזרה להתבטל, ככל שהוא קובע את חובתה של עובדת ברשיון לעזוב את ישראל עם תינוקה בתוך 90 יום מיום הלידה. ממילא, יש לבטל גם את התנאי הקבוע בנוהל שלפיו, ככל שהעובדת תבקש לחזור לישראל לצורך המשך עבודתה בתוך שנתיים ממועד עזיבתה, יתאפשר לה לשוב כאמור אך בתנאי שתבוא בגפה, ללא ילדה.

עם זאת, נוהל שיקבע כי התקופה המקסימאלית לשהייה על-פי רשיון עבודה של עובדת שילדה בישראל היא 63 חודשים, כאמור בסעיף 3א(ג) לחוק הכניסה לישראל, וכי, ככלל, לא ניתן יהיה להאריך תקופה זו גם לגבי עובדת בתחום הסיעוד, עשוי לעמוד במבחן המידתיות. כן ניתן להבהיר במסגרת החלטה או נוהל חלופי שייקבע, כי התרת המשך ישיבתה של עובדת שילדה לא תקנה לה ולילדה זכויות נוספות מעבר לזכויות הנתונות לעובדת מכוח רשיון הישיבה שניתן לה; כן ניתן יהיה להסדיר את מכלול האמצעים הנדרשים כדי להבטיח את יציאתה של העובדת את הארץ עם ילדה בתום תקופת רשיון העבודה שלה, לרבות בדרך של מתן ערבויות וכיוצא באלה, והכל בכפוף לעמידה בדרישות הסבירות והמידתיות.

69. טוב תעשה המדינה אם תותיר בעינו את ערוץ הפנייה ההומניטארית, הנתון עתה לעובדת הזרה על-פי הנוהל הקיים, גם במסגרת הנוהל המתוקן. הסדר זה יאפשר במקרים חריגים הארכת שהותה של עובדת זרה שילדה ילד בישראל גם מעבר ל-63 חודשים, והכל בכפוף לנסיבות מיוחדות וקריטריונים שייקבעו, ובכפוף לתנאים שמציבה החקיקה הראשית בעניין זה.

70. ועוד יש להבהיר, כי ההיתר להמשך ישיבתה בישראל של עובדת זרה לאחר לידת ילד בישראל כפוף ליכולתה המעשית לשלב בין חובות עבודתה לבין צרכי הטיפול בילד, ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה. ככל שהדבר אינו אפשרי, יש לאפשר לה פרק זמן סביר למצוא סידור העסקה חלופי שיקיים תנאי זה.

ואחרון יובהר, כי ההכרעה בהליך זה מתייחסת לעובדת זרה שנכנסה לישראל לצרכי עבודה כדין, ובעת הלידה שהתה בארץ מכוח רשיון עבודה תקף. ההכרעה אינה נוגעת בעובדת שבעת הלידה שהתה בישראל שלא כדין.

71. בנתון לדברים האמורים, אציע, אפוא, לחברי לעשות את הצו על-תנאי למוחלט, ולהורות כי הנוהל הקיים לטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל יבוטל, ויחד עמו יבוטל חיובה של העובדת הזרה לעזוב את ישראל עם ילדה בטרם פקעה תקופת רשיון העבודה שניתן לה. הרשות המוסמכת רשאית לגבש נוהל חדש אשר יבטיח את קידום המדיניות הממשלתית בנושא זה, בלא פגיעה בלתי-סבירה ובלתי-מידתית בעובדת הזרה, כאמור בפסק דין זה.

המדינה תישא בשכר-טרחת עו"ד העותרות בסך 25,000 ₪.

לאחר סיום:

עם בואנו לחתום את דברינו בפרשה זו, הפתיעוני חברי, השופטים רובינשטיין וג'ובראן, בדברי פרידה מרגשים לרגל פרישתי מכס השיפוט, בהיות פסק דין זה הפסק הניתן בטקס הפרישה. לא אוכל שלא להביע את תודתי העמוקה על הדברים, ולברך את חברי להרכב, ואת שופטי בית המשפט כולם, בראשותה של הנשיאה ביניש בכל הברכות הטובות. מי יתן ובית המשפט, על כלל שופטיו, ימשיך לפסוע בבטחה במעגלי הצדק, תוך פתיחת דלתותיו למבקשי הסעד, ותוך איזון מתמיד בין זכויות האדם לבין צורכי הכלל, להבטחת קיומה ותקומתה של חברה ישראלית יהודית ודמוקרטית, ולקידום רווחתו של כל פרט, באשר הוא, בתוכה.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

1. מצרף אני דעתי לדעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה. כהרגלה, חברתי בחוות דעת מקיפה, מעמיקה, אנליטית ובהירה העמידה את הסוגיות אשר במחלוקת בצורה הראויה וניתחה אותם בהתאם לכללי המשפט המנהלי והחוקתי ובאורם של עקרונות המשפט המשווה. מסקנתה היא כי לא ניתן להשלים במדינה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, באשר הוא אדם, עם הנוהל העומד במרכז של עתירה זו. להנמקתה של חברתי ולתוצאה האמורה, אני מסכים. ביטולו של נוהל זה, הפוגע בצורה בלתי מידתית בזכות להורות ולחיי משפחה הנגזרת מכבוד האדם, הוא ביטוי עמוק

למושכלות היסוד עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. האינטרס הציבורי החשוב שבפיקוח על העובדים הזרים אינו עומד מעל לכל. אין אינטרס שהוא מוחלט כשם שלרוב לא קיימות זכויות מוחלטות. המטרה הראויה שבבסיס הנוהל אינה מצדיקה את הפגיעה הקשה בעובדת הזרה, ובזכויותיה הבסיסיות הנתונות לה מעצם היותה אדם בן חורין. "הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה ... דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם" (השוו לדבריו של הנשיא א' ברק בבג"צ 7052/02 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פסקה 93 (טרם פורסם, 14.5.2006) (להלן: פרשת עדאלה)).

2. בצדק רב הדגישה חברתי כי גם על העובדים הזרים השוהים בישראל חלים עקרונות משפט בסיסיים, ובראשם העקרונות החוקתיים של המשפט הישראלי (ראו פסקה 36 לחוות דעתה). לטעמי ניתן לומר על משקל דבריו של הנשיא א' ברק בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000) כי מדינת ישראל, בדומה למדינות רבות בעולם, היא מדינה אשר לצד אזרחיה ותושביה, חיים בתוכה אוכלוסיות שונות שאין להם מעמד של קבע כגון, העובדים הזרים. אולם על כל אחד מבני אוכלוסיות אלו הנמצא בתוך שטחי המדינה ונתון למרות המדינה נפרסת מטריית הנורמות הבסיסיות של המשפט הישראלי. אמת, זכות מיוחדת לכניסה לבית נתונה לאזרחי המדינה (ראו סעיף 6(ב) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו) וזכות מיוחדת לעבודה בבית פנימה ניתנת לאזרחי המדינה ותושביה (ראו חוק יסוד חופש העיסוק), אך משמצוי אדם, כל אדם, בבית כדין, הוא נהנה מהזכויות בסיסיות ומושכלות היסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי (ראו לעניין תחולת חוקי היסוד את מאמרו של ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" משפט וממשל יב 7 (תש"ע)). עמד על כך בית משפט זה בבג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 378 (2006) (להלן: פרשת קו לעובד):

"כבוד האדם הנו הערך העקרי הניצב במרכזו של משפטנו החוקתי. הזכויות הנובעות ממנו מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (סעיף 1 לחוק היסוד). הוא נתון לכל אדם באשר הוא אדם (סעיף 2 לחוק היסוד) בגרעין ההכרה בו כזכות חוקתית מונחת התפישה כי האדם – כל אדם – הוא יצור אוטונומי וחופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, והכותב את סיפור חייו על-פי בחירתו".

וכן:

"כל אדם - גם אם זר הוא בקהלנו - זכאי לכבודו כאדם.
כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך
הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים" (שס, עמ'
403).

3. הנוהל המצוי במרכזה של עתירה זו, כפי שנקבע על ידי חברתי, פוגע בצורה עמוקה בזכויות הנתונות לעובדת הזרה השווה בישראל בהתאם להיתר שניתן לה כדין. הלכה למעשה נוהל זה מציב בפני העובדת הזרה בחירה קשה ביותר – עזבי את עבודתך ואת אפשרות פרנסתך במדינתנו וחיי עם ילדך במדינת מוצאך או עזבי את יילדך במדינה מעבר לים והמשכי בעבודתך במדינתנו (פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי). לא ניתן להלום מצב שכזה במדינה דמוקרטית. אכן, כפי שציינה חברתי, הנוהל מציב בפני העובדת הזרה דילמה הכורכת עימה פגיעה בזכותה החוקתית לאמהות ולגידול ילדה ופגיעה משמעותית בציפיותיה הכלכליות. על כן עלינו להביא בכלל חשבון את הפגיעה הקשה בהם כאשר אנו מבקשים להפסיק את העסקתם טרם פקיעתו של היתר העבודה. כמו כן, כפי שציינה חברתי אין לגזור גזירה שווה בין הגבלה מלכתחילה של העובדת הזרה להיכנס לישראל עם ילדיה לבין חיובה לעזוב את הארץ עם ילדה לאחר לידתו (פסקה 43 לחוות דעתה).

4. מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, עמם יחיה את חייו, עמם יקים את משפחתו, יביא ילדים לעולם, וימשיך את שרשרת משפחתו. שרשרת הדורות. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו, עדיין ניכר באדם יצר עז להקים משפחה ולהמשיך את שרשרת הדורות על ידי גידול ילדים. ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם (השוו לדברי בפרשת עדאלה). "בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם תורשתי" (ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד לב(3) 421, 441 (1978)). המשפט נותן ביטוי לטבעו זה של האדם, ולזכותו להקים משפחה. כך קובעת ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, משנת 1948:

Article 16.

(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family...

(2) ...

(3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

(Universal Declaration Of Human Rights, 1948).

(ראו גם סעיפים 7, 9 ל- Charter of Fundamental Rights of the European Union).
 כן ניתן למצוא מקור במשפט הבינלאומי לזכותו של הילד להיות בקשר עם הוריו, ולגדול על ידי הוריו באמנה בדבר זכויות הילד (Convention on the Rights of the Child). ביטויים נוספים להכרה בחשיבות הקמתה של משפחה, וחיי משפחה מצויים במקורות רבים נוספים במשפט הבינלאומי כפי שפורט בחוות דעתה של חברתי (ראו Angela M. Banks, *Deporting Families: Legal Matter or Political Question?* 27 Ga. St. U.L. Rev. 489 (2011)). גם במשפטם הפנימי של מדינות רבות הוכרה הזכות החוקתית לחיי משפחה (ראו פרשת עדאלה, פסקאות 33-38 לפסק דינו של הנשיא ברק). כך קובע למשל סעיף 6 לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz):

Article 6

(1) Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state.

(2) The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.

(3) Children may be separated from their families against the will of their parents or guardians only pursuant to a law, and only if the parents or guardians fail in their duties or the children are otherwise in danger of serious neglect.

(4) Every mother shall be entitled to the protection and care of the community.

גם במשפט האמריקאי הוכרה הזכות לחיי משפחה (ראו *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1968); למשל נקבע בפרשת *P.O.P.S. v. Gardner*, 998 F2d 764,767-768 (9th Cir. 1993):

"The rights to marry, have children, and maintain a relationship with one's children are fundamental rights protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause. See *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651, 31 L. Ed. 2d 551, 92 S. Ct. 1208 (1972) (children); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12, 87 S. Ct. 1817, 18 L. Ed. 2d 1010 (1967) (marriage). Statutes that directly and substantially impair those rights require strict scrutiny".

בכל הנוגע לזכות להורות נקבע על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית כי זכות זו היא זכותו הבסיסית של כל אדם. כך למשל בפרשת *Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson*, 316 U.S. 535,541 (1942) נאמר כי הזכות לחיי משפחה, ובכלל זה להורות ונישואין היא:

"[T]he basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race".

ביטוי לזכותו של ילד להישאר בחיק אימו, שאינה אזרחית המדינה, מצוי גם במשפט החוקתי של אירלנד (ראו פרשת *עדאלה*, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק). בפרשת 1 I.R. 1 [2003] *A.O. & D.L. v. Minister for Justice* נקבע כי:

"A child or infant of non-national parents has, *prima facie*, a right to remain in the State. While in the State such a child has the right to the company and parentage of its parents".

הזכות לחיי משפחה ולקשר בין הורים לילדיהם היא גם חלק ממארג הזכויות של המשפט הישראלי. כך קבעה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894 (2002) כי "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי ... כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית". הנשיא מ' שמגר קבע כי "זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה" (ע"א

2266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995)). עמד על כך בית משפט זה בע"א 451/88 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990) כי "הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם, והקשר הקיים בין הורים לבניהם יסודו בעובדה הטבעית, שהילד נולד להוריו מולידיו" (ראו גם דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996)). כאמור לזכויות בסיסיות אלו זכאיות גם העובדות הזרות אליהם מכוון הנוהל המצוי במרכזה של עתירה זו. יודגש כי כוונתי לעובדת זרה שנכנסה לארץ כדין, ובעת הלידה בתחומי ישראל שהתה בארץ כדין מכוח רישיון עבודה תקף.

5. עצם העובדה כי הנוהל כורך עימו פגיעה בזכויותיה של העובדת הזרה (ראו פסקאות 40-42 לחוות דעתה של חברתי) אינה מובילה בהכרח לבטלותו. זכויות אלו המוקנות לעובדת הזרה ולילדיה הן זכויות יחסיות הניתנות להגבלה. רוב רובן של זכויות האדם אינן מוגנות כדי מלוא היקפן ואינן מוגשמות במלוא היקפן. ניתן להטיל מגבלות על מימושן של זכויות אלו. הזכויות הן אפוא יחסיות. אין הן זכויות מוחלטות (ראו Gerhard Van Der Schyff, Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights 11 (2005); Robert Alexy, A Theory of Constitutional rights 196 (Julian Rivers trans., 2002)). זכויות האדם לא משתרעות על מלוא חופש הרצון של הפרט. אין הפרט יכול לעשות ככל העולה על רוחו, שאם לא כן תיפגע חירותו של פרט אחר. על כן נדרש איזון בין זכויות האדם לבין עצמן. זכויות האדם הם גם הזכויות של פרט בחברה מאורגנת. "רובינו קרוזו אינו זקוק לזכויות אדם. הצורך לחיות חיי חברה מעניק כוח לחברה המאורגנת להגביל את חופש הרצון של הפרט. מתקיים אפוא ריסון רצונו של הפרט כדי לאפשר לכלל להגשים את מטרותיו הראויות" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי פרשנות חוקתית 361, 369 (1994)). ביטוי ליחסיות זכויות האדם, בשיטת המשפט הישראלית, ניתן למצוא בדמות פסקאות ההגבלה המצויות בחוקי היסוד (ראו סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד חופש העיסוק. ראו גם ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995), וכן ספרו המקיף של פרופ' אהרן ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (להלן: ברק)). לאחר קביעת היקפה של הזכות, ניתן להגביל את מימושה של הזכות בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה אשר במרכזה עומדת דרישת המידתיות (ראו פרשת עדאלה, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם: Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law (1996); Principle of Proportionality in the Laws of Europe (Evalyn Ellis ed., 1999)), וזאת בדרך שאינה כרוכה בשינוי חוקתי ושאינן בה משום הפרת הזכות או פגיעה בה שלא כדין.

"ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם, כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות" (בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 12.12.2006)). עמדה על כך גם השופטת א' פרוקצ'יה:

"הזכות החוקתית אינה זכות מוחלטת, אלא זכות 'יחסית' ... במסגרת גבולותיה המוגדרים, הזכות החוקתית אינה מוגנת בהכרח במלוא היקפה. ישנן נסיבות בהן פגיעה בזכות החוקתית בשל התנגשות עם זכויות אדם נוגדות, או בשל ערכים נוגדים שבאינטרס ציבורי, תיחשב פגיעה מיוחדת ומוצדקת, ותביא לצמצום ההגנה על מלוא היקף פרישתה של הזכות החוקתית" (בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 7 לפסק דינה (טרם פורסם, 20.8.2008)).

6. אכן במקרה דנן אל מול זכויותיה של העובדת הזרה עומדים אינטרסים ציבוריים כבדי משקל, הנוגעים במדיניות שבהגירת העבודה המקפלת בתוכה השלכות כבדות משקל על כלל הציבור כפי שפורט בהרחבה על ידי המשיבים. אכן, כפי שקבעה חברתי, המדיניות שנמצאת בבסיסו של הנוהל הינה לתכלית ראויה ככל שהיא מבקשת לעודד את התעסוקה והייצור המקומיים ולמנוע הסתמכות של המדינה על עובדים זרים (פסקה 58 לחוות דעתה. לדרישות התכלית הראויה ראו ברק, עמ' 301 והאסמכתאות המופיעות שם). אם כן, עניין לנו במקרה דנן באיזון בין זכויותיו של הפרט לבין טובת הכלל. אמת המידה של איזון בין אינטרסים וזכויות נוגדות היא אמת מידה המונחת ביסוד החיים והמשפט. יום ביומו בתי משפט עורכים איזונים בין שיקולים נוגדים. עמד על כך בית משפט זה בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 397, 397 (1995):

"מושג ה'איזון' שולט בנו ובכל אשר מסביבנו. כדור הארץ חג-סב את השמש כ'איזון' בין הכוח המושך אותו אל עבר השמש לבין הכוח המושך אותו אל עבר החלל החיצון. כל אחד מאתנו הינו מעין 'איזון' בין אביו ואמו ומשפחותיהם. כך כל החי והצומח. וכך אף בעולם המשפט: כל נורמה במשפט הינה 'איזון' בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים. כך חוקה של אמת, כך חוקי יסוד, כך חוקים מן המניין, כך חקיקת משנה, כך כל נרמה כללית ואינדיווידואלית. כל 'דין' הוא 'איזון'. לכל נורמה במשפט 'איזון' משלה, חלקו של ה'איזון' נקבע בידי המחוקק, חלקו האחר על-פי המחוקק - בידי בתי המשפט."

7. במקרה דנן אין בפנינו ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק, אלא ביקורת שיפוטית על מעשה של המינהל שאינו ברמה נורמטיבית של חוק. על כן, עלינו למצוא את כלי הקיבול המתאים לאיזון בין השיקולים הנוגדים במקרה דנן – זכויותיו של הפרט אל מול אינטרסים ציבוריים. מטרה ראויה אל מול אמצעים פוגעניים בזכויות. כפי שציננה בצדק רב חברתי השופטת פרוקצ'יה אמת המידה הראויה לאיזון בין השיקולים השונים במקרה זה היא בדמות פסקת ההגבלה, אשר במרכזה דרישות התכלית הראויה והמידתיות. דרישת המידתיות היא הקונסטרוקציה המשפטית הראויה לבחון הגבלה על הגשמת הזכות החוקתית על ידי נורמה משפטית תת חוקתית. המידתיות קובעת את התנאים בהם קיים צידוק לפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית (ראו ברק, עמ' 169-172) עמד על כך בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה בפרשת S v Makwanyane 1995 (3) SA 391:

"The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality".

לטעמי אמת מידה של המידתיות אף משתלבת עם עילת הסבירות במקרה דנן, שהיא כידוע אמת המידה המרכזית לבחינת שיקול הדעת המנהלי. כפי שמציין פרופ' ברק "משהוכרה המידתיות במשפט החוקתי הדן בזכויות חוקתיות היא חייבת להיות מוכרת, כנגזרת הכרחית, גם במשפט המנהלי הדן באותן זכויות" (ברק, עמ' 456). עילת הסבירות קדמה לעילת המידתיות במשפט הציבורי בישראל, אולם חלקים מעקרון המידתיות שאנו מכירים היום היו חלק מהמשפט הציבורי הישראלי שנים רבות, אך הם לא התגבשו לכדי כלל אחיד ועצמאי. כך לדוגמא בבג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז', 871, 892 (1953) נקט השופט אגרנט במבחן שאנו מכנים אותו היום, האמצעי שפגיעתו פחותה, לשם בחינת החלטתו של השר לסגור את העיתון, וכך הוא קבע:

"אפילו השתכנע השר, שהסכנה שנגרמה על ידי הפרסום 'קרובה לוודאי', רצוי הדבר, כי ישקול היטב אם היא רצינית במידה המצדיקה את השימוש בכוח הדרסטי של הפסקת העתון... או אם אינה קיימת שהות מפסקת המאפשרת לעשות פעולה אפקטיבית לשם ביטול ההשפעה... בדרכים פחות חריפות".

(ראו גם דבריו של הנשיא ברק בג"ץ 790/78 רוזן נ' שר המסחר התעשייה והתיירות, פ"ד לג(3) 281, 291 (1979). ראו האסמכתאות הרבות המופיעות בברק, עמ' 456, הערת שוליים 4. ראו גם זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109 (1994)). משהחלה עילת המידתיות להתגבש כעילה עצמית במשפט הישראלי אימץ אותה המשפט המינהלי לחיקו (ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 10 (1995). ראו גם אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך 3 עילות ההתערבות 263 (2008)). המשפט המנהלי הישראלי מכיר גם במידתיות וגם בסבירות כעילות ביקורת שיפוטית במשפט המינהלי (ראו ברק, עמ' 456). עמד על כך השופט מ' חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999):

"עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי – כמוה כעולת הרשלנות בתחום דיני הנזיקין – ל'עילת מסגרת' שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן. בשלב הבא ילדה עילת הסבירות הלכות, עילות ושברי-עילות למיניהם, ובצד כל אלה יצאו ממנה ראשי-בית-אב שקנו להם שם לעצמם. אחד מראשי בית-אב אלה היא עילת המידתיות. וכיחס הסבירות לחוקיות כן יחס המידתיות לסבירות. בהשתחררה מבית אמה, יכולה הייתה עילת המידתיות לפתח את עצמה באורח עצמאי וחופשי, וכך ייאמר עליה: בתחילה (אם כי לא בתחילת-התחילות) דרה עילת המידתיות בבית הסבירות, אך לימים יצאה מביתה זה, ובכוחה-שלה בנתה לה בית משל-עצמה. כך מציגה עילת המידתיות לפנינו כלי-ניתוח חד וחריף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידנו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונלית של מעשי-המינהל".

אם כן מה היחס בין עילת הסבירות לעילת המידתיות? במסגרת עתירה זו אין צורך להידרש לסוגיה ענפה זו (ראו Grainne de Burca, *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*, 3 Eur. Public Law 561 (1997); Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* 85 (Evalyn Ellis ed., 1999); GN Barrie, *Proportionality - Expanding the Bounds of Reasonableness*, in *Suprema lex Essays on the Constitution presented to Marinus Wiechers* 25 (Gretchen Carpentered.,

1998); *R v Secretary of State for the Home Department Ex p. Daly* [2001] 3 All ER 433. אולם זאת ניתן לומר – ככל שאנו מגדירים את עילת הסבירות כאיזון בין שיקולים שונים לאחר מתן משקל ראוי לנתונים השונים, שכן "סבירות אינה מושג פיזי או מטאפיזי. סבירות היא מושג נורמטיבי. זהו תהליך הערכתי ולא תיאורי. הסבירות אינה נתחמת על-ידי היגיון דדוקטיבי. היא נקבעת על-ידי איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם" (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 506 (2004). ראו גם בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 439 (1980); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990)), אזי קיים דמיון רב ביותר בין עילת הסבירות במובן זה לבין עילת המידתיות. דמיון זה קיים בייחוד בכל הנוגע למבחן המשנה השלישי של המידתיות (מידתיות במובן הצר), המבוסס על איזון בין שיקולים נוגדים (ראו ברק, עמ' 462). עמד על היחס הנשיא א' ברק בבג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005):

"מבחן המידתיות הקבוע בפיסקת ההגבלה לא בא להחליף את מבחן הסבירות. מבחן אחרון זה מהווה אמת מידה מרכזית לבחינת פעולות המינהל. פיסקת ההגבלה לא ייתרה אותו. הוא ממשיך לעמוד בעינו. במובן מסוים מבחן המידתיות הוא היבט של הסבירות. במובן אחר, מבחן המשנה השלישי של המידתיות (המידתיות "במובן הצר") הינו ביטוי לעקרון הסבירות".

וכן:

"בחינה קרובה של המידתיות (על פי ההגדרה המקובלת) והסבירות ב"מובן החזק" (על פי הגדרתנו) מצביעה על דמיון ניכר ביניהן בכל המצבים בהם יש להעריך תועלת בהגשמת מטרה מול נזק לאינטרס נוגד. מכאן הדמיון בין סבירות למידתיות בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם כאשר הזכות מתנגשת בזכות אחרת או בטובת הכלל" (ברק, עמ' 464-465. ראו גם Robert Alexy, *The Reasonableness of Law, in Reasonableness and Law* 5 (Giovanni Sartor, Giorgio Bongiovanni & Chiara Valentini eds., 2009).

(ראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 784 (2010) הגורסת גם היא שעילת המידתיות מתאימה לבחינת מעשה מינהל הפוגע בזכות, תוך איזון בין מטרה לאמצעי. כן ראו שם באופן כללי על הקשר בין סבירות למידתיות). במקרה דנן כאמור קיימת התנגשות בין זכויות אדם לבין טובת הכלל ומכאן שהשימוש בפסקת ההגבלה, אשר במרכזה דרישות התכלית הראויה והמידתיות הינה כלי הקיבול המתאים לאיזון בין

המטרה לאמצעי הפוגעני, ולמעשה בדרך זו נבחנת גם סבירותו של הנוהל, לאור הדמיון הרב בין סבירות למידתיות במקרים מעין אלו.

8. חברתי השופטת פרוקצ'יה בחנה את הנוהל המצוי במרכזה של העתירה בהתאם למבחני המידתיות והגיעה למסקנה המוצדקת כי ההסדר המצוי בנוהל אינו מידתי ומכאן שלא קיימת הצדקה במקרה דנן לפגיעה בזכויות החוקתיות. אכן בידי המשיבים קיימים אמצעים פוגעניים פחות להגשמת המטרה הראויה (ראו פסקה 63 לחוות דעתה של חברתי). כמו כן, בכל הנוגע למבחן המידתיות במובן הצר (ראו ברק, עמ' 419) נראה כי התוספת לפיקוח על הגירת העבודה והבטחת עזיבתה של העובדת את הארץ המתקבלת בעקבות ההסדר המצוי כיום בנוהל אינו עומד ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של העובדת הזרה בעקבות נוהל זה. מבחן המידתיות במובן הצר בוחן למעשה את התוספת השולית. "השאלה מתמקדת אפוא בחוקתיותה של התוספת השולית. על פי רוב היא מניחה מצב דברים נתון שחוקתיותו אינה שנויה במחלוקת. על כן השאלה היא אם השינוי שמביא החוק במצב הקיים – בגזרה הצרה שבו הוא מתרחש – הינו חוקתי" (ברק, עמ' 434, וכן ראו פרשת עדאלה, פסקה 91 לפסק דינו של הנשיא ברק). כאמור, בהשוואת התוספות השוליות נראה כי הפגיעה הקשה בזכויותיה של העובדת הזרה אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת הצומחת לאינטרס הציבורי במקרה דנן.

9. בבג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 19.9.2007) הביא חברי השופט א' לוי את דבריו של הסופר והמחזאי השוויצרי מקס פריש בהתייחסו להגירת העבודה. "קראנו לזוג ידיים עובדות", הוא אמר, "ובאו בני אדם". העובדות הזרות שבאו למדינתנו כדין ועוסקות בעבודות הקשות ביותר תמורת שכר נמוך. הן קודם כל בני אדם לפני שהן משמשות לנו כזוג ידיים עובדות. הן חיות כאן איתנו, לעיתים מוצאות כאן את אהבתן ומביאות לעולם את פרי בטןן. זהו טבעו של האדם. מדינה דמוקרטית המכבדת את זכויותיו של הפרט לא יכולה למנוע מהן לעשות כן ולהציב בפניהן את הדילמות הקיימות בבסיסו של הנוהל. מובן הוא שהאינטרס הציבורי שבפיקוח על הגירת העבודה הוא חשוב, אולם יש דרכים אחרות ופוגעניות פחות להבטיח את האינטרס הציבורי המשמעותי. לא נותר אלא לסיים בדבריו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת קו לעובד שנכונים גם לעתירה זו:

"כיצד זה שבעלי-סמכות בארצנו כך רואים לנהוג בנשים ובגברים שכל רצונם אינו אלא להביא פת-לחם למשפחתם ... מה היה לנו שכך נוהגים אנו בעובדים הזרים, באותם בני-אנוש המרחיקים מביתם ונפרדים מיקיריהם כדי לַחיות את נפשותיהם ואת נפשות משפחותיהם. כלימה תכסה את פנינו בראותנו כל אלה, וכיצד נחריש" (שם, עמ' 403).

אכן, לא נחריש.

מצטרף אני כאמור לחוות דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה.

10. אחר דברים אלו: אין זה פלא כי פסק דין זה הינו פסק דינה האחרון של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בבית המשפט העליון. פסק דין זה בו מאזנים אנו בין פרט לכלל. בין זכותו של היחיד לטובתו של הציבור. בין האדם לבין החברה. הוא ביטוי לדרכה הארוכה העשירה והייחודית של השופטת פרוקצ'יה במשפט הישראלי. השופטת פרוקצ'יה הייתה משרתת ציבור משך שנים רבות. טובת הכלל הייתה תמיד לנגד עיניה אך מעל הכל ראתה את הפרט. את האדם שעמד במרכז הסכסוך המשפטי. היא תמיד ניסתה לעשות צדק בגדרי הדין. צדק לפרט וצדק לציבור. בפסיקותיה המקיפות המבוססות, המנומקות, והאנליטיות, תוך היעזרות בשיטות משפט שונות ובערכי יסוד ומשפט בסיסיים הרימה השופטת פרוקצ'יה תרומה ענקית למשפט הישראלי. בהתאם לגזירת המחוקק נפרדים אנו היום משופטת מבריקה, ענקית במשפט, אך הכלים השיפוטניים שהיא העניקה לנו יסייעו בידינו ובידי משפטני העתיד לעשות משפט צדק. תודה לך על שנות עשייה כה רבות, על חריצות אין קץ, התמדה ומסירות למען הצדק. בטוחני כי החברה הישראלית תמשיך להתברך מפועלך העשיר. דף משמעותי בהיסטוריה של המשפט הישראלי נחתם היום.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

הצד הדיוני

א. לאחר העיון החלטתי להצטרף לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, שאליה הצטרף חברי השופט ג'ובראן. אפתח במלים ספורות בשאלה הדיונית, קרי, האם היה מקום לעמידה על כך שהתיק יישמע בבית המשפט לעניינים מינהליים על יסוד עתירה פרטנית. טיעון זה עולה לא אחת וגם מקובל עלינו ככלל, זאת - הן מטעמי שכל ישר, הן מטעמי עומס; מטעמי שכל ישר - כשישנו עותר ספציפי רלבנטי, מדוע נתעבר על ריב כללי תחת דיון פרטני, שאגב עניינו ניתן לעסוק גם בנושא הרחב, ברוח פסיקה ותיקה. ועל העומס בבית משפט זה, רוב מלים אך למותר. ואולם, סבור אני כחברתי כי תיק זה ראוי לעתירה בג"צית כאן; זאת - נוכח "קיבוציות"

הנוהל הנתקף להבדיל מהחלטה פרטנית לגביו, ודומה כי אין סיבה שלא תהא ביקורת שיפוטית ברמה כוללת, בעתירה "ציבורית".

אתגרי הרשויות בנושאי עובדים זרים אינם מבוטלים ואנו ערים להם

ב. אשר לעתירה לגופה, אפתח ואומר כי ברי שהמשימה העומדת בפני המשיבים אינה פשוטה; עליהם לאזן בין צרכי המדינה בעובדים זרים וזכויותיהם של העובדים הללו, לבין החשש שאינו נטול בסיס של "חתימת קבע" על-ידי שוהים, מהם חוקיים מעיקרא שהיו ללא חוקיים, ומהם לא חוקיים אף מעיקרא. גם בנוהל נשוא ההתדיינות כשלעצמו השתדלו המשיבים - כך דומה - לגלות הוגנות, במובן זה שנתאפשרה לעובדת הזרה היולדת תקופת שהיה ראשונית לאחר הלידה (עם הארכה בנסיבות מיוחדות), וכן אפשרות לשיבה (בלא הילד) אף כתום שנתיים ממועד הלידה, כדי לעבוד עד לסיום תקופתה של אשרת העבודה שבידה. השאלה היא אם די בכך במובן הסבירות והמידתיות, שהן אחיות קרובות - או שמא ההשלכות הקשות של ההפרדה הנוצרת בין אם לילדה למשך תקופה העלולה להגיע לכלל שנים, מקום שעסקינן באם נורמטיבית ש"חטאה" הוא ברצון למצוא פרנסה, ושהחשש לגביה אינו ממעשים פליליים חלילה, מצדיקות נוהל שונה, גמיש יותר. עסקינן במי שמבטאת רצון של "אהבתי את אדני" (שמות כ"א, ה'), או אהבתי את העבודה בארצו, ועל כן "לא אצא חפשי" (שם). החשש שמביעים המשיבים, גם בהקשר דנא, אינו מבוטל. בית משפט זה ער בעבודתו היומיומית - וכמותו גם בתי המשפט לעניינים מינהליים - לשטף של בקשות של זרים להישארות בישראל, מסיבות שונות. דומה שטרם קמו ההיסטוריונים והסוציולוגים אשר יפתרו את הסתירה, כיצד מדינה שרבים כל כך עויניה חרף היותה דמוקרטית יחידה בעולם שמסביבה, ועויניה מוכנים לגנותה בכל גינוי ובכל פה עד כדי אימה - רבים כל כך מתדפקים לפתחה. התשובה היא כנראה היותה של ישראל דמוקרטית ומדינת חוק הנהנית מרווחה כלכלית יחסית, לאחר עמל רב של דורות אחדים של מחדשי יישובה, לעומת הנעשה בסובביה ובמדינות עולם שלישי שונות בהקשר הדמוקרטי והסוציו-כלכלי. ואולם, הסתירה שלא נפתרה במקומה עומדת, ועלינו לבחון את שאלת הנוהל שבפנינו על-יסוד ערכיה של מדינת ישראל, המשובצים הן באתוס היהודי והן במשפט בינלאומי באורח המתאים.

ג. גישתנו העקרונית צריכה להיות, בנסיבות, בת שני פנים: מזה מתן יד לממשלה ולגופים הספציפיים העוסקים בכך במאבק למען חוקיות השהיה בישראל של עובדים זרים (ואחרים) וכנגד השהיה הבלתי חוקית המרובה, וכמדיניות שיפוטית זו הדרך,

שגם ניתן לה ביטוי לא אחת ולא שתיים בפסיקתנו. ומזה, צמודה לכך החובה לשמור על זכויות העובדים כדבעי, וחובתנו לעמוד על משמרת זו על פי ערכינו.

על הנוהל נשוא העתירה, באספקלריית הדין

ד. את הנוהל נשוא העתירה יש לבחון במשקפיים אלה, ולעניין זה מצטרף אני לדברי חברתי (בפסקה 30), כי נשקלו על-ידי הרשות שיקולים רלבנטיים רבים וטובים, אך לא כולם. בסופו של יום, לדידי מתמקדת הסוגיה בשאלה של הורות וזכויות לה; איני רואה זאת באספקלריה של הזכות ה"כוללת" לחיי משפחה, שהיא רלבנטית לענייננו אך בהיבט של הקשר בין הורה לילדו, ולא בהקשרים רחבים יותר. השאלה המעשית - ובסופו של דבר מעבר לניתוחים המשפטיים היפים של שני חבריי לפנינו שאלה מעשית - היא האם וכיצד ניתן לאזן בין זכות זו לקשר מיוחד זה שבין אם לפרי בטנה, והיא אם שבידה רשיון עבודה בישראל בו השקיעה לא מעט, לבין הסיכון של השתקעות בארץ וכל הטיעונים החוששים האחרים המתלולים אליו, ושכאמור אינם מבוטלים. יפה אמרה חברתי, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מדבר ב"זכויות היסוד של האדם בישראל" (סעיף 1; הדגשה הוספה). דברים אלה מעוגנים גם באתוס המקראי שאנו אמונים עליו, האומר - "בצלם אלהים עשה את האדם" (בראשית ט', ט'), יהודים לא נאמר, ישראלים לא נאמר, נאמר אדם; ובורא עולם מתואר כ"יוצר האדם" (איוב ז' כ'). אכן, ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, המדינה היהודית היחידה, והיא דמוקרטית. מטבע הדברים, אין סל הזכויות כולו בישראל חל על כל האדם, ושונים אזרחים מתושבים ושניהם גם יחד ממי שאינם תושבים; אך בגדרים אלה, ליבת זכויות היסוד מוקנית לכל הנמצא בישראל באשר הוא אדם, על כן יש לבדוק את עוצמתה של זכות האדם הנפגעת ואת עוצמת הפגיעה בה.

ה. בהקשר זה, דומני שהיה מקום כי המדינה תשקול את גישה גם בהתחשב בעמדה שהביעו שופטי בית משפט זה בהרכבים שונים, בהתבסס על ניסיון מקצועי משפטי רב (העתירה הוגשה ב-2005). לאחר דיון ראשון ב-22.2.06 (בהרכב השופטים ריבלין, פרוקצ'יה וארבל) הוצבה השאלה העקרונית לעניין היתר השהות של עובדת זרה שילדה. בהחלטה נוספת מ-28.9.06 הציע ההרכב (השופטים נאור, ארבל וד' חשין) להביא לשיקול הצעה כי "תיבחנה באהדה פניות של אמהות המבקשות לשהות עם ילדיהן שנולדו בישראל, תקופה מקסימאלית של 63 חודשים, ובלבד שהאמהות שיבקשו זאת יתחייבו שתקופת שהות זו לא תהווה עילה להמשך שהות בישראל של האם, הילד או המשפחה, בשל קיום מרכז חיים תרבותי בישראל". ההצעה לא נתקבלה. הצו על תנאי ניתן ביום 22.4.07 בהרכב הנשיאה והשופטות נאור וחיות, וחזר על

שאלה זו עצמה. ובעקבות התשובה, נתבקשה המדינה לשקול (החלטה מיום 19.3.08 בהרכב הנוכחי), "לשים דגש על ... השפעת הלידה על מידת השתלבותה התעסוקתית של העובדת, שהיא הגורם והעילה לשהייתה בישראל. והיה אם יתברר... כי השתלבותה תקינה, לא יבוטל ההיתר מטעמי הלידה. ואולם אם יימצא כי השתלבותה נפגעה..." יהא עליה לעזוב, הכל בבדיקה אינדיבידואלית ובתקרת שהיה של 63 חודש, לרבות בתחום הסיעוד שגם לגביו לא תהא בנסיבות ספציפיות אלה הארכה מעבר לכך, חרף הוראת החוק המאפשרת זאת. גם פניה זו לא הועילה. אכן, הנושא הובא בפני דרגים בכירים - עד שר הפנים - אך הללו לא השתכנעו; ומצדנו לא השתכנעו אנו, במישור המידתיות, כי לאמצעים החלופיים שבנוהל, ושאליהם נשוב, ניתנה הזדמנות מספקת להוכיח עצמם.

על הזכות החוקתית להורות

ו. חברתי נדרשה (פסקאות 38-40) לזכות החוקתית להורות, כזכות יסוד מוגנת במשפט החוקתי, ולא אחזור על דבריה המקובלים עלי. זכות זו שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות; בבג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה (לא פורסם) נזדמן לי לומר, בגדרי מסורת ישראל, בין השאר:

"אימהות (כאבהות) היא צורך אנושי רב עוצמה. בתרבות היהודית, עקרות ופקידתן של עקרות ליוותה שלוש מאמהות האומה; שרה (בראשית י"א ל'); רבקה (שם, כ"ה כ"א); ורחל (כ"ט ל"א). בספר המוסר מסילת ישרים לר' משה חיים לוצאטו (המאה הי"ח) מתואר מעין עונש שנענש יעקב אבינו "על שחרה אפו ברחל שאמרה לו (בראשית ל', א') 'הבה לי בנים', אמרו במדרש (פרקי דר' אליעזר ע"א, ז'), זה לשונם: "אמר לו הקדוש ברוך הוא, 'כך עונים את המעוקות (שצר להן - א"ר)! חייך שבניך עומדים לפני בנה'" (כלומר, שבניו של יעקב יעמדו לפני יוסף, המשנה למלך במצרים (בראשית מ"ג, ט"ו) - א"ר). האושר המובטח לעם בארצו כולל את ההבטחה "לא תהיה משכלה ועקרה בארץ..." (שמות כ"ג, ו); ועוד: "ברוך תהיה מכל העמים, לא יהיה בך עקר ועקרה..." (דברים ז', י"ד) - הנה כאן בני שני המינים".

ברי כמובן כי מי שזכתה לפרי בטן, זכותה להחזיק בו ולגדלו היא טבעית ויסודית; הפרידה ממנו היא החריג.

ז. משנתנה איפוא מדינת ישראל לאשה פלונית את הזכות לשהות בתוכה ופרסה עליה את גג זכויות היסוד, לא מן הדין כי תפריד בין אם וילדה, לתקופת שהותה של האם על פי היתר העבודה שניתן לה. שוב אדגיש כי אין להשוות בין נושא שהותו של בן זוג של עובדת זרה לבין עניינו של עולל. בת או בן זוג משמיעים מניה וביה היערכות שונה, כמובן, ולא בכך אנו עוסקים; וכניסתם תותר ככלל רק אם הם בעלי רשיון שהיה חוקי משל עצמם. ועוד יוטעם לנידונו, כי אין מדובר בכניסה מראש של עובדת זרה עם ילדיה, אלא במי שילדה כאן.

ח. חברתי וחברי השופט ג'ובראן נדרשו למשפט המשוה ולא אאריך דברים בכך. חברתי הזכירה (פסקה 66) את דו"ח ועדת האו"מ לביעור אפליה נגד נשים מיום 14.2.11, בו הובעה דאגה ממצבן של מהגרות עבודה בישראל, לרבות באשר למדיניות נושא עניינו. הגם שנטייתנו כישראלים, ובצדק גמור על פי רוב, להיות חשדניים עד מאוד כלפי דו"חות מאת גופי זכויות האדם של האו"מ, שלא אחת יושבות בהן ומוכיחות אותנו מדינות שזכויות האדם בהן ללעג ולקלס, משל היו גדולי העבריינים הופכים לשופטי המדינה, בכל זאת אין מקום להתעלם מן הנאמר בנושא דנא; אולי ככל שהמדובר בנושאים שאינם קשורים בפלסטינאים, הסיכוי בגוף מעין זה לגישה שיש בה טעם הוא גדול יותר, מבלי שאטע מסמרות.

ט. אשר למבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד ותוחלתם בנידון דידן, נראים לי בסופו של יום דברי חברתי וחברי בהקשר למידתיות. אכן, אין בידינו כלים למדידה מדויקת של הפגיעה בזכות; השכל הישר הוא במקרה דנא אמת מידה חשובה, בהשתלבו בערכי מדינת ישראל. אליהם נבוא בקצרה.

ערכי מדינת ישראל לעניין עובדים זרים – הפן היהודי

י. מהם לעניין זה ערכי מדינת ישראל? ארשה לעצמי להפנות את אלומת האור לפן היהודי, חלק מרכזי בערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

יא. אכן המקרא מספר לנו (בראשית ט"ז) על גירוש הגר, שפחה מצרית, עובדת זרה מקדם, על-ידי שרה אשת אברהם לאחר שהרתה, ונאמר לה "כי שמע ה' אל-עֲנִיךָ" (שם, פסוק י"א) גם אם הסיפור שונה, המסר המקראי מפי הגבורה הוא יחס הוגן לְאִמָּה, לעובדת הזרה.

יב. ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום המשפט העברי במשרד המשפטים, כותב בחוות דעתו "הזכות לעבודה וזכויות עובדים במשפט העברי" (כ"ז באדר א' תשס"ה - 8.3.05), שהוגשה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת:

"אחד הזיכרונות העמוקים והטראומטיים ביותר של עם ישראל בראשית דרכו, הוא זיכרון השעבוד ששעבדו אותו כשהיה עם זר במצרים, שם הוא סבל ניצול מחפיר והשפלה נוראה. יציאת עם ישראל ממצרים הוא אירוע היסטורי מכונן המסמן לידתו של רעיון חירות האדם וכבודו. אירוע מכונן זה מטיל חובות מוסריות כלפי הזר והחלש ומחייב להכיר בכבודם ובחירותם, ואכן התורה והנביאים מזהירים פעמים אין ספור מפני ניצול ועושק של הזר, הנחשב (יחד עם היתום והאלמנה) לאחת החוליות החלשות של החברה, ולו בשל בדירותו והיעקרותו מסביבתו הטבעית: "וגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות כב, כ); "וגר לא תלחץ ואתם ידעתם את נפש הגר כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות פרק כג, ט).

הָאֵל מגדיר את עצמו כמגן הזרים והחלשים: "כי ה' אלקיכם הוא אלקי האלהים ואדני האדנים הָאֵל הגדל הגבר והנורא אשר לא ישא פנים ולא יקח שחד. עשה משפט יתום ואלמנה ואהב גר לתת לו לחם ושמלה" (דברים י, יז-יח). וכך מתאר גם משורר תהילים את ה': "ה' שמר את גרים יתום ואלמנה יעודד ודרך רשעים יעות" (תהילים קמו, ט).

לא רק חובה היא לסייע לזר ולתת לו את תחושת השוויון אלא עם ישראל אף נצטווה לאהוב את הזר: "ואהבתם את הגר כי גרים הייתם בארץ מצרים" (דברים י, יט).

יחס מיוחד זה לאדם הזר מתבטא גם במעמדו של הזר במשפט בכלל ובדיני עבודה בפרט. התורה מצווה על שוויון הגר במשפט: "תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם" (במדבר טו, טז).

עלינו ללמוד את הדברים הללו במישור הערכי.

יג. עו"ד יעקב שפירא, ממונה לענייני משפט עברי במשרד המשפטים, מביא בחוות דעתו "היחס לעובדים זרים במשפט העברי" (אתר משרד המשפטים), כי בפירושו לפסוק באיוב ל"א, י"ג ו-ט"ו) "אם אמאס משפט עבדי ואמתי בריכם עמדי.... הלא בבטן עושני עשהו ויכוננו ברחם אחד", כותב המלבי"ם (הרב מאיר ליכוש מלבי"ם, המאה הי"ט), "ואתה לא שמעת משפט עבדך הגם שהוא שוו לך. כי בבטן שנבראתי אני, נברא גם עבדי. שניהם נבראו בבטן אישה, ושניהם יצאו מרחם אחד, מרחם של

אישה, ובכל זאת לא שמעת צעקתו, ואיך תבקש משפט נגד אדוניך האלוהים בשמים". בחינת דיני העבד, הגר התושב והנכרי במשפט העברי מצביעה על זכויות מסוגים שונים, המייצגות בסופו של יום פנים של הגינות ושל אנושיות. המחבר מביא מדברי הרב אברהם יצחק הכהן קוק (אורות הקודש ג' שט"ו) "שעמל האדם ראוי להרבות טוב בעולם, בין אדם לחברו. ולכל היקום אשר על פני האדמה", וכן (שם ט"ז) "חסד של אברהם הוא כולל את כל בני עולם, וחסד של אהרון הוא מרוכז בישראל, ומי שמתדבק במידת החסד לאמיתו, באור תורה שצריך יחבר את שני ענני הכבוד הללו של אברהם ושל אהרן ביחד, ויאירו עליו שני האורות, ואז יאמר חביב אדם שנברא בצלם, וחביבים ישראל שניתן להם כלי חמדה". הרעיון שבדברים הוא האוניברסליות של החסד והטוב, ללא הבחנה בין בני אנוש אלה ואחרים, שכמובן יש לה השלכה על פרשנות הזכויות.

יד. הד לדברים הגותיים אלה מצא, אולי בלי משים, ביטוי בחקיקה הישראלית; חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 קובע אמנם הגבלות על שהותו של עובד זר בישראל, אך לגבי מטפל סיעודי – למשל – מאפשר הוא הארכה לתקופות ממושכות שמעבר לרגיל (סעיף 3א לחוק). נושא ילדיהם של עובדים זרים בישראל הנמצא מזה שנים, והקרוב לענייננו במידה רבה, נדון לא מעט בפסיקה, ואין זה המקום להרחיב. משה אני לנגד עיני את אנשי הממשל הישראלי העוסקים בנושאים אלה, שר הפנים, רשות האוכלוסין ואחרים. ברי כי בדיוניהם מעמידים הם אל מולם את המציאות העגומה של עובדים זרים שנשארו כאן שנים הרבה שלא כחוק, והמדינה נקלעת למצב הומניטרי וציבורי קשה בבואה להוציאם, והדברים ידועים, בחינת "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות ס"א, א). מכאן החשדנות כלפי תוספת של נפשות, המשליכה גם לענייננו. אך האם קצרה ידנו מפתרונות מידתיים, הכוללים גם ערובות יציאה?

אמצעי איזון

טו. כאן המקום להידרש לאמצעים העשויים לאזן בין, מחד גיסא, זכות האם לגדל את ילדיה בתקופת שהותה כחוק בישראל, ומאידך גיסא, החשש פן תהפוך זכות זו למנוף למה שלא נועדה לו, קרי, השתקעות האם והילד בארץ כחלוף השנים. השנים בהם מדובר הן שנות ההיתר לעבודה שניתן להן (עד 63 חודש), ולגביו מתחילה ישנו אינטרס הסתמכות משמעותי, נוכח ההשקעה הכרוכה בו. חברתי מציעה (פסקאות 63, 68-70) מנגנון של ערבויות כספיות: שיטת דיווח תקופתי על מקום הימצאה של העובדת הזרה; הגבלת רשיון העבודה גם לגבי מטפלות סעודיות ל-63 חודשים לפי סעיף 3א(ג) לחוק הכניסה לישראל; ואי הקניית זכויות לילד בשל תקופת השהיה עד למיצוי תקופת הרישיון, למעט במקרים של שיקול הומניטרי מיוחד. חברתי מטעימה כי

המדובר במי שבעת הלידה שהתה בישראל כדין. אמצעים אלה מוסכמים עלי. אוסיף להם, בעקבות התייחסויות המשיבים, גם בדיקה של היעדר "היסטוריה של הפרות" לאם, קיומו של מעסיק בעל היתר, מענה מעשי טיפולי לילד או לילדה כך שהאם תוכל למלא משימותיה אצל המטופל, וביטוח רפואי. ברי כי עסקינן בסיטואציות שמטבען יש בהן "מסה ומעש", והפקת לקחים באופן מתמיד. נראה לי איפוא כראוי להטיל על הרשות לגבש בתוך ארבעה חודשים מפסק דין זה נוהל חדש, שיתבסס על האמור בפסק הדין, ויקבע מנגנונים לטיפול כפי שהוצע מעלה, לרבות מעקב אחר יישומו לאורך הזמן. עסקינן במאטריה שאינה רגילה; חפצים אנו לנהוג על פי הזכות להורות והאינסטינקט הטבעי של קשר בין אם לילדה, אך מצווים אנו גם שלא לאפשר ניצול שאינו ראוי של זכות זו. האתגר אינו פשוט, אך לדעתנו הוא אפשרי, בזהירות וברגישות. על כן – כאמור – מצטרף אני לחוות דעת חברתי.

טז. ובטרם חתימה: פסק דין זה ניתן על-ידי חברתי השופטת פרוקצ'יה ביום פרישתה מבית המשפט העליון, לאחר למעלה מעשור של תרומה גדולה, מקצועית וערכית, בבית משפט זה, וזאת כתום שנים פוריות רבות בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי. השופטת פרוקצ'יה היא משפטנית בכל רמ"ח אבריה, והיתה משרתת ציבור בתחום המשפט כל ימיה, שנים רבות בתחומים אזרחיים במשרד המשפטים וברשות לניירות ערך, ולימים - מזה קרוב למחצית היובל - בשפיטה לכל דרגותיה. תרומתה גדולה בכל תחומי המשפט, באין ספור החלטות ופסקי דין, בתוך ידע רב ומבט רחב, ערכי וציוני אל עבר תמונה משפטית וחברתית כוללת. עוד זמן רב ייזכר ויצוטט עושר פסיקה זה, והוא לא בא כלאחר יד; בימינו יחדיו בבית המשפט המחוזי ואחר כך בבית משפט זה אפשר היה לזהות מי נועל את דלתות בית המשפט בלילה, בחריצות בלתי רגילה, בלא כל פעילות מסביב שאיננה מלאכת השיפוט בטהרתה; ואחרון חביב, בגישה אנושית, שלצד ההלכה המשפטית רואה את הפרט ומצוקותיו. היסטוריון הרעיונות ישעיהו ברלין, בעקבות המשורר היווני ארכילוכוס בן המאה השביעית לפני הספירה, מבחין באנשי יצירה בין "הקיפוד והשועל", כשם ספרו הנודע - קרי, בין "בעל מלאכה אחת" לבין המהלך בין שדות פעולה שונים; ארכילוכוס מצוטט כאומר "השועל יודע הרבה דברים קטנים, אך הקיפוד יודע דבר אחד גדול"; וכבר נאמר במקורותינו שלנו "מעולם לא ניצחני אלא בעל מלאכה אחת". השופטת פרוקצ'יה, בדגם של ישעיהו ברלין, היא בשליחותה במשפט "בעלת מלאכה אחת" ותכונת הריכוז של הקיפוד, הזוכה להערכתם הרבה של בעלי תכונות הפיזור של השועל של ארכילוכוס וברלין, כמותי למשל, וזאת גם במקרים שלא ראינו בהם עין בעין. אני מאחל לה בריאות טובה, אריכות ימים וסייעתא דשמיא להמשך סיפוק והצלחה.

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט' בניסן התשע"א (13.4.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט